

NUMERO 3 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FRANCESCO MACARIO

Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	440
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)</i>	443
FRANCESCO MACARIO	
<i>Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica</i>	509
ENRICO MOSCATI	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato</i>	547
ROBERTA TISCINI	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica</i>	571
ROSARIA GIORDANO	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve</i>	605
ROBERTO MARTINO	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale</i>	623

Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica

Lo studio affronta il tema della formazione di una nuova “clausola generale”, attraverso l’esame della genesi, dell’evoluzione e del definitivo consolidamento della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, dettata dal legislatore in tema di subfornitura industriale, ma poi diventata norma di sistema per disciplinare (e reprimere) le condotte abusive nella formazione ed esecuzione dei contratti commerciali tra imprese, ossia tra soggetti del mercato, operanti in condizioni di squilibrio di potere contrattuale. L’analisi sistematica della dottrina, che ha subito colto e valorizzato il nesso tra la disciplina antitrust e la normativa sul contratto di subfornitura, insieme alla tendenza della giurisprudenza nel senso della “generalizzazione” del divieto, hanno determinato il consolidarsi della nuova clausola generale.

The study is focused on the process regarding the formation of a new “general clause”, through the examination of the genesis, evolution and the consolidation of the rule on the prohibition of abuse of economic dependence, provided by the Italian law in the area of industrial supply contracts. Even if it was

contemplated within the specific above mentioned contractual area, this rule has become the general provision to regulate (and prohibit) the abusive conduct in the formation and execution of commercial transactions between subjects of the market, operating in conditions of bargaining power imbalance. The systematic analysis of the scholars, which has indicated and enhanced the link between the antitrust law and the specific legislation on industrial supply agreements with, together with the open minded attitude and the trend of the courts vis-a-vis the “generalization” of the rule at issue, finally led to the consolidation of the said rule as a new general clause of the business to business commercial relations.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e svolgimento della riflessione. – 2. La genesi legislativa della nuova clausola generale: repressione dell’abuso di dipendenza economica tra disciplina generale dei contratti e regolazione del mercato. – 3. L’evoluzione: riconoscimento della vocazione espansiva della norma e “generalizzazione” del divieto nelle *rationes decidendi* delle corti. – 4. Il consolidamento e la razionalizzazione: la rilevanza dell’abuso in materia contrattuale. – 5. Conclusioni.

1. - Considerazioni introduttive e svolgimento della riflessione.

Se un’autentica novità dovesse essere ricercata nel diritto dei contratti del nostro tempo, questa andrebbe senza dubbio ravvisata nella rilevanza normativa acquisita dal concetto di “abuso”. Un’innovazione, quest’ultima, che sembra destinata a incidere, in primo luogo, sul piano metodologico, dunque nella prospettiva della ricostruzione sistematica della disciplina delle situazioni giuridiche – per quanto qui maggiormente interessa, in tema di contratto –, a qualsiasi livello si intenda osservarla: da quello, apparentemente rarefatto, dell’indagine di tipo teorico-dogmatico, sino al piano concreto dell’applicazione giudiziale delle (vecchie e nuove) norme singolarmente considerate. Il riferimento all’abuso e, soprattutto, all’intenso dibattito sviluppatosi sul significato attuale dell’espressione

“abuso del diritto” nel discorso dei giuristi ¹, appare premessa necessaria per inquadrare e comprendere la vicenda della nuova clausola generale che si andrà a esaminare, muovendo da alcune considerazioni che appaiono utili sul piano metodologico.

Un primo dato può essere colto sul piano della storia del diritto, più correttamente del pensiero giuridico. Trasmigrando dall’originario alveo della proprietà e dei diritti reali – notoriamente, nella lunga tradizione civilistica, i luoghi deputati a ospitare le manifestazioni di esercizio del diritto soggettivo e, di conseguenza, anche dell’arbitrio del suo titolare non giustificabile in chiave funzionale, arbitrio ricondotto all’espressione “abuso del diritto” ², avvertita come nebulosa e sfuggente, ma risultata alla fine inelimi-

¹ Per una recente e avvincente ricostruzione dell’abuso del diritto come «paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto», che consente di cogliere il significato attuale del ruolo del giudice, all’insegna di una metodologia giuridica “antiformalistica” e della centralità dell’argomentazione, quale segnale della “creatività della giurisprudenza come fonte”, si veda lo studio di N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, letto grazie alla cortesia dell’Autore e in corso di pubblicazione in www.questionegiustizia.it, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017.

² Una suggestiva raffigurazione richiama la proverbiale “araba fenice” (G. ALFA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1993, 76), che finirebbe per mettere in gioco, in una diversa prospettiva d’indagine, la stessa “giustificazione filosofico-politica dell’organizzazione giuridica” (come rileva, ad esempio, G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 28), mentre altri discorre di uno dei “correttivi più noti” (S. PATTI, *Abuso del diritto*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, 1), senza trascurare, in chiave storica, che sistemi giuridici non incentrati sulla netta ripartizione di compiti, nel gioco delle fonti del diritto, fra la legislazione e la giurisdizione, si pongono in termini diversi rispetto al problema dell’abuso e, soprattutto, della sua teorizzazione, come insegna l’esperienza romana classica (in tal senso, si veda G. GROSSO, *Abuso del diritto* [diritto romano], voce dell’*Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 e quella di *common law*: cfr. A. GAMBARO, *Abuso del diritto* [diritto comparato e straniero], voce dell’*Enc. giur.*, I, Roma, 1988), al punto da avere conseguito, in alcuni ordinamenti, addirittura il rango di enunciato normativo: ad esempio, con il § 226 BGB, dettato, in chiusura dell’*Allgemeiner Teil*, per sancire i limiti di carattere generale all’esercizio dei diritti; ovvero con l’art. 2, comma 2, del codice svizzero, posto fra le disposizioni introduttive; o ancora con l’art. 7, comma 2 del *Código civil* spagnolo, ancora una volta nelle regole introduttive ossia nel *Título preliminar*, dedicato alla norma giuridica, alla sua applicazione ed efficacia (per ulteriori ragguagli di tipo storico, R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, nel R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 313 ss., che spiega la tendenza a codificare l’abuso del diritto con l’influenza culturale della scuola storica e dei giuristi antidogmatici, come Bülow e Geny, quindi, con una spinta proveniente non dal moralismo in genere “ma dalla sfiducia nella compiutezza della legge, e dalla rivalutazione delle fonti informali”, mentre in Italia, com’è noto, non ebbe seguito il tentativo fatto in sede di progetto preliminare al codice civile: per la ricostruzione analitica della vicenda, V. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 5 ss.). Si fa notare, peraltro, come la disposizione sia idonea a convivere con impostazioni ideologiche e culturali di tipo diverso, trovando una giustificazione sia nella cultura cattolica, sia in quella marxista o in senso più lato socialista (cfr. P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, 33 ss. e già in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 225).

nabile dall'armamentario concettuale del giurista – il giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento in termini di abusività ha infatti di recente occupato anche l'ampio territorio (oggi certamente ben più esteso rispetto all'ambito applicativo della disciplina in materia di situazioni dominicali e reali) dei rapporti contrattuali, suscitando una serie di interrogativi, che spaziano dal piano dogmatico e ricostruttivo del sistema, sino a quello ermeneutico o più semplicemente esegetico delle nuove disposizioni ³.

Riconosciuta pressoché unanimemente la prospettiva storica come l'unica possibile per esaminare e comprendere la dottrina dell'abuso (per tutti, P. RESCIGNO, cit., 27; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., 2), si è detto che quest'ultima avrebbe affiancato (se non agevolato) il passaggio, tipico del secolo appena trascorso, da una morale dell'economia di stampo liberale ad una di tipo sociale (ancora P. RESCIGNO, cit., 31; ma v. anche F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 518, ripreso da S. PATTI, cit., 8). Il dibattito, tuttavia, sembrerebbe destinato a non cessare, non soltanto perché la riflessione giuridica sull'abuso è un po' come "il rovescio" di quella sul diritto stesso (così il titolo del recente contributo di G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., 25), ma anche perché il concetto, espresso nei termini più generali possibili, ha trovato addirittura riscontro in atti normativi che aspirano a conseguire natura costituzionale (ritorna infatti il riferimento nella Carta di Nizza, progetto della Costituzione europea, nell'intitolazione dell'art. 54 "divieto di abuso del diritto", contenente una disposizione di notevole genericità). Salvo ritornare sul tema dell'abuso dell'autonomia negoziale in ordine ai rapporti fra la dottrina generale dell'abuso del diritto e la nuova disciplina dei contratti fra imprese, si segnala, in particolare, lo studio di F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, spec. 121 ss., ove il concetto di abuso dell'autonomia negoziale (e, in realtà, l'intero tema dell'abuso del diritto) è riesaminato in considerazione della vicenda relativa alla concessione abusiva di credito nell'esercizio dell'attività bancaria, nello specifico distorta dalle finalità sue proprie (di rilevanza anche e in primo luogo pubblicistica) e, sul piano civilistico, causa del pregiudizio sofferto dai terzi per aver fatto affidamento sull'apparenza di solvibilità dell'imprenditore ingenerata dalla concessione abusiva.

Le questioni di tipo più propriamente filosofico, svolte nella prospettiva della teoria generale (fra i due possibili difetti delle regole giuridiche rilevati da F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, 66 ss., 166 ss., ossia il carattere sovra-inclusivo o, all'opposto, sotto-inclusivo, quella dell'abuso si esporrebbe al primo, nel senso che condotte formalmente comprese nella regola attributiva del diritto ne risultano in realtà escluse rispetto alla giustificazione che di tale diritto offre l'ordinamento. L'operazione non può che avvenire in via interpretativa e potrebbe essere evitata soltanto con l'analitica previsione dei criteri in base ai quali valutare l'abusività della condotta; in argomento, v. anche G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., 41), non muterebbero nel caso in cui l'ordinamento disponga di una norma esplicita generale in tema di abuso, che potrebbe rivelarsi formula vuota, delega in bianco per l'interprete, al quale spetterà individuare i criteri di concretizzazione, di tipo normalmente intenzionale-soggettivo, economico, morale o teleologico (operanti, indifferentemente, in via alternativa o cumulativa, con conseguenze applicative diverse, sol che si pensi all'effetto di restrizione che deriva dall'applicazione del criterio intenzionale-soggettivo, come dimostra la storia dell'art. 833 c.c.).

³ Si va, in altri termini, dalle analitiche ricostruzioni teoriche della nuova fenomenologia, alla stregua di un'ipotesi che indaga sulle peculiarità di una sorta di "terzo contratto" (così indicato soltanto per 'differenziazione', in quanto non riconducibile ai modelli ampiamente sperimentati e dotati di una disciplina organica ossia il contratto classico, immaginato tra soggetti eguali e astratti, e il contratto del consumatore: AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di

Un secondo motivo di riflessione attiene alle forme di manifestazione delle regole, nel senso in cui nella comparazione giuridica si è soliti utilizzare il metodo dei c.d. “formanti”. Ben presente nel discorso dei giuristi, i quali tuttavia hanno ragionato sul tema manifestando piuttosto riserve e timori che non entusiasmo, per gli spazi lasciati dal legislatore all’interprete chiamato all’opera di razionalizzazione del sistema⁴ – va ricordato, essenzialmente, per comprendere le forme di avversione tuttora espresse in dottrina “contro” l’abuso del diritto –, l’abuso rileva oggi, quale connotato della condotta di uno dei contraenti ai danni della controparte, grazie al frequente *placet* conferito dallo stesso legislatore⁵.

Le legittime aspettative di tutela riposte dal contraente danneggiato non fanno capo, in tal senso, a più o meno raffinate ricostruzioni teoriche, bensì direttamente agli enunciati di matrice legislativa. Compaiono, infatti, numerose disposizioni della più recente legislazione, rispondenti certo a logiche diverse nello specifico – ciò in considerazione, essenzialmente, dell’attività e della qualità soggettiva del contraente⁶ –, tra le quali

Gitti e Villa, Bologna, 2008) alle voci enciclopediche di nuovo conio, che sarebbero state addirittura impensabili sino a un ventennio addietro, come “Abuso contrattuale” (F. DI MARZIO, voce *Abuso contrattuale*, in *Il diritto. Enc. giur. Sole 24-ore*, Milano, 2007, vol. 1, 1).

⁴ I timori serpeggianti nella cultura del formalismo giuridico sono così espressi da R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, nel R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 358: «portando l’incertezza anche nel cuore del diritto soggettivo, si toglieva al cittadino una delle più solide garanzie formali dell’integrità delle sue prerogative»; accettata l’ineluttabilità delle clausole generali (almeno quelle proprio necessarie), la preoccupazione suscitata dalla dottrina dell’abuso «fu quella di difendere la purezza del diritto dall’aggressione delle norme extragiuridiche» combinata con «il timore di vedere ampliati i compiti di certe fonti – la giurisprudenziale, soprattutto – a scapito della legge».

⁵ Si veda in argomento la riflessione di F. DI MARZIO, *Teoria dell’abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 681, e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, 815.

⁶ A parte il riferimento alla repressione della più tradizionale e odiosa forma di approfittamento negli affari, costituita dall’usura (art. 1815, comma 2, c.c., dopo la novella introdotta dalla l. 7 marzo 1996, n. 108), il primo e più ovvio riferimento è alle fattispecie cardine della disciplina *antitrust* di “abuso di posizione dominante” (art. 3, l. 10 ottobre 1990 n. 287), con la menzione espressa del concetto nella rubrica e la sua specificazione all’interno della disposizione (“condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”) e delle intese (art. 2, l. 287 del 1990), in cui il contegno abusivo degli imprenditori coinvolti è esplicitato in termini diversi (con riferimento all’oggetto o all’effetto delle intese “di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza”), che sembrano avvicinare molto la fattispecie all’ipotesi astratta, ossia di teoria generale, dell’uso distorto dell’autonomia negoziale da parte dell’impresa, se non fosse per la ricca esemplificazione legislativa che vale a concretizzare il divieto (art. 2, comma 2, lett. *a-e*); cui si aggiunge l’ipotesi limitrofa ed emblematicamente rappresentativa della realtà socio-economica della distribuzione commerciale dell’“abuso di dipendenza economica” (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192), su cui ci si intratterrà

sembra potersi tuttavia rintracciare una sorta di filo rosso, che finisce per accomunarle alla luce dell'unico e non equivocabile scopo di ricollegare la dinamica contrattuale – non sempre, ma prevalentemente di carattere bilaterale, secondo il paradigma tradizionale che caratterizza la costruzione della parte generale della disciplina dei contratti del codice civile – al funzionamento e dunque alla disciplina del mercato concorrenziale⁷.

Il terzo elemento, necessario a introdurre la riflessione, attiene più propriamente alla cultura giuridica che va formandosi in tema di mercato concorrenziale. Il proliferare, sempre in epoca recente, degli studi volti a ricercare i nessi tra contratto e *antitrust* sembra infatti il segno più eloquente dell'acquisita consapevolezza – da parte, se non altro, della migliore dottrina – di questa relazione dalla natura sempre più biunivoca⁸.

nelle pagine seguenti, ove l'enunciazione del concetto generale è completato dalla tipizzazione di determinati comportamenti riscontrabili nella prassi con particolare frequenza (potendo l'abuso anche consistere "nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto"); dalla disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori (di cui agli artt. 1469 *bis-sezies* c.c., ora trasferiti nel codice del consumo, artt. 33 ss.), che il legislatore ha ritenuto opportuno recepire traducendo il concetto 'europeo' con quello certamente più familiare al linguaggio codicistico della parte generale del contratto, di clausole "vessorie", senza alcuna incidenza sostanziale sulla disciplina, fino alla norma (più recente in ordine di tempo e probabilmente più inquietante dal punto di vista del suo innesto nel sistema) in materia di ritardi nei pagamenti (art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231), che esprime la rilevanza del comportamento abusivo del debitore con la sanzione di nullità del patto che, per una qualunque circostanza (anche al di là della indicazione esemplificativa fornita dal legislatore), risulti "gravemente iniquo" in danno del creditore.

⁷ Nella prospettiva contrattuale cfr. F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 491. È evidente che il dato non è sfuggito alla dottrina più impegnata nell'analisi della disciplina della concorrenza. Ribadisce con chiarezza la convinzione che il diritto della concorrenza sia permeato in maniera pervasiva dall'istituto del contratto C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, cit., 27; ID., *Contratto e concorrenza*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, VI, 2006, Milano, 637 s., specificamente in tema di abuso di dipendenza economica, 673 ss.; e già, ID., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

⁸ Può essere sufficiente, anche in questo caso, la segnalazione di alcune ricerche esitate in studi collettanei, a parte il già ricordato volume sul "terzo contratto": AA. VV., G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, ove si veda sul tema, R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, 159, spec. 171; AA. VV., G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, ove si segnala lo stesso G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, 1; dello stesso A., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 203; AA. VV., G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008; nonché, più di recente, AA. VV., M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; tra i saggi più autorevoli e ricchi di spunti, soprattutto per l'impostazione assai diversa rispetto

Ancora da esplorare compiutamente (e, quindi, riordinare) è il ‘sistema’ delle forme di tutela, soprattutto in considerazione dell’intreccio tra le competenze giurisdizionali in sede ordinaria e quelle dell’Autorità, quante volte l’illecito concorrenziale si immedesima con (o almeno si ricolleggi strettamente a) la conclusione e/o l’esecuzione del contratto ovvero, considerata la vicenda dalla prospettiva speculare, l’abuso contrattuale abbia rilevanza per la tutela del mercato.

Svolta la doverosa premessa, le considerazioni seguenti non potranno non muovere dall’ingresso nell’ordinamento della normativa sulla subfornitura e, in particolare, della norma più significativa, contenuta nella l. 192 del 1998, ossia l’art. 9, dedicato all’abuso di dipendenza economica. L’entrata in scena della nuova fattispecie normativa era accompagnata, com’è noto, da un intenso dibattito e da una notevole quantità di approfondimenti dottrinali, in un modo o nell’altro intesi a valorizzare il nesso strettissimo che, mediante la nuova (e innovativa) disposizione, veniva a instaurarsi tra le discipline, rispettivamente, dell’attività economica (d’impresa) e dell’atto negoziale (espressione dell’autonomia privata), quali coordinate essenziali per l’inquadramento del rapporto tra imprenditori operanti in condizioni di disegualianza di potere contrattuale, di modo che l’intersezione tra normativa *antitrust* e disciplina del contratto si rivelava tanto evidente, quanto inevitabile (*infra*, n. 2).

Il particolare contesto, di carattere socio-economico, in cui maturava la detta normativa ha richiesto alla giurisprudenza, investita delle istanze di tutela dell’imprenditore economicamente “dipendente”, l’elaborazione di modelli di decisione e argomentazione affidati, per un verso alla valutazione di criteri e parametri insoliti per il giudice ordinario – in quanto riconducibili alla regolamentazione dell’attività d’impresa nella prospettiva della concorrenza e dunque della già ricordata disciplina *antitrust*: individuazione della dipendenza economica nel mercato di riferimento –, per altro verso alla valorizzazione delle potenzialità espansive del divieto di condotte abusive nella suddetta situazione di subordinazione in senso

agli studi appena ricordati: G. OPPO, *Principi*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2001, spec. 65 ss.; nonché V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 379.

economico. Ciò al fine di agganciare al dato normativo, volutamente circostanziato rispetto alla clausola generale di correttezza e buona fede (nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c. e nell'adempimento delle obbligazioni 1175 c.c.), la tutela dell'imprenditore che, avendo riposto legittimo affidamento sulla leale condotta della controparte, di fatto operante in posizione di supremazia economica, si trovi esposto alle conseguenze dell'abuso del maggiore potere contrattuale riconducibile a tale posizione. Di qui, la ricostruibilità di un percorso, ben tracciato dalle (invero, non particolarmente numerose) sentenze, nella direzione della "generalizzazione" della tutela, con il superamento dei confini della "fattispecie" contrattuale delineata dalla disposizione di esordio della normativa sulla "subfornitura industriale", determinandosi, grazie al "diritto vivente" via via maturato nell'applicazione della norma, una sorta di nuova clausola generale nei contratti – si potrebbe anche dire: nella contrattazione – tra imprese, in grado di condizionare lo statuto, per così dire, di tali contratti, allo stesso modo in cui il giudizio di vessatorietà (se si preferisce, di abusività) delle clausole unilateralmente predisposte ha caratterizzato la disciplina dei contratti con i consumatori (*infra*, n. 3).

516

L'interesse a riconsiderare in chiave storica – come storia del presente, ossia del particolare momento in cui si colloca l'evoluzione della disciplina del contratto (più in generale, degli affari), alla luce di tutte le contingenze, a partire dalla crisi economico-finanziaria, come fenomeno macroeconomico che non può lasciare indifferenti le diverse normative di settore – il percorso appena delineato proviene anche dalla considerazione di una diversa vicenda, in questo caso tutta giurisprudenziale. Una vicenda svoltasi e, invero, tuttora in fase di evoluzione (secondo una linea di tendenza che sembra ben radicata nella giurisprudenza di legittimità), in modo parallelo, per così dire, rispetto a quella appena ricordata e che condivide il riferimento al concetto di "abuso", declinato però nella sua espressione più ampia e generalizzante come "abuso del diritto": un concetto di per sé nebuloso, s'è detto, che sembra tuttavia conquistare un ruolo sempre più significativo nell'argomentazione giudiziale, anche relativamente alle decisioni in materia di contratti tra imprese.

Se i timori (in una certa misura pur comprensibili) espressi dalla dottrina, a fronte di talune decisioni, soprattutto alla luce della motivazione che

sostiene la *ratio decidendi*, non riusciranno verosimilmente ad arrestare la tendenza delle corti ad avvalersi dell'argomento espresso da quella che può apparire *prima facie* una sorta di "formula magica", e che per tale ragione si scontra con la diffidenza del civilista – ciò in proporzione diretta, va doverosamente ricordato, al grado di cultura, ovvero di soggezione, si sarebbe tentati di dire, gius-positivistica, che di volta in volta caratterizza lo studioso –, occorrerà che il giurista, in qualunque modo e luogo svolga il suo ruolo (dalla cattedra, così come nelle aule di giustizia), si attrezzi per elaborare gli strumenti che consentano di razionalizzare il ricorso a clausole e/o formule generali connotate dal riferimento all'abuso e, in tal modo, neutralizzare i suddetti timori di derive incontrollabili sul piano della logica argomentativa (*infra*, n. 4).

Il più ampio scenario del diritto privato europeo conferma la tendenza a ragionare su principi e clausole generali, che lasciano emergere, nella valutazione delle condotte dei contraenti, la correttezza e il rispetto delle norme mediante la quali sia possibile attuire le differenze, spesso notevoli e apparentemente incolmabili, di potere contrattuale tra imprese operanti nello stesso settore di mercato, ispirandosi alla disciplina di tutela della parte debole per antonomasia, ossia il consumatore. Nel frattempo, maturano esperienze diverse, in luoghi e contesti distanti tra loro, di "ricodificazione" del diritto dei contratti, in cui compaiono norme nuove e originali, decisamente eterodosse rispetto alla logica tradizionale della codificazione, secondo il modello ottocentesco affermatosi nell'Europa continentale e negli ordinamenti influenzati dalla cultura giuridica di *civil law*. Si presentano così moderne formulazioni, in cui compare il riferimento all'abuso e all'esigenza di valutare la correttezza della condotta del contraente, in ambiti e situazioni contrattuali non sempre considerate nell'impostazione tradizionale (della cultura giuridica civilistica, così come del legislatore dei codici) e che acquistano oggi rilevanza all'interno della disciplina generale.

In tal senso, ritorna inevitabilmente sull'interprete, in primo luogo di chi in sede giurisdizionale dovrà dare attuazione ed effettività alle nuove disposizioni, il compito di chiarire se, e in che misura, il concetto di abuso nel rapporto obbligatorio e contrattuale possa trovare spazio e operare, secondo la tecnica delle clausole generali, senza per questo minare la

razionalità complessiva del sistema, e anzi contribuendo a rendere il sistema delle norme giuridiche coerente con la realtà dei rapporti sociali (*infra*, n. 5).

2. - La genesi legislativa della nuova clausola generale: repressione dell'abuso di dipendenza economica tra disciplina generale dei contratti e regolazione del mercato.

Occorre muovere, si diceva, dalla genesi della nuova clausola generale, che coincide con la rilevanza assunta dall'abuso di dipendenza economica e, in termini legislativi, dal relativo divieto consacrato con l'art. 9, l. 192 del 1998, sicché non si può non accennare al dibattito che l'introduzione della norma immediatamente provocava.

La travagliata storia della nuova fattispecie, in bilico tra la normativa *antitrust* e quella dei contratti (che alla fine è stata prescelta) vale a confermare che il rapporto di naturale contiguità fra regole del mercato e disciplina del contratto era ben noto ⁹, mentre avrebbe dovuto essere messo ancora a fuoco il grado di attinenza dell'illecito – già di per sé ambivalente: negoziale *stricto sensu* e/o concorrenziale? – alla disciplina del modello contrattuale tipizzato dal legislatore come subfornitura ovvero alle regole *antitrust*. Ciò anche in considerazione, probabilmente, del carattere relativamente giovane della disciplina della concorrenza nel nostro ordinamento, almeno rispetto a quanto era avvenuto altrove.

L'assoluta novità della norma, nell'ambito della disciplina o, più correttamente, nella sistematica dei contratti – ben al di là della prospettiva che faceva capo alla fortunata formula della “decodificazione”, affermatasi già un ventennio addietro e, in tal senso, già ben metabolizzata dalla civilistica, che avrebbe determinato la ricostruzione di un ulteriore “microsistema”, relativo al tipo legale o, se si preferisce, alla tipologia contrattuale di nuovo conio – induceva i più intraprendenti a ricercare la chiave di

⁹ In epoca non sospetta: R. PARDOLESI, *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in U. GOBBI (a cura di), *L'artigianato nell'economia e sul territorio, Analisi delle tendenze evolutive*, I, Roma, 1985, 138; successivamente, R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 243; nonché R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 731.

lettura più consona nell'impostazione di *law & economics*¹⁰, in ragione proprio della connessione tra la descrizione della fattispecie astratta e il contesto socio-economico, nel quale quest'ultima avrebbe potuto trovare collocazione, con la convinzione che in tal modo si sarebbe potuto evitare il rischio – almeno secondo i fautori di tale metodologia – che la novità venisse assorbita e, in un certo senso, neutralizzata dal generico riferimento alla (vaghezza della) buona fede¹¹.

In tal senso, e per quanto può rilevare in questa sede, ossia ragionando sul processo di “generalizzazione” della norma, sono comprensibili le perplessità sull'immediata connessione, che da più parti si tendeva a ravvisare – talvolta con un rapporto quasi di immedesimazione –, fra comportamento abusivo e condotta contraria alla buona fede, posto che l'ampiezza del riferimento normativo avrebbe inciso su l'intervento giudiziale nella particolarità del caso, rivelandosi un limite della disciplina dell'art. 9¹². Si evidenziava, in sostanza, il timore che con il richiamo alla buona fede potesse essere pregiudicata la concretezza garantita dai criteri di natura “economica”, pur sempre da valutare e selezionare alla stregua della loro effettiva idoneità a offrire una soluzione alla specifica controversia¹³. A

¹⁰ Si veda G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, 63 ss.; nonché R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 33 ss.

¹¹ Per l'assimilazione dell'abuso di dipendenza economica alla figura dell'abuso del diritto nell'esercizio dell'autonomia privata: M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 88, nonché F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, 325.

¹² C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, 2187, in nota a Trib. Bari, 6 maggio 2002, secondo cui, posto che il rifiuto arbitrario di vendere la merce commissionata, in quanto: (a) opposto da un produttore di capi di abbigliamento di alta moda ad un rivenditore al dettaglio, con il quale intratteneva un consolidato rapporto commerciale; (b) formalizzato quando ormai non era più possibile reperire in tempo utile sul mercato una valida alternativa, integra gli estremi dell'abuso di dipendenza economica in danno del rivenditore, la cui immagine rischia di essere compromessa dall'indisponibilità di quei capi di vestiario, va ordinato al fornitore di consegnare immediatamente la merce richiesta, alle condizioni previste nel modulo, predisposto dal fornitore stesso e sottoscritto dal cliente, contenente la proposta di acquisto.

¹³ È del resto evidente che il richiamo alla buona fede, quale parametro più genuinamente giuridico per la decisione della lite, non è affatto escluso dal ricorso del giudice alle valutazioni di tipo economico: la (contrarietà a) buona fede potrà offrire, in altri termini, la veste giuridica alle considerazioni che, in chiave prettamente economico-imprenditoriale, inducono a ritenere abusivo il comportamento del soggetto più forte. Cfr. A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta «pie in the sky»?*, cit., 243 e C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 53 s.; in forma sintetica, ma

fronte di quanti sottolineavano la singolarità della norma, cogliendo nell'art. 9, l. 192 del 1998 una sorta d'integrazione assiologica o interrelazione tra valori – concorrenza da un lato, giustizia contrattuale dall'altro¹⁴ –, vi era perciò chi, nella prospettiva *antitrust* avanzava l'idea, secondo la quale le regole di concorrenza avrebbero potuto offrire, sempre in chiave *lato sensu* integrativa, un sostegno alle clausole generali del diritto civile, divenendo lo stesso diritto *antitrust* una sorta di "clausola generale" della disciplina dei contratti¹⁵.

Una volta accolta l'idea che una nuova disposizione espressiva dell'esigenza di sancire in via legislativa la rilevanza della correttezza e della buona fede – ovvero della solidarietà, per chi preferisca il riferimento immediato ai valori di matrice costituzionale – anche nella contrattazione fra imprese¹⁶, non avrebbe potuto essere ritenuta un'anomalia, né un'eccezione (dunque, un limite) rispetto al sistema impostato sull'autonomia contrattuale, appare consequenziale l'efficace (quanto autorevole, per la voce da cui proveniva) sintesi, mediante la quale si sottolineava l'emersione, con la disposizione in esame, di "un principio di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra imprenditori"¹⁷. In tal senso, il comune denominatore, costituito dal carattere di "generalità", tra

estremamente chiara, da ultimo, COLANGELO, cit., 87, che indica alcune regole di matrice economica, quali ad esempio: la *recovery-period rule* (volta ad imporre il rispetto del tempo di recupero degli investimenti, dell'ammortamento etc.) o la *duty rule* (che impedirebbe la rinegoziazione meramente strumentale a trarre vantaggio da modificazioni intervenute nel frattempo a sfavore dell'impresa più debole).

¹⁴ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 300, notando che tali valori sarebbero "ispirati da concezioni economico-politiche tendenzialmente divergenti".

¹⁵ C. OSTI, *Nelle pieghe del regolamento della distribuzione automobilistica*, in *Contr. impr. EU*, 2003, 49 s., che afferma: «le regole di concorrenza [sono] diventate un utile ed operante riempimento delle clausole generali del diritto civile: anzi, più esattamente, potrebbe dirsi che tutto il diritto di concorrenza si sia atteggiato a *clausola generale* [corsivo nel testo] del diritto dei contratti», rivelandosi la disciplina *antitrust* «un'assai efficace modo di completare in modo innovativo il diritto dei contratti».

¹⁶ Cfr., fra le voci più autorevoli, U. BRECCIA, *Prospettive*, cit., 161 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.; G. VETTORI, *Autonomia contrattuale e contratto giusto*, cit., 21 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 ss.

¹⁷ G. OPPO, *I principi*, cit., 72; senza dimenticare insegnamenti ancora più risalenti di maestri del diritto commerciale, come ad esempio quello di A. ASQUINI, *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 13, che, nel riaffermare la necessità dell'autonomia dell'imprenditore, ribadiva altresì che non ne sia fatto «uso vessatorio e tale da turbare l'equilibrio del mercato». Sul tema del rapporto fra il mondo degli affari e la morale, nell'ambito di una letteratura pressoché sconfinata, cfr. le riflessioni, in margine ad uno studio degli anni trenta, di V.

principio e clausola (implicita) contrattuale ovvero, più precisamente, della contrattazione sembrava spianare la via per l'evoluzione del sistema nel senso, appunto, della "generalizzazione" della prescrizione normativa (come vi sarà modo di osservare: *infra*, n. 3).

Più complesso il discorso, in un certo senso parallelo rispetto alla questione di natura più propriamente sostanziale cui s'è fatto cenno, relativo al ruolo della norma in termini di effettività, in primo luogo con riferimento all'attività giurisdizionale e, in senso lato, regolatoria riconducibile alla nuova disposizione. Se è vero che oltre venticinque anni di attività dell'Autorità Garante, così come oltre un quindicennio di vigenza della normativa in esame, non hanno prodotto risultati particolarmente significativi, con riferimento all'impatto concreto di una disciplina che, preannunciata dall'impegno di studiosi sensibili ai problemi giuridici del commercio e attenti agli scenari normativi ricavabili dagli altri ordinamenti¹⁸, avrebbe dovuto (o voluto?) costituire uno dei pilastri normativi dei rapporti tra imprese operanti nell'ampio comparto della distribuzione commerciale, è anche fuor di dubbio che il tempo non è passato del tutto invano.

Si può infatti affermare che tanto il legislatore, quanto la giurisprudenza (senza dimenticare, evidentemente, l'elaborazione dottrinale), abbiano preparato il terreno perché l'intreccio o la 'interferenza' – talvolta viene utilizzato anche il termine 'contaminazione'¹⁹ – tra contratto e *antitrust* si svolga in termini virtuosi, con la maturata consapevolezza che anche la possibilità di ricorrere a due autorità in funzione giurisdizionale (non certo alternative, stanti la diversa natura e storia, ma al contrario in ipotesi complementari) costituisca un vantaggio per l'ordinamento, da valorizzare senz'altro in termini di effetto, ma anche come causa, e dunque fattore ulteriormente propulsivo, per così dire, del mutamento culturale in corso tra i giuristi, nel senso del superamento delle partizioni disciplinari e

BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito settant'anni fa*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, Milano, 1998, 19 ss.

¹⁸ Può essere sufficiente richiamare i lavori, sostanzialmente coevi e in un certo senso complementari per inquadrare la tematica, di R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979 e G. SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979.

¹⁹ È significativo che, nel più recente trattato sul contratto, sia stato dedicato un capitolo del volume intitolato "Interferenze" proprio al problema in esame: C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, 633.

normative legate a concezioni tradizionali degli ambiti settoriali in cui si ordina l'esperienza giuridica.

Quanto appena esposto, seppure in estrema e riduttiva sintesi, conferma che la finalità degli interventi legislativi volti alla repressione dell'abuso – all'insegna di un'operazione che, considerata nel suo complesso, è apparsa alla dottrina più autorevole riconducibile a una “regola dell'impresa e del mercato, capace di temperare il potere economico con un effetto di moralizzazione e di attuazione del principio costituzionale di solidarietà”²⁰ – in termini di macro-obiettivo ossia di politica del diritto, è unitariamente rappresentabile nell'interesse alla concorrenzialità del mercato.

Ciò non esclude, peraltro, che il legislatore possa avvalersi di una pluralità di strumenti normativi per la sua realizzazione. Una varietà che si comprende alla luce dei diversi contesti economici in cui i contraenti si trovano a operare, rilevando in primo luogo la loro qualità soggettiva (imprenditori o consumatori)²¹, con la conseguenza che l'interprete non potrà non porsi il problema di una ricostruzione sistematica delle tutele, in termini diversi rispetto al passato e in una prospettiva disincantata (in qualche modo disinibita, rispetto alle concettualizzazioni tradizionali), nella consapevolezza peraltro che ogni tentativo di costruire una “nuova dogmatica”²² si trova a dover fare i conti con l'esigenza di razionalità (e perciò razionalizzazione, da parte dell'interprete) del diritto come sistema coerente e unitario.

²⁰ Vale ancora il richiamo a G. OPPO, *Principi*, cit. 78, che intitola significativamente il paragrafo ove si sintetizza la tendenza a sottoporre al sindacato giudiziale le scelte di autonomia, almeno ove manchi la parità contrattuale, “Un nuovo principio?”, mentre, poco prima, con riferimento all'art. 9, l. 192 del 1998, aveva con chiarezza affermato quanto già ricordato in ordine all'introduzione di un “principio di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra i imprenditori” (72).

²¹ Sui diversi modi di atteggiarsi dell'abuso contrattuale in ambito consumeristico (o unilateralmente imprenditoriale) e imprenditoriale *tout court* (ossia bilateralmente commerciale), si veda, come logica premessa all'indagine sul “terzo contratto”: G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285, nonché G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 e (nell'ambito del medesimo convegno dedicato ai contratti d'impresa nel contesto europeo), F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 689, cui ci si permette di rinviare per una più compiuta analisi del tema e i necessari approfondimenti bibliografici.

²² Secondo l'espressione utilizzata da L. MENGONI nei suoi fondamentali scritti metodologici (cfr., ad esempio: *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, 469 (ripubblicato in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, con il titolo *Interpretazione e nuova dogmatica*, da cui le citazioni, 67 ss.).

Sul piano delle tutele riconducibili a formule normative dotate delle potenzialità di assurgere a clausole generali del sistema, come nel caso in esame, la riflessione sarebbe oltremodo complessa, ma le considerazioni sin qui svolte consentono, se non altro, di non stupirsi troppo del fatto che l'asimmetria di potere contrattuale tra le parti, e in particolare l'abuso di tale squilibrio realizzato dalla parte avvantaggiata – in altri termini, la qualificazione in termini di disvalore di una sperequazione, che rappresenta in ogni caso e inevitabilmente un dato di fatto, ineliminabile nei rapporti commerciali che si svolgono sul mercato – fossero idonei a propiziare un ventaglio di soluzioni diversificate, in chiave di tutela della parte svantaggiata: dalle nuove forme di invalidità dei patti e dei contratti, sino alla più tradizionale soluzione risarcitoria, per finire con le più moderne, nonché più versatili, tecniche c.d. “rimediali”, che esigono l'esercizio (anche) di poteri equitativi da parte del giudice²³.

Il tema delle tutele e dei “rimedi” è particolarmente complesso (vi si farà un cenno in chiusura), mentre conviene ritornare alla vicenda della “generalizzazione” della norma, con l'esame dell'evoluzione avvenuta nel diritto di fonte giurisprudenziale in senso stretto, ossia nella pratica delle corti.

3. - L'evoluzione: riconoscimento della vocazione espansiva della norma e “generalizzazione” del divieto nelle *rationes decidendi* delle corti.

Caratterizzata da un approccio comprensibilmente cauto, se non addirittura diffidente verso le novità legislative – in particolare, ove queste ultime si presentino così incisive rispetto alla disciplina della contrattazione tra imprese, come nel caso dell'art. 9, l. 192 del 1998, non per niente diventato subito oggetto di una smisurata quantità di contributi dottrinali di carattere esegetico –, la giurisprudenza si è mostrata sensibile alle considerazioni più attente e meditate, dunque consapevole dell'esigenza di inquadrare la vicenda “contrattuale” (ossia i rapporti connotati dell'abuso di dipendenza economica) nel contesto suo proprio (ossia la disciplina dell'impresa e del mercato).

²³ Per un primo esame, ci si permette di rinviare ancora a F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese*, cit.

In tal modo, si sarebbe completato o, se si preferisce, avrebbe avuto una sua chiara esplicitazione nel “diritto vivente”, l’itinerario che il legislatore aveva lasciato, in un certo senso, incompiuto, non essendosi superata l’ambivalenza della norma, collocata, come già riferito, al crocevia delle discipline del contratto (di subfornitura in senso stretto o di distribuzione commerciale nella prospettiva più ampia) e della concorrenza, così da lasciare aperte letture “civilistiche” o, alternativamente, “filo-concorrenziali”²⁴.

Nel ripercorrere rapidamente la storia della giurisprudenza, si nota come le prime decisioni, impegnate a risolvere il quesito relativo all’ambito applicativo della novità normativa (solitamente, in sede di tutela cautelare), limitassero la portata della disposizione al contratto di subfornitura *stricto sensu* inteso (così come definito dall’art. 1, l. 192 del 1998). L’argomento era pressoché scontato, facendo leva sull’asserito carattere derogatorio della disposizione rispetto al (genericamente declamato) principio di autonomia contrattuale e, come se si trattasse di una conseguenza necessitata, sull’eccezionalità dei poteri conferiti dal legislatore al giudice per intervenire in forma di controllo e limitazione della libertà dei contraenti²⁵. Secondo uno stereotipo della civilistica tradizionale, che invero

²⁴ Distingue, nella ricostruzione del dibattito sull’inquadramento del divieto di abuso di dipendenza economica, le tesi definite “civilistiche” (che farebbero capo all’idea della tutela del contraente più debole) da quelle (alternative) indicate come “filo-concorrenziali”, P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 421 ss.; più di recente, in forma sintetica, Id., *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, cit., 162 ss., considerando quest’ultima opzione ovviamente preferibile, anche alla luce del carattere di clausola generale riconosciuto dalla più accorta dottrina all’art. 9, in materia di rapporti contrattuali o, più ampiamente, di mercato tra imprese.

²⁵ Ad esempio, in sede di reclamo, Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208 (secondo cui, posto che il divieto dell’abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai contratti di subfornitura e che lo stesso, derogando al principio di libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri di natura eccezionale, va revocato il provvedimento con cui era stato costituito in via cautelare un rapporto obbligatorio tra un rivenditore al dettaglio ed un produttore di capi di abbigliamento, il quale non aveva accettato la proposta contrattuale proveniente dal primo), raffreddando così l’entusiasmo di chi aveva confidato sull’opposta soluzione data dal primo giudice, adito in via cautelare e urgente, Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2178, n. A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e C. OSTI, *Primo affondo dell’abuso di dipendenza economica* (nonché in *Corr. giur.*, 2002, 1063, n. S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*; in *Danno e resp.*, 2002, 765, n. B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche «rewriting» contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*). Si noti che il giudice designato a decidere sull’istanza di tutela cautelare aveva affermato l’applicabilità a raggio allargato del divieto di abuso di dipendenza economica (“a tutti i contratti tra imprese”) e così sanzionato

sembra sempre più recessivo, il giudice presidierrebbe, dunque, lo spazio della libertà contrattuale, con il compito di impedire che le coraggiose sortite legislative si dilatino eccessivamente, con un rischio – paventato, va da sé, da quanti esprimono la cultura gius-postivistica più ortodossa e radicale – per la tenuta dell'autonomia privata, almeno alla stregua dell'ideologia cui tradizionalmente quest'ultima è riconducibile. Questa, nella sostanza, la percezione desumibile dai primi *dicta*, espressivi del detto atteggiamento cauto delle corti, che si rivelava altresì estremamente formalista, nel sostanziale rifiuto di occupare gli spazi di discrezionalità, in sede interpretativa e applicativa, lasciati dal legislatore del 1998.

Non trascorre molto tempo, tuttavia, perché cominci ad apparire qualche decisione di merito che imbecca una diversa direzione, affermando l'applicabilità della norma a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale²⁶, con un orientamento che matura in materia di *franchising*²⁷, senza che scompaia tuttavia la tendenza – s'è detto, di stampo più segnatamente gius-formalistico – a impedire che la novità possa invadere e contaminare il diritto contrattuale, acquisendo un raggio d'azione più ampio rispetto alla “fattispecie” delineata dalla disposizione introduttiva dell'art. 1, l. 192 del 1998²⁸.

Il percorso per la “generalizzazione” si è però ormai definitivamente avviato e il suo sviluppo, che va a iscriversi a pieno titolo nella storia delle idee, dimostra che tutte le barriere innalzate in modo pregiudiziale contro

l'abuso – una volta accertata la dipendenza economica – consistente nell'arbitraria improvvisa cessazione della fornitura, imponendone la ripresa in via d'urgenza (in prevenzione del danno imminente e irreparabile all'immagine che avrebbe subito la ricorrente) alle condizioni indicate nel modulo di contratto prodotto dalla stessa fornitrice che aveva rifiutato di darvi corso, così da non dover il giudice procedere ad operazioni integrative o manipolative dell'autonomia contrattuale direttamente incidenti sul contenuto economico del contratto. Per alcuni casi definiti come ‘esordi mancati’, v. Trib. Taranto 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 2077, n. M. GRANIERI; Trib. Torino 19 novembre 1999 e Trib. Taranto 13 ottobre e 28 settembre 1999, *id.*, 2000, I, 624, n. A. PALMIERI-M. GRANIERI; Trib. Udine-Cividale del Friuli 27 aprile 2001, *id.*, 2001, I, 2677.

²⁶ È la massima di Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262 (nonché in *Danno e resp.*, 2004, 426, n. A. PALMIERI).

²⁷ Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1604.

²⁸ Sempre decidendo in sede di reclamo, cfr. Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 262, n. G. COLANGELO, secondo cui i rapporti di *franchising*, in quanto non riconducibili alla tipologia del contratto di subfornitura, non ricadono nella sfera di applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica.

le innovazioni operanti, in primo luogo, sul piano culturale sono destinate prima o poi a crollare. L'evoluzione è nel segno di una graduale, ma convinta, familiarizzazione della giurisprudenza con la materia e, soprattutto, con le tecniche di tutela in concreto utilizzabili a vantaggio del contraente vittima dell'abuso²⁹. L'idea della forza espansiva della norma, al di là del ristretto confine della fattispecie "tipologica" delineata dall'art. 1, l. 192 del 1998, inizia così a radicarsi, con buona pace dell'argomento (*alias*, del preconetto) relativo al carattere eccezionale del divieto, superato senza particolari difficoltà dall'inquadramento della disciplina, in chiave assiologica, nell'ambito della correttezza e buona fede tra contraenti imprenditori, non senza il puntello dei principi costituzionali, in primo luogo con riferimento alla solidarietà, sempre più spesso invocata e affiancata, nelle *rationes decidendi*, alla buona fede contrattuale³⁰.

La stessa rapidità con cui si svolge l'*iter* evolutivo giurisprudenziale dimostra come fosse difficilmente contestabile la prevalenza degli argomenti, sviluppati dalla dottrina più consapevole e attenta a valorizzare il contesto all'interno del quale avrebbe operato il nuovo dato formale, nel senso del carattere generale del divieto. Dalla constatazione secondo la quale la norma è applicabile, nell'esemplificazione che il legislatore offre, anche al rifiuto di vendere o di comprare (che potrebbe realizzarsi senza alcun

²⁹ Cfr. ad esempio Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3513, n. A. PALMIERI (posto che l'imposizione di una pattuizione negoziale eccessivamente gravosa, ai sensi della quale un cliente, che abbia l'esigenza di spostare il proprio impianto, è tenuto a rivolgersi solo alla società fornitrice, senza alcuna possibilità di contrattare i prezzi dei lavori e dei materiali, integra gli estremi dell'abuso di dipendenza economica, va ordinato alla fornitrice di effettuare immediatamente gli interventi occorrenti per il trasloco, fatti salvi il diritto di quest'ultima ad ottenere il compenso nei tempi previsti dal contratto e quello del cliente a sindacarne eventualmente la congruità).

³⁰ Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 2149, n. L. DELLI PRISCOLI (l'art. 9 l. n. 192 del 1998, che vieta l'abuso di dipendenza economica, ancorché inserita nella disciplina della subfornitura, deve ritenersi applicabile per analogia anche ai contratti di distribuzione, attesa l'identità di *ratio* ed il carattere non eccezionale della norma, costituente, al contrario, espressione dei principi di buona fede e solidarietà contrattuale, di correttezza nei rapporti tra imprenditori, nonché di tutela del principio costituzionale della libera iniziativa economica). Cfr. anche Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, 178, n. E. BATTELLI (nonché in *Dir. e giur.*, 2006, 568 e in *Giur. it.*, 2007, 1737, n. C. SPAGGAPELO; a commento della sentenza, si vedano anche: P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 902; P. QUARTICELLI, *Abuso di dipendenza economica ed «estorsione» postcontrattuale*, in *Contratti*, 2007, 112; ancora, Trib. Torre Annunziata-Castellammare di Stabia, 30 marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 341.

contratto in corso tra le parti, ponendosi proprio come atto preclusivo dell'instaurazione del rapporto contrattuale)³¹, sino alle considerazioni sull'irragionevolezza – a rischio di sconfinare nella censura d'incostituzionalità – della discriminazione fra subfornitori in senso stretto (ossia alla stregua della definizione di cui al detto art. 1, l. 192 del 1998) e altri imprenditori in condizione di dipendenza economica³², l'idea che la disposizione e la norma ivi espressa avrebbero potuto costituire il perno di un nuovo assetto del sistema della contrattazione tra imprese sembra acquisire sempre maggiore consistenza.

Le condotte dell'imprenditore più forte, ossia economicamente dominante, determinate dalle circostanze di fatto³³, inducono a chiamare in causa la portata generale della norma in esame, e quindi le sue potenzialità espansive al di là del "tipo" contrattuale definito dall'art. 1, lasciando all'interprete il compito di misurarsi con quello che avrebbe potuto definirsi in termini di "abuso atipico", riconducibile alla copertura offerta dalla nuova norma, quale clausola generale³⁴.

Il paradigma in chiave socio-economica, già da tempo ben noto ed espressivo delle problematiche connesse alla dipendenza economica, era agevol-

³¹ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 9. Particolarmente interessante è la storia del "rifiuto di vendere" in Francia, soppresso con la riforma del 1996 (art. 14, l. 1° luglio 1996, n. 96-588), ma previsto da una normativa della fine degli anni quaranta, quando imperava la penuria di merci foriera di intollerabili abusi (del tipo, stoccaggio di prodotti al fine di maggiorazione del prezzo), e nondimeno ammesso, in concreto, allorché la domanda dell'acquirente fosse stata anomala, sì da denotare la sua malafede ovvero allorché il venditore avesse già assunto impegni contrattuali con soggetti terzi (eventualmente, in esclusiva o in termini di distribuzione cosiddetta selettiva).

³² F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., 272 ss.

³³ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., 85.

³⁴ Non a caso, con una sorta di slogan che col tempo si è sempre più accreditato, si era detto che la norma espressa dalla disposizione dell'art. 9, l. 192 del 1998 «è oggi diventata una clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese» (a ridosso dell'entrata in vigore della l. 192 del 1998, in questi termini: R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, cit., 725). L'opinione ha trovato successivamente consensi: fra gli altri, S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in G. VETTORI (a cura di), *Equilibrio e usura nei contratti*, 2002, 218; nonché S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, *ibid.*, 499 s.; in sede di trattazione generale della disciplina del contratto, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 611; si veda, più di recente, C. OSTI, *L'obbligo a contrarre*, cit., 36; ma più ampiamente la tesi è sviluppata in *Id.*, *Nuovi obblighi a contrarre*, spec. cap. V; ci si permette, infine, di rinviare alla più compiuta dimostrazione in F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., spec. 704 s.

mente rintracciabile nella distribuzione commerciale, e in particolare nei rapporti di *franchising*, da tempo ormai disciplinati anche nel nostro ordinamento grazie alla legislazione di matrice europea³⁵. Alla luce degli altissimi costi di commutazione, di fatto insostenibili per l'impresa 'dipendente', che si trova esposta ai cosiddetti "investimenti da affidamento", è pressoché inevitabile il rischio della condotta scorretta del *franchisor*³⁶, di tipo genericamente estorsivo ossia finalizzata ad ottenere determinati vantaggi in sede di esecuzione o rinegoziazione del contratto³⁷. Si aggiunga l'altrettanto inevitabile squilibrio informativo tra le parti, che implica la cosiddetta "incompletezza contrattuale"³⁸: un concetto dalla matrice economica, di recente transitato anche nel discorso giuridico, inteso a rappresentare l'esigenza di una successiva definizione delle regole del rapporto lasciate inesprese *ex ante*, in ragione della "razionalità limitata" dei

³⁵ Sulla l. 6 maggio 2004, n. 129, cfr. in sede di primo commento, Aa. Vv., V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005 e in particolare, per una panoramica sui contratti di distribuzione, F. DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti della distribuzione*, *ibid.*, 159 ss.; gli studi più approfonditi e consapevoli dei problemi reali, di natura giuridica ed economica, si rinvencono nel lavoro, in un certo senso pionieristico, di R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979 (spec. 323 sul rischio del cosiddetto *leverage* monopolistico esercitabile dal *franchisor* su un *franchisee* terrorizzato dallo spettro del recesso (o mancato rinnovo) e dello stesso a., una sintesi aggiornata (*ad tempus*) si legge in *Contratti di distribuzione*, voce dell'*Enc. giur.*, 1988, spec. 4) e nella successiva monografia di G. VETTORI, *Anomalie e tutela nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, il quale ritorna in argomento, nell'ambito della più generale riflessione sulla "giustizia contrattuale" in ambito di diritto dei contratti di stampo europeo, nel già richiamato volume *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, cit., 109; infine, sempre di recente ma in una prospettiva del tutto diversa e originale (nell'ambito degli studi giuridici), trattano il tema F. CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-impresitoriale*, in F. Cafaggi (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, spec. 90 ss., nonché P. IAMICELLI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, *ibid.*, 125 ss.

³⁶ Non dovrebbe essere dubbio, ad esempio, che l'inserimento di un nuovo *franchisee* nella zona attribuita ad un precedente affiliato possa ben configurare abuso di dipendenza economica, anche se nel contratto fra quest'ultimo e il *franchisor* non vi fosse la pattuizione espressa dell'esclusiva (in questo senso, L. DELLI PRISCOLI, *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisees*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 581).

³⁷ Esamina il recesso dell'affiliante in chiave di (potenziale) abuso di dipendenza economica, L. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, 95 ss.; dello stesso A., *Il recesso nel contratto di subfornitura*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 257, nonché *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 549 ss. Più di recente, con riferimento anche alla nuova disciplina, L. NIVARRA, *Alcune osservazioni in tema di franchising e abuso di dipendenza economica*, in *Studi in onore di G. Schriker*, Milano, 2005, 445 ss.

³⁸ G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

contraenti, con il rischio della condotta maliziosa di chi intende sfruttare opportunisticamente la situazione imprevista ³⁹.

Con la novella di cui alla l. 5 marzo 2001, n. 57, modificativa/integrativa dell'art. 9 ⁴⁰, anche il legislatore sembra confermare la capacità espansiva dell'art. 9 a tutti i contratti fra imprese, ed anzi alle relazioni economiche fra queste ultime instaurate nell'ambito del mercato rilevante, spianando la strada all'interprete che avrebbe dovuto misurarsi con le situazioni di "abuso atipico", da far ricondurre alla nuova clausola generale ⁴¹.

Nel frattempo, il diritto vivente ha trovato il suo consolidamento, con l'autorevole avallo della Suprema Corte ⁴², nella più recente giurisprudenza di merito, grazie alla quale si comprende il modo in cui, in concreto, operano i criteri di valutazione della dipendenza economica e dell'eserci-

³⁹ Da ultimo, sul tema A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, il quale esamina la fattispecie, la funzione e la disciplina del contratto, con riferimento anche ai problemi della determinazione unilaterale e del recesso, spec. 195 ss.

⁴⁰ La novella ha modificato l'art. 9 l. 192 del 1998, con la riformulazione del terzo comma e l'aggiunta di un ulteriore comma (3-bis), al fine di ampliare il ventaglio dei rimedi, con la previsione dell'azione risarcitoria e della tutela inibitoria, e di attribuire la cognizione della questione anche all'AGCM, avente la facoltà di attivare d'ufficio i poteri d'indagine e d'istruttoria, al fine di irrogare le sanzioni previste dalla legge *antitrust* (in argomento, M.R. MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Eu. e dir. priv.*, 2002, 455; nonché R. NATOLI, cit., 23 ss.). Valutazione della condotta e gestione del rapporto (investigativo, istruttorio, sanzionatorio) con l'impresa forte finalmente nelle mani, quindi, dell'Autorità *antitrust*, soggetto terzo, istituzionalmente "garante" del mercato e perciò in possesso delle competenze, formali e sostanziali, idonee ad assicurare l'effettività della tutela, se non altro in considerazione dei poteri ufficiali che, almeno in linea di principio, svincolano il funzionamento della regola dall'iniziativa della parte vittima dell'abuso, la quale (come spesso accade alle vittime in condizioni di inferiorità economica o psicologica) potrebbe avere comprensibili resistenze ad attivare la tutela giurisdizionale in sede ordinaria fin tanto che dura il rapporto contrattuale. Sull'altro piatto della bilancia, va da sé, il prevedibile problema del coordinamento con l'intatta tutela civilistica. È noto che l'opportunità dell'inserimento della disciplina *in toto* in ambito *antitrust* era stata sin dall'inizio ben segnalata da chi aveva visto, evidentemente, più lungo (a titolo esemplificativo, C. OSTI, cit., 62 ss.; mentre la giustificazione, in termini economici, dell'opzione "separatista" si legge in M. GRILLO, *L'abuso di dipendenza economica: l'opinione dell'economista*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 58 ss. Per chi intenda conoscere, invece, l'opinione ufficiale dell'Autorità in proposito, cfr. il parere sulla proposta di legge, in *Bollettino*, 5/98, p. 15).

⁴¹ Così, a ridosso dell'entrata in vigore della l. 192 del 1998, R. CASO-R. PARDOLESI, cit., 725. L'opinione, s'è detto, ha trovato successivamente un diffuso consenso: fra gli altri, S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in G. VETTORI (a cura di), *Equilibrio e usura nei contratti*, 2002, 218; nonché S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, *ibid.*, 499 s.; aderisce all'idea anche R. SACCO, *Il contratto*, cit., 611.

⁴² Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241, che fa seguito, idealmente, a Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805, in sede di regolamento di giurisdizione.

zio abusivo dei poteri e delle facoltà contrattuali, mentre appare ormai fuori discussione l'adesione alla linea tracciata dai precedenti nel senso della "generalizzazione" del divieto.

Esemplare, tra le più recenti, una pronuncia vercellese che, con ampia motivazione: (a) svaluta la *sedes materiae* – stante la tendenziale irrazionalità, dal punto di vista sistematico, dell'operato del legislatore – della disposizione; (b) valorizza il già ricordato intervento legislativo del 2001 (con l'aggiunta del comma 3 *bis*, per effetto della l. 57 del 2001), idoneo a riproporre "una valenza delle condotte di abuso non solo microeconomica (limitata cioè alla singola vicenda contrattuale), ma anche macroeconomica (risultando tali condotte idonee ad alterare il complessivo assetto del mercato [...])"; (c) richiama il dato letterale e lessicale già sottolineato dalla Cassazione nel 2011; (d) contesta il carattere e la qualificazione di "norma eccezionale" della disposizione in esame, che potrebbe risultare "addirittura non necessaria, finendo la stessa con il limitarsi ad esplicitare ipotesi comunque già sussumibili nell'art. 1375 c.c."; (e) aderisce, infine, all'indirizzo dottrinale favorevole a "una lettura 'rovesciata', che, cioè, ravvisa nell'art. 9 la prima disposizione (per importanza e per ambito di operatività) della legge, e negli artt. 1 ss. norme destinate solo ad esplicitare, con specifico riferimento alla subfornitura, la portata del divieto di abuso di dipendenza economica"⁴³.

Allo stesso modo, in riforma di una decisione tipicamente espressiva del formalismo riduzionista, inteso a limitare l'applicabilità del divieto al solo contratto di subfornitura, la Corte d'appello di Milano aderisce alla linea interpretativa definitivamente segnata dalla Cassazione nel 2014, affermando che, pur nascendo «per trovare applicazione in uno specifico ambiente contrattuale», il divieto «può assurgere al novero delle clausole generali, laddove abbia la funzione di porsi a presidio di un interesse quale l'equilibrio dell'intero sistema dei rapporti di mercato. Spetta al giudice – conclude, significativamente, la Corte milanese – riconoscere nel di di-

⁴³ Cfr. Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 3344.

vieta veicolato da una legge speciale la manifestazione riflessa di un principio generale»⁴⁴.

Il ruolo del giudice diventa poi davvero decisivo nel momento in cui, dichiarata la nullità – parziale, evidentemente, secondo la linea di tendenza che, originata dalla disciplina a tutela dei consumatori, va affermandosi nel diritto generale dei contratti – della clausola (contenuta in un contratto di somministrazione di carburanti misto a comodato di attrezzature) che attribuisce al somministrante, in regime di esclusiva, il potere di stabilire di volta in volta il prezzo delle forniture unilateralmente e senza limiti, lo stesso si trova a dover rideterminare il prezzo (nella specie, con riferimento a quello praticato dal somministrante ad altro gestore affiliato alla propria rete commerciale e operante nel medesimo mercato)⁴⁵.

La norma, che prevede la nullità della clausola, allo stesso tempo causa ed effetto dell'abuso di dipendenza economica (nella specie, del trattamento discriminatorio), impone di domandarsi – nella lineare ricostruzione del Tribunale toscano – se sia consentita «la modifica giudiziale di un elemento contrattuale, in funzione sostanzialmente sostitutiva dell'autonomia negoziale. Tale questione – prosegue il Tribunale, esplicitando meritoriamente la *ratio decidendi* – deve essere considerata nell'ottica della tutela del contraente debole e della dissuasione di condotte discriminatorie», considerando che quest'ultimo «non ha [nella specificità della vicenda concreta, n.d.r.] facilità di trovare soluzioni alternative e che, quindi, ha interesse a preservare il rapporto contrattuale e non a far risolvere lo stesso a causa di anomalie, genetiche o sopravvenute, di funzionalità del sinallagma contrattuale».

La sostituzione della clausola all'origine della condotta abusiva (in quanto discriminatoria) non costituisce – sempre nel *dictum* del Tribunale – né «indebita ingerenza del giudice nell'autonomia negoziale», né «un intervento giudiziale di tipo creativo», nella convinzione che «non deve tutelarsi l'autonomia negoziale, peraltro a senso unico, che si esprima con modalità

⁴⁴ App. Milano, 15 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2665, massimata nel senso indicato dalla *ratio decidendi* appena evidenziata, ma che, all'esito dell'esame sulla posizione di dipendenza economica e poi sulla condotta abusiva, esclude la sussistenza dei presupposti della tutela dell'affiliato/concessionario (controparte contrattuale di Autogrill S.p.A).

⁴⁵ Trib. Massa, ord. 26 febbraio 2014 e (con conferma, in sede di reclamo) 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 218.

non consentite dall'ordinamento». Per altro verso e a completamento della ragione della decisione, il Tribunale afferma che «nell'ottica della tutela del contraente debole il risarcimento del danno deve avere una funzione residuale, riservata all'ipotesi in cui non sia possibile un corretto adempimento»⁴⁶.

Queste ultime decisioni, in particolare, sembrano dischiudere un nuovo scenario, stimolando la riflessione sulla ricostruzione del 'sistema rimediabile' – per usare un'espressione senza dubbio atecnica, ma in linea con il linguaggio dottrinale dei nostri tempi – idoneo a dare risposte coerenti ed efficaci, in termini di effettività della tutela, nel momento in cui il giudice opera attraverso le clausole generali in materia contrattuale.

4. - Il consolidamento e la razionalizzazione: la rilevanza dell'abuso in materia contrattuale.

Una volta considerato, sia pure per rapidi cenni, l'*iter* attraverso il quale è maturata la “generalizzazione” della norma, occorrerebbe comprendere se (ed eventualmente come) si possa pervenire alla razionalizzazione della nuova clausola generale, in linea con l'appena delineato percorso giurisprudenziale.

In tal senso, l'itinerario inteso a collocare razionalmente la norma nel sistema non può non considerare quale fulcro ideale della storia – i cui tratti sono sempre quelli tipici del diritto giurisprudenziale – il noto caso “Renault”⁴⁷ (ancorché nella vicenda specifica la norma sul divieto di

⁴⁶ Può essere, infine, interessante notare che, nel richiamato provvedimento di conferma, viene altresì smontato l'argomento della “presunta libertà” del contraente «di potere recedere dal contratto, che, oltre ad essere pleonastica perché affermativa di una normale facoltà in questo genere di contratti, imporrebbe al resistente peraltro il rilascio di tutto l'impianto, passo estremamente rischioso per un uomo della sua età, che ben difficilmente potrebbe trovare un altro impianto di distribuzione carburanti gestito da altra Compagnia petrolifera, onde tale facoltà è solamente teorica».

⁴⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota (critica) di R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”: l'abuso del diritto alla riscossa*, ove viene massimata nel modo seguente: “posto che: a) la sussistenza di un abuso del diritto, presupponendo l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore, non richiede il concorso dell'assenza dell'utilità per il titolare e dell'*animus nocendi*; b) l'esercizio del recesso *ad nutum*, ancorché contrattualmente previsto, può configurare un abuso; c) in ambito contrattuale è ammissibile un controllo di ragionevolezza, in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti; d) nella sfera di

abuso della dipendenza economica, di cui all'art. 9 l. 192 del 1998, fosse inapplicabile, in quanto non ancora vigente all'epoca dei fatti): la Cassazione fa leva sull'argomento dell'abuso del diritto, con riferimento all'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* del titolare della rete di vendita (nella specie, Renault Italia) nei confronti di alcuni dei suoi concessionari, in occasione della ristrutturazione della stessa rete commerciale⁴⁸. Si è avuto modo di rilevare in altra sede e con più ampia argomentazione che, al di là delle considerazioni critiche che possono rivolgersi (ed effettiva-

valutazione del giudice investito di una controversia contrattuale rientra la considerazione delle posizioni delle parti, quali soggetti deboli o economicamente forti, va cassata, *in parte qua*, la sentenza di merito che, nel ritenere legittimo il recesso da una serie di contratti di concessione di vendita, esercitato da un'impresa automobilistica in forza di apposita disposizione negoziale, non ha valutato le circostanze allegare dai destinatari degli atti di recesso, quali impeditive del suo esercizio ovvero fondanti il diritto al risarcimento per il suo carattere abusivo". Si vedano altresì i commenti di: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1577; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, *ibid.*, 524; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, 41.

⁴⁸ Il controllo di legittimità sulla violazione e falsa applicazione di norme di diritto, che i ricorrenti chiedevano alla Suprema Corte, verteva sugli artt. 1175 e 1375, nonché 2043 c.c., ma la sentenza ha svolto la sua ampia motivazione incentrandola, in modo appassionato, sul tema dell'abuso del diritto in materia dei contratti tra imprese, prendendo così le distanze – sul piano metodologico, si direbbe, in primo luogo – dalla sentenza di merito impugnata, che aveva concluso, sbrigativamente e semplicisticamente, per l'inapplicabilità dell'argomento che fa capo all'abuso, in quanto non sarebbe stato dimostrato l'*animus nocendi* (che caratterizzerebbe, sempre secondo il giudice *a quo*, la *ratio* dell'art. 833 c.c., quale espressione normativa dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento), dopo avere affermato che «non è pertinente il richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c., perché i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome» (posizione, sia detto per inciso, che la dottrina più attenta, già dagli Sessanta del secolo appena trascorso, aveva dimostrato inaccettabile e che, comunque, la Cassazione aveva superato da almeno un quindicennio). Nessuno si occupa (e si preoccupa) del contesto di riferimento – la Corte d'Appello, per l'approccio viziato dal detto pregiudizio di fondo e dal semplicismo argomentativo, fondato su assiomi del passato, la Cassazione perché non è giudice del merito –, ossia delle vicende del mercato della produzione e distribuzione automobilistica (com'è noto, disciplinato in modo analitico anche dalla normativa comunitaria, più volte sottoposta al vaglio della Corte di giustizia), quale modello di organizzazione della distribuzione commerciale. Un ambito, quest'ultimo, che vede convivere e intrecciarsi regole dei rapporti contrattuali di tipo convenzionale (radicate nelle prassi dei produttori di beni e servizi), di fonte legale nonché regolamentare (a più livelli, non ultimo s'è appena detto, quello della regolazione comunitaria) e, infine, di matrice giudiziale (nella misura in cui la Corte richiama la centralità delle clausole generali, quali criteri decisivi e non eliminabili per la valutazione delle condotte dei contraenti, pur corrispondenti all'esercizio di un diritto contrattualmente pattuito, che si assume come liberamente negoziato, come nel caso del recesso *ad nutum*).

mente sono state rivolte) alla sentenza della Suprema Corte ⁴⁹, quest'ultima è di certo espressiva di una linea di tendenza, idonea o mettere in chiaro alcuni punti, sinteticamente così enunciabili ⁵⁰.

Innanzitutto, si può (e anzi si deve) convenire sull'insufficienza del primo livello di regolamentazione – quello convenzionale ovvero dell'autonomia privata, in linea di principio idoneo a disciplinare *in toto* il rapporto sino al suo scioglimento, appunto con la previsione del recesso e del suo esercizio insindacabile – a neutralizzare quello che, con espressione derivata dai giuristi anglosassoni, si fa passare come “rischio giudice”: tale ipotesi appare, allo stato dei fatti, persino ingenua.

Inoltre, l'idea che la regolazione possa essere affidata per intero al legislatore, nella molteplicità dei suoi possibili interventi – *in primis*, quelli *ratione materiae* ‘specialistici’, nel caso di specie provenienti, direttamente o indirettamente, dalla normativa comunitaria – attraverso la prescrizione di norme inderogabili, secondo il modello seguito in ambito europeo per la tutela del consumatore, come contraente strutturalmente e presuntivamente debole, si rivelerebbe parimenti illusoria.

Infine, anche in conseguenza dei primi due assunti, il controllo giudiziale sugli atti di esercizio dell'autonomia privata, in termini tanto di pattuizione delle clausole contrattuali quanto di attuazione dei diritti – anche quelli aventi carattere potestativo, come nel caso in esame del recesso *ad nutum* – ivi disciplinati, finisce per rivelarsi non soltanto inevitabile, ma anche in un certo senso auspicabile, se il criterio operativo è costituito dall'accorto e sapiente uso delle clausole generali.

In tal senso, l'*iter* argomentativo dell'ormai celebre decisione sul caso “Renault” risulta particolarmente interessante, nell'ambito di una riflessione sul modo di argomentare per clausole generali e principi, muovendo la Corte da lontano, ossia dai “principi generali” sanciti nella disposizioni normative impugnate (ossia le “clausole generali” enunciate in modo esplicito dagli artt. 1175, 1375, 2043 c.c.) ed “entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico”, con il forte radicamento nel dettato costitu-

⁴⁹ Oltre alla nota di R. PARDOLESI, cit., si vedano le considerazioni di: G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147.

⁵⁰ Cfr. F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese*, cit., 1577.

zionale, alla stregua del “generale principio di solidarietà sociale” che trova riscontro formale nell’art. 2 Cost.⁵¹. Il nesso tra gli inderogabili doveri di solidarietà sociale e la correttezza del codice civile consente così alla Corte di affermare che «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato» e che «la buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell’equilibrio e della proporzione». Di qui, il passaggio a quello che, si diceva, acquista il ruolo di vero e proprio *Leitmotiv* dell’argomentazione e dunque va riportato testualmente: «criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva è quello dell’abuso del diritto», tema diventato, sempre secondo i supremi giudici “oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità”⁵².

Quel che maggiormente colpisce – un dato di cui non si può non prendere atto, indipendentemente dal consenso o, viceversa, dissenso sugli esiti della decisione – è l’approccio antidogmatico e spiccatamente funzionalistico della sentenza, confermato dal riferimento (invero, piuttosto inatteso) al criterio costituzionale della “funzione sociale” della proprietà privata, *ex art. 42, comma 2, Cost.*, con un’assimilazione della disciplina della proprietà e dei diritti reali alla materia dell’autonomia contrattuale, che potrebbe anche costituire oggetto di riflessione – in ipotesi, proprio muovendo dai dati normativi in cui emerge l’esigenza di repressione delle

⁵¹ Si veda, tra le decisioni citate nella motivazione, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Dir. trasporti*, 2007, 871, in materia di trasporto marittimo.

⁵² Le materie nelle quali la figura avrebbe ripreso vigore nella più recente giurisprudenza sono numerose ed eterogenee. La Corte infatti richiama il diritto societario (nella dimensione dei rapporti tra soci) e della responsabilità patrimoniale (ove l’abuso non attiene alla violazione di una regola di condotta tra parti di un rapporto contrattuale, ma attiene all’utilizzazione fraudolenta dello schermo della personalità giuridica ai danni dei creditori), i rapporti tra banche e clienti (in cui s’incontra l’espressione con riferimento sempre alla vicenda del recesso, contrattualmente previsto ma esercitato in modo ritenuto scorretto con valutazione del giudice *ex post* e alla stregua delle circostanze del caso), passando per la mediazione, così come per il contratto di *sale and lease back*, il contratto autonomo di garanzia e finendo con il diritto tributario (in cui l’abuso atterrebbe al ricorso a soluzioni giuridiche astrattamente ammissibili ma concretamente rivelatesi, sempre *a posteriori* e alla luce delle circostanze complessive, elusive ossia fraudolente nei confronti del fisco). Le citazioni contenute nell’articolata motivazione fanno capo a decisioni recentissime, di cui colpisce l’eterogeneità dei contesti normativi.

condotte *lato sensu* “abusive” – ma che, proprio per questo, non può certo essere data per scontata, se non altro sul piano sistematico.

L’ampia motivazione – per alcuni versi anche ardita, come l’appena rilevata e singolare assimilazione delle *rationes*, che governano la disciplina della proprietà e dei contratti – induce a ritenere che la Suprema Corte abbia inteso cogliere lo spunto offerto dalla vicenda in esame, per ribadire e valorizzare la tendenza che va sempre più affermandosi nel senso dell’ammissibilità del controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata, attraverso le norme generali sulla buona fede nell’esecuzione del contratto e nell’adempimento delle obbligazioni (come referente normativo ancora più in generale). Disposizioni che la Cassazione aspira a razionalizzare nel sistema proprio alla luce della teoria dell’abuso, mentre il campo di verifica della persuasività di questa tendenza è quello del recesso *ad nutum* nei contratti di distribuzione (nello specifico, nel mercato automobilistico)⁵³. Ciò non esclude, ma anzi giustifica pienamente, gli sforzi della più sensibile e attenta dottrina, per porre in luce – proprio muovendo dal commento alla sentenza ora richiamata – la diversità che andrebbe sottolineata, nel discorrere di criteri di valutazione delle condotte, tra l’abuso e la scorrettezza (ossia secondo il canone della buona fede)⁵⁴.

Nel caso della decisione appena ricordata, la considerazione del ‘concorso’, per così dire, tra l’argomentazione incentrata sull’abuso del diritto e l’operatività della clausola di buona fede nell’esecuzione del contratto (e nell’adempimento dell’obbligazione), al di là di alcuni dubbi sul modo corretto di elaborare e svolgere la motivazione della sentenza (che non

⁵³ Si ricorderà che, in assenza di pronunce della Suprema Corte, in sede di merito e in applicazione della normativa sulla subfornitura, si è detto che il mancato rinnovo del contratto di affiliazione commerciale può costituire un abuso del diritto ove assuma connotati impreveduti ed arbitrari alla luce del comportamento tenuto nel corso del rapporto (con riferimento alla disciplina posta dall’art. 9 l. 192 del 1998): Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, *Foro it.*, 2005, I, 1604, n. G. COLANGELO; con riferimento all’interruzione dei rapporti tra produttore di autoveicoli e concessionario: Trib. Roma, ord. 5 novembre 2003, *id.*, 2003, I, 3440, n. G. COLANGELO, ha stabilito che, ove ricorra una situazione di oggettiva necessità di riorganizzazione aziendale, l’esercizio del diritto di recesso con un preavviso di dodici mesi, anziché di ventiquattro, non costituisce abuso di dipendenza economica; più di recente, Trib. Catania-Bronte, ord. 9 luglio 2009, *id.*, 2009, I, 2813, n. G. COLANGELO.

⁵⁴ Si veda, ampiamente, la precisa ricostruzione di G. D’AMICO, *Recesso ad nutum*, cit., spec. 18 s., ripresa dall’A., con una diversa prospettiva d’indagine, in *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D’AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, 2 ed., Torino, 27.

dovrebbe trasformarsi, va da sé, in un contributo di stampo prettamente dottrinale), indurrebbe a interrogarsi sui termini del controllo di legittimità⁵⁵, in tutti quei casi in cui sia in gioco l'applicazione delle clausole generali e degli standard valutativi delle condotte, così potendosi forse verificare, nella concretezza del "diritto vivente" il senso e l'utilità di una (moderna) dottrina dell'abuso del diritto⁵⁶.

Da un altro punto di vista, si constata che, se il ricorso all'abuso del diritto serve (e dunque è utile, dal punto di vista argomentativo) alla giurisprudenza, benché continui a suscitare diffidenza e ostilità in dottrina, frequente è stato il ricorso del legislatore dei nostri tempi – nella più recente normativa, peraltro piuttosto distante dagli ambiti in cui l'abuso è menzionato all'interno del codice civile (ossia proprietà e diritti reali) vertendo le nuove norme essenzialmente in materia di contratti e di attività d'impresa – a formulazioni che richiamano, direttamente o indirettamente, l'abuso con riferimento tanto a condotte degli operatori commerciali, quanto a pattuizioni contrattuali (presupposto di una variegata gamma di conseguenze, che spazia dall'invalidità delle pattuizioni al risarcimento del danno, non senza passare attraverso interventi giudiziali intesi al riequilibrio delle condizioni, ma si è avuto modo di considerare che la tematica delle tutele richiede un'analisi complessa e a se stante)⁵⁷.

La sensazione diffusa è allora nel senso che, accanto all'esigenza dell'ordinamento di edificare regole di diritto positivo specifiche, capaci di guidare la valutazione di abusività nel solco della fattispecie normativa (dotata dei necessari requisiti contenutistici ed effettuali della condotta vietata e

⁵⁵ Si veda in argomento, soprattutto sul delicato tema del rapporto tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, in presenza della norma desumibile dalla clausola generale, da ultimo E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 685, spec. 711 ss.

⁵⁶ Si è detto che la giurisprudenza ha familiarità con l'espressione, ma è noto che secondo voci autorevolissime della dottrina civilistica «la dottrina dell'abuso è superflua», rappresentando «in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile», sicché andrebbe con franchezza e una volta per tutte denunciato il carattere "parassita" della categoria che «non vale ad arricchire il sistema del giurista», ma piuttosto «lo rende più confuso». Le espressioni riportate sono di R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in R. SACCO (diretto da), *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 373. Più di recente, l'idea trova condivisione nella trattazione sintetica di S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Il diritto*, *Enc. giur.*, Milano, 2007, I, 8.

⁵⁷ Si è già fatto riferimento alle diverse disposizioni, v. *supra*, nt. 6.

dunque sanzionata)⁵⁸, gli enunciati normativi valgono a esprimere e confermare il loro radicamento in un sistema, che li accoglie anche alla stregua della logica sottesa alla teoria dell'abuso⁵⁹. Quest'ultima, nella sua innegabile storicità e dunque nella capacità di adattarsi a diversi contesti storico-culturali (assumendo vesti diverse sul piano normativo)⁶⁰, rimane così il mezzo (o uno dei mezzi) che consente al sistema di adeguarsi alle esigenze della società in evoluzione⁶¹. Sempre più arroccate su posizioni di retroguardia si rivelano così le posizioni di così quanti avversano e ancora combattono la figura dell'abuso del diritto per principio, affidandosi ad argomenti evanescenti e preconetti, espressi perciò in modo assiomatico – come, ad esempio, per quel che concerne l'assunto che fa capo al rischio cui sarebbe esposta la “certezza del diritto”⁶² –, unitamente all'altro della pretesa antinomia tra abuso e contratto, anch'essa sostanzialmente frutto di un banale e vetusto pregiudizio⁶³.

⁵⁸ Sono ben noti i termini della riflessione attuale, proposta dalla più autorevole dottrina, sulla “perdita” o “crisi” della fattispecie (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 43 ss. e dello stesso A., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 11 ss.).

⁵⁹ In tal senso si sviluppa la proposta ricostruttiva di F. DI MARZIO nei lavori già citati (v. *supra*, nt. 5 e 7).

⁶⁰ Per l'affermazione, incontestabile (e non soltanto per l'autorevolezza della fonte), secondo la quale “il problema dell'abuso non è un problema dogmatico d'interpretazione del diritto vigente”, si veda P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 27, sottolineando così il carattere di “problema storico” ossia «di cosa, in concreto, nella breve storia dell'ultimo secolo, la dottrina e la pratica abbiano compreso nella formula dell'abuso».

⁶¹ Sull'utilità del concetto di abuso, nella prospettiva del raccordo del diritto con la realtà sociale sembrerebbe concordare anche chi si esprime in termini radicalmente negativi sulle teorie dell'abuso, trovandole “meritorie ma sconclusionate” in quanto “qualunque teoria sul diritto soggettivo che sia capace di darne una nozione rende estraneo al diritto, non abusivo, ciò che non gli appartiene”; mentre, si fa ancora notare, “l'abuso, come ogni clausola generale, tanto connota con forza il disvalore della fattispecie, quanto la lascia indefinita; e così rimette all'apprezzamento – non sempre prudente – dell'interprete” (A. GENTILI, *A proposito de “Il diritto soggettivo”*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 351, 353).

⁶² In argomento, per un'esemplare trattazione del tema, con riferimento alla cultura civilistica, si veda da ultimo il contributo di N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115.

⁶³ Un argomento quest'ultimo davvero insignificante, nella sua genericità, quanto il primo, ma ormai smentito dall'ordinamento, nel momento in cui la commistione tra la disciplina riconducibile alla macrocategoria del contratto e l'esigenza di vietare le condotte abusive è tale da dare luogo addirittura all'espressione divenuta ormai di uso comune di “abuso contrattuale”. Non è dunque un caso che il lemma, in passato semplicemente impensabile o rappresentabile come quale esempio quasi di ossimoro giuridico, figurì oggi come “voce” in una delle più recenti opere enciclopediche di carattere divulgativo (F. DI MARZIO, voce *Abuso contrattuale*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, I, 1). Va da sé che l'autorevole dottrina che indagava il tema oltre un cinquantennio addietro (P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.),

Il processo di “generalizzazione” della norma in esame, che diventa così clausola ineliminabile della contrattazione tra imprese, può aiutare a superare, o almeno a ridimensionare, l’obiettivo difficoltà di conciliare le esigenze di natura “normativistica” – ossia di chi vorrebbe individuare i connotati disciplinari della figura dell’abuso del diritto e, non trovandoli al di fuori delle fattispecie tipizzate, si vede costretto a negare qualsiasi rilevanza giuridica al concetto – con le aspirazioni a ricostruire il sistema attraverso una formula ovvero una dottrina che «nei suoi limiti e nella sua vocazione» – s’è detto in modo lapidario, ma a tutt’oggi insuperato – «finisce con testimoniare l’antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla»⁶⁴.

A scavare nel recente passato, si rinvengono ulteriori interventi della Cassazione nella storia giurisprudenziale dell’abuso del diritto in materia contrattuale⁶⁵. Ad esempio, nel cassare la sentenza di merito che aveva escluso la violazione del precetto di buona fede nell’esercizio del diritto di disdettare il contratto conforme alla pattuizione *ad hoc* presente in un contratto di fornitura di merce, la Corte recepisce (ed anzi riafferma) l’idea circolante presso una parte della dottrina “secondo cui nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito” e, ricostruito il necessario *continuum* con i suoi precedenti, remoti ma anche a noi molto prossimi⁶⁶, decide che il collegamento di più

ragionava in termini di abuso del diritto potestativo (di cui il recesso *ad nutum* è comunque una manifestazione), ma non di “abuso del contratto”, presupponendo quest’ultimo l’accordo, disciplinato da un apparato di regole che, se rispettate, ne assicurano la validità (s’intende, anche in ordine alla clausola di riserva del diritto di recedere). Del resto, cogliere e valorizzare – proprio seguendo il prezioso insegnamento di Pietro Rescigno – la “storicità” della figura dell’abuso del diritto significa, in primo luogo, collocare nel contesto storico-culturale gli studi e le riflessioni dei giuristi (di ogni tipo: della cattedra o delle corti) sul tema.

⁶⁴ Così P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., 144, con una frase in cui l’A. riesce a sintetizzare magistralmente il senso ultimo della figura in esame e del discorso dei giuristi.

⁶⁵ Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, 1845.

⁶⁶ Fra quelli più risalenti, figura Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256; in epoca recente, invece, è stato il recesso della banca nel contratto di apertura di credito – “interruzione brutale del credito”, per riportare l’espressione che figura nelle sentenze della Cassazione – a provocare le decisioni che hanno fatto ricorso alla figura in esame: Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, *id.*, 1997, I, 2479, a cui dire è da considerare legittimo il recesso dal rapporto di apertura di credito bancario in presenza di uno scarso grado di solvibilità del cliente dal momento che in tale tipo di rapporti è proprio questo parametro ad orientare le scelte della banca circa il mantenimento o la revoca degli accreditamenti concessi (nella

rapporti contrattuali nell'ambito di un'unica operazione economica comporta la valutazione secondo buona fede del diritto di recesso, pur contrattualmente previsto⁶⁷.

Trascorrono tuttavia soltanto pochi mesi e la Suprema Corte rinuncia ad intraprendere il periglioso sentiero della valutazione secondo buona fede dell'esercizio del diritto ritenuto tardivo (nella specie, a far valere l'inadempiamento relativo all'utilizzazione di un finanziamento per finalità diverse da quelle pattuite), per attestarsi sulla più sicura – si fa per dire, ovviamente – strada della (ricerca della) volontà abdicativa presunta del titolare del diritto⁶⁸. Sfuma così l'occasione (quasi storica, si sarebbe tentati di dire) per saggiare l'operatività, anche nelle aule giudiziarie, dell'istituto noto con il termine *Verwirkung* – come si sa, generato dalla fantasia, pur saldamente ancorata alle radici dogmatiche di *Zivilrecht*, della giurisprudenza tedesca, ma attentamente esaminato anche dalla dottrina di casa nostra, innanzitutto nel solco della teoria dell'abuso del diritto e poi con le sembianze di quel generale dovere di coerenza che si esprime nel divieto di *venire contra factum proprium*⁶⁹.

specie, con effetto immediato); 14 luglio 2000, n. 9321, *id.*, 2000, I, 3495, che ribadisce come, nell'ambito di un contratto di apertura di credito a tempo determinato, la banca, pur in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti, non possa recedere con modalità del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del cliente che, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto. In dottrina, in senso favorevole all'orientamento più recente della Cassazione, F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso «ad nutum» della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, 18.

⁶⁷ Nella specie, si trattava della regolamentazione della concorrenza attraverso la creazione di una nuova società e la previsione, a carico delle parti, dell'obbligo di rifornire la predetta società in misura predeterminata e la Corte considera il "complessivo contesto dei rapporti intercorrenti fra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte".

⁶⁸ Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397.

⁶⁹ La conseguenza è che, secondo i giudici di legittimità, «il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia o modifica della disciplina contrattuale». Dopo la raffinata analisi di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., spec. 127, sul tema è tornato F. RANIERI, *Rinuncia tacita e "Verwirkung"*, Padova, 1971; nella letteratura tedesca, H.W. DETTE, *"Venire contra factum proprium nulli conceditur". Zur Konkretisierung eines rechtssprichtworts*, Berlin, 1985, nonché R. SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, München, 1993; più di recente, S. PATTI, *Verwirkung*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722; nella letteratura

5. - Conclusioni.

Alcune considerazioni conclusive possono trarsi dalla esemplare vicenda della “generalizzazione” del divieto di abusare della posizione di dipendenza economica della controparte contrattuale, enunciato come norma di chiusura di una disciplina intesa a dare veste normativa a un tipo o, se si preferisce, a una tipologia di contratti, riconducibili al modello economico della subfornitura industriale e, in pochi anni, diventata la norma cardine dei rapporti contrattuali tra imprenditori operanti in condizioni di squilibrio, tale da configurare una situazione di “dipendenza economica”. Innanzitutto, l’itinerario giurisprudenziale che esprime l’evoluzione nel diritto vivente e costituisce, all’un tempo, la premessa e la dimostrazione della razionalizzazione della nuova clausola generale sul divieto di condotte abusive, all’interno di una consapevole valorizzazione dell’argomentazione incentrata sull’abuso del diritto, si svolge parallelamente ai già ricordati interventi con cui il legislatore ha provveduto a disciplinare vicende e/o fattispecie negoziali, facendo ricorso, in via diretta o indiretta, proprio al concetto di abuso. Le regole sono tanto note quanto variegate, difficilmente classificabili in un’unitaria categoria o tipologia di norma, non mancando lo stesso legislatore (in verità, in sede europea ossia di direttiva) di far ricorso al concetto di “abuso della libertà contrattuale”⁷⁰. Volgendo poi lo sguardo verso la dottrina, si può constatare come l’auspicio di una delle voci più sensibili e autorevoli che, indagando le prospettive del diritto dei contratti, aveva sperato che si potessero riannodare i fili del discorso di altro profilo nella civilistica dei nostri tempi intorno a grandi concetti ordinanti⁷¹, trovi concreto riscontro nella valorizzazione di regole incentrate sulla considerazione dei comportamenti dei contraenti, al fine di sanzionarne le deviazioni e correggerne gli effetti, alla ricerca di un contratto “giusto” ovvero, con espressione ormai entrata nel

monografica, si rinvia al notevole contributo, con ampio apparato di riferimenti di diritto comparato, di F. ASTONE, *Il divieto di venire contra factum proprium*, Napoli, 2004.

⁷⁰ Ad esempio, quello perpetrato “in danno del creditore”, alla stregua del considerando n. 19 della direttiva n. 35 del 2000, sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali (attuata con il menzionato d.lgs. 231/2002).

⁷¹ Per tutti, esemplarmente, U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 167.

gergo comune (sia pure con contrastanti valutazioni da parte degli interpreti), della c.d. “giustizia contrattuale”⁷².

Le specifiche disposizioni incentrate sulla valutazione di comportamenti qualificati come abusivi, da parte del contraente imprenditore, hanno risvegliato l’attenzione di studiosi e giudici per una riflessione di tipo sistematico, relativamente al ruolo che l’abuso può (e, in prospettiva, potrebbe) giocare in un diritto dei contratti al momento in via di assestamento, una volta abbandonato l’atteggiamento pregiudiziale (e ancora diffuso tra gli studiosi, a quanto pare) di chiusura⁷³, considerando anche

⁷² I riferimenti sarebbero ormai innumerevoli, ma i lavori più significativi cui conviene riferirsi per ricostruire la storia delle idee si ascrivono a: U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, tomo III, M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, 72 ss.; Id., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 194 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; dello stesso A., il volume ricco di spunti per riflessioni di carattere generale, muovendo da una puntuale ricostruzione dei dati, *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 5 ss. e spec. 83 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2004, 22 ss.; AA. VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2002, 1; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 923; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, 11 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; da ultimo, si segnala la lettura della magistrale sintesi, su cui vi sarà modo di ritornare, di N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Per chi volesse tentare una verifica in ambito di comparazione, se non altro nella prospettiva europea, appare particolarmente significativo il contributo di H. KÖTZ-A. FLEISSNER, *European Contract Law*, I, Oxford, 1997, 12, ove senza mezzi termini si afferma che «[i]n modern welfare state freedom of contract should be replaced by ‘contractual justice’ (...) and the very concept of contract should be reformulated and turned into a legal relationship with obligations of cooperation, solidarity and fairness» (nell’edizione originale tedesca, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, 16, ma possono consultarsi sia la seconda edizione tedesca, ampliata e rielaborata, pubblicata nel 2015, che l’edizione italiana H. KÖTZ-S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006); il concetto si trovava già espresso in K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, Tübingen, (nella traduzione italiana, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992, 10); e sempre nella prospettiva europea, in tempi più recenti, cfr. M.W. HESSELINK, *The Concept of Good Faith*, in *Towards a European Civil Code*, 3 ed., Kluwer, 2004, 471 ss.; dello stesso A. *The New European Legal Culture*, Kluwer, 2002 (leggibile anche in una pregevole traduzione italiana, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2004), nonché, *The horizontal effect of social rights in european contract law*, in *Eu. e dir. priv.*, 2003, 1; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659 ss.; in area francese, autorevolmente, J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, Paris, 1993, spec. 228 ss.

⁷³ Esempio significativo sono le pagine di S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, voce dell’*Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss., il quale, in linea con la prevalente cultura del tempo, ritiene concepibile soltanto «una varietà di formule particolari entro l’ambito di singoli istituti nel qual caso la contemplazione dei cosiddetti abusi rientra nella configurazione dei limiti degli istituti stessi. È un criterio pratico – continua l’A. – ma l’unico che sia dato di

le disposizioni codicistiche ove si discorre di approfittamento (e dunque di esercizio scorretto e/o abusivo delle facoltà negoziali), soprattutto se e in quanto oggetto di revisione legislativa. Esemplare appare la vicenda dell'usura, quale prima significativa occasione per la riflessione sull'equilibrio contrattuale e sulle regole repressive dell'abuso negoziale ⁷⁴, in quanto sintomatica del modo in cui i "rimedi" disciplinati dal codice civile possano essere superati, se non idealmente cancellati, dalla nuova disciplina, idonea ad assurgere a regola generale ⁷⁵. La grande novità sul piano

ravisare attuabile in sede normativa, prescindendo da unificazioni dei principi teorici. Infatti, la nostra legge abbonda di richiami all'abuso riferito ai più disparati elementi: funzioni, poteri, facoltà, diritti, autorità» (166). Si ricorderà che, all'epoca, si considerava «estesa la corrente che nega la figura (Rotondi-Candian- Santoro Passarelli), mentre coloro che la affermano, a parte il rinvio al divieto degli atti emulativi e il richiamo alla casistica legislativa, non si curano di ricercare elementi costruttivi (D'Amelio, Colin-Capitant)» (p. 167). All'incirca un ventennio addietro, G. PACCHIONI, *Qui suo iure utitur neminem ledit*, in *Giur. it.*, 1939, IV, 210, ricordava l'origine della moderna discussione sulla liceità o illiceità degli atti *ad aemulationem* (secondo l'A. ignota al diritto romano e comune) ovvero, come poi vennero definiti, a scopo di *chicane* (espressione rimasta nella letteratura tedesca in argomento), sul finire dell'ottocento per iniziativa di V. SCIALOJA (nel 1878), il quale affermava che i testi di diritto romano erano stati spesso travisati, in quanto la regola (confermata, secondo V. Scialoja, anche nel codice civile del 1865) era quella della liceità di ogni atto di esercizio del diritto. In prossimità della nuova codificazione, G. Pacchioni cercava allora di smentire la semplicistica confusione fra diritto e morale che Scialoja addebitava ai giuristi medievali e all'influenza del pensiero cristiano – mentre è piuttosto verosimile che il cristianesimo e l'ambiente medievale abbiano ulteriormente contribuito a far accentuare la rilevanza dell'elemento soggettivo dell'*animus nocendi* – rilevando come la corrente rigida divisione fra diritto e morale fosse da ascrivere alla forte influenza del pensiero kantiano nei secoli XVIII e XIX. Merito di una parte della dottrina civilistica era, dunque – sempre secondo G. Pacchioni – di aver sviluppato la teoria dell'uso anormale (e per ciò solo abusivo) dei propri diritti, che accanto alla già nota teoria della *chicane* sarebbe confluita nella più ampia dottrina dell'abuso del diritto. Radicata l'esistenza della regola già nel pensiero di Gaio, l'A. trovava convincente poi la teoria cosiddetta finalista ossia dello scopo determinato, dell'interesse individuabile nella norma giuridica quale fondamento del divieto (prospettata in Francia da E.L. JOSSEAND, *De l'abus des droits*, 1905, ma già preannunciata da F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II, Paris, 1919, 171) e opportuna la codificazione della regola generale (prevista nel Progetto del nuovo codice civile, per il Libro I, art. 6 e per il Libro IV, art. 74), che però non avvenne.

⁷⁴ Si tratta infatti dell'ipotesi in cui si è sempre rivelata particolarmente agevole la connessione con l'abuso (F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 551; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, *ibid.*, 356 s.; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 533), ma allo stesso tempo la lunga storia economico-giuridica di un fenomeno sociale tristemente noto in ogni epoca e sotto ogni cielo non sembra molto spazio alla fantasia dell'interprete per discutere sul ruolo stesso dell'abuso.

⁷⁵ G. OPPO, *I principi*, cit., 70, afferma che la sopravvivenza dei rimedi *ex artt.* 1447 e 1448 è "almeno dubbia, dato che la 'difficoltà economica e finanziaria', di cui alla legge richiamata, è un *minus* sia rispetto allo stato di bisogno (art. 1447), sia rispetto allo stato di pericolo (art. 1448), così come la 'sproporzione' è un *minus* sia rispetto alla lesione enorme, sia rispetto alle

metodologico va colta nell'esigenza che la disciplina dell'attività (d'impresa) sia omogenea e, in certo senso, informi la disciplina dell'atto (negoziale), che in questo modo non può vivere come una sorta di monade, ma va compreso e regolato nel contesto in cui si colloca in termini socio-economici. Inevitabile è la tendenziale convergenza delle discipline, per molto tempo nella cultura civilistica considerate autonome e non comunicanti, con modalità del tutto nuove di atteggiarsi dello stesso concetto di "fattispecie", nel momento in cui le regole di condotta (operanti all'interno del rapporto e caratterizzanti, essenzialmente, l'attività) incidono sulle norme in tema di validità (dell'atto negoziale)⁷⁶.

Il percorso che si snoda all'insegna di una tendenziale convergenza della disciplina dell'attività con quella dell'atto negoziale, con la valorizzazione delle clausole generali, si può ritenere che affondi le radici di tipo politico-economiche, prima ancora che giuridiche in senso stretto, nel contesto e

"condizioni inique" richieste dalle norme codicistiche". Cfr. altresì U. BRECCIA, *Causa*, cit., 80, secondo il quale «le disposizioni sulle condizioni inique del contratto concluso in stato di pericolo nonché sulla sproporzione 'oltre la metà del valore' del contratto concluso in stato di bisogno (...) si collocano ora in un contesto ben più complesso della cui coerenza complessiva è lecito fortemente dubitare».

⁷⁶ Si vedano, in tal senso, le puntuali riflessioni di E. SCODITTI, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417, ove si delinea la "nuova morfologia della fattispecie" – in contrasto con l'idea di una pretesa "crisi della fattispecie", delineata nel già ricordato studio di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., – evidenziando, in primo luogo, che la nuova legislazione in tema di contratto, soprattutto quella di derivazione comunitaria, è espressiva (non certo della crisi, ma al contrario) dell'espansione della tecnica della fattispecie nella costruzione della norma e, in secondo luogo, per quel che qui maggiormente interessa, che va sempre più realizzandosi «una singolare interferenza della tecnica della fattispecie, per definizione disposizione determinata, e clausola generale», richiamando opportunamente proprio la norma sull'abuso di dipendenza economica *ex art.* 9, l. 192 del 1998, che evidenzia «il concorso del comportamento scorretto in sede precontrattuale, che la legge definisce 'imposizione di clausole', con il contenuto iniquo di tali clausole». Sul piano concettuale, tenendo ferma la distinzione cardine della civilistica tradizionale tra atto e rapporto, sembra che le nuove disposizioni sulla nullità – tra le quali anche la norma in esame – esprimano una sorta di "percorso a ritroso: il rapporto, che si era emancipato sul piano teorico dalla fattispecie, torna a quest'ultima in sede di disciplina positiva, arricchendo la fattispecie di una dimensione ad essa ignota"; si veda, in passato, dello stesso A., *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 119. Sul tema generale, ossia relativamente al rapporto tra regole di comportamento e regole di validità punto di riferimento d'obbligo sono agli studi di G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 51; Id., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351; si veda altresì G. VETTORI, *Asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, *ibid.*, 241.

nella normativa europea ⁷⁷, segnando con la disciplina della subfornitura e, in particolare, con la disposizione relativa all'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9, l. 192 del 1998, una delle tappe senz'altro più significative (ancorché la disposizione in esame, come s'è avuto modo di osservare, non sia stata introdotta in attuazione di direttive comunitarie). Non v'è dubbio del resto che, se ci si riferisce nuova realtà del "diritto privato europeo", diversi siano gli elementi per discorrere di un'inedita "cultura giuridica europea" ⁷⁸, a cominciare dalla redazione originaria dei *Principles* (indicati con l'acronimo *PECL*), poi esitati in un più strutturato *Draft*, ove figurano concetti, come quello di *gross disparity*, ovvero di *excessive benefit of unfair advantage*, che confermano la rilevanza della tematica della "giustizia" del contratto, come cornice ideale nella quale inquadrare anche il problema delle condotte abusive.

Inquadrata nel contesto, di carattere normativo e culturale, che si è appena tentato di schizzare, la nuova clausola generale pone il problema, s'è detto, dell'individuazione delle conseguenze applicative, ovvero degli effetti della violazione del divieto, alla stregua delle diverse tecniche che si è soliti ormai definire "rimediali": dall'invalidità (dei patti viziati dalla condotta abusiva) alla soluzione risarcitoria (più direttamente connessa alle condotte contrattuali o precontrattuali), sino alle più moderne, ma anche più complesse, prospettive 'interventistiche' del giudice in funzione riequilibratrice, ove la norma (o più correttamente il sistema) consenta un tale esito ⁷⁹.

La tematica già sufficientemente articolata si complica ulteriormente con riferimento alla vicenda da ultimo menzionata, che vede il giudice intervenire per adeguare il contratto (o il patto) iniquo in vista della conservazione dell'affare dopo l'intervento modificato (che, in ipotesi, le parti potrebbero realizzare rinegoziando in buona fede), ma che appare in ogni caso difficile (e forse anche superfluo) trattare in modo unitario, con la pretesa di individuare *a priori* una soluzione, secondo i canoni del tradi-

⁷⁷ Particolarmente denso di spunti, in argomento, è il contributo di A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, 3, per quel che in questa sede interessa, spec. 83 ss.

⁷⁸ Si veda, per tutti, M.W. HESSELINK, *The New European Legal Culture*, cit.

⁷⁹ Al tema è stata dedicata la riflessione del sottoscritto, a chiusura del contributo, che ci si permette di richiamare, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit.

zionale giuspositivismo. Appare del resto inevitabile, per quanto sin qui esposto, che il giudice potrà (e dovrà) raggiungere *a posteriori* la convinzione che la forma di tutela invocata sia adeguata e congrua, in quanto sostenuta da un'argomentazione che faccia tesoro dei molteplici indici di riferimento⁸⁰, utilizzando con matura consapevolezza lo spazio di "discrezionalità" che principi e clausole generali lasciano aperto, affinché sia riempito dalla "concretizzazione" degli "ideali di norma" ivi espressi⁸¹.

⁸⁰ Così N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, cit., 47, ove si chiarisce, ineccepibilmente, che «l'esito del procedimento non può essere determinato *a priori* secondo paradigmi dati, ma solo *a posteriori* secondo criteri valutativi condivisi».

⁸¹ Si può rinviare, in tal senso, ancora a E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma*, cit., 685.