

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta Formazione Dottorale

Dottorato di Ricerca in Economia e Diritto dell'impresa

(Business & Law)

Ciclo XXXVI

Settore scientifico disciplinare: IUS/01

Abuso di dipendenza economica e sindacato del regolamento contrattuale

Tutor:

Chiar.mo Prof. Roberto PUCELLA

Tesi di Dottorato di:

Nadia BUSCA

Matricola n. 1028006

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE

CAPITOLO I

La contrattazione di impresa e il diritto alla concorrenza nella prospettiva di tutela dell'impresa "debole"

1.1 Considerazioni introduttive.....	6
1.2 L'autonomia privata d'impresa, il contratto e il mercato: un rapporto di interrelazione	13
1.3 Il dibattito dottrinale sulla riconoscibilità della categoria giuridica dei c.d. contratti di impresa	20
1.4 Il rapporto ambivalente tra il contratto di impresa e la libertà di concorrenza nel mercato: tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità sociale	34
1.4.1 L'influenza e il ruolo della normativa <i>antitrust</i>	40
1.4.2 La disciplina giuridica della concorrenza: osservazioni critiche sulle disfunzioni del mercato perfettamente concorrenziale	46
1.4.3 Brevi cenni sull'evoluzione del diritto <i>antitrust</i> : dal pensiero eurounitario della Scuola di Friburgo a quello delle Scuole di Harvard e di Chicago dei sistemi di <i>common law</i>	50
1.5 La convenienza economica del contratto e la valutazione di congruità dello scambio: il problema della giustizia contrattuale tra l'equilibrio normativo ed economico.....	56
1.5.1 La macrocategoria del contratto asimmetrico.....	63
1.5.2 L'attenzione alla tutela dell'imprenditore "debole": dal contratto asimmetrico al paradigma del c.d. terzo contratto	68
1.5.3 Le critiche mosse all'applicabilità della disciplina consumeristica alla categoria giuridica del c.d. terzo contratto.....	80

CAPITOLO II

La normativa a protezione dell'impresa "debole": i sistemi di *private* e *public enforcement*

2.1 Considerazioni sull'abuso di diritto: una formula contraddittoria	83
2.2 La posizione dominante dell'impresa quale illecito anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 Legge n. 287/1990: analisi del recente caso <i>Ryanair vs Lastminute</i>	93
2.3 La disciplina di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: il campo di applicazione oggettivo e soggettivo dell'abuso di dipendenza economica.....	99
2.3.1 I labili confini tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica	120
2.3.2 L'assenza di alternative di mercato soddisfacenti per l'impresa economicamente dipendente.....	123
2.4 I sistemi di <i>private</i> e <i>public enforcement</i> in ipotesi di abuso di dipendenza economica	127
2.5 L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'AGCM: i più recenti interventi di public enforcement	131
2.5.1 Il caso <i>McDonald's</i>	132
2.5.2 Il caso <i>Benetton</i>	135
2.5.3 Il caso <i>Poste Italiane</i>	136
2.6 Il modello di controllo dell'abuso contrattuale adottato nei sistemi di <i>common law</i> : il caso <i>Times Travel (UK) Ltd</i> contro <i>Pakistan International Airlines Corp</i> ..	138

CAPITOLO III

L'abuso di dipendenza economica realizzato "nel contratto" e "fuori dal contratto"

3.1 Il rifiuto di contrarre: il confronto tra la posizione del <i>partner</i> commerciale stabile e dell'impresa <i>new comer</i>	148
---	-----

3.2 L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere	157
3.3 Introduzione all'utilizzo delle CGC: un problema o una soluzione alla disparità di potere contrattuale?	161
3.3.1 Il controllo formale <i>ex art.</i> 1341 c.c. applicato ai contratti B2b	164
3.3.2 La diffusione di modelli contrattuali uniformi: gli effetti della contrattazione standardizzata nei rapporti B2b.....	171
3.3.3 Quando l'utilizzo delle CGC può costituire un'ipotesi di illecito concorrenziale.....	176
3.4 L'imposizione di CGC ingiustificatamente gravose o discriminatorie quale ipotesi di abuso di dipendenza economica.....	179
3.4.1 Sull'ammissibilità di un controllo sostanziale sul contenuto contrattuale: l'evoluzione del pensiero dottrinale.....	185
3.4.2 (segue) Le tecniche di controllo sulle CGC: il dibattito sull'operatività e sull'efficienza del controllo legislativo e giudiziale	193
3.4.3 La buona fede quale strumento di controllo della giustizia contrattuale nei rapporti B2b	198
3.4.4 Considerazioni di sintesi in tema di sindacato sostanziale sulle CGC nei rapporti B2b	205

CAPITOLO IV

Il sistema rimediale di *private enforcement* a tutela dell'impresa “abusata” in condizioni di dipendenza economica

4.1 Una panoramica del sistema rimediale a protezione dell'impresa “debole” in ipotesi di abuso di dipendenza economica.....	208
4.1.1 L'inquadramento della nullità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: la tesi della nullità parziale nel rispetto del principio di conservazione del contratto	210
4.1.2 Sulla legittimazione ad agire in ipotesi di abuso di dipendenza economica	220

4.1.3 Osservazioni di sintesi sulla nullità per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica	225
4.2 Il potere etero-integrativo del giudice sul regolamento contrattuale in ipotesi di abuso contrattuale	226
4.2.1 Nullità del patto abusivo e conservazione del contratto: verso il superamento dell'art. 1419 c.c.	231
4.2.2 (segue) Il concorso tra tecniche di adattamento del contratto: la sostituzione del patto abusivo con regole dispositive	234
4.2.3 Un'ipotesi di rinegoziazione del contratto squilibrato.....	239
4.3 L'obbligo legale a contrarre a fronte dell'abuso di dipendenza economica "fuori contratto": un'applicazione estesa dell'istituto	242
4.4 La tutela inibitoria (anche positiva) e risarcitoria come rimedio per l'impresa economicamente dipendente	252
Considerazioni conclusive	269
BIBLIOGRAFIA	272
GIURISPRUDENZA.....	308

CAPITOLO I

La contrattazione di impresa e il diritto alla concorrenza nella prospettiva di tutela dell'impresa "debole"

SOMMARIO: 1.1 Considerazioni introduttive - 1.2 L'autonomia privata d'impresa, il contratto e il mercato: un rapporto di interrelazione – 1.3 Il dibattito dottrinale sulla riconoscibilità della categoria giuridica dei c.d. contratti di impresa – 1.4 Il rapporto ambivalente tra il contratto di impresa e la libertà di concorrenza nel mercato: tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità sociale – 1.4.1 L'influenza e il ruolo della normativa *antitrust* – 1.4.2 La disciplina giuridica della concorrenza: osservazioni critiche sulle disfunzioni del mercato perfettamente concorrenziale – 1.4.3 Brevi cenni sull'evoluzione del diritto *antitrust*: dal pensiero eurounitario della Scuola di Friburgo a quello delle Scuole di Harvard e di Chicago dei sistemi di *common law* – 1.5 La convenienza economica del contratto e la valutazione di congruità dello scambio: il problema della giustizia contrattuale tra equilibrio normativo ed economico – 1.5.1 La macrocategoria del contratto asimmetrico – 1.5.2 L'attenzione alla tutela dell'imprenditore "debole": dal contratto asimmetrico al paradigma del c.d. terzo contratto – 1.5.3 Le critiche mosse all'applicabilità della disciplina consumeristica alla categoria giuridica del c.d. terzo contratto

1.1 Considerazioni introduttive

Lo studio trae origine dall'esigenza di colmare la lacuna che affligge l'ordinamento giuridico italiano con riferimento al sistema rimediabile azionabile in ipotesi di abuso negoziale perpetrato nell'ambito della contrattazione tra imprese dotate di diseguale forza contrattuale e potere commerciale.

Particolare attenzione è dedicata all'art. 9 della Legge n. 192/1998 sul divieto di abuso di dipendenza economica¹, norma cardine dell'intera ricerca, sulla scorta del

¹ *Ex multis*: C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 663 - 708; A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 3, 1999, pp. 665 – 687; F. TORIELLO, *Art. 9 - Abuso di dipendenza economica*, II, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Milano, 1999; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, I, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Milano, 1999, pp. 248 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 10/11/12, 2006, pp. 789 – 833.

quale è stata articolata l'indagine sull'ammissibilità e sull'attuabilità di un controllo economico e normativo dei rapporti B2b.

Appurato il definitivo superamento del principio, per tempo ritenuto intangibile, secondo cui il contratto rappresenterebbe l'insindacabile risultato di un'attività di ponderazione e bilanciamento degli interessi patrimoniali delle parti, il presente lavoro è volto a chiarire il contenuto e il campo di applicazione dell'art. 9 della legge n. 192/1998, nonché i rimedi esperibili a protezione dell'imprenditore "debole" con riguardo sia al sistema di *private* che di *public enforcement*.

L'obiettivo della ricerca è quello di definire in che termini e in che misura è possibile dilatare l'alveo applicativo della norma e dei conseguenti rimedi di *private enforcement* in forza del principio per cui spetta soltanto all'interprete il compito di statuire di volta in volta gli strumenti correttivi e rimediali rispondenti alle specifiche esigenze di protezione dell'impresa "debole".

Le sollecitazioni più forti sono sorte dalla constatazione della frammentazione della legge positiva e dall'assenza di una normativa sistematica, razionale ed unitaria, idonea ad assicurare un'uniforme ed incontrovertibile tutela alle imprese commercialmente e contrattualmente più deboli, oltre che a rimuovere le disfunzioni del mercato. L'esigenza di interrogarsi sul ruolo svolto dalla regola di diritto nella disciplina dell'economia nasce dall'osservazione della distorsione dei rapporti di scambio che, nella società moderna globalizzata dominata dalle multinazionali che "dettano" il nuovo diritto dei contratti, assume ancor più rilevanza mettendo a dura prova la capacità dell'autonomia privata e del principio della libertà di iniziativa economica a porsi quali fonti di regole oggettive in grado di governare l'agire degli operatori economici.

Dopo un raffronto delle teorie e opinioni che hanno condotto allo sviluppo degli istituti del "terzo contratto" e dell'abuso di dipendenza economica, ormai sedimentati nella cultura giuridica del contratto, l'attenzione è dedicata ai rimedi formali e sostanziali che la legge ha introdotto in ipotesi di squilibri normativi ed economici nell'ambito dei contratti B2b, anche attraverso la disamina di alcuni recenti casi che hanno comportato l'attivazione dell'attività di controllo e sanzionatoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Per porre le basi del discorso, è stata adottata una prospettiva di analisi ricostruttiva della realtà giuridica che negli ultimi decenni ha caratterizzato l'ordinamento italiano, ripercorrendo le evoluzioni dottrinali che si sono susseguite a partire dall'unificazione del Codice Civile sino ad oggi, con particolare attenzione alla più recente normativa speciale per mezzo della quale il legislatore nazionale, sulla scia dell'iniziativa comunitaria, ha cercato di regolamentare la contrattazione bilateralmente commerciale - specialmente, allorché squilibrata - nell'intento di fornirne una disciplina più ampia e dettagliata in grado di sanzionare i rapporti commerciali eccessivamente squilibrati che possano andare a detrimento del "gioco della concorrenza" e del corretto funzionamento del mercato.

Per comprendere l'evoluzione normativa attuata, la ricerca è collocata all'interno di un quadro storico-economico per definire il contesto nel quale le scelte sociali, economiche e politiche hanno condotto nel tempo sia il legislatore comunitario, che quello nazionale, ad attuare un intervento tanto rivoluzionario con specifico riferimento ai contratti stipulati tra imprese.

Sulla base di tale ricostruzione storico-economico viene affrontata la dibattuta questione della c.d. giustizia contrattuale, preliminare al vaglio della legittimità del sindacato sostanziale sul regolamento contrattuale.

Dando atto di tali importanti interventi evolutivi è emerso come parte della dottrina si è spinta sino a ritenere che il legislatore avrebbe implicitamente dato vita all'autonoma categoria giuridica dei c.d. contratti di impresa², differenziandoli dai contratti di diritto comune. La questione ha meritato un approfondimento per accertare se tale suddivisione dogmatica consenta effettivamente di definire un'autentica e autonoma categoria negoziale, sottoposta ad una propria e specifica regolamentazione, differente da quella prevista per il contratto in generale disciplinato dal Codice civile.

² In dottrina: A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962 e voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, B. LIBONATI, P. FERRO (a cura di), Milano, 1985, pp. 184 - 201; G. OPPO, *Scritti giuridici*, vol. VI: Principi e problemi del diritto privato, Padova, 2000, (spec. *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, pp. 198 ss.); G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, pp. 10 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, pp. 50 ss., spec. cap. I; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, V. BUONOCORE (a cura di), Torino, 2009, pp. 870 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, pp. 55 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2006, pp. 415 - 428.

Solo a fronte della presa di coscienza dello stretto nesso di interdipendenza sussistente tra il fenomeno economico dell'impresa, l'istituto del contratto, il mercato e le regole di concorrenza ad esso connesse, oltre che dell'inadeguatezza delle tradizionali categorie contrattuali di diritto comune a coordinare e regolamentare i più diversificati fenomeni negoziali che caratterizzano i moderni mercati, le riflessioni sono rivolte al travagliato dibattito sulla riconoscibilità dell'istituto del "terzo contratto" (B2b)³, quale *tertium genus* tra i contratti stipulati con i consumatori (B2C) ed i contratti tra imprenditori "consapevoli" (B2B) ovvero all'ammissibilità della più ampia categoria del contratto asimmetrico⁴, configurabile indipendentemente dallo *status* rivestito dal contraente "debole".

Proseguendo l'indagine, l'attenzione è posta alla funzione, all'applicabilità ed ai limiti del controllo sia formale che sostanziale operabile sul contenuto del regolamento contrattuale, allorché ci si trovi di fronte a situazioni di strutturale disparità di potere tra paciscenti imprenditori. Si è cercato di indagare se e in quali termini possa essere garantita la protezione del contraente "debole", al di fuori delle fattispecie normativamente tipizzate dal Codice civile, facendo ricorso alla legislazione speciale, di matrice antimonopolistica (nello specifico, il Trattato sul funzionamento dell'UE, la Legge n. 287/1990 sulla tutela della concorrenza e del mercato e la Legge sulla

³ Definizione formulata da Roberto Pardolesi nell'ambito della prefazione all'opera di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004. *Ex multis*: R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008; S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 2143 - 2165; ID., *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2008, pp. 331 ss.; A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., IV*, Torino, 2009, pp. 570 ss.; ID., *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, P. RESCIGNO (a cura di), Napoli, 2006, pp. 138 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, 2009, pp. 493 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, 2013, pp. 69 - 90; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, fasc. 2, 2009, pp. 317 ss., spec. p. 334; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, pp. 1 - 6; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, pp. 79 - 89.

⁴ G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 713 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Torino, 2004, pp. 669-790; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 119; F. ASTONE, *La classificazione dei contratti nuovi*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Torino, 2004, p. 503 s. Per un'analisi critica del fenomeno si rinvia a C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 4, 2005, pp. 549 - 591, spec. 551 s.

subfornitura n. 192/1998), in combinato disposto con le norme codicistiche sull'invalidità del contratto.

I numerosi tentativi esegetici di razionalizzazione della materia condotti dalla dottrina maggioritaria, ancorché in mancanza di un chiaro quadro normativo di riferimento, hanno rivelato un approccio favorevole al riconoscimento di una disciplina di protezione degli interessi dei c.d. imprenditori deboli, potenziali vittime di abusi di posizione dominante e di dipendenza economica. Ragion per cui, con il superamento del principio dell'intangibilità del regolamento contrattuale, soprattutto ove predisposto unilateralmente ovvero attraverso l'utilizzo delle condizioni generali di contratto (di seguito anche solo CGC), il cuore della ricerca si è poi sviluppato attorno al divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998, quale norma generale di matrice protezionistica destinata a trovare applicazione ad ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera ingiustificata ed eccessiva il rapporto con altre imprese⁵.

La delicatezza della questione indagata risiede nella difficoltà di individuare la linea di confine che separa gli atti leciti di esercizio del potere e dell'autonomia di impresa da quelli che, pur essendo espressione di poteri e facoltà, possono qualificarsi come illeciti a causa della ricorrenza di una serie di elementi pragmatici.

Delineati i confini del sindacato operabile dall'interprete in attuazione delle norme codicistiche e dell'art. 9 in parola, la ricerca percorre due direttive.

In primo luogo, in un'ottica di politica *antitrust*, viene fatto ricorso all'art. 9 quale strumento di controllo azionabile in ipotesi di abuso di dipendenza economica in grado di generare disfunzioni del mercato, indipendentemente dalle mere esigenze di protezione denunciate dell'impresa vessata. Seguendo tale direzione, viene ripercorso l'ampio dibattito risalente agli anni '90 in ordine all'azione protezionistica concretamente svolta dall'art. 9 della Legge n. 192/1998, con precipuo riferimento al confronto tra la funzione di controllo rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria (di

⁵ Si vedano specialmente C.M. BIANCA, *Diritto Civile - Vol. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, pp. 99 ss.; F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, fasc. 3, 2016, pp. 509 - 546; C. ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, in *ODCC*, fasc. 1, 2021, pp. 198 - 201; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 678; G.A.M. CRAPANZANO, *Mito e realtà del controllo contrattuale di fatto delle società*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2011, p. 366; S. MEUCCI, "Nuovi" vizi del consenso e disciplina della concorrenza, in *Persona e Mercato*, fasc. 2, 2019, p. 48; M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2012, pp. 13 - 37.

private enforcement) e a quella *antitrust* (di *public enforcement*). Dibattito che, a fronte dell'aggiunta del comma 3 *bis* all'art. 9, avvenuta ad opera dell'art. 11 della Legge n. 57/2001 in materia di regolazione dei mercati, ha indirizzato la dottrina a qualificare l'art. 9 come una "norma ibrida" istituzionalmente posta a tutela sia della libertà contrattuale che della libertà di concorrenza e, quindi, volta a reprimere gli illeciti concorrenziali, ferma comunque l'applicazione della normativa *antitrust* di cui alla Legge n. 287/1990⁶.

Con tale intervento le legislazioni nazionale ed europea hanno cessato di essere indifferenti ai condizionamenti negoziali scaturenti nell'ambito della contrattazione B2b, finendo così per ampliare l'ambito di rilevanza e di intervento avverso le condotte commerciali abusive idonee a compromettere la libertà di iniziativa economica e l'autonomia privata di impresa.

Si consideri, ad esempio, che alla luce della discrasia tra le norme di diritto comune e le regole *antitrust*, il contratto che apparentemente potrebbe ritenersi lecito avendo riguardo alle clausole negoziali ivi accluse, nella pratica potrebbe rivelarsi contrario alla normativa *antitrust* per l'impatto prodotto sul mercato e sulla concorrenza. Ciò in quanto lo strumento contrattuale, benché costituisca il principale mezzo di evoluzione e sviluppo dell'economia di mercato, concretizza allo stesso tempo un limite alla garanzia della piena e libera concorrenza laddove venga utilizzato illecitamente per la costituzione di intese vietate ovvero per l'imposizione di clausole contrattuali onerose da parte dell'impresa che gode di una posizione di mercato dominante o che abusa della condizione di dipendenza economica in cui versano le imprese destinatarie della sua offerta commerciale.

La riprova di tali discrepanze attuative tra il sistema rimediabile di *private* e *public enforcement* emerge dall'analisi di alcuni recenti provvedimenti assunti dall'AGCM nei

⁶ Ricca è la letteratura sul tema: F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa*, G. ALPA, G. CONTE (a cura di), Milano, 2015, pp. 326 - 331 e 337 - 339; ID., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 11; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, p. 223 s.; G. GHIDINI, V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 2, 1999, pp. 317 - 328; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Torino, 2011, pp. 313 - 318, spec. p. 320; F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 509 - 546, spec. p. 530; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 1999, pp. 18 ss. e 38 s.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Milano, 2008, pp. 19 ss., spec. p. 24; M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nella applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, spec. p. 653.

confronti di tre note imprese che hanno generato una condizione di abuso di dipendenza economica a discapito dei propri *partner* commerciali o affiliati, procurando altresì importanti ripercussioni negative per la concorrenza e il mercato: il riferimento è ai casi *McDonald's*⁷, *Benetton*⁸ e *Poste Italiane*⁹ per mezzo dei quali l'Autorità ha dato concretezza alla tutela introdotta con il comma 3 *bis*, offrendo un'occasione di riflessione sui confini entro i quali la libertà di impresa e l'autonomia contrattuale possono esplicarsi.

In secondo luogo, in una prospettiva comparatistica, l'attenzione è focalizzata sugli strumenti di controllo attivabili in ipotesi di abuso di dipendenza economica nei sistemi giuridici di *common law* e ciò attraverso la disamina del recente *case law Times Travel (UK) Ltd contro Pakistan International Airlines Corp*¹⁰.

Infine, dopo aver inquadrato la fattispecie di abuso di dipendenza economica "fuori contratto", ossia in caso di rifiuto ingiustificato di vendere o comprare, lo studio si estende alle ipotesi di abuso perpetrato per mezzo dello strumento contrattuale, rappresentate dall'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere e dall'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie.

In assenza di una specifica normativa volta a regolamentare i rapporti negoziali B2b a lungo termine, lo studio è stato condotto al fine di ricercare le norme generali e quelle contenute nella legislazione speciale che consentano all'interprete di rinvenire un principio generale - mai espresso in termini univoci - di risoluzione di tali disequilibri, nella prospettiva di adeguamento e conservazione del rapporto, tenuto conto della rilevanza degli investimenti specifici e di difficile riconversione dei quali si è fatta carico l'impresa dipendente.

Seguendo tale direttiva, si è avuto modo di appurare che se l'art. 9 introduce un sistema rimediabile a favore dell'impresa abusata allorché tra le parti sussista uno rapporto contrattuale, lo stesso non può dirsi ove la condizione di dipendenza tragga origine "fuori contratto", ossia da un rapporto commerciale che si trovi allo stato

⁷ Caso A546, *Franchising di McDonald's*, avviato con provvedimento del 27 luglio 2021, n. 29793, in *Boll.*, 22, 2021.

⁸ Caso A543, *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, avviato con provvedimento del 17 novembre 2020, n. 28447, in *Boll.*, 47, 2020.

⁹ Caso A539, *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, instaurato con provvedimento del 17 marzo 2020, n. 28192, in *Boll.*, 32, 2021.

¹⁰ Supreme Court, 18 August 2021, *Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd*, [2021] UKSC 40 - on appeal from: [2019] EWCA Civ 828 (Pres. Lord Reed, Dep. Pres. Lord Hodge, JJ Lord Lloyd-Jones, Lord Kitchin, Lord Bur Rows).

meramente potenziale, come in ipotesi di rifiuto di contrarre. Motivo per cui, sempre con la riforma introdotta con la Legge n. 57/2001 art. 11, il sistema rimediale disposto dall'art. 9 - originariamente circoscritto alla nullità del patto abusivo - è stato ampliato offrendo all'impresa vessata anche la possibilità di esperire l'azione inibitoria e risarcitoria.

Muovendo da tale panorama codicistico piuttosto povero dal punto di vista della programmazione negoziale in termini di giustizia contrattuale, lo studio si conclude con un approfondimento del sistema rimediale di *private enforcement* riservato all'impresa "debole", distinguendo le azioni esperibili a fronte di abusi di dipendenza economica realizzati per mezzo dello strumento contrattuale, da quelle operanti in caso di assunzione di condotte arbitrarie e ingiustificate "fuori contratto".

Dalla ricostruzione del sistema è stato possibile scorgere due discipline "speciali" rispetto al diritto comune dei contratti: una, più generale, volta alla repressione dell'esercizio abusivo del potere contrattuale attraverso l'applicazione estensiva ed evolutiva degli strumenti offerti dall'ordinamento, quali la clausola generale di buona fede e l'equità e una, più specifica, volta a monitorare, prevenire e sanzionare gli abusi di potere negoziale attraverso un duplice sistema di *private* e *public enforcement* attraverso il quale è possibile conseguire la dichiarazione di nullità dell'accordo o l'irrogazione di condanne inibitorie o risarcitorie ovvero di diffide e sanzioni pecuniarie di natura amministrativa.

1.2 L'autonomia privata d'impresa, il contratto e il mercato: un rapporto di interrelazione

Per affrontare il tema della contrattazione bilateralmente commerciale è opportuno, anzitutto, volgere l'attenzione alle origini ed ai rapporti interposti tra l'autonomia privata d'impresa, il contratto d'impresa e le dinamiche economiche che caratterizzano i mercati moderni per chiarire i limiti posti alla libertà contrattuale in ragione della sempre più avvertita esigenza di assicurare l'adeguatezza, anche economica, degli scambi.

Solo una volta fatto ciò saranno poste le fondamenta necessarie per affrontare l'indagine sul tema principale che si svilupperà attorno a tre direttrici, vale a dire: *i*) una ricostruzione critica del paradigma del c.d. terzo contratto, *ii*) una ricognizione ed un raffronto tra gli strumenti di controllo formale sul contenuto delle condizioni generali di contratto offerti dalla legge e di quelli sostanziali, di natura prettamente giudiziale, ricavati in via interpretativa a tutela del contraente “debole” in generale e *iii*) il tracciamento della normativa a protezione dell'impresa “dipendente” nei rapporti bilateralmente commerciali, passando dalla disamina della disciplina sull'abuso di posizione dominante, attraverso l'analisi del recente caso *Ryanair Ltd.* e l'agenzia online *LMnext CH SA* (anche nota come *Lastminute.com S.r.l.*)¹¹, a quella sull'abuso di dipendenza economica per inquadrare il complessivo sistema rimediabile azionabile dall'imprenditore “debole”.

In questa sede è sufficiente richiamare l'origine e l'evoluzione dei principi e degli strumenti giuridici che hanno condotto all'elaborazione della nozione di “contratti di impresa”.

Lo studio dell'essenza dell'autonomia di impresa impone una disamina sia del dato costituzionale e della normativa vigente, che degli ampi dibattiti dottrinali che si sono susseguiti nel tempo a partire dall'introduzione del Codice del Commercio del 1865. La questione merita innanzitutto di essere inquadrata nell'ambito del dettato costituzionale, anche per evidenziare i limiti posti dallo stesso all'autonomia privata delle parti¹².

L'autonomia contrattuale, benché priva di un espresso riconoscimento normativo, può essere definita come la concretizzazione dell'autonomia privata¹³ e della libertà dei

¹¹ Cass. Civ., 12 novembre 2019, n. 29237, in *AIDA*, 2020, 1, 781; in *Giust. civ. Mass.*; in *Riv. dir. ind.*, 2020, 1, II, 105.

¹² Utile richiamare quanto affermato da Emilio Betti, secondo cui l'autonomia privata non costituirebbe un mero fatto psicologico individuale come la volontà, ma rappresenterebbe un fenomeno sociale strettamente connesso alla vita di relazione (cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 76 ss.).

¹³ L'autonomia privata può essere definita come potere di autoregolamentazione dei propri interessi, attraverso il compimento di atti negoziali aventi o meno contenuto patrimoniale. Ne consegue che l'autonomia contrattuale rappresenta una *species* dell'autonomia privata. Per un approfondimento si veda F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II - *Le obbligazioni e i contratti*, tomo I, Padova, 2004, pp. 167 - 171; I. BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, pp. 95 - 136; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 1511 ss.; G. GUIZZI,

singoli operatori di partecipare al “gioco del mercato”, ovverosia come la tipica esplicazione dei principi di proprietà e di impresa fondanti l’ordine economico ordoliberal¹⁴. Si tratta di una manifestazione indiretta della libertà di iniziativa economica enunciata all’art. 41, i) comma della Costituzione¹⁵ che trova la sua massima concretizzazione nell’esercizio dell’attività negoziale e contrattuale d’impresa¹⁶.

Mercato concorrenziale e teoria del contratto, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, spec. pp. 67 - 77; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 326; G. GRISI, *Autonomia privata e vincoli alla creazione di nuove fattispecie*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Torino, 2004, pp. 383 - 388; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2016, p. 597, ove l’Autore distingue la nozione di autonomia privata negoziale, avente una particolare ampiezza tale da ricomprendere al suo interno l’intera gamma dei c.d. negozi giuridici, ossia qualsivoglia manifestazione di volontà dei privati volta al perseguimento di uno scopo garantito dalla legge o comunque meritevole di tutela, da quella di autonomia privata contrattuale, quale specificazione della prima nozione, idonea a concretizzarsi soltanto per il tramite dello strumento del contratto, tipico ed irrinunciabile strumento dell’economia di libero mercato basata sulla produzione e sullo scambio di beni.

¹⁴ La corrente ordoliberal, basata sul presupposto del libero mercato, nacque come controtendenza alla scuola tedesca e al marxismo. Secondo questa corrente di pensiero, spetta alla Costituzione economica, ossia alle norme costituzionali regolanti le relazioni e le posizioni dei soggetti economici riconosciuti dall’ordinamento, disciplinare il mercato affinché possa dirsi effettivamente libero, individuando così un confine tra la concorrenza autentica e quella sleale. Per un approfondimento sul rapporto di strumentalità sussistente tra il principio di libertà contrattuale, l’impresa e la proprietà si rinvia a P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., pp. 320 ss. Altra parte di dottrina sostiene invece che sarebbe proprio il contratto a dar vita al mercato, quale centro di scambio; in tal senso si veda, tra i tanti, P. RESCIGNO, *L’autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 1, 2012, pp. 15 - 29; A. ZANINI, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973)*, Bologna, 2022, pp. 427 - 445; C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 33 s.; G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2010, p. 95; pp. 5 - 72; C. ATTANASIO, *op. cit.*, pp. 179 - 189; L. DI NELLA, *La Scuola di Friburgo, o dell’ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia - problemi e orientamenti teorici*, N. IRTI (a cura di), Padova, 1999, pp. 171 - 227; F. ANGLANI, *op. cit.*, p. 75 s., il quale definisce l’ordoliberalismo come una “linea mediata tra i paesi di tradizione socialista e quelli liberali” quale bilanciamento tra l’espressione delle libertà economiche individuali e l’esigenza di garanzia di un intervento statale finalizzato alla preservazione delle c.d. regole del gioco.

¹⁵ L’attività negoziale costituisce altresì una modalità di estrinsecazione della personalità individuale dell’imprenditore ex art. 2 Cost; cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 38; M. BIANCHINI, *La contrattazione d’impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*. Parte seconda, Torino, 2013, p. 33; V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, spec. p. 136; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2012, p. 1253 s.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, pp. 77 - 86, il quale osserva che «ci sono più ragioni per credere che la tutela, sia pure mediata, che l’art. 41 Cost. assicura all’autonomia contrattuale innanzitutto dell’impresa in quanto tipica manifestazione d’iniziativa economica, non può ricomprendere nel proprio ambito anche le scelte economiche isolate dei singoli privati contraenti che di volta in volta s’accordano con l’impresa per assicurarsene i prodotti».

¹⁶ Nei rapporti con i pubblici poteri la libertà di iniziativa economica, intesa come libertà di concorrenza, si esplica sia in senso negativo, che positivo: nel primo caso, in quanto implica una limitazione alla regolazione dell’impresa e del mercato da parte dei pubblici poteri e, nel secondo, poiché ai fini del suo libero esercizio si pretende che i pubblici poteri intervengano nella regolazione del mercato con regole volte ad eliminare vincoli o barrire alla concorrenza. Viceversa, nella visione liberale ottocentesca le parti negoziali si trovavano in una situazione di sostanziale parità e dovevano essere libere di stabilire il regolamento contrattuale, senza che i pubblici poteri potessero intervenire nella regolamentazione.

L'art. 41 Cost. rappresenta il caposaldo normativo del positivo riconoscimento dell'autonomia d'impresa, sia nella sua forma di libero esercizio dell'attività economica, quanto della libertà di contrattazione; motivo per cui, tanto l'autonomia contrattuale¹⁷, quanto la libertà di concorrenza¹⁸, trovano il loro fondamento giuridico nella stessa libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost¹⁹.

Dal tenore letterale della norma si evince, infatti, la centralità della libertà di esercizio dell'iniziativa economica privata, sebbene sia la stessa disposizione ad introdurre precisi e stringenti limiti diretti a regolamentare l'autonomia negoziale, sia privata che di impresa, nel rispetto del principio di solidarietà sociale, valore cardine della nostra Carta costituzionale²⁰.

¹⁷ Da intendersi sia come libertà di concludere o meno il contratto, che di definirne il contenuto. Resta comunque inteso che la libertà di non concludere il contratto deve essere esercitata nel rispetto del canone di buona fede ex art. 1337 c.c. Unico limite a tale libertà si configura in caso di monopolio legale, poiché in capo al monopolista grava l'obbligo di stipulare il contratto, assicurando la parità di trattamento ai richiedenti accesso al servizio (e.g. gestori per concessione amministrativa di linee di trasporto); cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2007, I, spec. p. 386. Anche la libertà di definizione del contenuto del contratto soggiace a limiti imposti dalla legge (e.g. i limiti negoziali posti a tutela della concorrenza e del corretto andamento del mercato ex art. 2596 c.c.)

¹⁸ Per un approfondimento sulla nozione di "concorrenza" da un punto di vista storico-economico si rinvia a F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), Torino, 2018, pp. 63 - 77; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2009, pp. 9 - 20.

¹⁹ Si veda A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 10 s.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., p. 330; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 16 e 99 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, XIII ed., Bologna, 2011, pp. 167 ss.; M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, Napoli, 2013, pp. 13 - 23, spec. p. 17; M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, fasc. 4, 2019, pp. 255 ss.

²⁰ F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, spec. p. 55; M. PALAZZI, *Il contratto di subfornitura: nozioni e distinzioni*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Torino, 1999, p. 9, ove l'Autore osserva che, indipendentemente dalla *vexata questio* sui rapporti tra l'autonomia privata e la libertà di iniziativa economica, la tutela della libertà negoziale non esclude qualsivoglia intervento legislativo diretto a contrastare i fenomeni distorsivi della concorrenza ma, anzi, è insito in tale tutela il riconoscimento di un potere di intervento, rimesso al legislatore, volto a riequilibrare le forze economico-commerciali tra i paciscenti, giustificato, oltre che imposto, dal principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 17, secondo cui la libertà di iniziativa economica in assenza di ogni limite non è affatto sinonimo di efficienza e di massimizzazione delle risorse sociali, dal momento che la stessa esistenza di un mercato libero impone e presuppone l'operatività di rigidi divieti e limiti all'abuso di potere; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., pp. 15 ss., spec. p. 18 il quale osserva che «autonomia negoziale è formula generalmente usata per indicare qualcosa che trascende il confine del contratto; essa tiene conto dell'estrema varietà di strumenti che in ordine ai suoi interessi disponibili il privato trova nell'ordinamento giuridico. Parlare di autonomia privata significa evocare una figura concettuale che è servita sia alla dottrina che alla pratica per dare ordine e per sistemare la materia che si colloca al di là del contratto e coincide con la nozione del negozio giuridico»; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., spec. p. 63, ove afferma che se si assume che la regola di correttezza trova il suo fondamento nei precetti costituzionali e

Alcune questioni concernenti la connessione tra l'attività di impresa²¹ e l'iniziativa economica ex art. 41 Cost. sono emerse in dottrina, alimentando contrapposte correnti di pensiero: alcuni giuristi hanno sostenuto che i due concetti costituirebbero dei sinonimi giacché l'iniziativa economica si manifesterebbe per mezzo dell'attività di impresa, la quale, a sua volta, costituirebbe la tipica forma di estrinsecazione dell'iniziativa economica²²; altri, invece, hanno rilevato che la nozione di "iniziativa economica" sarebbe più ampia di quella di "impresa", con la conseguenza che la stessa dovrebbe essere ricondotta alla più generica libertà di esercizio di qualsivoglia attività economica, anche in assenza di una specifica organizzazione imprenditoriale²³.

Ciò che comunque rileva è che, benché l'autonomia contrattuale costituisca il presupposto per la promozione e lo sviluppo di un mercato²⁴ fondato sulla libera

nel dovere di solidarietà sociale ex art. 2 Cost, nallora tali principi e valori non possono di certo essere limitati alle sole obbligazioni.

²¹ Per un approfondimento sui caratteri e sulla natura giuridica dell'impresa commerciale e dell'imprenditore si rinvia a R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, pp. 156 - 167; I. LA LUMIA, *Azienda e impresa*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna, 1953, pp. 491 ss.; A. VOLANTI, *I soggetti del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Torino, 1999, spec. pp. 33 - 41.

²² In tal senso si vedano F. GALGANO, *sub art. 41 Cost.*, in *Rapporti economici*, S. RODOTÀ (a cura di), II, in *Comm. Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 2, secondo cui la nozione di "iniziativa economica" rimanda a quella di "impresa" in ragione di una connessione lessicale con il concetto di "intrapresa economica"; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 37 - 45; V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. Galgano*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, pp. 435-452, il quale osserva che l'art. 41 Cost. non è volto ad assicurare la libertà di esercizio dell'attività economica a qualsiasi soggetto, ma è specificamente diretto agli imprenditori, i quali nell'esercizio dell'attività economica sono tenuti ad organizzare sia le energie umane, che i beni materiali a ciò preposti.

²³ G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 2 ss.; P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, p. 16; C.M. MAZZONI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, fasc. 4, Torino, 1983, pp. 270 ss.

²⁴ In passato il mercato era inteso come mero luogo di destinazione dell'attività di impresa, con disinteresse verso il momento contrattuale che tale attività comporta; cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 379 ss., spec. p. 381, il quale osserva che, benché il contratto costituisca il protagonista del mercato, lo stesso non ha mai costituito oggetto di indagini analitiche, con la conseguenza che la rilevanza di tale strumento giuridico è emersa quando è riemersa la contrattazione di impresa e, conseguentemente, la nozione di "contratti di impresa"; in tal senso si v. G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, spec. pp. 13 - 23; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 4, il quale definisce il mercato come un ordine nel senso di regolarità e prevedibilità dell'agire di chi vi opera; G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, pp. 14 ss., secondo cui «se il mercato è sede naturale di qualcosa, è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e delle sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali»; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 320, secondo cui il mercato costituisce il luogo e la logica per la soluzione di ogni conflitto attinente all'appropriazione e all'utilizzazione delle risorse produttive. Si vedano anche M. ONORATO, *La nullità delle intese*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Torino, 2011, p. 190; V. ROPPO,

concorrenza²⁵, al contempo è proprio la preservazione e la tutela accordata dalla legge a tale sistema economico aperto a rappresentare il principale limite al pieno esplicarsi della libera iniziativa economica²⁶.

Decisivo è l'art. 41 della Costituzione il quale, oltre a disporre che l'iniziativa economica privata è libera, precisa che questa non può svolgersi in contrasto con valori sovraordinati, tra i quali va necessariamente annoverata l'utilità sociale²⁷. In particolare, il secondo e il terzo comma della norma in parola intervengono sulla modulazione

Contratti standard, cit., pp. 125 -128; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, vol. I: Diritto dell'impresa, Padova, 1992, pp. 16 – 55; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, p. 23, ove si afferma che «il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività dell'impresa ma nel mercato e nel mercato le imprese e la loro “iniziativa” entrano in contatto con interessi della collettività e con l'utilità sociale».

²⁵ In tal senso, la libera concorrenza deve essere intesa come bene generatore di efficienze economiche, capace di assicurare il maggior benessere collettivo. Cfr. G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Torino, 2011, p. 8 s.; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. III, Milano, 2010, pp. 191 ss.; ID., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), III, Milano, 2007, pp. 159 ss., spec. p. 163; G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in *La concorrenza e i consorzi*, ID., M. LIBERTINI, G. VOLPE PUTZOLU (a cura di), in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 1981, pp. 11 - 44; A. GRISOLI, *Limitazioni convenzionali della concorrenza*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1983, pp. 311 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 20, ove si afferma che la libertà contrattuale non è solo una categoria logica ma una figura reale, storicamente e politicamente condizionata, strettamente connessa al modello di governo dell'economia; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., spec. p. 391, secondo cui la disciplina del contratto non può limitarsi a seguire le vicende del mercato, ma deve contribuire a consolidare la funzione del mercato e deve soddisfare l'esigenza di creazione e di mantenimento di un mercato fonte di progresso economico e sociale.

²⁶ Cfr. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 4 il quale osserva che il mercato, nel suo complesso, è governato, da un lato, dalle regole del diritto della concorrenza che ne orientano il funzionamento e, dall'altro, dalle regole dei privati racchiuse nei contratti attuali o potenziali. Sul punto, è utile osservare che la compressione dell'iniziativa economica imprenditoriale determinata dalla normativa *antitrust* si conforma al dettato costituzionale, essendo diretta al conseguimento di un interesse superiore a vantaggio della collettività. È stato infatti osservato che la legislazione *antitrust* (L. n. 287/1990), volta ad impedire e a sanzionare la conclusione di accordi pregiudizievoli per la concorrenza, trova il proprio titolo nel secondo comma dell'art. 41 della Costituzione; cfr. G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 8; si veda anche R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metaformosi del contratto*, G. GITTI (a cura di), Bologna, 2006, pp. 159 ss. il quale afferma che l'autonomia privata costituisce il motore immobile del mercato e la più grave minaccia dell'equilibrio concorrenziale, come in una sorta di pulsione edipica in virtù della quale l'autonomia contrattuale, linfa vitale del mercato, è sospinta irresistibilmente a strangolarlo; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, pp. 50 ss.

²⁷ Utile osservare che con la Legge costituzionale n. 1 del 11 febbraio 2022 è stato modificato il secondo comma dell'art. 41 Cost.: per mezzo della riforma i valori della salute e dell'ambiente sono stati inclusi tra quelli sovraordinati (sicurezza, libertà e dignità umana), tipici del pluralismo democratico, ai quali deve conformarsi l'esercizio dell'iniziativa economica privata.

dell'agire privato, imponendo un bilanciamento tra i valori e gli interessi su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico²⁸.

Sulla base di ciò, sebbene la libertà di iniziativa economica integri la più significativa espressione del principio di utilità sociale, anche ove intesa come diretta manifestazione dell'autonomia privata, la stessa incontra il suo limite proprio in tale valore, oltre che nelle altre libertà economiche e sociali e in tutti gli altri beni e diritti costituzionalmente protetti²⁹. È qui che emerge come ai fini della preservazione di un mercato aperto fondato sul libero scambio è indispensabile un contemperamento³⁰ tra la libertà dell'iniziativa economica d'impresa e i valori sovraindividuali tutelati dalla Carta costituzionale, tesi a garantire il benessere generale della collettività e dell'intero sistema economico, in conformità ai doveri inderogabili di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e di rimozione (ad opera dello Stato) degli ostacoli di ordine economico-sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza *ex art. 3 Cost.*³¹.

²⁸ Si vedano G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 - 19; T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, ID. (a cura di), Milano, 1955, p. 33; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, pp. 32 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pp. 196 ss.; N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 1, 1995, pp. 24 - 39; F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 342; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 64.

²⁹ La dottrina ha individuato nell'utilità sociale un principio di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali: in tal senso P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 324 s.; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 394; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 54; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., pp. 1254 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., spec. p. 87 e 90 s.; C. RESTIVO, *op. cit.*, p. 210; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Torino, 1999, p. 137; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, cit., pp. 169 s.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 19 s., il quale osserva che nell'ordinamento italiano la libertà contrattuale riceve una tutela costituzionale indiretta, non quale valore in sé, ma nei limiti in cui risulti funzionale e strumentale al perseguimento di altri valori costituzionalmente tutelati, tra i quali l'utilità sociale; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, pp. 40 ss., spec. 51; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., spec. pp. 16 - 26; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. p. 100, ove l'Autore, riportandosi al pensiero di Tullio Ascarelli, osserva che il limite dell'utilità sociale imposto alla libertà di iniziativa economica non può tradursi né in un controllo sugli scopi perseguiti, né in un sindacato sul merito dell'attività d'impresa.

³⁰ Contemperamento che, talvolta, è stato definito come una sorta di intrusione nella sfera di autonomia privata, volta a limitare la libertà contrattuale al fine di scongiurare e reprimere comportamenti abusivi e dannosi per l'intero sistema economico.

³¹ Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., pp. 29 - 36 e 57; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. p. 115. In tema di programmazione economica e di analisi della funzione interventista dello Stato nella regolamentazione dell'economia si v. M. DE POLI, *op. cit.*, p. 2 s. il quale osserva che nell'ordinamento giuridico italiano è tramontata definitivamente l'idea di una programmazione statale dell'economia, ma ciò non può dirsi anche per gli interventi sull'autonomia dei privati, sia sul terreno

1.3 Il dibattito dottrinale sulla riconoscibilità della categoria giuridica dei c.d. contratti di impresa

Lo strumento contrattuale del quale si avvalgono le imprese nel mercato per la realizzazione dei propri affari ed investimenti deve essere distinto dal tradizionale contratto di diritto comune, giacché caratterizzato da un diverso grado di complessità ed analiticità di contenuti³².

A tal proposito, è utile distinguere sin da ora la nozione di “contratto dell’impresa” da quella di “contratto d’impresa”. La prima si caratterizza per una certa genericità, essendo riferita alla figura complessiva dell’impresa e ricomprendendo al suo interno tutti quei contratti che fanno capo all’impresa e che sono strettamente connessi all’organizzazione imprenditoriale. La seconda attiene invece esclusivamente ai contratti commerciali necessari all’esplicazione di tale attività³³.

Generalmente, con la formula “contratto di impresa” si allude ad una categoria unitaria di contratti³⁴, distinta dalle singole figure contrattuali tipiche e atipiche destinate a farne parte e comprendente tutti quei rapporti contrattuali che sono

dell’autonomia strettamente contrattuale che su quello dell’autonomia privata in senso ampio; sul punto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L’autonomia dei privati nel diritto dell’economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pp. 227 ss.; P. BARCELLONA, *Il contratto e l’economia globale*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, 2000, spec. p. 51; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., p. 1256; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 22 ss. e 73 ss.; F. CAMILLETI, *op. cit.*, p. 11 s.; G. MINUNNO, *Formalizzazione del contratto, autonomia e contrattazione standardizzata*, in *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Roma-Bari, 1976, pp. 365 - 368.

³² I contratti conclusi dall’impresa nell’esercizio della propria attività costituiscono strumenti negoziali flessibili e dinamici, in grado di adattarsi ai più diversificati scenari oggettivi e soggettivi, nonché di affrancarsi dai vincoli posti dal Codice civile. Cfr. D. CORAPI, R. TORINO, *Evoluzione dei sistemi economici e nuovi modelli contrattuali*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Torino, 2004, spec. pp. 27 - 30, ove gli Autori affermano che il contratto, quale strumento giuridico imprescindibile, rappresenta per eccellenza il mezzo per l’istaurazione dei rapporti economici di scambio.

³³ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 291 - 355; F. DI MARZIO, *Contratti d’impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 2007, pp. 313 ss.; A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2008, p. 141; V. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, spec. p. 56 e 121.; G. CAPO, *op. cit.*, p. 34 s.

³⁴ La paternità della nozione unitaria dei contratti di impresa si deve ad ARTURO DALMARTELLO. Cfr. altresì A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria* (ricordo di Arturo Dalmartello), in *Jus*, 2, 2009, p. 292; P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012 p. 232; A. MAZZONI, *L’impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 4, 2008, pp. 649 ss.; A. BREGOLI, *op. cit.*, pp. 140 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 10 ss.

strumentali all'esercizio dell'attività economico-commerciale³⁵. Indipendentemente dalla definizione che se ne voglia attribuire³⁶, i confini di tale nozione sono, ancora oggi, piuttosto vaghi e indefiniti.

Con riferimento al campo di applicazione soggettivo, la nozione è stata ricondotta a distinti soggetti che operano nel mercato. Talvolta si è ritenuto che la categoria del contratto di impresa ricomprenda tutti i contratti stipulati da un singolo imprenditore³⁷, altre volte si è distinto tra contratto tra imprenditori e contratto con il consumatore ed altre ancora, invece, si è reputato opportuno ricomprendervi anche i contratti conclusi dal consumatore, ritenendo che quest'ultimo agisca nel mercato per il perseguimento dei propri interessi in guisa di un imprenditore³⁸. Ciò detto, occorre precisare sin da ora che, ai fini della presente trattazione, con la nozione di "contratto di impresa" si intenderà focalizzare l'attenzione esclusivamente su quei contratti che presuppongono la qualità di imprenditore, con esclusione dei contratti C2C e B2C³⁹.

³⁵ I contratti delle imprese possono essere distinti in quattro macrocategorie: i) quelli attinenti alla costituzione e all'organizzazione imprenditoriale, ii) quelli attinenti al concreto esercizio dell'attività economica e all'erogazione delle relative prestazioni che, peraltro, riguardano l'analisi oggetto del presente studio, iii) quelli di coordinamento (es. contratti di rete) e iv) quelli concernenti la crisi di impresa. Si vedano A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»*, cit., pp. 291 – 310; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 905 - 939; L. SAMBUCCI, *op. cit.*, pp. 59 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 55 ss. Ancora discussa, invece, la possibilità di includervi anche i contratti stipulati dall'imprenditore con i consumatori.

³⁶ In dottrina sono state impiegate svariate formule per definire i contratti di impresa, come "contratti commerciali", "contratti dell'imprenditore" e "contratti dell'impresa"; si vedano L. SAMBUCCI, *op. cit.* pp. 52 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I, I contratti in generale*, Torino, 2006, pp. 3 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 94 ss.

³⁷ Si veda A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 3023 - 3058; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 56; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., pp. 328 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006; A. BREGOLI *op. cit.*, pp. 140 ss.

³⁸ La possibilità o, addirittura, la necessità di includere i contratti B2C nell'alveo dei contratti di impresa è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale. Tra i principali esponenti della tesi favorevole a considerare tali contratti una *species* di quelli di impresa si rinvengono L. SAMBUCCI, *op. cit.*, pp. 65 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*, cit., pp. 119 ss.; ID., *Contratti del consumatore*, cit., pp. 140 ss. Secondo altra parte della dottrina, invece, non è corretto includere i contratti B2C nella categoria dei contratti di impresa, giacché i primi, per definizione (si veda il D.lgs. 206/2005), sono i contratti conclusi da un consumatore con un professionista e, dunque, non con un imprenditore commerciale, che invece rappresenta una categoria più ristretta e specifica rispetto a quella generale del professionista; in tal senso si v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 397 - 423; L. GATT, *Il contratto nella storia e nel pensiero giuridico*, in *Il Contratto del Terzo Millennio. Dialogando con Guido Alpa*, ID. (a cura di), Napoli, 2018.

³⁹ Contrapposizione che assume particolare rilievo sul piano fenomenologico, piuttosto che su quello dogmatico.

Con riferimento ai contratti bilateralmente commerciali in dottrina sono affiorati dubbi di natura sistematica sull'individuazione della disciplina applicabile e sulla loro collocazione nell'ordinamento⁴⁰.

Genesi e diffusione dell'istituto del "contratto di impresa" sono da ricondurre alle profonde trasformazioni del mercato globale e delle economie di massa. Con la globalizzazione si è assistito ad un radicale trasferimento di funzioni regolamentari, originariamente attribuite in via esclusiva allo Stato, a favore degli operatori di mercato⁴¹. Di qui l'esigenza di regolamentare l'attività economica delle imprese, anche per garantire il corretto funzionamento del mercato, attraverso la rimozione delle distorsioni frutto della conclusione e dell'esecuzione di contratti tra operatori economici dotati di diverso potere negoziale.

Prima di addentrarci nell'analisi dei caratteri del contratto di impresa e del ruolo da questo svolto nel mercato, è indispensabile affrontare preliminarmente un'importante questione che è stata oggetto di un ampio dibattito, ossia se il contratto di impresa costituisce una specifica ed autonoma categoria a sé stante⁴².

⁴⁰ Sul punto si vedano R. BRACCO, *op. cit.*, spec. p. 21, ove l'Autore afferma che «come parte autonoma del diritto privato il diritto commerciale costituisce una materia di studio riservata ad un particolare ramo della scienza giuridica, e così alla scienza del diritto commerciale»; G. VECCHIO, *In tema di contratti d'impresa*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1564, il quale sostiene che, ad oggi, ciò che mancherebbe è un sistema del diritto commerciale, da intendersi quale corpo organico di norme speciali, ma non eccezionali, connesse e integrate dai principi propri della materia d'impresa, distinti e contrapposti a quelli tipici del diritto civile. Cfr. altresì L. NONNE, *op. cit.*, pp. 15 - 30; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 7 - 39, spec. p. 10 s.

⁴¹ Nel corso degli ultimi decenni il fenomeno contrattuale si è contraddistinto per il venir meno del tradizionale principio dell'esclusività del diritto statale ed il conseguente affermarsi della crescente produzione di regole "dal basso" grazie, soprattutto, all'attivismo mostrato dalla comunità economica e dal ceto imprenditoriale. Per tale motivo in dottrina si è anche parlato di "commercializzazione del diritto privato". Per un approfondimento si rinvia a M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale: funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, pp. 167 ss.; A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, pp. 3 ss.; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 37 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), I, Bologna, 2012, pp. 33 ss.; G. AULETTA, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in AA.VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, Milano, 1984, p. 78; G.B. PORTALE, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in AA.VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, Milano, 1984, pp. 225 - 232; A. BUCELLI, *Diritto privato commercializzato?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, pp. 1085 - 1124; D. CONSERVA, *Autonomia contrattuale e iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Roma-Bari, 1975, pp. 396 ss. Per una completa ricostruzione storica si rinvia a R. BRACCO, *op. cit.*, pp. 60 - 78; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici*, vol. I: *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, spec. pp. 59 ss.; ID., *Impresa e imprenditore*, in *Scritti giuridici*, vol. I: *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, p. 266; S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 32

⁴² A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit. e voce *Contratti d'impresa*, cit.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., pp. 184 - 201; G. OPPO, *Scritti giuridici*, cit., pp. 198 ss.;

Nel corso degli anni sono state avanzate più ricostruzioni dottrinali volte a rafforzare e salvaguardare la solidità del Codice civile ed altre favorevoli alla riacquisizione di spazi di autonomia da parte del diritto commerciale⁴³.

L'unificazione del diritto privato, conseguita con la scomparsa del Codice del Commercio del 1865⁴⁴ e con l'introduzione del Codice civile del 1942⁴⁵, ha determinato il superamento della centralità dell'atto di commercio in favore dell'attività d'impresa, quale forma di manifestazione e di espressione dell'iniziativa economica d'impresa⁴⁶.

Note sulla contrattazione d'impresa, pp. 203 ss.; G. CAPO, *op. cit.*, pp. 10 ss.; L. SAMBUCCI, *op. cit.*, pp. 50 ss., spec. cap. I; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, cit., pp. 870 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 55 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., pp. 415 - 428.

⁴³ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 119 ss.; R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, fasc. 7, 2016, pp. 15 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 227 ss.; P. BARCELLONA, *L'autonomia privata e il mercato (Il modello codicistico)*, in *Diritto privato e società moderna*, in ID. (a cura di), Napoli, 1996, pp. 320 ss.; G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, pp. 393 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss.; R. BRACCO, *op. cit.*, pp. 21 ove l'Autore afferma che «l'autonomia del regolamento si riflette nella autonomia della scienza che la considera».

⁴⁴ Il Codice del 1865, definito lo specchio della società agricola, venne già sostituito dal Codice del Commercio del 1882, spesso accusato in dottrina di essere un codice classista a favore del ceto mercantile, giacché introduttivo di una serie di disposizioni di sfavore per le parti negoziali estranee al mondo del commercio; cfr. A. ASQUINI, voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 251 ss.; C. VIVANTE, *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1887, pp. 497 ss.; S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 489 - 507; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., pp. 314 ss.; R. BRACCO, *op. cit.*, pp. 60 - 66; M. DE POLI, *op. cit.*, p. 22, il quale osserva che il Codice del 1865 si fondava sull'imposizione di divieti e, più in generale, di limiti negativi alla libertà contrattuale, rifiutando la previsione di limiti positivi diretti a vincolare la parte alla contrattazione; C. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 184 - 210; A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2008, pp. 231 - 233.

⁴⁵ Il modello post codicistico ha comportato una riduzione degli effetti restrittivi della libertà contrattuale a fronte di una prepotente riaffermazione dei valori liberistico-individuali in un contesto economico sociale profondamente mutato nella sua complessità, oltre che a fronte della scelta dello Stato di abbandonare il ruolo di mediatore dei conflitti sociali. Cfr. M. DE POLI, *op. cit.*, p. 3; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 380. In senso contrario, è stato osservato da autorevole dottrina che le economie pianificate hanno fallito il perseguimento del loro fine, posto che la libertà di autodeterminazione delle parti sarebbe ancora oggi condizionata e limitata da una serie di provvedimenti legislativi, come la legge sull'usura, la legge sulla subfornitura e la legge a tutela del consumatore; si veda P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, fasc. 1, 1999, p. 231. A tal riguardo, è utile richiamare la c.d. "metafora del pendolo" o "del pendolo oscillante" (secondo il testo originale c.d. "*The swinging Pendulum*") elaborata da Atiyah, uno dei massimi studiosi inglesi del contratto e della *freedom of contract*, secondo cui il principio della libertà contrattuale oscillerebbe come un pendolo da una fase di carattere paternalistico ad un'altra di natura protettiva (si rinvia a P.S. ATIYAH, in *The Rise and Fall of Freedom of contract*, Oxford, 1986).

⁴⁶ Nella vasta letteratura che si è occupata del tema: T. ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 17 - 31; G. AULETTA, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, cit., pp. 73 - 89; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir.*

Tuttavia, sebbene l'unificazione abbia comportato il superamento della nozione di "atto di commercio", la stessa non ha determinato il venir meno dell'interrogativo circa la sussistenza di un'autonoma categoria dei "contratti di impresa", ossia della bipartizione tra contratti di diritto comune e contratti stipulati dall'impresa nell'esercizio della propria attività.

A fronte di tale rottura legislativa e delle nuove realtà commerciali sopraggiunte, è stata avvertita l'esigenza di definire il rapporto esistente tra diritto civile e diritto commerciale⁴⁷, ossia di comprendere e meglio definire se il Codice civile rappresenta un sistema chiuso oppure aperto, capace di riservare uno spazio residuale per il riconoscimento della specialità dell'autonomia di impresa e del diritto commerciale⁴⁸.

Oggetto di discussione non è più, quindi, l'opportunità dell'avvenuta unificazione della materia contrattuale, bensì la possibilità di ricavare in via empirica un margine di autonomia riservato ai contratti di impresa, quale categoria dogmatica autonoma e distinta dai tradizionali contratti commerciali⁴⁹.

comm., I, 1943, pp. 1 - 22; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 2002, pp. 1 - 26; G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, pp. 981 ss.; P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, in *I valori della convenienza civile e i codici dell'Italia unita*, P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2014, pp. 169 - 181; S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit., pp. 2201 - 2216; G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 1/3, 2008, pp. 1 - 63; M. LIBERTINI, *Note di lettura: «Le nuove frontiere del diritto commerciale di Vincenzo Buonocore»*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 536, il quale osserva che l'unificazione avrebbe portato ad una "commercializzazione del diritto privato"; nello stesso senso si vedano N. SCANNICCHIO, *Diritto privato ed esercizio dell'attività economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Roma-Bari, 1976, spec. p. 540 e 557; R. BRACCO, *op. cit.*, p. 67 ove si tratta di "commercializzazione del diritto civile"; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., spec. p. 312 s. e 323 s.; A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, pp. 126 ss.; G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, spec. p. 523; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 18 - 23; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 2005, pp. 743 - 768; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, cit., p. 650 s., ove si afferma che la nozione di "impresa" racchiusa nel codice del 1942 è figlia della scuola pisana e, in particolar modo, del Professor Lorenzo Mossa, il quale ha osservato che l'impresa nasce dal "metodo dell'economia": essa costituisce il punto di incontro tra il diritto e l'economia, nonché la concretizzazione dell'agire umano di chi assume iniziative economiche autonome aventi rilevanza giuridica.

⁴⁷ Per un approfondimento si vedano G. AULETTA, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, cit.; G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori*, cit., pp. 393 ss.

⁴⁸ Cfr. L. NONNE, *op. cit.*, pp. 61 ss.; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, cit., pp. 649 ss.; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, cit., pp. 1 ss.; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 56 - 75.

⁴⁹ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., spec. p. 321 s.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 91 s.

L'interesse verso la *vexata quaestio* della configurabilità della categoria dei c.d. contratti di impresa è andato via via crescendo, in particolare, sulla scia degli studi e delle riflessioni avanzate da Arturo Dalmartello⁵⁰.

Con il passaggio dal sistema del doppio binario dei codici all'unificazione della normativa vigente, l'Autore si è interrogato se lo studio dei contratti d'impresa rientri ancora nell'alveo dei contratti qualificati come "commerciali", in quanto tali riconducibili al diritto commerciale⁵¹, oppure se questi debbano essere sistematicamente ripartiti "per materia" e ricondotti alla materia del diritto privato o alla più generale categoria del contratto di diritto comune⁵².

Per risolvere il quesito è utile considerare che nel corso della vigenza del Codice del Commercio il criterio unificatore dei contratti commerciali si rinveniva nell'esistenza di una serie di principi generali comuni a tutti i contratti che vedevano coinvolta l'impresa. Oggi, invece, con l'introduzione del Codice civile del 1942 tali principi generali sono stati rimossi, con la conseguenza che tutti i contratti commerciali sono sottoposti alle medesime regole del Codice civile che governano i contratti in generale⁵³. Ne consegue che per poter trattare di diritti e contratti commerciali è necessario indagare se è possibile rintracciare nel concetto di "impresa" un nuovo criterio unificatore che consenta ancora una volta un apprezzamento della complessiva categoria dei contratti di impresa.

⁵⁰ Studioso pioniere del tema, il quale ha fornito le basi dello studio attraverso le seguenti opere *I contratti delle imprese commerciali*, cit. e voce *Contratti d'impresa*, cit. Dalla letteratura è, infatti, agevole osservare come intorno agli anni '80 del secolo scorso, in coincidenza con il fenomeno della globalizzazione, è riemerso il tema della specificità della categoria dei contratti commerciali (si parlò, per l'appunto, anche di "seconda primavera" dei contratti di impresa); per un approfondimento si vedano M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte prima, Torino, 2012; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 119 ss.; ID., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 140 ss.; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., pp. 313 ss.; ID., *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, A. LUMINOSO, ID. (a cura di), Milano, 1993, pp. 3 – 83; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., pp. 15 – 25; A. PISU, *op. cit.*, pp. 40 - 46.

⁵¹ G.B. FERRI, voce *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1946.

⁵² Giova precisare che, anche a seguito dell'unificazione del diritto privato, in forza di una tipizzazione sociale della fattispecie, si è comunque continuato a parlare di "contratti commerciali" per richiamare quei contratti che implicano la partecipazione di almeno un imprenditore commerciale al negozio giuridico, senza, dunque, voler rifarsi ad una vera e propria categoria giuridica a sé stante.

⁵³ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 95; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2009, pp. 137 – 177, spec. p. 144 s.; R. BRACCO, *op. cit.*, p. 80 s., ove si osserva che il legislatore con l'unificazione del Codice non sembra aver sbarrato in modo netto la via dell'autonomia del diritto commerciale e ciò lo si desume dalla Relazione al nuovo Codice civile con la quale è stato dichiarato che "la scienza del diritto commerciale, legata ad una gloriosa tradizione, ha il compito di trarre dal nuovo Codice il sistema del nuovo «diritto commerciale»".

La dottrina contraria (o quanto meno dubbiosa) alla ricostruzione di una categoria unitaria ed autonoma dei contratti di impresa fonda le proprie argomentazioni sul timore di riconoscere al diritto commerciale uno spazio di autonomia, istituendolo come un sistema di diritto a sé, radicato su principi e criteri giuridici differenti da quelli caratterizzanti il diritto privato comune⁵⁴. Il timore manifestato è dovuto alla potenziale riemersione dell'antica categoria dei contratti commerciali soppressa nel 1942 ed il conseguente riaffermarsi del diritto commerciale come *ius mercatorum*⁵⁵, ossia come ramo del diritto a sé stante basato sulla specificità della disciplina degli atti di commercio e su un sistema di fonti distinto da quello del diritto privato.

⁵⁴ In particolare, tale corrente di pensiero sostiene che l'elemento unificante della qualificazione giuridica dell'imprenditore e dell'attività di impresa non sia sufficiente a giustificare un'autonoma categoria concettuale che rischierebbe inutilmente, dal punto di vista sistematico ed ermeneutico, di riunire sotto di sé una serie troppo ampia e variegata di rapporti negoziali. In tal senso si v. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, cit., pp. 1 - 8, il quale sostiene che, nel nostro sistema giuridico, "una speciale categoria di contratti, denominati come contratti d'impresa, non ha ufficiale diritto di cittadinanza" poiché la costituzione di tale peculiare categoria si porrebbe in contrasto con il nuovo impianto codicistico, secondo cui, ai fini dell'applicazione della disciplina delle obbligazioni e dei contratti in generale, è irrilevante sia la qualità o qualifica del soggetto coinvolto, sia la specifica materia regolata (in senso contrario si veda E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 120 ss.). Si veda anche B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. dir. comm.*, F. GALGANO (diretto da), vol. II, Padova, 1978, pp. 309 ss.; T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021; C. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 185 ss., ove si osserva che l'autonomia di impresa si manifesterebbe esclusivamente nell'ambito della disciplina delle condizioni generali di contratto; P. GRECO, *Il Diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 1 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., pp. 6 ss., il quale evidenzia che, avendo il legislatore già riservato ai contratti dell'impresa, quali tipici strumenti per la programmazione e la realizzazione dell'attività di impresa, una maggiore autonomia in ragione del principio di meritevolezza, non è necessario disancorarsi dai principi cardine dell'ordinamento con l'unico scopo di riconoscere ai contratti di impresa un'autonomia ancor più ampia; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., pp. 15 - 25, ove l'Autore, contrario al riconoscimento dell'autonomia di impresa, distinta dall'autonomia negoziale in generale, evidenzia che il contratto di impresa di per sé non nuoce alla natura contrattuale dell'atto di autonomia e non sostituisce l'autonomia contrattuale con l'autonomia di impresa, bensì quest'ultima la arricchisce nel contenuto; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 56; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., pp. 426 - 428, ove l'Autore afferma che «i contratti d'impresa non sono concepibili come classe di tipi contrattuali, perché rispetto a questi ultimi non rileva, se non indirettamente, l'attività nell'esercizio del quale il contratto è stipulato [...]. I contratti d'impresa non sono dunque una categoria di parte speciale, ma di parte generale, perché non attengono alla disciplina dei singoli tipi contrattuali, bensì alla disciplina del contratto in quanto tale, ossia in quanto strumento di autonomia privata».

⁵⁵ Si veda la prima parte dell'art. 1 del Codice del Commercio del 1882 il quale sanciva che "In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. In mancanza si applica il diritto civile". Cfr. altresì M. CASANOVA, voce *Atti di commercio*, in *Dig. (discipline priv.: sez. diritto commerciale)*, IV ed., vol. I, Torino, 1987, pp. 518 ss.; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), Napoli, 2004, p. 69.

In una prospettiva opposta, i sostenitori della corrente di pensiero favorevole al riconoscimento della categoria dei contratti di impresa hanno osservato che l'autonomia di impresa trova ragione sociale e fondamento normativo sia nelle norme del Codice civile che espressamente richiamano la nozione di impresa o di imprenditore, sia in quelle speciali applicabili in materia di contratti commerciali che differenziano l'autonomia privata da quella di impresa⁵⁶. Sulla scia di tale corrente, nell'intento di ricondurre propri e peculiari caratteri alla famiglia dei contratti di impresa si è osservato come molteplici sarebbero le norme codicistiche idonee a delineare in via implicita e *a contrariis* i contratti di impresa⁵⁷. Tra le tante, si annoverano gli artt. 1330, 1341, 1342, 1368 e 1722, iv) comma del Codice civile che, rispettivamente, incidono sul profilo genetico ed esecutivo del rapporto negoziale, sulle regole interpretative e sulla successione nella posizione contrattuale dell'imprenditore.

Osservando le menzionate norme, emerge come il contratto di impresa si inserisce nella più complessa e articolata attività commerciale, comportando una progressiva ed inevitabile oggettivazione dell'atto negoziale con un conseguente affievolimento del momento volitivo soggettivamente riconducibile all'imprenditore⁵⁸. La tendenza

⁵⁶ Cfr. M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte seconda, cit., pp. 1 ss. e 70 ss.; M. LIBERTINI, *Note di lettura: «Le nuove frontiere del diritto commerciale di Vincenzo Buonocore»*, cit., p. 536; A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, cit., p. 1; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 119 ss.; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, secondo cui il diritto commerciale avrebbe conservato un'autonomia di stile e tradizioni culturali proprie e si fonderebbe su principi e contenuti normativi differenti da quelli civilistici, giacché radicati sulla nozione di "impresa"; l'Autore, inoltre, sostiene che attraverso una lettura in combinato disposto di alcune norme del Codice civile e di alcune disposizioni di cui alla legislazione speciale, un nuovo "codice di commercio" si sarebbe formato, anche in mancanza della specifica denominazione o comunque di una struttura unitaria chiaramente definibile; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 118, il quale osserva che «la categoria dei contratti d'impresa non è più concepita come un'aggregazione empirica di operazioni economiche ma come una categoria normativa; la categoria si qualifica non solo perché una delle parti contraenti svolge un'attività economica organizzata, ma perché quell'attività economica organizzata è rivolta al pubblico e trasforma quindi il rapporto individuale in un rapporto di massa». Si vedano anche F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 227 ss.; G. GALLI, A. BUCCELLI, *op. cit.*, pp. 1085 ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 16; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 56 ss.; A. BREGOLI, *op. cit.*, pp. 140 ss.; G. VALERI, *Per la sistematica dei contratti commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 21; I. LA LUMIA, *L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 1 ss., secondo cui l'esistenza di un separato Codice del Commercio non costituisce una condizione necessaria per il riconoscimento dell'autonomia del relativo diritto.

⁵⁷ Utile osservare quanto affermato da A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»*, cit., p. 297, il quale precisa che focalizzare tutta l'attenzione sul rapporto tra impresa e contratto rischia di immiserire la nozione di impresa, vanificandola dal punto di vista dogmatico.

⁵⁸ Il contratto di impresa, da un lato, è insensibile alle vicende personali che coinvolgono l'imprenditore e, dall'altro, è ambulatorio, in quanto transita da un soggetto all'altro nell'alveo dell'attività imprenditoriale; cfr. A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., pp. 3 - 5; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economica*, cit., p. 655 s.; A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 142 s.; V. BUONOCORE, *I contratti*

all'oggettivazione del rapporto trova conferma nell'art. 1330 c.c. il quale, contrariamente al regime comune dei contratti di scambio, prescrive che, salvo che si tratti di piccolo imprenditore o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze, la proposta e l'accettazione se fatte dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa non perdono efficacia nel caso in cui quest'ultimo muoia o divenga incapace prima della conclusione del contratto. La norma menzionata, dunque, nella prospettiva di spersonalizzazione del contratto di impresa e di oggettivazione del suo campo di azione⁵⁹, pone una deroga all'attuazione della regola generale secondo cui in caso di decesso o incapacità del proponente o dell'accettante la relativa proposta o accettazione è destinata ad essere privata della sua efficacia, in ragione della specifica qualità di imprenditore rivestita da una delle due parti⁶⁰.

Ulteriore norma che è stata identificata come idonea a corroborare l'interpretazione favorevole al riconoscimento della specifica categoria dogmatica dei contratti di impresa è l'art. 1722, iv) comma c.c. in tema di estinzione del contratto di mandato⁶¹, in forza del quale, allorché questo abbia ad oggetto il compimento di atti connessi all'esercizio dell'attività di impresa, il mandato stesso è destinato a dispiegare i

d'impresa, in *Contratti d'impresa*, A. LUMINOSO, ID. (a cura di), Milano, 1993, pp. 19 ss. e spec. p. 26.; Id., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., spec. p. 173.

⁵⁹ Si vedano G. AULETTA, voce *Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 72 ss.; B. INZITARI, *op. cit.*, pp. 324 ss. e 343 ss.; A. VENCHIARUTTI, voce *Capacità all'esercizio di impresa [dir. comm.]*, in *Enc. giur., diritto online*, Roma, 2014, pp. 1-15; V. ROPPO, *Le restrizioni della libertà contrattuale*, in *Il diritto privato nella società moderna*, S. RODOTÀ (a cura di), Bologna, 1971, p. 315; V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, cit., p. 23; A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2006, pp. 7 - 24, il quale osserva che la persona dell'imprenditore è normalmente irrilevante, con la conseguenza che la regola della sopravvivenza degli atti negoziali anche a fronte della morte o dell'incapacità dell'imprenditore si rivela un mero adattamento delle regole ordinarie al caso di un soggetto, quale è l'imprenditore, identificabile nella continuità dell'attività, piuttosto che nella persona di un individuo.

⁶⁰ Pertanto, in virtù di quanto disposto dall'art. 1330 c.c., i contratti riconducibili all'esercizio dell'attività di impresa sono destinati a vivere e sopravvivere al fine di garantire la conservazione della funzionalità economica dell'impresa stessa. In questo senso: A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 3; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»*, cit., spec. p. 301; C. ANGELICI, *op. cit.*, p. 196; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., p. 321 s.; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 46 -50, ove l'Autore, sulla *ratio* dell'art. 1330 c.c., osserva che la norma "presenta un'unica oggettiva giustificazione nel sistema, ossia la spersonalizzazione dell'interesse all'affare inerente all'impresa rispetto alla persona dell'imprenditore ed il suo obiettivo ricollegarsi all'organizzazione"; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 16; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, III ed., Torino, 2019, pp. 12 ss.; A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 146 s.; S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit., pp. 2209 e 2213 ss.; A. PISU, *op. cit.*, pp. 83 - 89; E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 4, 2015, pp. 880 - 897.

⁶¹ Cfr. C. ANGELICI, *op. cit.*, spec. p. 196; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*. Parte seconda, cit., pp. 195 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), XXXII, Milano, 1984, p. 451 s.; L. NONNE, *op. cit.*, p. 52.

suoi effetti anche in caso di morte, inabilitazione o interdizione del mandate o mandatario, nella prospettiva di garanzia della continuità dell'attività aziendale.

Con riguardo all'interpretazione e all'esecuzione del contratto di impresa, invece, assume rilievo l'art. 1368 c.c. il cui secondo comma precisa che nei contratti nei quali una delle parti è un imprenditore⁶² le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui vi è la sede dell'impresa. Chiaro è che l'obiettivo della norma in parola è quello di assicurare un'uniformità interpretativa dei contratti che vedono coinvolte le imprese, oltre che di garantire protezione alle ragioni di impresa nell'ambito dei singoli negozi conclusi dall'imprenditore.

La corrente di pensiero che avalla la teoria secondo cui il legislatore avrebbe inteso configurare la specifica categoria dei c.d. contratti di impresa sostiene che tale prospettazione sarebbe avvalorata anche dalle previsioni di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. sul profilo genetico del rapporto negoziale⁶³, con specifico riferimento alle CGC⁶⁴ e alla conclusione di contratti per mezzo di moduli o formulari⁶⁵. Si tratta, invero, di norme certamente rivolte all'attività d'impresa, essendo dirette ad agevolare un'organizzazione uniforme dell'attività stessa, oltre che a contenere i costi di negoziazione e transazione nell'ambito della contrattazione di massa.

Secondo la corrente di pensiero in parola, dalla disamina degli artt. 1341 e 1342 c.c., si evincerebbe l'intento del legislatore di dar vita alla categoria giuridica dei contratti di impresa, attraverso l'edificazione di un vero e proprio plesso disciplinare che troverebbe la sua più ampia giustificazione nell'esigenza di colmare alcune lacune normative presenti nell'attuale sistema⁶⁶. A riprova di ciò, è sufficiente osservare come tali strumenti negoziali difficilmente potrebbero essere impiegati al di fuori di

⁶² Risultano, quindi, esclusi dall'alveo di applicazione della norma tutti quei contratti ove ambedue le parti rivestono la qualifica di imprenditori (sia nelle ipotesi B2B che B2b).

⁶³ Per un approfondimento si vedano S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996; R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1341*, in ID., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, F. GALGANO (a cura di), Bologna, 1970, pp. 242 ss.; *Contra* A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., pp. 6 ss.

⁶⁴ Norma che è stata identificata come riprova della tendenza all'oggettivazione dello scambio e del contratto. Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 57 ss., spec. p. 61; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005, pp. 69 ss.

⁶⁵ Per un approfondimento in materia di contratto unilateralmente predisposto si vedano M. MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

⁶⁶ Cfr. A. BREGOLI, *op. cit.*, pp. 140 ss.

un'attività d'impresa ad opera di un soggetto non professionista, benché la legge non precluda formalmente tale possibilità⁶⁷.

In tale prospettiva, è stato anche osservato che la costituzione di un'apposita normativa a favore dei contratti di impresa troverebbe riscontro finanche nella legislazione speciale⁶⁸ di matrice prettamente comunitaria che, intrisa di ideali mercantili, è stata elevata a fattore propulsivo di una nuova *lex mercatoria*⁶⁹. A titolo esemplificativo, si vedano la Legge 10 ottobre 1990, n. 287 Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, la Legge 18 giugno 1998, n. 192 Disciplina della

⁶⁷ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 160; ID., *I contratti d'impresa*, cit., p. 73 s., ove si osserva che la contrattazione di impresa presenta peculiarità che la differenziano dal più generico esercizio dell'autonomia negoziale; P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, cit., pp. 44 ss.; G. CAPO, *op. cit.*, spec. p. 172; L. NONNE, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, cit., pp. 211 ss.; F. DELFINI, *Sinallagma e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Mario Buon cristiano*, Napoli, 2002, pp. 307 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 18 s. e 22; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, pp. 15 ss.; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., pp. 322 ss.; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economica*, cit., pp. 665 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 58, 91 ss. e 118 ss.; ID., *I contratti d'impresa*, cit., spec. pp. 19 - 25; P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, cit., pp. 33 - 53; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., pp. 1258 ss.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., p. 316 s. e 324; S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. e Contr.*, fasc. 5, 2010, pp. 326 ss.

⁶⁹ Tale impulso è stato anche definito come nuova stagione dei contratti di impresa la quale, attraverso la diffusione di usi mercantili quale fonte normativa (fenomeno di c.d. decodificazione), ha dato vita sia a discipline di carattere generale applicabili a tutte le imprese, che a nuovi schemi contrattuali prima d'ora totalmente atipici, quali, ad esempio, il *factoring*, il *franchising*, il *leasing* e il *lease back*. Si v. G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., pp. 981 ss.; L. NONNE, *op. cit.*, p. 29; M. CASANOVA, *op. cit.*, pp. 518 ss.; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, pp. 489 ss.; N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, ID., I. MUSU (a cura di), Roma-Bari, 2000, spec. p. 31; L. NONNE, *op. cit.*, p. 61 s.; U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005, pp. 10 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto. Il contratto al posto della legge*, Bologna, 2009, spec. pp. 13 - 76; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, pp. 9 ss. e 248 ss.; ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 2, 2005, pp. 509- 521; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 23 ss.; A. DI MAJO, *Codice civile e globalizzazione*, in *I valori della convenienza civile e i codici dell'Italia unita*, P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2014, pp. 235 ss.; E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 519 ss. In senso contrario si veda N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 1999, pp. 1 - 29; ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit.; ID., *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006; A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 143; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 206 s.; G. CAPO, *op. cit.*, p. 8; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 2005, p. 34; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 82; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, pp. 2 ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 19 s.

subfornitura nelle attività produttive⁷⁰, il D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 che ha introdotto il Codice delle assicurazioni private, il D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 per mezzo del quale è stato introdotto il Testo Unico Bancario e il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sul Testo Unico della Finanza.

Così, sulla base di tali considerazioni *a contrariis* dalle quali emergerebbe l'oggettiva riferibilità del contratto all'impresa, si è ritenuto che il legislatore abbia riservato degli accorgimenti a favore della realtà imprenditoriale, consacrando implicitamente la categoria dei c.d. contratti di impresa⁷¹.

Altra parte della dottrina⁷² ha invece rilevato come con l'unificazione della materia civile e commerciale avvenuta con l'introduzione del Codice civile del 1942, ogni questione concernente la specialità ed eccezionalità del diritto commerciale è venuta meno, dal momento che i principi cardine caratterizzanti tale ramo del diritto sono stati estesi a tutta la materia delle obbligazioni e dei contratti in generale⁷³. A riprova di ciò, a titolo esemplificativo, si è ritenuto che l'art. 1330 c.c. non

⁷⁰ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. 15 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss., ove si osserva che la previsione di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 ha sollecitato numerose riflessioni ed interrogativi circa l'avvenuta introduzione di una disciplina comune riservata ai contratti tra imprese.

⁷¹ Per un approfondimento si v. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 57 s.; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»*, cit., spec. pp. 292 - 299; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 157 - 171; A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., pp. 13 ss.; M. GRILLO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 1999, pp. 58 - 64; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economica*, cit., p. 652, ove si afferma che, per i giuristi, l'impresa costituirebbe uno strumento concettuale classificatorio; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 12, il quale osserva che, benché l'antico particolarismo del diritto commerciale sia venuto meno con l'unificazione della materia civile e commerciale, si può comunque continuare a ritenere che lo stesso sia dotato di una propria "autonomia scientifica".

⁷² A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»*, cit., 305; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 50 ss. spec. p. 56; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 81c ss., secondo cui la conclusione negativa in tema di riconoscibilità dell'autonoma categoria giuridica dei contratti di impresa è inevitabile posto che le norme del Codice civile destinate a disciplinare l'attività di impresa, o comunque a questa strettamente connesse, costituiscono indici insufficienti in ragione della loro esiguità e sporadicità; G. CIAN, *Dall'antica bipartizione «contratti civili-contratti commerciali» all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., pp. 393 ss.; C. IBBA, «Generale» e «speciale» nel diritto dell'iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2010, pp. 473 - 500; G.B. FERRI, voce *Diritto commerciale*, cit., spec. p. 924, ove l'Autore osserva peraltro che l'autonomia può dirsi sussistente soltanto allorquando si stia trattando di un sistema, ossia di un complesso di norme costituito in conflitto con altre norme regolanti la stessa materia; fattispecie che, dunque, a fronte dell'unificazione non riguarda più il diritto commerciale, essendo stato quest'ultimo assorbito dalle norme del nuovo Codice; per un approfondimento si veda R. BRACCO, *op. cit.*, p. 83 s.

⁷³ Si rinvia a R. BRACCO, *op. cit.*, spec. p. 21 e 61, ove l'Autore osserva che taluni giuristi asseriscono che la riforma del 1942 avrebbe decretato la definitiva carenza di autonomia del diritto commerciale ed il conseguente venir meno della scienza del diritto commerciale, essendo venuto meno il criterio soggettivo che individuava il commercio nel fatto del mercante.

rappresenterebbe una norma di favore dell'impresa, giacché difetterebbe di una *ratio* di sistema unitaria⁷⁴. Anche gli artt. 1341 e 1342 c.c. non sono andati esenti da critiche. È stato difatti affermato che la mancanza di ogni riferimento espresso ed univoco all'impresa o alla figura dell'imprenditore escluderebbe automaticamente l'ipotesi dogmatica della previsione di una serie specifica di norme riservate alla categoria dei c.d. contratti di impresa⁷⁵. In altre parole, ogni riferimento alla nozione di "contratti di impresa" godrebbe di un valore meramente descrittivo e non normativo, dal momento che le norme in parola, dal punto di vista strutturale, non presentano un collegamento diretto con l'impresa.

Non si può però negare che l'evoluzione normativa e il processo economico della globalizzazione hanno nel tempo determinato l'insorgere di nuovi modelli contrattuali, soprattutto atipici⁷⁶, dando vita ad una sorta di nuova *lex mercatoria* caratterizzata da

⁷⁴ L. NONNE, *op. cit.*, spec. p. 56, in quale ha osservato che, ai sensi dell'art. 1330 c.c., in caso di decesso o sopravvenuta incapacità dell'imprenditore, meritevole di tutela non è solo colui che è stato colpito da tale evento infausto, ma anche il destinatario della relativa proposta e dell'accettazione, indipendentemente dalla sua qualifica di imprenditore o di consumatore.

⁷⁵ In tal senso v. L. NONNE, *op. cit.*, p. 58 s., il quale osserva che "le disposizioni che il legislatore unificante ha voluto connettere, esclusivamente o tipicamente, con l'attività di impresa nel Codice civile non appaiono in grado, da sole, di esplicitare sotto il profilo sistematico una valenza ordinante né possono costituire il substrato di diritto positivo di una teoria (o categoria) dei contratti di impresa; V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 114 ss.: secondo l'Autore, da un lato, la contrattazione standardizzata non rappresenterebbe un indicatore della sussistenza della specifica categoria dei contratti di impresa e, dall'altro, le condizioni generali di contratto non integrerebbero un particolare tipo contrattuale ma esclusivamente una peculiare modalità di conclusione dei contratti applicabile a più e diversificati affari negoziali; si veda anche R. BRACCO, *op. cit.*, pp. 80 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, cit., spec. p. 79 s. e 168 ss.

⁷⁶ Parte della dottrina ha rinvenuto nell'art. 41 della Costituzione il fondamento e la possibile giustificazione normativa per la creazione di nuovi contratti (ci si riferisce, ad esempio, ai contratti di *franchising*, *leasing* e *factoring*). In tal senso si v. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., spec. p. 122; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 379 ss.; R. NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 15 ss. Va altresì osservato che con il superamento del diritto privato generale e con l'evolversi del diritto comune dei contratti, è stata abbandonata l'originaria visione unitaria, dando luogo ai c.d. diritti secondi, da intendersi come "aggregazioni per materia caratterizzate o dalla creazione di istituti nuovi o dal volgimento di istituti generali a obiettivi specifici di social engineering". L'avvento di leggi decodificanti ha dato luogo all'istituzione di una pluralità di microsistemi normativi, diversificati tra loro in ragione dello *status* attribuito alle parti coinvolte nel negozio giuridico. A tal proposito, parte della dottrina ha infatti osservato che il rapporto tra disciplina codicistica e settoriale si è invertito, attribuendo a quest'ultima la veste di parte generale, integrata dalle norme di settore (cfr. A. PISU, *op. cit.*, p. 82 s.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 16 - 22: l'Autore osserva, infatti, come l'allontanamento dal modello codicistico rischia di condurre alla frammentazione del sistema in più paradigmi generali). Resta comunque inteso che tale settorializzazione non deve essere interpretata come rigida e consolidata classificazione, escludente ogni intersecazione e convergenza tra le suddette diversificate discipline, ma anzi come strumento di dettagliata regolamentazione; osserva altresì che, a fronte della disarticolazione sempre più evidente del sistema, per identificare la disciplina applicabile al singolo contratto non si può prescindere dalla considerazione dei soggetti coinvolti, dei relativi interessi, dal contenuto e dalle modalità di produzione degli effetti. In tal senso si veda A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 148; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma*

usi commerciali e innovative pratiche negoziali⁷⁷. Ciò, comunque, senza aver istituito una vera e propria categoria giuridica a sé stante⁷⁸.

genetico e sinallagma funzionale, cit., pp. 12 ss., il quale osserva che il ritorno agli *status* deve essere inteso in senso meramente descrittivo e non tecnico, giacché le singole categorie di contraenti (es. consumatore o imprenditore) non sono tese a rappresentare l'appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività, ma solo ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo o l'atto d'impresa; A. CICU, *Il concetto di "status"*, in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1965, pp. 181 ss.

⁷⁷ L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 18 s. e 22; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., p. 1251; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, cit., p. 872; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit. pp. 132 ss. In una prospettiva comparatistica, il dibattito circa la menzionata bipartizione del diritto ha trovato ampio campo nell'ordinamento tedesco ove parte della dottrina ha invocato la costruzione di un diritto privato dell'impresa (c.d. *Unternehmensprivatrecht*) ponendo l'accento sul profilo soggettivo della figura dell'imprenditore (c.d. *Untermehmer*) e altra parte ha invece negato l'autonomia concettuale del diritto d'impresa, risolvendo il rapporto tra diritto civile e commerciale in senso unitario; per un approfondimento si rinvia a L. NONNE, *op. cit.*, pp. 30 - 37; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, cit., pp. 870 ss.; A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 21 s.; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., pp. 160 - 163.

⁷⁸ Nell'alveo dei contratti di impresa parrebbe sussistere il corollario per cui gli atti di autonomia privata dovrebbero essere positivamente volti a concretizzare una specifica funzione economico-sociale, allo scopo di conciliare i singoli negozi conclusi nell'esercizio dell'attività commerciale con i principi e i valori fondanti l'ordinamento giuridico (M. NUZZO, *op. cit.*, spec. p. 33. In tema di rapporto tra interesse privato e interesse pubblico, si rinvia a: E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 61 - 83; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Il regolamento*, G. VETTORI (a cura di), *Trattato del Contratto*, V. ROPPO (a cura di), II^a ed., Milano, 2006, pp. 97 ss.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 14 s. e 27 ss., il quale osserva che l'elemento causale, nella pratica, non si identifica con lo scopo del contratto, bensì nella funzione economico-sociale idonea a giustificare la tutela dell'autonomia privata ovverosia nell'utilità sociale del singolo negozio; E. NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, in *Rules and Principles in European Contract Law*, J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), Cambridge, 2015, pp. 135 - 150; M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), Roma-Bari, 2008, p. 277 s.; ID., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, fasc. 2, 2009, pp. 273 - 289). Ciò nonostante, la dottrina maggioritaria sostiene che la tesi della funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata debba essere disattesa dal momento che l'esercizio dell'attività di impresa e della connessa iniziativa economica privata non si estrinseca nell'esclusivo interesse del titolare, ma anzi si esplica al fine di soddisfare anche un altrui e più generale interesse riferibile alla collettività. Inoltre, non si può sottovalutare il fatto che l'impiego della causa quale strumento di controllo dell'autonomia negoziale delle parti cela una problematica di particolare rilievo, dal momento che assegnare al requisito strutturale della causa la funzione di strumento di controllo sulla validità del negozio concluso equivale ad attribuire all'autorità giudiziaria un ampio margine di discrezionalità, con effetti incontrollabili ed imprevedibili sull'intero assetto di interessi delineato dalle parti (P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 212, il quale osserva che il rischio è che il giudizio circa la sussistenza del requisito strutturale della causa assorba il "giudizio di valore" dell'intero regolamento negoziale; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 2, 1986, p. 262 s.). Per un approfondimento sull'elemento della causa del contratto si rinvia a E. BETTI, *op. cit.*, pp. 169 - 191; ID., *Una teoria del negozio giuridico*, in *Il diritto privato nella società moderna*, S. RODOTÀ (a cura di), Bologna, 1971, pp. 263 - 274; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, spec. p. 211 e 215; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., pp. 1529 ss.; M. GRONDONA, *op. cit.*, pp. 171 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, pp. 167 - 177 e 184 - 189; E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325*, Milano, 2013, spec. p. 45 s. e 61. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust.*

1.4 Il rapporto ambivalente tra il contratto di impresa e la libertà di concorrenza nel mercato: tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità sociale

Come visto, l'espressione "contratto di impresa" evidenzia la necessaria partecipazione della figura dell'imprenditore all'operazione economica, oltre che l'importanza che il contratto riveste nel mercato quale tipico strumento attraverso cui si esplica e realizza l'attività di impresa⁷⁹. Strumento che, secondo la concezione ideale, è finalizzato al perseguimento dell'efficienza dello scambio attraverso la massimizzazione del surplus contrattuale, assicurando uno scambio proficuo e un livello efficiente di investimenti all'interno del mercato di riferimento⁸⁰.

Il mercato⁸¹, invece, costituisce il luogo nel quale il contratto di impresa può trovare piena esplicazione, ossia lo spazio ideale di incontro tra l'offerta e la domanda ove è consentito alle imprese assumere obbligazioni e trasferire diritti a terzi⁸² nel rispetto della libera concorrenza, nonché dove si generano scambi destinati ad essere regolamentati sia dalle norme imposte dal legislatore, sia dalle regole dettate dai singoli operatori del mercato nell'esercizio della relativa autonomia privata⁸³.

civ. Mass., 2006, 5; Cass. Civ., 12 novembre 2009, n. 23941, *ivi*, 2009, 11, 1582; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., spec. pp. 916 - 919.

⁷⁹ F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., p. 1517; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa*, cit. p. 293; è stato infatti affermato che l'impresa vive di contratti; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 379 - 391.

⁸⁰ Cfr. G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 15; A. GEMMA, *Abuse of economic dependence between competition and contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 2, pp. 357 - 399.

⁸¹ A tal riguardo, è utile richiamare la dottrina che ha, infatti, osservato che la circostanza che si eserciti il mercato, inteso quale luogo di contrattazione e di incontro delle volontà negoziali, non implica l'assoggettamento dell'autonomia privata agli interessi propri del mercato che, peraltro, non trovano espresso riconoscimento nell'ordinamento; cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, pp. 11 s.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, in *Riv. soc.*, fasc. 6, 1998, p. 1540, il quale si rifà a quanto affermato da Natalino Orti nell'opera *L'ordine giuridico del mercato* secondo cui il mercato non è un *locus naturalis*, ma un *locus artificialis*, ossia un sistema di relazioni governato dal diritto, un nucleo di norme che regolano la produzione e lo scambio dei beni; G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2005, pp. 123 ss.; G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 12 s.; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 789 - 833; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 382; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss., il quale osserva che è la struttura del mercato a determinare i comportamenti degli operatori economici e il contenuto degli accordi contrattuali.

⁸² M. ONORATO, *op. cit.*, p. 189 s.

⁸³ In tal senso, il mercato può essere anche inteso come luogo normativo, composto da un insieme di regole e principi giuridici diretti a disciplinare le relazioni economico-commerciali tra le imprese. In particolare, gli usi del commercio internazionale e le prassi contrattuali uniformi sono stati qualificati in

Il quesito che è utile porsi è se è il contratto che fa il mercato o se, viceversa, è il mercato che fa il contratto⁸⁴.

Va innanzitutto osservato che in una prospettiva dinamico-relazionale l'impresa⁸⁵, oltre a costituire un valore e uno strumento di crescita economica⁸⁶, rappresenta il punto di incontro tra il contratto⁸⁷, inteso come manifestazione della libertà negoziale delle imprese, e il mercato, quale luogo di elezione dell'agire d'impresa.

Tra l'autonomia privata d'impresa, il contratto e il mercato intercorre perciò una stretta e complessa interconnessione caratterizzata da una sorta di circolarità e reciprocità⁸⁸: da un lato, l'impresa si avvale del contratto come strumento di strategia

dottrina come meccanismi di *enforcement* posti a tutela degli interessi imprenditoriali nell'ambito delle negoziazioni internazionali; cfr. A. GUARNIERI, voce *Usi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 403 - 413; A. PAVONE LA ROSA, voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 513 ss.; F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., p. 315 s.; P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, cit., spec. p. 39.

⁸⁴ Di questo avviso V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 381 ss.; G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, vol. VII: Vario diritto, Padova, 2005, pp. 193 ss.; C. GUERRERI, *I Contratti di impresa. Uno strumento tra azienda e mercato. Funzioni, struttura, tecniche di redazione e casi*, Milano, 1995; G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale. Problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., p. 57 - 72; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 415; ID., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2004, pp. 787 - 823, il quale osserva come le discipline del contratto e del mercato sono indissolubili e si pongono in una relazione reciproca di interdipendenza in forza della quale, da un lato, è la contrattazione in generale a creare il mercato e, dall'altro, è il mercato a rendere possibile l'esercizio dell'autonomia privata degli operatori economici.

⁸⁵ V. BUONOCORE, voce *Impresa*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. I, 2007, p. 763; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, cit., pp. 649 ss.; G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, cit., pp. 263 - 321.

⁸⁶ Cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 379 ss.; ID., voce *Impresa*, cit., p. 763; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte seconda, cit., pp. 39 ss.; G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Scritti giuridici*, vol. VI: Principi e problemi del diritto privato, Padova, 2000, p. 147; ID., *L'iniziativa economica*, cit., pp. 24 ss., il quale precisa che l'attività di iniziativa economica ricomprende tanto l'attività di impresa, quanto le altre attività *latu sensu* economiche (es. il lavoro autonomo e le professioni intellettuali); ne consegue che, benché generalmente la libertà dell'iniziativa economica costituisca l'oggetto dell'attività d'impresa, quest'ultima non esaurisce la libertà di iniziativa economica. In altre parole, l'esercizio di qualsivoglia attività economica non può automaticamente considerarsi sinonimo di attività di impresa. Si veda anche G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., pp. 981 ss. Di diverso avviso F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 1, 1997, pp. 1 - 24, secondo cui parte dello statuto imprenditoriale è destinato a trovare applicazione anche per altre forme di esercizio di un'attività economica organizzata che operano sul mercato, non costituenti un'impresa, come nell'ipotesi di esercizio delle professioni intellettuali.

⁸⁷ Per un approfondimento si vedano A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006.

⁸⁸ Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., pp. 16 - 55; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, cit., p. 5 s. Si veda anche ID., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit. pp. 67 ss.; R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, cit., pp. 159 - 174; G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 3 s.; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 381 s. e 386; per un approfondimento si veda anche R.A. POSNER, *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 U. Chi. L. Rev. 281 (1979). A riprova di quanto osservato, si consideri il teorema di Coase, posto a fondamento dell'idea classica

aziendale⁸⁹ per operare sul mercato e interagire con i terzi, dando piena esplicazione alla libertà di iniziativa economica e di autonomia imprenditoriale e, dall'altro, affinché possa parlarsi di mercato è indispensabile che due o più soggetti si relazionino tra di loro generando scambi economici regolamentati dai contratti di impresa.

Un limite a tale relazione emerge però se si osserva che, da un lato, la tutela della libertà di concorrenza non si identifica necessariamente con la libertà di concorrere nel mercato e che, dall'altro, la tutela della concorrenza sacrifica proprio tale libertà⁹⁰. Difatti, indipendentemente dalla qualificazione giuridica attribuibile a tale ambivalente rapporto, va rilevato che, in virtù del principio generale consacrato all'art. 41 Cost., gli interessi individuali sono destinati a cedere innanzi alla necessità di accordare protezione all'interesse generale dell'utilità sociale, al quale è strettamente connesso quello della libera concorrenza⁹¹. L'utilità sociale costituisce invero il principale limite

secondo cui, in condizioni ideali ossia in assenza di costi di transazione o di negoziazione, il legame tra concorrenza e libertà negoziale rimane ben saldo, con la conseguenza che lo strumento della contrattazione rappresenta il mezzo più efficiente ed efficace per la corretta allocazione e ripartizione delle risorse economiche; di qui l'esigenza di utilizzare tale teoria economica per esaminare il ruolo dell'impresa nel mercato (R.H. COASE, *The problem of social cost*, University of Virginia, in *The Journal of Law Economics* by The University of Chicago, III, (1960), pp. 1 ss., ove il premio Nobel per l'economia Ronald Coase sostiene la superiorità della contrattazione tra gli operatori del mercato rispetto all'intervento statale, allorché i diritti di proprietà siano ben definiti e non esistano costi di negoziazione e di transazione tra gli agenti economici). In altre parole, secondo il teorema di Coase, allorché i contraenti sono liberi di contrattare, questi saranno in grado di raggiungere la più efficiente ed utile allocazione delle risorse, garantendo così anche il massimo benessere della collettività e scongiurando i c.d. costi di transazione (cfr. D. CORAPI, R. TORINO, *op. cit.*, p. 28 s.; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 37).

⁸⁹ Osservando tale fenomeno dalla prospettiva dell'economia del diritto, si evince come il giurista sia chiamato ad osservare l'impiego e gli effetti prodotti dagli strumenti giuridici, con specifico riferimento alla loro attitudine al raggiungimento di risultati economici. Di qui, l'esigenza di vagliare il contratto e, più in generale, la funzione del diritto come mezzo sia di auto programmazione che di etero programmazione dell'attività economica; cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., spec. p. 380 s.

⁹⁰ Tale rapporto può altresì essere definito come una c.d. democrazia economica dell'economia di mercato, nell'ambito della quale taluno vince e qualcun altro perde. Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 28 s.; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 3, 2021, p. 896.

⁹¹ In una prospettiva di garanzia della libertà di concorrenza, la causa assume particolare rilievo allorché i contratti di impresa abbiano ad oggetto o come effetto la limitazione della competizione nel mercato. In tale circostanza, il contratto non viene enfatizzato nella sua dimensione di autoregolamento di interessi, ma si identifica come fatto idoneo ad incidere sulle condizioni ottimali di concorrenza (G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, cit., spec. p. 59; M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., pp. 89 ss.; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Roma-Bari, 2000, pp. 59 – 69). Ne deriva che, nell'ottica di protezione della condizione ideale di concorrenza, il contratto o la singola clausola può definirsi illecita in ragione della contrarietà della causa a norme imperative o di ordine pubblico ex art. 1343 c.c., a seconda degli effetti restrittivi della concorrenza prodotti dall'accordo ed indipendentemente dal tipo contrattuale cui afferiscono (Il tema della contrarietà delle clausole contrattuali alle norme imperative di legge è affrontato da G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme*

al libero esercizio dell'iniziativa economica, finalizzato alla conservazione di un sistema economico nel quale vengono assicurate e conservate le condizioni ideali per la consolidazione e lo sviluppo della piena e libera concorrenza.

Ma come si concilia il limite dell'utilità sociale con la riconosciuta libertà di iniziativa economica?

Prima di tutto, bisogna accertare se il valore dell'utilità sociale può rappresentare un valido criterio di apprezzamento della meritevolezza della singola attività imprenditoriale e della conseguente attività di contrattazione o se, invece, costituisce un mero e intrinseco limite dell'iniziativa economica privata⁹².

In dottrina è stato osservato che il valore dell'utilità sociale costituisce un vero e proprio limite dell'iniziativa economica, ma al contempo si eleva a parametro di misurazione della meritevolezza dell'attività contrattuale dell'impresa⁹³.

Pertanto, se da un lato l'autonomia privata e il conseguente esercizio dell'attività d'impresa non possono dirsi funzionali alla garanzia dell'utilità sociale, dall'altro quest'ultimo valore costituisce un vero e proprio limite di ordine pubblico economico a

imperative, Riv. crit. dir. priv., 1985, pp. 435 - 453, nel quale l'Autore cerca di indagare sulla "ragione della nullità", ossia se il contrasto alle norme imperative comporta l'illiceità della causa o meno e, dunque, la nullità del contratto; ciò in quanto, se vi è illiceità della causa il contratto è nullo ex art. 1418, ii) comma c.c. (c.d. nullità strutturale), mentre se non vi è, la nullità (c.d. virtuale) del contratto potrà accertarsi a fronte di un'operazione ermeneutica. Cfr. anche M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 63 ss.; E. GABRIELLI, *Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale*, in Riv. dir. priv., fasc. 2, 2016, pp. 209 - 218; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»*, in Riv. dir. priv., 2005, p. 286 s.; C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, I - II, Milano, 2001, p. 103 s.; A. BALDASSARI, *I contratti nuovi nella legislazione speciale italiana*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Torino, 2004, p. 344 s.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, spec. pp. 25 ss., ove in una prospettiva storica, si osserva che il codice del 1865, se da un lato menzionava l'illiceità della causa, dall'altro non conteneva una norma dedicata al contratto in generale contrario a norme imperative, poste a protezione di interessi pubblici e generali; viceversa, il codice del 1942 all'art. 1418 c.c. racchiude entrambe le figure di illiceità; si rinvia anche alle pp. 87 ss. del medesimo contributo, ove si indaga sul contenuto giuridico dell'indeterminato concetto di "norma imperativa").

⁹² M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 26 ss.; E. BETTI, *op. cit.*, pp. 76 ss.; G. CRESCI, *La disciplina giuridica del mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 1999, spec. p. 386 s., ove l'Autore, condividendo l'opinione già espressa da Giorgio Oppo, definisce come "strabismo costituzionale" la tendenza dell'art. 41 Cost. a conciliare la tutela della concorrenza e del mercato con la salvaguardia del diritto di iniziativa economica (si v. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., pp. 33 ss.).

⁹³ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte seconda, cit., spec. p. 91; V. BUONOCORE, voce *Impresa*, cit., p. 763; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 176; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 70.

tale libertà⁹⁴. Ne deriva che tale vincolo non deve essere inteso come prescrizione di specifici obblighi o doveri gravanti in capo ai singoli operatori economici, bensì come onere di esercizio di un'attività economica - per così dire - di interesse generale o collettivo, finalizzata a risultati utili e di rilevanza sociale⁹⁵.

A ciò si aggiunga che il contratto di impresa può dirsi meritevole di tutela in quanto conforme all'ordinamento giuridico allorché sia fedele alle prescrizioni di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost., ovverosia quando non si ponga in contrasto con i valori sovraordinati ivi tutelati⁹⁶. Tale impostazione è però alquanto riduttiva poiché non tiene conto della rilevanza economico-sociale dell'attività economica complessivamente svolta dalla singola impresa. Motivo per cui, nell'ottica di un proficuo ed efficiente apprezzamento della rilevanza economico-sociale delle attività secondo il parametro dell'utilità sociale, le valutazioni concernenti la meritevolezza non devono riguardare il singolo contratto negoziato dall'imprenditore, ma devono coinvolgere la complessiva attività d'impresa svolta, nell'ambito della quale si collocano i singoli negozi.

Concluse le brevi riflessioni circa i limiti ed i parametri a cui deve conformarsi l'esercizio dell'attività contrattuale di impresa, è necessario soffermarsi sul rapporto intercorrente tra tale attività e la libertà di concorrenza⁹⁷ la quale, a sua volta, rappresenta un corollario della più ampia libertà di iniziativa economica.

⁹⁴ Cfr. A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza*, in *Scritti giuridici*, ID. (a cura di), Padova, 1991, pp. 161 ss.; V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, pp. 166 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., pp. 69 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, spec. p. 42; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economica*, cit., pp. 653 ss.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., pp. 1553 ss., il quale osserva che il precetto costituzionale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. non costituisce un fine ma un limite all'esercizio dell'attività economica, con la conseguenza che è la libera competizione in sé che realizza il massimo di utilità sociale.

⁹⁵ In tal senso si vedano M. NUZZO, *op. cit.*, p. 38; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., pp. 41 - 44, il quale osserva che la libertà di concorrenza è valore implicito nella libertà di iniziativa, in quanto libertà di tutti, sia verso lo Stato che tra gli operatori economici del mercato.

⁹⁶ A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit., pp. 161 - 167; L. SAMBUCCI, *op. cit.*, p. 173 s.; G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, cit., spec. p. 507; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 1999, pp. 7 - 10; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁷ È utile e anzi necessario precisare che il rapporto di interconnessione tra impresa, contratto e mercato, di cui si è fin qui detto, deve essere ben distinto dal rapporto sussistente tra il mercato e la concorrenza, tra i quali, viceversa, non intercorre un nesso di reciprocità. Ciò in quanto, da un lato, il mercato è tale anche in assenza di una condizione di perfetta competizione e, dall'altro, la concorrenza non può sussistere in mancanza di un mercato ove poter trovare esplicazione; cfr. M. ONORATO, *op. cit.*, p. 189; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, I ed., Roma-Bari, 2006, spec. p. 76 s., ove si afferma che,

Il rapporto tra il contratto di impresa e il diritto della concorrenza ha avuto scarsa rilevanza giuridica sino all'introduzione della normativa *antitrust*⁹⁸ con la Legge n. 287/1990, la quale, a differenza dall'approccio adottato dal Codice civile nell'ottica di protezione dell'intera struttura concorrenziale di mercato, si preoccupa sia di mantenere le condizioni oggettive favorevoli allo sviluppo di una concorrenza effettiva, sia di garantire la libertà di concorrenza nella sua proiezione soggettiva di diritto individuale⁹⁹. Il merito principale del diritto *antitrust* è, perciò, quello di costituire un utile strumento per colmare i vuoti normativi di tutela lasciati dal diritto civile.

Circa il fondamento costituzionale di tale legislazione speciale è stato possibile rinvenire nell'art. 41, *ii*) comma Cost. anche il caposaldo della normativa *antitrust* e, più precisamente, del limite all'esercizio dell'iniziativa economica privata rappresentato dall'utilità sociale sulla base dell'assunto per cui l'interesse a che la concorrenza nel mercato sia libera ed efficiente può altrettanto dirsi di utilità sociale¹⁰⁰.

benché nella concezione moderna si ritiene che il mercato non possa esistere in assenza di concorrenza, i beni della concorrenza e del mercato costituiscono fenomeni distinti. Invero, posto che la concorrenza costituisce una delle varie forme di mercato astrattamente configurabili, la sussistenza di un mercato libero e competitivo costituisce il risultato di una mera scelta di politica economica.

⁹⁸ A tal riguardo, l'AGCM ha ritenuto opportuno differenziare le norme poste a tutela della concorrenza e quelle finalizzate ad assicurare la protezione degli operatori economici più deboli partecipanti al mercato, giacché le prime costituiscono disposizioni generali volte a tutelare il processo concorrenziale, mentre le seconde sono destinate ad incidere sul singolo rapporto contrattuale, indipendentemente dell'impatto che tale rapporto possa avere sull'operatività del meccanismo concorrenziale all'interno del mercato rilevante (cfr. G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 12).

⁹⁹ G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 21 s., il quale osserva che il divieto di intese restrittive, oggetto della normativa *antitrust*, non può essere limitato alle sole fattispecie capaci di soddisfare tutti i requisiti di cui all'art. 1325 c.c., ovvero solo allorché l'intesa traduca in un vero e proprio contratto tra imprese, ma tale divieto deve invece necessariamente estendersi a qualsiasi atto consapevole e volontario, che sia espressione dell'autonomia privata di due o più imprese (sia che queste svolgano attività concorrenti, che solo complementari) e che sia idoneo a incidere negativamente ed indirettamente sulle condizioni di concorrenza del mercato a discapito di terze attività. Per un approfondimento si rinvia a L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della legge 287 del 1990*, fasc. 1/2, in *Riv. dir. comm.*, 1995, pp. 55 - 164; A. PERA, *op. cit.*, pp. 36 - 57; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa*, cit., pp. 90 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 62 ss.; M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (diretto da), Milano, 2007, p. 231 s.; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Tratt. contr.*, V. ROPPO (a cura di), VI, Milano, 2006, pp. 633 ss.; ID., *L'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 40, ove tra le finalità della normativa *antitrust* vi ricomprende quelle di mantenimento della pluralità di operatori economici, di protezione del sistema democratico di mercato, di limitazione del trasferimento di ricchezza a favore di operatori economici che godano di posizioni di predominio nel mercato e di preservazione del benessere collettivo.

¹⁰⁰ Cfr. F. GALGANO, *sub art. 41 Cost.*, in *Rapporti economici*, cit., spec. p. 11, ove si osserva che il principio della libera concorrenza costituisce un valore posto a garanzia sia dell'eguale libertà di iniziativa economica privata, che della prosperità collettiva. Si vedano anche G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2012, pp. 509 - 533; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., pp. 1540 - 1564; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 16 ss.: l'Autore ha peraltro osservato che la libertà di iniziativa economica *ex art. 41*

Pertanto, il diritto *antitrust*, oltre ad assicurare la protezione di un mercato libero e competitivo, costituisce uno dei più efficaci mezzi per il perseguimento dell'utilità sociale e degli altri valori costituzionalmente garantiti nell'ambito della contrattazione bilateralmente commerciale¹⁰¹.

In questo senso, si può allora ritenere che l'autonomia contrattuale e la tutela del diritto alla competizione d'impresa integrano congiuntamente lo strumento di garanzia per la conservazione di una struttura di mercato aperta, indispensabile per il conseguimento di livelli di ottimale allocazione delle risorse e di efficiente innovazione¹⁰².

1.4.1 L'influenza e il ruolo della normativa *antitrust*

Da sempre il contratto riveste un ruolo predominante nella regolamentazione dei rapporti sociali e commerciali e ciò, negli ultimi decenni, anche grazie all'importante influenza innovativa di derivazione comunitaria.

La normativa contrattuale, tanto nel settore consumeristico quanto in quello dei contratti tra imprese, è stata oggetto di accurati interventi innovativi. Tra questi, si colloca la legislazione *antitrust*, volta a fondere la teoria classica del contratto con

Cost. costituisce una figura verticale, mentre la concorrenza una figura orizzontale, con la conseguenza che la prima indica la sfera di azione protetta dallo Stato e la seconda i rapporti tra imprese che danno concreta attuazione alla libertà di iniziativa economica. In giurisprudenza si veda Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in *Il Foro it.*, vol. 85, n. 4, pp. 605 - 612 e in *Giur. cost.*, 1962, pp. 73 ss., ove la Corte di legittimità ha affermato che gli artt. 41 e 42 della Costituzione, «mentre affermano in via di massima la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una ed all'altro siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva. L'esigenza del conseguimento di tali fini come giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale».

¹⁰¹ Si veda G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, I, Torino, 2001, spec. p. 13; G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit., pp. 509 - 533; N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., p. 1 - 29. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foto it.*, 2005, I, 1014, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, ove si osserva che la legge *antitrust* è attuativa dell'art. 41 Cost. posto che la libertà di concorrenza è valore implicita della libertà di iniziativa economica ivi garantita.

¹⁰² A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 479 - 494; G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 10.

nuove norme volte a regolamentare i comportamenti degli operatori economici ed i relativi effetti sul mercato¹⁰³.

Con il concetto di “*antitrust*” si può definire l’insieme di tutte quelle regole ed attività di vigilanza dirette ad impedire e reprimere comportamenti e strategie imprenditoriali in grado di generare posizioni di monopolio o accordi collusivi a danno dei consumatori, ovvero che impediscono l’ingresso o l’uscita dal mercato o che limitino l’esercizio dell’attività commerciale di imprese concorrenti o, comunque, che creino distorsioni alla libera concorrenza¹⁰⁴.

Va però osservato che la tutela della concorrenza, essendo volta a contrastare le alterazioni del mercato ed a garantire l’efficienza allocativa e l’equità distributiva¹⁰⁵, non costituisce lo scopo della sola disciplina *antitrust*, bensì rappresenta un principio caratterizzante l’intera materia dei rapporti commerciali¹⁰⁶.

Il bene giuridico della concorrenza incontra, tuttavia, un grosso limite: non costituisce un valore a sé stante sempre auspicabile, ma anzi va perseguita soltanto quando, a seguito della valutazione delle concrete condizioni di mercato, la stessa si dimostri uno strumento utile ed efficace per il raggiungimento del benessere della

¹⁰³ Si veda L. NONNE, *op. cit.*, p. 7 il quale osserva che il diritto civile deve essere osservato di una prospettiva microeconomica, mentre il diritto della concorrenza secondo una visione macroeconomica e che un raccordo tra i due complessi di norme può essere rinvenuto nella disciplina sull’abuso di dipendenza economica ex art. 9 Legge n. 192/198, avente natura ibrida tra i due menzionati settori; P. FABBIO, *Gli obiettivi del diritto antitrust comunitario nel dibattito recente*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II – Concorrenza e mercato, Milano, 2015, pp. 847 – 873.

¹⁰⁴ Si tratta di una disciplina che ha come destinatari non solo gli imprenditori, ma tutti gli operatori del mercato il cui operato è idoneo a falsare il gioco della concorrenza; si veda G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 60; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 401 s.: «la legge *Antitrust* non è la legge soltanto degli imprenditori, ma la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo»; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 104 s., secondo cui il legislatore, per mezzo della normativa *antitrust*, intende assicurare la più ampia libertà di scelta e di esplicazione dell’autonomia privata, anche di impresa, sin dalla fase di perfezionamento del negozio, assicurando la massima efficienza distributiva e allocativa, andando oltre alla tradizionale attività di prevenzione e repressione dei regimi di monopolio.

¹⁰⁵ Si veda F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell’autonomia privata*, Torino, 2012, pp. 42 ss.; F. ANGLANI, *op. cit.*, pp. 63 - 66; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 28; M. BIANCHINI, *La contrattazione d’impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte prima, cit., pp. 111 ss.; G. GRISI, *L’autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia*, cit., pp. 192 ss.; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, cit., p. 61 s.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, pp. 106 - 115.

¹⁰⁶ Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. pp. 3026; F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, vol. LVII, Padova, 2010, pp. 11 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, pp. 559 - 579.

collettività¹⁰⁷. Ne consegue che, indirettamente, il fine della normativa *antitrust* non è quello di assicurare protezione a tutte le forme di libertà economica, bensì solo a quelle che si manifestano nella realizzazione di atti negoziali e commerciali corretti, al di fuori di ogni intento commercialmente sleale¹⁰⁸.

In forza di tali presupposti, lo Stato italiano e l'Unione Europea hanno introdotto, nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, diversificati strumenti di protezione volti a prevenire, regolamentare e reprimere le disfunzioni di mercato conseguenti alle scelte imprenditoriali adottate in violazione delle prescrizioni *antitrust*.

La legislazione comunitaria ha adottato un approccio funzionale, valorizzando la visione del diritto come strumento di governo dell'economia e del mercato, mentre il legislatore nazionale ha optato per un metodo strutturale volto a potenziare il diritto come strumento di repressione e coazione dei comportamenti assunti in violazione delle regole disciplinanti l'autonomia contrattuale¹⁰⁹.

A livello nazionale, le norme poste a tutela della concorrenza si rinvengono, oltre che nell'art. 41 Cost., nell'art. 117, *ii*) comma lett. e) della Carta costituzionale, negli artt. 2595 - 2601 c.c. (acclusi nel Libro V, Titolo X, Capo I, Sezione I e II)¹¹⁰ e nella Legge n. 287/1990, di derivazione comunitaria, in materia di tutela della concorrenza e del mercato.

Gli artt. 2595 e seguenti c.c. introducono dei limiti legali e contrattuali alla concorrenza, disponendo che quest'ultima deve svolgersi nei limiti stabiliti dalla legge in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale, riconoscendo validità ai patti volti a limitare la concorrenza, a condizione che rispettino alcuni specifici requisiti

¹⁰⁷ Cfr. G. LUNGHINI, P.A. MORI, *Per una politica economica della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Roma-Bari, 2000, spec. p. 204 s.; L. NIVARRA, *op. cit.*, pp. 84 ss., il quale osserva che la concorrenza costituisce l'essenza del mercato, nonché un principio ispiratore degli scambi commerciali avente una propria logica interna, perseguibile soltanto allorché risulti una serie di presupposti artificialmente e accuratamente predisposti per mezzo di una politica attiva.

¹⁰⁸ F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Roma-Bari, 2000, p. 217 s. Per un approfondimento sul giudizio di "slealtà" di una pratica commerciale si veda G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «sleale» nella direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, pp. 725 - 770.

¹⁰⁹ A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., spec. p. 85 e 94, il quale osserva che il legislatore europeo, nel rispetto del principio di sussidiarietà, ha rimesso la scelta pratica ai legislatori nazionali in coerenza con i propri sistemi e regole interne di scambio.

¹¹⁰ Per un approfondimento sulla disciplina del Codice civile e la tutela degli interessi dell'economia nazionale si rinvia a G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in *La concorrenza e i consorzi*, cit., pp. 84 - 98.

di forma e di sostanza. Dalla lettura di tali disposizioni, si evince come il legislatore, nel rispetto del principio concorrenziale e in una prospettiva prettamente individuale-soggettiva, abbia inteso subordinare la volontà delle parti negoziali alla superiore volontà dell'ordinamento giuridico.

Con la Legge n. 287/1990¹¹¹, come modificata da ultimo dal decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, recante “Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio”, il legislatore ha definito le tre fattispecie vietate a tutela della concorrenza e del mercato (ovverosia le intese restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di posizione dominante¹¹² e le concentrazioni) ed ha istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹¹³ specificandone il relativo campo di intervento ed i poteri.

In particolare, l'art. 2 della legge in parola, salvo le deroghe di cui al successivo art. 4, sanziona con la nullità le intese, gli accordi e le pratiche concordate tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza, all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, attraverso plurime e diversificate attività come, per esempio, la fissazione diretta o indiretta di prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali, l'impedimento o la limitazione di sbocchi o accessi al mercato, agli investimenti, allo sviluppo tecnico o al progresso tecnologico ovvero l'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, tali da determinare ingiustificati svantaggi nella concorrenza¹¹⁴. Ancora, l'art. 3 della Legge n. 287/1990¹¹⁵

¹¹¹ A. VOLANTI, *op. cit.*, p. 40 s., ove l'Autore osserva che nella disciplina sulla concorrenza il legislatore utilizza la nozione di “impresa” come termine soggettivo di riferimento relativamente a plurime fattispecie e realtà imprenditoriali, utilizzando tale nozione come sinonimo del soggetto imprenditore e, dunque, non per riferirsi all'attività da quest'ultimo svolta.

¹¹² Si rinvia al successivo paragrafo 2.2.

¹¹³ Per mezzo dell'art. 9 in parola, all'Autorità antitrust è stato riservato il compito di disincentivare e reprimere le ipotesi di illeciti anticoncorrenziali concretizzatisi sotto forma di abuso di dipendenza economica, anche allorché manchi un abuso di posizione dominante. Per un approfondimento sul ruolo rivestito dall'AGCM si rinvia a C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I e II, Torino, 2010; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, VI ed., Milano, 2002, pp. 177 ss.; G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 60 s.; C. MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 3, 2016, pp. 549 - 559.

¹¹⁴ Cfr. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., pp. 97 ss.; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 394 s.; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 646; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 22; G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, pp. 67 ss. e pp. 86 - 99, ove l'autore osserva che la Comunità Europea ha adottato un approccio restrittivo anche delle intese verticali in quanto idonee ad ostacolare l'integrazione dei mercati, nell'ottica di protezione della libertà dei piccoli imprenditori, dei dettaglianti e dei distributori. In giurisprudenza si veda Cass.

vieta l'abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, giacché idoneo a pregiudicare la concorrenza tra imprese.

Spostando la disamina normativa a livello comunitario, è possibile osservare come nel tempo la disciplina del mercato è stata sempre più oggetto di legislazione anche ad opera della Comunità Europea, la quale, guidata da principi solidaristici, ha istituito una serie di strumenti protettivi a tutela degli operatori economici contrattualmente "deboli"¹¹⁶.

Sul piano europeo le norme poste a tutela della concorrenza sono compendiate principalmente nel TUE e TFUE.

L'art. 3, paragrafo 3 TUE enuncia, tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione Europea e i valori fondanti tale ordinamento, l'istituzione di un mercato interno basato su una crescita economica equilibrata e su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, volta alla piena occupazione e al progresso sociale.

Il successivo art. 101 TFUE¹¹⁷, invece, dispone l'incompatibilità con il mercato interno e sancisce la nullità di diritto di tutti gli accordi tra imprese, di tutte le decisioni di associazioni di imprese e di tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. L'art.

Civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 151 con nota di F. PARMIGGIANI, *Controllo e dominio nella disciplina antitrust e nella subfornitura* e in *Giur. it.*, 1999, 1223, con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 27 ss.

¹¹⁵ In particolare, la norma dispone che è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi. Cfr. M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Riv. ODC*, fasc. 3, 2018, pp. 1 - 22; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 395 s.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2000, p. 30 s.; F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Resp. civ. previd.*, fasc. 2, 1996, pp. 246 - 264, ove precisa che, in caso di violazione dell'art. 3 della legge *antitrust*, l'Autorità fissa un termine all'impresa abusante per la cessazione di un certo comportamento e l'eliminazione delle infrazioni rilevate: si tratta quindi a tutti gli effetti di una diffida avente contenuto condannatorio.

¹¹⁶ M. DE POLI, *op. cit.*, spec. p. 25 s.; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., pp. 1251 - 1273.

¹¹⁷ Per un approfondimento si vedano M. ONORATO, *op. cit.*, pp. 187 ss.; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Tratt. Ajani-Benacchio*, VII, *La concorrenza*, Torino, 2006, pp. 25 ss.; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Milano, 2011, pp. 99 ss.

102 TFUE¹¹⁸, ancora, dispone che, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, è incompatibile con il mercato interno e quindi vietato lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato o su una parte sostanziale di questo.

Dalla disamina di tali disposizioni emerge chiaramente come l'assetto comunitario si fonda sull'esigenza comune di rimozione delle disparità legislative esistenti tra gli Stati membri e delle possibili distorsioni della concorrenza tra imprese operanti nello Spazio Economico Europeo, avendo come primario interesse la realizzazione di uno spazio economico senza frontiere e barriere interne, nonché un mercato il più possibile libero, aperto e trasparente¹¹⁹. Dalle suddette norme si evince altresì che l'unica e diretta interessata a tali prescrizioni è l'impresa nel suo complesso, con particolare riguardo al suo operato ed alle scelte strategiche, con la conseguenza che ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust* sono irrilevanti i singoli atti negoziali isolati. Circostanza, quest'ultima, che giustifica l'imposizione oggettiva della normativa *antitrust* volta a disciplinare l'operato dell'impresa, ossia l'attività economica oggettivamente considerata alla luce della struttura concorrenziale esistente, nella prospettiva di garanzia della massima ed effettiva protezione del mercato e dell'ottimale funzionamento del sistema¹²⁰.

In conclusione, anche dalla disamina della disciplina di matrice europea emerge come il fine della normativa *antitrust* è quello di impedire la concorrenza dannosa¹²¹,

¹¹⁸ Il secondo paragrafo della norma in parola precisa che, le pratiche abusive della posizione dominante di mercato possono consistere nelle seguenti condotte: a) imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., spec. p. 395; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 669 s.

¹¹⁹ E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 61 - 84.

¹²⁰ Si veda V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., pp. 379 ss.; C. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 184 ss.

¹²¹ In ordine alle ripercussioni negative generate a livello sociale dalle condotte anticoncorrenziali, va innanzitutto osservato che il danno sociale costituisce una condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini dell'applicazione della legislazione *antitrust*. Ne consegue che in presenza di un danno in capo ad un soggetto privato, non può desumersi con certezza la sussistenza di un danno sociale, giacché, a tal fine, si rende necessario accertarne la sua estensione sul piano sociale. In secondo luogo, il danno sociale conseguente all'assunzione di condotte anticoncorrenziali da parte degli operatori di mercato riflette l'impossibilità per la collettività di beneficiare della concorrenza tra più fornitori e, dunque, di poter usufruire di prezzi più bassi e qualità più elevate; cfr. G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 1995, p. 1 - 21; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, spec. p. 63 e pp. 93 - 116, i cui Autori, nell'analizzare i principi posti alla

correggendo e sanzionando le condotte imprenditoriali anticoncorrenziali allo scopo di perseguire il benessere degli utenti finali, siano essi consumatori, che imprese concorrenti.

Di qui, il paradosso per cui “*la radice delle restrizioni alla libertà contrattuale va individuata nello stesso principio di libertà contrattuale*”¹²².

1.4.2 La disciplina giuridica della concorrenza: osservazioni critiche sulle disfunzioni del mercato perfettamente concorrenziale

La concorrenza è stata definita dalla dottrina giuridica come un valore da preservare e un obiettivo da realizzare, anche ove comporti un sacrificio o una compressione dell'autonomia privata¹²³. Il diritto *antitrust* non costituisce quindi un limite estrinseco al libero esercizio dell'iniziativa economica, bensì informa di sé l'esercizio di tale libertà, rendendolo coerente con il mercato¹²⁴, attraverso un'attività di contrasto e repressione dei più vari comportamenti anticoncorrenziali e condizionando l'esercizio dell'autonomia privata nell'intento di favorire l'interesse generale al concorso delle libere iniziative economiche¹²⁵.

Focalizzando l'attenzione sulla natura e sui caratteri della concorrenza, l'esegesi può essere condotta secondo due diverse prospettive.

La prima, definibile come “soggettiva”, se si considera che la libera concorrenza indica una prerogativa individuale disponibile da chiunque, da intendersi quale diritto del singolo a concorrere nel mercato e ad esercitare la propria libertà di iniziativa

base del risarcimento del danno, hanno osservato che tale diritto nei paesi di *civil law* europei si fonda su una logica compensatoria, come quella applicabile in caso di risarcibilità del danno derivante da un fatto illecito, e che la funzione sanzionatoria e deterrente è affidata ai pubblici poteri. Per una disamina dei metodi e delle tecniche per la valutazione e quantificazione del danno (ci si riferisce ai metodi: analitico, “*before and after*” e del “*benchmark*”) si rinvia alle pagine 119 - 180 del medesimo contributo.

¹²² Cfr. V. ROPPO, *Le restrizioni della libertà contrattuale*, cit., p. 320; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., pp. 33 ss.

¹²³ Per un approfondimento si veda L. AMOROSO, *Concorrenza*, in *Noviss. dig. it.*, fasc. 3, 1959, pp. 990 ss.; S. BASTIANON, *op. cit.*, spec. pp. 5 - 25; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, pp. 13 - 42; A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *op. cit.*, pp. 19 ss.; G. VIRGO, *Principles of the Law of Restitution*, II ed., Oxford, 2006.

¹²⁴ G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), Roma, 2008, pp. 75 ss.

¹²⁵ Sul tema B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., pp. 1540 ss.

economica¹²⁶. A parere di tale impostazione è proprio il riconoscimento giuridico dell'iniziativa economica come libertà individuale d'impresa a costituire il presupposto per la costituzione e lo sviluppo di un mercato concorrenziale.

La seconda, invece, qualificabile come "oggettiva", si fonda sulla concezione della concorrenza come bene pubblico e si traduce nell'interesse del singolo affinché il mercato in cui opera o intende operare mantenga una struttura aperta in forza della concorrenza effettiva¹²⁷.

Ora, in virtù dell'impostazione che il legislatore ha dato al Codice civile, la necessità di garantire un'espressa tutela della concorrenza è emersa in via marginale ed esclusivamente nella prospettiva che poc'anzi è stata definita come soggettiva, ovverosia con l'intento di assicurare la libertà di iniziativa economica privata, con precipuo riferimento ai rapporti tra imprese che versino in una relazione di concorrenza diretta, ossia di tipo orizzontale. Quasi del tutto ignorata è invece la questione concernente l'esistenza o meno di limiti all'esercizio della libertà negoziale nei rapporti tra imprese, tra le quali vi è una relazione di tipo verticale, nel cui ambito tale libertà si traduce nella previsione di clausole e patti destinati ad incidere e modificare le condizioni della libera competizione nei confronti di terze imprese¹²⁸. In altre parole, alla disciplina codicistica rimane del tutto estranea ogni considerazione circa la negativa incidenza che le clausole in grado di limitare la libertà di iniziativa economica e di generare uno squilibrio dei diritti ed obblighi tra le parti, possono ingenerare sulla libertà negoziale delle imprese terze operanti nel medesimo mercato di riferimento¹²⁹.

¹²⁶ G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 9.

¹²⁷ Si tratta della medesima prospettiva che caratterizza l'impostazione di cui alla L. n. 287/1990 sulle norme per la tutela della concorrenza e del mercato, anche nota come legislazione *antitrust*.

¹²⁸ Si considerino, a titolo esemplificativo, la previsione di diritti di esclusiva, patti di preferenza, clausole destinate ad instaurare un rapporto fidelizzante tra imprese, previsioni concernenti i quantitativi obbligatori di acquisto o di rendita, limitazioni all'esercizio del diritto di recesso o vincoli rispetto all'obbligo di rinnovo del contratto alla sua naturale scadenza. Significativo è il caso del contratto di somministrazione, ove la restrizione si traduca in un diritto di esclusiva a favore del somministrante, il quale impedisce alla controparte tanto di approvvigionarsi presso terzi, quanto di provvedere da sé al soddisfacimento dei propri bisogni che hanno condotto alla stipula del contratto (v. G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 19; ID., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 97 s.).

¹²⁹ In dottrina si è parlato di effetti di *foreclosure* sul mercato in danno di terzi (si v. G. GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 33; ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., p. 95). Si tratta di clausole in ordine alle quali, in dottrina, si è dibattuto circa la possibilità di configurare un'ipotesi di nullità dell'intero accordo per vizio di causa, ovvero di nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* idonea a comportare la privazione di efficacia della singola pattuizione con la conseguente conservazione del regolamento di interessi delineato dalle parti (per un approfondimento si rinvia al paragrafo 4.1.1).

Ciò premesso, è ora necessario soffermarsi sull'evoluzione che nel tempo ha coinvolto la visione della concorrenza, partendo dalla concezione della concorrenza perfetta.

Il modello della c.d. concorrenza perfetta è merito del matematico francese Augustin Cournot, secondo cui la concorrenza può dirsi perfetta quando il numero delle imprese operanti nel mercato ha raggiunto un livello tale per cui nessuna di esse è in grado di alterare il prezzo dei beni o servizi offerti o di esercitare un potere strategico a discapito degli altri operatori¹³⁰.

Secondo i modelli dell'economia neoclassica il mercato perfettamente concorrenziale¹³¹ si configura allorquando viene raggiunto un punto di massima efficienza allocativa e di equilibrio tra le curve dell'offerta e della domanda (c.d. *Break Even Point* - BEP, anche noto come ottimo paretiano¹³²). Circostanza a fronte della quale la produttività e il rendimento del mercato coinvolgono anche l'efficienza dinamica, intesa quale competizione in ordine al progresso tecnologico dei beni e dei servizi offerti sul mercato, e l'efficienza produttiva, ovverosia il raggiungimento di un equilibrio efficace tra la minima quantità di *input* e la realizzazione della massima quantità di *output*¹³³.

¹³⁰ I. MUSU, *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, ID. (a cura di), Roma-Bari, 2000, p. 9; F. ROMANI, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, *ivi*, p. 53; A. PERA, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹³¹ In via semplificativa, un mercato può dirsi perfettamente concorrenziale quando vi è una perfetta omogeneità dell'offerta, una perfetta conoscenza dell'offerta da parte dei partecipanti al mercato, un numero indeterminato di imprenditori di dimensioni tali da non poter ingenerare ipotesi di abuso di posizione dominante o comunque da escludere che le relative decisioni possano influenzare l'operato degli altri partecipanti e quando non vi sono barriere all'entrata o all'uscita.

¹³² Secondo la teoria economica neoclassica, la concorrenza perfetta rappresenta una situazione di mercato caratterizzata dal massimo grado di efficienza, a fronte della quale non sarebbe possibile ipotizzare una condizione di mercato più efficiente, se non alterando gli equilibri e, dunque, compromettendo l'efficienza allocativa e la posizione di mercato di terzi operatori; cfr. in via generale H. HOVENKAMP (2016), *Federal Antitrust Policy: The law of Competition and Its Practice*, St. Paul; C., OSTI C., *Contratto e concorrenza*, in *Tratt. contr.*, V. ROPPO (a cura di), VI, Milano, 2006, pp. 633 ss.; F. ANGLANI, *op. cit.*, p. 64. Ciò trova conferma nel fatto che, in un mercato monopolistico, l'efficienza allocativa si colloca ad un livello inferiore.

¹³³ F. ANGLANI, *op. cit.*, p. 65 s.; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2018, p. 5 s., ove gli Autori rilevano che l'efficienza produttiva, generata da una condizione di concorrenza perfetta, induce l'impresa che intenda conseguire un maggior profitto a ridurre i costi della propria attività, senza poter alzare il prezzo, con la conseguenza che, a tal fine, nel lungo periodo la concorrenza perfetta indurrà le imprese a sviluppare e adottare nuove tecniche produttive più efficienti, garantendo i medesimi *output*.

È facile comprendere come secondo la teoria neoclassica¹³⁴ vi è una relazione biunivoca tra l'efficienza del mercato e la concorrenza perfetta, con la conseguenza che se, da un lato, l'efficienza allocativa diviene il termine di apprezzamento del valore sociale attribuibile alla concorrenza, dall'altro, quest'ultima assume rilievo sul piano economico allorquando è idonea a garantire un risultato di efficienza sociale quantificabile in termini di benessere dei consociati¹³⁵.

Altra parte della dottrina non ha esitato ad evidenziare come il modello della concorrenza perfetta costituisca un mero paradigma ideale, se non addirittura utopistico¹³⁶. Alcuni studiosi hanno infatti rilevato che, indipendentemente dalla concreta realizzabilità di un mercato perfettamente concorrenziale, tale condizione non è socialmente desiderabile, in quanto l'efficienza dinamica ed innovativa è perseguibile solo dalle imprese di significative dimensioni che, dotate di considerevoli mezzi di investimento nella ricerca e nello sviluppo tecnologico, godono di una posizione di rilievo all'interno del mercato o, perfino, di una posizione dominante¹³⁷. In tale prospettiva, dunque, una condizione di concorrenza potenziale sembrerebbe essere sufficiente per il perseguimento dell'efficienza del mercato.

Senza voler protrarre ulteriormente la ricostruzione qui svolta, giova osservare come il noto economista austriaco Schumpeter, assumendo una posizione critica verso la teoria neoclassica, ha evidenziato come nella pratica il modello di concorrenza

¹³⁴ Secondo la teoria neoclassica, gli interventi regolatori pubblici ammessi a fronte di un fallimento del mercato possono essere distinti in due categorie: una, di tipo interventista diretto, riguardante i casi di intervento volti a correggere il risultato determinato dall'imperfezione concorrenziale dal punto di vista dell'efficienza e del beneficio generato agli operatori economici e l'altra volta a porre direttamente rimedio all'imperfezione del mercato, nell'intento di avvicinare il mercato all'ideale della concorrenza perfetta (si veda I. MUSU, *op. cit.*, p. 11).

¹³⁵ I. MUSU, *op. cit.*, spec. p. 10 ss.

¹³⁶ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2018, pp. 8 ss., ove si osserva che è improbabile che in un mercato vi sia omogeneità di offerte tra le imprese ivi operanti.

¹³⁷ A tal proposito, si veda quanto affermato dall'economista J.A. SHUMPETER (*Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), trad. it., V ed., Milano, 2001), il quale riteneva che il principale fattore motivazionale delle imprese a favore dell'innovazione tecnologica e dell'efficienza produttiva sarebbe costituito dai profitti monopolistici; si veda anche M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 895; F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, cit., pp. 217 ss. e spec. p. 221, il quale osserva che nei mercati perfettamente concorrenziali il mancato raggiungimento dell'efficienza produttiva e allocativa è dovuta anche ai costi transattivi (facenti parte, in una prospettiva di economia politica, dei costi di ricerca), oltre che all'esistenza di economie di scala; F. CAFAGGI, *Una governance per il diritto europeo dei contratti?*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, spec. p. 656, secondo cui le divergenze tra i vari ordinamenti giuridici comportano un incremento dei costi di transazionale, con la conseguenza che l'armonizzazione normativa si prefigge l'obiettivo di ridurre tali costi allo scopo di agevolare le contrattazioni.

perfetta non sarebbe in grado di adattarsi alla costante innovazione tipica dei moderni mercati e, conseguentemente, impedirebbe alle imprese di esprimere appieno la loro attività economica e di sviluppare nuove conoscenze¹³⁸.

Da ultimo, ulteriori visioni sono state avanzate dai più noti giuristi, tra i quali Mario Libertini secondo cui, partendo dal presupposto che un mercato perfettamente concorrenziale è concretamente irrealizzabile, sarebbe quantomeno auspicabile che il diritto *antitrust* miri a favorire un sistema il più concorrenziale possibile, tanto nell'interesse dei consumatori, quanto delle imprese che intendono entrare o uscire dal mercato di riferimento¹³⁹.

1.4.3 Brevi cenni sull'evoluzione del diritto *antitrust*: dal pensiero eurounitario della Scuola di Friburgo a quello delle Scuole di Harvard e di Chicago dei sistemi di *common law*

Seppur si collochi ai confini della ricerca, per completezza del quadro delle questioni interpretative che afferiscono all'evoluzione del diritto *antitrust* è utile richiamare il dibattito dottrinale che nell'ultimo secolo ha dominato l'indagine circa il rapporto sussistente tra la libertà di iniziativa economica d'impresa e l'intervento pubblico volto a reprimere le condotte anticoncorrenziali¹⁴⁰, soffermando l'attenzione sui contributi apportati alla teoria economica dalle principali scuole di pensiero.

Agli inizi del '900 i paesi facenti parte dell'attuale Unione Europea hanno manifestato un certo disinteresse in tema di repressione dei comportamenti anticoncorrenziali. Tuttavia, intorno alla metà del XX secolo, sulla scia di quanto rimarcato dalla corrente di pensiero ordoliberalista, è stata avvertita una crescente consapevolezza del pericolo di comportamenti anticoncorrenziali e della collusione tra

¹³⁸ I. MUSU, *op. cit.*, pp. 16 ss.; H. HANUSCH, *The legacy of Joseph A. Schumpeter*, Cheltenham, 1999.

¹³⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.* (annali III), Milano, 2010, spec. p. 224.

¹⁴⁰ G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 50 s., il quale afferma che il sistema vigente, pur ammettendo l'influenza dell'intervento pubblico sull'esercizio dell'autonomia privata, in linea di principio consente ai contraenti di autoregolamentare i propri interessi per mezzo dello strumento contrattuale. Plurimi sono stati i contributi aventi ad oggetto il rapporto tra l'autonomia privata e l'intervento pubblico nell'economia di mercato, *ex multis*: F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pp. 227 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 1 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 107 ss.

imprese per il corretto funzionamento del mercato¹⁴¹. Motivo per cui gli ordinamenti liberali hanno gradualmente volto l'attenzione verso la regolamentazione di quelle situazioni di mercato caratterizzate dal prevalere dei rapporti di forza.

La lenta e costante emersione del valore della concorrenza è strettamente connessa alla riscoperta del ruolo del mercato ed al mutamento di visione del rapporto sussistente tra il mercato e l'intervento pubblico volto a garantire le regole del gioco, oltre ad un ambiente favorevole allo sviluppo economico in condizioni di parità di trattamento fra i contraenti, nel rispetto dei principi cardine dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica¹⁴².

In origine, la teoria economica classica è stata dominata dalla dinamica valorizzazione della concorrenza in una prospettiva di garanzia dell'utilità sociale, in conformità al dettato costituzionale di cui all'art. 41 Cost. Visione che ha trovato conferma nella teoria della c.d. mano invisibile elaborata dall'economista Adam Smith¹⁴³, secondo cui il libero svolgersi del gioco della concorrenza nel mercato in assenza di condizionamenti e dirigismi pubblici è idoneo a generare benessere per tutti gli operatori economici e più in generale per la collettività. In altre parole, secondo tale prospettiva la piena interazione tra i singoli nel rispetto della libera concorrenza sarebbe sufficiente a produrre risultati socialmente desiderabili anche in mancanza di qualsivoglia intervento pubblico.

Successivamente, a fronte dell'introduzione della disciplina *antitrust*, la concezione del rapporto tra il valore della concorrenza e l'intervento pubblico a garanzia della stessa è mutata tanto negli ordinamenti di *civil law*, che di *common law*.

Degna di nota, sul punto, è la dottrina maturata dalla Scuola di Friburgo, la quale si radica sull'idea liberale secondo cui la concorrenza costituisce un mezzo indispensabile per il conseguimento e la crescita dell'efficienza del mercato e del sistema economico in generale, ossia di quella situazione sociale in cui le possibilità di

¹⁴¹ M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.* (annali III), Milano, 2010, spec. pp. 214 ss.; I. MUSU, *op. cit.*, pp. 5 - 26.

¹⁴² In tal senso si v. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 22; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., spec. pp. 88 - 91; F. CAMILLETI, *op. cit.*, pp. 8 - 20.

¹⁴³ Secondo l'autorevole economista, l'agire umano non sarebbe determinato solo dall'interesse che spinge egoisticamente il singolo ad operare nel mercato, ma anche dalla benevolenza che convive con l'egoismo, permettendo all'uomo di soddisfare al meglio sia i propri bisogni, che quelli altrui, facendo leva sullo scambio e sulla concorrenza; cfr. I. MUSU, *op. cit.*, p. 7 s.; F. ROMANI, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, *ivi*, p. 47 s.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 98 s.

miglioramento del benessere coinvolgono tutti i componenti della società¹⁴⁴. Secondo tale corrente di pensiero allo Stato non spetterebbe alcun intervento e influenza diretta sugli scambi, bensì solo il compito di supervisionare le condizioni strutturali del mercato, allo scopo di favorire una concorrenza sui meriti¹⁴⁵ e di scongiurare la costituzione di monopoli o di oligopoli.

In una diversa direzione, gli ordoliberali sostengono, da un lato, che la libertà di esercizio dell'autonomia privata debba essere tutelata tanto dall'operato delle istituzioni economiche, quanto dal potere governativo¹⁴⁶ e, dall'altro, che la concorrenza non costituisce un fenomeno naturale, ma un "gioco" regolato dall'ordinamento giuridico, volto al perseguimento del più elevato benessere collettivo¹⁴⁷. Ne consegue che, in forza dell'impostazione appena descritta, il ruolo dell'autorità pubblica dovrebbe essere quello di assicurare un intervento indiretto volto a contrastare le condotte e le pratiche negoziali distorsive della concorrenza e, quindi, a garantire la parità di condizioni tra gli operatori economici¹⁴⁸.

¹⁴⁴ I. MUSU, *op. cit.*, spec. p. 6 e 9 s., ove si osserva che l'aumento di benessere per tutti i consociati implica una condizione di mercato che può essere più efficiente di un'altra, anche se qualcuno perde e qualcun altro guadagna, a condizione che chi ne trae beneficio guadagni di più di chi perde, cosicché entrambi possano trarne un beneficio attraverso un trasferimento compensativo del benessere. Ciò in quanto, da un punto di vista economico, per efficienza del mercato si intende quella situazione sociale a fronte della quale l'incremento del benessere del singolo non può che comportare un peggioramento di quello di qualcun altro; F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II – Concorrenza e mercato, Milano, 2015, pp. 793 - 826.

¹⁴⁵ Secondo la Scuola di Friburgo, gli effetti positivi della competizione si configurano quando le imprese sono chiamate a confrontarsi sulla qualità della loro offerta, in modo da favorire l'efficienza dinamica e produttiva. Ne consegue che, una volta conseguito un rilevante potere di mercato, nel rispetto del gioco della concorrenza, l'impresa è tenuta comunque a competere con gli altri operatori economici facendo valere i propri meriti. In senso critico si veda A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Napoli, 1998, p. 307, secondo cui, sul piano della teoria economica, il modello statico di concorrenza perfetta sviluppato dalla Scuola di Friburgo è nato superato e, nella pratica, non ha trovato alcun riscontro oggettivo.

¹⁴⁶ Si rinvia a F. FELICE, *L'economia sociale di mercato: origini e interpreti*, in *Ordoliberalismo e globalizzazione*, ID., DE ANGELIS M. (a cura di), Roma, 2017, pp. 13 - 29; A. ZANINI, *op. cit.*; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.* (annali III), Milano, 2010, pp. 130 ss.; F. FARINA, *Ordoliberalismo, la globalizzazione per un Paese solo*, in *Ordoliberalismo e globalizzazione*, FELICE F., DE ANGELIS M. (a cura di), Roma, 2017, pp. 31 - 49; L. DI NELLA, *op. cit.*, pp. 171 ss.

¹⁴⁷ In questo senso N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 184.

¹⁴⁸ Gli ordoliberali sostenevano altresì che la struttura del sistema economico non sarebbe determinata esclusivamente dai fattori socioculturali, bensì anche dalle scelte di politica economica racchiuse nella c.d. costituzione economica, quale sintesi normativa dei principi e delle regole costituzionali che riguardano le posizioni e le relazioni dei soggetti economici operanti nel mercato, idonea a definire la forma di economia di uno Stato (sul tema si veda F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di «costituzione economica»*, in *Il diritto dell'economica*, 1992, pp. 71 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 13 - 15, il quale sostiene che per "costituzione economica" si intende la stessa e identica costituzione

Sulle orme della corrente ordoliberal, i paesi dell'Unione Europea (allora Comunità Europea) hanno istituito una vera e propria legislazione a tutela della concorrenza¹⁴⁹. A titolo esemplificativo, si veda il già menzionato Trattato di Roma del 1957 con il quale sono state vietate le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante¹⁵⁰.

Nei sistemi di *common law* e, in particolare, nell'ordinamento giuridico statunitense, invece, il diritto *antitrust* ha trovato ingresso per mezzo dello *Sherman Act* che nel tempo ha influenzato sostanzialmente le legislazioni antimonopolistiche successive, anche nei sistemi di *civil law*.

Nel contesto giuridico americano si sono susseguite due principali scuole di pensiero che hanno trovato maggior assenso in dottrina e in giurisprudenza: si tratta della Scuola di Harvard e della Scuola di Chicago.

La prima risale agli anni '30 dell'ultimo secolo ad opera degli economisti dell'Università di Harvard, fondatori della c.d. teoria strutturalista basata sul modello SCP (*structure, conduct and performance*)¹⁵¹. Tale concezione è stata sviluppata nell'intento di fornire un modello standard e criteri uniformi di valutazione dei mercati perfettamente concorrenziali. In particolare, nel tentativo di dirimere un contrasto

dello Stato applicata ai rapporti dell'economia, attraverso un'opera astratta di ricongiunzione delle norme economiche da tutte le altre).

¹⁴⁹ Per un approfondimento si veda D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, pp. 271 ss.

¹⁵⁰ Quest'ultima previsione, racchiusa negli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, costituisce un *proprium* delle regole europee sulla concorrenza di matrice ordoliberal, posto che negli ordinamenti di *common law* manca una simile previsione. Sul punto si segnala un'interessante pronuncia della Corte di Giustizia europea (Corte giust. UE, 28 gennaio 1986, C - 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, in *Foro it.*, vol. 110, 10, 1987, pp. 399 - 424) in occasione della quale l'Autorità si è pronunciata in tema di abuso di posizione dominante nell'ambito di un rapporto di *franchising*, sancendo che: *i*) le clausole indispensabili per impedire che i *franchisee* si giovino del patrimonio di cognizioni e tecniche e dell'assistenza forniti dal concessionario non costituiscono modalità operative restrittive della concorrenza, *ii*) le clausole che regolamentano il controllo sulle strategie di impresa finalizzate a tutelare l'identità del marchio e la reputazione della rete distributiva non costituiscono strumenti di restrizione della concorrenza, *iii*) le clausole che ripartiscono i mercati fra franchisor e franchisee non costituiscono pratiche anticoncorrenziali e *iv*) le comunicazioni del franchisor ai franchisee aventi ad oggetto i prezzi indicativi da applicare non sono idonee a compromettere la concorrenza a condizione che tra le parti non vi sia una pratica concordata per l'applicazione effettiva di detti prezzi.

¹⁵¹ Il merito di tale corrente di pensiero va a E.S. Mason e J.S. Bain, economisti della scuola di Harvard, i quali hanno esaltato l'importanza della relazione tra la struttura di mercato e i risultati prodotti con rilevanti effetti in termini di *performance* delle singole imprese. Per un approfondimento si v. F. ANGLANI, *op. cit.*, pp. 69 - 71, ove l'Autore, in una prospettiva oggettiva, osserva che il limite della teoria harvardiana è rappresentato dal non aver considerato quale elemento di analisi la condotta delle imprese, dando eccessiva enfasi all'elemento strutturale del mercato; limitazione dovuta al fatto che gli studi sono stati principalmente focalizzati su settori economici di osservazione specifici e molto tecnici (es. industria aeronautica); G. BRUZZONE, A. CARDANI, F. CORNELLI, M. POLO, *Teoria economica e intervento normativo nei mercati*, in *Riv. internaz. scienze soc.*, fasc. 2, 1988, pp. 204 - 230.

dottrinale insorto tra gli economisti¹⁵², i fautori della teoria strutturalista hanno affermato che, ai fini della corretta analisi del mercato e dell'esatta applicazione del diritto *antitrust*, è necessario indagare tanto la struttura del mercato e la sua *performance*, intesa quale rendimento economico, quanto le condotte assunte dalle imprese ivi operanti, posto che anche dette componenti sono idonee ad influenzare le condizioni di efficienza allocativa e produttiva. Secondo la teoria in parola la concorrenzialità del mercato sarebbe strettamente connessa alla sua fisionomia, con la conseguenza che, in una prospettiva di potenziamento e consolidamento della *performance* del mercato, l'intervento pubblico è benaccetto giacché considerato l'unico mezzo idoneo a mutare e manipolarne la struttura, attraverso l'eliminazione degli ostacoli alla concorrenzialità e l'ottimizzazione del rendimento del mercato¹⁵³.

La seconda scuola di pensiero che nel corso della metà degli anni '70 ha preso il posto della teoria strutturalista è la Scuola di Chicago, caratterizzata da un'impostazione neoliberista dinamica¹⁵⁴. Si tratta di una corrente di pensiero che, ponendosi in aperto contrasto con la Scuola di Harvard in quanto ritenuta eccessivamente eclettica, ha posto le proprie radici sull'archetipo di impronta antimopolistica¹⁵⁵, secondo cui il diritto *antitrust* deve essere esclusivamente volto al conseguimento dell'efficienza allocativa¹⁵⁶

¹⁵² I quali, in particolare, sostenevano che il criterio base dell'analisi del mercato fosse il rendimento economico (*performance*), ossia il divario tra gli obiettivi perseguiti e quelli effettivamente conseguiti dagli operatori economici.

¹⁵³ Si veda F. ANGLANI, *op. cit.*, pp. 63 - 77; P. CONGEDO, F. GHEZZI, *I rimedi nelle operazioni di concentrazione. Disciplina e prassi comunitaria. Cenni sulla disciplina e prassi italiana*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Torino, 2011, pp. 372 - 377.

¹⁵⁴ La nascita della Scuola di Chicago va ricondotta al prezioso contributo dell'economista e professore dell'Università di Chicago Aaron Director. Tra i principali esponenti della Scuola si annoverano gli economisti Ronald Harry Coase e George Joseph Stigler. Cfr. R.H. COASE, *The firm, the market and the law*, Chicago, 1990, trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, M. GRILLO (a cura di), Bologna, 2006; G.J. STIGLER, *Chicago studies in political economy*, Chicago, 1988; per un approfondimento si vedano anche M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.* (annali III), Milano, 2010, spec. p. 227; F. ANGLANI, *op. cit.*, p. 71 s.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., pp. 26 ss.; H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH (a cura di), Cheltenham, 2002, pp. 3 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., pp. 25 - 28, secondo cui la Scuola di Chicago rappresenta il "ritorno aggiornato, riveduto e depurato delle «intrusioni» harvardiane di economia industriale e ai principi dell'economia classica"; F. ROMANI, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, cit., pp. 54 - 56, il quale osserva che la Scuola di Chicago ha cambiato radicalmente i rapporti tra il diritto e l'economia poiché grazie alla sua diffusione, l'analisi economica è stata concepita come uno strumento ermeneutico a disposizione del giurista.

¹⁵⁵ Principio sulla base del quale si sono articolati i lavori preparatori dello *Sherman Act*; cfr. F. ROMANI, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, cit., pp. 50 ss.

¹⁵⁶ A tal proposito, occorre distinguere l'efficienza allocativa, quale punto di incontro tra la domanda e l'offerta, e la giustizia distributiva in termini di conformazione e ripartizione dei diritti ed obblighi tra gli

per mezzo della valorizzazione dell'iniziativa economica privata e della libertà di agire ai fini di lucro¹⁵⁷. A ciò consegue che una condotta o una pratica commerciale, benché anticoncorrenziale, non può essere vietata e sanzionata a priori, ma soltanto allorché questa produca effetti distorsivi sull'efficienza economica, sia produttiva, che allocativa, delle risorse.

Nella visione della Scuola di Chicago, l'impresa costituisce un soggetto avente rilevanza economico-giuridica che opera nel mercato dal momento che l'attività svolta produce vantaggi superiori ai c.d. costi di transazione, strettamente connessi al grado di specificità degli investimenti, all'organizzazione aziendale ed allo svolgimento degli scambi commerciali¹⁵⁸.

Di particolare rilievo è altresì l'idea secondo cui l'impresa si identifica in un'organizzazione autoritaria a struttura gerarchica nell'ambito della quale l'imprenditore si avvale del potere di mercato nei rapporti con gli altri operatori economici senza avvalersi del "gioco dei prezzi" considerato che, come affermato dal noto economista inglese Ronald Coase, in determinate condizioni per l'impresa "è meno costoso comandare che perdere tempo a fare contratti e farli rispettare"¹⁵⁹.

Così, sulla base del teorema di Coase secondo cui, in assenza dei costi di transazione, la concorrenza perfetta costituisce un sistema di mercato efficiente in

operatori economici (cfr. I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., p. 1263; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 3).

¹⁵⁷ R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., spec. p. 5 e 8 s.; G. BRUZZONE, A. CARDANI, F. CORNELLI, M. POLO, *op. cit.*, p. 213 s.

¹⁵⁸ I. MUSU, *op. cit.*, p. 14 s.; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 68; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., pp. 58 ss.

¹⁵⁹ Secondo l'economista Coase la teoria economica classica sarebbe avulsa da ogni connessione con la realtà storica, economica e istituzionale nella quale si sviluppa e ciò non ha potuto che determinare una riluttanza generale degli economisti allo studio del concreto rapporto sussistente tra le varie entità di impresa e il mercato. In forza di tali premesse, Ronald Coase ha dedicato i primi passi del suo studio alla natura dell'impresa e al suo operare nel mercato, nell'intento di giustificarne l'esistenza. Per un approfondimento sulla teoria di Coase volta a razionalizzare l'esistenza delle imprese dal punto di vista dell'efficienza organizzativa e del risparmio dei costi di transazione, si rinvia a R.H. COASE, *The firm, the market and the law*, Chicago, 1990, trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, M. GRILLO (a cura di), Bologna, 2006; E. BAFFI, S. MARTUCCELLI, *Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico*, in *Diritto ed economia - problemi e orientamenti teorici*, N. IRTI (a cura di), Padova, 1999, pp. 57 - 95, il quale oltre a ripercorrere la storia dell'economista, fornisce una dettagliata disamina della relativa teoria sino ad affermare che il reale intento di Coase era quello di evidenziare a contrario la fondamentale funzione che i costi di transazione rivestono o dovrebbero rivestire nell'orientare le istituzioni preposte alla regolamentazione del sistema economico; F. ROMANI, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, cit., p. 56; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, p. 124 s.; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 894 s.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 1988, pp. 712 - 737.

termini di massimizzazione della produzione e di minimizzazione dei costi, gli economisti della Scuola di Chicago hanno rilevato che, posto che i costi di transazione sono ineliminabili, la formula concorrenziale non è sempre auspicabile, con la conseguenza che i risultati di massima efficienza economica sono perseguibili in concreto solo per mezzo di differenti modelli organizzativi rimessi alla libera scelta degli operatori economici¹⁶⁰.

Ciò nonostante, a partire dagli anni '90 anche tale impostazione dottrinale è stata oggetto di critiche, essendo stato evidenziato che la teoria riconducibile alla Scuola di Chicago potrebbe concretizzarsi esclusivamente sulla base di modelli astratti che presuppongono scelte e condotte sempre razionali degli operatori economici, scontrandosi chiaramente con la realtà economico-sociale, di per sé imprevedibile ed incalcolabile¹⁶¹.

Concluso tale sunto economico-giuridico, l'analisi proseguirà con l'indagine di un secondo problema posto dalla materia, anch'esso avente in parte carattere economico, relativo all'incidenza giuridica della congruità dello scambio sull'equilibrio contrattuale, in termini di protezione del contraente "debole".

1.5 La convenienza economica del contratto e la valutazione di congruità dello scambio: il problema della giustizia contrattuale tra l'equilibrio normativo ed economico

Delle svariate tematiche rilevanti, verrà ripercorso e ricostruito il dibattito dottrinale sulla rilevanza giuridica della convenienza economica del contratto per chiarire in che termini possa riconoscersi il paradigma del "terzo contratto", al di fuori della più generica categoria del contratto asimmetrico, e quali strumenti ammette la

¹⁶⁰ R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 27; D. CORAPI, R. TORINO, *op. cit.*, p. 28, ove gli autori, rifacendosi all'innovativo contributo di Ronald Coase, rivelano i tre aspetti caratterizzanti l'impresa, quale strumento per il raggiungimento dell'efficienza economica di mercato: i) la natura alternativa dell'impresa al mercato in grado di eliminare i c.d. costi di transazione, ii) la struttura come *nexus of contracts* a lungo termine e iii) la sua flessibilità; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 897, ove osserva che l'ideale di concorrenza perfetta, quale condizione statica di mercato, non è del tutto desiderabile e ciò trova conferma nella comprovata efficienza storica del sistema capitalistico basato sull'innovazione e sulla concorrenza imperfetta.

¹⁶¹ *Ex multis*: H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, cit., spec. pp. 7 ss.; M.S. JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina Law Journal*, 1995, pp. 219 ss.

legge ai fini di un controllo formale (sul procedimento di formazione) e sostanziale (sul contenuto) dei contratti bilateralmente commerciali squilibrati, in termini tanto economici quanto normativi.

È fatto pacifico che il controllo attuabile sugli atti di impresa non riguarda il solo momento “normativo” dei rapporti negoziali, ma si spinge inevitabilmente oltre, sino a coinvolgere l’equilibrio delle prestazioni, tanto nei contratti individuali, quanto in quelli predisposti o “non negoziati”¹⁶². Se ciò è vero, dunque, il profilo normativo del contratto è destinato ad incidere su quello economico e viceversa.

Sino agli inizi del XXI secolo, in dottrina e in giurisprudenza è prevalsa la concezione dell’irrilevanza dello squilibrio economico dei rapporti commerciali in virtù del presupposto della prevalenza dell’autonomia contrattuale dei paciscenti, liberi di determinare il contenuto del regolamento contrattuale, sia da un punto di vista normativo, che economico¹⁶³. L’ordinamento in origine si è così disinteressato della sproporzione oggettiva tra il valore del bene o della prestazione oggetto del contratto e l’ammontare del prezzo, ritenendo che la relativa corrispondenza costituisca un affare riservato ai motivi soggettivi e all’esclusiva e libera autonomia delle parti¹⁶⁴.

¹⁶² Si v. G. OPPO, *I contratti d’impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 21 s.

¹⁶³ R. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”*: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”?, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2001, spec. p. 612; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, pp. 4 - 7; M. DE POLI, *op. cit.*, spec. p. 6 s.; S. TOMMASI, *Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto*, in *Il diritto dell’economia*, fasc. 1, 2020, pp. 571 - 596, spec. p. 589 s., ove si osserva che la disponibilità dell’equilibrio economico del contratto è ammessa in condizioni non patologiche del rapporto; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 141, il secondo il quale nel sistema di mercato manca un criterio obiettivo di valutazione delle singole prestazioni dedotte nel contratto, non esistendo un giusto valore obiettivo delle stesse; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1985, p. 310; ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., pp. 8 ss., il quale osserva che il c.d. paradosso dello scambio è dato dal fatto che ogni contraente si determina a contrarre e scambiare a condizione che la prestazione a lui destinata abbia un valore superiore (c.d. utilità marginale) a quello della prestazione a cui rinuncia.

¹⁶⁴ In tal senso: F. TINTI, *La convenienza economica del contratto*, Torino, 2016, p. 1 ss.; P. SCHLESINGER, *op. cit.*, pp. 229 ss.; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Milano, 2004, pp. 191 - 204; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 131; F. DELFINI, *Sinallagma e autonomia negoziale*, cit., pp. 322 - 335 e spec. p. 131, ove si afferma che il sindacato del potere pubblico sul contratto è ammesso soltanto allorché lo squilibrio sia sopravvenuto ovvero sia originario e frutto di un contesto nel quale la libertà contrattuale del contraente “debole” è stata fortemente compressa e limitata; G. BISCONTINI, *op. cit.*, p. 52 s.; G. MARINI, *op. cit.*, pp. 274 ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”*: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”?, cit., spec. p. 612, la quale rinviando a quanto affermato da S. GATTI, *L’adeguatezza delle prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, fasc. 11-12, pp. 424 ss., osserva come in passato, per la giurisprudenza, soltanto il prezzo meramente simbolico privava di causa il contratto di compravendita, potendolo quindi qualificare come donazione dissimulata o donazione indiretta; in giurisprudenza si veda Cass. Civ., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1993, vol. 117, I, 2489 - 2496;

Un'ulteriore ragione per la quale il sistema si disinteressa dell'equilibrio economico del rapporto, ritenendo che la mera sproporzione economica delle prestazioni dedotte nel contratto non rappresenta un mezzo idoneo a consentire un sindacato sull'esercizio dell'autonomia privata, è data dal fatto che anche l'eventuale proporzione ed equità del corrispettivo pattuito non costituisce una garanzia sufficiente per il contraente "debole" e che tale proporzione economica potrebbe comunque celare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti¹⁶⁵.

Ma d'altro canto anche ciò che è sproporzionato non può dirsi automaticamente irragionevole o antitetico ai valori dell'ordinamento¹⁶⁶.

Ciò nonostante, con l'evolversi della società e il costante sviluppo dei mercati globalizzati si è assistito ad uno spostamento dalle concezioni soggettivistiche del contratto, fondate sul dogma della volontà, a quelle oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio¹⁶⁷. In particolare, sulla scorta dell'esperienza straniera¹⁶⁸, anche

Cass. Civ., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Giust. civ. Mass.*, 2015 ove è stato affermato che in tema di contratti di scambio, lo squilibrio economico originario delle prestazioni delle parti non può comportare la nullità del contratto per mancanza di causa, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si noti, infatti, che richiedere un principio di congruità tra le prestazioni non significa privare di valore l'autonomia privata.

¹⁶⁵ S. TOMMASI, *Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto*, cit., p. 572: «i margini di disponibilità della proporzionalità economica da parte dell'autonomia privata sono più ampi rispetto ai margini di disponibilità dell'equilibrio normativo».

¹⁶⁶ Sul punto si veda M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 46 il quale evidenzia che, sul piano codicistico, il legislatore riconosce esclusivamente la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità come fattispecie normative a fronte delle quali è consentito sindacare lo squilibrio tra le prestazioni: in particolare, nella rescissione la sproporzione non rileva in sé, bensì come elemento che con il concorso di altri fattori (quali lo stato di pericolo o condizione di bisogno) si rivela idoneo ad incidere sul sinallagma, mentre nella risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta la sproporzione rileva come accadimento straordinario e imprevedibile, abuso dalla volontà e dalla sfera di controllo delle parti.

¹⁶⁷ G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 6; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, spec. pp. 1 - 14; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 2, 2001, pp. 334 - 356; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 919 ss.; ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., pp. 509 - 521; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, cit., pp. 611 ss.; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 2, 2002, p. 303 - 333; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., pp. 21 - 50; M. SPINOZZI, *op. cit.*, pp. 47 ss.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 58 ss. e 189 ss. ove si osserva che i concetti di congruità dello scambio, proporzionalità, equilibrio economico e giuridico, essendo oscuri e largamente indeterminati, necessiterebbero di un'attività di specificazione ad opera del legislatore; A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., p. 80.

¹⁶⁸ Ci si riferisce all'esperienza tedesca, a fronte della quale, con l'introduzione del BGB il 1° gennaio 1900, al par. 138, primo comma, è stata prevista la nullità del contratto per contrasto con i buoni costumi, con la conseguenza che il principio generale di buona fede si è trasformato in uno strumento di controllo giudiziale del contenuto del contratto; cfr. A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 197 ss., nota a

l'ordinamento giuridico italiano ha avvertito l'esigenza di rinnovare l'attenzione verso la questione se il contratto debba essere economicamente conveniente per tutte le parti o meno

Il tema è stato oggetto di plurime riflessioni e ciclici dibattiti dottrinali.

Parte della dottrina sostiene che, con l'introduzione del Codice civile del 1942, l'intenzione del legislatore sia stata quella di assicurare la libertà e l'equivalenza soggettiva delle parti nella determinazione delle prestazioni dedotte nel contratto, ossia nell'esplicazione dell'autonomia contrattuale. Ciò in quanto, diversamente, il controllo nel merito delle prestazioni condurrebbe ad un pericoloso dirigismo o, addirittura, paternalismo contrattuale destinato a comprimere irrimediabilmente la libertà contrattuale delle parti¹⁶⁹. A sostegno di tale interpretazione è stato chiarito che l'innovativo principio di equivalenza dello scambio non sarebbe in alcun modo intaccato dalla previsione codicistica di alcuni istituti contrattuali, quali la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e la rescissione per lesione, trattandosi di strumenti giuridici volti ad incidere sullo squilibrio contrattuale sopravvenuto, imprevedibile o originario conseguente alla condotta assunta in malafede della controparte e, dunque, non diretti a porre rimedio allo squilibrio contrattuale in sé in ipotesi di patologia fisiologica del rapporto.

Chiarito comunque che il controllo sull'equilibrio contrattuale non attiene né alla determinazione dell'oggetto del contratto, né alle prestazioni contrattuali ivi dedotte, secondo parte della dottrina un controllo giudiziale sulla congruità dello scambio - in termini di corrispettività - dovrebbe a maggior ragione escludersi nell'ambito dei

BVefG, 19 ottobre 1993; P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), Padova, 1998, pp. 29 - 38; L. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, *ivi*, pp. 331 - 335; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 4, 2003, pp. 659 - 685; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 1, 2019, pp. 1 - 49: la giustizia perseguita a livello contrattuale è quella definibile come "commutativa" (non distributiva), la quale comporta un bilanciamento dei contrapposti interessi vantati dalle parti, sia dal punto di vista "economico" in termini di equivalenza di valore delle reciproche prestazioni, sia dal punto di vista "giuridico" delle altre clausole in termini di diritti ed obblighi facenti capo alle parti.

¹⁶⁹ F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, *cit.*, spec. pp. 11 s.; F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, pp. 848 - 851; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, *cit.*, p. 16 s.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, *cit.*, p. 7; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, *cit.*, p. 75 s.; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 44 s.; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, *cit.*, p. 171.

contratti di impresa, i quali si caratterizzano per un diretto intervento dell'autonomia privata nella conformazione del sinallagma funzionale¹⁷⁰.

Posto che il sistema delineato dal Codice civile è improntato sul principio dell'irrilevanza della sproporzione di valore delle prestazioni dedotte nel contratto, nel pieno e libero esercizio dell'autonomia contrattuale, risulta piuttosto difficile individuare una regola generale di giustizia contrattuale in termini di equivalenza economica delle prestazioni¹⁷¹. Nonostante sia condivisa l'idea per cui la congruità dello scambio non ha rilevanza dal punto di vista giuridico, il dibattito sull'esistenza di strumenti trasversali a tutela dei contraenti "deboli" idonei ad accertare e garantire la giustizia del prezzo non è ancora cessato¹⁷².

Il problema centrale è quello di garantire la repressione delle turbative della libertà e volontà contrattuale, tali da influenzare l'autodeterminazione del contraente e un'adeguata valutazione della convenienza dell'affare¹⁷³.

Quanto detto non vuole in alcun modo escludere la liceità di tutti quegli accordi sin dall'origine non convenienti ma comunque ritenuti meritevoli di tutela¹⁷⁴.

¹⁷⁰ F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, cit., spec. pp. 13 s., 18 e 61, ove l'Autore osserva che il giudice non è dotato di quegli strumenti micro e macroeconomici per valutare e comprendere il contenuto economico del contratto, con la conseguenza che un sindacato in tali termini condurrebbe inevitabilmente a scelte e considerazioni personali.

¹⁷¹ L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 189 ss.; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, pp. 433 s.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 303 ss., il quale ribadisce che l'equivalenza tra le prestazioni dedotte nel contratto non costituisce requisito essenziale del sinallagma; M. DE POLI, *op. cit.*, spec. p. 63; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 111 s.; S. VIGLIAR, *Equilibrio "normativo" ed "economico" nei contratti del consumatore, tra diritto interno e comunitario. Brevi riflessioni sul sindacato di vessatorietà del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, pp. 1 - 14; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 6 s.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 348, il quale osserva che, in un mercato perfettamente concorrenziale, «l'unico prezzo giusto è quello che risulta dal libero gioco della domanda e dell'offerta»; A. PISU, *op. cit.*, p. 69; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2005, pp. 507 - 538.; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 2, 1987, pp. 924 - 950, spec. p. 933, l'Autore ribadisce l'assenza nel vigente ordinamento di un principio di equivalenza oggettiva tra le prestazioni dedotte nel contratto; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 310, ove afferma che, nella pratica, è difficile, se non impossibile, individuare un prezzo giusto o, quantomeno, proporzionato «che non sia il riflesso di valori soggettivi espressi dalle scelte individuali nelle singole contrattazioni».

¹⁷² Si noti che mentre a seguito dell'introduzione del Codice civile l'attenzione del legislatore verso il tema della giustizia del contratto e del giusto prezzo si è intensificata, viceversa la protezione del contraente "debole" che si è visto imporre condizioni contrattuali inique è rimasta prostrata.

¹⁷³ F. TINTI, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁴ E qui si pone la questione relativa all'individuazione del criterio di giudizio della meritevolezza per la quale non è sufficiente che le prestazioni siano proporzionate da un punto di vista quantitativo, ma si richiede che siano altrettanto commisurate qualitativamente, a fronte del bilanciamento dell'intero assetto di interessi su cui si radica il contratto. Sul punto cfr. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., spec. p. 10, il quale osserva che se il prezzo contrattuale si discosta da quello di mercato

Dalla disamina della legislazione emanata degli ultimi decenni si evince come la congruità dello scambio abbia assunto particolare rilievo in termini di giustizia e legalità del procedimento di formazione del prezzo di scambio. Si ricorda sul punto quanto affermato da Giuseppe Osti in tema di giustizia ed equilibrio del contratto secondo cui, posto che l'equilibrio non esige l'equivalenza delle prestazioni, innanzi ad un contratto oneroso non è sufficiente che da esso derivino vantaggi per entrambe le parti, ma è necessario che tra questi vi sia un rapporto di equivalenza e proporzione intangibile¹⁷⁵.

Nonostante tutt'oggi il sistema non offra alcuna norma generale diretta a sancire la nullità dei contratti ingiusti anche a fronte del superamento del dogma dell'intangibilità e dell'insindacabilità delle convenzioni contrattuali¹⁷⁶, è comunque possibile registrare una linea di tendenza diretta a legittimare una forma di controllo sull'equilibrio negoziale e sulla giustizia del contratto¹⁷⁷, tenuto conto non solo del rapporto sussistente tra il principio di autonomia privata e l'ordinamento giuridico, ma altresì del legame tra il contratto e le logiche di mercato.

non significa necessariamente che tale prezzo sia illegittimo poiché la sua quantificazione può costituire il risultato della variazione circa l'impiego delle risorse, alla luce delle esigenze e delle preferenze manifestate degli operatori economici del mercato; nello stesso senso si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 101, il quale osserva che "la giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione"; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 354.

¹⁷⁵ G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, fasc. 4, 1959, p. 489 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., pp. 337: l'Autore precisa che l'equilibrio contrattuale potrebbe formarsi in un punto distante da quello considerato "normale", poiché ciò che rileva è l'eguaglianza obiettiva tra i vantaggi ed i sacrifici assunti da ciascun contraente avendo riguardo al singolo caso concreto; si veda anche F. CAMILLETI, *op. cit.*, p. 4; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, cit., spec. p. 638, la quale rileva che l'attuale dibattito sulla congruità dello scambio non è volto a garantire un tendenziale rapporto di equivalenza tra le prestazioni contrattuali, il giusto prezzo, quanto piuttosto a reagire nei confronti di una ingiustificata eccessiva sproporzione tra il valore delle stesse.

¹⁷⁶ In tema di c.d. *sanctity of contract* si veda M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, pp. 1619 - 1642, spec. p. 1621; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, pp. 194 ss.

¹⁷⁷ In tal senso si veda Cass. Civ., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, in occasione della quale la Suprema Corte ha impiegato la nozione di causa e il connesso vizio per difetto di causa per vagliare e sindacare il contenuto economico di un contratto di compravendita. Si veda anche F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., p. 62 s.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 3 ss.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, F. RUSCELLO (a cura di), I, Napoli, 2008; N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Milano, 2004, pp. 513 - 519; S. MEUCCI, *op. cit.*, p. 49; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., pp. 749 ss.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, pp. 9 - 23, il quale evidenzia che l'autonomia privata non può essere intesa come strumento di "immunità" dal controllo del potere pubblico.

Il primo segnale a riprova dell'attenzione che il legislatore ha posto al tema dello squilibrio contrattuale si rinviene nell'introduzione della disciplina consumeristica¹⁷⁸, imperniata sulla nozione di "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi dedotti nel contratto a carico del consumatore (c.d. squilibrio normativo). Squilibrio che, non essendo riferibile all'adeguatezza del corrispettivo o all'oggetto del contratto¹⁷⁹, deve necessariamente qualificarsi come giuridico¹⁸⁰.

Un altro importante intervento legislativo a fronte del quale è stata posta luce sull'importanza che l'equilibrio del negozio riveste in termini di giustizia dello scambio è rappresentato dalla Legge sulla subfornitura n. 192/1998. Normativa grazie alla quale non solo è stato attribuito rilievo all'eccessivo ed ingiustificato squilibrio di diritti e di obblighi nell'ambito delle relazioni contrattuali tra imprenditori dotati di diseguale potere negoziale, ma è stato altresì riconosciuto il potere del giudice di "intromettersi" nell'equilibrio economico-giuridico dei rapporti¹⁸¹.

Alla luce di tutto quanto sin qui emerso è però fondamentale evidenziare che la crescente influenza riconosciuta all'equilibrio contrattuale, anche economico, non vuole condurre al riconoscimento di un principio di giustizia economica del contratto, indipendentemente dall'effettiva sussistenza di una condizione di inferiorità o debolezza di una parte, poiché diversamente si rischierebbe di comprimere oltremisura la libertà contrattuale delle parti. Ne consegue che la necessità di sindacare la congruità e l'adeguatezza dell'equilibrio economico dello scambio non va circoscritta alle ipotesi di

¹⁷⁸ A. LAMORGESE, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuova Giur. Civ.*, fasc. 4, 2004, pp. 509 ss., il quale evidenzia come la «ratio protettiva rispetto ai consumatori (art. 153 del Trattato CE), in verità, costituisce nella normativa comunitaria un obiettivo secondario (o, per meglio dire, consequenziale) rispetto all'obiettivo primario che è costituito dal migliore funzionamento del mercato e della concorrenza. Sembra che il legislatore si sia reso conto dell'ammonimento di chi in passato affermava che il problema introdotto dall'art. 1341 consiste non tanto nell'identificazione di accorgimenti idonei a stimolare l'attenzione e a favorire la conoscenza dell'aderente quanto piuttosto nell'assicurare, con strumenti legali di efficacia più diretta, che il contenuto delle condizioni a lui imposte non violi determinati criteri di equità, ragionevolezza e giusto rispetto dei suoi interessi».

¹⁷⁹ Ciò non esclude che la limitazione di determinate facoltà o libertà negoziali possa avere risvolti in termini economici dello scambio; cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 195.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pp. 303 ss. e 312 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, cit., spec. pp. 19 ss.

¹⁸⁰ L'interesse alla sussistenza di un equilibrio tra le prestazioni parrebbe aver assunto i caratteri dell'indisponibilità a fronte del ruolo rivestito da tempo dalla giurisprudenza nell'intervenire sull'equilibrio giuridico delle prestazioni (e.g. si veda in particolare l'intervento avuto dal giudice in materia di riduzione della clausola penale e di declaratoria di nullità della caparra confirmatoria in contrasto con il precetto costituzionale di solidarietà e con il principio di buona fede; cfr. M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 201 s.).

¹⁸¹ Per un approfondimento si rinvia al paragrafo 2.3.

contratti stipulati in condizioni di patologia sociale, come nell'ipotesi di rescissione in stato di pericolo o di bisogno, ma coinvolge anche i negozi perfezionati in condizioni di fisiologia sociale¹⁸². In altre parole, la questione concernente la congruità dello scambio e dell'equilibrio economico del contratto - che, si ribadisce, non rappresenta una forma di valutazione dell'adeguatezza del corrispettivo o dell'oggetto - non deve essere vagliato solo con riguardo ai contratti con i consumatori, ma anche con riferimento a tutti quei contratti conclusi tra imprenditori dotati di diseguale potere negoziale¹⁸³.

Una simile condizione non toglie, comunque, che è solo l'abuso di forza negoziale o la sopravvenienza di fattori esterni all'economia del rapporto ed estranei alla comune volontà delle parti a legittimare la tutela della parte contrattuale "debole", non costituendo l'equivalenza delle prestazioni dedotte nel contratto un valore essenziale per il sistema idoneo a giustificare la previsione di una disciplina di protezione¹⁸⁴.

1.5.1 La macrocategoria del contratto asimmetrico

Come noto, il ricorso al contratto implica la necessità di una parte di soddisfare un proprio specifico bisogno e la conseguente disponibilità di questa a sopportare un determinato sacrificio patrimoniale per soddisfare il proprio corrispondente interesse. Talvolta l'impegno economico assunto può assumere considerevoli dimensioni sino a sfociare in un vero squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, destinato a rilevare giuridicamente ove conseguente ad una condotta abusiva assunta dal contraente che gode di un maggior potere negoziale. Tale situazione di disparità non è tuttavia destinata a rilevare *ex se*, con la conseguenza che se può presumersi nei contratti B2C,

¹⁸² Cfr. G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 1999, pp. 533 - 545; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., pp. 21 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*., cit., p. 134; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 185 s.; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 119 s., il quale evidenzia che l'art. 9 della Legge n. 192/1998 presenta una soglia di rilevanza dello squilibrio economico non definita e, quindi, in grado di assicurare protezione a tutte quelle fattispecie a fronte delle quali non sia rinvenibile una proporzione *ultra dimidium*, come invece richiesto in ipotesi di rescissione; S. MEUCCI, *op. cit.*, pp. 45 - 52; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, cit., pp. 303 - 333, ove l'Autore osserva come l'istituto della rescissione si sia rivelato inadeguato a rappresentare un punto di riferimento e un'ancora di salvezza per i contraenti "deboli" nell'alveo delle negoziazioni inique.

¹⁸³ Come si vedrà più in dettaglio, ci si riferisce, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di dipendenza economica nei rapporti commerciali tra imprese di cui alla Legge n. 192/1998.

¹⁸⁴ In tal senso si veda R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., spec. p. 114.

dovrà necessariamente essere accertata nei contratti tra parti dotate di eguale *status*¹⁸⁵. In altre parole, a prescindere dalla qualifica rivestita dalle parti contraenti, ai fini dell'accertamento della condizione di equilibrio contrattuale è indispensabile verificare se la parte dotata di maggior forza negoziale abbia esercitato la propria libertà negoziale inducendo – talvolta abusivamente – l'altro contraente ad accettare un programma contrattuale iniquo, pregiudicando così la sua libera e consapevole determinazione volitiva¹⁸⁶.

La neutralità dello *status* del contraente “debole” è venuta meno a fronte dell'introduzione di leggi decodificanti che hanno determinato la costituzione di una pluralità di microsistemi normativi diversificati in ragione delle qualità soggettive delle parti coinvolte. L'affermarsi di una logica paternalistica del contratto a tutela della parte “debole” ha infatti condotto allo sviluppo di un vero e proprio statuto dei diritti della persona fisica identificabile nella figura del consumatore.

Un indizio circa l'emersione di una molteplicità di forme di disuguaglianza a livello sociale si rinviene nell'art. 3 *ii*) comma della Costituzione, il quale, disponendo che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, riconosce implicitamente la sussistenza di circostanze a fronte delle quali si rende indispensabile intervenire per assicurare l'eguaglianza dei consociati.

La complessità della realtà sociale alla quale il dettato costituzionale si riferisce ha indotto il legislatore ad intervenire per mezzo del diritto positivo nel tentativo di porre rimedio alla disparità sia da un punto di vista sostanziale, definendo gli interessi aventi rilevanza giuridica e meritevoli di tutela, sia da un punto di vista formale, attraverso la definizione delle modalità e degli strumenti per mezzo dei quali assicurare la protezione giuridica di tali bisogni¹⁸⁷.

¹⁸⁵ F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, cit., spec. p. 23; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 41 s.; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, cit., p. 890; G. GITTI, *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, pp. 391 - 411, ove si osserva che la legislazione privatistica, soprattutto di fonte comunitaria, mira a creare regimi di tutela a favore dei singoli contraenti nei confronti dei *players* monopolistici.

¹⁸⁶ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 3030.

¹⁸⁷ L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 13; R. QUADRI, “Nullità” e tutela del “contraente debole”, in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2001, p. 1143 s.

Ciò non toglie che la definizione di una regola generale uniforme, volta a porre rimedio a tutte le fattispecie di grave sproporzione oggettiva tra le prestazioni dedotte nel contratto non è plausibile, né auspicabile, poiché non sarebbe in grado di valorizzare le disparità che caratterizzano le varie e diversificate ipotesi di squilibrio contrattuale¹⁸⁸.

Negli ultimi decenni, l'interesse verso le esigenze di tutela del contraente debole è cresciuto notevolmente. Tale tendenza ha comportato una progressiva restrizione degli spazi di autonomia tradizionalmente riservati al potere dei privati, attraverso la previsione di differenti discipline strettamente connesse alle condizioni soggettive rivestite dai contraenti, in funzione di una più efficace tutela delle posizioni di debolezza negoziale. Ciò, sino a tal punto da indurre parte della dottrina a ritenere che ormai si sarebbe definitivamente affermato un principio generale di protezione del contraente "debole"¹⁸⁹.

Oggi il panorama normativo è completamente cambiato.

L'introduzione della disciplina speciale a protezione del consumatore di matrice comunitaria finalizzata a contrastare la disuguaglianza sostanziale delle parti, in ragione della debolezza strutturale che caratterizza tale soggetto contrattuale, ha infatti rappresentato la linea di demarcazione tra il diritto contrattuale passato, nell'ambito del quale la differenza di potere negoziale tra i paciscenti non aveva alcun rilievo, e il nuovo diritto caratterizzato dalla rilevanza delle qualità soggettive delle parti¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., p. 1259; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., pp. 665 - 687.

¹⁸⁹ A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, pp. 1 ss.; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., pp. 1258 ss.; V. ROPPO, *Contrastare le disuguaglianze nelle relazioni contrattuali: fra diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato*, in *Questione giust.*, fasc. 1, 2020, pp. 28 - 32; G. MARINI, *op. cit.*, pp. 289 ss. Si veda, in particolare, il contributo di Aurelio Gentili, ove il giurista osserva che la tutela della condizione di debolezza contrattuale non rappresenta una novità del sistema, ma semplicemente una condizione pregressa che ha subito un considerevole ampliamento delle relative fattispecie, con la conseguenza che la categoria dogmatica del c.d. terzo contratto costituisce un "epifenomeno di principi tradizionali applicati a nuovi casi" (cfr. A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in AA.VV., *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole. Atti del Convegno*, F. RUSCELLO (a cura di), Aprilia, 2012, p. 117). Cfr. altresì C. RESTIVO, *op. cit.*, p. 266; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 34 ss. i quali hanno evidenziato come la tutela accordata alla parte "debole" si traduce inevitabilmente in un limite imposto alla sfera di libertà dell'altro contraente, volto a scongiurare che quest'ultimo possa ingiustificatamente appropriarsi di arbitrari vantaggi.

¹⁹⁰ L'emersione del diritto consumeristico avrebbe determinato il superamento della teoria unitaria e monolitica del contratto in generale, dando rilevanza a nuove realtà normative e sociali aventi notevoli riflessi sul piano giuridico. Per un approfondimento si v. G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit.; ID., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto*

Mutamento che, così come manifestatosi, ha messo in evidenza la necessità di un approccio metodologico incentrato sullo *status* dei contraenti e non più esclusivamente sull'atto negoziale in quanto tale¹⁹¹.

Ora, indipendentemente dall'approccio che il legislatore ha impresso alla materia, ciò che rileva nella pratica è il collegamento in concreto sussistente tra la figura del contraente tutelato dalla legge e la condizione di effettiva debolezza negoziale, la quale deve essere concepita come "debolezza" caratterizzante un certo gruppo sociale¹⁹². Diversamente detto, il requisito della "debolezza" contrattuale deve essere considerato un carattere qualificante la classe "legale" di appartenenza e non un dato fenomenico reale, dal momento che tale componente, benché possa non trovare corrispondenza nel singolo caso concreto, viceversa potrebbe essere rinvenuta in un qualsivoglia contratto stipulato tra soggetti aventi *status* diversi, anche ove non afferenti alla categoria del contraente "debole" per eccellenza, quale è il consumatore¹⁹³.

È, quindi, facile comprendere come innanzi alla diversità delle qualifiche rivestite delle parti corrisponda un diverso approccio in termini di controllo sull'equilibrio contrattuale. Controllo che, generalmente, diviene più penetrante in presenza di relazioni contrattuali squilibrate in termini di equivalenza soggettiva delle prestazioni e non di proporzione oggettiva dei sacrifici patrimoniali¹⁹⁴.

A tal proposito, se nell'ambito dei contratti B2C l'obiettivo del legislatore è stato quello di rimuovere o comunque ridurre al minimo l'asimmetria informativa tra le

obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2006, p. 351 ss.; S. VIGLIAR, *Equilibrio "normativo" ed "economico" nei contratti del consumatore, tra diritto interno e comunitario*, cit., p. 7; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 72 - 74.

¹⁹¹ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 120 s.; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 15; A. BREGOLI, *op. cit.*, spec. pp. 146 ss.; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 33; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., pp. 597 - 615; F. DELFINI F., *Sinallagma e autonomia negoziale*, cit., pp. 318 - 335; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., pp. 900 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 185 il quale, con riferimento ai contratti B2b, osserva che la *ratio* della tutela non si rinviene nel connotato soggettivo rivestito dal contraente "debole", ma nella strutturale condizione di predominio in cui versa.

¹⁹² Si tratta di una debolezza insita allo *status* posseduto dalla parte contrattuale "debole" (cfr. G.P. CALABRÒ, *Tutela del contraente debole e mercato: la dialettica tra norme e valori*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), Napoli, 2004, pp. 35 - 44.

¹⁹³ M. DE POLI, *op. cit.*, spec. p. 47; P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, pp. 617 - 636; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., pp. 1543 ss.

¹⁹⁴ Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, cit., p. 16.

parti, nei contratti B2B, B2b e C2C il fenomeno cambia, mutandone tanto i presupposti, quanto gli effetti ed i conseguenti rimedi¹⁹⁵.

In forza delle considerazioni svolte, parte della dottrina ha sollevato il quesito se per garantire una tutela unitaria ai contratti squilibrati, tutti i contratti caratterizzati da un'asimmetria delle posizioni contrattuali, ossia i contratti B2C e B2b, possano essere ricondotti al paradigma unitario del c.d. contratto asimmetrico o contratto con asimmetria di potere contrattuale. Paradigma che, in assenza di ogni previsione legislativa, è inevitabilmente destinato a ricalcare per sua natura i lineamenti del contratto del consumatore, dotati - secondo tale prospettiva - di una forza espansiva idonea a proiettarsi al di fuori del modello B2C¹⁹⁶.

Secondo una corrente di pensiero la disciplina di protezione prevista per il contratto B2C non sarebbe dotata di una alcuna intrinseca forza espansiva, essendo prettamente volta a regolare contratti caratterizzati da un fenomeno empirico sostanzialmente differente da quello posto alla base dei contratti squilibrati bilateralmente commerciali¹⁹⁷. Sulla scia di tale impostazione, allora, la nozione di c.d. contratto asimmetrico è destinata ad avere un impiego meramente descrittivo del fenomeno indistinto della debolezza contrattuale. Ciò in quanto, diversamente, trattare di contratto con asimmetria di potere contrattuale per riferirsi ad una categoria unitaria

¹⁹⁵ U. MALVAGNA, *Contratti di settore e struttura della contrattazione d'impresa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2018, pp. 477 - 492; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 787 - 823; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. pp. 3052 - 3055, ove l'Autore rileva che la *ratio* che giustifica l'estensione del controllo sul contenuto dei contratti B2C, ravvisabile nel fatto che il regolamento contrattuale squilibrato pregiudica il realizzarsi della persona umana, nella sua duplice declinazione desumibile dall'art. 2 Cost., non trova ragione d'essere nei rapporti B2b tra soggetti impersonali, per i quali l'esercizio dell'impresa si conforma al principio della libertà di iniziativa economica.

¹⁹⁶ G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., p. 713 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., pp. 669-790; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 119; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 503 s., il quale osserva che, nell'attuale panorama giuridico ed economico, le qualità soggettive dei contraenti assumono particolare rilievo, quali criteri di classificazione dei negozi giuridici conclusi e delle materie a cui afferiscono. Per un'analisi critica del fenomeno si rinvia a C. CAMARDI, *op. cit.*, pp. 549 - 591, spec. 551 s., ove l'Autrice sostiene che ove si riconoscesse la categoria del c.d. contratto asimmetrico, sulla base di una *ratio* unitaria di protezione del contraente "debole", allora implicitamente si riconoscerebbe la possibilità di estendere tale disciplina anche a fattispecie ulteriori rispetto a quelle contemplate; peraltro, Carmelita Camardi osserva che la posta in gioco è di particolare rilevanza dal punto di vista sistematico, dal momento che l'estensione analogica delle norme volte ad assicurare una specifica protezione ai contraenti dotati di minor forza negoziale e che quindi autorizzerebbero un intervento correttivo del giudice sul regolamento contrattuale, rischierebbe di comprimere e compromettere i termini e la rilevanza dell'autonomia privata, valore primario costituzionalmente riconosciuto.

¹⁹⁷ In questo senso A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, cit., spec. pp. 236 - 239.

aggregante tanto i contratti B2C che B2b, rischierebbe di approdare a generalizzazioni approssimative e di soffermare l'attenzione ad una mera e superficiale analisi dei caratteri propri di ciascuna categoria negoziale.

A sostegno di tale visione, è stato sufficiente evidenziare come lo squilibrio che caratterizza le due menzionate categorie contrattuali si fonda su presupposti differenti: nei contratti del consumatore si parla di squilibrio normativo poiché ciò che rileva è l'intero assetto dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, mentre nei contratti tra imprese si tratta di squilibrio sul terreno delle condizioni economiche, considerato che generalmente l'impresa dotata di maggior potere negoziale cerca di appropriarsi del surplus di valore derivante dalla relazione commerciale¹⁹⁸.

L'impostazione appena descritta mette in luce come la generica necessità di assicurare una tutela al contraente "debole" innanzi alle più varie situazioni di squilibrio contrattuale non può dirsi sufficiente ad accomunare i contratti B2C e quelli B2b essendo i presupposti e le tecniche di protezione del consumatore e dell'imprenditore "debole" radicalmente differenti e, pertanto, irriducibili ad uno schema unitario.

1.5.2 L'attenzione alla tutela dell'imprenditore "debole": dal contratto asimmetrico al paradigma del c.d. terzo contratto

L'indagine che si vuole qui condurre prende le mosse dalla proposta ricostruttiva del paradigma del "terzo contratto"¹⁹⁹.

Come visto, non è corretto fare riferimento ad un unico paradigma contrattuale caratterizzato dalla partecipazione di contraenti del tutto svincolati da posizioni e condizioni di assoggettamento al potere dell'altra parte. In una prospettiva di riorganizzazione del sistema, è utile riflettere sull'ammissibilità di altre classificazioni delle vicende contrattuali contraddistinte da una condizione di asimmetria di potere

¹⁹⁸ C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 575; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 148, secondo cui anche l'art. 9 della Legge n. 192/1998 farebbe riferimento ad un ipotetico squilibrio giuridico o normativo nei rapporti B2b, il quale si sostanzierebbe nell'attribuzione di più o meno ampi o vantaggiosi diritti ed obblighi a favore di uno solo dei contraenti; l'Autore, in ogni caso, non esclude che un tale eccessivo disequilibrio normativo possa condurre incidentalmente ad una valutazione anche in termini di economici dei costi sopportati da ciascuna parte.

¹⁹⁹ Definizione formulata da Roberto Pardolesi nell'ambito della prefazione all'opera di G. COLANGELO, *op. cit.*

contrattuale ovvero indagare se l'asimmetria di potere negoziale tra imprese possa fondare e giustificare l'ammissibilità di una nuova categoria dogmatica implicante l'applicazione di una specifica disciplina di protezione a favore del contraente "debole", indipendentemente da ogni valutazione circa l'eventuale condizione di inferiorità o di dipendenza economica²⁰⁰.

Con l'introduzione del contratto del consumatore²⁰¹, siglato come B2C e qualificato come "secondo contratto" per distinguerlo dal contratto di diritto comune, le valutazioni paternalistiche circa la possibilità di configurare terzi paradigmi contrattuali sono state rinviate ad un secondo momento. Difatti, l'emersione nel mercato di relazioni asimmetriche a fronte della presenza attiva di imprenditori dotati di diseguale potere contrattuale ha comportato solo successivamente una presa d'atto della debolezza economica rinvenibile anche alla presenza dell'imprenditore cosiddetto "debole"²⁰².

L'asimmetria di poteri tra i paciscenti può dunque essere rinvenuta anche nei contratti bilateralmente commerciali, nell'ambito dei quali la debolezza costituisce una conseguenza del fallimento del mercato nel garantire una protezione effettiva a favore di tutti quei soggetti, diversi dai consumatori, comunque dotati di un minor potere contrattuale²⁰³.

Ne consegue che, da un lato, la categoria dogmatica del consumatore non può più considerarsi idonea a identificare in modo esaustivo tutti quei soggetti dotati di

²⁰⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss.

²⁰¹ Particolare rilievo assume la collocazione sistematica di tale innovazione legislativa: in Italia il legislatore ha collocato tale specifica disciplina al di fuori del Codice civile, in contrapposizione a quanto avvenuto in Germania il 1 gennaio 2022 con la riforma del BGB, in occasione della quale numerose legislazioni speciali sono state incorporate nel codice come parte del diritto civile generale, in un'ottica di modernizzazione e di rafforzamento dell'unità del diritto dei contratti e delle obbligazioni in generale. Si v. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 223; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., pp. 1557 ss., spec. p. 1567; ID., *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., pp. 332 - 345; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 60 ss.

²⁰² L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 224 s.; N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, cit., p. 36 s.; G. CAPO, *op. cit.*, p. 31; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, M. PENNASILICO (a cura di), Napoli, 2012, pp. 25 - 59.

²⁰³ A.P. SCARSO, *op. cit.*, spec. p. 172; L. GATT, *Art. 1469-bis comma 2° - Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al Capo XIV del Codice civile: dei contratti del consumatore - artt. 1469-bis - 1469-sexies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), Padova, 1999, p. 157 s.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., pp. 332 ss.; G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., p. 680 s., ove l'Autore osserva che i caratteri della condizione di debolezza dell'imprenditore si differenziano da quelli tipici del consumatore, a favore del quale il legislatore ha espressamente imposto specifici oneri di forma scritta in sede di formazione del contratto, il diritto di ripensamento e una serie di obblighi informativi precontrattuali.

minor forza negoziale operanti nel mercato e meritevoli di protezione e, dall'altro, neppure un'unitaria figura del contratto asimmetrico sarebbe idonea a dare rilievo alle differenze sostanziali sottese ai contratti B2C e B2b che, rispettivamente, richiedono strumenti e criteri di indagine differenti²⁰⁴.

Il tema di discussione riguarda quindi l'individuazione dei nuovi contraenti deboli, bisognosi e meritevoli di protezione, proprio in quanto vincolati al *diktat* della parte contraente più forte²⁰⁵.

Taluni giuristi degli anni Settanta hanno scorto i tratti di una terra di mezzo, ossia di una nuova figura negoziale nell'ambito della quale una parte imprenditrice è in grado, quantomeno apparentemente, di prevaricare sull'altra in termini di potere contrattuale, generando una condizione di assoggettamento e sbilanciamento di poteri²⁰⁶.

Varie considerazioni sono state avanzate nel tentativo di accertare se le norme volte a porre rimedio al disequilibrio di poteri contrattuali, originariamente tipiche dei contratti B2C, possano dirsi confacenti ad un'unica e comune finalità di protezione e di conseguente repressione degli abusi contrattuali, indipendentemente dallo *status* rivestito dal contraente "debole"²⁰⁷. La domanda è sorta spontanea dalla lettura del testo normativo sulle clausole abusive nei contratti B2C, a fronte della quale ci si è chiesti se tali disposizioni siano applicabili esclusivamente a tale specifico paradigma contrattuale

²⁰⁴ Difatti, nei contratti B2C rileva lo squilibrio normativo dei diritti ed obblighi tra i contraenti, mentre in quelli B2b lo squilibrio economico tra il valore delle prestazioni corrispettive, oltre che, in ipotesi di dipendenza economica, la proporzionalità dei diritti ed obblighi dal contratto (cfr. E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 888 - 891, ove l'Autore, tra le altre, precisa che nella nozione di "terzo contratto" non può includersi il contratto C2C dal momento che in tali rapporti non è possibile individuare a priori e in astratto il soggetto "debole" meritevole di tutela, essendo gli operatori ivi coinvolti esclusivamente privati).

²⁰⁵ Cfr. R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, cit., spec. p. 2161; G. CAPO, *op. cit.*, p. 221.

²⁰⁶ *Ex multis*: R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, cit., pp. 2143 - 2165; ID., *Conclusioni*, cit., pp. 331 ss., ove l'Autore definisce il "terzo contratto" come terra di mezzo tra "due nuclei solidi, in grado di esprimere, ciascuno per la sua parte, una *ratio* destinata ad orientare il momento applicativo: da ravvisare, per un verso, in una sublimazione pressoché autoreferenziale di autonomia e responsabilità, con la funzione del diritto tendenzialmente ridotta a garantire [...] la coattività degli impegni assunti: per l'altro, in un consapevole paternalismo, che intende supplicare all'insanabile miopia di chi popola i mercati senza poterne essere protagonista dall'interno"; A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, cit., pp. 570 ss.; ID., *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., pp. 138 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, cit., pp. 493 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., pp. 69 - 90; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., pp. 317 ss., spec. p. 334; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 1 - 6; A. PISU, *op. cit.*, pp. 79 - 89.

²⁰⁷ In tema di giustizia del contratto si vedano G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2006, pp. 255 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, *ivi*, fasc. 4, 2003, pp. 407 - 422.

o se, invece, ne possa derivare un'applicazione generale e più estesa volta ad informare l'intero ordinamento²⁰⁸. In particolare, posto che la disciplina a tutela del consumatore richiede anche un'integrazione con la parte generale sul diritto dei contratti, è stato naturale domandarsi se tale legislazione speciale possa trovare applicazione anche nei contratti B2b e, dunque, anche a favore di quei contraenti "deboli" che non soddisfano i requisiti soggettivi previsti dal D.lgs. 206/2005²⁰⁹.

La questione non è pacifica.

Secondo una prima prospettiva, tali norme speciali avrebbero un campo di applicazione circoscritto ai soli contratti B2C con l'ovvia conseguenza che le stesse non potrebbero estendersi, neppure in via analogica, alla generalità dei contratti asimmetrici²¹⁰. Al contempo, l'esposta dottrina non esclude a priori che nei rapporti tra imprese lo stato di inferiorità dell'imprenditore "debole" conseguente alla mancanza di libera concorrenza o ad uno stato di dipendenza economica giustifichi una specifica disciplina di protezione.

Una seconda concezione, invece, sarebbe favorevole ad un'estensione del campo applicativo della normativa consumeristica a favore di tutti contratti stipulati tra parti dotate di diseguale potere negoziale, indipendentemente dalla qualifica negoziale da quest'ultime rivestita.

La dottrina in parola sostiene che la disciplina delle clausole vessatorie posta a tutela del consumatore sarebbe applicabile ad ogni contraente debole in attuazione della clausola generale di buona fede oggettiva. Secondo tale indirizzo, il carattere esclusivamente speciale, non eccezionale, della normativa sulle clausole squilibrate in

²⁰⁸ Per un approfondimento si rinvia a G. ALPA, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 237 ss.; F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, cit., pp. 25 - 59.

²⁰⁹ P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, cit., spec. pp. 631 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, cit., pp. 493 ss.; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss.

²¹⁰ In tal senso si vedano G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2009, pp. 73 ss.; E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 880 - 897; R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, cit., pp. 2143 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., pp. 507 - 538; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 787 - 823, il quale precisa che nulla esclude che ciascun ordinamento giuridico nazionale possa estendere gradatamente la disciplina consumeristica a favore anche dei contratti stipulati tra imprenditore, allorché si ravvisi la medesima esigenza di protezione.

danno del contraente “debole”, ne permetterebbe un’applicazione analogica, attraverso un’interpretazione estesa dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi²¹¹.

Altra dottrina ha, invece, rilevato che sarebbe preferibile non ammettere un impiego della clausola generale di buona fede come strumento integrativo del regolamento contrattuale, dal momento che la stessa non è annoverata tra le fonti di integrazione di cui all’art. 1374 c.c.²¹².

Sul tema si è pronunciata la Corte di Giustizia Europea²¹³ la quale, benché in più occasioni abbia escluso l’applicabilità ai contratti B2b della normativa introdotta dalla Direttiva europea a tutela del consumatore, non ha precluso ai legislatori nazionali di ampliare il campo di applicazione della disciplina consumeristica a favore di tutte quelle fattispecie nell’ambito delle quali venga riscontrata un’esigenza di tutela del contraente “debole”, anche ove quest’ultimo rivesta la qualifica di imprenditore o professionista. A

²¹¹ F.D. BUSNELLI, *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis 1469-sexies): una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Nuove leg. civ. comm.*, fasc. 4/5, 1997, pp. 757 - 777; L. BIGLIAZZI-GERI, *L’interpretazione del contratto. Artt. 1362 - 1371*, in *Commentario Schlesinger*, F.D. BUSNELLI (a cura di), Milano, 1991, pp. 95 ss. e 210 ss.; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: «correzione dell’autonomia contrattuale a favore del subfornitore come professionista debole?»*, in *Resp. comunic. impr.*, fasc. 3, 1998, pp. 403 - 410.

²¹² Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 1, 1997, pp. 9 ss., il quale osserva che la buona fede costituisce soltanto un criterio ermeneutico finalizzato all’esplicitazione dei doveri e delle condizioni implicite nel regolamento contrattuale ovvero un criterio per la regolamentazione delle modalità esecutive del contratto, alla stregua di una fonte dei c.d. obblighi di protezione gravanti in capo a ciascun contraente; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pp. 115 ss., ove l’autore osserva che «parlare di interpretazione integrativa si risolve in una vera e propria contraddizione in termini, non potendo l’interpretazione, per sua natura, assolvere una funzione diversa da quella di determinare la fattispecie»; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Milano, 2004, p. 358, il quale osserva che la clausola generale di buona fede costituisce, da un lato, una regola correttiva ed integrativa del regolamento contrattuale e, dall’altro, un criterio di scrutinio della condotta dei contraenti. Di diverso avviso M. GRONDONA, *op. cit.*, pp. 245 ss., secondo cui, costituendo la clausola generale di buona fede l’elettivo strumento dell’ermeneutica contrattuale, la stessa assume necessariamente un ruolo di rilievo nella determinazione del contenuto del contratto, indipendentemente dalla presenza di lacune da colmare per mezzo dell’intervento autoritativo del giudice; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, ID., S. PAGLIANTINI (a cura di), II ed., Torino, 2015, p. 26, ove osserva che tale ragionamento consegue de plano dal dettato codicistico, il quale non menziona la buona fede all’art. 1374 c.c. tra le fonti di integrazione del contratto, ma la prevede quale regola di valutazione delle condotte assunte dai paciscenti nel corso dell’esecuzione del rapporto all’art. 1375 c.c. In una diversa prospettiva, è stato ritenuto che tale limite potrebbe essere superato riconducendo l’art. 1375 c.c., disciplinante la clausola generale di buona fede, nell’alveo della nozione di “legge” menzionata dall’art. 1374 c.c., riconoscendo così la buona fede come una fonte legale di integrazione del contratto per mezzo di un’interpretazione evolutiva di tale disposizione. Una tale soluzione, tuttavia, contrasta con la natura di clausola generale pacificamente riconosciuta alla buona fede, in forza della quale si sottende che le regole di condotta da essa desumibili siano di formazione giurisprudenziale e non regole legali predeterminate.

²¹³ Si veda Corte di Giustizia Europea, *Cape Snc vs. Idealservice S.r.l. (C-541/99)* e *Idealservice MN RE S.a.s. vs. OMAI S.r.l. (C-542/99)*, ECLI:EU:C:2001:625; nello stesso senso *Condominio di Milano, via Meda vs. Eurothermo S.p.A. (C-329/19)*, ECLI:EU:C:2020:263.

titolo esemplificativo, un'ipotesi di debolezza negoziale a fronte della quale si potrebbe ipotizzare un'applicazione estesa della normativa B2C si ricava in materia di verifica e controllo dell'abusività delle CGC nei rapporti B2b. Innanzi ad una tale circostanza, difatti, lo squilibrio di poteri tra le parti e l'asimmetria informativa costituiscono caratteri intrinseci al procedimento stesso di formazione del contratto standardizzato, indipendentemente dalla qualifica ricoperta dal soggetto aderente²¹⁴.

È altresì interessante osservare come la Direttiva 93/13 CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori è stata recepita nei vari Stati membri dell'Unione Europea secondo due differenti modalità: alcuni hanno provveduto al suo accoglimento mediante una legge speciale *ad hoc* con il proposito di settorializzare gli interessi tutelati, mentre altri ordinamenti hanno integrato la nuova normativa con i codici già esistenti per mezzo di un'attività di novellazione legislativa finalizzata all'introduzione di specifiche regole dotate di valenza più estesa e volte a conformare le regole generali sui contratti, sebbene riguardanti specifiche categorie di soggetti²¹⁵. Il problema, come è facile immaginare, si è posto per quegli ordinamenti - come quello italiano - ove in presenza di un Codice civile, la normativa di cui alla Direttiva è stata recepita attraverso l'introduzione di una legge speciale. Tale scelta legislativa, infatti, ha comportato non indifferenti problemi interpretativi circa la possibilità di estendere il campo applicativo della normativa in parola.

Indipendentemente, però, dalla tecnica legislativa adottata dai vari legislatori, evidente è il punto di connessione tra le figure del cosiddetto secondo (B2C) e terzo contratto (B2b), ossia la condizione di debolezza della controparte contrattuale.

Ciò nonostante, non bisogna dimenticare che a tali figure negoziali fanno da sfondo numerosi elementi di diversità. Si osservi che, a differenza di quanto accade per i contratti B2C, ai fini dell'applicazione dell'ipotizzata disciplina di protezione riservata al contratto bilateralmente commerciale non è sufficiente vagliare la qualità soggettiva delle parti, ma è necessario verificare la sussistenza di una condizione di dipendenza

²¹⁴ L. GATT, *Art. 1469- bis comma 2° - Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, cit., pp. 100-176. Si veda anche R.H. COASE, *The firm, the market and the law*, cit., il quale ha osservato che l'asimmetria informativa induce le imprese ad assumere condotte opportunistiche e non collaborative che si riflettono negativamente in termini di efficienza degli scambi; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, cit., pp. 25 - 59.

²¹⁵ Cfr. G. ALPA, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, cit., spec. p. 239; P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, cit., spec. pp. 633 - 636; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., pp. 605 ss.

economica, oltre che l'assenza nel mercato di alternative negoziali maggiormente favorevoli e soddisfacenti per il contraente "debole"²¹⁶.

Per tale motivo le fattispecie riconducibili alla figura del "terzo contratto" posso definirsi solo apparentemente analoghe a quelle tipiche dei rapporti B2C²¹⁷.

Alla luce di quanto detto, la teoria secondo cui il limite soggettivo di applicazione della disciplina posta a tutela del consumatore sarebbe superabile in via analogica, indipendentemente dalla qualifica giuridica rivestita dai contraenti, ogniqualvolta si verifichi un'ipotesi di strutturale disparità di potere negoziale, è del tutto inappagante. Invero, la *ratio* sottesa alla normativa comunitaria che ha condotto il legislatore nazionale alla redazione del Codice del Consumo non è data dalla tutela della più ampia categoria del contraente-aderente, bensì dalla protezione della più specifica classe del consumatore-aderente.

Esclusa la possibilità di applicare in via estensiva ed analogica la normativa B2C a favore dei contratti bilateralmente commerciali, la dottrina ha dato vita alla teoria del c.d. terzo contratto.

Per meglio dire, una volta definiti i confini del "primo" contratto, negoziato e stipulato in ogni dettaglio da soggetti pienamente consapevoli, avvertiti e sofisticati, e del "secondo" contratto B2C, è stata profilata la figura del "terzo contratto" quale terra di mezzo²¹⁸. Da qui, è sorta l'esigenza di riempire di contenuto tale nuova e misteriosa formula contrattuale, nel tentativo di ricostruirne un'adeguata trama disciplinare.

Idealmente trattare di "terzo contratto" induce la mente all'area di una terza macrocategoria descrittiva ed evocativa, includente tutti quei rapporti contrattuali caratterizzati da un'asimmetria di potere di natura fisiologica, giacché connessa al naturale sviluppo delle relazioni nel mercato.

²¹⁶ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., pp. 329 ss.; F. ADDIS, «*Neoformalismo*» e tutela dell'imprenditore debole, cit., pp. 30 ss., ove l'Autore osserva che: "a differenza della debolezza consumeristica [...] quella dell'imprenditore non è mai predicabile a priori e in astratto ma è solo eventualmente accertabile a posteriori e in concreto, sicché su queste basi è bene che la diversità tra le due situazioni continui ad essere mantenuta".

²¹⁷ G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., spec. p. 678, L. NONNE, *op. cit.*, p. 60 - 68; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 79 s; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 126.

²¹⁸ G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., pp. 673 - 724; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., pp. 137 - 177; A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., pp. 137 ss.

La categoria negoziale in parola pare assumere i caratteri di un vero e proprio paradigma contrattuale caratterizzato da specifici istituti volti, da un lato, ad attenuare la forza contrattuale dell'impresa dotata di maggior potere negoziale e, dall'altro, a garantire strumenti di protezione e rimedi invalidanti nell'interesse dell'impresa "debole", nonché prevedendo mezzi di controllo dell'equilibrio economico e normativo del contratto²¹⁹. Quanto detto, lo si ribadisce, senza voler in alcun modo identificare il "terzo contratto" come autonomo ed organico statuto normativo, come invece accaduto per il "primo" e il "secondo" contratto, soprattutto se si considera che il legislatore si è limitato a recepire la normativa comunitaria, regolamentando situazioni di asimmetria di potere in grado di incidere negativamente sugli equilibri di mercato, senza voler in alcun modo riconoscere l'esistenza di una terza ed autonoma categoria negoziale²²⁰.

Ciò nonostante, la possibilità di inquadrare il c.d. terzo contratto come una vera e propria categoria contrattuale a sé stante è da sempre oggetto di ampie discussioni.

La dottrina favorevole al riconoscimento del c.d. terzo contratto ha ricavato le fondamenta di tale innovativa macrocategoria dalle disposizioni attraverso le quali il legislatore ha riconosciuto rilevanza alle situazioni di "debolezza" di uno dei contraenti, sanzionando le condotte abusive e ricorrendo a tecniche rimediali eterogenee rispetto a quelle "classiche" codicistiche²²¹.

La protezione dell'imprenditore "debole" fonderebbe, innanzitutto, le sue radici nella Legge in materia di subfornitura n. 192/1998.

Partendo dalle peculiarità del procedimento di formazione del contratto che il legislatore ha riservato ai contratti di subfornitura, l'art. 2 dalla Legge n. 192/1998 prescrive che il contratto venga stipulato in forma scritta a pena di nullità. Il secondo comma della norma in esame dispone che, in caso di proposta inviata dal committente non seguita da accettazione scritta del subfornitore il quale, tuttavia, inizia le lavorazioni o le forniture, il contratto si considera concluso per iscritto, ferma restando l'applicazione dell'art. 1341 c.c. Sembra, quindi, che tale disposizione preveda

²¹⁹ F. DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, cit., spec. pp. 330 - 332; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 168 - 171; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»*, cit., pp. 298 ss.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 62.

²²⁰ A differenza di quanto accaduto per il contratto con il consumatore, la disciplina riferibile al terzo contratto può essere rintracciata in via ermeneutica soltanto indirettamente dalle norme codicistiche e dalla legislazione speciale, senza che ciò possa dar vita ad uno statuto generale.

²²¹ G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., spec. p. 675; E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 857 - 897; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2009, pp. 16 ss.

un'ipotesi di conclusione del contratto mediante esecuzione distinta da quella dettata dall'art. 1327 c.c. posto che, nel caso della subfornitura, la scelta di dare avvio alle opere è rimessa all'esclusiva volontà del subfornitore, indipendentemente dagli usi o da un'eventuale richiesta in tal senso del proponente, come invece esige la norma codicistica menzionata.

Prendendo atto di tale disciplina di favore per il subfornitore, la dottrina si è spinta ad affermare che l'art. 2 della Legge n. 192/1998 avrebbe introdotto implicitamente nell'ordinamento giuridico una nuova e, soprattutto, specifica fattispecie legale di conclusione del contratto mediante esecuzione, applicabile - e qui emerge la contraddizione - ad un contratto formale, quale è quello di subfornitura²²². Avendo posto il requisito formale esclusivamente in capo al committente, l'intento del legislatore è stato quello di assicurare un vantaggio - seppur minimo - al subfornitore, quale tipica parte "debole" del rapporto, consentendogli di dare immediato avvio alle lavorazioni, in deroga al "diritto comune" dei contratti, oltre che di svincolarsi dalle eventuali clausole onerose eventualmente accluse nel regolamento contrattuale; clausole che in ogni caso necessitano di una specifica approvazione per iscritto ai fini della loro validità ed efficacia. Ne consegue che, affinché il committente possa avvalersi delle clausole vessatorie accluse nella proposta di subfornitura, a fronte della quale il subfornitore ha dato immediato avvio alle opere, è necessario che il proponente sottoponga alla controparte negoziale un testo integrativo riportante tali condizioni,

²²² Per un approfondimento sull'operatività di tale modalità "semplificata" del contratto si rinvia a: M. DELL'UTRI, *La conclusione del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Napoli, 1998, pp. 67 - 75; M.A. LIVI, *Le nullità*, *ivi*, pp. 171 - 180; G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, *cit.*, pp. 683 - 685; L. NONNE, *op. cit.*, p. 161 s.; E. MINERVINI, *La specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie nella recente legislazione speciale*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Milano, 2004, pp. 89 - 94; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, pp. 48 - 51; F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, *cit.*, pp. 25 - 59; P. SPOSATO, *Forma e modalità di conclusione del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, ID., M. COCCIA (a cura di), Torino, 1999, pp. 69 - 86; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, *cit.*, pp. 12 - 16, la quale osserva che «per la prima volta, nella regolamentazione legale di un contratto, si coniuga la tradizionale valenza della forma scritta come elemento di validità, imperativamente imposto, con una "frammentazione", sotto il profilo formale, del consenso delle parti reputata rispondente alle esigenze di tutela perseguite in concreto». In senso critico si veda A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, pp. 251 - 289; F. DELFINI, *Art. 2 - Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in AA.VV., *La subfornitura*, G. DE NOVA (a cura di), Milano, 1998, pp. 11 - 24; S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, *cit.*, p. 327 s.; B. GRAZZINI, B.M. GIACÒ, *La legge 192/98 recante "Disciplina delle subforniture nelle attività produttive": le problematiche*, in *Resp. comunic. impr.*, fasc. 3, 1998, pp. 411 - 420.

richiedendone appositamente l'accettazione per iscritto *ex art. 1341 ii)* comma c.c. Diversamente, le previsioni contrattuali riconducibili, seppur in via analogica, all'elenco di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. sono destinate a rimanere prive di efficacia nei confronti del subfornitore.

Nell'ipotesi dettata dal secondo comma dell'art. 2 Legge n. 192/1998, il committente, quindi, non versa più nella condizione di poter scegliere di concludere il contratto avvalendosi delle clausole vessatorie da lui redatte ovvero di non concluderlo allorquando il subfornitore decida di non accettarle, poiché la scelta è rimessa unicamente al subfornitore il quale, in sede di accettazione, può aggirare le clausole accluse nel regolamento idonee a determinare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi assumendo un comportamento concludente, ossia dando immediata esecuzione al contratto.

Alla luce di quanto detto, si può ritenere che il legislatore ha inteso favorire il subfornitore o meglio, più in generale - come si vedrà nel prosieguo - l'imprenditore "debole", mettendo a sua disposizione uno strumento negoziale che lo legittimi a sottrarsi all'efficacia di tali clausole, al contempo senza rinunciare alla stipula del contratto e alla soddisfazione dei suoi interessi.

Non si può però tacere che parte della dottrina ha reputato l'interpretazione qui data dell'art. 2 eccessivamente gravosa per il committente, ritenendo invece più opportuno qualificare il secondo comma come norma dispositiva derogabile, cosicché il committente possa riservarsi il diritto di imporre al subfornitore la forma scritta per l'accettazione. Secondo tale prospettiva, l'art. 2 in parola si limiterebbe a consentire una peculiare modalità di formazione del contratto che, in ogni caso, può essere derogata o esclusa dalle parti²²³.

Altra parte della dottrina ha invece sostenuto che il legislatore, con l'inciso di cui al secondo comma dell'art. 2 della Legge sulla subfornitura volto a richiamare l'applicazione dell'art. 1341, *ii)* comma c.c., avrebbe sancito che, allorquando il contratto è concluso mediante l'avvio delle opere, il negozio così concluso viene equiparato al contratto per adesione sulla base della presunzione per cui la proposta del

²²³ F. DELFINI, *Art. 2 - Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, cit., p. 18; C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 57; P.M. PUTTI, *Art. 2 - Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Milano, 1999, p. 76 s.

committente sarebbe assimilata al regolamento contrattuale unilateralmente predisposto²²⁴. Ciò, lo si precisa, non esclude comunque la problematicità emersa in ordine alla validità delle eventuali clausole onerose accluse nel regolamento contrattuale dal committente.

L'art. 2 della Legge n. 192/1998 costituisce quindi un chiaro esempio di come l'esigenza di protezione dei contraenti "deboli", benché rivestano la qualifica di imprenditori, abbia indotto il legislatore ad introdurre quantomeno minimi strumenti rimediali derogatori alle regole generali dettate dal Codice civile.

Un'ulteriore norma racchiusa nel testo sulla subfornitura idonea a rivelare tale tendenza legislativa si rinviene all'art. 9 della Legge n. 192/1998 per mezzo del quale il legislatore sanziona l'abuso di dipendenza economica²²⁵, ovverosia quella condizione distorsiva del corretto funzionamento del mercato configurabile allorché un'impresa è in grado di determinare un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali con altre imprese dotate di minor potere contrattuale e prive di valide alternative sul mercato.

La questione di rilievo affrontata dall'art. 9 Legge n. 192/1998 è quella che sorge in conseguenza alla condotta opportunistica assunta dall'impresa che abbia raggiunto una posizione di "dominanza economica relativa" in danno di un'altra impresa, la quale, nell'ambito di una relazione contrattuale già in essere di lunga durata o di specifiche trattative ad essa connesse, abbia sostenuto costi irrecuperabili (c.d. *sunk costs*) in ragione degli investimenti dedicati necessari per la corretta esecuzione del rapporto. Si tratta di una tipica situazione che si può configurare quando l'impresa

²²⁴ Cfr. G. NICOLINI, *op.cit.*, pp. 49 ss.

²²⁵ L'abuso di dipendenza economica, quale risultato di un vizio strutturale di mercato idoneo a determinare uno stato di soggezione economica, rileva esclusivamente con riguardo al singolo rapporto tra imprese e non presuppone alcuna indagine circa l'impatto anticoncorrenziale arrecato, a differenza di quanto accade in ipotesi di abuso di posizione dominante, il quale si può configurare solo in un mercato di non perfettamente concorrenziale in ragione della presenza di un'impresa dominante che opera nel mercato abusando della propria posizione di supremazia. Ciò non toglie che tali abusi possano sovrapporsi. Sul punto si veda G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., p. 707 il quale precisa che il principale obiettivo che ha condotto il legislatore a una tale previsione normativa non è, *prima facie*, solo quello di garantire una protezione all'imprenditore "debole", ma soprattutto quella di sanzionare i comportamenti opportunistici delle imprese dotate di una maggior forza negoziale, che spesso disincentivano le attività minori che sono comunque essenziali per uno sviluppo competitivo ed efficiente del mercato; nello stesso senso si veda V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 21 - 32. Per un approfondimento si rinvia al paragrafo n. 2.3.

“forte”, abusando della condizione di dipendenza economica delle altre imprese²²⁶, cerca di trarre un ingiusto vantaggio, appropriandosi di una parte dell’utile che avrebbe dovuto remunerare l’attività dell’altro contraente²²⁷.

L’inevitabile conseguenza, come è facile immaginare, è quella che l’impresa “debole” è destinata a subire il cosiddetto *lock-in effect*, divenendo “prigioniera” del rapporto contrattuale instaurato, a tal punto da essere disposta ad accettare una remunerazione inferiore a quella preventivata ed attesa, piuttosto che vedersi privata dell’intero valore del contratto e del rapporto commerciale desiderato²²⁸.

La constatazione dell’ambivalenza di forza negoziale che caratterizza i c.d. contratti di impresa e la connessa realtà economico-sociale non potevano che condurre all’affermazione di una nuova ed autonoma categoria dogmatica di notevole evidenza empirica. Così, in forza dell’assunto per cui nei rapporti B2b l’esercizio dell’attività di impresa di uno dei paciscenti è strettamente connessa, se non addirittura dipendente, da quella dell’altro, in dottrina²²⁹ è stata supposta l’esistenza di un terzo modello di contratto - il quale ricalca sommariamente i caratteri della disciplina riservata ai

²²⁶ Inoltre, è utile osservare che l’ordinamento giuridico presta tutela ai rapporti squilibrati B2b, esclusivamente in ipotesi di notevole, eccessivo o comunque significativo sbilanciamento dei poteri contrattuali tra le parti (c.d. *gross disparity*), quando questo costituisca il risultato dello sfruttamento abusivo di tale disparità di potere da parte del contraente più “forte”; cfr. F. CAMILLETTI, *op. cit.*, pp. 58 - 66; F. MACARIO, *L’abuso dell’autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, p. 302; C. C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 193; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 3028; R. ROLLI R., *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”?*, cit., pp. 611 ss., ove si precisa che, ai fini dell’applicazione delle discipline di protezione, è necessario accertare che l’eccessivo squilibrio dei diritti ed obblighi tra le parti costituisca la conseguenza della condotta tenuta dal contraente forte in violazione della buona fede contrattuale.

²²⁷ Cfr. G. D’AMICO, *Il c.d. “terzo contratto”: la formazione*, cit., pp. 700 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 249; A. PISU, *op. cit.*, p. 88, ove l’Autrice si interroga, in particolare, sulla portata del divieto di *ius variandi* racchiuso nella Legge n. 192/1998 a protezione dell’imprenditore “debole”.

²²⁸ Si veda per un approfondimento G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., pp. 1 - 49, spec. p. 24 s.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 24 s.

²²⁹ In tal senso si v. A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 8 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665-687; G. COLANGELO, *op. cit.*, pp. 665 ss.; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 3, 1998, pp. 449 - 451; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., pp. 75 ss.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., p. 334 e 341; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 37 - 41; G. CAPO, *op. cit.*, pp. 188 - 192, ove l’Autore sostiene che, in mancanza di una disciplina organica volta a tutelare la posizione del contraente “debole” in generale, indipendentemente da suo status di consumatore o professionista-imprenditore, l’art. 9 della legge sulla subfornitura costituisce un tipico esempio di intervento legislativo finalizzato a garantire la giustizia dei contratti, nell’ottica di recupero degli equilibri contrattuali compromessi dai meccanismi di mercato.

contratti B2C²³⁰-, dotato di proprie ed autonome caratteristiche e destinato a trovare specifica applicazione nell'ambito dei rapporti squilibrati tra imprese²³¹.

1.5.3 Le critiche mosse all'applicabilità della disciplina consumeristica alla categoria giuridica del c.d. terzo contratto

In una diversa prospettiva, altra dottrina ha fermamente sostenuto l'irriconecibilità dell'autonoma categoria del c.d. terzo contratto²³².

I sostenitori di tale pensiero hanno osservato che, nella logica dei contratti B2C, la disciplina di protezione a favore contraente "debole" è finalizzata all'eliminazione dell'asimmetria informativa che caratterizza tale specifica categoria contrattuale²³³. Nei contratti bilateralmente commerciali, invece, il problema concernente la debolezza del contraente imprenditore emerge in termini concettualmente diversi ovverosia di asimmetria di capacità economico-contrattuale, con la conseguenza che lo squilibrio dei

²³⁰ O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 25, il quale rileva che la legge sulla subfornitura sembra modellare i contenuti del Codice del Consumo in tema di clausole abusive, dei quali viene attuata una sorta di estensione a favore del subfornitore.

²³¹ In dottrina e in giurisprudenza è stata anche ipotizzata e poi affermata un'applicazione generalizzata dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 quale clausola generale, desinata ad applicarsi a tutte quelle fattispecie di squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti, idoneo ad incidere negativamente sugli equilibri concorrenziali di mercato. Si rinvia al paragrafo n. 2.3.

²³² A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss.; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss., il quale osserva che la configurazione di una tutela dell'imprenditore "debole" contrasta con il principio della libertà di concorrenza che fa da sfondo ai rapporti tra imprese basati sul libero gioco del mercato ed i quali richiedono l'estromissione da qualsivoglia intervento dirigitico.

²³³ Cfr. G. VETTORI, *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008 pp. 3011 - 3022; G. D'AMICO, *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, cit., pp. 695 - 699; L. NONNE, *op. cit.*, p. 69; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 3, 2004, pp. 555 - 578.; ID., *Invalità e regole dello scambio*, cit., pp. 102 ss.; M. DE POLI, *op. cit.*, spec. pp. 10 - 18 e p. 26 s., ove si osserva che lo sviluppo dell'innovazione tecnologica e la conseguente crescita della differenziazione dei beni e servizi offerti sul mercato ha comportato un accrescimento delle asimmetrie informative della parte negoziale più debole. Difatti, anche negli ordinamenti di *common law* fondati sulla massima del *laissez faire*, meno inclini al riconoscimento di un controllo esterno dei poteri contrattuali e dell'autonomia privata, hanno riconosciuto l'importanza e l'essenzialità di un controllo statale sullo scambio informato, tanto nell'interesse del soggetto più debole, quanto a tutela dell'efficienza dei mercati; P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, cit., pp. 617 - 636, il quale osserva che le competenze legislative della Comunità Europea sono limitate ad interventi idonei a garantire il conseguimento degli obiettivi istituzionali, ovverosia l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico, perseguibili solo con iniziative normative volte a rimuovere l'asimmetria informativa nei contratti B2C; dal punto di vista comunitario, i rapporti B2b sembrano non godere di alcun rilievo in tema di asimmetria informativa, poiché la professionalità dell'imprenditore costituisce uno strumento ineludibile di apprendimento, utile nella valutazione della convenienza economica degli affari intrapresi.

diritti e degli obblighi tra le parti non scaturisce, salvo casi particolari (ci si riferisce, ad esempio, al contratto di *franchising*), da una condizione di asimmetria informativa²³⁴.

Tale rigida impostazione si fonda sul principio per cui la posizione di debolezza nei rapporti B2b sarebbe radicalmente differente da quella del consumatore per due ordini di motivi: in primo luogo, in quanto nei contratti B2b le parti sono entrambe professioniste ed informate sulle tipiche dinamiche di mercato e l'imprenditore "debole", diversamente dal consumatore, si vede privato di valide e soddisfacenti alternative disponibili sul mercato e, in secondo luogo, poiché trattandosi in via generale di contratti di lunga durata la condizione di vulnerabilità del professionista non riguarda solo il momento genetico del rapporto ma si riflette soprattutto sull'esecuzione ed attuazione dello stesso.

La disciplina invocabile a tutela del contraente imprenditore "debole" deve dunque essere necessariamente tenuta distinta da quella applicabile ai contratti B2C, soprattutto in ragione dei caratteri tipici di tale specifica categoria non estensibili, neppure in via analogica, ad altri modelli contrattuali.

In tal senso, la dottrina contraria²³⁵ all'applicazione estensiva della normativa a tutela del consumatore sostiene che vi sono regole, come quelle relative alle clausole abusive, che non possono essere generalizzate e applicate indistintamente dallo *status* dei contraenti. Ne consegue che, innanzi alla condizione di debolezza dell'imprenditore, gli strumenti di tutela devono essere ricercati nelle regole generali codicistiche come, ad esempio, quelle generalmente applicabili ai contratti conclusi attraverso le CGC, per le quali il legislatore ha previsto un controllo di tipo formale per l'accertamento della loro efficacia, oltre che in quelle desumibili dalla legislazione speciale.

Di qui, la tendenza ad apprezzare la normativa in materia di subfornitura non quale legge speciale volta a trovare applicazione esclusivamente nell'ambito di specifici

²³⁴ Si vedano le pronunce della Corte di Giustizia dell'UE (Terza Sezione), nei procedimenti riuniti C-541/99 e C-542/99, con le quali la Corte ha escluso l'estensibilità al contraente che non rivesta lo *status* di consumatore delle norme di cui alla Direttiva sulle clausole abusive, giacché poste esclusivamente nell'interesse del consumatore: «La nozione di "consumatore", come definita dall'art. 2, lett. b), della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche».

²³⁵ Si veda J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1994, pp. 239 ss.

rapporti contrattuali, bensì come sistema di regole idoneo a promuovere e realizzare una tutela minima a favore dell'imprenditore "debole"²³⁶.

Le riflessioni svolte sono - a parere di chi scrive - condivisibili dal momento che non si può pensare di estendere *a priori* la specifica disciplina di protezione riconosciuta a favore del contraente consumatore innanzi a qualsivoglia rapporto negoziale squilibrato; ciò, soprattutto, se si considera che nella pratica ogni rapporto si compone di una - seppur minima - disparità sostanziale di potere tra i soggetti coinvolti, in ragione delle loro specifiche capacità, posizioni sociali o anche solo per la maggior intrepidezza dimostrata nel corso delle trattative.

Indipendentemente dall'ammissibilità di un nuovo paradigma contrattuale, è certo che, a fronte dell'affermarsi di una sempre più solida logica protezionistica-paternalistica, la chiave di lettura del sistema deve rinvenirsi nel coordinamento tra la garanzia della c.d. giustizia contrattuale e la tutela del libero gioco della concorrenza, affidata alla politica e alla normativa *antitrust*, nell'intento di rimuovere le imperfezioni ed i disequilibri del mercato.

²³⁶ O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 26; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 789 - 833; E. LABELLA, *op. cit.*, pp. 880 - 897; A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 144 s., secondo cui la debolezza dovuta ad incompetenza e debolezza dovuta alla minor forza contrattuale tipica del consumatore non possono essere trattate allo stesso modo della debolezza tipica dell'impresa vittima di rapporti eccessivamente e ingiustificatamente squilibrati; E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, spec. pp. 518 - 522, ove l'Autore non esclude che anche all'imprenditore possa definirsi contraente "debole", ma precisa che la disciplina applicabile deve essere differente da quella invocabile nei contratti B2C.

CAPITOLO II

La normativa a protezione dell'impresa "debole": i sistemi di *private* e *public enforcement*

SOMMARIO: 2.1 Considerazioni sull'abuso di diritto: una formula contraddittoria – 2.2 La posizione dominante dell'impresa quale illecito anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 Legge n. 287/1990: analisi del recente caso *Ryanair vs Lastminute* – 2.3 La disciplina di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: il campo di applicazione oggettivo e soggettivo dell'abuso di dipendenza economica – 2.3.1 I labili confini tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica – 2.3.2 L'assenza di alternative di mercato soddisfacenti per l'impresa economicamente dipendente – 2.4 I sistemi di *private* e *public enforcement* in ipotesi di abuso di dipendenza economica – 2.5 L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'AGCM: i più recenti interventi di *public enforcement* – 2.5.1 Il caso *McDonald's* – 2.5.2 Il caso *Benetton* – 2.5.3 Il caso *Poste Italiane* – 2.6 Il modello di controllo dell'abuso contrattuale adottato nei sistemi di *common law*: il caso *Times Travel (UK) Ltd* contro *Pakistan International Airlines Corp*

2.1 Considerazioni sull'abuso di diritto: una formula contraddittoria

Nel primo capitolo è stata tracciata una panoramica dell'evoluzione del *tertium genus* del terzo contratto e le ripercussioni che i rapporti squilibrati tra imprese possono avere nel mercato alla luce della normativa *antitrust*, onde evidenziare come la dibattuta questione non abbia condotto ancora all'introduzione di una specifica normativa di protezione, come accaduto a favore del consumatore.

Ora l'attenzione va posta all'esame di un secondo profilo caratterizzante i rapporti B2b strettamente connesso all'utilizzo delle CGC inique e squilibrate, ossia la disamina di quelle condotte potenzialmente abusive che le imprese commercialmente "forti" tendono ad assumere nei confronti dei *partner* "deboli", con importanti ripercussioni anche sulla concorrenzialità del mercato. Ciò, al fine di individuare, con specifico riferimento alle fattispecie di abuso di dipendenza economica *ex art. 9* della Legge n. 192/1998, i rimedi contrattuali che la legge accorda alle imprese vessate da tali condotte abusive nella prospettiva di salvaguardia della posizione commerciale del contraente "debole" e di conservazione, ove opportuno, del rapporto negoziale.

Per chiarire adeguatamente tali profili, è necessario anzitutto soffermare l'attenzione sull'operatività dell'istituto dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto contrattuale.

L'abuso del diritto costituisce un istituto giuridico tutt'oggi molto discusso e dai lineamenti in parte indefiniti²³⁷.

L'interrogativo al quale occorre dare risposta è se il divieto di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 sia ascrivibile alla figura dell'abuso del diritto²³⁸. Per far ciò, è innanzitutto indispensabile definire l'oggetto e il campo di applicazione dell'istituto.

Secondo l'accezione tradizionale l'abuso in parola ricorre allorché una persona fisica o giuridica eserciti un diritto soggettivo per fini contrari ai principi di buona fede, perseguendo interessi non meritevoli di tutela²³⁹. L'istituto racchiude l'esigenza di armonizzare il diritto soggettivo con le finalità sociali proprie dell'ordinamento giuridico, scongiurando l'esercizio di diritti secondo modalità pregiudizievoli degli altrui interessi. Motivo per cui tale divieto è stato anche definito come lo strumento idoneo a concretizzare la clausola generale di buona fede²⁴⁰, in forza della quale una libertà può essere sacrificata o può subire determinate restrizioni quando ciò si renda necessario per perseguire o garantire un diverso e prevalente valore o bene giuridico.

²³⁷ Parte della dottrina ha manifestato un atteggiamento contrario al riconoscimento della nozione di abuso del diritto, negandone l'esistenza e sostenendo l'inconciliabilità logica tra diritto e abuso: in tal senso si vedano V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, 1878, I, c. 481; ID., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, *ivi*, 1961, c. 256 ss.

²³⁸ Sul punto, è utile richiamare quanto affermato da Messinetti, secondo cui l'Agire abusivo non è «un'azione non legittimata, ma un'azione illecita» (cfr. D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, p. 9).

²³⁹ L'Abuso del diritto presuppone che il soggetto dell'azione vessatoria sia anche titolare della prerogativa di cui si abusa. Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 242, il quale osserva che in tal caso non si può neppure parlare di esercizio di un diritto soggettivo, dal momento che il rispetto del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* rappresenta un limite interno al diritto stesso, oltre il quale si varca il confine verso ciò che può definirsi illecito; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, fasc. 1, pp. 205 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, *cit.*, pp. 11 - 144.

²⁴⁰ In tal senso F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2013, p. 75 e 112 ove afferma che la buona fede è il precetto, ancorché indeterminato, e il divieto di abuso di diritto una delle funzioni. Secondo una prospettiva contraria si vedano R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, fasc. 5, 2010, pp. 524 - 531 e G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, bona fede e abuso del diritto*, *ivi*, fasc. 1, 2010, nota a Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106 secondo i quali va esclusa ogni commistione tra l'istituto dell'abuso del diritto e il criterio di buona fede, quale criterio di integrazione del contratto, posto che tra il sindacato giudiziale sull'esercizio del diritto alla stregua del parametro dell'abuso del diritto e quello sulla base del canone di buona fede vi sarebbe una netta distinzione: il primo avrebbe ad oggetto le utilità e il fine ulteriore perseguito dal titolare del diritto soggettivo, mentre il secondo verterebbe sulle modalità di esercizio del diritto. Tale dottrina è, altresì, giunta a ritenere che tra il divieto più generale di abuso del diritto e quello di abuso della condizione di dipendenza economica vi sarebbe un rapporto di genere a specie, con la conseguenza che, ove risultino integrati i presupposti per l'applicabilità della legge speciale, la normativa sul divieto di dipendenza economica è destinata a prevalere su quella generale del divieto di abuso del diritto.

Nell'ordinamento giuridico italiano manca una norma generale diretta a sanzionare l'esercizio abusivo di qualsivoglia diritto. La dottrina e la giurisprudenza hanno così cercato di rinvenire tra le norme del Codice civile e nella legislazione speciale una regola avente tale ampia portata.

Una prima formulazione della clausola generale sull'abuso del diritto è stata formulata nell'ambito del progetto preliminare al Codice civile²⁴¹. La proposta non è stata tuttavia trasfusa nel testo definitivo di legge, il quale è stato invece munito di disposizioni dirette a sanzionare l'esercizio abusivo di diritti con riferimento a specifici settori del diritto²⁴². Il fatto che il Codice disciplini unicamente singole ipotesi di abuso ha generato un ricco dibattito volto a comprendere se dalle stesse possa o meno enuclearsi un principio generale di divieto di esercizio abusivo del diritto.

L'abuso del diritto²⁴³, per come oggi inteso, fonda le sue radici nelle fonti sovranazionali e, in particolare, nell'art. 54 della Carta di Nizza, ossia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Divieto dell'abuso di diritto", il quale vieta che le disposizioni ivi contenute siano interpretate allo scopo di esercitare un'attività o compiere atti che mirino a distruggere diritti o libertà riconosciuti dalla Carta o ad imporre a tali diritti o libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta. La disposizione in parola ricalca il testo dell'art. 17 della CEDU, secondo cui *"nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione"*.

In vigenza del sistema liberale fondato sui principi di eguaglianza formale dei soggetti e di certezza del diritto, l'attenzione era posta esclusivamente sulle regole

²⁴¹ Si trattava dell'art. 7 del progetto definitivo del Codice civile, il quale recitava che *"nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto"*.

²⁴² Ci si riferisce all'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi.

²⁴³ La letteratura in tema di divieto di abuso del diritto è sterminata, *ex multis*: R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, III: L'abuso del diritto, Padova, 1997, pp. 217 ss.; C. RESTIVO, *op. cit.*; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2010, pp. 834 - 847 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*. II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss.; F. TORIELLO, *op. cit.*, spec. pp. 278 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»*, cit., spec. pp. 296 - 301; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., pp. 756 - 763; M. BARCELLONA, *Davide Messinetti e l'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma, 2019.

formali volte a garantire il corretto perfezionarsi del contratto. Ogni controllo sulla convenienza economica dell'accordo, sul contenuto dello stesso e sugli atti di esercizio del diritto era escluso²⁴⁴, giacché l'obiettivo del legislatore era esclusivamente quello di garantire la libera esplicazione dell'autonomia negoziale, lasciando così alla libertà e all'autonomia delle parti l'operatività del mercato e la regolamentazione delle relazioni economiche.

Con il trascorrere del tempo e il parallelo evolversi della società e dei rapporti giuridici, cui ha fatto seguito una diffusa esigenza di sottoporre l'esercizio dei poteri dei privati ad uno stringente controllo autoritativo, anche il contegno manifestato dal legislatore italiano circa il vuoto di tutela in tema di abuso del diritto è mutato radicalmente. Nel campo del diritto sono così affiorati obiettivi di politica economica che hanno portato il legislatore ad attuare una strategia interventista, anche in termini di definizione del contenuto del contratto. Per meglio dire, a fronte della presa di coscienza dell'incapacità degli operatori economici di autoregolamentare i rapporti in conformità ai canoni di equilibrio ed equità, lo Stato si è visto costretto ad intervenire nell'ottica di salvaguardia delle dinamiche concorrenziali del mercato, oltre che di elusione del fallimento di mercato e delle distorsioni che potrebbero conseguire ad una concorrenza fondata sull'assoluto ed incontrollato esercizio della libertà negoziale delle parti.

Così, confutando l'assunto secondo cui dove c'è accordo non può esservi abuso, il legislatore ha preso posizione attuando specifici interventi *extra codicem* nell'intento di bilanciare la posizione dei contraenti, tanto nei rapporti B2C quanto B2b, ponendo limitazioni alle forme di abuso di potere idonee a minare l'altrui libertà contrattuale.

Il fondamento normativo dell'istituto dell'abuso del potere contrattuale è stato pertanto rinvenuto nella legislazione speciale e, in particolare, nella disciplina dell'abuso di posizione dominante *ex art. 3 Legge n. 287/1990*²⁴⁵ e dell'abuso di dipendenza economica *ex art. 9 della Legge n. 192/1998*²⁴⁶, quali tipiche ipotesi di

²⁴⁴ Cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., spec. pp. 18 e 160 ss.; M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, pp. 32 ss.

²⁴⁵ A ben vedere, neppure la legge *antitrust* definisce la nozione di "abuso" del potere di mercato. Questa, infatti, si limita a prevedere fattispecie in cui l'abuso è integrato, lasciando spazio all'interprete ad un'applicazione estensiva dei divieti e delle sanzioni irrogate dalla normativa a fronte di comportamenti qualificabili come abusivi assunti dalle imprese che godano di un rilevante potere di mercato.

²⁴⁶ Si veda C. RESTIVO, *op. cit.*, pp. 261 - 267; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 - 708; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 83; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 666 ss.

abuso di autonomia negoziale nella contrattazione d'impresa. È peraltro dato pacifico che il divieto di abuso, per come delineato a livello nazionale e comunitario, è volto ad assicurare protezione non solo al contraente “debole”, ma più in generale alla concorrenza nel mercato, nell'interesse sia delle imprese concorrenti che dei consumatori²⁴⁷.

Non è però mancata la dottrina contraria al riconoscimento di un nuovo principio regolatorio della materia contrattuale volto ad esplicitare quanto lasciato - forse volutamente - inespresso dal legislatore, sostenendo che l'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale, quale estrinsecazione del più ampio istituto dell'abuso di diritto, rappresenta una mera duplicazione della clausola generale di correttezza già nota all'ordinamento giuridico²⁴⁸.

Altra dottrina sostiene invece che se la *ratio* della norma che riconosce un certo diritto esclude automaticamente condotte ad essa contrastanti, allora non sarebbe necessaria un'apposita disposizione volta a vietarne l'abuso poiché, anche ove fosse prevista, la stessa rappresenterebbe una “formula vuota”²⁴⁹.

Quale sia la prospettiva di indagine che si intende assumere, la questione principale concerne l'individuazione del contenuto di tale istituto e dei limiti che

²⁴⁷ Oggetto di protezione dell'istituto dell'abuso di diritto, con precipuo riferimento al divieto di abuso di dipendenza economica, non sono solo gli imprenditori “deboli”, considerati tali in ragione dalla posizione di mercato rivestita, ma anche la libertà di concorrenza funzionale ad un corrente ed efficiente funzionamento del mercato.

²⁴⁸ R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., pp. 217 ss., l'Autore sostiene che il riconoscimento della specifica categoria dell'abuso di autonomia negoziale rischierebbe di accrescere inutilmente lo strumentario dell'interprete, rischiando di creare maggiore confusione circa gli strumenti utilizzabili nella pratica per la soluzione delle concrete fattispecie di abuso; ciò, oltretutto, se si considera che lo strumento della buona fede oggettiva è sufficiente per sanzionare l'uso distorto dell'autonomia negoziale. Nello stesso senso in giurisprudenza si segnala nuovamente Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, con commento di L. DELLI PRISCOLI, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2010, II, pp. 828 - 847 (noto come “caso Renault”), nell'ambito della quale la Suprema Corte, dopo aver identificato nel principio di buona fede uno strumento di concretizzazione del divieto di abuso del diritto, ha affermato che il riconoscimento di un'ulteriore clausola generale per fornire contenuto ad un'altra già esistente, non avrebbe alcuna utilità pratica: «si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso». In senso critico verso l'impostazione restrittiva circa l'ambito di operatività del divieto di abuso si veda P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 234 s.

²⁴⁹ In tal senso si veda F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 667, spec. nota 6.

l'ordinamento pone all'esercizio dei diritti e delle prerogative da parte dei titolari di specifiche situazioni giuridiche soggettive²⁵⁰.

L'orientamento dottrinale²⁵¹ e giurisprudenziale²⁵² maggioritario ravvisa nell'abuso del diritto un criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva e ne individua i seguenti requisiti essenziali: *i*) la titolarità di un diritto soggettivo, *ii*) la possibilità di plurime modalità di esercizio non predeterminate, *iii*) un esercizio censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico e *iv*) una sproporzione ingiustificata tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello individuato dal legislatore e il sacrificio sofferto dalla controparte; non costituisce, invece, un elemento costitutivo dell'abuso l'elemento psicologico soggettivo, ossia il dolo o una specifica e diversa volontà di nuocere la posizione giuridica altrui. Sulla base di tale schematica ricostruzione, pur in mancanza di un'espressa previsione

²⁵⁰ C. RESTIVO, *op. cit.*, pp. 77 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 244, il quale osserva che l'art. 9 della legge sulla subfornitura «non punisce l'esercizio dei propri diritti per perseguire interessi diversi da quelli che l'ordinamento intende tutelare, ma impedisce all'impresa forte di perseguire i propri interessi in modo troppo gravoso o pregiudizievole per la controparte quando questa si trovi in stato di dipendenza economica»; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 675, secondo cui «la scelta di non consentire che il diritto di regolare da sé i propri interessi sia esercitato in modo da costituire un abuso in danno altrui non soltanto risulta perfettamente conforme ai dettami costituzionali, trattandosi, del resto, null'altro che di una particolare espressione della regola basilare di ogni convivenza civile secondo la quale la libertà di ognuno finisce là dove pregiudichi la libertà altrui, ma è anche pienamente rispettosa della libertà contrattuale, intesa correttamente come diritto alla persona a collaborare con gli altri secondo le proprie scelte e non come diritto della parte più forte di sopraffare quella più debole. Ciò conferma che il divieto di abusare del contraente debole non costituisce affatto un limite all'autonomia privata, essendo un tale potere del tutto estraneo alla funzione per la quale l'ordinamento le concede di produrre effetti giuridici».

²⁵¹ Cfr. L. NONNE, *op. cit.*, pp. 201 - 213; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, cit., pp. 255 ss.; ID., *Nullità anomala e conformazione del contratto (nome minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»*, cit., pp. 285 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, pp. 1 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2000, pp. 389 ss.; S. FORTUNATO, *Sull'abuso del diritto e sull'«abuso dell'abuso»*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma, 2019, pp. 107 - 134; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 - 708; L. PENNAZZI CATALANI, *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso ad nutum*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma, 2019, pp. 23 - 34; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., pp. 217 ss.; C. RESTIVO, *op. cit.*, pp. 63 - 87, il quale definisce la categoria dell'abuso del diritto come uno strumento di contenimento dei poteri privati; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 79 e 91 ss., secondo cui «nel compimento di qualsiasi attività si impone la necessaria congruenza tra mezzo e fine, cioè tra strumenti utilizzati e fini da perseguire».

²⁵² In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, 345; in *Giust. civ.*, 2009, I, 2671, dalla cui pronuncia si evince che l'ordinamento rifiuta ogni forma di tutela nei confronti delle condotte abusive assunte, impedendo così che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ingiustificatamente ottenuti, oltre che i diritti connessi, attraverso atti di per sé strutturalmente consentiti, ma esercitati in modo da alterare la funzione del diritto in violazione della regola di (buona fede oggettiva a cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata).

normativa²⁵³, pare che l'abuso di diritto possa configurarsi allorquando il titolare di un diritto soggettivo lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede di cui all'art. 2 Cost., causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte, all'unico fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quel diritto, potere o quella specifica facoltà gli è stata attribuita.

Dal punto di vista del c.d. abuso contrattuale, per verificare se nella pratica l'autonomia negoziale è stata esercitata in spregio ai principi di buona fede e correttezza²⁵⁴, bisogna accertare una oggettiva e manifesta incongruenza tra l'assetto di interessi perseguiti dalle parti e il regolamento contrattuale in concreto redatto, andando oltre al mero valore delle prestazioni dedotte nel contratto²⁵⁵.

Lo sconfinamento dell'esercizio dell'autonomia privata oltre i limiti consentiti non è immediatamente percepibile, ma deve ricavarsi per mezzo di un accertamento *a posteriori* degli interessi in concreto perseguiti dal contraente "dominante" nell'esercizio delle prerogative che gli sono state riconosciute dalla legge.

Oggetto di censura non è quindi l'atto frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale, bensì l'abuso dello stesso.

A titolo esemplificativo, l'abuso di diritto potrebbe configurarsi quale vera e propria anomalia nei rapporti bilateralmente commerciali quando l'impresa che gode di una rilevante forza di mercato acclude nelle CGC previsioni contrattuali manifestamente squilibrate e unicamente volte ad assicurargli un ingiustificato arricchimento, con conseguente pregiudizio per l'imprenditore "debole" in condizione di dipendenza economica. Al verificarsi di tale circostanza, l'abuso del diritto non è insito nella condizione di dipendenza economica *ex se*, bensì consegue all'illegittimo esercizio della forza negoziale perpetrato secondo modalità censurabili in danno dell'autonomia e della libertà contrattuale di quella più "debole". Diversamente, alla presenza di una mera condizione di dipendenza economica, non vi sarebbe alcun abuso

²⁵³ C. RESTIVO, *op. cit.*, p. 132, ove l'Autore osserva che «una condotta qualificabile come abusiva cessa di essere tale nel momento in cui il legislatore ne fa oggetto di un divieto o di un obbligo espresso, perché precipita in una violazione immediatamente rilevabile nel raffronto tra fatto e norma».

²⁵⁴ Si può, infatti, affermare che l'abuso del diritto costituisce parametro rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva.

²⁵⁵ L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 203; F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 342 s.; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., spec. p. 821 e 842; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 808 ss.

di una prerogativa giuridica, quale è la libertà contrattuale, ma un legittimo approfittamento in ragione del libero gioco del mercato e della concorrenza²⁵⁶.

Ne consegue che la condotta negoziale può qualificarsi come abusiva, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una condizione di dipendenza economica, quando risulta non giustificata o giustificabile sulla base di legittime strategie di mercato, come, ad esempio, in ragione dell'eccessiva gravosità delle condizioni contrattuali imposte ovvero dell'arbitrarietà del contegno assunto per aver ingiustificatamente rifiutato di contrarre o interrotto la relazione commerciale in corso. In altre parole, ciò che assume rilevanza non è il contratto in sé, bensì la modalità di esercizio della libertà negoziale, con la conseguenza che la validità del contratto è subordinata all'esito del giudizio sulla correttezza dell'esercizio di tale prerogativa²⁵⁷.

Al ricorrere di tali presupposti è consentito al giudice sindacare e dichiarare inefficaci o invalidi gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oltre che condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento dei danni arrecati alla controparte, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere.

La questione è emblematicamente rappresentata dal noto *leading case* conosciuto come “caso Fiuggi”²⁵⁸ giunto all'attenzione della Corte di legittimità e che ha rappresentato il punto di svolta nella definizione del quadro teorico tracciato dalla dottrina in tema di abuso del diritto e di buona fede correttiva del regolamento contrattuale.

²⁵⁶ C. RESTIVO, *op. cit.*, p. 263; F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, cit., pp. 277 – 320; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 235, ove l'Autore afferma che «nel contratto può aversi “abuso della situazione economica”, nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique», benché tale fattispecie non costituisca un'ipotesi di abuso del diritto del senso proprio dell'espressione. In giurisprudenza si veda Trib. Lecce, 12 settembre 2018, n. 2964, in *DeJure*, 2018, secondo cui l'imposizione di condizioni contrattuali non equilibrate non implica abuso di dipendenza economica: «parlare di “dipendenza economica” non può che implicare l'assenza di reali alternative per la fornitrice, costretta non solo a subire le condizioni contrattuali inique, ma anche ad operare con il cliente forte, in mancanza di altri. Tuttavia, la mera imposizione di condizioni contrattuali non equilibrate non implica una dipendenza: se il fornitore può scegliere di operare con terzi, può di fatto sottrarsi alle condizioni contrattuali inique e, dunque, non ha una vera e propria dipendenza».

²⁵⁷ Si v. F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 849 s.; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 499 e 506 s.; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., pp. 153 – 160; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss.

²⁵⁸ Cass. Civ., 20 aprile 1994, n. 3775, cit. In dottrina si vedano C. RESTIVO, *op. cit.*, pp. 166 - 168; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., pp. 228 ss.

Nel caso di specie, nell'ambito di un contratto di concessione di sorgenti di acqua minerale tra il Comune di Fiuggi e l'Ente Fiuggi S.p.A. per il quale la determinazione del prezzo di vendita delle bottiglie era rimessa al concessionario, le parti avevano pattuito che il canone di "locazione" degli stabilimenti termali²⁵⁹ posto a carico dei distributori delle bottiglie da corrispondere al Comune sarebbe stato commisurato al prezzo di vendita delle confezioni d'acqua. Il concessionario, per mantenere nel tempo la stabilità del canone di locazione e del prezzo di vendita delle bottiglie nonostante l'inflazione galoppante, aveva pianificato una rete distributiva tramite una serie di società controllate, determinando così un notevole incremento del prezzo praticato al pubblico da parte delle terze società distributrici. Operando in tal modo, il concessionario, al contempo era riuscito a realizzare un aumento dei propri ricavi e, dall'altro, a lasciare invariato il canone dovuto al Comune commisurato al prezzo di vendita delle bottiglie rimasto invariato.

Il dissidio che ha portato all'instaurazione della causa è emerso a seguito del verificarsi di una circostanza di fatto originariamente non prevista dalle parti, ossia la distribuzione sul mercato delle bottiglie ad opera di una società controllata dalla stessa concessionaria, che ha inevitabilmente messo in discussione l'operatività della clausola contrattuale volta alla quantificazione del canone di locazione. Si è, difatti, osservato che la fissazione del prezzo di vendita dell'acqua per il concessionario non rappresentava più l'esito di una vera e propria valutazione imprenditoriale strategica volta alla massimizzazione degli utili, bensì una mera scelta volta a garantire la stabilità dei prezzi, per scongiurare una contrazione delle vendite e conseguentemente dei profitti delle società controllate.

La Corte di Cassazione, dopo aver annullato la sentenza di secondo grado con la quale la Corte di Appello aveva ritenuto insindacabile il potere spettante al concessionario di fissazione dei prezzi di vendita alla luce del tenore letterale del contratto di concessione, ha accertato la violazione da parte di quest'ultimo dell'obbligo di adempiere al contratto nel rispetto del principio di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, a fronte della violazione della legittima aspettativa del Comune di poter incrementare il canone di locazione da incassare.

²⁵⁹ Sul punto, la Corte d'Appello adita, senza occuparsi del problema qualificatorio del contratto di "locazione" degli stabilimenti terminali, ha confermato la natura privatistica di tale rapporto di locazione, ai fini dell'affermazione della giurisdizione ordinaria.

Per giungere a tale statuizione i giudici di legittimità hanno bilanciato, da un lato, l'interesse del Comune all'incremento del canone e, dall'altro, l'interesse del concessionario alla garanzia della stabilità del prezzo di vendita delle bottiglie. A seguito di tale indagine, la Corte ha ritenuto che la società concessionaria abbia eluso il meccanismo contrattuale di adeguamento del canone ai prezzi di vendita e che, oltretutto, abbia illegittimamente lucrato per mezzo della sua partecipazione nelle società controllate alle quali era stata affidata la distribuzione delle bottiglie.

La problematica emersa non riguardava solo l'accertamento della misura in cui il canone di buona fede potesse rappresentare un limite al potere del concessionario di definire discrezionalmente il prezzo di vendita, ma soprattutto la verifica se la previsione contrattuale in forza della quale il valore del canone di locazione è stata legato al prezzo di vendita delle bottiglie potesse trovare applicazione a fronte di una fattispecie differente da quella in origine prospettata dai paciscenti. Così, dopo aver accertato un'ipotesi di abuso del diritto in ragione della contrarietà della condotta assunta dal concessionario al canone di buona fede ed al principio di solidarietà, la Corte ha ritenuto che tale comportamento integrasse gli estremi di un inadempimento ed ha cassato la sentenza rinviando la causa ad altra sezione della Corte di Appello. Il *leading case* riportato consente di evidenziare come in ipotesi di conflitto tra interessi vantati dalle parti a fronte dell'accertamento di una condotta negoziale abusiva, la soluzione va rinvenuta ponendo lo sguardo alla causa concreta sottesa al rapporto contrattuale, allo spirito dell'intesa originariamente raggiunta e, in particolare, alla misura in cui l'interesse di uno dei paciscenti si pone in rapporto con quello dell'altro²⁶⁰, tenuto conto che l'osservanza del dovere di correttezza *ex art. 1175 c.c.* costituisce un limite interno ad ogni situazione giuridica soggettiva, il quale non può essere disatteso con sacrificio della giustizia sostanziale del rapporto.

²⁶⁰ Nel caso di specie, a fronte della condotta abusiva assunta dalla concessionaria alla quale è conseguita la risoluzione del contratto per inadempimento, gli interessi della parte vessata (ossia alla società concedente la disponibilità della fonte) sono stati tutelati accordandole la possibilità di rinegoziare il contratto, in quanto ritenuta soluzione più consona rispetto al mero risarcimento dei danni avuto riguardo agli interessi di quest'ultima alla prosecuzione del rapporto commerciale interrotto.

2.2 La posizione dominante dell'impresa quale illecito anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 Legge n. 287/1990: analisi del recente caso *Ryanair vs Lastminute*

Prima di affrontare l'istituto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti B2b e il connesso sistema rimediato offerto dalla legislazione speciale, è utile preliminarmente compiere un breve *focus* su cosa consiste l'abuso di posizione dominante per comprendere i caratteri distintivi dei due istituti.

La disciplina sul divieto di abuso di posizione dominante è racchiusa all'art. 3 della Legge n. 287/1990 per la tutela della concorrenza e del mercato, il quale ricalca quasi alla lettera la normativa comunitaria di cui all'art. 102 TFUE²⁶¹.

Unitamente alla normativa sul divieto di abuso di dipendenza economica di cui alla legge sulla subfornitura, tale disciplina rappresenta lo strumento principale idoneo ad inibire e sanzionare la quasi totalità delle condotte imprenditoriali abusive che possono affliggere il mercato. Motivo per cui, l'abuso di posizione dominante può essere definito come il complemento logico dell'abuso di dipendenza economica.

In questa sede interessa evidenziare come l'abuso di posizione dominante è rilevante per integrare la fattispecie *antitrust* e, a tal fine, richiede l'individuazione del mercato rilevante²⁶². L'accertamento di tale condizione va condotta attraverso una complessiva valutazione del potere di cui gode l'impresa il quale, per avere tale rilevanza, deve essere in grado di ostacolare la concorrenza effettiva e consentire all'impresa l'adozione di condotte sostanzialmente indipendenti ed arbitrarie nei confronti delle concorrenti. La posizione dominante nel mercato può sussistere quindi allorché l'impresa sia in grado di adottare e realizzare strategie di mercato, talvolta anche abusive, in modo sostanzialmente indipendente rispetto alle scelte imprenditoriali assunte dai potenziali o effettivi competitori²⁶³.

²⁶¹ Ci si riferisce all'art. 102 TFUE; cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 67 s.; F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, cit., p. 176 e 178.

²⁶² Si noti peraltro che il giudice per poter accertare la sussistenza di una posizione dominante, è tenuto *in primis* a delimitare il mercato rilevante attraverso un'attività oggettiva-descrittiva, sia alla luce delle prestazioni dedotte nel contratto, che dei soggetti economici, attuali o potenziali, che potrebbero potenzialmente sostituire gli effettivi contraenti del rapporto commerciale oggetto di indagine.

²⁶³ L. NONNE, *op. cit.*, pp. 213 - 217; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 113 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 52 s., il quale osserva che il problema della posizione dominante non è solo quello concernente l'attività di concentrazione di potere, bensì quello del potere già acquisito che dovrebbe essere represso non solo se originato da concentrazioni, ma anche se acquisito a fronte di una naturale espansione dell'attività di impresa, posto che l'interesse

Sul punto è utile richiamare quanto ribadito dall'AGCM in uno dei più recenti provvedimenti²⁶⁴, richiamando quanto già in precedenza statuito dalla Corte di Giustizia UE²⁶⁵ e dal Consiglio di Stato²⁶⁶, ossia che «*Nella consolidata interpretazione dell'articolo 102 del TFUE, all'impresa in posizione dominante incombe la speciale responsabilità di non pregiudicare con il proprio comportamento una concorrenza effettiva e leale sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso. [...] l'impresa in posizione dominante non perde il diritto di determinare la propria strategia commerciale o di accrescere la propria attività, ma, in virtù di tale posizione, non può ricorrere a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale o basata sui meriti tra prodotti e servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, riducendo il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza. In particolare, una concorrenza "normale", basata sui meriti, è quella da cui i consumatori traggono profitto mediante prezzi meno elevati, una qualità migliore e una scelta più ampia di beni e di servizi nuovi o più efficienti e che, in altri termini, porta ad ampliare la scelta dei consumatori immettendo sul mercato nuovi prodotti o aumentando la quantità o la qualità di quelli già offerti*». Ciò significa che, in ragione di tale speciale responsabilità "sociale", l'impresa dominante, pur potendo espandere la propria attività secondo il modello strategico e distributivo che preferisce, deve comunque agire senza limitare il grado di concorrenza già affievolito dalla sua presenza.

Alla luce di ciò, per appurare la consistenza della condizione di abuso della forza negoziale goduta dall'impresa è necessario verificare il nesso esistente tra la condotta negoziale assunta, l'attività svolta e la posizione rivestita nel mercato dall'impresa, con la conseguenza che il comportamento oggetto di indagine potrebbe qualificarsi come

sociale è volto al mantenimento di un'impresoria minore a beneficio delle imprese di piccole e medie dimensioni, di cui si caratterizza il mercato italiano.

²⁶⁴ Provvedimento AGCM, 14 settembre 2023 relativo all'istruttoria *Ryanair*, reperibile al seguente link: <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A568%20avvio.pdf> (accesso del 28 settembre 2023).

²⁶⁵ Corte giust. UE, n. C - 42/21, 12 gennaio 2023, *Lietuvos vs. Commissione*, in *eius.it* al seguente link <https://www.eius.it/giurisprudenza/2023/002> (accesso 28 settembre 2023).

²⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580, caso *SIAE vs. AGCM*, in *Foro it.*, 2023, 5, III, 230: «*Posto che, nell'accertamento degli illeciti ai sensi dell'art. 102 TFUE, l'abuso di posizione dominante può risultare da una pluralità di atti che, se singolarmente valutati, possono essere leciti, ma che acquisiscono una caratura illecita per il fatto di inserirsi in una strategia complessivamente abusiva, non è possibile procedere ad una scomposizione delle condotte tenute dalla società al fine di procedere alla relativa analisi in modo atomistico; occorre, piuttosto, procedere ad un'analisi complessiva degli atti e delle azioni riscontrate come esistenti, onde verificare se le stesse siano unitariamente sussumibili sotto il disposto dell'art. 102 TFUE*».

lecito se è posto in essere da un'impresa non dominante e, viceversa, illecito ove venga integrato da un'impresa che riveste una posizione di supremazia nel mercato²⁶⁷.

Una delle tipiche condotte per mezzo della quale le imprese dominanti nel mercato abusano della loro posizione di forza si concretizza per mezzo dell'imposizione di regolamenti contrattuali iniqui e squilibrati, sia dal punto di vista economico, che normativo. Regolamenti che, secondo la dottrina maggioritaria, devono ritenersi nulli in ragione della violazione delle norme imperative di cui agli artt. 3 della Legge n. 287/1990 e art. 9 della Legge n. 192/1998²⁶⁸. Altra parte, invece, come si avrà modo di vedere con l'analisi del sistema rimediale a disposizione dell'impresa "debole", ritiene che il rimedio da favorire dovrebbe essere quello della nullità parziale del patto ove si accerti l'interesse dell'impresa vittima dell'abuso alla prosecuzione dell'affare commerciale, depurato dalle previsioni eccessivamente gravose²⁶⁹.

Per quanto qui rileva, giova fare cenno ad un recente caso di abuso di posizione dominante nell'ambito del quale la Corte di Cassazione si è pronunciata con la sentenza n. 29237 del 12 novembre 2019 che ha visto coinvolta la compagnia aerea *Ryanair Ltd.*

²⁶⁷ Si segnala il recente provvedimento del 13 febbraio 2023, n. 4291, disponibile in *Guida dir.*, 2023, 8, con il quale le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono pronunciate sul caso *Trenitalia e Rfi* accertando come tali società hanno impedito l'ingresso nel servizio ferroviario regionale di *Arenaways* nella tratta Milano-Torino abusando della loro posizione dominante nel mercato di riferimento: *Trenitalia* e *Rfi* ostacolarono *Arenaways*, prima compagnia privata di trasporti su rotaia, nell'ingresso nel servizio ferroviario regionale (2008-2010) nella tratta Milano-Torino. E lo fecero abusando della posizione dominante di cui godevano. È stato dichiarato inammissibile il ricorso delle società contro la decisione del Consiglio di Stato che nel 2021 (ribaltando la decisione del Tar) aveva confermato le sanzioni dell'AGCM (300mila euro) ai danni di *Trenitalia* e *Rfi*: Palazzo Spada non ha travalicato i limiti della propria giurisdizione, né si è sostituito alla P.A. nell'accertare l'estraneità di *Fsi* non ha mutato gli elementi costitutivi dell'addebito. Al contrario, ha soltanto verificato, giungendo a una risposta affermativa, se, come ritenuto da AGCM, il comportamento tenuto dalle due società ferroviarie avesse integrato un abuso tradottosi «nel frapporre ostacoli, fornendo le informazioni a loro esclusiva disposizione allo stesso regolatore in ritardo e con metodo volutamente non corretto». Le difficoltà nell'ammissione di *Arenaways* nel mercato ferroviario, dunque, non erano dovute a sue inefficienze ma piuttosto causate dalle «informazioni di difficile interpretazione e contraddittorie fornite dal gestore». Inoltre, *Trenitalia* indusse in errore anche il regolatore, l'URSF (Unità di regolazione dei servizi ferroviari), che impose di limitare le fermate ai soli capoluoghi di regione, rappresentandogli «fatti inerenti ad un preteso squilibrio economico nella esecuzione del contratto di servizio a causa dell'assegnazione di tratte orarie ad *Arenaways*, esageratamente rappresentato».

²⁶⁸ C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, pp. 134 ss.; G. CRESCI, *La disciplina giuridica del mercato*, cit., pp. 442 - 453, ove l'Autore favoreggia la tesi della nullità parziale necessaria nella prospettiva di salvaguardia dell'interesse particolare afferente al contraente "debole", sostenendo che, diversamente opinando, sarebbe inadeguato riconoscere ad entrambe le parti il potere di agire per ottenere la dichiarazione di nullità dell'accordo.

²⁶⁹ G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 45 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 ss.; V. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 166 - 173; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, p. 325 s.

e la OTA - *online travel agencies* - *LMnext CH SA* (anche nota come *Lastminute.com S.r.l.*)²⁷⁰. La vicenda ha comportato una riflessione sulle fattispecie di abuso di posizione dominante allorché il mercato rilevante di riferimento²⁷¹ venga ampliato oltremodo sino a includere mercati collegati, dando luogo ad un illecito *antitrust* atipico.

Nel caso di specie l'agenzia di viaggi *online Lastminute S.r.l.* ha convenuto in giudizio in primo grado la compagnia aerea per sentire accertare che la convenuta conduceva un'abusiva attività di agenzia viaggi - limitando la vendita dei propri biglietti aerei unicamente sul proprio sito *online* e offrendo servizi extra aggiuntivi tramite terzi *partner* commerciali, come i servizi *transfer*, noleggio e prenotazioni di hotel, senza avvalersi delle OTA ed approfittando così della posizione dominante di mercato posseduta - e, per l'effetto, condannarla alla cessazione dell'attività, oltre che al risarcimento dei danni. La società convenuta, invece, ha lamentato che il contegno assunto da *Lastminute.com* costituiva un grave attacco alla sua libertà di determinare in autonomia i canali di vendita, mediante un'illecita attività di c.d. *screen scraping*, ossia di raccolta di informazioni dal suo sito *internet* mediante sistemi informatici non autorizzati; oltre a ciò la compagnia aerea ha negato di rivestire una posizione dominante nel mercato dei voli, ritenendo si debba fare riferimento non solo ai voli *low-cost*, ma anche a quelli delle compagnie aeree "ordinarie" e ha eccepito che, ad ogni modo in una prospettiva *antitrust*, la sua condotta non ha determinato alcun rincaro delle tariffe per i viaggiatori-consumatori, ma anzi ha prodotto per loro effetti ampiamente vantaggiosi.

²⁷⁰ Cass. Civ., 12 novembre 2019, n. 29237, cit. Cfr. M. BARELA, *op. cit.*, pp. 35 - 55; V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Dir. comm.*, fasc. 9, 2020, pp. 1 - 34.

²⁷¹ I dati di mercato inducono a ritenere che *Ryanair* sia in posizione dominante in un numero molto ampio di mercati del trasporto aereo di linea di passeggeri nazionale e da/per l'Italia. Secondo i dati del Rapporto ENAC, *Ryanair* è il primo vettore in Italia con quasi 46 milioni di passeggeri trasportati nel 2022 (34,6% del totale), seguita da *Wizzair* con circa 11,5 milioni e da *easyJet* con poco più di 11 milioni. Sul solo traffico nazionale, *Ryanair* detiene una quota di passeggeri trasportati del 44% (mentre il secondo operatore, *easyJet*, non arriva al 20%). Si tratta di dati in costante crescita, fatto salvo il periodo pandemico. Sulla base degli ultimi dati forniti da ENAC, emerge che nel 2022 *Ryanair* è risultato l'unico vettore aereo attivo in 114 collegamenti tra aeroporti nazionali e in 910 collegamenti tra aeroporti nazionali ed europei. Inoltre, in più di 70 collegamenti nazionali e oltre 300 europei, *Ryanair* ha trasportato una quota di passeggeri compresa tra il 50 e il 99,99%. Pertanto, i collegamenti in cui *Ryanair* risulta monopolista o detiene una quota di passeggeri superiore al 50% sono complessivamente oltre 190 collegamenti nazionali e 1.200 collegamenti tra aeroporti nazionali ed europei. A questi dovrebbero aggiungersi i collegamenti operati da *Malta Air Ltd.*, *joint venture* tra il Governo di Malta e *Ryanair*, venduti da quest'ultima sui propri canali.

In forza delle prospettazioni addotte, il giudice di primo grado ha accolto la domanda della ricorrente. In secondo grado, la Corte di appello di Milano ha invece accolto parzialmente il gravame promosso da *Ryanair* ritenendo che la scelta di impresa di riservare a sé stessa la vendita dei biglietti relativi ai suoi voli non costituisce abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*.

Successivamente, *Ryanair* ha proposto ricorso per Cassazione e altrettanto *Lastminute.com*, con controricorso. La Suprema Corte, dopo aver ripercorso i capi e i punti oggetto di impugnazione (in via esemplificativa, concernenti l'errata individuazione da parte della Corte di appello dei criteri per la determinazione della posizione dominante e degli effetti anticoncorrenziali della politica escludente assunta da *Ryanair*), si è pronunciata statuendo che nel caso di specie: *i*) la compagnia aerea ha assunto una condotta abusiva della posizione dominante dalla stessa goduta sanzionabile *ex art. 102 TFUE*, art. 2598 c.c. e art. 3 della legge *antitrust* n. 287/1990, *ii*) l'esistenza di una posizione dominante va sempre accertata, in via preliminare, caso per caso con riferimento ad un mercato rilevante che, nel caso in esame, è stato identificato attraverso il c.d. approccio *O&D* (origine e destinazione, anche noto come *city-pair method*) adottato dalla Commissione Europea per valutare i diversi bacini di utenza (c.d. *catchment area*) ove opera *Ryanair*, e *iii*) sulla base di tali accertamenti, la Corte di Appello non ha fatto corretta applicazione dei principi in tema di definizione del mercato rilevante, avendo inopinatamente e meccanicamente sovrapposto tale concetto con quello di mercato economico-commerciale delle parti in causa, prescindendo dallo specifico procedimento di acquisizione delle informazioni rilevanti ai fini di tale valutazione (i giudici di secondo grado, tenendo pur sempre distinti i mercati del trasporto aereo e quello delle agenzie di viaggio, avrebbero dovuto valutare il collegamento tra i due mercati per procedere alla definizione del mercato rilevante).

In forza di tali motivazioni, la sentenza è stata cassata e rinviata al giudice del gravame per il riesame in applicazione dei principi espressi dai giudici di legittimità. Così la Corte territoriale, attendendosi a tali principi, si è pronunciata accertando in fatto l'esistenza del rapporto di concorrenza tra le parti e accogliendo le domande avanzate dall'agenzia viaggi, ritenendo dimostrato che *Ryanair* opera anche sul mercato destinato a soddisfare i bisogni dei clienti che si rivolgono alle agenzie di viaggi e turismo, sia *online* che *offline*. In altre parole, la Corte ha appurato che, benché l'egemonia di

Ryanair si manifesti sul mercato “a monte” dei voli, nella pratica lo sfruttamento abusivo della relativa posizione dominante si è manifestato “a valle” sul diverso mercato dei servizi turistici di agenzia con importanti ripercussioni per il mercato.

I giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi in merito alla recente vicenda che, da ultimo, sta interessando anche l’AGCM la quale in data 14 settembre 2023 ha deliberato l’apertura della fase istruttoria nei confronti di *Ryanair* per possibile abuso di posizione dominante e, dunque, violazione della concorrenza ai sensi dell’art. 3 Legge n. 287/1990 e/o dell’art. 102 TFUE²⁷².

A seguito di varie segnalazioni, provenienti in particolare dall’Associazione Italiana agenti di viaggio, dalla Federazione del turismo organizzato e dall’Associazione Codici Lombardia, la compagnia aerea irlandese è stata accusata di aver adottato politiche discriminatorie e denigratorie facendo leva sulla posizione dominante detenuta nei mercati in cui opera per estendere il proprio potere anche nell’offerta di altri servizi turistici accessori e per scoraggiare gli utenti finali a rivolgersi alle agenzie di viaggi per l’acquisto dei biglietti. Ciò che in prima battuta è emerso è la tendenza di *Ryanair* a canalizzare le vendite dei biglietti e dei servizi turistici accessori esclusivamente e direttamente sui propri canali (sito web e app).

Tra i diversi punti critici oggetto dell’istruttoria avviata dall’AGCM, vi è l’impedimento da parte di *Ryanair* alle agenzie di viaggi, sia *online* che *offline* tramite le piattaforme GDS (*Global Distribution System*), di utilizzare il sito *ryanair.com* per acquistare biglietti aerei per conto dei propri clienti. Invero, quando i biglietti vengono acquistati dall’agenzia, il sistema è in grado di identificare la prenotazione conclusa da quest’ultima e di avviare alcuni “controlli extra” e disservizi volti a rendere più difficoltosa la fruizione dei servizi acquistati tramite le agenzie (ad esempio, bloccando la prenotazione proveniente dall’agenzia e vincolando lo sblocco all’accesso all’*account online* ad opera del solo utente privato, in modo così da creare un contatto diretto con il cliente finale e subordinando lo svincolo all’acquisto di nuove credenziali di accesso; oppure, rendendo disponibili i propri voli sulle piattaforme GDS a condizioni tecniche e economiche più gravose rispetto a quelle offerte direttamente sui propri canali; a ciò si

²⁷² AGCM, provvedimento del 14 settembre 2023, pubblicato in data 20 settembre 2023, nell’ambito del procedimento A568, reperibile al seguente link: <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A568%20avvio.pdf> (accesso del 28 settembre 2023). Il sistema di *public enforcement* è stato attivato soltanto ora, dacché nel 2010 quando è sorta la controversia non vi era ancora la possibilità per l’AGCM di intervento sulla questione.

aggiungano le affermazioni potenzialmente denigratorie di *Ryanair* rivolte alle agenzie di viaggi, le quali vengono qualificate come soggetti operanti illegittimamente in assenza di ogni autorizzazione della compagnia aerea, e riportate nelle informazioni generali disponibili sul sito e nelle comunicazione tramesse via *e-mail* ai viaggiatori²⁷³).

Trattandosi di servizi oggetto di una specifica disciplina a livello europeo volta a consentire agli utenti finali di beneficiare delle opportunità, anche economiche, offerte dal mercato e, soprattutto, preso atto che tali condotte rischiano di alterare il commercio tra Stati membri, ne è derivata l'opportunità di indagare il contegno assunto da *Ryanair* nella prospettiva *antitrust*.

In questo quadro, le condotte descritte e le condizioni peggiorative sia qualitative che quantitative che la compagnia aerea riserva alle agenzie di viaggi - evidentemente non frutto di una normale concorrenza basata sui meriti commerciali - hanno permesso all'AGCM di ipotizzare un possibile abuso della posizione dominante escludente, inducendo l'Autorità ad attivare la fase istruttoria che dovrà terminare entro il 31 dicembre 2024.

2.3 La disciplina di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: il campo di applicazione oggettivo e soggettivo dell'abuso di dipendenza economica

Le considerazioni svolte consentono ora di tracciare i confini dell'istituto della dipendenza economica e del relativo abuso. A tal fine l'attenzione va posta sulla normativa vigente in materia di abuso di dipendenza economica per conoscere gli effetti che l'intervento legislativo volto a sistematizzare il *tertium genus* del c.d. terzo contratto ha avuto sul più ampio sistema del diritto dei contratti.

²⁷³ Per accertare tale contegno, è stato verificato il differenziale di prezzo tra biglietto acquistato direttamente sul sito di *Ryanair* e quello tramite GDS anche per prenotazioni in periodi di picco, per esempio a ridosso della partenza. In ragione dell'elevato costo del biglietto anche sul sito, il ricarico applicato tramite sistema GDS risulta comunque, in termini assoluti, particolarmente incisivo: ad esempio, nell'ultima simulazione effettuata il 7 settembre 2023 su un volo Brindisi – Torino del successivo 11 settembre 2023, il prezzo sul sito al momento della rilevazione risulta di 354,52 euro, mentre tramite *Travelport* risulta di 414,14 euro e tramite *Amadeus* di 409,49 euro. Questi sono i dati riportati dall'AGCM nel provvedimento del 14 settembre 2023 al punto n. 19.

Con la Legge n. 192 del 18 giugno 1998²⁷⁴ ha fatto ingresso nel nostro ordinamento la normativa sulla subfornitura nelle attività produttive, quale nuova tipica figura contrattuale nell'alveo dei contratti bilateralmente commerciali²⁷⁵.

L'origine di tale norma è strettamente connessa all'esigenza maturata a livello nazionale di introdurre nell'ordinamento una disposizione a tutela della concorrenza e del mercato sulla scia della tendenza comunitaria.

Il legislatore, nell'intento di sanzionare l'approfittamento di una condizione di asimmetria di potere contrattuale nei rapporti B2b e di valorizzare le potenzialità espansive del divieto di condotte abusive in condizioni di subordinazione, ha così colto ed apprezzato il nesso tra la normativa *antitrust* e quella sul contratto di subfornitura introducendo, per mezzo del già menzionato art. 9, il divieto di abuso di dipendenza economica con importanti effetti sia per le imprese cui è potenzialmente rivolta la protezione, che per l'intero sistema economico²⁷⁶. Tale norma è stata quindi introdotta per prevenire e neutralizzare gli effetti negativi dei c.d. *market failure*, quali eventi endogeni o esogeni che impediscono il corretto funzionamento del mercato, oltre che il raggiungimento dell'efficienza allocativa e distributiva.

La norma presenta una formulazione e una struttura piuttosto vaga e dai confini sfumati che nel tempo, come si vedrà, ne ha decretato una natura poliedrica e versatile.

Il punto di partenza dell'indagine non può che muovere dalla soluzione al quesito che sin dal principio ha alimentato un ricco dibattito in dottrina e che ha a che

²⁷⁴ Si tratta della legge volta a disciplinare il contratto di subfornitura, quale peculiare rapporto di appalto, generalmente continuativo nel tempo, nell'ambito del quale l'attività del subfornitore si immette e si integra con il ciclo produttivo del committente, determinando, in molti casi, una condizione di dipendenza economica del subfornitore nei confronti del committente, il quale frequentemente diviene il suo unico o comunque principale cliente; cfr. L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 1998, p. 833 s.; R. CAVANI, *Riflessioni critiche (e considerazioni pratiche) sull'abuso di dipendenza economica*, in *Diritto dei trasporti*, 2017, pp. 23 – 37; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 1 – 20; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, *cit.*, pp. 799 - 805.

²⁷⁵ Sul contratto di subfornitura si veda AA.VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Torino, 1999, pp. 5 ss.; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, *cit.*, pp. 9 ss.; R. LECCESE, Art. 1 – *Definizione*, I, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Milano, 1999, pp. 4 - 38; G.A.M. CRAPANZANO, *op. cit.*, p. 364 s., il quale evidenzia come la struttura della dipendenza economica è volta, in particolare, a regolamentare i rapporti tra imprese nelle relazioni di filiera, ovverosia tra imprese clienti o fornitrici, dotate di diseguale potere contrattuale a fronte del quale l'impresa dominante assume condotte opportunistiche a danno della controparte (c.d. *moral hazard*).

²⁷⁶ Abuso che è stato definito da Massimo Franzoni come «abuso di diritto nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente verso un altro» (M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, 1999, p. 88).

vedere con la natura dell'abuso di dipendenza economica, per meglio comprendere se lo stesso debba essere ricondotto nell'alveo del diritto civile ovvero del diritto della concorrenza.

I fautori della natura civilistica dell'istituto hanno posto l'attenzione sul rapporto e sui caratteri comuni tra l'abuso di dipendenza economica e la disciplina consumeristica, mentre i promotori della prospettiva concorrenziale sulle connessioni teleologiche tra l'art. 9 della Legge n. 192/1998 e l'abuso di posizione dominante di cui alla normativa *antitrust*²⁷⁷.

Opinione ormai unanime è quella secondo cui tale norma è stata introdotta nell'alveo della legge sulla subfornitura con il più ampio e nobile intento di tutelare i contraenti-imprenditori ritenuti economicamente e tecnologicamente deboli, indipendentemente dall'eventuale alterazione della concorrenza²⁷⁸. È infatti condivisibile ritenere che solo la necessità di protezione di una specifica categoria di contraenti avrebbe potuto giustificare l'introduzione di una disciplina di tale portata

²⁷⁷ In tal senso Cass. Civ., 19 maggio 2021, n. 13600, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 4-05, III, 349: «L'abuso di dipendenza economica costituisce una fattispecie negoziale rilevante in ambito contrattuale, di carattere generale, attesa la portata generale della norma (art. 9 della legge n. 192 del 1998). Ma sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE è richiesta la prova di una posizione dominante avente lo scopo di realizzare l'approffittamento di una posizione di forza. Analogamente a quanto previsto per la fattispecie di abuso di posizione dominante, è necessaria la prova di una situazione di monopolio o quasi monopolio».

²⁷⁸ Si rinvia a A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 193 ss.; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, fasc. 4, 1998, pp. 409 ss.; F. DELFINI, *Art. 2 - Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, cit., pp. 11 - 24; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., pp. 449-451; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., pp. 833 - 843; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., pp. 249 ss.; F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 321 - 376; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 217- 255; R. QUADRI, *op. cit.*, pp. 1143 - 1198; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, pp. 121 - 145; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 15 ss.; V. BACHELET, *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 3, 2021, pp. 587 - 624; ID., *Il controllo sullo squilibrio nei contratti tra imprese: note minime per una rilettura dell'art. 9, l. n. 192/1998*, *Seminari Bocconi di Diritto privato*, 17 giugno 2020, pp. 1 - 11; F. TORIELLO, *op. cit.*, spec. pp. 274 ss.; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, pp. 124 - 137; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), I, Milano, 2015, p. 16; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, cit., pp. 303 - 333; A. BARBA, *op. cit.*, pp. 318 ss., il quale osserva che l'antecedente logico deve essere rinvenuto nella situazione economica dell'impresa "debole", mentre il conseguente *contra ius* è dato dall'eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti, ossia dal risultato negativo della condotta abusiva assunta dall'impresa diversa da quella cui è riferibile l'antecedente, indipendentemente dal potere economico detenuto dall'impresa dominante, il quale rimane estraneo alla struttura della fattispecie normativa (cioè a differenza dell'art. 3 della legge *antitrust*, il quale rinviene il proprio antecedente proprio nella condizione di potere economico di cui gode l'impresa dominante).

innovativa, di natura marcatamente pro-concorrenziale e protezionistica, a tal punto da istituire, come sostenuto da parte della dottrina, una sorta di “dirigismo giudiziale”²⁷⁹.

Movente di tale iniziativa legislativa è il fatto che tendenzialmente il subfornitore è assoggettato e vincolato all’attività ed alle scelte imprenditoriali del committente, nonché alle condotte abusive od opportunistiche che l’impresa contrattualmente “forte” assume nei suoi confronti nella consapevolezza degli specifici e dedicati investimenti già realizzati in adempimento del rapporto commerciale istaurato. In via generale, il subfornitore è invero tenuto ad acquisire competenze e a realizzare specifici investimenti che, in caso di esito negativo del rapporto, difficilmente possono essere reimpiegati in relazioni commerciali con altri imprenditori. Ecco il motivo per cui il pericolo insito nell’interruzione delle relazioni commerciali rappresenta la principale ragione per la quale il subfornitore è talvolta costretto ad asservire alle pretese contrattuali avanzate dal committente, frutto dell’abuso della relativa posizione di forza contrattuale.

La disciplina sull’abuso di dipendenza economica funge così da tutela transtipica dell’affidamento delle imprese “deboli” nella stabilità dei rapporti negoziali in assenza di sopravvenienze o circostanze esterne idonee ad alterare considerevolmente l’economia del rapporto, all’unico scopo di preservare la cooperazione interimprenditoriale instaurata²⁸⁰.

La condizione di dipendenza economica non rileva necessariamente *a priori* all’atto di conclusione del contratto (ossia in ipotesi di squilibrio originario²⁸¹), ma

²⁷⁹Osservazione di V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 5.

²⁸⁰G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l’asimmetria nei contratti (B2b)*, in *Contr. impr. Eur.*, fasc. XXIV, 2008, pp. 1333 – 1393; C. ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell’impresa debole*, in *ODCC*, fasc. 1, 2021, pp. 179 – 222; R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 112; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 11; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 16 ss. In giurisprudenza si veda Trib. Bologna, 5 gennaio 2021, n. 1523, in *DeJure*, 2021, ove è stato precisato che l’ambito di applicazione oggettivo del principio di abuso di dipendenza economica presuppone un rapporto verticale tra imprese.

²⁸¹In materia di sindacato dello squilibrio contrattuale originario si veda il *leading case*: Trib. Massa, Sez. lav., ord. 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2015, 218, ove il giudice di merito ha sanzionato la previsione di una clausola squilibrata in un contratto B2b di somministrazione stipulato tra la nota società petrolifera Shell S.p.A. e il gestore di un impianto di distribuzione di carburanti, nell’ambito del quale, tra gli obblighi assunti dal gestore, vi era quello (tipico del settore) di rifornirsi in via esclusiva dalla concedente sottostando al prezzo da questa unilateralmente stabilito, senza la previsione di massimali; nel caso in commento, il Tribunale adito ha sancito che la compresenza della clausola di esclusiva e di unilaterale ed arbitraria determinazione del prezzo costituisce *ex art. 9 Legge n. 192/1998* una condizione ingiustificatamente gravosa o discriminatoria per il distributore, ad esclusivo

soprattutto *ex post* nel corso dello svolgimento del rapporto²⁸². Inoltre, a differenza della posizione dominante di cui alla legge *antitrust*, la dipendenza economica costituisce un concetto relazionale²⁸³ per il cui accertamento è indispensabile verificare se in concreto il contraente ritenuto “forte” abbia la possibilità di determinare e imporre un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi nel singolo rapporto o comunque di determinare unilateralmente le sorti del rapporto commerciale²⁸⁴.

Di rilievo sono anche i dubbi espressi dalla dottrina circa l’analogia che il divieto di abuso di dipendenza economica manifesta rispetto agli altri istituti offerti dal sistema.

Parte della dottrina ha identificato una sorta di complementarità (*eadem ratio*) dell’istituto con la disciplina sulle clausole vessatorie dettata dal Codice del

beneficio per la società concessionaria, non giustificata da una particolare e dimostrabile ragione commerciale. Nel caso di specie, dunque, l’indagine volta all’accertamento della condizione di dipendenza economica dell’impresa distributrice di carburante aveva ad oggetto il contratto in sé quale “atto” e non il mero esplicitarsi del rapporto negoziale tra le parti. In altre parole, il giudice di prime cure, ritenendo che la conclusione in sé del contratto in oggetto abbia impedito al distributore di reperire alternative soddisfacenti sul mercato, non ha sanzionato l’esercizio di un diritto validamente attribuito alla parte dal contratto, bensì ha sindacato la previsione di una clausola ingiustificatamente gravosa in danno dell’impresa commercialmente “debole”. Secondo il Tribunale di Massa, quindi, l’imposizione *ab origine* di condizioni contrattuali ingiustificatamente squilibrate in danno dell’imprenditore “debole” è stata resa possibile dalla carenza o assenza di alternative appaganti sul mercato. Sul punto, parte della dottrina ha ritenuto che il carattere vessatorio e il disvalore di tale previsione contrattuale va rinvenuto “a valle” nella natura discriminatoria dei prezzi applicati di volta in volta da Shell S.p.A. (commento di G. DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*, *ivi*, 2014, II, pp. 572 ss.).

²⁸² M. PALAZZI, *op. cit.*, pp. 1 - 28, il quale osserva che la tendenziale debolezza economica del subfornitore e il disequilibrio di forza economica derivano proprio dal peculiare assetto di interessi realizzato dal contratto.

²⁸³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 246.

²⁸⁴ In ordine all’accertamento dell’abuso di dipendenza economica si vedano Trib. Roma, 11 febbraio 2022, n. 2393, in *Guida dir.*, 2022, 17: «*In tema di contratto di fornitura, l’abuso di dipendenza economica, di cui all’articolo 9 della legge n. 192 del 1998, norma che, ponendo un divieto applicabile ai contratti di subfornitura, si estende anche ad altri contratti di durata, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l’enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell’interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell’applicazione della norma è pertanto necessario: a) quanto alla sussistenza della situazione di “dipendenza economica”, indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia “eccessivo”, essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (ad esempio, perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l’organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); b) quanto all’“abuso”, indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l’intenzionalità di una vessazione perpetrata sull’altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell’impresa dominante (quale, ad esempio, modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui»; nello stesso senso Trib. Vicenza, 5 luglio 2021, n. 1385, in *DeJure*, 2021; Cass. Civ., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.*, 2020. Per un approfondimento si rinvia a S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, *cit.*, pp. 415 ss.*

Consumo²⁸⁵. Secondo tale prospettiva, il secondo comma dell'articolo 9, definendo la condizione di dipendenza economica come una situazione in cui un'impresa è in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi in danno dell'altro contraente, assimilerebbe l'esercizio abusivo della c.d. dominanza economica tra imprese all'utilizzo abusivo delle clausole vessatorie nei rapporti B2C, concretando una sorta di integrazione trasversale della normativa a tutela del contraente "debole" nell'intento di stigmatizzare gli squilibri tra le parti attraverso un intervento correttivo dell'autonomia contrattuale²⁸⁶.

Si consideri però che, in contrapposizione a quanto previsto in materia consumeristica, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 non dichiara espressamente l'irrelevanza dell'adeguatezza del corrispettivo pattuito tra le parti con la conseguenza che nei rapporti B2b "*l'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*" può potenzialmente tradursi non solo in un disequilibrio meramente normativo del rapporto, bensì - o forsanche soprattutto - anche in una sproporzione economica dell'accordo in termini di adeguatezza dei prezzi e dei corrispettivi rispetto alle prestazioni ivi dedotte²⁸⁷.

²⁸⁵ *Ex multis*: F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 928; F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 137; G. NICOLINI, *op. cit.*, p. 124 s.; U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 408; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 1635; T. LONGU, *op. cit.*, pp. 345 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 1179 ss.; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 74 s.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 1998, p. 835 e spec. pp. 839 - 841, ove l'Autore osserva che il divieto di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998 assicurerebbe all'imprenditore "debole" una protezione maggiore rispetto a quella garantita al consumatore dal Codice del Consumo posto che quest'ultima normativa si limita a garantire il libero esercizio dell'autonomia contrattuale mediante le trattative, oltre che la chiarezza e la trasparenza delle clausole negoziali, mentre la legge *antitrust* e sull'abuso di dipendenza economica tutelerebbero l'imprenditore "debole" verso ogni condotta di approfittamento della situazione di monopolio (la quale si può concretizzare non solo mediante negozi contrattuali, bensì per mezzo di comportamenti di fatto che non integrano patti), a nulla rilevando che le clausole contrattuali per mezzo delle quali si esplica l'abuso siano state oggetto di specifiche trattative; ulteriore distinzione è data dal fatto che il terzo comma dell'art. 9 Legge n. 192/1998 sancisce la nullità del patto per mezzo del quale si realizza l'abuso di dipendenza economica, mentre il Codice del Consumo prescrive la sola inefficacia delle clausole abusive.

²⁸⁶ In tal senso si vedano C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit.; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss.; A.P. SCARSO, *op. cit.*, spec. p. 197; C. BELLI, *Abuso di dipendenza economica nel terzo contratto*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma, 2019. *Contra*: G. CRESCI, *La disciplina giuridica del mercato*, cit., pp. 375 - 432. Utile altresì evidenziare che, per quanto nella pratica l'abuso venga perpetrato dai committenti, nulla esclude che tale condotta abusiva possa essere attuata dal subfornitore in danno della committenza, ad esempio, interrompendo arbitrariamente la fornitura senza la quale il ciclo produttivo del cliente non può correttamente operare (cfr. L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., p. 835).

²⁸⁷ In tal senso V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 132 s.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo*

La normativa sulla subfornitura impone di essere esaminata avendo come caposaldo la regola di ampia portata, non più limitata alla figura del consumatore, per cui la primaria esigenza è quella di attuare un controllo autoritativo sul rapporto negoziale *in fieri* nella prospettiva di tutela del contraente “debole”²⁸⁸. Sicché, ciò che preme osservare è come nei rapporti B2b l’art. 9 pare rivelarsi in grado di azionare e legittimare un controllo sostanziale sull’equilibrio economico-giuridico del rapporto negoziale per tutelare gli imprenditori che versano in condizioni di dipendenza economica, senza presupporre alcuna indagine sull’integrità del consenso manifestato dalle parti in sede di perfezionamento dell’accordo o alla relativa capacità di agire, dal momento che ciò che conta è unicamente l’oggettivo e l’ingiustificato squilibrio tra le prestazioni.

Con riferimento all’*iter* legislativo che ha portato all’introduzione della normativa in parola, di fronte all’iniziativa di collocare la legge sulla subfornitura nell’alveo della Legge *antitrust* n. 287/1990 per garantire una maggiore trasparenza e certezza delle transazioni commerciali sulla base della giustificazione per cui le condotte inibite dalla normativa sull’abuso di dipendenza economica sarebbero per lo più le medesime vietate dalla legge *antitrust*²⁸⁹, l’AGCM ha espresso un’opinione contraria²⁹⁰, suggerendo al Parlamento di inserire più correttamente la figura dell’abuso di dipendenza economica tra le norme in materia di equilibrio contrattuale, ritenendo

a contrarre, cit., p. 14 s.; C. OSTI, *L’abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 47 ss., ove definisce l’eccessivo squilibrio come l’indice dell’abuso della dipendenza economica altrui; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 190 s., il quale evidenzia come non vi sarebbero margini per una comparazione tra le due normative B2C e B2b, quantomeno sotto il profilo finalistico; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 324 s.: l’Autore evidenzia come il legislatore, da un lato, nei contratti B2C abbia trattato di clausole in grado di determinare un “significativo squilibrio” fra i diritti e i doveri delle parti sanzionate con l’inefficacia delle previsioni medesime e, dall’altro, nei contratti B2b (per meglio dire, nell’ambito della Legge n. 192/1998) abbia dato rilievo ad una sproporzione “eccessiva” di diritti ed obblighi tra i contraenti in grado di determinare la nullità del patto attraverso il quale si è realizzato l’abuso di dipendenza economica.

²⁸⁸ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, cit., p. 10 s.; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, ID., G. GITTI (a cura di), Bologna, 2009, p. 116 s.

²⁸⁹ Si noti che la decisione di collocare la norma sull’abuso di dipendenza economica nell’alveo della disciplina *antitrust* era spinta dall’esigenza di affidare tanto l’attività ermeneutica, quanto l’applicazione di tale speciale disposizione all’AGCM, quale ente riconosciuto e dotato di specifiche competenze tecniche di settore, oltre che di poteri ispettivi e sanzionatori (F. PROSPERI, *L’abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 328).

²⁹⁰ Cfr. parere dell’AGCM, Bollettino n. 5 dell’11 febbraio 1998 dell’AGCM, *Proposta di legge recante “Disciplina della subfornitura industriale” (AC 3509/XIII legislatura) - (art. 9)*, consultabile all’indirizzo [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/7B10628A45C2A97FC12565AE00552CC0/\\$File/AS121.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/7B10628A45C2A97FC12565AE00552CC0/$File/AS121.pdf) (accesso del 11 novembre 2022).

che in tale fattispecie manchi qualsivoglia ripercussione di carattere pubblicistico. L'Autorità ha infatti evidenziato che, regolamentando specifici rapporti negoziali tra imprenditori di natura strettamente privatistica, la disciplina sull'abuso di dipendenza economica persegue finalità distinte da quelle volte alla preservazione degli equilibri e del corretto funzionamento del mercato.

Tale prospettazione è stata poi confermata, essendo stato chiarito che il divieto di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 è destinato a trovare applicazione in ipotesi di dominanza relativa nell'ambito dei singoli rapporti negoziali, non avendo nulla a che vedere con gli assetti macroeconomici e con un divieto generale ed assoluto di assunzione di una posizione dominante nella prospettiva di garanzia della libertà concorrenziale nel mercato²⁹¹.

A fronte di annosi dibattiti sulla collocazione e sulla rubricazione di tale divieto, si è giunti persino ad una sua qualificazione come "norma ibrida" istituzionalmente posta a tutela sia della libertà contrattuale, che della libertà di concorrenza²⁹².

In ragione di tali rilievi, l'AGCM ha suggerito al legislatore di distinguere le ipotesi riconducibili ad uno squilibrio dei rapporti negoziali tra le parti dovuto all'esistenza di una posizione dominante per come definita dalla legge *antitrust*, da quelle nelle quali lo squilibrio consegua ad un predominio economico di natura relativa²⁹³.

²⁹¹ Ciò, a differenza dell'art. 3 della legge *antitrust* n. 287/1990 che ammette un approccio interventista nei confronti dell'impresa che detenga una posizione dominante nei confronti dei fornitori, in mancanza per questi ultimi di alternative economicamente significative e soddisfacenti sul mercato (cfr. F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 326; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 11 ss.; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 119; L. DELLI PRISCOLI, commento alla sentenza Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2010, II, pp. 828 - 847).

²⁹² S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, cit., p. 419 s.; ID., *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 2002, p. 217; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 82; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, pp. 236 - 244; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 9 s., ove definisce l'art. 9 della Legge n. 192/1998 come la «norma di diritto civile che permette al giudice di entrare nello spazio dell'equilibrio economico e giuridico dei rapporti contrattuali per giudicare se quel rapporto sia caratterizzato da un "eccessivo squilibrio"»; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 53 s., ove, in merito all'interrogativo se il divieto di abuso di dipendenza economica possa essere ascritto alla figura dell'abuso del diritto, rifacendosi a quanto già sostenuto da Prospero, sostiene che l'art. 9 della Legge n. 192/1998 non impone alcun maggior ostacolo all'autonomia privata di quanti ne siano di per sé imposti alla libertà di iniziativa economica dal divieto di concorrenza sleale (cfr. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 323).

²⁹³ A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 201; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, pp. 121 - 124; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 1 - 8.

Muovendosi in tale direzione, il legislatore, dopo aver collocato tale disciplina al di fuori della normativa *antitrust* per mezzo della Legge n. 192/1998, ha apportato diversi emendamenti alla normativa speciale (l'ultimo entrato in vigore nel 2022²⁹⁴) sino a giungere all'attuale formulazione, in forza della quale è sanzionata la conflittualità economica e contrattuale avente natura abusiva, ancorché inidonea ad alterare o compromettere la libertà concorrenziale nel mercato.

La questione attinente alla collocazione della norma che vieta l'abuso di dipendenza economica non ha avuto risvolti esclusivamente sistematici, ma soprattutto di natura politica, avendo inevitabilmente esteso il dibattito anche al tema dell'attribuzione della competenza a giudicare circa l'esistenza o meno di fattispecie di abuso di dipendenza economica all'AGCM ovvero all'autorità giudiziaria ordinaria.

Sul punto, la collocazione della disciplina sul divieto di abuso di dipendenza economica nell'ambito della legge sulla subfornitura ha decretato la definitiva attribuzione della competenza a favore del giudice ordinario²⁹⁵, non essendo risultato opportuno affidare il potere di intervento, oltre che penetranti poteri istruttori e sanzionatori, ad un'autorità amministrativa come è appunto l'AGCM, avente una competenza specifica in materia concorrenziale²⁹⁶. A ben vedere, l'art. 33 della Legge n. 118/2022, entrata in vigore il 31 ottobre 2022, ha modificato il terzo comma dell'art. 9 Legge n. 192/1998 precisando che le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'art. 1 D.lgs. n. 168/2003, ovverosia prevedendo la competenza a favore di ogni sezione specializzata e non più solo di quelle di Roma, Milano e Napoli.

²⁹⁴ Ci si riferisce alla "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" n. 118 del 5 agosto 2022.

²⁹⁵ In ordine al cumulo della tutela civile e concorrenziale, i procedimenti innanzi al giudice ordinario e all'AGCM sono destinati a concorrere operando su piani distinti ed essendo volti a garantire protezione ad interessi differenti: da un lato i diritti soggettivi dei soggetti lesi dalla condotta abusiva tenuta dall'impresa dominante e dall'altro gli interessi generali di protezione del mercato (F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 375 s.). Inoltre, quando la fattispecie di abuso dominante configura altresì un'ipotesi di abuso di dipendenza economica, sorge un problema di definizione della competenza a giudicare tra il Tribunale specializzato delle imprese e il Tribunale ordinario; conflitto di competenza risolvibile dando rilievo alla domanda avanzata dalla parte procedente, verificando quindi se ha agito esperendo un'azione di nullità del contratto o di risarcimento del danno a fronte di un abuso di posizione dominante ovvero di un abuso di dipendenza economica.

²⁹⁶ Cfr. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., spec. p. 22, il quale osserva che, peraltro, una diversa ripartizione della competenza giurisdizionale in materia di abuso di dipendenza economica avrebbe determinato la destinazione delle specifiche e qualificate competenze dell'AGCM alla salvaguardia di situazioni abusive di scarso o, addirittura, bagatellare impatto anticoncorrenziale; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 282 - 287; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 21.

A ciò si aggiunga che con l'art. 11 della Legge n. 57/2001 “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati” è stato introdotto il comma 3 *bis* in forza del quale, ferma l'applicazione della normativa *antitrust*, l'AGCM²⁹⁷ può procedere alle diffide ed irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti delle imprese che abbiano commesso un abuso di dipendenza economica avente rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. La nuova formulazione legislativa²⁹⁸, oltre ad aver riconosciuto la facoltà di agire innanzi all'autorità giudiziaria per ottenere la cessazione delle condotte lesive e il risarcimento dei danni a favore di chi assume di aver subito un abuso di dipendenza economica, ha attribuito all'AGCM un potere di intervento a tutela della concorrenza e del corretto svolgimento dei rapporti economici, qualora ne ravvisi l'esigenza.

Con tale novella, la condotta abusiva sanzionata dall'art. 9 è stata quindi ricondotta anche nell'alveo degli illeciti concorrenziali²⁹⁹, qualificandosi come illecito

²⁹⁷ Per un approfondimento in tema di ripartizione di competenze tra l'AGCM e l'autorità giudiziaria ordinaria, oltre che in ordine all'impugnabilità dei provvedimenti emessi dall'AGCM, si rinvia a M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nella applicazione delle norme antitrust*, cit., pp. 649 – 679.

²⁹⁸ In tale sede occorre dare atto della novella legislativa apportata all'art. 9 della Legge n. 192/1998 con la “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021” n. 118 del 5 agosto 2022, in recepimento della c.d. Direttiva ECN+, adottata dal legislatore europeo in un'ottica di rafforzamento delle prerogative e delle garanzie di indipendenza delle autorità garanti nazionali della concorrenza, per mezzo della quale il legislatore ha palesato lo sforzo di sistematizzare e irrobustire ulteriormente il *tertium genus* del c.d. terzo contratto. La legge n. 118/2022, entrata in vigore il 27 agosto 2022 a seguito di un lungo e travagliato iter parlamentare, ha invero allineato alcuni profili della legislazione *antitrust* nazionale a quella europea, consolidando i poteri dell'AGCM (ci si riferisce alla facoltà dell'Autorità di richiedere alle imprese informazioni e documenti utili, indipendentemente dall'avvio di un'istruttoria formale) e integrando la disciplina dell'abuso di dipendenza economica prevedendo al primo comma dell'art. 9 Legge n. 192/1998 una presunzione relativa di dipendenza per l'impresa che utilizzi i servizi di intermediazione di piattaforme *online* (l'inciso introdotto è il seguente: “*Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*”). Con l'occasione, il legislatore ha altresì precisato il giudice ordinario competente in ipotesi di azioni civili in materia di abuso di dipendenza economica, prevedendo la competenza di ogni sezione specializzata in materia di impresa (non più quindi solo di quelle di Roma, Milano e Napoli). Circa il rafforzamento dei poteri di *public enforcement* riservati all'AGCM, l'art. 32 della Legge n. 118/2022 ha esteso i poteri di indagine dell'Autorità e ha introdotto una modifica dei criteri di calcolo del fatturato rilevante in tema di valutazione delle concentrazioni. Infine, un importante strumento deflattivo previsto dalla legge antitrust 2021 è dato dal sub-procedimento, simile allo strumento di *settlement*, a disposizione della Commissione europea volto alla definizione della procedura *antitrust* in via transattiva, con una connessa riduzione dell'ammenda irrogabile, la cui entità è pur sempre subordinata all'approvazione dell'AGCM.

²⁹⁹ Ricca è la letteratura sul tema: F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 326 - 331 e 337 - 339; ID., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., 11; L. NONNE, *op. cit.*, p. 223 s.; G. GHIDINI, V. FALCE, *op. cit.*, pp. 317 - 328; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 313 - 318, spec. p. 320; F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 509 - 546, spec. p. 530; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 18 ss. e 38 s.; F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 246 - 264; B. GRAZZINI,

plurioffensivo³⁰⁰ e recuperando in questo modo l'originario e discusso intento del legislatore.

L'introduzione del comma 3 *bis* ha inciso profondamente sul contratto B2b avendo esteso l'ambito operativo della disposizione cui appartiene rendendola una fattispecie di portata generale, applicabile ad ogni rapporto tra imprese, analogamente a quanto accaduto per il divieto di abuso di posizione dominante³⁰¹. Diversamente opinando, infatti, la tutela dell'efficienza del mercato verrebbe irragionevolmente limitata ai soli rapporti di subfornitura, legittimando ingiustificatamente ipotesi di abuso di dipendenza economica tra imprese al di fuori di tale specifica fattispecie negoziale³⁰².

La qualificazione dell'abuso di dipendenza economica quale peculiare ipotesi di illecito concorrenziale, ne avrebbe anche automaticamente confermato il carattere distintivo rispetto all'abuso di posizione dominante *ex art. 3* della Legge n. 287/1990, potendosi configurare la fattispecie di cui all'art. 9 anche in ipotesi di abuso della posizione di dominanza relativa ad opera dell'impresa che, benché non detentrica di un

Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre, cit., pp. 19 ss., spec. p. 24; M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nella applicazione delle norme antitrust*, cit., spec. p. 653, il quale precisa che, benché la legge *antitrust* si occupi della qualificazione di illiceità dei comportamenti, la stessa al contempo non definisce le singole condotte vietate, con la conseguenza che a fondamento della sanzione amministrativa irrogata dall'AGCM si articola una valutazione di gravità del comportamento anticoncorrenziale posto in essere, avendo riguardo agli effetti pregiudizievoli sia verso le imprese concorrenti, sia nei confronti degli utenti finali; ID., *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., pp. 900 ss., ove osserva che nel tempo si è assistito ad una c.d. eterointegrazione del contratto tramite plurimi interventi delle autorità, aventi natura anche amministrativa, per mezzo dell'esercizio dei poteri di regolazione e vigilanza volti a contrastare il potere negoziale privato; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 8 - 14; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 93, secondo cui il vaglio pubblicistico sulle pratiche potenzialmente restrittive della concorrenza, affidato all'autorità amministrativa indipendente, è stato espressamente introdotto dal legislatore al fine di scongiurare che la libertà contrattuale possa compromettere l'iniziativa economica dei singoli, nonché il mercato in una prospettiva più ampia; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 13, secondo cui l'ulteriore intento della riforma era quello di rimarcare, anche topograficamente, la continuità di disciplina sussistente tra l'istituto dell'abuso di dipendenza economica e l'abuso di posizione dominante.

³⁰⁰ A fronte della novella del 2011, le fattispecie a fronte delle quali può configurarsi un'ipotesi di dipendenza economica sono tre: *a)* dipendenza economica priva di ripercussioni in termini di anticoncorrenzialità, *b)* interferenza tra dipendenza economica e posizione dominante e *c)* dipendenza economica avente rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, benché non soddisfatti i requisiti per l'accertamento di una posizione dominante.

³⁰¹ Per mezzo del comma 3 *bis* il legislatore ha sancito espressamente che l'oggettivo squilibrio tra le prestazioni dedotte nel contratto bilateralmente commerciale, laddove costituisca il frutto della disparità di forza negoziale esercitata dal contraente "forte" approfittando della condizione di debolezza del paciscente vessato, è di per sé idoneo a decretare l'invalidità del negozio, indipendentemente dalla sussistenza di un valido consenso manifestato dalla parte vessata e dall'indagine circa la capacità d'agire dei contraenti coinvolti.

³⁰² In tal senso si veda F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 332; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 276 - 283.

rilevante e generale potere di mercato, sia in grado di imporre ai propri *partner* commerciali condizioni contrattuali diseguali e squilibrate.

Delineati in termini generali l'origine e la natura della disciplina sul divieto di abuso di dipendenza economica, occorre esaminare il contenuto dell'art. 9 della Legge n. 192/1998, in ordine al quale la dottrina maggioritaria ha rinvenuto un principio di ordine generale diretto alla moralizzazione dei rapporti B2b, nella prospettiva di protezione dell'imprenditore "debole".

L'indagine deve prendere necessariamente le mosse dalla considerazione per cui l'art. 9 non sanziona la dipendenza economica in sé, bensì l'abuso di tale condizione³⁰³. Principio che è stato di recente confermato dal Tribunale di Milano con la pronuncia n. 1043 del 9 febbraio 2023 secondo cui, richiamando il più generale istituto dell'abuso del diritto, «*non ogni situazione di dipendenza economica può dirsi vietata, ma unicamente quella che sia abusivamente sfruttata dalla parte dominante, al fine di trarne vantaggi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal legittimo esercizio della propria autonomia negoziale*»³⁰⁴.

In mancanza di parametri normativi di valutazione dell'esercizio abusivo del potere negoziale idoneo a determinare una condizione di dipendenza economica, parte della dottrina ha osservato che tali elementi potrebbero essere ricavati in via interpretativa prendendo come riferimento la normativa sulle clausole vessatorie³⁰⁵. In

³⁰³ A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 134; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 524 – 531, il quale evidenzia che il problema connesso all'esercizio abusivo di un diritto non è se un certo comportamento è stato tenuto, ma il perché è stato assunto con tali modalità; L. DELLI PRISCOLI, commento alla sentenza Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., pp. 828 - 847, la condizione di dipendenza economica costituisce una potenzialità di abuso, mentre l'abuso dà per presupposto una tale situazione e che, pertanto, ai fini dell'accertamento della fattispecie di abuso di dipendenza economica ex art. 9 Legge n. 192/1998 non bisogna solo avere riguardo al risultato finale della contrattazione, rappresentato dal contratto fortemente squilibrato, bensì bisogna verificare in concreto la sussistenza di una condizione di dipendenza economica, dal momento che il giudice non può intervenire *a priori* sul regolamento contrattuale ogniqualvolta rinvenga un contratto non equilibrato, dispensandolo da tale accertamento e, dunque, assicurando un intervento correttivo nell'interesse di uno dei due contraenti che abbia omissis o sia risultato inabile nel far valere i propri interessi; V. LANDRISCINA, commento all'ordinanza Trib. Torino, 11 marzo 2010, *Siai S.p.A. c. Fiat Group Automobili S.p.A.*, *ivi*, 6, 2011, II, pp. 1471 - 1489, spec. p. 1485.

³⁰⁴ Trib. Milano, 9 febbraio 2023, n. 1043, in *IlSole24Ore online*.

³⁰⁵ Di questo avviso: L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., p. 838 s., il quale osserva che se per le clausole vessatorie la posizione di monopolio rivestita dal contraente "forte" costituisce un presupposto di fatto che, tuttavia, non ha alcuna rilevanza ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, lo stesso non può dirsi per la legge *antitrust* o sulla dipendenza economica per le quali la legge, rispettivamente, richiede la sussistenza di un'effettiva o potenziale restrizione della concorrenza ovvero una condizione di soggezione alle scelte imprenditoriali assunte dal contraente "dominante". Per un approfondimento si rinvia anche a F. PROSPERI, *Subfornitura*

tale prospettiva, ai fini dell'individuazione in concreto delle condizioni di eccessivo squilibrio dei diritti ed obblighi, tanto l'art. 9 della legge sulla subfornitura, quanto l'art. 33 Codice del Consumo, prefiggendosi come obiettivo la protezione del contraente "debole", dovrebbero essere vagliati prendendo come parametro di riferimento la buona fede oggettiva. Parametro che, inevitabilmente, presuppone un certo grado di discrezionalità dell'interprete nella valutazione di ciascun caso. A conferma di ciò è stato osservato che il giudizio sull'abusività della condotta assunta dall'impresa dotata di maggior potere negoziale non può fondarsi su canoni meccanicistici predeterminati ed astratti ma, anzi, presuppone un'attenta analisi delle circostanze concrete che hanno condotto alla conclusione del negozio, implicando altresì un certo grado di discrezionalità che, in quanto tale, potrebbe condurre l'interprete a ritenere non abusiva una condotta che astrattamente potrebbe essere ritenuta tale e viceversa³⁰⁶. In ragione di tale considerazione, la dottrina maggioritaria ha suggerito di fondare la valutazione circa la sussistenza di una condotta abusiva della condizione di dipendenza economica dell'imprenditore "debole" alla ricorrenza di criteri oggettivi ma elastici, mediati dal principio di buona fede oggettiva³⁰⁷. Ciò nonostante, non è mancato chi ha invece proposto l'osservanza di una serie di rigidi ed oggettivi indici volti a scongiurare ogni arbitrio da parte dell'interprete³⁰⁸.

La questione è ancora dibattuta.

Il tenore letterale dall'art. 9 non lascia però dubbi sul fatto che l'operatività della tutela offerta della norma è strettamente connessa all'esame delle condizioni di mercato

industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole, cit., pp. 665 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., spec. pp. 32 - 35 e 60 - 77; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 112; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 11.

³⁰⁶ Cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 524 - 526, secondo cui l'art. 9 della Legge n. 192/1998 è volto a fornire al giudice i criteri normativi ai quali quest'ultimo deve attenersi al fine di scongiurare l'assunzione di scelte discrezionali nell'identificazione dello stato di dipendenza economica, quale primario presupposto ai fini dell'applicazione del divieto ivi sancito.

³⁰⁷ Cfr. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 115, il quale osserva che l'art. 9 della legge sulla subfornitura consente di rafforzare il carattere precettivo della buona fede nell'esecuzione dei rapporti interimprenditoriali al fine di salvaguardare il valore degli investimenti specifici realizzati. In giurisprudenza Trib. Ancona, 28 febbraio 2022, n. 299, cit.

³⁰⁸ L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., pp. 833 - 843.

e, in particolare, alla concreta impossibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti³⁰⁹.

L'assenza di alternative appaganti nel mercato rispetto al rapporto concluso con l'impresa commercialmente più "forte" costituisce un indice primario per l'accertamento della condizione di abuso nei rapporti B2b³¹⁰. Ne consegue che la tutela va esclusa quando l'impresa, benché versi in una condizione di dipendenza economica, abbia avuto la possibilità di reperire sul mercato alternative appaganti prima di stipulare il contratto poi rivelatosi normativamente e/o economicamente squilibrato.

Senonché, si è altresì osservato che in ragione dell'avverbio "anche" utilizzato dal legislatore, la mancanza di alternative soddisfacenti non sembrerebbe rappresentare un requisito essenziale alla stregua degli altri legislativamente previsti, invece indispensabili ai fini dell'accertamento della condizione di abuso di dipendenza economica³¹¹.

È quindi ragionevole ritenere che la debolezza dell'imprenditore è strettamente connessa alla difficoltà o, addirittura, all'impossibilità di sottrarsi dal contegno abusivo altrui, a maggior ragione in assenza di alternative disponibili sul mercato.

Tra i più discussi temi che hanno interessato l'art. 9 della legge sulla subfornitura vi è anche quello concernente il relativo campo di applicazione.

³⁰⁹ Cfr. Trib. Roma, 7 luglio 2019, n. 13840, in *DeJure*, 2019; Trib. Ascoli Piceno, 21 gennaio 2019, n. 27, *ivi*, 2019; Trib. Lecce, 12 settembre 2018, cit.

³¹⁰ In questo senso A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario Scialoja-Branca*, F. GALGANO (a cura di), Bologna-Roma, 2003, p. 494, il quale qualifica tale requisito come "l'essenziale parametro costitutivo della fattispecie"; G. CERIDONO, *Art. 9 Legge 18 giugno 2998, n. 192. Abuso di dipendenza economica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, fasc. 1/2, 2000, p. 436, secondo la quale la verifica della sussistenza di valide alternative sul mercato costituirebbe il cuore dell'accertamento della condizione di dipendenza economica. A tal riguardo, è utile richiamare anche la dottrina che, invece, sostiene che l'accertamento della condizione di abuso di dipendenza economica richiede una duplice valutazione: una circa l'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti e una sull'impossibilità per il contraente "debole" di reperire soluzioni alternative e soddisfacenti sul mercato, quale tipico indice di malfunzionamento dello stesso: cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., pp. 44 ss.; S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, cit., p. 485 s. e 489; G. COLANGELO, *op. cit.*, pp. 100 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 251; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 816 ss.

³¹¹ Si veda M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 14 s.; A. BARBA, *op. cit.*, p. 328 s.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 116 ss.; D. MAFFEIS, *Art. 9 - Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, G. DE NOVA (a cura di), Milano, 1998, p. 79, ove l'Autore, a tal proposito, richiamando quanto osservato da osserva che «l'abuso di dipendenza economica potrà consistere, oltre che, ad esempio, nell'imposizione "di un prodotto o servizio non richiesto in connessione con un prodotto o servizio richiesto", anche nella imposizione di "prezzi eccessivamente gravosi"» dal momento che l'abuso non si manifesta esclusivamente con l'imposizione di clausole gravose, ma può anche consistere in comportamenti vessatori dell'impresa.

Secondo un primo filone di pensiero, ad oggi condivisibilmente minoritario, la rilevanza della previsione di cui all'art. 9 in parola sarebbe limitata alla sola subfornitura in ragione della collocazione topografica della norma all'interno della legge extracodicistica sulla subfornitura e della natura eccezionale della medesima regola che ne impone una rigida interpretazione³¹².

Ad opinione del menzionato indirizzo minoritario, l'ambito di operatività del divieto di abuso di dipendenza economica sarebbe limitato ai contratti di subfornitura³¹³, ritenendo che, diversamente, la norma determinerebbe una limitazione ingiustificata dell'autonomia contrattuale delle imprese e sancirebbe a favore dell'impresa "debole" una tutela irragionevolmente più favorevole rispetto a quella prevista per i contratti B2C³¹⁴. In particolare, l'estensione del divieto di abuso di dipendenza economica a favore di tutti i contratti tra imprese comporterebbe una condizione di ingiustificato vantaggio per le imprese "deboli" rispetto alla disciplina B2C considerando che, a differenza di quanto previsto in quest'ultimo caso, l'imprenditore "debole" sarebbe tutelato sia in ordine alla determinazione dell'oggetto, che all'adeguatezza del corrispettivo, tanto nei rapporti predeterminati dall'impresa più forte, sia in quelli negoziati individualmente³¹⁵. Per di più, tale smisurata protezione dell'imprenditore, in assenza di una espressa previsione legislativa, potrebbe dare adito a dubbi di legittimità costituzionale, rischiando di porsi in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. in ragione della disparità di trattamento riservata a

³¹² Si vedano R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, spec. pp. 121 ss.; A. TULLIO, *op. cit.*, pp. 256 ss.; G. VECCHIO, *op. cit.*, pp. 1562 - 1564.

³¹³ In questa prospettiva si vedano Trib. Bari, 7 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208, in occasione della quale l'Autorità ha statuito che, posto che il divieto dell'abuso di dipendenza economica conferisce al giudice poteri di natura eccezionale, derogando al principio di libertà contrattuale, l'abuso di dipendenza economica non si applica a tutti gli accordi tra imprese, ma unicamente ai contratti tipici di subfornitura ai sensi dell'art. 1, l. n. 192/1998; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424 ss., in occasione della quale il giudice di merito ha statuito che «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». Per un approfondimento del tema si veda B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 24 - 28.

³¹⁴ Cfr. U. PERFETTI, *op. cit.*, pp. 141 ss.; A. MUSSO, *op. cit.*, pp. 484 ss.; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, pp. 125 ss., i quali fanno riferimento all'ipotesi in cui la clausola onerosa sia stata oggetto di specifica negoziazione: tale esimente rende la clausola valida nei contratti con il consumatore, mentre non è del tutto assente nei contratti bilateralmente commerciali in ipotesi di abuso di dipendenza economica.

³¹⁵ *Ex multis*: G. CRESCI, *op. cit.*, pp. 375 - 470; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., pp. 833 - 843; G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 117, secondo cui, a differenza dei rapporti bilateralmente commerciali, nei rapporti B2C la repressione della clausola abusiva, prescindendo dall'effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo, opera in ragione della debolezza strutturale e presunta del consumatore.

favore dell'impresa economicamente dipendente con riferimento alle clausole che siano state oggetto di negoziazione tra le parti, rispetto a quanto previsto a protezione del consumatore *ex art. 34 Cod. Consumo* in forza del quale la negoziazione delle clausole (c.d. *grey list*) ne esclude la vessatorietà.

Peraltro, tale dottrina sostiene che la giustificazione lessicale concernente il mancato utilizzo da parte della norma delle figure del “committente” e del “subfornitore” non sarebbe sufficiente per fondare un'interpretazione estensiva, trattandosi comunque di una disposizione acclusa per iniziativa legislativa all'interno di una normativa di settore, preordinata a trovare unicamente applicazione nei rapporti di subfornitura nelle attività produttive.

Altri studiosi, altrettanto contrari alla qualificazione dell'art. 9 quale clausola generale, hanno diversamente rilevato che la finalità originaria della normativa era proprio quella di garantire una protezione estesa a tutte quelle condizioni di debolezza negoziale nei rapporti bilateralmente commerciali attraverso l'inserimento della stessa nella normativa *antitrust*, sennonché la collocazione della norma all'interno della legge speciale riservata alla subfornitura ne avrebbe determinato la definitiva restrizione del campo applicativo³¹⁶.

Le ricostruzioni esposte non sono risultate affatto soddisfacenti e pertanto non hanno trovato ampi consensi.

Sebbene corrisponda al vero che l'abuso di dipendenza economica trova ampio spazio di manifestazione nell'ambito dei contratti di subfornitura, non si può certo dire che tale fenomeno si esaurisce in tale specifica fattispecie. Ciò, soprattutto, se si valorizza il proposito che ha condotto il legislatore all'introduzione di tale disciplina alla luce dell'art. 12 delle preleggi, secondo cui l'intento va identificato nello scopo al quale la legge è obiettivamente funzionalizzata nella prospettiva di tutela degli interessi socialmente rilevanti. Nel ricercare la ragione di tale legge non si può quindi avere riguardo soltanto alla singola norma interpretata, bensì l'interpretazione deve essere funzionale, sistematica e coerente con il sistema cui appartiene³¹⁷. Anzi, una lettura

³¹⁶ In tal senso A. MUSSO, *op. cit.*, pp. 484 ss. Secondo una diversa prospettiva si veda R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 524 s., ove osserva che l'art. 9 non costituisce una clausola generale, in quanto tale sprovvista di una propria fattispecie, bensì rappresenta una norma generale, avente un capo di applicazione limitate alle sole relazioni bilateralmente commerciali.

³¹⁷ In tal senso si veda C.M. BIANCA, *Diritto Civile - Vol. I. La norma giuridica. I soggetti*, cit., pp. 99 ss.; F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di*

restrittiva del campo applicativo della norma aprirebbe la strada ad una scelta legislativa marcatamente arbitraria ed ingiustificata, in grado di condurre ad esiti paradossali per l'intero sistema giuridico.

La ricognizione delle questioni interpretative sull'ambito di operatività della norma ha condotto la dottrina maggioritaria favorevole all'ultraoperatività dell'istituto ad osservare, in primo luogo, la scarsa univocità della *sedes materiae* ove è stata collocata la disposizione, confluita nel diritto civile al di fuori della normativa *antitrust* come suggerito dall'AGCM e, in secondo luogo, che l'asimmetria di tutela rispetto al consumatore permarrebbe anche ove si volesse estendere l'applicabilità della normativa al di fuori dei meri rapporti di subfornitura³¹⁸. Al più, tale differente grado di tutela avrebbe potuto essere affermato solo allorché la norma sull'abuso di dipendenza economica fosse divenuta parte integrante della legge *antitrust*, come inizialmente prospettato nei lavori preparatori³¹⁹. È stato infatti osservato che, anche ove si volesse riconoscere un'applicazione estesa della disciplina sul divieto di abuso di dipendenza economica a favore di tutti i contratti B2b, permarrebbe una netta differenziazione rispetto alla normativa B2C, dal momento che quest'ultima è volta a porre rimedio ad una condizione di disinformazione congenita e tipica dei contraenti non professionisti, mentre le tutele riservate all'imprenditore "debole" sono volte ad incentivare la cooperazione commerciale e ad inibire le condotte strategiche pregiudizievoli sia per le controparti negoziali, che per il mercato.

Un ulteriore indizio a favore dell'applicabilità generalizzata di tale divieto si rinviene nei lavori preparatori della legge nei quali il legislatore si rifà ai modelli legislativi francese e tedesco, strutturati in modo da reprimere le condotte idonee a comprimere o compromettere la concorrenza anche al di fuori dei soli rapporti di subfornitura³²⁰.

dipendenza economica, cit., pp. 509 - 546; C. ATTANASIO, *op. cit.*, pp. 198 - 201; V. LANDRISCINA, commento all'ordinanza Trib. Torino, 11 marzo 2010, cit., pp. 1486 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 678; G.A.M. CRAPANZANO, *op. cit.*, p. 366; S. MEUCCI, *op. cit.*, p. 48; M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 13 - 37, spec. p. 16 ove precisa che l'abuso di dipendenza economica non costituisce un istituto eccezionale, bensì armonico con il principio di buona fede, regola portante dell'intero sistema dei contratti.

³¹⁸ Si vedano M.R. MAUGERI, *op. cit.*, spec. p. 134; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss.; G. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 121 - 139; M. SPINOZZI, *op. cit.*, pp. 65 ss.; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., p. 451.

³¹⁹ R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, p. 127.

³²⁰ In tal senso: M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 132; L. NIVARRA, *op. cit.*, pp. 97 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 789 - 833, spec. p. 803 ove l'Autore osserva che

A seguito di un ricco dibattito, oggi la dottrina è praticamente unanime nel definire l'art. 9 in parola una norma "a vocazione allargata" destinata a trovare applicazione in ipotesi di dipendenza economico-negoziale nei rapporti B2b, abbracciando ogni realtà imprenditoriale nell'ambito della quale un'impresa sia in grado di influenzare il rapporto negoziale con altre imprese clienti o fornitrici³²¹. Ciò, sulla base dell'assunto per cui una limitazione del relativo campo applicativo sarebbe irragionevole e pregiudizievole per tutti quei rapporti commerciali diversi dalla subfornitura, ma egualmente squilibrati.

Condividendo l'inquadramento dell'art. 9 quale clausola generale, emerge come la disciplina della subfornitura si è semplicemente fatta carico di tradurre in termini giuridici una risalente istanza "di aiuto" e "di attenzione" avanzata dai contraenti imprenditori, i quali, nel tempo, hanno rivendicato controlli più penetranti sugli equilibri giuridici dei contratti per scongiurare abusi che, allorché non aventi

«sarebbe costituzionalmente dubbio un divieto selettivo che discriminasse senza specifica ragione una particolare forma di dipendenza economica (del subfornitore) da tutte le altre». In tale direzione è stato altresì evidenziato che, nel sanzionare le condotte abusive assunte dall'imprenditore "forte" idonee a determinare una condizione di dipendenza economica, il legislatore anziché utilizzare le nozioni di "committente" e "subfornitore" tipiche ed esclusive del rapporto di subfornitura, si è riferito alle parti utilizzando il più generico concetto di "impresa".

³²¹ *Ex multis*: B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 31 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., p. 833 - 843; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 30 s.; L. NONNE, *op. cit.*, pp. 217 ss. e 233; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 82 - 110; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 198 - 201; M.A. LIVI, *op. cit.*, p. 210; M. DELL'UTRI, *op. cit.*, p. 79; V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in *Dir. e prat. soc.*, I, 1998, pp. 15 ss.; A. BARBA, *op. cit.*, pp. 297 ss.; G. CERIDONO, *Commento all'art. 9*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)*, Commentario, N. LIPARI (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pp. 429 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, p. 885 s.; S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, cit., p. 417; D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 78; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 131 - 138; R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 712 - 737; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 11 ss., 23 e 351 s., secondo cui l'art. 9 della Legge sulla subfornitura, costituendo una mera specificazione del principio fondamentale di correttezza contrattuale, ben si presterebbe ad essere interpretato in via analogica; ID., *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 332 ss.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 677 s., ove lo stesso Autore osserva che ove venisse esclusa l'applicazione della norma sull'abuso di dipendenza economica a tutti i contratti bilateralmente commerciali squilibrati, allora verrebbe inevitabilmente tradito il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 509 - 546; ID., *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, cit., p. 297 e 309 ss., il quale definisce l'art. 9 della Legge n. 192/1998 come una "norma generale all'interno dei rapporti fra imprese, una disposizione che fa da cerniera fra le regole *antitrust* e la disciplina dei contratti d'impresa" volta a colmare un vuoto legislativo rilevante delle regolazioni che interessano il mercato; A. VILLELLA, *op. cit.*, Napoli, 2008, p. 14 e 108 ss., secondo cui, in una prospettiva più ampia, l'art. 9 in parole assurgerebbe non solo a principio generale del diritto dei contratti tra imprese, bensì dei contratti in generale.

ripercussioni negative sulla concorrenza del mercato, rischiavano di rimanere impuniti in forza del solo operare della normativa *antitrust*.

Su tale scia, anche la giurisprudenza ha accolto le suggestioni della dottrina maggioritaria avallando, per mezzo di un *obiter dictum*, la tesi secondo cui l'art. 9 della legge sulla subfornitura ammetterebbe un'applicazione diretta a tutti i rapporti fra imprese dotate di diseguali poteri negoziali³²².

Il primo giudizio che ha statuito per l'ultraoperatività dell'istituto si è concluso con la pronuncia dell'ordinanza del 6 maggio 2002 del Tribunale di Bari - adito in via cautelare - in occasione del quale il giudice di prime cure, condividendo il pensiero della dottrina maggioritaria, ha disposto che da una prima lettura dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 si evince come la norma "*abbia un campo di applicazione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dall'art. 1 della L. 192/1998, comprendendo ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa*"³²³. La decisione è stata, tuttavia, oggetto di reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c. a fronte del quale il Collegio barese ha avallato la tesi secondo cui il divieto di abuso di dipendenza economica opererebbe esclusivamente nell'ambito del rapporto di subfornitura, sostenendo *i)* che l'eccezione circa la lesione del principio di uguaglianza

³²² Cass. Civ., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805 ss. e in *Dir. e giust.*, 2011, con la quale è stato espressamente sancito che «*l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti della sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della Legge n. 192 del 1998*»; sempre in ordine all'impostazione estensiva della norma in parola, si veda anche la nota a sentenza di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2012, pp. 298 - 305.

³²³ Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, vol. 125, fasc. 7/8, pp. 2177 - 2194: *Ditta Milly Boutique c. Soc. Marina Babini*; in *Giur. it.*, 2003, pp. 724 ss. Per una approfondita disamina del caso si rinvia al successivo paragrafo n. 3.2 e a P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 7/10, 2002, pp. 319 - 344; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 130 ss.; S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, cit., pp. 423 - 434 e 492, ove si osserva che il giudice di merito nella disamina della posizione di dipendenza economica si è avvalso del criterio della "mancanza di alternative soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l'impresa dominante", accertando che il grado di sostituibilità del prodotto o servizio è prossimo alla zero, anche in termini di convenienza economica. Favorevoli all'applicazione generalizzata della norma si sono altresì dimostrati i Tribunali di Taranto e di Torino i quali hanno riconosciuto che la norma, benché sia collocata all'interno di una disciplina settoriale, ha una portata più ampia ed è destinata ad essere operante in tutti i contratti tra imprese, siano queste clienti o fornitrici (cfr. A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, nota a Trib. Torino, ord. 19 novembre 1999; Trib. Taranto, 13 ottobre 1999 e 28 settembre 1999, in *Foro it.*, vol. 123, fasc. 2, 2000, pp. 626 - 632).

ex art. 3 Cost. sarebbe insussistente, posto che tale violazione può configurarsi solo tra imprese “deboli” e dipendenti innanzi a fattispecie omogenee che vengano sottoposte a discipline e regolamenti diseguali e ii) che l’art. 9 della legge in parola non sarebbe suscettibile di applicazione estensiva in via analogica, come peraltro accade anche per l’art. 2597 c.c. in tema di obbligo di contrarre per l’impresa che opera in regime di monopolio legale, le cui *ratio* sono assimilabili³²⁴.

A fronte di tali prese di posizione, la dottrina che ha meglio fotografato l’allora stato dell’arte ha rinvenuto un’ulteriore limitazione circa l’operatività dell’art. 9 della Legge n. 192/1998 in tema di divieto di abuso di dipendenza economica, ritenendo che tale disciplina sarebbe destinata a trovare applicazione esclusivamente nell’ambito dei rapporti verticali tra imprese³²⁵. Tuttavia, la principale perplessità circa tale prospettazione è strettamente connessa ai labili confini che caratterizzano la nozione di “accordi verticali”, trattandosi di un termine prettamente economico e tipicamente utilizzato nei contesti di analisi dei mercati e della concorrenza, benché spesso impropriamente impiegato per delimitare insiemi eterogenei di transazioni e negozi commerciali³²⁶. Non essendo perciò sufficientemente chiaro dal punto di vista giuridico cosa si intenda per “accordi verticali”, tale concetto difficilmente può essere assunto quale criterio di definizione del campo applicativo dell’art. 9 della Legge n. 192/1998.

È forse più corretto ritenere che l’espressione di matrice economica “accordi verticali” sia stata utilizzata tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non per definire i rapporti nell’ambito dei quali l’abuso può realizzarsi, ma per circoscrivere la condizione di dipendenza economica regolamentata dall’art. 9.

Pur risultando ancora plurime le questioni interpretative connesse all’art. 9 della Legge n. 192/1998, giova qui dare atto di un ulteriore profilo interpretativo concernente la definizione delle condotte abusive vietate e sanzionate.

Il legislatore, qualificando l’abuso di dipendenza economica come una clausola aperta, nonché come archetipo della debolezza imprenditoriale in grado di adattarsi alle

³²⁴ S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, cit., p. 477; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 27 s., il quale osserva che l’obbligo legale a contrarre di cui all’art. 2597 c.c. rappresenta sia una peculiare forma di limitazione dell’autonomia contrattuale, sia una speciale tecnica di regolamentazione e funzionalizzazione dell’attività di impresa.

³²⁵ In tal senso: R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 99 ss.; R. LECESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Napoli, 1998, spec. pp. 18 - 21; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 518 s.

³²⁶ Si veda L. NONNE, *op. cit.*, p. 237.

più varie esigenze di tutela, si è limitato ad individuare una serie di ipotesi di abuso non tassative, rimesse alla libera valutazione dell'interprete chiamato a fare applicazione della clausola generale di buona fede e dei canoni di correttezza professionale³²⁷. In tal senso, alla condizione di dipendenza economica nella quale potrebbe imbattersi un'impresa, potrebbe conseguire non solo l'imposizione di CGC eccessivamente onerose o gravose (c.d. abuso da sfruttamento), ma anche una delle altre condotte esemplificate dall'art. 9 della Legge n. 192/1998 (c.d. abuso di esclusione) quali l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere ovvero il rifiuto di vendere o di comprare.

Occorre altresì osservare che, benché tale elencazione sia pacificamente ritenuta esemplificativa, non è mancato chi in senso contrario ha ritenuto che la genericità e l'ampiezza delle tre tipologie di abusi richiamati dalla norma esauriscono nella pratica tutte le fattispecie di abuso astrattamente configurabili³²⁸.

Un'ulteriore questione interpretativa connessa all'art. 9 in parola concerne l'elemento soggettivo dell'impresa relativamente dominante. Secondo parte della dottrina affinché la fattispecie di abuso di dipendenza economica possa dirsi tale è necessario che venga accertato l'elemento psicologico del dolo dell'impresa abusante, dacché la colpa non sarebbe sufficiente. Ciò malgrado, una tale ricostruzione rischierebbe di assorbire e ricondurre le fattispecie di abuso di dipendenza economica nell'alveo dei fatti illeciti *ex art. 2043 c.c.*³²⁹, anziché dell'inadempimento. Il rischio

³²⁷ R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, p. 121 s.; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 194 s., ove osserva che sembrerebbe che il legislatore abbia riferito il divieto di dipendenza economica non già all'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi in sé, bensì alla condotta assunta dall'impresa relativamente dominante; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., pp. 230 ss.; A. MUSSO, *op. cit.*, pp. 470 ss.; G. CERIDONO, *Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n. 192. Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 440; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 242 s., il quale osserva che il divieto di abuso di dipendenza economica opera sia "al di fuori" del contratto sanzionando gli abusi nella fase formativa ed estintiva del rapporto negoziali, sia nella fase "esecutiva" del contratto allorché gli abusi si verificano all'interno del rapporto già instaurato attraverso l'esercizio di un diritto contrattualmente previsto ma per finalità differenti da quelle per le quali tale diritto è ammesso dall'ordinamento; D. MAFFEIS, *op. cit.*, pp. 79 - 83; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 128; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 126, il quale osserva che il fatto che il legislatore abbia inserito nella disposizione la congiunzione "anche" farebbe intendere che si tratta di un'elencazione non esaustiva.

³²⁸ In tal senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 250; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 11; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 19.

³²⁹ Si veda V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss., secondo cui la fattispecie di abuso di dipendenza economica dà luogo ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, ossia in un settore di illeciti che presuppongono relazioni di fonte non contrattuale da "contatto giuridico speciale", e quindi qualificato, tra l'impresa abusante e quella dipendente.

connesso è che determinate condotte abusive alle quali potrebbe anche non conseguire un danno ingiusto, attuale o potenziale, possano rimanere impunte. Pertanto, indipendentemente dall'eventuale produzione di un danno per l'impresa "debole", gli abusi di dipendenza economica dovrebbero essere più opportunamente inquadrati quali meri illeciti, anche contrattuali, e non come fatti illeciti³³⁰.

2.3.1 I labili confini tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica

Si è fin qui visto come tra l'area di intervento della normativa *antitrust*, volta a vietare e sanzionare gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza, e la legislazione di esplicita tutela contrattuale a favore di imprenditori "deboli" rispetto ad abusi perpetrati nell'esercizio dell'autonomia privata non vi è una piena coincidenza, dal momento che queste ultime fattispecie abusive possono concretizzarsi anche in assenza di un "fallimento del mercato".

In origine la condizione di abuso di dipendenza economica veniva equiparata all'abuso di posizione dominante. Senonché, come visto, la collocazione della disciplina sull'abuso di dipendenza economica nell'alveo della legge sulla subfornitura ha decretato la scissione tra le due fattispecie³³¹. Difatti, benché la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica ricordi astrattamente quella dell'abuso di posizione dominante, la stessa deve esserne ben distinta: la legge *antitrust* è volta a garantire e tutelare l'equilibrio di mercato, mentre la Legge n. 192/1998 attiene alla regolamentazione dei singoli rapporti B2b alla luce della concreta situazione di mercato in cui versa l'impresa "debole" in assenza di valide e soddisfacenti alternative³³².

³³⁰ Di questo avviso C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 197.

³³¹ In una diversa prospettiva, di natura prettamente sistematica, le due fattispecie di abuso in oggetto costituiscono nient'altro che una peculiare concretizzazione di un comportamento contrario a buona fede ovvero una particolare e specifica applicazione dei principi fondamentali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale su cui si fonda l'intero ordinamento, il cui rispetto impone interventi correttivi, siano essi giudiziali che legislativi, nell'intento di correggere le disparità socio-economiche cui risultano affetti i singoli rapporti negoziali (cfr. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 345).

³³² Cfr. A. VOLANTI, *op. cit.*, p. 41; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., p. 62; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., spec. pp. 928 - 939; A. BARBA, *op. cit.*, p. 330 e 314, il quale osserva che con l'introduzione dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 si è assistito ad una "complessa operazione di integrazione assiologica, di interazione tra valori, concorrenza

Il divieto di abuso di dipendenza economica, infatti, oltre ad avere carattere generale, è dotato di una propria autonomia rispetto alla fattispecie assoluta dell'abuso di posizione dominante, potendosi per esempio configurare sia quando l'impresa dominante imponga CGC gravemente squilibrate e non conformi a quelle generalmente applicate nel mercato di settore (ipotesi di dipendenza economica c.d. oggettiva, in quanto scaturente da una specifica condizione del mercato in cui opera l'impresa "debole" ovvero da una caratteristica propria del bene o servizio di cui quest'ultima necessita per lo svolgimento della propria attività), sia allorché, risolvendo il rapporto commerciale in essere, si approfitti della propria posizione di potere e della condizione di debolezza altrui a fronte degli investimenti idiosincratici realizzati e difficilmente riconvertibili nell'ambito di un nuovo rapporto commerciale (ipotesi di dipendenza economica c.d. soggettiva, determinata in ragione delle caratteristiche dello specifico vincolo negoziale che lega l'impresa "debole" a quella "dominante"³³³).

Pertanto, se da un lato l'abuso di dipendenza economica risulta generalmente connesso alla sussistenza di vizi contingenti e transitori connessi all'andamento degli scambi commerciali, dall'altro l'abuso di posizione dominante è strettamente connesso a vizi strutturali del mercato³³⁴. Diverso è anche il bene giuridico tutelato dalle due

da un lato, giustizia contrattuale dall'altro" a fronte della quale "il legislatore riconoscere rilevanza giuridica alla particolare conformazione relazione delle misure di potere economico di cui dispongono le singole imprese in quanto soggetti di uno specifico rapporto giuridico".

³³³ Tale fattispecie, ad esempio, si configura allorché una quota significativa del fatturato di una piccola-media impresa sia realizzata in forza del rapporto commerciale in essere con un'unica impresa (es. dipendenza da penuria, dipendenza da assortimento, dipendenza del fornitore al fatturato del committente, dipendenza da rapporti commerciali di lunga durata). Cfr. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 12 - 17, il quale si sofferma sulle diverse fattispecie di dipendenza economica tipiche dell'ordinamento francese e germanico, ossia: la dipendenza da assortimento, dipendenza da rapporti commerciali, dipendenza da penuria, dipendenza del fornitore, dipendenza reciproca e dipendenza dal terzo; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, pp. 9 - 31; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 120, secondo cui la pericolosità di tale fenomeno, non solo per ragioni di immediata giustizia distributiva tra le parti, ma soprattutto perché rendono insicuro e instabile lo specifico investimento realizzato.

³³⁴ In tal senso si veda F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 277; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit. p. 285; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 23. In ordine all'esame circa la sussistenza di un abuso di posizione dominante si segnala la recente sentenza *Meta Platforms Inc.* e altri del 4 luglio 2023 (causa C-252/21), in occasione della quale la Corte di Giustizia dell'UE ha precisato che in occasione di tale indagine l'AGCM è legittimata anche ad esaminare la conformità della condotta assunta dall'impresa interessata alle normative differenti da quella *antitrust*, tra le quali vi rientra la normativa in materia di *privacy* (GDPR, Reg. UE 2016/679); nel caso di specie il giudizio era volto ad accertare se, ai sensi dell'art. 102 TFUE, le condizioni generali d'uso utilizzate da *Meta Platforms* in materia di trattamento dei dati personali degli utenti fossero conformi al regolamento europeo (per un approfondimento si rinvia a C. BOVINO, *Accertamento di abuso di posizione dominante: leale collaborazione tra Antitrust e Garanti privacy nazionali*, in *il QG*, 4 settembre 2023).

discipline, ossia: la concorrenza per la legge *antitrust* e la libertà contrattuale dell'impresa "debole" per la legge sulla subfornitura³³⁵.

Entrambe le normative condividono però il fine di impedire che l'impresa commercialmente "forte" abusi e si approfitti della posizione di potere di cui gode esercitando indebite pressioni commerciali in danno, tanto dei *partner* commerciali, quanto degli utenti finali. Motivo per cui, nonostante gli evocati caratteri distintivi, al contempo non è corretto tracciare una netta linea di demarcazione tra le nozioni di abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante.

A conferma di ciò si osservi che nei mercati rilevanti non eccessivamente vasti, la condotta abusiva assunta dall'impresa dominante scaturisce generalmente in un'ipotesi di abuso di dipendenza economica³³⁶. Tra le figure dell'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica può esservi, quindi, un'ampia coincidenza a tal punto da comportare che la nullità del contratto stipulato dall'impresa abusando della sua posizione di predominio sul mercato può racchiudere anche un'ipotesi di abuso di dipendenza economica³³⁷.

Ne deriva che, nonostante le due condotte siano astrattamente sovrapponibili, il carattere distintivo delle stesse va rinvenuto nel contesto di riferimento in cui tali forme di abuso trovano esplicazione, accertando così se le stesse interessano l'intero mercato di riferimento oppure soltanto il singolo rapporto negoziale.

Infine, un ulteriore carattere di sovrapposizione tra le due tipologie di abuso si desume dal comma 3 *bis* dell'art. 9 della Legge sulla subfornitura per mezzo del quale, come visto, il legislatore ha inteso sanzionare l'ipotesi di abuso di dipendenza economica avente ripercussioni per la concorrenza e per il mercato, sottoposto per tale motivo alla cognizione dell'AGCM³³⁸.

³³⁵ In giurisprudenza si veda Trib. Roma, 17 luglio 2019, n. 15000, in *AIDA*, 2020, 1, 665, ove si afferma che «la nozione di abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 18 giugno 1998 n. 192 non coincide con quella di abuso di posizione dominante ex art. 3 l.at., posto che solo la prima costituisce una disciplina di tipo contrattuale, nonostante il suo accertamento richieda la verifica di dati di mercato ed in alcuni casi particolari l'illecito possa assumere rilievo concorrenziale».

³³⁶ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 347, ove l'Autore precisa che, generalmente, l'abuso di dipendenza economica dipende da un fallimento del mercato connesso a disfunzioni transitorie degli scambi.

³³⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 7/10, 2002, p. 456 s.

³³⁸ L. NONNE, *op. cit.*, p. 216; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 803; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 112, il quale afferma che il legislatore avrebbe inteso «inoculare dentro la

Alla luce delle considerazioni svolte può ribadirsi che, benché i due istituti presentino precisi caratteri distintivi, soprattutto tenuto conto del potere di mercato che in ipotesi di abuso di posizione dominante è significativamente maggiore rispetto a quello di abuso della condizione di dipendenza economica, al contempo entrambi costituiscono espressione della medesima esigenza assiologica ossia quella di protezione. Ed è proprio in ragione di tale similitudine che le due normative impongono un'analisi e una lettura congiunta.

2.3.2 L'assenza di alternative di mercato soddisfacenti per l'impresa economicamente dipendente

Chiarite le differenze esistenti tra le due fattispecie di abuso, l'attenzione va posta sull'elemento dell'assenza di alternative soddisfacenti nel mercato, quale necessario ed oggettivo presupposto per l'accertamento della condizione di abuso di dipendenza economica³³⁹.

Ai sensi del primo comma dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, l'accertamento della capacità per l'impresa di determinare uno squilibrio eccessivo di diritti e di obblighi presuppone un'indagine delle concrete possibilità per la parte che ha subito l'abuso di reperire soddisfacenti alternative sul mercato³⁴⁰. Requisito quest'ultimo che non deve essere inteso quale assoluta impossibilità oppure come mera possibilità astratta o ipotetica, bensì come concreta, oggettiva e generale difficoltà nel ritracciare alternative appaganti o comunque accettabili per il perseguimento di risultati

forma neutra dello scambio il virus del mercato concorrenziale, ossia di un mercato in cui il risultato finale non sia alterato da rapporti di forza asimmetrici».

³³⁹ Quanto detto ha trovato conferma nella più recente giurisprudenza. Si veda, ad esempio, Trib. Roma, 17 luglio 2019, n. 15000, cit.: «l'accertamento di un abuso di dipendenza economica richiede l'allegazione e la prova che all'epoca della stipulazione dei contratti controversi l'impresa cliente o fornitrice si trovasse in una situazione di difficoltà o impossibilità di reperire valide alternative sul mercato di riferimento e che vi sia uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali delle parti».

³⁴⁰ Il requisito dell'assenza di alternative soddisfacenti, peraltro, imponendo un esame del mercato rilevante in cui opera l'impresa "debole", avvicina inevitabilmente la procedura di accertamento dell'abuso di dipendenza economica a quella dell'abuso di posizione dominante, rendendo così ancor più labili i confini tra le due normative. Si rinvia a P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 283 - 287; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 230 ss.; A. BARBA, *op. cit.*, p. 328, secondo cui l'eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti rappresenta il risultato antiggiuridico della condotta abusiva perpetrata, mentre l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato il criterio di valutazione dell'antigiuridicità del comportamento tenuto dall'impresa dominante.

utili per l'impresa³⁴¹. Ciò significa che la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato va riscontrata attraverso un processo di soggettivizzazione dell'astratta situazione di mercato, sia quando manchino alternative negoziali idonee, sia allorché le alternative disponibili non siano equivalenti in termini commerciali ed economici. In altre parole, la reale possibilità di reperire alternative sul mercato e la relativa attitudine soddisfattiva costituiscono dei meri parametri normativi di valutazione che devono essere di volta in volta calati nel caso concreto, attraverso un processo di verifica della realtà e dell'attitudine esauriente dell'alternativa avendo riguardo agli interessi dell'impresa "debole"³⁴².

L'osservazione è di particolare rilievo dal momento che l'esistenza di alternative commerciali non può escludere *a priori* la condizione di dipendenza economica, dovendo invece accertare in concreto se per la singola impresa "debole" l'alternativa disponibile nel mercato è compatibile con le sue specifiche esigenze di impresa.

Sarebbe infatti paradossale addossare all'impresa abusata costi o rischi sproporzionati e irragionevoli imponendole il ricorso ad alternative disponibili sul mercato astrattamente soddisfacenti, ma nella pratica non confacenti ai suoi interessi.

L'accertamento della condizione di abuso di dipendenza economica non si limita quindi alla mera indagine circa lo squilibrio giuridico dei diritti e obblighi scaturenti dal contratto, ma si estende all'eventuale eccessiva disparità economica tra le prestazioni in danno del contraente "debole", tenuto conto, in termini economici, della reale possibilità per la parte vessata di reperire alternative soddisfacenti sul mercato. Ciò significa che l'impossibilità per la controparte di reperire affari commerciali alternativi e soddisfacenti non costituisce una conseguenza dell'eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi desunti nel contratto, ma è proprio l'assenza - reale e non meramente giuridica - di tali alternative ad indurre l'imprenditore "debole" ad accettare un regolamento contrattuale squilibrato.

Al riguardo, è utile richiamare la differenza tra il concetto di "stato di dipendenza economica" e di "abuso di dipendenza economica": nel primo caso, si

³⁴¹ In termini economici, la condizione di assenza di alternative soddisfacenti per l'impresa che versa in una condizione di dipendenza economica deve essere altresì vagliata dando rilievo ai prezzi dei beni e servizi simili o equivalenti a quelli oggetto del contratto squilibrato che siano disponibili sul mercato.

³⁴² A. BARBA, *op. cit.*, p. 332 s.; L. DELLI PRISCOLI, commento alla sentenza Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., pp. 828 - 847; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 191 s.; S. MEUCCI, *op. cit.*, p. 48 s.; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 321.

configura un'ipotesi di danno potenziale per l'impresa "debole" in ragione di un possibile eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra i contraenti, mentre nel secondo l'abuso rappresenta la concretizzazione di tale possibile danno. Sicché, ove la mancanza di alternative soddisfacenti costringa l'impresa ad accettare un assetto negoziale iniquo, allora tale condizione concorre alla realizzazione di un abuso di dipendenza economica *ex art. 9 Legge n. 192/1998*; viceversa, ove tale assenza non vincoli l'impresa ad accettare condizioni contrattuali sperequate, in tal caso ci si imbatterebbe in una mera e lecita condizione di dipendenza, irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in parola³⁴³.

Osservando in una prospettiva più ampia il requisito della possibilità di reperire valide e soddisfacenti alternative commerciali sul mercato³⁴⁴, emerge come il giudizio di accertamento può giungere ad esiti diversi a seconda della differente situazione di dipendenza economica in cui versa l'impresa "debole"³⁴⁵.

Una prima tipologia si ha in ipotesi di dipendenza economica in cui l'impresa è strutturata e organizzata esclusivamente per la produzione o fornitura di uno specifico bene o servizio richiesto dall'impresa dominante.

A fronte di una tale fattispecie commerciale, come è facile immaginare, il rischio d'impresa è dato dall'eventuale necessità di riorganizzazione e conversione dell'attività in funzione di una domanda o di un'offerta differente e, dunque, dal pericolo di non recuperare gli specifici e dedicati investimenti realizzati in ragione della relazionalità commerciale instaurata nel lungo periodo con l'impresa dominante. In tal caso, il giudice chiamato a pronunciarsi *ex art. 9 Legge n. 192/1998* è tenuto a bilanciare i contrapposti interessi verificando se tale condizione di dipendenza è fortemente connessa alla struttura del mercato e al predominio economico esercitato dall'impresa "dominante" ovvero se la stessa è stata determinata da una negligente gestione dell'attività economica da parte dell'impresa poi risultata "debole".

³⁴³ Per un approfondimento si rinvia a L. NONNE, *op. cit.*, pp. 239 - 255; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, pp. 142 - 145; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 116 - 120; D. MAFFEIS, *op. cit.*, pp. 77 - 84; C. CAMARDI, *op. cit.*, pp. 573 - 581.

³⁴⁴ Si consideri che, costituendo la presenza di alternative praticabili l'essenza del valore della concorrenza, in un sistema come quello italiano fondato sulla nozione di concorrenza perfetta o quasi perfetta, ogni impresa dovrebbe avere la possibilità di rivolgere la propria domanda o offerta a terze imprese. Evidentemente, allora, i moderni sistemi di mercato non possono dirsi perfettamente concorrenziali dal momento che, diversamente, non sarebbe riscontrabile alcun caso di abuso di dipendenza economica, come invece accade più spesso di quanto si possa immaginare.

³⁴⁵ Si rinvia a A. BARBA, *op. cit.*, pp. 335 - 339.

Una seconda fenomenologia, verosimilmente la più diffusa, è rappresentata dalla dipendenza economica determinata dal prodotto, configurabile allorché un'impresa abbia la necessità di offrire ai propri clienti nel proprio assortimento un determinato prodotto o servizio diffusamente conosciuto e richiesto, definibile come merceologicamente dominante. Tale categoria di dipendenza può manifestarsi secondo due variabili: il prodotto o il servizio idoneo a generare una condizione di dipendenza potrebbe essere ritenuto indispensabile ai fini della permanenza dell'impresa "debole" sul mercato oppure potrebbe essere soltanto fortemente richiesto in ragione di quelli che dominano il settore merceologico di riferimento. Nel primo caso, il primato ricoperto dal prodotto o dal servizio richiesto è idoneo ad escludere la sussistenza nel mercato di alternative soddisfacenti per l'impresa dipendente e, pertanto, a comprovare *a priori* la condizione di dipendenza economica. Nel secondo, invece, si presuppone la presenza nel mercato di prodotti o servizi omogenei e altrettanto competitivi dal punto di vista della notorietà; ragione per cui, in tal caso, la condizione di dipendenza potrebbe non ritenersi sussistente in ragione della possibilità per l'impresa "debole" di ricorrere ad alternative soddisfacenti. Al più, la difficoltà nella quale potrebbe imbattersi l'impresa potrebbe essere quella di ottenere tali beni o servizi a condizioni economiche competitive, al pari di quelle delle quali avrebbe potuto beneficiare accedendo al prodotto notorio.

Infine, un'ulteriore tipologia è data dalla dipendenza economica generata dalla domanda, la quale impone al giudice di verificare se sul mercato vi sono reali possibilità di domande alternative, altrettanto soddisfacenti per l'impresa abusata. In tal caso, il giudice potrebbe negare la sussistenza di una condizione di dipendenza economica e dell'eventuale abuso contestato allorché accerti che l'impresa "debole" può rivolgere la propria offerta a domande alternative altrettanto convenienti, sebbene i propri beni o servizi siano stati originariamente destinati ad un fine diverso, o comunque che l'impresa può allocare la propria offerta mutandone semplicemente l'oggetto, senza che tale operazione implichi un eccessivo incremento di costi³⁴⁶.

In forza di quanto visto, l'elemento dell'assenza di alternative di mercato soddisfacenti costituisce un criterio distintivo della condizione di dipendenza economica di estremo rilievo. Se tale parametro non venisse preso in considerazione, si finirebbe

³⁴⁶ A. BARBA, *op. cit.*, p. 338 s. e 345.

invero per operare “contro mercato” assicurando un’eccessiva e smisurata protezione alle imprese³⁴⁷, anche ove non indispensabile per garantirne la sopravvivenza sul mercato, sanzionando lo squilibrio del sinallagma in quanto tale e non quale conseguenza dell’abuso di una comprovata condizione di vulnerabilità negoziale conseguente all’assenza o alla scarsità di alternative appaganti³⁴⁸.

2.4 I sistemi di *private* e *public enforcement* in ipotesi di abuso di dipendenza economica

La qualificazione dell’istituto dell’abuso di dipendenza economica come norma transtipica e di applicazione generale è merito della giurisprudenza³⁴⁹ e della dottrina³⁵⁰ che nel tempo hanno fornito le base al legislatore per intervenire e qualificare tale fattispecie anche come illecito concorrenziale.

L’art. 9 della Legge n. 192/1998, con la sua originaria formulazione, ha introdotto il sistema di *private enforcement* attivabile su istanza dei singoli contro gli abusi di dipendenza economia adendo il giudice ordinario competente - ossia le Sezioni specializzate in materia di impresa del Tribunale territorialmente competente - per ottenere la declaratoria di nullità del patto abusivo.

Successivamente, per mezzo della novella di cui all’art. 11 della Legge n. 57 del 5 marzo 2001, il sistema protezionistico è stato ampliato attraverso il riconoscimento a favore dell’autorità amministrativa indipendente dell’AGCM³⁵¹ del potere di esercitare il c.d. *public enforcement* quando ravvisi, anche su segnalazione di terzi, una particolare

³⁴⁷ Si noti, peraltro, che il criterio della reale possibilità di reperire alternative commerciali appaganti costituisce altresì un utile strumento di contenimento della discrezionalità valutativa dell’autorità giudiziaria.

³⁴⁸ Cfr. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., pp. 309 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., pp. 21 ss.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 300 - 302, il quale osserva che l’obiettivo del legislatore è quello di scongiurare i c.d. abusi da sfruttamento, idonei a tramutarsi in abusi d’impedimento aventi rilievo dal punto di vista concorrenziale.

³⁴⁹ Da ultimo si vedano Cass. Civ., 12 ottobre 2018, n. 25606, in *Foro it.*, 2019, 4, I, 1350: «L’esercizio, da parte del concedente, del diritto di recesso legittimamente riconosciuto in un contratto di concessione di vendita non può dirsi abusivo se non è dimostrato che è avvenuto con modalità scorrette, ovvero per un fine diverso da quello per il quale il diritto era sorto, causando un ingiustificato e sproporzionato sacrificio degli interessi della controparte».

³⁵⁰ Si rinvia al paragrafo n. 2.3 e nello specifico alla nota 321.

³⁵¹ Le cui competenze e poteri sono disciplinati dalla Legge *antitrust* n. 287/1990, contenente norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

rilevanza della condotta abusiva per la tutela della concorrenza e del mercato *ex art. 9, comma 3 bis*³⁵².

Le differenze sostanziali tra i due sistemi di controllo e regolamento sono date dai poteri dei quali le Autorità giudicanti sono investite, oltre che dei rimedi azionabili.

Per *private enforcement* si intende il sistema di applicazione delle norme di natura civilistica ad opera del giudice nazionale, attraverso l'attivazione di un procedimento giudiziario ordinario su iniziativa di un soggetto privato (ossia di un'impresa per l'ipotesi di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998) contro un'impresa commercialmente "forte" o "dominante" e volto alla protezione di interessi di natura privata. Il *private enforcement* rappresenta uno strumento di giustizia correttiva sia ristoratore che deterrente³⁵³, dal momento che l'autorità adita può dichiarare la nullità del patto abusivo, oltre che - a seguito della riforma del 2001 - condannare l'impresa relativamente "dominante" al risarcimento dei danni sofferti dall'impresa abusata, a condizione che ne sia data compiuta prova, oppure può conoscere delle azioni inibitorie volte ad impedire la continuazione o la reiterazione del contegno abusivo.

Viceversa, in caso di attivazione del comma 3 *bis*, l'AGCM può procedere alle diffide e ad irrogare le sanzioni di cui all'art. 15 della Legge n. 287/1990, ossia: può definire un termine per l'eliminazione dell'infrazione accertata, può imporre l'adozione di rimedi comportamentali o strutturali proporzionati all'infrazioni nel rispetto del principio di proporzionalità e può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di valore fino al 10% del fatturato di cui all'ultimo esercizio in relazione alla gravità e alla durata dell'infrazione. Infine, a seguito degli accertamenti condotti, se l'Autorità Garante ritiene non sussistenti le condizioni per ravvisare un'infrazione, ai sensi del comma 1 *quater* dell'art. 15, procede in tal senso e ne informa la Commissione Europea.

³⁵² Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della Legge *antitrust* n. 287/1990 allorché la fattispecie oggetto di indagine concretizzi sia un'ipotesi di abuso di dipendenza economica che di posizione dominante (per la quale è stato istituito sia un sistema di *public enforcement* riservato all'AGCM, sia di *private enforcement* ai sensi dell'art. 33 Legge n. 287/1990: a livello di tutela giurisdizionale la competenza è riservata al giudice amministrativo, mentre le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa).

³⁵³ L'efficacia dissuasiva è certamente più intensa in quegli ordinamenti giuridici che ammettono la risarcibilità dei c.d. *punitive damages*.

Il sistema di *private enforcement* presenta, quindi, due importanti vantaggi rispetto al *public enforcement*. In primo luogo, si realizza in maniera diffusa ed è promosso dai singoli soggetti danneggiati fortemente motivati e, in secondo luogo, è diretto al ristoro dei danni sofferti dall'impresa "debole" vittima dell'abuso negoziale altrui. Obiettivo, quest'ultimo, non realizzabile con le condanne irrogate dall'AGCM (o comunque da qualsivoglia autorità pubblica nazionale o europea) per mezzo delle sanzioni amministrative pecuniarie, destinate ad essere incamerate dall'Autorità Garante stessa.

Nonostante la normativa di riferimento di tali sistemi sia stata adottata da oltre un ventennio e sufficientemente chiare risultino le competenze e i poteri rimessi all'autorità ordinaria e amministrativa, soltanto di recente si è assistito ad un'importante attivazione sia del *private* che del *public enforcement*.

Per quanto riguarda i procedimenti dinanzi alle giurisdizioni ordinarie, l'abuso di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998 ha vissuto un *revival* - o forse anche una vera e propria prima attivazione volta a colmare i "gap" applicativi della normativa - a partire, dalla più datata, con la pronuncia del 9 luglio 2009 del Tribunale di Bronte³⁵⁴ in tema di abuso di posizione dominante per riduzione ingiustificata e eccessiva delle commesse, fino a giungere, tra le più recenti, alla sentenza della Suprema Corte del 19 ottobre 2022 n. 30885³⁵⁵ in ipotesi di abuso di dipendenza economica realizzato attraverso l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente ed eccessivamente gravose e discriminatorie³⁵⁶.

³⁵⁴ Trib. Bronte, 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2813 con la quale il giudice di primo grado ha condannato il noma marchio di moda *Diesel* a mantenere in vita il rapporto arbitrariamente interrotto o comunque considerevolmente limitato per i successivi cinque anni, successivamente riformata a seguito del reclamo promosso avanti il Tribunale di Catania con provvedimento del 2 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 2560, avendo ritenuto quest'ultimo che la riduzione delle commesse non può intendersi abusiva se giustificata a dalla sensibile riduzione della domanda e delle vendite dei prodotti fabbricati. In ordine ad un caso simile di abuso di dipendenza economica (Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013 adito in via cautelare, in *Giur. comm.*, 4, II, 2015, p. 774) si vedano anche D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2015, pp. 786 – 801; M.M. PARINI, *Peculiarità dei rapporti contrattuali nel settore del fashion e rischi di abuso di dipendenza economica*, in *Papers di diritto europeo*, ed. spec. n. 2, 2016, pp. 38 – 50.

³⁵⁵ Cass. Civ., 19 ottobre 2022, n. 30885, in *Giust. civ. Mass.*, 2022.

³⁵⁶ La stessa dottrina civilistica sta attualmente discutendo circa l'applicabilità dell'istituto per porre rimedio agli squilibri negoziali B2b sopraggiunti a fronte della c.d. sopravvenienza Covid-19, ad esempio, in ipotesi di ingiustificato rifiuto dell'impresa contrattualmente più "forte" di rinegoziare il contenuto del contratto (cfr. L. BALESTRA, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2020, pp. 1153 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai temi del Coronavirus)*, in *Giust. Civ.*, fasc. 6, 2020, pp. 1 ss.; G. FAUCEGLIA, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2021, pp. 431 ss.; R. FRANCO,

L'AGCM, invece, con provvedimento del 26 novembre 2016³⁵⁷ ha sanzionato per la prima volta un abuso di dipendenza economica per violazione reiterata della disciplina di cui al D.lgs. n. 231/2002 sul ritardo dei pagamenti (la società abusante aveva previsto contrattualmente pagamenti ai fornitori sistematicamente a 120 giorni invece che entro i 60 previsti dalla legge). Solo dopo quattro anni da tale intervento *antitrust*, l'Autorità ha attivato una serie di ulteriori attività di indagine per sospetto abuso di dipendenza economica e che saranno oggetto di esame nel prosieguo del lavoro.

L'attivismo cui si sta assistendo a fronte dell'introduzione del comma 3 *bis* confligge con la posizione inizialmente assunta dall'AGCM la quale, in occasione del comunicato stampa dell'11 febbraio 1998, aveva affermato che «*la norma dell'articolo 9 contenuta nella proposta di legge costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Inoltre, essa non ha alcun riscontro nell'ordinamento comunitario e affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti*»³⁵⁸. Ragione per cui, in origine, si riteneva che i rimedi a tali patologie dei rapporti avrebbero dovuto essere ricercate e rinvenute altrove, ossia negli istituti rimediali più appropriati di cui l'ordinamento già dispone. Come facilmente immaginabile, le perplessità manifestate dall'Autorità Garante e della dottrina trovavano giustificazione nella sfumata “doppia natura” dell'abuso di dipendenza economica, divisa tra la collocazione sistematica civilistica e quella *antitrust*.

Tuttavia, ancora oggi, rimangono alcuni nodi da sciogliere. Ad esempio, a fronte dell'incremento delle attività di *private* e *public enforcement*, avrebbe dovuto conseguire una corrispondente armonizzazione legislativa delle due discipline tale da regolamentare l'interazione tra i due procedimenti, al momento ancora assente.

Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, in *Giust. Civ.*, fasc. 5, 2020, p. 1 ss.). Per un approfondimento in tema di rinegoziazione de contratto squilibrato si rinvia al paragrafo n. 4.2.3.

³⁵⁷ Provvedimento relativo al caso *Hera S.p.A.* (provv. n. 26251 del 23 novembre 2016, in *Boll.*, 44, 2016) attivato su segnalazione della federazione ANIMA, rappresentativa delle imprese che operano nel settore della meccanica, reperibile al seguente link: https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/RP1_chius_sanz.pdf (accesso del 15 maggio 2023).

³⁵⁸ AS121 - Segnalazione: disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Disponibile al seguente link: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/1998/2/alias-4055> (accesso del 15 maggio 2023).

2.5 L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'AGCM: i più recenti interventi di *public enforcement*

A più di vent'anni dall'introduzione del comma 3 *bis* dell'art. 9 Legge n. 193/1998 che ha introdotto la specifica competenza dell'AGCM in ipotesi di abuso di dipendenza economica, si è assistito ad un esponenziale aumento di casi sottoposti al vaglio dell'Autorità dando così concretezza al sistema di *public enforcement* introdotto³⁵⁹.

La riemersione dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica è strettamente connessa alla nuova giovinezza che il diritto *antitrust* sta di recente vivendo, a fronte della tendenza delle autorità nazionali ed europee a ricercare nuovi strumenti di protezione, sia per gli utenti finali del mercato, che per le imprese “deboli”, per colmare i vuoti di tutela emersi negli ultimi decenni.

Le vicende in oggetto non rappresentano solo occasioni di riflessione sui confini entro i quali la libertà di impresa e l'autonomia contrattuale possono esplicarsi, con una conseguente ingerenza nell'organizzazione e nella gestione dell'attività d'impresa, ma costituiscono i primi veri e propri “banchi di prova” dell'operatività e delle funzionalità della tutela accordata per mezzo del sistema di *public enforcement*, allorché le condotte

³⁵⁹ Si tratta di procedimenti e di misure (quali la sospensione dell'attività o penalità di mora) fondate su una logica pubblicistica che non vede coinvolta la parte vittima dell'abuso di dipendenza economica, la quale, dal canto suo, può autonomamente esperire un'azione di invalidità del contratto, o di parti di esso, e di risarcimento danni innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Per un approfondimento si rinvia a S. LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm: i casi Poste Italiane, Benetton e McDonald's*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2022, pp. 177 - 190; F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 246 - 261, la quale qualifica i provvedimenti dell'Autorità come tipici provvedimenti amministrativi a contenuto discrezionale appartenenti alla categoria dei procedimenti ablatori personali; E. CUCCHIARA, I. PALOMBELLA, C. CARINI GHINASSI, *Abuso di dipendenza economica e AGCM: ancora un nuovo caso in pochi mesi dopo 20 anni di silenzio*, in *ilSole24ore online*, 2020; C. MEDICI, *op. cit.*, pp. 549 - 559, la quale osserva che solo ad un'autorità, come l'AGCM, in grado di elaborare un'analisi economica sofisticata ed articolata può essere affidata l'applicazione della norma sull'abuso di dipendenza economica; in occasione di tale contributo, l'autrice analizza il caso della società di fornitura di servizi di energia elettrica e gas *Hera Comm. S.p.A.* alla quale è stato contestato di aver violato in maniera diffusa e reiterata la normativa contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprese, soffermandosi sul provvedimento n. 26251 del 26 novembre 2016 con il quale l'Autorità di *public enforcement* ha accertato illiceità della clausola utilizzata su larga scala dalla Società nei contratti per la partecipazione alle gare per la fornitura di impianti di misurazione del gas con la quale il termine di pagamento era stato fissato a 120 giorni dal ricevimento della fattura, arrecando significativo nocimento ai subfornitori.

ravvisate di abuso di dipendenza economica abbiano rilevanza anche per la tutela della concorrenza e del mercato³⁶⁰.

2.5.1 Il caso *McDonald's*

Il recente caso che ha attirato l'attenzione della comunità scientifica riguarda la vicenda *franchising* di *McDonald's* (Caso A546) che tutt'oggi stupisce l'opinione pubblica dal momento che, benché abbia coinvolto il noto *Gruppo McDonald's*, alcuna notizia è pervenuta dai *mass-media*.

Il caso ha comportato un'articolata attività istruttoria e una procedura di monitoraggio da parte dell'AGCM, essendo stata ravvisata una potenziale fattispecie di abuso di dipendenza economica avente rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

Per quanto i rapporti di *franchising* si caratterizzano fisiologicamente per la condizione di dipendenza economica dei *franchisee* rispetto al *franchisor*, ciò non implica automaticamente un esercizio abusivo di tale potere o comunque che tale situazione debba ritenersi illecita. Motivo per cui, per accertare la liceità della condotta assunta da *McDonald's* nei rapporti di *franchising* e definire in che termini porre rimedio alla condizione di disparità generata dalla prassi commerciale consolidatasi nel tempo avente ad oggetto l'imposizione di CGC ingiustificatamente gravose, con il

³⁶⁰ Cass. Civ., 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giust. civ. Mass.*, 2020 e in *Riv. dir. ind.*, 2020, 4-05, II, 353: «In tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCOM si sia concluso con una decisione con impegni assunti dall'impresa a norma dell'art. 14 ter l. cit., in ordine alla sua posizione rivestita sul mercato ed alla sussistenza di un comportamento implicante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi non costituiscano prova privilegiata potendo essere contrastati da emergenze di diverso tenore»; Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 27 febbraio 2020, n. 1863, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2020, 1, 539, in occasione della quale è stato precisato che in una causa di risarcimento dei danni avviata successivamente all'accertamento da parte dell'AGCM di una violazione *antitrust* (c.d. azione *follow on*), l'efficacia probatoria da riconoscere alla precedente decisione dell'AGCM deve intendersi limitata all'accertamento della posizione rivestita sul mercato dalla società indagata, alla qualifica di tale posizione come dominante, alla sussistenza del comportamento accertato e alla sua qualificazione come abuso della posizione dominante, senza dunque estendersi altresì anche all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni a favore delle vittime (sussistenza dei danni, nesso di causalità, quantificazione del risarcimento, analisi delle diverse componenti del danno ecc.).

provvedimento n. 29793 del 27 luglio 2021³⁶¹ l'AGMC ha aperto un'istruttoria riguardante l'attività negoziale di *McDonald's Development Italy* LLC. Nello specifico, l'istruttoria è stata avviata a fronte della segnalazione di condotte presuntivamente assunte dal colosso del settore *fast-food* nei confronti dei propri affiliati³⁶², consistenti nell'imposizione di clausole gravemente inique, come canoni e *royalties* sproporzionate, politiche di vendita stringenti, assenza di esclusiva territoriale, oltre a regole di condotta ostacolanti e non strettamente necessarie che nel tempo hanno eroso il campo di autonomia imprenditoriale dei *franchisee* ed hanno compromesso il corretto dispiegamento della concorrenza di settore.

Dalle segnalazioni pervenute all'Autorità sarebbe risultato un atteggiamento del Gruppo *McDonald's* ostativo verso i potenziali affiliati sulla possibilità di negoziare i contenuti del contratto, oltre che impositivo di una serie di vincoli negoziali relativamente agli approvvigionamenti, alle *promotion*, alla gestione finanziaria³⁶³, alla ristrutturazione dei locali commerciali³⁶⁴, a periodi obbligatori di formazione e *training* di lunga durata presso le sedi del Gruppo *McDonald's*, in assenza comunque di qualsivoglia garanzia di divenire affiliato e, soprattutto, senza aver la possibilità di ottenere importanti informazioni o istruzioni relative alla gestione economico-finanziaria dei singoli *fast-food*. Da tali elementi, è emersa la tendenza del Gruppo

³⁶¹ Caso A546, *Franchising di McDonald's*, avviato con provvedimento del 27 luglio 2021, n. 29793, in *Boll.*, 22, 2021. Si veda S. LOPOPOLO, *op. cit.*, pp. 187 - 190.

³⁶² Le condotte contestate possono essere esemplificate in quattro macrocategorie (si rinvia ai parr. nn. 6 e seg., 14 e seg. e 22 e seg. del Provvedimento di avvio del 27 luglio 2021): condotte adottate prima della stipula del contratto di *franchising*, l'imposizione di clausole manifestamente squilibrate nei contratti di affitto di ramo di azienda e di *franchising*, condotte abusive adottate durante il rapporto negoziale volte ad azzerare ogni margine di autonomia decisionale dei *franchisee* e ulteriori condotte vessatorie assunte al termine del rapporto negoziale.

³⁶³ In particolare, stringenti vincoli sono stati imposti dal Gruppo *McDonald's* ai *franchisee* obbligandoli a conformarsi alle politiche interne di volta in volta comunicate, previa decisione unilaterale, come, ad esempio, il rapporto *debt to equity* concernente la proporzione relativa del patrimonio netto e il debito utilizzato per finanziare le attività e il rapporto cash flow volto a misurare i flussi di cassa netti del singolo fenomeno c.d. *book value*, vincolando così gli affiliati a destinare grandi quantità dei ricavi all'aumento di capitale.

³⁶⁴ La problematica emersa sulle scelte assunte unilateralmente dal Gruppo *McDonald's* ai fini della ristrutturazione dei locali commerciali e all'arredamento selezionato e ordinato su misura è duplice: in primo luogo, è stato accertato che i *franchisee* non avevano alcun margine di scelta e, in secondo luogo, che in caso di cessazione dell'attività gli investimenti realizzati per l'avviamento non erano in alcun modo riconvertibili, neppure destinandoli ad altre affiliazioni, dando così la possibilità al *franchisor* di riacquistare tali beni a prezzi irrisori (fenomeno c.d. *book value*) e senza tener in alcun modo conto dei costi effettivamente sostenuti dagli affiliati. In tal modo, il Gruppo *McDonald's* per tempo ha finanziato la propria attività di affiliazione, concedendo il marchio in utilizzo e sfruttando le risorse finanziarie provenienti dai *franchisee*, ad esempio rivendendo ai nuovi affiliati l'arredamento ritirato a basso costo dai precedenti *franchisee*.

McDonald's di imporre agli affiliati un'organizzazione di vendita e di gestione improntata unicamente alle proprie esigenze strategiche.

In sede di valutazione degli effetti anticoncorrenziali generati da tale condotta, l'AGCM ha accertato una generale incidenza negativa *intra-brand* per la tutela della concorrenza di tutti i *franchisee* del gruppo, oltre che di tutto il mercato nel settore della ristorazione veloce. In particolare, l'Autorità ha ritenuto le CGC imposte da *McDonald's* ingiustificatamente gravose e non indispensabili all'organizzazione del Gruppo e alla protezione del marchio *McDonald's* o comunque di altri beni facenti parte del *network*.

Terminata la fase istruttoria per presunto abuso di dipendenza economica, l'AGCM ha ritenuto che gli impegni "correttivi" proposti³⁶⁵ dal *Gruppo McDonald's* sono idonei a deporre i quesiti sorti sugli effetti anticoncorrenziali ipotizzati nel provvedimento di avvio delle indagini e con provvedimento del 14 giugno 2022 ne ha disposto l'obbligatorietà, ponendo fine al complesso procedimento instaurato e senza tuttavia accertare la violazione da parte del *franchisor* né dell'art. 9 Legge n. 192/1998, né dell'art. 14 *ter* Legge n. 287/1990³⁶⁶.

³⁶⁵ Si veda il Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'art. 14 *ter* della Legge n. 287/90, allegato al provvedimento n. 30059. In merito alle misure correttive degli standard contrattuali in uso dal *Gruppo McDonald's*, quest'ultimo ha proposto, a titolo esemplificativo: un obbligo di sola manutenzione ordinaria in caso al *franchisee*, la semplificazione della logistica e dei costi delle attività di *training* obbligatorie, rimozione dell'obbligo del gestore del locale affiliato di risiedere entro un raggio di 50 km dal locale *fast-food*, esclusione della formazione obbligatoria presso l'*Hamburger University*, riformulazione dell'obbligo di non concorrenza nei limiti della sola ristorazione veloce, superamento di ogni ingerenza nell'autonomia dell'affiliato nella determinazione delle politiche del prezzo e delle promozioni, riconoscimento al *franchisee* della possibilità di avvalersi anche di propri fornitori non direttamente selezionati da *McDonald's* per i prodotti *non core*, in caso di cessazione del rapporto di affiliazione è stato previsto un obbligo di quantificazione del valore delle attrezzature e degli arredi acquistati dal *franchisee* in ipotesi di riacquisto da parte del Gruppo in modo da scongiurare il fenomeno c.d. *book value*.

³⁶⁶ Ai sensi del quale entro tre mesi dalla notifica dell'apertura della fase istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della Legge *antitrust* o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, l'impresa coinvolta può presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

2.5.2 Il caso *Benetton*

L'AGCM con provvedimento n. 28447 del 17 novembre 2020³⁶⁷ ha accertato una condizione di abuso di dipendenza economica generata nell'ambito di un rapporto di *franchising* tra le produttrici di abbigliamento *Benetton S.r.l.* e *Benetton Group S.r.l.* (di seguito entrambe anche solo *Benetton*) e un rivenditore del marchio, vincolato alle concedenti in forza di due differenti contratti di *franchising*, relativi a due differenti punti vendita, per mezzo dei quali erano state imposte CGC ingiustificatamente gravose³⁶⁸.

Il procedimento è stato instaurato a fronte della segnalazione del *franchisee*, il quale ha reso nota la condizione di dipendenza economica generata da *Benetton* a fronte degli oneri ingiustificatamente discriminatori a lui imposti per il proseguimento del rapporto commerciale, oltre alla forte ingerenza esercitata dal *franchisor* nelle scelte strategiche di impresa, sia ordinarie che straordinarie, tali da vincolare e limitarne l'autonomia d'impresa.

Tra le clausole gravemente squilibrate vi erano previsioni per mezzo delle quali *Benetton* si era riservata un ampio margine di scelta e di immistione nella progettazione e realizzazione dei punti vendita, affidata in via esclusiva a professionisti dalla stessa selezionati, pena la risoluzione del contratto, le cui spese erano state poste interamente a carico del *franchisee*. Ulteriori gravose clausole imponevano al rivenditore un divieto di mutamento della propria compagine sociale o della composizione degli organi di amministrazione, direzione o gestione senza il preventivo assenso di *Benetton*,

³⁶⁷ Caso A543, *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, avviato con provvedimento del 17 novembre 2020, n. 28447, in *Boll.*, 47, 2020. Si veda S. LOPOPOLO, *op. cit.*, pp. 180 - 187.

³⁶⁸ Un caso analogo ha coinvolto anche il marchio *Original Marines*, per il quale, a fronte della segnalazione datata 4 marzo 2021, diversi franchisee hanno sottoposto all'attenzione dell'Autorità la condotta assunta dalla società *Original Marines S.p.A.* concretante un'ipotesi di abuso di dipendenza economica, attraverso l'imposizione di condizioni contrattuali gravose idonee a compromettere e comprimere la possibilità per i franchisee di operare liberamente ed efficacemente nel mercato di settore; a fronte della segnalazione, in data 15 dicembre 2021 ha preso avvio il procedimento istruttorio a seguito del quale *Original Marines* a marzo 2021 ha formulato una prima versione degli impegni, la cui versione definitiva, poi approvata dall'AGCM, è stata presentata in data 7 giugno 2022: a titolo esemplificativo, il franchisor ha riconosciuto maggiore autonomia decisionale dei franchisee nella definizione degli ordini di acquisti e ha rimosso la previsione di quantitativi minimi di acquisto, sono stati previsti degli sconti applicabili agli ordini di riassortimento e riconoscimento della libertà del franchisee di scegliere se aderire alle campagne promozionali promosse dalla società madre. L'Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti sono idonei a porre rimedio alla condizione di potenziale abuso di dipendenza economica generata, in termini di anticoncorrenzialità e quindi, ai sensi dell'art. 14 *ter*, i) comma Legge n. 287/1990, tali da determinare la chiusura del procedimento e da escludere l'accertamento dell'asserita violazione dell'art. 9 Legge n. 102/1998.

l'esclusione di rimborsi o indennità in caso di risoluzione del contratto anche per la merce invenduta e gli arredamenti acquistati sulla base di scelte unilateralmente espresse dal *franchisor*, la richiesta di una garanzia bancaria rilasciata da un primario istituto di credito di gradimento di *Benetton*, oltre ad un obbligo di prelazione in caso di vendita dell'attività o comunque di preventiva valutazione del subentrante.

In tale panorama, decisive ai fini della qualificazione dell'abusività della condotta assunta dal *franchisor* si sono rivelate le clausole per mezzo delle quali *Benetton* ha imposto al *franchisee* di impostare l'intera attività di vendita unicamente sulle decisioni strategiche e promozionali unilateralmente definite da *Benetton* (volte, peraltro, a generare un effetto di identificazione generale da parte dei clienti finali con l'impresa "madre", c.d. *family feeling*), ponendo a suo carico ogni costo.

L'eccessivo squilibrio tra le prerogative contrattuali tra le parti ha così comportato una significativa esposizione debitoria del *franchisee* nei confronti di *Benetton*, sino a determinarne la fuoriuscita dal mercato in mancanza di alternative disponibili a cui ricorrere.

Solo a fronte dell'intervento ispettivo dell'AGCM il *Gruppo Benetton* ha avanzato una possibile soluzione a tale condizione di predominio negoziale, proponendo l'assunzione di una serie di impegni finalizzati al riequilibrio dei rapporti in essere con i *franchisee*. Preso atto dell'iniziativa di *Benetton*, l'AGCM con provvedimento del 31 gennaio 2023 ha formalmente ultimato il procedimento di accertamento della condotta anticoncorrenziale asseritamente assunta dal noto marchio di abbigliamento per abuso di dipendenza economica, decretando la congruità degli impegni assunti rispetto agli obiettivi di tutela della concorrenza.

2.5.3 Il caso *Poste Italiane*

Con provvedimento n. 29782 del 20 luglio 2021³⁶⁹ l'AGCM ha sanzionato la società *Poste Italiane S.p.A.* nell'ambito di un duraturo rapporto commerciale per aver

³⁶⁹ Caso A539, *Poste Italiane/contratti fornitura servizio recapiti*, instaurato con provvedimento del 17 marzo 2020, n. 28192, in *Boll.*, 32, 2021. Si veda S. LOPOPOLO, *op. cit.*, pp. 180 – 185; C. CARLI, *La sanzione Agcm a Poste Italiane per abuso di dipendenza economica: primo passo verso un «ritorno al futuro»?*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 2, 2022, pp. 335 – 351, spec. p. 339, ove identifica nel «ruolo

imposto al *partner* commerciale *Soluzioni S.r.l.* regolamenti contrattuali manifestamente ed eccessivamente squilibrati tali da compromettere la condizione di concorrenza di mercato, oltre che da impedire all'impresa dipendente il ricorso a valide alternative.

Il procedimento è stato avviato su segnalazione di *Soluzioni S.r.l.*, impresa che per circa 18 anni ha svolto per *Poste Italiane*, quale *incumbent operator*, il servizio di raccolta e distribuzione di corrispondenza e servizi ausiliari nella città di Napoli, lamentando una serie di condotte vessatorie tali da limitare e compromettere la propria libertà e autonomia di impresa, perpetrate attraverso l'imposizione di previsioni contrattuali gravemente inique aventi rilevanza *ex art. 9, comma 3 bis* Legge n. 192/1998 (ci si riferisce, in particolare, a divieti di concorrenza, di trasporto congiunto di corrispondenza di Poste Italiane e di terze società, clausole di esclusiva territoriale, il riconoscimento unilaterale di un diritto di esclusiva e di recesso, costanti richieste di ingenti investimenti in beni materiali o di impiego del personale dipendente esclusivamente in conformità alle specifiche esigenze di Poste Italiane, rendendo così *Soluzioni S.r.l.* una sorta di unità operativa dislocata della committente).

Il complesso rapporto commerciale in esame si è tradotto in una vera e propria condizione di mono-committenza³⁷⁰ che nel tempo ha ostacolato la scelta e la possibilità dell'impresa locale di estraniarsi dal rapporto di dipendenza economica per dedicarsi ad altre realtà di impresa, essendole stata preclusa ogni possibilità di rimanere competitiva sul mercato.

Secondo l'Autorità adita, il regolamento negoziale fortemente squilibrato imposto a *Soluzioni S.r.l.* e il contesto economico nell'ambito del quale si è poi sviluppata la relazione commerciale in spregio al principio di buona fede e al dovere di solidarietà, costituisce una condotta abusiva assunta in spregio alla normativa *antitrust* che ha generato effetti pregiudizievoli anticompetitivi, diretti e indiretti, sia in danno alla libertà di impresa di *Soluzioni S.r.l.*, sia per tutto il mercato della fornitura di servizi di raccolta e distribuzione di corrispondenza³⁷¹.

“fluido” dell'abuso di dipendenza economica» un «possibile buon compagno per l'analisi di quelle condotte che non “quadrano” nell'ambito degli articoli 101 e 102 TFUE (e loro equivalente nazionale)».

³⁷⁰ Per destinare i propri servizi anche a terze società *Soluzioni S.r.l.* avrebbe dovuto operare al di fuori dell'orario lavorativo giornaliero riservato da contratto a Poste Italiane o duplicare i costi operativi costituendo nuove unità da assegnare ad altre committenti.

³⁷¹ Nel caso di specie, benché l'Autorità di *public enforcement* non abbia identificato nella condotta assunta da Poste Italiane una posizione di dominanza nell'ambito di uno specifico mercato di riferimento, per come definito dalla normativa *antitrust*, l'analisi del mercato di riferimento condotta può comunque

Così, appurato l'atteggiamento ostativo perpetrato da *Poste Italiane* al corretto svolgimento della concorrenza nel mercato di riferimento, con provvedimento del 20 luglio 2021 l'AGCM ha sancito che la società *Poste Italiane S.p.A.* ha attuato un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'articolo 9, comma 3 *bis* della legge n. 192/1998 e, pertanto, ha applicato una sanzione amministrativa pecuniaria di € 11.296.629.

2.6 Il modello di controllo dell'abuso contrattuale adottato nei sistemi di *common law*: il caso *Times Travel (UK) Ltd* contro *Pakistan International Airlines Corp*

Negli ordinamenti di *common law* l'utilizzo dei moduli contrattuali standardizzati non ha acquisito lineamenti ben definiti tali da poterlo identificare quale istituto contrattuale a sé stante³⁷².

Nei sistemi giuridici di matrice anglosassone, come peraltro anche in quello italiano, il ricorso ai c.d. *standard form* è percepito come una tecnica negoziale destinata ad opprimere ingiustificatamente la libertà negoziale della parte aderente. Motivo per cui se, da un lato, manca una propensione legislativa al riconoscimento espresso di una normativa volta a regolamentare la prassi contrattuale connessa alla predeterminazione e alla standardizzazione del regolamento contrattuale, dall'altro, vi è una forte inclinazione di fondo delle Corti di *common law* verso forme di controllo giudiziale sul contenuto del regolamento contrattuale - a differenza di quanto accade nei sistemi di *civil law* -, pur sempre nel rispetto del principio della c.d. *sanctity of contract*³⁷³.

Il diritto nord-americano ha sviluppato una serie di istituti giuridici volti a consentire un controllo diretto del contenuto dei *contract of adhesion*. Tra questi, vi sono il c.d. principio di *unconscionability*, quale vero e proprio strumento di politica del

essere definita come "multidimensionale", essendo stata radicata su una serie di indici rivelatori della posizione di assoluta preminenza relativa.

³⁷² Per un approfondimento si rinvia V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 251 – 272; L. NONNE, *op. cit.*, p. 125 s.; ID., *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, in *Il controllo sociale delle attività private*, S. RODOTÀ (a cura di), Bologna, 1977, p. 558; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1970, pp. 208 ss.

³⁷³ Una definizione del principio dell'insindacabilità del rapporto di valore economico delle prestazioni dedotte nel contratto è stata fornita da H. COLLINS, *The law of Contract*, IV ed., London, 2003, p. 5; si veda anche C.M. NANNA, *op. cit.*, pp. 10 - 17.

diritto dei contratti³⁷⁴, e il rimedio di *equity* destinato ad operare in prevenzione delle c.d. *oppression and unfair surprise* al fine di garantire il rispetto delle regole del gioco contrattuale.

Secondo tale principio, che oggi trova positivo riconoscimento nell'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.) alla *section 2-302*³⁷⁵ nell'ambito dei contratti di compravendita³⁷⁶, allorquando il contratto o qualsivoglia clausola ivi acclusa risulti *unconscionable*, ossia irragionevole ed ingiustificata sin dal momento della sua stipulazione, il giudice ha il potere di privare di efficacia la previsione *oppressive* e *unfair* e di dare attuazione alla restante parte del contratto, scongiurando così ogni esito pregiudizievole per il contraente aderente. In particolare, la privazione di efficacia della clausola *unfair* (c.d. *substantive unconscionability*) che abbia determinato una notevole iniquità del rapporto e un forte squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti, viene concessa soltanto ove questa sia stata inserita nel regolamento contrattuale in una condizione di *absence of meaningful choice* (c.d. *procedural unconscionability*), ossia in mancanza di alternative economiche soddisfacenti avendo riguardo all'interesse della parte aderente allo *standard form*.

In merito ai poteri di intervento riconosciuti al giudice, la *section 2-302 Unconscionable contract or Clause* dell'U.C.C. precisa che la Corte adita può optare per la caducazione dell'intero contratto (come previsto nell'ordinamento italiano agli artt. 1418 e 1419 i) comma c.c.) o di singole clausole (come sancito dal secondo comma dell'art. 1419 c.c.) ovvero può limitare l'applicazione di una specifica previsione contrattuale per scongiurare esiti *unconscionable* e abusivi.

³⁷⁴ Si vedano H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., spec. p. 661 s.; G. MARINI, *op. cit.*, pp. 296 - 301; F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto del contratto (gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, pp. 40 - 90; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di equilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 1, 1997, pp. 141 - 175; C.M. NANNA, *op. cit.*, pp. 155 - 166.

³⁷⁵ *Section 2-302 Unconscionable contract or Clause*: 1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.* 2) *When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.*

³⁷⁶ È utile precisare che tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è pacifica l'applicabilità della regola di cui alla *Section 2-302 Unconscionable contract or Clause* a tutti i contratti stipulati tra *merchants*, ossia bilateralmente commerciali, che presentino un contenuto *unconscionable*. Ciò nonostante, nella pratica le corti sono restie nel sindacare i rapporti tra imprenditori, ancorché squilibrati, in quanto ritenuti operatori economici istituzionalmente avveduti nei cui affari è opportuno non intromettersi.

Ulteriore strumento correttivo sviluppato dalle Corti di *common law* è la *consideration*³⁷⁷. L'istituto, originariamente utilizzato dalle Corti quale criterio di indagine della volontà delle parti nel volersi vincolare ed obbligare al contratto, nel tempo è divenuto un vero e proprio strumento di controllo e di verifica dell'eguaglianza di potere tra le parti, oltre che di adeguatezza dell'equilibrio e della serietà dei rispettivi sacrifici scaturenti dal rapporto negoziale.

In forza di tale istituto, quando viene ravvisata una disparità di potere contrattuale tra i paciscenti alla quale sia conseguita un'inadeguata *consideration*, ossia un'errata o condizionata volontà negoziale, l'autorità giudiziaria è legittimata a disattendere il principio dell'insindacabilità del rapporto di valore tra le prestazioni in essere tra le parti, determinando la caducazione della clausola contrattuale che, frutto della disparità di *bargaining power*³⁷⁸, ha provocato uno squilibrio economico-normativo del contratto.

Gli istituti qui brevemente delineati sono sufficienti per tracciare i caratteri distintivi dell'approccio assunto dalle Corti di *common law* innanzi a fattispecie di abuso perpetrato per mezzo dello strumento contrattuale. Specialmente, attraverso le considerazioni svolte sono state poste le basi necessarie per l'analisi del recente caso giurisprudenziale *Times Travel (UK) Ltd* contro *Pakistan International Airlines Corporation*³⁷⁹ nell'ambito del quale la Suprema Corte del Regno Unito (Lord Reed, Lord Hodge, Lord Lloyd-Jones, Lord Kitchin, Lord Burrows) si è pronunciata in tema di abuso del diritto e di costrizione economica, affrontando il quesito se e, in caso affermativo, a che condizioni nel diritto inglese è ammessa l'invalidazione del contratto allorché si accerti che la stipulazione è conseguita alla minaccia della controparte di

³⁷⁷ G. MARINI, *op. cit.*, pp. 310 ss.; A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., pp. 119 - 122.

³⁷⁸ L. NONNE, *op. cit.*, p. 144 s.

³⁷⁹ Supreme Court, 18 August 2021, *Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd*, [2021] UKSC 40 - on appeal from: [2019] EWCA Civ 828 (Pres. Lord Reed, Dep. Pres. Lord Hodge, JJ Lord Lloyd-Jones, Lord Kitchin, Lord Burrows). Per un approfondimento: T. PILKINGTON, D. WINTERTON, *The Possibility of Lawful Act Economic Duress: Pakistan International Airlines Corp v Times Travel (UK) Ltd* (April 1, 2023), *The Modern Law Review*, vol. 86, 1, pp. 238 - 248; A. LOKE, I. SIN, *Constructing lawful act duress. Times Travel (UK) Ltd v Pakistan International Airlines Corp* (January 24, 2022), *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 1 - 11; M. DE PAMPHILIS, *Trattativa commerciale "a muso duro" e atto lecito coercizione economica*, in *Pactum*, 2022, pp. 34 - 40; D. TENCH, *et al.*, *Case Comment: Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd* [2021] UKSC 40, (26th October, 2021), *UKSCBlog.com* [access 25 June 2023], pp. 1 - 3; ID., *New Judgment: Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd* [2021] UKSC 40, (18th August, 2021), *UKSCBlog.com* [access 25 June 2023], pp. 1 - 3.

compiere un atto lecito, ossia non *contra ius* e nei limiti delle prerogative contrattuali alla stessa spettanti.

La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte ha ad oggetto il rapporto negoziale in essere tra l'agenzia di viaggi *Time Travel (TT)*, una realtà imprenditoriale a conduzione familiare di piccole dimensioni, e la compagnia aerea *Pakistan International Airline Corporation (PIAC)*, allora l'unica ad offrire collegamenti diretti tra il Regno Unito e il Pakistan. In particolare, nel caso di specie, l'agenzia aveva strutturato la propria attività di impresa in via quasi esclusiva sul rapporto commerciale in essere da tempo con la compagnia aerea, generando una condizione di dipendenza economica.

Il contratto in origine sottoscritto tra le parti prevedeva due clausole che nel prosieguo della vicenda si sono rivelate determinanti nella disamina del comportamento tenuto dalla *PIAC*. Una prima previsione statuiva che la compagnia aerea avrebbe potuto modificare unilateralmente il numero di biglietti riservati a *Time Travel* per la vendita, mentre la seconda regolamentava il diritto di recesso esclusivamente previsto a favore della *PIAC*.

Nel corso del rapporto negoziale, l'agenzia di viaggi, operante tramite numerose filiali dislocate nel Regno Unito, ha contestato alla *PIAC* la mancata corresponsione di una serie di corrispettivi connessi all'avvenuta vendita dei relativi biglietti aerei e numerose agenzie hanno quindi adito l'autorità giudiziaria per il recupero del credito maturato.

La *PIAC*, dal canto suo, ha comunicato formalmente alla *TT* la propria volontà di recedere dal contratto con effetto a partire dalla fine del mese successivo e, contestualmente, ha ridotto considerevolmente il quantitativo di biglietti messi a disposizione dell'agenzia (da 300 a 60, con cadenza quindicinale). Di lì a poco la compagnia aerea ha sottoposto alla controparte un nuovo testo contrattuale, formulando un'offerta "*take it or leave it*" vincolata ad un termine di accettazione particolarmente ridotto, tale da impedirle una valutazione ponderata sulla convenienza ed opportunità della stessa da parte dei consulenti legali della *TT*, nella quale la *PIAC* ha accluso una clausola in forza della quale, con la sottoscrizione dell'accordo, l'agenzia avrebbe rinunciato a qualsiasi pretesa creditoria avente titolo nel precedente contratto.

Così, a fronte degli stringenti termini imposti dal *partner* e, soprattutto, tenuto conto della necessità di assicurarsi nuovamente spazio nel mercato di riferimento, l'agenzia non ha potuto far altro che sottoscrivere il nuovo accordo, rinunciando ai crediti oggetto di precedente contestazione.

Tuttavia, benché il nuovo negozio prevedesse tale rinuncia, *TT* ha successivamente avviato un procedimento contro la compagnia aerea facendo valere nuovamente il proprio precedente credito e azionando la rescissione del contratto per atto lecito da costrizione economica (il che significa che *TT* sarebbe stata illegittimamente ed economicamente minacciata e costretta a stipulare il nuovo contratto), eccependo che la rinuncia al credito di cui al nuovo accordo sarebbe priva di efficacia in quanto accettata a fronte della coercizione e soggezione economica esercitata dalla *PIAC*³⁸⁰.

Nonostante in primo grado la domanda avanzata da *Times Travel* abbia trovato accoglimento, tale pronuncia è stata interamente riformata dalla Corte d'Appello la quale ha sostenuto che la domanda rescissoria avanzata dall'agenzia volta a dimostrare la coercizione economica subita avrebbe potuto trovare accoglimento soltanto allorché la stessa avesse dimostrato la malafede e la condotta abusiva assunta dalla compagnia aerea, non essendo sufficiente contestare la condotta irragionevole tenuta dal contraente "forte". In mancanza di tale dimostrazione, la Corte ha qualificato come legittima la condotta negoziale assunta dalla *PIAC*.

Successivamente *TT* ha proposto ricorso innanzi alla Suprema Corte sollevando una questione sui limiti applicativi dello strumento ablativo in ipotesi di lecita costrizione economica, dal momento che, in primo luogo, la condotta assunta dalla *PIAC* - benché possa essere apparsa spregiudicata - è sempre stata reputata conforme al dettato contrattuale, avendo sempre agito nel rispetto e nei limiti delle prerogative negoziali alla stessa riservate e, in secondo luogo, che la condizione di dipendenza economica della *TT* era conseguita ad una scelta strategica d'impresa della stessa.

A seguito di un'attenta disamina della vicenda negoziale e un puntuale richiamo di più *case law*, in data 18 agosto 2021 la maggioranza della Corte (Lord Hodge, Lord Reed, Lord Lloyd-Jones e Lord Kitchin), confermando la sussistenza nel sistema di

³⁸⁰ *Times Travel* ha contestato l'esercizio da parte della *PIAC* di una condotta coercitiva tale da legittimare la ricorrente a rescindere il contratto, in quanto indotta a stipularlo a fronte di una minaccia illegittima, intesa quale aggressione e oppressione agli interessi economici.

common law inglese di una dottrina della coercizione per atto lecito, inclusa la c.d. *lawful economic duress*, ne ha circoscritto severamente i confini applicativi ed ha ritenuto che nel caso di specie alcuna condotta (minaccia o estorsione) illegittima può essere contestata alla *PIAC*, quale presupposto indispensabile per l'attivazione del rimedio rescissorio invocato.

In particolare, la Suprema Corte nel condividere la decisione assunta dalla Corte di Appello circa l'impossibilità di rescindere o invalidare il contratto per costrizione economica da atto lecito, fornisce alcune precisazioni alla motivazione fornita, dando contestualmente atto di due differenti correnti di pensiero: secondo quella maggioritaria (riferibile a Lord Hodge), in assenza di un principio di buona fede nelle trattative e di uno specifico rimedio cui fare ricorso in ipotesi di rapporti commerciali squilibrati³⁸¹, il compito di regolamentare le ipotesi di squilibrio contrattuale nell'ambito delle quali uno dei contraenti opera secondo modalità comunque non contrarie alla legge spetta unicamente al legislatore³⁸² e non alla giurisprudenza, con la conseguenza che le Corti devono necessariamente farne un attento e coscienzioso utilizzo, limitando il ricorso al rimedio rescissorio, anche al costo di legittimare talvolta condotte moralmente riprovevoli; diversamente, secondo l'opinione minoritaria caldeggiata da Lord Burrows la soluzione più opportuna sarebbe quella di riconoscere maggior spazio operativo ai rimedi attuabili in ipotesi di costrizione economica da atto lecito nelle relazioni commerciali, considerato che anche una condotta legittima, assunta nel rispetto delle proprie prerogative negoziali, può in concreto rivelarsi illegittima. In altre parole, Lord Burrows, rimarcando la distinzione tra ciò che è *illegal* and *illegitimate* ed i conseguenti rimedi attuabili, sostiene che la legittimità di una condotta negoziale deve essere vagliata non solo accertando se la parte abbia agito nel rispetto di quanto espressamente sancito nel regolamento contrattuale, bensì indagando la ragione giustificativa del

³⁸¹ L'assenza di un principio generale di disuguaglianza di potere contrattuale e di un principio di buona fede determina una restrizione della portata dell'atto lecito di coercizione economica: "*All that is not prohibited is permitted and there is no general doctrine of abuse of rights. If therefore a person is permitted to do something, he will generally be allowed to do it for any reason or for none. In the context of contractual negotiations this position enables people to know where they stand and provides certainty as to what is acceptable conduct in the bargaining process but it does leave many forms of socially objectionable conduct unchecked. Again, this is soundly based for judges should not, as a general rule, be the arbiters of what is socially unacceptable and attach legal consequences to such conduct*" (cfr. J. BEATSON, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment* [1991], Oxford, p. 129 s.).

³⁸² Cfr. J. BEATSON, *et al.*, *Anson's Law of Contract* [2020], 31st ed., Oxford, p. 379: "*as a general rule the determination of when socially objectionable conduct which is not in itself unlawful should be penalized is for the legislature rather than the judiciary*".

comportamento tenuto³⁸³. Ciò nonostante, anche il giudizio dissenziente di Lord Burrows è giunto alle medesime conclusioni della maggioranza, ritenendo che nel caso in esame fosse necessario respingere l'impugnazione di *TT*, mancando qualsivoglia prova sui requisiti fattuali necessari per l'accertamento di una condotta abusiva assunta in malafede dalla controparte e, perciò, non essendo stata dimostrata l'illegittimità della ragione giustificativa che ha spinto la *PIAC* ad avanzare la nuova proposta negoziale, poi accettata dall'agenzia di viaggi.

Nel corso del giudizio, invero, la Corte ha accertato che l'agenzia di viaggi si è limitata sin dal primo grado a ricondurre la condotta assunta dalla *PIAC* nell'alveo delle minacce illegittime, senza dimostrare né la malafede, né l'infondatezza e la pretestuosità della pretesa negoziale di rinuncia al credito avanzata dalla compagnia aerea³⁸⁴.

Sulla base di tali considerazioni, la Suprema Corte ha ritenuto all'unanimità che la *PIAC* ha operato nel pieno rispetto delle proprie prerogative contrattuali e che tale condotta, benché abbia posto l'agenzia in una condizione di svantaggio, non costituisce un'illecita costrizione economica non essendone stata dimostrata la malafede³⁸⁵. Tale

³⁸³ Nel caso di specie, Lord Burrows ha soffermato la propria attenzione sulla ragione giustificativa della pretesa avanzata dalla compagnia aerea nei confronti dell'agenzia di viaggi di rinuncia al proprio pregresso credito, accertando che, benché tale condotta sia stata dettata da mero egoismo commerciale, la stessa deve ritenersi legittima giacché esercitata in conformità alle proprie prerogative contrattuali e non pretestuosamente, ossia nella consapevolezza e convinzione della fondatezza e legittimità della condotta assunta.

³⁸⁴ Con la sentenza in commento la Corte ha delineato i tre presupposti indispensabile ai fini della configurabilità di qualsivoglia fattispecie di costrizione economica da atto illecito, vale a dire: l'indirizzamento in malafede di una minaccia illegittima o comunque non giustificabile in quanto volta ad creare o accrescere la vulnerabilità del *partner* commerciale, una causalità sufficiente tra tale minaccia e la condizione di svantaggio in cui versa la controparte e la dimostrazione del fatto che la parte minacciata non aveva alternative ragionevoli cui ricorrere.

³⁸⁵ Nelle motivazioni della sentenza, l'opinione di maggioranza della Suprema Corte precisa che solo in due precedenti *case law* il rimedio rescissorio è stato accordato a fronte dell'esercizio di un diritto secondo modalità illegittime (ipotesi di minaccia illecita): si tratta di due casi nei quali il contraente dominante, al fine di conseguire un vantaggio, si è avvalso della conoscenza di attività illecite o criminali nelle quali era coinvolta la controparte o un suo parente, minacciando il partner commerciale di denunciare tali attività (il primo caso, *Williams v. Bayley* (1866) LR 1 HL 200, nel quale i rappresentanti della banca, dopo aver scoperto che il figlio del cliente aveva falsificato la firma del padre su una cambiale, non avevano denunciato l'accaduto, bensì hanno minacciato il padre sino a indurlo a rendersi garante del debito concedendo un'ipoteca sull'immobile di sua proprietà affinché il figlio non venisse incriminato; il secondo caso, *Progress Bulk Carriers Ltd v. Tube City IMS LLC* (the *Cenk Kaptanoglu*) [2012] EWHC 273, nell'ambito del quale i proprietari di una nave hanno concesso in noleggio l'utilizzo del bene ma successivamente, nonostante l'accordo concluso, gli armatori hanno affittato la nave a terzi, rendendo impossibile l'esecuzione del contratto originario. Per rimediare a tale violazione contrattuale, gli armatori hanno promesso che avrebbero trovato una nave sostitutiva e che avrebbero risarcito i danni causati agli utilizzatori. I noleggiatori hanno fatto affidamento su tale promessa e hanno concordato con i propri clienti una nuova data di consegna delle merci. Nel frattempo, il valore commerciale del carico da consegnare è calato precipitosamente e gli acquirenti finali hanno chiesto ai noleggiatori uno sconto per ritardata consegna; richiesta che è stata poi notificata ai proprietari

conclusione va tuttavia precisata con quanto sostenuto da Lord Burrows³⁸⁶ il quale, sebbene abbia condiviso la decisione di rigetto del ricorso proposto da *TT*, ha dissentito dal percorso argomentativo offerto dalla maggioranza, privilegiando un'interpretazione più estesa dell'istituto della coercizione economica lecita e sostenendo che, astrattamente, una pretesa scorretta (ci si riferisce alla pretesa di rinuncia al credito maturato) unitamente ad una minaccia di esercitare un proprio diritto (ad esempio, accompagnata dal rifiuto di vendere o comprare, di stipulare un nuovo contratto o di interruzione delle relazioni commerciali) può costituire un'ipotesi di *lawful act economic duress* ossia di abuso del diritto. Tale prospettazione, come anzi visto, non è stata condivisa dalla maggioranza della Corte, la quale ha affermato che tale interpretazione dell'istituto rischia di ampliare eccessivamente l'alveo applicativo della coercizione economica lecita ben oltre i confini sino ad oggi delineati dalla giurisprudenza, con il pericolo di compromettere la certezza del diritto delle relazioni commerciali³⁸⁷.

e gestori della nave per ottenere anche tale risarcimento o comunque uno sconto sul prezzo del noleggio. Ciò nonostante, questi ultimi si sono rifiutati di fornire una nave, salvo in caso di un'eventuale rinuncia da parte dei noleggiatori alle richieste di risarcimento avanzate. In mancanza di alternative, questi ultimi sono stati costretti ad accettare le nuove condizioni imposte dagli armatori. Successivamente i noleggiatori hanno convenuto in giudizio gli armatori contestando la coercizione economica subita. A seguito di un complesso iter giudiziario la Suprema Corte ha ritenuto che, nonostante il rifiuto degli armatori di fornire una nave sostitutiva non costituisca un fatto illecito o addirittura una violazione del contratto, nel caso di specie si è verificata un'ipotesi di coercizione economica in ragione della condotta immorale assunta dai proprietari, finalizzata a lasciare i noleggiatori senza la possibilità di avvalersi di alternative abusando della condizione di affidamento generata e, successivamente, approfittando di tale condizione di inferiorità commerciale per mezzo di una pressione contrattuale illegittima.

³⁸⁶ Lord Burrows ha peraltro osservato che l'agenzia di viaggi ha avanzato unicamente una domanda di rescissione del contratto solo in forza dell'asserita costrizione economica esercitata dalla PIAC, senza aver tentato di invocare, neppure in via subordinata, "*the law on unconscionable bargains*" ossia quella parte della legge sugli accordi ed affari irragionevoli o abusivi che non si occupa delle minacce o pressioni economiche illegittime perpetrate nei rapporti B2b, bensì dello sfruttamento e dell'abuso da parte dell'impresa economicamente "forte" della condizione di debolezza della controparte negoziale vincolandola alla stipula di un contratto svantaggioso, in termini tanto giuridici quanto economici. Non essendo quindi stata avanzata alcuna domanda dalla ricorrente sul punto, in assenza di un principio di buona fede nel diritto contrattuale e di una dottrina della disuguaglianza di poteri, le Corti non si sono potute pronunciare sull'eventuale abuso contrattuale perpetrato dalla compagnia aerea, facendo eventualmente ricorso anche al rimedio dell'equità, già noto al diritto inglese.

³⁸⁷ Si osservi però che, nonostante la decisione alla quale è pervenuta la Corte, Lord Hodges, alla luce dell'irragionevolezza della condotta assunta dalla compagnia aerea, ha precisato che il criterio dell'*unconscionability* non è universale, omnicomprensivo e applicabile a qualsivoglia contesto economico-giuridico, bensì può trovare applicazione, ad esempio, allorché uno dei contraenti si approfitti della fiducia e dell'affidamento ingenerato nella controparte negoziale o della condizione di sprovvedutezza e dell'inesperienza della stessa; requisiti che, tuttavia, nel caso di specie non sono stati né provati né accertati.

La pronuncia in esame, essendo fondata su opinioni in parte divergenti, tra quella maggioritaria riferibile a Lord Hodge e quella minoritaria avanzata da Lord Burrows, presenta numerosi spunti di riflessione, soprattutto in una prospettiva comparatistica rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

Il principio ricavabile da tale caso può essere riassunto nell'affermazione per cui «*tutto ciò che non è proibito è permesso e non esiste una dottrina generale dell'abuso del diritto*»³⁸⁸. Tesi, quest'ultima, che nel nostro ordinamento è stata confutata e smentita sia dalla giurisprudenza, che dalla dottrina, essendo pacificamente ammesso e riconosciuto il potere della Corte di Cassazione di intervenire sul regolamento contrattuale, dando attuazione al proprio potere-dovere di assicurare che il diritto e i poteri negoziali vengano esercitati in conformità alla legge e, soprattutto, senza che alcun pregiudizio possa essere arrecato alle aspettative e agli interessi dell'altro contraente. La Suprema Corte italiana³⁸⁹ ha infatti in più occasioni precisato che ai fini del riconoscimento di un'ipotesi di abuso del diritto non è richiesta alcuna violazione formale di una legge, bensì è sufficiente che un diritto soggettivo venga esercitato secondo modalità censurabili e con finalità estranee e diverse da quelle per le quali la legge ha riconosciuto tale diritto al singolo, generando così un significativo e ingiustificato disequilibrio tra i diritti e gli obblighi esistenti tra le parti³⁹⁰.

Da tale contrapposizione di vedute emerge chiaramente come, da un lato, le Corti di *common law* siano zelanti nella difesa del valore della certezza del diritto nei

³⁸⁸ J. BEATSON, *op. cit.*, p. 129 s.

³⁸⁹ Il caso esaminato presenta una certa affinità e comunanza con quello noto come “*Caso Renault*” nell'ambito del quale la Suprema Corte ha sancito che la famosa casa automobilistica ha operato in violazione del principio di buona fede e del dovere generale di solidarietà *ex art. 2 Cost* esercitando *ad nutum* il diritto di recesso dal rapporto in essere con la rete di concessionarie e proponendo, con un contegno immotivato e repentino, la trasformazione del rapporto contrattuale in essere con il personale dirigente da lavoro subordinato a quello di concessione di vendita: Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 2010, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577; in *Contr.*, 2009, 11, 1009; in *Giust. civ.*, 2009, 1, 2671; in *Riv. dir. civ.* 2010, 6, 653; in *Obbl. contr.*, 2010, 3, 172; in *Corr. Giur.*, 2011, 1, 109. Nella stessa prospettiva in tema di abuso del diritto cfr. Cass. Civ., 30 settembre 2021, n. 26541, in *Giust. civ. Mass.*, 2021; Cass. Civ., 15 giugno 2018, n. 15885, *ivi*, 2018.

³⁹⁰ In tema di costrizione economica da atto lecito è utile richiamare la pronuncia della Corte d'Appello di Milano n. 1757 del 24 maggio 2022, disponibile in *DeJure*, in occasione della quale è stato precisato che «*L'abuso di posizione dominante non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo invece configurabile se il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti*».

rapporti commerciali e nel rispetto delle prerogative riservate al legislatore e viceversa, dall'altro, i giudici italiani perseguono l'esigenza di assicurare una giustizia sociale, oltre che negoziale, legittimando un controllo anche morale sulla condotta assunta dall'impresa contrattualmente più "forte", ancorché questo approccio possa minare la certezza dell'agire economico d'impresa³⁹¹.

Il discorso può allora chiudersi con stimolando una riflessione: in una prospettiva di contemperamento degli interessi in gioco, siano essi particolari che collettivi e sovraordinati, e in assenza di un intervento legislativo chiarificatore e risolutivo, quale approccio dovrebbero adottare i giudici di *civil law*? Quello volto a perseguire, nei limiti del diritto positivo, una pretesa giustizia sociale e contrattuale, facendosi portavoce delle esigenze di protezione palesate dalla classe degli imprenditori "deboli" oppure quello di attenersi rigidamente allo *ius in civitate positum*, salvaguardando il principio della certezza del diritto e la libertà contrattuale delle parti, accettando il rischio di minare gli interessi delle imprese vittime di abusi o comunque di vessazioni indebite?

³⁹¹ In tal senso M. DE PAMPILIS, *op. cit.*, p. 40; A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2009, pp. 7 - 38.

CAPITOLO III

L'abuso di dipendenza economica realizzato “nel contratto” e “fuori dal contratto”

SOMMARIO: 3.1 Il rifiuto di contrarre: il confronto tra la posizione del *partner* commerciale stabile e dell'impresa *new comer* – 3.2 L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere – 3.3 Introduzione all'utilizzo delle CGC: un problema o una soluzione alla disparità di potere contrattuale? – 3.3.1 Il controllo formale *ex art.* 1341 c.c. applicato ai rapporti B2b – 3.3.2 La diffusione di modelli contrattuali uniformi: gli effetti della contrattazione standardizzata nei rapporti B2b – 3.3.3 Quando l'utilizzo delle CGC può costituire un'ipotesi di illecito concorrenziale – 3.4 L'imposizione di CGC ingiustificatamente gravose o discriminatorie quale ipotesi di abuso di dipendenza economica – 3.4.1 Sull'ammissibilità di un controllo sostanziale sul contenuto contrattuale: l'evoluzione del pensiero dottrinale – 3.4.2 (segue) Le tecniche di controllo sulle CGC: il dibattito dottrinale sull'operatività e sull'efficienza del controllo legislativo e giudiziale – 3.4.3 La buona fede quale strumento di controllo della giustizia contrattuale nei rapporti B2b – 3.4.4 Considerazioni di sintesi in tema di sindacato sostanziale sulle CGC nei rapporti B2b

3.1 Il rifiuto di contrarre: il confronto tra la posizione del *partner* commerciale stabile e dell'impresa *new comer*

Conclusa l'indagine comparativa tra gli istituti dell'abuso di posizione dominante e della condizione di dipendenza economica e il raffronto tra il sistema di controllo di *private* e *public enforcement*, l'attenzione va posta alle tipiche fattispecie di abuso della debolezza economica nei rapporti B2b.

L'abuso di dipendenza economica *ex art.* 9 Legge n. 192/1998 può manifestarsi sia nell'ambito di un rapporto contrattuale già instaurato, sia secondo “forme non contrattuali” e, talvolta, per mezzo di atti unilaterali. Ciò significa che tale divieto può essere invocato in ipotesi di mancato esercizio di libertà costituzionalmente tutelate e riservate all'impresa “debole”, per reprimere e inibire condotte abusive anche quando “a monte” non è stato stipulato un contratto o comunque tra le parti non sia intercorso un precedente rapporto negoziale.

In ragione delle variegate forme che l'abuso può assumere, il legislatore ha previsto una serie di presunzioni di dipendenza economica volte a sanzionare sia le condotte abusive che non postulano la conclusione di un contratto, sia la pattuizione di condizioni contrattuali inique e squilibrate *ab origine*. Tuttavia, il proliferare di tali presunzioni nei contratti B2b ha decretato meccanismi di protezione assimilabili e quelli previsti per i contratti B2C, per i quali vige una specifica presunzione di debolezza rispetto alla controparte professionale, rendendo così inevitabilmente più labili i confini tra il paradigma del terzo contratto e del secondo contratto. Il rischio, come è evidente, è che una tale astrazione delle ipotesi di dipendenza economica condurre a riconoscere una smisurata protezione a favore di qualsivoglia operatore economico professionale in qualunque contesto questo operi³⁹².

In un panorama normativo come quello appena delineato, l'art. 9 della Legge n. 192/1998, essendo volto a valorizzare normativamente la condizione di dipendenza economica ed a sanzionarne l'abuso per mezzo di una "formula aperta", si presta ad essere un incisivo e versatile mezzo di protezione dell'impresa "debole" verso una pluralità di pratiche abusive, siano esse "di sfruttamento" (c.d. *exploitative abuses*), che "di esclusione" (c.d. *exclusionary abuses*)³⁹³.

Per prassi commerciale, una tipica ipotesi di abuso di dipendenza economica "non contrattuale", che peraltro ben si inquadra nello schema dell'illecito concorrenziale, è rappresentata dal rifiuto di contrarre, ricompreso tra le fattispecie di abuso di esclusione o impedimento³⁹⁴.

In prima battuta, il rifiuto di vendere o di comprare induce ad immaginare una circostanza in cui vi è un'impresa obbligata alla stipula del contratto che, rifiutandosi

³⁹² V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 119.

³⁹³ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 122; A. BARBA, *op. cit.*, p. 350 s.; V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss.; F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 246 - 264, la quale osserva tale rifiuto come particolare forma di abuso di posizione dominante sul mercato, soffermando l'attenzione sui poteri di intervento e correttivi rimessi all'AGCM e alla Commissione CEE.

³⁹⁴ Il c.d. *refusal to deal* costituisce altresì una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 102 TFUE e dell'art. 3 della legge *antitrust*, se riconducibile ad un'impresa che goda di una posizione dominante sul mercato. In dottrina, tale fattispecie è stata altresì qualificata come ipotesi di "contratto rifiutato" nell'ambito del quale l'impresa "dominante" rifiuta di contrarre in assenza di valide ed obiettive giustificazioni e sempre che tale rifiuto determini la compromissione o l'eliminazione della concorrenza (V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 401). Si vedano anche M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econom.*, F. GALGANO (diretto da), vol. IV, Padova, 1981, pp. 308 - 316; G. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 129 - 133; T. LONGU, *op. cit.*, pp. 345 ss.

ingiustificatamente di contrarre³⁹⁵, determina una condizione svantaggiosa per l'altra alla quale viene precluso l'*input* necessario o la prosecuzione della relativa attività commerciale. Non bisogna però immaginare il rifiuto di contrarre come una forma di esercizio negativo del potere di impresa, poiché la legittimità del contegno assunto deve essere vagliata di volta in volta, alla luce della giustificazione sottesa a tale scelta imprenditoriale, oltre che degli interessi contrapposti vantati dall'altro contraente.

Non ogni rifiuto a contrarre è illecito, ma per accertare la legittimità e la giustificazione sottesa allo stesso è necessario vagliare il più ampio contesto in cui si colloca. In via generale, infatti, il rifiuto assume rilievo allorché la parte sia gravata da un obbligo, legale o convenzionale, di contrarre come in ipotesi di inottemperanza all'obbligo del monopolista *ex art. 2597 c.c.* o di mancata stipulata del contratto *ex art. 2932 c.c.*

La peculiarità della fattispecie è data dalla omogeneità dei valori in conflitto, ossia dal fatto che entrambe le parti vantano interessi contrapposti, astrattamente meritevoli di tutela, e tutti garantiti dall'art. 41 Cost. quali specifiche manifestazioni dell'iniziativa economica privata: da un lato, l'interesse dell'impresa dipendente a concretizzare la propria iniziativa negoziale e, dall'altro, quello dell'impresa dominante a scegliere liberamente i propri *partners* commerciali³⁹⁶.

Tale fattispecie di concorrenza sleale, peraltro, si può configurare ove ad essere coinvolte siano imprese operanti a livelli differenti del ciclo economico oppure anche al

³⁹⁵ A. BARBA, *op. cit.*, p. 351, il quale osserva che il rifiuto non può essere contestato allorché l'impresa dominante abbia scelto, in forza di valutazioni strategiche di impresa, di uscire dal mercato o allorché il rifiuto risulti giustificato dalla mancanza della necessaria specializzazione richiesta ovvero dall'impedimento giuridico ad instaurare il rapporto negoziale in forza di un vincolo di esclusiva già in essere.

³⁹⁶ Cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 142; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 70 - 72; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, pp. 141 ss., spec. p. 149, ove rileva che, osservando la realtà guidati dalla "lente" della clausola di correttezza e buona fede, anche il rifiuto semplice di contrarre può costituire atto negoziale scorretto al concorrere di determinate circostanze qualificanti, quali l'accertamento della posizione dominante, l'assenza di giustificazioni valide ovvero l'intenzione di escludere la controparte dal mercato o comunque di aggravare la relativa posizione commerciale; F. CORAGGIO, *op. cit.*, p. 251 s., ove osserva che la normativa antitrust applicabile in caso di rifiuto a contrarre mira a garantire nel mercato la conservazione di quel minimo grado di concorrenza, pur in presenza di una posizione dominante, con la conseguenza che l'interesse vantato dall'impresa economicamente dipendente potrebbe talvolta subire una compressione allorché ciò serva per la difesa della struttura globale del mercato.

medesimo stadio, sempre purché collocati in posizione verticale l'una rispetto all'altra (es. produttore-grossista, grossista-venditore al dettaglio)³⁹⁷.

Con riguardo ai criteri normativi e agli elementi concreti per mezzo dei quali è possibile tracciare una linea di demarcazione tra gli atti leciti di esercizio dell'autonomia di impresa da quelli illeciti è necessaria qualche precisazione.

Partendo dal presupposto che l'impresa è libera di esercitare la propria autonomia di impresa, scegliendo con quali imprese contrattare e contrarre, l'esercizio di tale libertà deve essere ponderato alla luce delle circostanze del caso concreto, ossia tenendo conto della posizione di mercato di entrambe le parti, delle condizioni di mercato e dell'oggetto del contratto. Ciò, con l'ovvia conseguenza che determinate condotte, se assunte da un'impresa che non detiene una posizione dominante sono ritenute legittime e, viceversa, ove assunte da un'impresa che gode di tale posizione possono potenzialmente sfociare in ipotesi di abuso del diritto. Al contempo però la diversità di trattamento potrebbe essere giustificata da una serie di fattori concreti operanti come cause di giustificazione, quali il diverso livello del processo produttivo nel quale si colloca l'impresa richiedente, le particolari condizioni in cui versa la stessa, la ridotta capacità produttiva, il diverso grado di specializzazione, l'esaurimento delle scorte, l'adozione di un sistema di distribuzione selettiva non discriminatorio³⁹⁸, l'impossibilità di evasione della domanda, la presenza di condizioni gravose nell'offerta avanzata dall'impresa dipendente ovvero il rischio di violare una clausola di esclusiva e così via.

Con riguardo ai caratteri della condotta, il rifiuto è illecito e abusivo quando è volto a realizzare una discriminazione arbitraria tra i vari *partner* commerciali, anche se, a ben vedere, non è il rifiuto in sé illecito, ma lo sono gli effetti che attraverso tale condotta negativa la parte intende realizzare³⁹⁹.

³⁹⁷ L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 174, il quale osserva che «solo l'impresa dominante [...] può attuare un rifiuto scorretto (e idoneo a danneggiare l'altrui azienda) perché solo l'impresa dominante può, sempre tramite il rifiuto, mettere a repentaglio il valore costitutivo della correttezza professionale».

³⁹⁸ In tema di adozione di sistemi di distribuzione selettiva imperniati su criteri qualitativi non discriminatori e applicabili a tutti i dettaglianti si rinvia al caso Metro-Saba, Commissione CEE, Metro *SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* contro Commissione delle Comunità europee, causa 26/76, 15 dicembre 1975, in *GUCE*, 3 febbraio 1976, n. L28, p. 19.

³⁹⁹ La prassi comunitaria testimonia la legittimità dell'utilizzo rimediabile dell'obbligo a contrarre. Per un approfondimento su alcuni dei primi e più significativi casi di rifiuto a contrarre sottoposti all'attenzione della Commissione CEE e della Corte di Giustizia cui ha fatto seguito l'obbligo di contrarre, si veda F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 253 - 256. Si tratta dei casi: *Commercial Solvents Corporation* (CSC), Case 6 e

Sotto un altro profilo, giova soffermarsi sul significato attribuibile alla locuzione “relazioni commerciali” cui fai riferimento il secondo comma dell’art. 9 Legge n. 192/1998, per comprendere se l’ampiezza della nozione consenta di includervi ogni rapporto commerciale o relazione d’affari oppure solo veri e propri vincoli contrattuali.

Secondo una delle distinzioni operate dalla dottrina, tale ipotesi di abuso riguarderebbe esclusivamente i rapporti commerciali già instaurati poiché diversamente si determinerebbe un’ingiustificata compressione della libertà e dell’autonomia privata delle imprese economicamente forti nella selezione e nella scelta degli operatori economici disponibili con cui instaurare un rapporto commerciale⁴⁰⁰.

A parere di questa ricostruzione, benché l’art. 9 della Legge n. 192/1998 non limiti espressamente il campo di applicazione della norma ai soli rapporti negoziali già insorti, sarebbe opportuno e ragionevole considerare operativa tale limitazione tenuto conto che lo scopo della legge è di assicurare protezione alle imprese “deboli” e non di condizionare e limitare l’esercizio della libertà delle imprese “forti”, in termini di strategia imprenditoriale. Ragionando in senso opposto, si determinerebbe una situazione paradossale nel mercato dacché le imprese più “forti” sarebbero gravate da un generale obbligo a contrarre, anche con le *new comer*, determinando un’inesorabile

7/73, provvedimento del 6 marzo 1974, in *Foro it.*, 1974, IV, 261, la quale oppose ingiustificatamente il rifiuto di fornitura di una sostanza chimica necessaria per la produzione di un farmaco a favore di due case produttrici, le quali hanno rischiato l’uscita dal mercato, con inevitabili e gravi pregiudizi alla concorrenza [in *europa.eu*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61973CJ0006>, accesso 27 marzo 2023]; *United Brands Company* (noto come caso Chiquita), provvedimento n. 353 del 17 dicembre 1975, in *europa.eu*, 1976, nel quale la casa produttrice di banane Chiquita ha rifiutato il commercio dei propri prodotti a favore della società olandese Olesen, uno dei principali distributori del prodotto giustificando arbitrariamente la propria decisione commerciale sul fatto che il partner avrebbe collaborato ad una compagna pubblicitaria a favore di banane vendute da un marchio concorrente; tali giustificazioni non sono state ritenute sufficienti ed obiettive dalla Commissione, la quale ha peraltro osservato che tale rifiuto avrebbe influito negativamente sul commercio degli Stati membri UE [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001TJ0019&from=EN>, accesso del 23 marzo 2023]; *Hugin Lipton*, provvedimento n. 68/78 del 8 dicembre 1977, in *europa.eu*, poi riformato dalla Corte di Giustizia, causa n. 22/78 del 31 maggio 1979, in *Foro it.*, 1981, IV, 164, nell’ambito del quale la Commissione CEE, facendo uso dell’ordine inibitorio *ex art. 3 Reg. 17/1962*, ha condannato la casa produttrice in posizione dominante alla ripresa delle forniture per aver ingiustificatamente opposto il rifiuto di commercializzare i propri prodotti con uno stabile fornitore, eliminandolo così dal mercato [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31978D0068>, accesso del 23 marzo 2023]; si veda L. NIVARRA, *L’obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 134 - 139.

⁴⁰⁰ In tal senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 248 s., secondo cui è corretto ritenere che l’art. 9 della Legge n. 192/1998 trovi applicazione esclusivamente nell’ambito di quei rapporti commerciali già instaurati, salva la possibilità di deroga in casi particolari.; G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 122, il quale ricorda che la tutela non si estende ai casi in cui il contraente “debole” abbia assunto una scelta infelice nella selezione dei propri partner commerciale dotati semplicemente di potere contrattuale particolarmente forte, non configurandosi in tali casi una fattispecie di abuso di dipendenza economica.

compromissione della sfera di autonomia nella scelta dei propri *partner* commerciali, oltre che vincolandole a dover sempre giustificare le scelte strategiche dando prova della legittimità del diniego manifestato.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui una *new comer* si rivolga all'impresa che nel mercato gode di maggior forza commerciale per comprare o vendere beni o servizi, senza aver mai intrattenuto alcun rapporto commerciale con la stessa. A fronte di tale circostanza, se non venisse precluso il campo di applicazione della norma alle *new comers*, il mero rifiuto manifestato dall'impresa dominante, benché giustificato da specifiche scelte strategiche, rischierebbe di essere arbitrariamente sanzionato, condizionando in modo spregiudicato le scelte d'impresa delle concorrenti che ricoprono rilevanti quote di mercato.

Secondo l'impostazione in discorso, le *new comers* che, in quanto tali, non hanno mai intrattenuto relazioni commerciali con l'impresa che gode di una posizione di dominanza nel mercato, sarebbero prive di tutela innanzi ad ipotesi di abuso costituito dal rifiuto di contrarre.

Non si ritiene però di poter condividere tale prospettazione, in quanto contraria alla *ratio* sottesa alla disciplina sull'abuso di dipendenza economica⁴⁰¹.

Un'estensione della tutela anche a favore delle imprese *new comers* non determinerebbe una compressione della libertà di iniziativa economica delle imprese commercialmente "forti", dal momento che il rifiuto di contrarre verrebbe sanzionato soltanto ove esercitato arbitrariamente, concretizzando così un'ipotesi di abuso di dipendenza economica (ad esempio, configurabile allorché l'impresa dominante tenti di creare barriere di ingresso nel mercato per le imprese concorrenti).

Non è peraltro corretto ritenere che la fattispecie abusiva in parola si possa configurare soltanto quando tra le parti siano intercorse sino a quel momento precedenti

⁴⁰¹ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 363 - 366; ID., *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 366 s.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 660 s., ove precisa che tale prospettazione non è coerente con l'obiettivo dell'ordinamento volto alla realizzazione di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, ossia alla promozione di un ambiente favorevole alla cooperazione e allo sviluppo delle piccole e medie imprese; D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 81 s.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 297 - 300; A. BARBA, *op. cit.*, p. 351.

relazioni commerciali poiché, altrimenti, si finirebbe inevitabilmente per sovrapporre il rifiuto a contrarre all'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere⁴⁰².

Per quanto concerne l'onere della prova, per il contraente vessato non è sufficiente dimostrare la convenienza, completezza e competitività della propria offerta commerciale rispetto alle altre disponibili sul mercato, essendo, oltre a ciò, gravato della prova, anche per presunzioni, dell'assoluta irragionevolezza e discriminatorietà del rifiuto espresso dal *partner* commerciale. Di conseguenza, spetta poi all'impresa in posizione di dominanza comprovare la legittimità della propria decisione.

In forza delle riflessioni svolte si potrebbe ritenere che a fronte dell'esercizio abusivo del rifiuto di contrarre corrisponda in capo all'impresa contrattualmente "forte" una responsabilità di natura contrattuale⁴⁰³, nonché un obbligo contrario a tale condotta abusiva, ossia un vero e proprio obbligo a negoziare suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c., volto a far sì che l'impresa dipendente possa conseguire l'utilità che le è stata ingiustificatamente e arbitrariamente rifiutata o impedita⁴⁰⁴.

⁴⁰² Così, V. PINTO, *op. cit.*, pp. 413 ss.; A. VILLELLA, *op. cit.*, pp. 159 ss.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 289 s., il quale osserva che "escludere che il rifiuto di vendere o comprare possa risultare abusivo rispetto ad imprese deboli che per la prima volta richiedano di entrare in rapporti commerciali con l'impresa forte, potrebbe risultare una soluzione coerente soltanto se si riuscisse a dimostrare che in una tale ipotesi non è mai ravvisabile un interesse meritevole di tutela del richiedente a non veder lesa ingiustamente la propria autonomia contrattuale e la correlata libertà di iniziativa economica. Circostanza che deve essere decisamente negata, dato che la realizzazione di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, la promozione di un ambiente favorevole allo sviluppo delle imprese e, in particolare, di quelle piccole e medie nonché la promozione di un ambiente favorevole alla cooperazione tra imprese costituiscono obiettivi di interesse generale espressamente recepiti dalla norma fondamentale dell'Unione europea, il cui perseguimento richiede che sia garantita la massima applicazione dell'autonomia privata delle nuove imprese, sanzionando ogni comportamento che appaia ingiustificatamente teso a limitarla".

⁴⁰³ P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 66, ove l'Autore osserva che «oggetto della valutazione di illegittimità della violazione del dovere non è il danno, bensì il rifiuto (dal quale non deve necessariamente derivare un danno attuale)».

⁴⁰⁴ Secondo tale prospettiva si v. M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 178 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 419 - 433; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., pp. 310 - 316; A. NEGRO, *Il risarcimento per equivalente, Illeciti - Danni Risarcimento*, ID., R. MAZZON, M. SELLA, P. ZIVIZ, in *Trattario dir. civ.*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2013, p. 1050; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 292, il quale osserva che «ritenere abusivo il rifiuto di vendere e di comprare non può che equivalere a ritenere violato l'obbligo giuridico che in quella determinata circostanza l'impresa forte alla quale era stata rivolta la proposta contrattuale aveva di concludere il contratto con l'impresa in situazione di dipendenza economica»; in questa prospettiva, un tale obbligo sorgerebbe allorché al comportamento vessatorio corrisponda una sola alternativa lecita rappresentata nell'instaurazione o nella prosecuzione di un determinato rapporto commerciale, pur sempre a determinate condizioni eque. In senso contrario si vedano M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 259, secondo cui l'unico rimedio esperibile è il risarcimento del danno; V. PINTO, *op. cit.*, p. 414; F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, cit., p. 305.

A tal proposito va svolta un'ulteriore importante distinzione: in ipotesi di contratti ad effetti obbligatori, l'azione volta a conseguire l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* del contratto costituirebbe un rimedio formale e non sostanziale, giacché comporterebbe la mera sostituzione del titolo dell'obbligazione che potrebbe comunque rimanere inadempita; viceversa, in caso di contratti ad effetti reali, la conclusione coattiva determinerebbe l'esecuzione delle prestazioni pattuite ossia l'effetto traslativo dei beni dedotti nel contratto, sempre a condizione che il contratto abbia ad oggetto beni specifici aventi un prezzo abituale o di mercato.

Da quanto accennato si comprende come la questione circa l'applicabilità dell'istituto di cui all'*art. 2932 c.c.* è tutt'oggi oggetto di ampi dibattiti⁴⁰⁵.

In via generale, l'aspirazione ad una "giustizia sostanziale" dei rapporti sembrerebbe ammettere una tutela in forma specifica di concludere il contratto ovvero di reinstaurare una precedente relazione commerciale. Ciò malgrado, il limite generale all'operatività di tale soluzione è dato dalla sua convenienza per l'impresa danneggiata che versa in condizioni di dipendenza economica. Difatti se, da un lato, la soluzione proposta presenta un'indubbia utilità e rilevanza pratica dal momento che consentirebbe di ricondurre la condotta abusiva perpetrata nell'alveo della responsabilità contrattuale e di consentire all'impresa pregiudicata di ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali subiti⁴⁰⁶, dall'altro, non consentirebbe a quest'ultima di conseguire l'adempimento delle

⁴⁰⁵ *Ex multis*: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 53 ss.; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 - 344, spec. p. 341, ove l'Autore osserva che laddove l'abuso si sia concretizzato in un rifiuto di contrarre, i rimedi della nullità e del risarcimento del danno per equivalente si rivelano inadeguati alle esigenze di protezione del contraente vessato (commento all'ordinanza emessa dal Trib. Chiavari 20 agosto 2002, n. 625).

⁴⁰⁶ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 259 s., secondo cui in ipotesi di rifiuto di contrarre e di interruzione arbitraria del rapporto commerciale l'unico rimedio disponibile per la parte "debole" è il risarcimento del danno. A tal proposito, la determinazione del danno risarcibile sia particolarmente complessa. Trattandosi di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, per giurisprudenza costante, in caso di rifiuto di contrarre il danno risarcibile è limitato alle spese sostenute e agli affari perduti, ossia all'interesse negativo. Tuttavia, circa la perdita di opportunità commerciali, non si può negare che è proprio l'assenza di valide alternative, quale presupposto per l'accertamento della condizione di dipendenza economica, che è destinato a deludere e minare l'eventuale domanda di risarcimento dei danni per affari perduti, non essendovi per l'appunto opportunità perse. Si veda anche C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, pp. 52 - 59, spec. p. 54, ove si afferma che, contrapponendo l'interesse negativo a quello positivo, ci si limita a indicare l'ambito (precontrattuale o contrattuale) con riferimento al quale va apprezzata la condotta dannosa della parte responsabile, da liquidarsi tenendo conto del danno emergente e del lucro cessante. Di diverso avviso si segnala V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss., secondo cui il fatto che tale condotta si collochi nella fase precedente al contratto non costituisce elemento sufficiente a definire tale responsabilità come precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*: così operando, la posizione

prestazioni dedotte nel contratto che l'impresa dominante si è rifiutata di sottoscrivere, rimanendo così privata dell'utilità originariamente attesa.

Per chiarire la problematica da un punto di vista pratico, supponiamo il caso delle rimanenze di magazzino conseguenti alla scadenza di un contratto di distribuzione. In tale ipotesi, tre sono le fattispecie che potrebbero potenzialmente verificarsi. Nel caso in cui per la distribuzione dei prodotti non sia stata prevista alcuna cessione o condivisione dei diritti di proprietà intellettuale e di *know how* tra l'impresa produttrice e quella distributrice, i beni continuerebbero ad essere commercializzabili anche a seguito della scadenza del contratto, con la conseguenza che una clausola che ponga a carico del concedente il rischio dell'inevaso sarebbe apertamente ingiustificata, oltre che onerosa. Laddove, invece, sempre in assenza di una condivisione di *know how*, il contratto taccia sulla regolamentazione delle rimanenze di magazzino ma imponga al distributore una clausola di non concorrenza per un determinato periodo di tempo a seguito della cessazione del rapporto commerciale, quest'ultimo si troverebbe nella condizione di non poter collocare sul mercato i prodotti inevasi alla data della scadenza del contratto; motivo per cui, una tale clausola di non concorrenza dovrebbe essere quantomeno controbilanciata da un obbligo per l'impresa produttrice di riacquisto delle rimanenze di magazzino, cosicché il distributore non se ne debba fare economicamente carico. Infine, un'altra ipotesi si potrebbe configurare allorché il rapporto distributivo sia qualificato, ossia preveda un flusso di diritti di proprietà intellettuale, come nell'ipotesi del *franchising*, a fronte del quale la soluzione più opportuna dovrebbe essere quella di prevedere la possibilità per il *franchisee* di continuare a collocare sul mercato i prodotti che abbiano mantenuto una forza attrattiva fino ad esaurimento delle scorte (si veda il caso del commercio delle autovetture) o, viceversa, per il caso in cui tale carattere commerciale sia venuto meno, vincolare il produttore o il *franchisor* a riacquistare le scorte inevase, quantomeno per consentire al distributore o all'affiliato la copertura dei costi sostenuti per il loro procacciamento.

dell'impresa dipendente verrebbe ulteriormente danneggiata in ragione della limitazione del risarcimento al solo interesse negativo; l'Autore, inoltre, afferma che, benché le tutele offerte dagli artt. 9 Legge n. 192/1998 e 1337 c.c. trovino entrambe fonte nell'affidamento ingenerato nell'altro contraente, la differenza è insita nel fatto che nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale l'affidamento si fonda su uno stato avanzato di trattative volte alla conclusione del contratto, mentre in quelle di cui all'art. 9 in parola si prescinde da tale circostanza e la tutela consegue ad un'oggettiva situazione di dipendenza economica relativa.

3.2 L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere

Un'ulteriore fattispecie abusiva di natura contrattuale⁴⁰⁷ si può configurare per mancato rinnovo del contratto per unilaterale iniziativa dell'impresa che gode di una posizione di dominanza (anche c.d. *refusal to deal*) ovvero in caso di esercizio arbitrario del diritto di recesso⁴⁰⁸.

Come visto, nei contratti generalmente di lunga durata l'impresa economicamente dipendente è vincolata alla realizzazione di consistenti investimenti, difficilmente convertibili per differenti rapporti contrattuali proprio perché realizzati *ad hoc* e rivolti ad uno specifico programma negoziale. Ciò in quanto la sempre maggiore complessità delle tecnologie di sviluppo e di produzione, oltre che la crescente complessità dei beni e servizi offerti sul mercato, richiedono l'adozione di tecnologie in continua evoluzione e radicalmente differenti l'una dalle altre⁴⁰⁹.

La conseguenza immediata di tale realtà è che le imprese di piccole dimensioni che intrattengono duraturi rapporti commerciali con solo un'impresa (o comunque con un numero ristretto) all'atto di cessazione di tale rapporto incontrano considerevoli difficoltà nel reperire alternative commerciali soddisfacenti, non avendo per tempo intrattenuto collaborazioni con altre differenti realtà.

⁴⁰⁷ In ordine alla qualificazione della responsabilità dell'impresa dominante, va osservato che in ipotesi di interruzione di un rapporto contrattuale sorge una responsabilità di natura contrattuale, mentre ove l'interruzione sia riferita alla fase delle trattative prenegoziali si configura una fattispecie di responsabilità di natura contrattuale da "contatto sociale" (cfr. F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 374).

⁴⁰⁸ Per un approfondimento si rinvia L. NONNE, *op. cit.*, pp. 246 - 255; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 139 - 151; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 254 s.; A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, cit., pp. 223 - 247; G. NICOLINI, *op. cit.*, p. 130 s.; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 160 s., 165 ss. e 205 ss., ove l'Autore osserva che tra le fattispecie dell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, del rifiuto di contrarre e del recesso ingiustificato delle trattative *ex art. 1337 c.c.*, sebbene tutte radicate sul principio dell'affidamento ingenerato nell'altra parte, intercorrono differenze sostanziali, sia strutturali che funzionali; dello stesso avviso F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 366 s.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 660, ove precisa che l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali deve essere tenuta distinta dall'ipotesi di recesso illegittimo il quale da luogo ai rimedi generalmente previsti dal Codice civile; V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss., il quale evidenzia che il legislatore ha volontariamente distinto le ipotesi di rifiuto di vendere o di comprare da quella dell'interruzione arbitraria delle relazioni, non solo ai fini descrittivi, ma proprio per escludere l'applicabilità dell'art. 9 Legge n. 192/1998 anche agli abusi commessi in assenza di preesistenti rapporti d'affari; se così non fosse, secondo l'Autore, il legislatore avrebbe introdotto un più generale rifiuto ingiustificato di contrarre.

⁴⁰⁹ Sul punto si v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 70 ss.

A differenza delle fattispecie di abuso poc'anzi analizzate, nel caso in esame l'interruzione del rapporto commerciale non è più solamente minacciata dall'impresa contrattualmente "forte", ma è reale.

Presupposto necessario per la configurabilità di tale fattispecie abusiva è la liceità dello scioglimento del rapporto in essere, dal momento che, diversamente, l'impresa "debole" potrebbe avvalersi dei tradizionali rimedi contrattuali offerti da Codice civile chiedendo, ad esempio, l'adempimento - ove ne abbia ancora interesse - oppure la risoluzione del contratto per inadempimento⁴¹⁰. Diversamente detto, la fattispecie abusiva in discorso si può configurare soltanto allorché l'impresa dominante decida lecitamente ma arbitrariamente di interrompere la relazione commerciale in essere⁴¹¹. Ciò significa che quanto rileva nel caso in esame è l'elemento psicologico soggettivo del contraente che decide di interrompere la relazione negoziale.

Benché l'ordinamento giuridico non riconosca un diritto alla stabilità dei rapporti commerciali, essendo pacifico che tale previsione si porrebbe in contrasto con il principio generale di libertà di concorrenza e di libertà dell'iniziativa economica *ex* art. 41 Cost.⁴¹², il sistema impone comunque che il diritto potestativo di recesso, sia esso legale che convenzione, venga esercitato legittimamente ossia senza che tale decisione venga assunta arbitrariamente con l'intento di ledere o compromettere la

⁴¹⁰ L'interruzione arbitraria del rapporto commerciale deve essere quindi distinta dall'esercizio illegittimo del diritto di recesso: quest'ultimo è idoneo ad integrare un vero e proprio inadempimento contrattuale al quale conseguono i tradizionali rimedi previsti dal Codice civile, mentre l'interruzione arbitraria si configura allorché l'esercizio del diritto di recesso avvenga secondo modalità abusive, in ragione dell'incongruità del suo esercizio o per l'assenza di un termine di preavviso. Sul punto si vedano F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 287; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 255.; A. BARBA, *op. cit.*, pp. 348 - 35; M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 13 - 37; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., pp. 205 ss. ove evidenzia che il requisito della "giusta causa" rappresenta lo strumento per mezzo del quale è possibile temperare l'esercizio dei diritti potestativi, come in ipotesi di esercizio del diritto di recesso che, diversamente, acquisirebbe il carattere dell'abusività.

⁴¹¹ In tema di insussistenza di abuso, né di posizione dominante né di dipendenza economica, in caso di recesso dal contratto di concessione di vendita si veda Cass. Civ., 13 ottobre 2016, n. 20688, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, II, 561: «*In materia di distribuzione di autovetture, la riduzione del numero dei concessionari operanti sul territorio italiano, mediante legittimo esercizio della facoltà di recesso dal contratto di concessione di vendita (nella specie con preavviso di un anno), non costituisce abuso né di posizione dominante né di dipendenza economica, ma legittima scelta imprenditoriale giustificata da ragioni di competizione sul mercato, atteso che la tutela del contraente-distributore non può arrivare ad attribuire a quest'ultimo un diritto ad essere parte, a tempo indeterminato, della rete distributiva*».

⁴¹² In tal senso Trib. Torino, Sez. spec. Impr., 6 giugno 2017, n. 2952, cit.: «*Ai fini dell'abuso di dipendenza economica, non sussiste interruzione arbitraria delle relazioni commerciali qualora il subfornitore non dimostri con sufficiente certezza l'esistenza di condotte escludenti del committente, tenuto conto, da un lato, della libertà costituzionale d'iniziativa economica, e, dall'altro lato, del mantenimento delle forniture già in essere, non potendosi configurare un generale diritto a nuove assegnazioni in favore del subfornitore medesimo*».

posizione giuridica e/o economica dell'altro contraente⁴¹³. Peraltro, affinché tale condizione possa dirsi concretamente pregiudizievole e possa essere attivato il sistema rimediabile offerto dall'art. 9, è necessario che l'impresa "vittima" dell'interruzione arbitraria del rapporto dimostri di essere impossibilitata nel reperire i beni o servizi richiesti ovvero nel destinare quelli di sua produzione a terzi utenti nel mercato, in ragione della loro inutilizzabilità o inaccessibilità, giacché realizzati a fronte di specifici ed inconvertibili investimenti strettamente connessi all'originario rapporto negoziale⁴¹⁴.

Una diversa ipotesi di abuso da interruzione della relazione in atto si può configurare quando in presenza di un contratto vincolato ad un termine finale l'impresa dominante decida di non rinnovare il rapporto, nonostante il *partner* commerciale abbia riposto un legittimo e ragionevole affidamento nella prosecuzione del rapporto commerciale ed abbia già realizzato investimenti specifici oltre il termine di durata del contratto (*c.d. refusal to deal*)⁴¹⁵.

Resta comunque fermo che, in entrambi i casi, per accertare la legittimità o meno dell'esercizio del diritto di recesso o del mancato rinnovo del contratto, lo strumento a cui l'interprete deve fare ricorso è ancora una volta la buona fede oggettiva.

⁴¹³ Innanzi all'esercizio del diritto potestativo di recesso, il giudice è tenuto a verificare se l'interruzione del rapporto è conforme a buona fede, ancorché l'esercizio di tale diritto appaia legittimato da un'espressa clausola contrattuale e risulti esercitato per giusta causa. In forza di tale premessa, è dunque necessario chiedersi entro quali limiti l'autorità giudiziaria possa sovrapporre la propria valutazione a quella compiuta ab origine dalle parti in sede di formazione del regolamento contrattuale. In tal senso si veda M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 13 ss. In giurisprudenza App. Milano, 17 novembre 2020, n. 2957, in *Guida dir.*, 2021, 22: «Qualora un contratto preveda il diritto di recesso ad nutum in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti contrattuali, posto che la mancanza della buona fede in senso oggettivo, richiesta dagli articoli 1175 e 1375 del c.c. nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. Tale sindacato deve, pertanto, essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici»; Trib. Milano, 17 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, 11, I, 3636.

⁴¹⁴ Cfr. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., spec. p. 146 s., ove l'Autore, osservando che allorché si accerti l'illegittimità del recesso è necessario definire una regola di giudizio idonea a stabilire per quanto un rapporto commerciale debba protrarsi nel tempo, richiama la *c.d. recovery period rule* quale canone elaborato dalla dottrina per indirizzare i giudici nel parametrare un'equa prosecuzione del contratto al solo tempo strettamente necessario per garantire l'ammortamento degli specifici ed irrecuperabili investimenti realizzati dall'impresa in attuazione del singolo rapporto negoziale.

⁴¹⁵ In tal caso, peraltro, l'impresa "dominante", potrebbe essere vincolata al riconoscimento di un diritto di prelazione a favore del contraente in condizione di dipendenza economica e che abbia già realizzato specifici investimenti nel rispetto del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* Si veda R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 151.

In dottrina si è discusso se, a fronte dell'accertata inefficacia del recesso esercitato abusivamente, la parte pregiudicata possa conseguire l'attuazione coattiva del rapporto⁴¹⁶.

Sul punto, è utile richiamare la nota vicenda che ha visto coinvolte la ditta *Milly Boutique* e la *Marini Babini S.r.l.*⁴¹⁷, legate da un rapporto di fornitura decennale, nell'ambito del quale quest'ultima è stata ritenuta responsabile di aver arbitrariamente interrotto i rapporti commerciali, rifiutando di vendere la propria merce alla piccola impresa con sede in provincia di Bari e giustificando, pretestuosamente, tale scelta sostenendo di voler privilegiare nella propria rete distributiva solo esercizi commerciali ubicati nei centri cittadini.

Nel caso in esame, la società ricorrente ha affermato che la *Marini Babini S.r.l.*, interrompendo improvvisamente la fornitura della merce⁴¹⁸, avrebbe profittato della disomogeneità di forze tra le parti e della concreta impossibilità della ditta *Milly Boutique* di rivolgersi in alternativa ad altro fornitore - sia in ragione del breve termine, sia del vincolo contrattualmente previsto di sei mesi conseguente alla proposta negoziale ormai trasmessa alla *Marini Babini S.r.l.* -, esponendo così la controparte al rischio di perdere la clientela fidelizzata da anni e interessata all'acquisto di quegli specifici prodotti contraddistinti dal marchio *Babini S.r.l.* L'impresa contrattualmente più "debole", messa alle strette, non ha potuto far altro che agire in via d'urgenza

⁴¹⁶ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2011, pp. 311 - 319; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 36, il quale afferma che il potere del giudice di ordinare la prosecuzione del rapporto in ipotesi di dipendenza economica dovrebbe operare come una sorta di contrappeso, inducendo l'impresa "dominante" a negoziare lo scioglimento del contratto allorché intenda svincolarsi arbitrariamente dallo stesso.

⁴¹⁷ Si veda nota 323. Utile richiamare la massima della pronuncia del 6 maggio 2002 del Tribunale di Bari, reperibile in *Foro it.*, vol. 125, fasc. 7/8, 2177, 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».

⁴¹⁸ La lettera di rifiuto alla fornitura è infatti pervenuta circa due mesi prima della consegna della merce per come programmata e richiesta nella proposta contrattuale avanzata dalla *Milly Boutique*, ossia un termine eccessivamente breve affinché la ricorrente potesse concretamente organizzarsi per rivolgere la propria domanda ad altri fornitori di prodotti simili disponibili sul mercato, trattandosi per di più di beni per loro natura fortemente soggetti all'influenza dell'alternarsi delle stagioni. Inoltre, il periodo di sei mesi di vincolo della proposta contrattuale rappresenta un termine troppo lungo per il proponente il quale, in caso di mancata accettazione da parte dell'oblato, deve comunque avere la possibilità di rivolgere altrove la propria domanda.

chiedendo all'autorità giudiziaria di ordinare all'impresa "dominante" l'immediata consegna della merce, oltre che l'inibizione dall'assunzione di comportamenti ingiustificati e ostativi alla prosecuzione del rapporto commerciale. Domande che, nell'intento di ripristinare il riequilibrio del rapporto, sono state accolte dal giudice di merito, limitando comunque l'ordine di prosecuzione del rapporto al periodo di tempo ragionevolmente necessario per consentire all'impresa economicamente "dipendente" di reperire valide alternative sul mercato, scongiurando al contempo il rischio di perdita della clientela fidelizzata.

Con l'inquadramento anche di tale fattispecie abusiva tipizzata dall'art. 9 della Legge n. 192/1998, alquanto evidente appare la *ratio* sottesa alla norma ossia di protezione dell'affidamento ingenerato nell'impresa economicamente "dipendente" a proseguire il rapporto commerciale instaurato finché gli investimenti dedicati realizzati non risultino ammortizzati nel rispetto della regola della c.d. *recovery period rule*⁴¹⁹ ovvero l'impresa vessata abbia avuto a disposizione il tempo utile e necessario per reperire altrove valide alternative commerciali.

Delineati brevemente i rimedi cui l'impresa abusata può fare ricorso in ipotesi di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, oltre che di rifiuto di contrarre, va però evidenziato che tali strumenti di tutela, essendo destinati ad operare *ex post* all'abuso perpetrato, il più delle volte rischiano di dimostrarsi non sufficienti o comunque intempestivi ad impedire la fuoriuscita dal mercato dell'impresa a causa della perdita di competitività.

3.3 Introduzione all'utilizzo delle CGC: un problema o una soluzione alla disparità di potere contrattuale?

I casi riportati in apertura del capitolo hanno consentito di analizzare due delle principali fattispecie tipizzate dalla legge di abuso di dipendenza economica.

⁴¹⁹ In questo senso R. NATOLI, *La subfornitura nelle attività produttive e l'abuso di dipendenza economica*, in *Trattato dei contratti*, A. BENEDETTI, V. ROPPO (diretto da), vol. V - Mercati regolati, Milano, 2014, pp. 380 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. p. 74; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 26; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 276 ss.; in tema di tutela dell'affidamento si rinvia a F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, cit., pp.19 - 33.

Ai sensi dell'art. 9 Legge n. 192/1998 l'abuso può anche consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. Prassi negoziale alla quale le imprese dotate di maggior forza contrattuale tendenzialmente fanno ricorso avvalendosi dell'istituto delle condizioni generali di contratto. Per tale motivo l'indagine, dopo una parentesi dedicata agli istituti delle CGC e degli *standard forms*, si incentrerà sulla definizione di quali tipologie di sindacato - formale e/o sostanziale - sono attuabili al regolamento contrattuale nei rapporti B2b.

L'utilizzo delle CGC e dei contratti standardizzati, il quale ha conosciuto una sempre più rapida diffusione, sino a qualificarsi come tipico strumento di manifestazione ed esercizio dell'autonomia privata di impresa, ha imposto alla giurisprudenza e alla dottrina di affrontare più concretamente il delicato problema della tutela del contraente "debole" nei rapporti tra imprese⁴²⁰.

L'espressione "condizioni generali di contratto"⁴²¹ è stata coniata dal legislatore del 1942 per delineare il fenomeno negoziale della predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale destinato ad essere impiegato per una serie indeterminata ed

⁴²⁰ Secondo un costante orientamento dottrinale le CGC rappresenterebbero vere e proprie "norme contrattuali", paragonabili a regole di diritto obiettivo frutto del potere normativo di impresa (cfr. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1901, pp. 133 ss.; V. ROPPO, *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, cit., pp. 548 ss.). Si veda anche ID., *Contratti standard*, cit., p. 100, secondo cui indagare l'istituto delle CGC e dei moduli standardizzati nella sola prospettiva di tutela del contraente "debole" rischia di banalizzare la questione, precludendo al giurista di estendere l'indagine a forme di controllo più ampie aventi ad oggetto la più complessa attività di impresa.

⁴²¹ In dottrina è stato osservato che il riconoscimento della natura normativa delle CGC avrebbe una funzione meramente descrittiva, definendosi nella pratica in una serie di enunciati volti a delineare i caratteri tipici del fenomeno della contrattazione standardizzata e dell'esercizio del potere normativo di impresa (c.d. *lawmaking power*); cfr. A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 196; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 95 - 103. Inoltre, per opinione oggi prevalente, a differenza del singolo contratto concluso in forza delle CGC, la semplice predisposizione unilaterale delle CGC accluse in moduli standardizzati non costituisce un atto avente carattere propriamente negoziale; in altre parole, finché non fanno ingresso nel singolo contratto, le CGC non hanno valore di negozio. Cfr. C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, pp. 1 ss.; ID., *Il contratto*, cit., spec. p. 341; ID., *Le autorità private*, cit., pp. 66 ss.; U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, pp. 334 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), vol. III, tomo I, Milano, 1988, pp. 46 ss.; P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Cagliari*, Milano, 1970, pp. 109 - 127. Altra dottrina, invece, sostiene che l'atto di predisposizione delle CGC rivolte ad una pluralità di destinatari costituisce anch'esso un autentico negozio giuridico unilaterale dotato di efficacia immediata; in tal senso si veda V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, *Riv. dir. comm.*, 1928, I, vol. XXVI, pp. 408 ss., ove l'Autore osserva che l'atto di predisposizione unilaterale delle CGC rappresenta una libera "manifestazione di volontà generale, unilaterale, permanente" dalla quale scaturisce un vincolo giuridico, prima ancora della conclusione del contratto.

indefinita di contratti, caratterizzati dalla predominanza della volontà di una sola delle parti⁴²². Tale carattere è facilmente accertabile se si considera che il destinatario della proposta contrattuale inclusiva delle CGC non ha la possibilità di definirne o modificarne la disciplina, ma ha solo il “potere” di aderire al regolamento contrattuale unilateralmente predisposto⁴²³.

La predisposizione e l'utilizzo delle CGC, sebbene costituisca una generale forma di estrinsecazione dell'autonomia privata, assume i più specifici caratteri dell'autonomia d'impresa finalizzata al perseguimento degli obiettivi e dei programmi imprenditoriali prefissati attraverso la regolazione uniforme dei rapporti contrattuali⁴²⁴. Tale prassi negoziale ha determinato la soppressione dell'opportunità di scelta dell'impresa-aderente e il conseguente depotenziamento della rispettiva posizione di forza nel mercato⁴²⁵. La dottrina non ha esitato ad evidenziare come l'utilizzo delle

⁴²² Si veda R. SALEILLES, *op. cit.*, pp. 133 ss. e 229 ss., il quale, trattando dei contratti di adesione definendoli come “sedicenti contratti, afferma che del contratto non hanno altro che il nome [...], nei essendovi la predominanza esclusiva di una sola volontà che opera come volontà unilaterale e detta la sua legge non già ad un individuo, ma ad una collettività indeterminata; secondo l'Autore tali contratti, conclusi attraverso l'impiego delle CGC accluse in moduli o formulari standardizzati, rivestono un carattere di legge collettiva, avvicinandosi molto più alla Lex che all'accordo delle volontà; nello stesso senso si vedano V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 16 e 84 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., spec. p. 342 s., il quale si interroga sul problema teorico di fondo delle condizioni generali di contratto ossia se esse abbiano natura negoziale e, dunque, siano riconducibili al contenuto dell'accordo, ovvero se abbiano natura normativa, come sostenuto dalla dottrina francese secondo cui solo in apparenza il contratto per adesione sarebbe il risultato della volontà manifestata dalle parti; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 26 s. ove l'Autore osserva che «l'abuso di autonomia contrattuale unilateralmente perpetrato dall'imprenditore forte altera funzionalmente la clausola, connotandola di illiceità, così da giustificare la dichiarazione di nullità, ferma restando la necessità di distinguere tra un'asimmetria in astratto - da accertarsi, su un piano esterno alla stipulazione del singolo contratto, attraverso l'individuazione di una potenziale disparità di potere tra i contraenti - e un'asimmetria in concreto, che si risolve, previa indagine sul contenuto della singola pattuizione, nell'individuazione della sua determinazione unilaterale, cioè nella necessità ineludibile di trovarne la giustificazione ponendo esclusiva attenzione all'interesse del contraente più forte».

⁴²³ M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Milano, 2006, p. 350; V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, cit., pp. 67 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 171 - 182. In ordine all'atto di adesione alla CGC definibile soltanto come formalmente volontario cfr. A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 238; A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 117; E. BETTI, E. BETTI, *op. cit.*, pp. 97 ss.; R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, cit., spec. p. 2156; C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 186; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., pp. 19 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 33 ss.

⁴²⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 340 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 177; V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 1 s. e 12 s.

⁴²⁵ V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 82.

CGC rappresenta un vero e proprio fallimento del mercato (c.d. *market failure*), generatore di un'inevitabile asimmetria informativa ed economica tra le parti⁴²⁶.

L'interesse comune ai contraenti "deboli" è quello di non vincolarsi all'osservanza di un programma negoziale iniquo o, comunque, non equilibrato alla cui redazione non si è avuto modo di partecipare. Motivo per cui, a fronte della progressiva diffusione di tale modalità di contrattazione, il legislatore si è premurato di introdurre - seppur limitati - contrappesi normativi finalizzati a garantire una tutela, quantomeno formale, al contraente "debole".

3.3.1 Il controllo formale ex art. 1341 c.c. applicato ai contratti B2b

Osservando gli strumenti offerti dal Codice civile per un controllo formale dell'equilibrio normativo nei rapporti B2b, dalla lettura dell'art. 1341 c.c. emerge come il legislatore si è limitato a definire i presupposti di efficacia delle CGC⁴²⁷.

Come noto, il primo comma della norma introduce il concetto di CGC e prescrive, ai fini della loro efficacia, il requisito della loro conoscenza o quantomeno conoscibilità da parte del soggetto aderente secondo la regola dell'ordinaria diligenza, introducendo così un'eccezione al principio generale per cui il consenso dell'accettante deve cadere su tutto il contenuto del contratto⁴²⁸.

Il secondo comma, invece, impone un vincolo di forma per la validità delle c.d. clausole vessatorie, definibili come tali in quanto in grado di generare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti. Anche in tal caso, dunque, la norma contempla una chiara deroga alla regola generale sulla formazione del contratto dal

⁴²⁶ Benché lo squilibrio dei sacrifici non presupponga necessariamente una predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale, l'unilateralità nella determinazione delle clausole caratterizza la maggior parte dei contratti B2b in ragione dalla tipica condizione di inferiorità economica di uno dei contraenti. Cfr. P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., spec. p. 110 s.

⁴²⁷ A tal proposito, è il caso di osservare che il ricorso all'impiego delle CGC non presuppone automaticamente la posizione dominante rivestita dall'impresa predisponente. Cfr. A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 53; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 1; V. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 166 - 173, ove si afferma che il controllo offerto dagli artt. 1341 e 1342 c.c., oltre ad essere meramente strutturale-procedurale, presuppone che le parti godano di una posizione di reciproca parità, ossia di un'astratta idoneità ad influire sull'intesa negoziale instaurata.

⁴²⁸ A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 118; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 345 ss.; U. MORELLO, *op. cit.*, p. 337; E. BETTI, E. BETTI, *op. cit.*, spec. p. 167 s.; M.C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 10 ss.

momento che, ai fini dell'efficacia di tali peculiari previsioni contrattuali richiede la loro specifica approvazione per iscritto⁴²⁹.

Per un quadro completo della disciplina è indispensabile soffermarsi sulla nozione di mera adesione, oltre che sul concetto di autoresponsabilità del contraente-aderente.

In origine l'atto di adesione era inteso come mero atto preparatorio insufficiente a dar vita ad un contratto, ritenendo che a tal fine sarebbe stata necessaria una fase precontrattuale finalizzata alla conclusione di un accordo definibile come la sintesi delle volontà dei contraenti⁴³⁰. Con l'evolversi della società e a fronte della sempre più avvertita esigenza di celerità degli scambi, tale atto è divenuto un comune mezzo di accettazione dei regolamenti contrattuali già predisposti. Così, da un lato, una parte predispone unilateralmente il programma negoziale e, dall'altro, l'aderente regola i propri interessi decidendo se aderire o meno al programma così come definito *a priori*.

Con l'accettazione delle CGC ovvero dei moduli contrattuali standardizzati, le regole negoziali ivi incluse sono destinate a normare il rapporto tra le parti non perché volute da entrambe, ma perché il destinatario ha scelto di aderirvi, nella consapevolezza che per soddisfare i propri interessi non ha altra via se non quella di accettare le clausole unilateralmente predisposte dalla controparte⁴³¹.

In tale prospettiva ci si allontana dalla visione kelseniana di democrazia normativa sorretta dall'art. 1322 c.c. in forza del quale l'autonomia sembra svolgersi nel dialogo paritario tra le parti, per addivenire all'opposto ad una sorta di dispotismo contrattuale, dominato dalla sovrana libertà della parte contrattualmente più "forte" di determinare il contenuto del contratto. Con il rapido diffondersi dell'utilizzo delle CGC si è assistito al

⁴²⁹ V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 208; A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 129 s.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 351 ss.; G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza. Il controllo giudiziale del contratto*, in *I contratti in generale*, vol. I, ID., M. BESSONE (diretto da), Torino, 1991, p. 263 s., il quale precisa che la vessatorietà delle clausole deve valutarsi prendendo come parametro la distribuzione dei rischi, benefici e svantaggi di cui il contratto è fonte.

⁴³⁰ Cfr. V. SALANDRA, *op. cit.*, pp. 411 ss., spec. p. 417, il quale si dimostra propenso al superamento della tesi sostenuta da alcuni autori francesi secondo cui i contratti di adesione non costituirebbero contratti, bensì meri atti o negozi giuridici unilaterali per mezzo dei quali l'aderente si ritrova sottomesso alla norma generale dettata dall'altro contraente; M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., pp. 347 - 382; A. PISU, *op. cit.*, p. 15.

⁴³¹ Nel tempo si è fatto ricorso anche all'istituto del fatto concludente per giustificare l'adesione della parte al regolamento contrattuale e, dunque, l'accettazione implicita delle CGC accluse, considerato che la conclusione avviene pur sempre tramite un atto diretto a esternare la volontà negoziale di adesione all'altrui proposta; cfr. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 7 s.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 180 s.; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 164 - 173, spec. p. 170 ove l'Autore si rifà al pensiero dell'illustre Stefano Rodotà secondo cui «la disciplina della proposta e dell'accettazione [...] non attiene al grado di partecipazione dei contraenti alla elaborazione del regolamento contrattuale», risultando quindi irrilevanti le concrete condizioni psichiche delle parti.

superamento del positivo confine tracciato dall'art. 1322 c.c., secondo cui le parti possono “*liberamente determinare il contenuto*” del contratto⁴³², lasciando spazio al riconoscimento della liceità di tutti quegli atti e scambi senza accordo, ancorché escludenti la negoziabilità del profilo normativo del contratto⁴³³. A riprova di ciò è utile richiamare quanto sancito dall'art. 41 Cost. in tema di libertà economica di scambio, in forza del quale l'ordinamento assicura la libertà di iniziativa economica, senza tuttavia richiedere una paritaria condizione dei contraenti coinvolti nello scambio⁴³⁴.

L'esigenza che ha condotto il legislatore all'introduzione di tale strumento, per come emerge dal primo comma, è quella di richiamare l'attenzione del soggetto aderente, dotato di un minor potere negoziale⁴³⁵, sul contenuto del regolamento contrattuale affinché possa assumere avvedute e consapevoli scelte, disponendo a tal fine che “*le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*”.

Il requisito della conoscenza o della conoscibilità delle CGC si aggiunge così a quello della dichiarazione di volontà del soggetto accettante alla quale, in forza del disposto di cui all'art. 1335 c.c., viene generalmente riconosciuta efficacia indipendentemente da una verifica dell'effettiva conoscenza del contenuto, considerato che, generalmente, tale conoscenza costituisce presupposto implicito della dichiarazione

⁴³² A conferma della liceità di tale tecnica di contrattazione si osservi, infatti, che l'art. 1322 c.c. nel definire l'autonomia contrattuale come possibilità per le parti di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge non richiede che ciascun contraente goda del “potere di fatto” di incidere sul contenuto dell'accordo, bensì ai fini del perfezionamento dell'accordo richiede che ciascuna parte abbia manifestato liberamente la propria decisione di stipulare o meno il contratto a determinate condizioni, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia stato unilateralmente o bilateralmente predisposto. Ragione per la quale deve essere smentita l'idea per cui la mancata partecipazione di tutti i contraenti alla determinazione del programma contrattuale rappresenterebbe una forma di abuso negoziale. Si veda L. MENGONI, *op. cit.*, spec. p. 19; R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Milano, 2012, pp. 535 ss.; ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., pp. 217 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. p. 303 s., il quale osserva che il limite all'autonomia individuale del contraente “debole” non può essere individuato nella precostituzione delle regole racchiuse nelle condizioni generali di contratto.

⁴³³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., spec. pp. 67 – 69, ove definisce l'atto di “accettazione” o “adesione” al regolamento negoziale più chimerico e formale che reale.

⁴³⁴ M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., p. 369; L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 1 ss.; A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 116; U. MORELLO, *op. cit.*, p. 335; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., pp. 893 - 913.

⁴³⁵ Cfr. Cass. Civ., 11 agosto 1987, n. 6886, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 8-9: «*Le disposizioni di cui agli art. 1341 e 1342 c.c., che prevedono la specifica approvazione per iscritto di determinate clausole onerose si applicano solo ai contratti per adesione o conclusi mediante moduli o formulari e non ai comuni contratti stipulati tra parti aventi il medesimo potere negoziale*».

di volontà stessa⁴³⁶. In forza di ciò, l'atto di adesione alle CGC è stato trasformato in un fatto meramente conoscitivo delle stesse, indipendentemente dal concreto apprezzamento del loro contenuto⁴³⁷.

A tale conclusione si è giunti facendo altresì leva sul principio di autoresponsabilità dell'aderente, osservando che in ordine alle clausole conoscibili ma non conosciute per carenza di diligenza vi sarebbe comunque una generica accettazione, ancorché superficiale o erronea⁴³⁸.

Viceversa, nella prospettiva del contraente predisponente, ai fini del soddisfacimento del presupposto della conoscibilità⁴³⁹ è sufficiente che le CGC siano potenzialmente idonee per costituire oggetto di conoscenza della parte aderente secondo criteri oggettivi, ossia avendo sempre riguardo alle circostanze concrete del singolo

⁴³⁶ In caso di accettazione delle CGC, l'incontro dei consensi non sembrerebbe presupporre la necessaria ed effettiva conoscenza da parte dell'aderente del contenuto delle condizioni stesse, essendo sufficiente che queste siano per lui conoscibili. Cfr. G. CAPO, *op. cit.*, pp. 220 - 225; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 343 e 345 ss.; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., spec. p. 78; G. CAPO, *op. cit.*, p. 175 s.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 79; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 208 s.; A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., negando l'equiparazione tra mancata conoscenza e non accettazione delle CGC, l'Autore osserva che ai sensi del primo comma dell'art. 1341 c.c., benché non vi sia stata una concreta presa d'atto del contenuto negoziale, si può comunque rinvenire una volontà indiretta della parte di far proprie le regole del contratto unilateralmente predisposte; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 183 s., ove l'Autore osserva che "secondo una corretta ricostruzione dell'art. 1341 i) comma c.c., alla «ordinaria diligenza» deve infatti assegnarsi il ruolo (non di *fonte*, ma) di semplice *misura* di un «dovere di conoscere» (le condizioni generali) che ripete altrove la propria origine, necessariamente traendola da un fatto diverso dalla mera possibilità materiale di conoscenza". In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 23 aprile 1981, n. 2403, in *Foro it.*, vol. 106, I, 1983, 201.

⁴³⁷ G. MINUNNO, *Formalizzazione del contratto, autonomia e contrattazione standardizzata*, cit., p. 353 s., il quale osserva che secondo la c.d. teoria normativa, le CGC sono dotate della forza di un vero e proprio comando giuridico; M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., p. 372 e 375: la conoscibilità costituisce una qualità intrinseca delle condizioni generali le quali, per l'appunto, devono essere conoscibili per il loro destinatario, indipendentemente da ogni contegno assunto da quest'ultimo.

⁴³⁸ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 173, ove l'Autore osserva che «la conoscibilità non può essere equiparata ad una conoscenza presunta, né l'effetto vincolante delle condizioni generali conoscibili può essere giustificato in base ad una presunzione di consenso dell'altro contraente»

⁴³⁹ Conoscibilità che, in ipotesi di moduli o formulari, è da intendersi in termini di comprensibilità del contenuto delle clausole ivi contenute e non di mera conoscenza dell'esistenza delle stesse (V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 173 - 188). Cfr. A. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, P. CENDON (a cura di), II, Milano, 1994, pp. 679 ss.; C. ANGELICI, *op. cit.*, pp. 192 ss., il quale osserva che il recupero del requisito formale della volontà avviene tramite la specifica approvazione per iscritto delle clausole in grado di generare uno squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti, di conseguenza tali clausole non possono dirsi strumento di limitazione della libertà negoziale altrui; di diverso avviso, invece, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., pp.7 ss., il quale ricorda che il requisito della mera conoscibilità, che va tenuta ben distinta dall'effettiva conoscenza del contenuto della clausola negoziale, non esclude automaticamente la sussistenza della volontà, intesa quale consenso, della controparte contrattuale, poiché nel momento in cui viene accettato il regolamento contrattuale così come predisposto unilateralmente vi è comunque volontà negoziale, benché possa non esserci l'effettiva conoscenza del contenuto; cfr. anche E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 45.

caso. Da ciò deriva che per l'accertamento della conoscibilità delle CGC nei rapporti B2b è sufficiente che il predisponente dimostri che l'aderente avrebbe dovuto e potuto conoscere il contenuto delle clausole attraverso l'impiego di una diligenza non superiore a quella ordinaria, tenuto conto del tipo di operazione economica realizzata e della natura dell'attività esercitata⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ In ordine agli effetti conseguenti all'attuazione del controllo formale qui visto, la dottrina si è interrogata su quale sia la sorte del contratto allorché il contraente predisponente il regolamento contrattuale non abbia reso conoscibili all'altra parte il contenuto delle condizioni generali di contratto o comunque la parte aderente non abbia apposto una specifica sottoscrizione in accettazione delle clausole onerose. In un caso, ne potrebbe essere travolta l'efficacia dell'intero contratto sull'assunto che la conoscibilità sostituisce la conoscenza effettiva del regolamento generalmente richiesta ai fini del perfezionamento, con la conseguenza che la non conoscibilità determina il venir meno dell'elemento volitivo dell'intero contratto (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., spec. p. 172 s; E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 45.). Una simile equiparazione degli effetti conseguenti alla mancata conoscibilità ed alla mancata conoscenza costituisce tuttavia una mera finzione giuridica, dal momento che la non conoscibilità non determina *ex se* la perdita di efficacia dell'intero negozio giuridico. Tale conclusione troverebbe conferma nel testo dell'art. 1341 c.c. il quale, al primo comma, tratta dell'efficacia delle CGC e non dell'intero contratto, mentre, al secondo comma, dei requisiti di validità ed efficacia delle singole clausole onerose, implicitamente escludendo che l'intero negozio possa perdere efficacia in caso di mancata doppia sottoscrizione di queste ultime. Un ulteriore limite all'estensibilità dell'inefficacia ovvero della nullità all'intero regolamento in ipotesi di mancata approvazione specifica delle clausole onerose è stato rinvenuto nel fatto che l'applicazione dell'istituto della nullità parziale *ex art. 1419 i)* comma c.c. delle singole clausole, con effetti invalidanti per l'intero contratto, presuppone il concorso della volontà delle parti nella redazione del regolamento contrattuale; requisito, quest'ultimo, del tutto assente in ipotesi di contratti unilateralmente predisposti e, dunque, anche di clausole onerose non specificamente sottoscritte. Per tali motivi, la soluzione più efficace e sistematicamente coerente sarebbe quella di limitare l'applicazione della nullità alle sole previsioni contrattuali per cui è stata espressamente prevista, scongiurando che tale sanzione possa colpire l'intero regolamento, con conseguenze talvolta pregiudizievoli ad esclusivo detrimento per la parte aderente alla cui protezione dovrebbe essere invece volto il sistema⁴⁴⁰. In ragione, quindi, delle perplessità emerse circa la possibilità che il contratto possa essere travolto integralmente dalla forza espansiva della nullità che affligge la clausola onerosa, si è riflettuto sull'opportunità di considerare solo inefficaci e non nulle le clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto (in giurisprudenza si veda Trib. Torino, Sez. spec. Impr., 6 giugno 2017, n. 2952, in *Giur. comm.*, 2019, 4, II, 828, secondo cui «nell'ambito di un rapporto di subfornitura, non può dichiararsi la nullità ma unicamente l'inefficacia delle clausole facenti parte di condizioni generali di contratto non accettate, o superate da altre successive, o di natura vessatoria e non specificamente approvate per iscritto, nonché l'inapplicabilità delle clausole specificamente contrastanti con la legge 18 giugno 1998, n. 192»; a commento della sentenza si veda B. CALABRESE, *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2019, pp. 840 ss.). Così facendo, com'è secondo una soluzione più logica e giuridicamente corretta in una prospettiva di conservazione del contratto, la sanzione dell'inefficacia impedirebbe alla previsione contrattuale squilibrata di costituire parte del negozio ed escluderebbe l'applicazione dell'art. 1419 c.c., lasciando in vita il contratto depurato dalle CGC non rese conoscibili o dalle singole clausole vessatorie per le quali non sia stato rispettato lo specifico requisito di forma (si tratta di una tesi che ha raccolto molti consensi: G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 128; G. PANZA, *Autonomia contrattuale e iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Roma-Bari, 1976, pp. 368 - 381; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pp. 11 ss. Di diverso avviso R. QUADRI, *op. cit.*, pp. 1143 - 1198; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, p. 414, secondo cui «tra le diverse tecniche rimediali, la nullità appare, quanto meno in linea astratta, coesistente soprattutto a una funzione di conservazione, mentre la inefficacia sembrerebbe meglio adattarsi alla composizione di

Delineato il controllo formale di cui al primo comma dell'art. 1341 c.c., occorre chiarire se tale regola è sufficiente per garantire una reale ed effettiva protezione all'impresa "debole" aderente.

Parte della dottrina ha rilevato come l'art. 1341 i) comma c.c., in ragione della sufficienza del requisito della conoscibilità delle CGC e dell'onere di diligenza posto in capo all'aderente, costituisce una norma innegabilmente di favore per il predisponente il regolamento contrattuale, idonea ad accentuarne i poteri e la forza negoziale⁴⁴¹. Giova tuttavia considerare che, ancorché la disciplina di cui alle CGC sia più gravosa per l'aderente rispetto al disposto di cui all'art. 1335 c.c., l'art. 1341 i) comma c.c. regola il conflitto di interessi tra le parti nel caso in cui l'aderente non conosca l'esistenza e/o il contenuto delle CGC, mentre l'art. 1335 c.c. si limita a disciplinare la presunzione di conoscenza della proposta e dell'accettazione, senza considerare se il destinatario della dichiarazione possa ritenersi vincolato al contenuto negoziale da lui ignorato.

Con il secondo comma dell'art. 1341 c.c. in tema di accettazione delle clausole vessatorie o onerose il legislatore ha subordinato la loro efficacia al mero requisito di forma della c.d. specifica sottoscrizione⁴⁴², salvo il caso in cui le stesse siano state

interessi conflittuali o potenzialmente confliggenti quali indotti da una società postindustriale e di mercato in continua trasformazione»).

⁴⁴¹ Si veda V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., spec. p. 210; G. MINUNNO, *Formalizzazione del contratto, autonomia e contrattazione standardizzata*, cit., p. 359 s.; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 903.

⁴⁴² Per un approfondimento si rinvia a S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., pp. 208 ss., ove l'Autore, richiamando la più autorevole giurisprudenza sul punto, ricorda che l'elencazione delle clausole onerose di cui al secondo comma è puramente esemplificativa; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., pp. 1 - 55; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, ID., S. PAGLIANTINI (a cura di), II ed., Torino, 2015, pp. 39 - 43, ove osserva che in ipotesi di utilizzo di CGC la derogabilità del diritto dispositivo cessa di essere incondizionata e viene subordinata alla condizione che tali previsioni contrattuali non determinino un significativo (in ipotesi di rapporti B2C) o un eccessivo (nelle relazioni B2b) squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti. In altre parole, il «il diritto dispositivo continua ad essere un diritto "derogabile" (anche per decisione unilaterale), ma solo sino al punto in cui la deroga non comporti una (notevole) alterazione di quell'equilibrata composizione degli interessi dei contraenti» (p. 41). Un'ulteriore questione interpretativa insorta in ordine al secondo comma dell'art. 1341 c.c. concerne la qualificazione dell'elenco delle clausole onerose come tassativo ovvero esemplificativo. Con l'entrata in vigore del Codice civile, l'opinione dominante sosteneva che tale elencazione fosse tassativa, per cui ogni sua applicazione in via analogica sarebbe stata preclusa. Secondo tale visione, quindi, l'interprete non avrebbe potuto riconoscere efficacia a qualsivoglia clausola onerosa semplicemente subordinandola alla sua specifica approvazione per iscritto (in tal senso si v. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., spec. p. 352, secondo cui l'inapplicabilità dell'analogia è giustificata dall'eccezionalità della norma la quale impone uno specifico e particolare onere formale in deroga alla regola generale della libertà di forma; U. MORELLO, *op. cit.*, p. 339, il quale ha osservato che l'elenco di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c.

oggetto di discussione e trattativa tra le parti, anziché di unilaterale formulazione⁴⁴³. A nulla rileva il fatto che il contratto si sia perfezionato a seguito di più o meno complesse attività prenegoziali poiché, in ogni caso, ai fini dell'efficacia delle clausole onerose è indispensabile che queste siano state oggetto di trattative oppure che siano state specificamente approvate per iscritto dal soggetto aderente⁴⁴⁴.

Alla luce di quanto detto, è evidente come la soluzione legislativa dettata dall'art. 1341 c.c. abbia lasciato alcuni dubbi irrisolti. Invero, benché il Codice civile italiano del 1942 sia stato percepito a livello comunitario come il primo codice moderno capace di regolamentare la nuova prassi della contrattazione di massa, nella pratica ha deluso le aspettative di numerosi giuristi, speranzosi nell'introduzione di strumenti idonei a garantire un controllo di tipo sostanziale sul contenuto del contratto B2b⁴⁴⁵. Ragione per

sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva, ma non di estensione analogica; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 302). In senso opposto, l'opinione ad oggi dominante, interpretando in via estensiva la *ratio legis* sottesa all'art. 1341 c.c., ammette un'applicazione più ampia della norma a favore di tutte quelle clausole che presentino un carattere di onerosità, in termini di squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti a discapito dell'aderente e con conseguente vantaggio per il predisponente (*ex multis* v. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 354 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, G. GROSSO, F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), vol. IV, tomo II, III ed., Milano, 1972; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 2001, pp. 669-790).

⁴⁴³È necessario precisare che l'uso di formulari non è di per sé indicativo della sussistenza di un contratto per adesione e, dunque, preclusivo delle trattative. Difatti, vi sono casi in cui il contratto si compone sia di clausole standardizzate accluse del modulo per le quali vigono i principi di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., che di clausole negoziate che, comunque, non escludono la necessità di sottoscrivere per accettazione le prime. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Vita not.*, 1982, 743; Cass. Civ., 25 maggio 2020, n. 9738, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, in occasione della quale la Suprema Corte ha affermato che la necessità dell'approvazione scritta delle clausole vessatorie è esclusa solo se la conclusione del contratto sia stata preceduta da una trattativa che abbia avuto ad oggetto specificamente le clausole che necessiterebbero altrimenti di un'autonoma sottoscrizione, mentre la sottoscrizione resta indispensabile per le clausole a contenuto vessatorio alle quali la parte abbia aderito senza alcuna discussione. In tema di clausole abusive non oggetto di trattativa individuale nella prospettiva del diritto europeo si rinvia a C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 295 – 301; A. LAMORGESE, *op. cit.*, pp. 511 ss.

⁴⁴⁴Tale requisito formale si desume agevolmente dal tenore letterale del comma in oggetto ove il legislatore, utilizzando l'inciso "in ogni caso" ad introduzione della norma, ha inteso rimarcare la distinzione rispetto al primo comma dell'art. 1341 c.c., ossia l'irrelevanza della conoscenza effettiva o della conoscibilità delle clausole vessatorie, allorché queste non siano state oggetto di specifica sottoscrizione. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 12 ottobre 2016, n. 20606, in *Giust. civ. Mass.*, 2016: «l'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'art. 1341 c.c. [...] richiede, oltre alla sottoscrizione separata, la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del contraente debole sul significato delle clausole, a lui sfavorevoli, comprese tra quelle specificamente approvate»; relativamente alla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e alla legittimazione del soggetto a farne valere l'eventuale mancanza si vedano Cass. Civ., 30 ottobre 2020, n. 27320, in *Giust. civ. Mass.*, 2021 e Cass. Civ., 21 agosto 2017, n. 20205, *ivi*, 2017.

⁴⁴⁵B. INZITARI, *op. cit.*, spec. p. 323; G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza. Il controllo giudiziale del contratto*, cit., pp. 258 ss., il quale osserva che per una corretta disamina del controllo previsto dal Codice civile sui contratti di massa, è utile soffermarsi sui singoli settori economici che

cui in dottrina⁴⁴⁶ è questione discussa se la norma di cui all'art. 1341 c.c. possa trovare applicazione anche oltre i confini tracciati dal tenore letterale, ammettendo implicitamente anche un controllo di natura sostanziale sul contenuto delle CGC, senz'altro più adeguato alla luce dell'attuale realtà economico-sociale.

3.3.2 La diffusione di modelli contrattuali uniformi: gli effetti della contrattazione standardizzata nei rapporti B2b

Lo studio dei rapporti commerciali B2b richiede un approfondimento degli effetti anticoncorrenziali che l'utilizzo dei c.d. *standard forms*, predisposti per disciplinare in maniera uniforme i rapporti contrattuali della stessa specie, può avere in termini di incidenza sugli equilibri economico-normativi a discapito dell'impresa "debole".

L'impiego sempre più costante delle CGC e la conclusione di contratti per mezzo di moduli o formulari, quali strumenti di normazione destinati a regolamentare interi comparti di mercato⁴⁴⁷, rappresentano le principali testimonianze dell'avvenuta commercializzazione del diritto contrattuale e dell'oggettivazione degli scambi commerciali. Prassi, quest'ultima, che ha inevitabilmente decretato la fine del dialogo negoziale ed ha eliso il nesso sussistente tra il contratto e l'accordo, comprimendo la libertà contrattuale dell'aderente nella determinazione del contenuto del regolamento contrattuale⁴⁴⁸, il quale può solo decidere se "prendere o lasciare" l'offerta negoziale così come predisposta (fenomeno noto come "*take it or leave it*")⁴⁴⁹.

avvertono esigenze diverse, per i quali, dunque, si rende necessaria la progettazione di interventi sostanziali differenziati ed elaborati *ad hoc*.

⁴⁴⁶ Per un approfondimento si rinvia a A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 121 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 345 ss. In giurisprudenza si rinvia a Cass. Civ., 22 maggio 1986, n. 3407, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 418, in occasione della quale la Suprema Corte ha sancito che l'insussistenza di una situazione di debolezza economica dell'aderente alle condizioni generali di contratto non può condurre a disapplicare la disposizione dell'art. 1341 c.c. essendo quest'ultima volta a garantire la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose inserite nelle condizioni generali di contratto.

⁴⁴⁷ A. BREGOLI, *op. cit.*, p. 142; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pp. 171 - 180, il quale osserva che i contratti di serie si contrappongono ai contratti isolati ossia frutto di trattative intercorse tra le parti; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 128, in cui l'Autore ribadisce che alle tecniche di contrattazione uniforme può attribuirsi valore normativo esclusivamente in un'accezione atecnica e figurata.

⁴⁴⁸ In dottrina è stato osservato che il contratto in serie non costituisce più una modalità di espressione dell'autonomia contrattuale delle parti ma, anzi, tende ad assumere i caratteri propri della legge, vincolante per i suoi destinatari non appena questi siano posti nelle condizioni per conoscerne il contenuto. In tal senso F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 174; F. DI MARZIO, *Contratti*

Il sempre più diffuso utilizzo di tecniche di contrattazione automatizzate e volte ad uniformare la regolamentazione giuridica dei rapporti ha soverchiato il momento di effettivo confronto tra i contraenti nella fase prenegoziale, ad esclusivo discapito della parte aderente, concentrando unicamente la dialettica negoziale sul modello predisposizione-adesione agli *standard forms*⁴⁵⁰.

In relazione al rapporto intercorrente tra l'istituto delle CGC di cui all'art. 1341 c.c. ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari di cui all'art. 1342 c.c.⁴⁵¹, tali modalità e strumenti di contrattazione appaiono tra loro - quantomeno apparentemente - indistinguibili⁴⁵². I due fenomeni sono infatti destinati a sovrapporsi dal momento che,

d'impresa, cit., pp. 325 ss.; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 840 s. e pp. 864 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 35 s.; V. ROPPO, *Le restrizioni della libertà contrattuale*, cit., p. 320.

⁴⁴⁹ V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 29 - 48; V. RIZZO, *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), Napoli, 2004; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, V. ROPPO (diretto da), II, *Regolamento*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2006, pp. 357 ss.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 10 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 37 - 30; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., pp. 665 ss. Sul punto si veda anche F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1936, spec. pp. 34 ss.: l'Autore osserva che, comunque, finché l'aderente è libero di decidere se stipulare o meno il contratto è irrilevante il fatto che la manifestazione di volontà sia più o meno libera ai fini della giuridica esistenza del contratto.

⁴⁵⁰ Cfr. G. CAPO, *op. cit.*, spec. pp. 99 - 101 e 173, il quale, richiamando anche quanto sostenuto da Galgano, precisa che l'omogeneità di disciplina dei rapporti contrattuali di impresa costituisce la concretizzazione della capacità dei *mercatores* di incidere sul panorama giuridico anche in mancanza di ogni mediazione del potere politico; N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 - 364; G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 1998, pp. 525 - 533; S. BASTIANON, *op. cit.*, p. 56, il quale osserva che l'apertura dell'istituto delle CGC alle logiche concorrenziali postula il raggiungimento di un difficile equilibrio tra la tutela dell'autonomia privata riconosciuta all'impresa nella determinazione del regolamento contrattuale e della tutela dell'autonomia negoziale dell'altro contraente. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 15 aprile 2015, n. 7605, in *Dir. & Giust.*, 2015: «*In base al testo dell'art. 1341 c.c., un contratto è qualificabile "per adesione" solo quando sia destinato a regolare una serie indefinita di rapporti e sia stato predisposto unilateralmente da un contraente. Perciò, questa ipotesi non ricorre se risulta che il negozio sia stato concluso mediante trattative intercorse tra le parti*».

⁴⁵¹ L'art. 1342 c.c. racchiude due differenti regole: il primo comma introduce uno strumento di risoluzione di un problema interpretativo, mentre il secondo comma mira ad impedire che attraverso la sottoscrizione di formulari vengano tacitamente ed implicitamente accettate anche le clausole vessatorie eventualmente in essi contenute, per le quali, viceversa, vige comunque il requisito formale di cui all'art. 1341 ii) comma c.c. Ne consegue che, laddove il modulo standardizzato si componga di CGC che includano clausole squilibrate o onerose, il formulario stesso costituisce il documento sul quale l'aderente può apporre la sua firma per accettazione, tanto delle clausole eventualmente negoziate, quanto - con doppia e specifica sottoscrizione - delle clausole vessatorie (cfr. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 673; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 91).

⁴⁵² M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., p. 348; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 787 - 823, ove l'Autore osserva che, in un tale contesto, l'asimmetria informativa tra i paciscenti può definirsi strutturale, indipendentemente dal fatto che l'aderente ai moduli standardizzati o alle CGC agisca in qualità di consumatore ovvero di imprenditore o professionista, poiché tale asimmetria è insita nel procedimento stesso di formazione dell'accordo; la differenza sostanziale, allora, tra i contratti B2C e

nella pratica, i moduli o formulari redatti attraverso la previsione di CGC vengono utilizzati dalle imprese per regolamentare una pluralità di rapporti commerciali uniformi.

Al contempo, però, l'utilizzo dei c.d. *standard forms* non presuppone automaticamente né il ricorso all'istituto delle CGC, le quali viceversa possono trovare spazio anche nell'ambito di contratti individuali che siano stati oggetto di trattative, né l'impiego di clausole inique o vessatorie *ex art. 1341 ii) comma c.c.*

In un mercato e in un'economia globalizzata caratterizzata dalla tipizzazione e dalla standardizzazione degli scambi è di grande utilità per le imprese la possibilità di uniformare i rapporti commerciali⁴⁵³, sia da un punto di vista strategico-organizzativo, che economico⁴⁵⁴: da un lato, consentendo la previsione e il calcolo anticipato delle singole voci attive e/o passive che andranno a comporre il bilancio di impresa e, dall'altro, permettendo la razionalizzazione strategica della gestione dell'attività di impresa⁴⁵⁵.

B2b si rinviene nella diversa intensità quantitativa della disinformazione del soggetto aderente; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., spec. p. 139; A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 123 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit.; ID., *I contratti per adesione e l'art. 1341*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 1, 1954, pp. 776 ss. Di diverso avviso si evidenziano V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 c.c.*, in *Foro it.*, 1949, IV, pp. 39 ss.; U. MORELLO, *op. cit.*, p. 342. Anche in giurisprudenza si è sostenuto che la normativa delle CGC non possa trovare applicazione in ipotesi di contratti per uso individuale: in tal senso Cass. Civ., 15 giugno 1979, n. 3373, in *Giur. it.*, 1980, I, 1.

⁴⁵³ Difatti, le imprese di grandi dimensioni operanti sul mercato avvalendosi dei contratti per adesione o in serie riescono a preventivare e conoscere in anticipo sia i prezzi che le condizioni contrattuali di vendita, acquisto e/o fornitura; *ex multis*: A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit.; ID., *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 182 - 184; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., spec. p. 172; V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, cit., p. 70 s. Per un approfondimento sugli effetti della contrattazione per *standards* sul grado di concorrenzialità del mercato si rinvia a V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 25 ss. e 56 ss., il quale osserva che, benché nella prassi commerciale l'uso delle CGC coinvolge in prima battuta le imprese di grandi dimensioni, ciò non toglie che gli effetti connessi all'utilizzo di modelli contrattuali standardizzati, generalmente, non mutano a seconda delle dimensioni dell'impresa che si avvale di tale strumento negoziale. Sul punto non si può però negare che quanto maggiore è la dimensione dell'impresa e della sua attività, tanto più agevole ed effettiva dovrebbe essere la conoscenza delle CGC utilizzate dall'imprenditore negli affari commerciali; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., spec. p. 177: l'Autore afferma che negare alle imprese la possibilità di formulare offerte, anche standardizzate, sulla base di clausole studiate, congegnate e predisposte sulla base delle rispettive organizzazioni e ambizioni commerciali, significherebbe compromettere i principi di libertà contrattuale e di libertà di iniziativa economica.

⁴⁵⁴ In una prospettiva economico-politica, è utile chiedersi se una riduzione dei prezzi dei beni e dei servizi offerti possa costituire per l'aderente un'equa e bilanciata contropartita agli squilibri normativi scaturenti dal contratto, in termini di disequilibrio dei diritti e obblighi tra le parti.

⁴⁵⁵ Cfr. V. ROPPO, *Le restrizioni della libertà contrattuale*, cit., pp. 317 - 319; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 51.

Trovando l'utilizzo delle CGC e dei contratti standardizzati la principale area di diffusione nei rapporti B2b⁴⁵⁶, quale tipica modalità di manifestazione dell'esercizio dell'imperio economico, studiare tali istituti significa indagare anche l'attività di impresa dal punto di vista della strategia di mercato⁴⁵⁷.

La regolamentazione uniforme degli affari imprenditoriali riserva però una serie di vantaggi e svantaggi non trascurabili: difatti, benché costituisca un agevole e versatile mezzo di negoziazione in grado di fornire criteri uniformi di valutazione, interpretazione ed attuazione dell'affare, oltre che un utile mezzo per la riduzione dei c.d. *costs of bargaining*, al contempo implica lo svilimento del potere negoziale dell'impresa aderente⁴⁵⁸.

Valorizzando i benefici connessi all'utilizzo delle CGC e degli *standard forms*, emerge come tale pratica negoziale trova la sua principale giustificazione nell'esigenza comune alle imprese, soprattutto di grandi dimensioni e dotate di una considerevole forza contrattuale, di ridurre i costi connessi alle trattative, di garantire la certezza e l'uniformità delle condizioni di scambio, nonché la celerità dei tempi di negoziazione. Giova, infatti, osservare che se ciascun rapporto negoziale venisse studiato e negoziato *ad hoc* tra le parti, con necessità di interpretazione ed esecuzione autonoma, non solo si verificherebbe un incremento dei contenziosi, ma le controparti finirebbero con il pagare l'illusorio vantaggio di una maggior autonomia negoziale, contro un sensibile

⁴⁵⁶ L'inarrestabile impiego delle CGC ha dato vita a veri e propri modelli autoritativi di organizzazione dei rapporti privati, in grado di esaltare specialmente l'operato dell'impresa, oltre che la sua presenza sul mercato. Cfr. M. DE POLI, *op. cit.*, spec. p. 30 s.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 157 ss.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 5 s.; Cfr. V. ROPPO, *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, cit., p. 541; ID., *Le restrizioni della libertà contrattuale*, cit., pp. 315 - 321; ID., *Contratti Standard*, cit., p. 25 s. e 90, ove l'Autore osserva come il fenomeno degli *standard forms* è approdato nel sistema di *common law* nord-americano affermandosi come esercizio di un autentico *lawmaking power*.

⁴⁵⁷ In dottrina si vedano anche N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 2015, pp. 11 - 22; ID., *Scambi senza accordo*, cit., pp. 347-364; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit. pp. 47 ss.; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., spec. p. 28 e 109; G. MINUNNO, *Formalizzazione del contratto, autonomia e contrattazione standardizzata*, cit., pp. 350 - 353; L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 105, secondo cui con l'affermarsi della contrattazione standardizzata si è assistito al passaggio dal paradigma dello scambio protoborghese fondato sull'eguaglianza formale dei paciscenti, a quello neocapitalistico, imperiano sulla strutturale preminenza di sola una delle due parti.

⁴⁵⁸ Il sempre più frequente impiego dei contratti per adesione ha, infatti, generato ampi dibattiti dottrinali circa la reale sussistenza di un "accordo" tra le parti, per come richiesto ai sensi dell'art. 1325 c.c. In questa prospettiva, si è osservato che per "controllo del consenso" nei contratti standardizzati deve escludersi un vero e proprio accertamento del c.d. *meeting of minds*, costituendo in realtà il controllo una mera verifica del procedimento che ha condotto l'aderente a manifestare la propria accettazione al regolamento contrattuale unilateralmente predisposto (cfr. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit. spec. p. 172 s. e 214).

aumento dei prezzi⁴⁵⁹. Per di più, tale approccio negoziale comporterebbe una vera e propria discriminazione tra i contraenti interessati all'offerta commerciale, dal momento che l'impresa contrattualmente "dominante" si mostrerebbe disponibile a concedere condizioni più favorevoli alle imprese meno remissive, a discapito dei contraenti dotati di una minor forza contrattuale.

Si aggiunga, peraltro, che l'utilizzo degli *standard forms* costituisce un importante strumento in grado di assicurare la trasparenza delle condizioni normative offerte dalla singola impresa sul mercato. Non per nulla, la prassi commerciale connessa alla diffusione degli *standard forms* è stata definita come un vero e proprio strumento attraverso cui l'imprenditore si precostituisce la prova della conoscibilità delle CGC accluse nei moduli standardizzati⁴⁶⁰.

Da tale uniformità normativa del contratto discende che il carattere concorrenziale della singola impresa è destinato a focalizzarsi sul piano delle condizioni economiche da quest'ultima offerte⁴⁶¹, tenuto conto che all'impiego di CGC uniformi per le quali l'impresa va esente dai *costs of bargaining*⁴⁶² dovrebbe conseguire una proporzionale riduzione dei prezzi unitari dei beni e servizi offerti.

Sarebbe allora utile domandarsi se la trasparenza dell'offerta e una sensibile riduzione dei prezzi possa giustificare, quale contropartita, l'imposizione di condizioni

⁴⁵⁹ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 178 s.; G. CAPO, *op. cit.*, spec. p. 177; V. ROPPO, *Contratti Standard*, cit., pp. 29 - 45 e pp. 66 - 71, il quale osserva che «nella misura in cui costituiscono vero e proprio coefficiente dei costi d'impresa, le condizioni generali di contratto si pongono altresì come elemento rilevante per la determinazione del prezzo unitario di beni e servizi» e ciò trova conferma nel fatto che tra le clausole uniformi e la misura del corrispettivo dovuto all'impresa che di tali clausole si avvale sussiste una stretta connessione che si riflette a beneficio degli utenti finali sulla riduzione dei prezzi unitari, sulla base dell'assunto per cui la riduzione dei prezzi è volta a compensare "monetariamente" gli svantaggi sofferti per l'operare delle clausole onerose; si noti, tuttavia, che dovendo tale equilibrio risultare giuridicamente apprezzabile, la c.d. *choice of rates* non può giustificare e legittimare clausole di esonero di responsabilità meritevoli di censura, come allorquando siano contrarie alle norme di ordine pubblico.

⁴⁶⁰ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., spec. p. 183; A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 171 ove l'Autore osserva che nella disciplina delle clausole vessatorie, introdotta a tutela del consumatore, sarebbe racchiuso un principio generale di tutela dell'aderente.

⁴⁶¹ Cfr. M. NUZZO, *op. cit.*, p. 112 s., il quale osserva che il calcolo economico su cui si fonda la determinazione della controprestazione si basa sulla riduzione dei costi e dei rischi realizzabile per mezzo dell'introduzione del regolamento contrattuale delle CGC unilateralmente predisposte.

⁴⁶² Sul punto si v. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 108; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 100 - 102, il quale sottolinea che il problema connesso alla gestione dei rischi derivanti dall'esercizio di un'attività economica, cui l'imprenditore fa fronte mediante la previsione di condizioni contrattuali onerose, può essere agevolmente sormontato attraverso un'opera di razionalizzazione del sistema, ossia inducendo l'impresa ad assicurarsi contro i rischi d'impresa attraverso la distribuzione dei relativi costi tra i beni prodotti o i servizi resi e, dunque, tra i vari utenti finali.

standardizzate inique ed il conseguente depotenziamento della posizione di mercato dell'impresa aderente.

Per ora si può ritenere che, essendo pacifico che la redazione unilaterale e uniforme del regolamento contrattuale non si pone in conflitto con il libero esercizio dell'autonomia contrattuale garantita dall'art. 1322 c.c., il legislatore per mezzo degli artt. 1341 e 1342 c.c. ha implicitamente inteso legittimare, pur sempre nel rispetto dei principi di solidarietà e correttezza, la sostanziale disparità di potere negoziale tra i contraenti, plausibilmente nell'intento di agevolare la pianificazione dell'attività di impresa, sia in termini temporali che economici⁴⁶³.

3.3.3 Quando l'utilizzo delle CGC può costituire un'ipotesi di illecito concorrenziale

L'imposizione di CGC arbitrariamente onerose o discriminatorie per la parte aderente, tanto da un punto di vista normativo in termini di diritti ed obblighi, quanto economico, costituisce la pratica negoziale che più nuoce all'efficienza e alla concorrenzialità del mercato.

Il punto di partenza dell'indagine deve prendere le mosse dalla disamina del rapporto di dipendenza economica eventualmente sussistente tra i paciscenti, oltre che dall'individuazione del mercato rilevante nel quale opera l'impresa egemone il singolo rapporto negoziale⁴⁶⁴ per accertare se nel singolo caso di specie l'impresa goda di un

⁴⁶³ Si veda A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 51; V. ROPPO, *Le restrizioni della libertà contrattuale*, cit., p. 317.

⁴⁶⁴ La definizione di "mercato rilevante" è offerta dalla Commissione europea nella comunicazione 97/C 372/03, in GU, C-372 del 9 dicembre 1997: «*Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*». Si veda anche Cass. Civ., 12 novembre 2019, n. 29237, cit.: «*In tema di abuso di posizione dominante, la definizione del "mercato rilevante" costituisce una operazione preliminare per l'accertamento dell'illecito concorrenziale, da effettuare dando applicazione ai principi vigenti nell'Unione europea che informano le norme nazionali in materia di concorrenza, tenendo conto del grado di sostituibilità della domanda (ed eventualmente dell'offerta), in presenza di beni e servizi intercambiabili dal consumatore in ragione dei prezzi e delle caratteristiche oltre che delle sue abitudini e tendenze, con riferimento ad una determinata area geografica nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee*». Il mercato rilevante può quindi essere definito come il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica, etc.) nel cui ambito può generarsi un significativo grado di potere di mercato – AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Per un approfondimento si v. G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Direzione Studi Economici e Giuridici, Autorità garante

elevato potere di mercato tale da consentirle di ostacolare la concorrenza effettiva e da attribuirle una c.d. posizione dominante⁴⁶⁵.

Numerose norme, soprattutto di derivazione comunitaria, sono volte a regolamentare i rapporti tra imprese improntati a logiche asimmetriche allo scopo di garantire o comunque ridefinire gli equilibri economici e normativi dei contratti B2b⁴⁶⁶.

L'art. 3 della legge n. 287/1990 sulla tutela della concorrenza e del mercato, come visto, non vieta di per sé l'acquisizione di una posizione dominante, ma proibisce e sanziona l'esercizio abusivo di tale posizione finalizzato a trarre un profitto ingiusto, a discapito delle imprese potenzialmente concorrenti⁴⁶⁷. Motivo per cui, per indagare la legittimità e l'equità delle CGC, l'attenzione deve essere posta sulla condotta assunta dall'impresa "dominante" nei confronti di quella "debole", con la conseguenza che l'abuso non può essere escluso *a priori* semplicemente allorché la sproporzione delle

della concorrenza e del mercato, 1995; ID. (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, pp. 1-55; G. BRUZZONE, A. CARDANI, F. CORNELLI, M. POLO, *op. cit.*, pp. 204 - 230; G. CRESCI, *op. cit.*, pp. 400 - 404; A. PERA, *op. cit.*, pp. 21 - 25; M. BARELA, *Abuso di posizione dominante e assenza di dominio: il caso Ryanair*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2020, spec. p. 39, secondo la quale il criterio più accreditato per individuare lo spazio giuridico-economico rilevante è quello della c.d. sostituibilità del bene, in forza del quale nel mercato rilevante verrebbero scambiati beni o servizi tra loro fungibili e destinati a soddisfare il medesimo bisogno.

⁴⁶⁵ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 245, il quale definisce tale condizione come una posizione di forza negoziale tale da poter impedire la sussistenza di una reale concorrenza; V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss.; G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, pp. 133 ss. e C. SELVAGGI, *op. cit.*, pp. 3 ss. per uno studio degli indici di valutazione del potere e della quota di mercato detenuta dall'impresa.

⁴⁶⁶ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 3027 s., ove si afferma che il giudice, al fine di valutare e ridisegnare l'equilibrio del contratto tra imprese, è tenuto a verificare se l'accordo è gravemente iniquo o se abbia come obiettivo quello di procurare alla parte contrattuale più "forte" liquidità aggiuntiva a spese della controparte negoziale.

⁴⁶⁷ Le ragioni economiche poste a fondamento di tale divieto, dunque, si rinvencono negli effetti negativi arrecati in termini di efficienza allocativa, tipici dei mercati monopolistici. Cfr. G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, pp. 120 ss. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 18 aprile 2018, n. 9679, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 6, II, 425: «l'art. 3 della legge n. 287 del 1990, nel vietare l'abuso, non mira ad impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo questo, se mai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), bensì ad impedire che tali posizioni, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e, quindi, il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante: la posizione dominante è, dunque, abusiva (secondo la citata norma) quando viene esercitata per ostacolare l'effettiva concorrenza»; Cass. Civ., 17 maggio 2002, n. 6368, in *Danno e resp.*, 1, 2001, 44: «la norma dell'art. 3 non ha la funzione di impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio, [...] ma piuttosto di impedire che esse, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e quindi il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante».

prestazioni dedotte nel contratto sia il risultato delle trattative intercorse tra le parti ossia di una libera scelta oppure di un errato apprezzamento dell'affare concluso⁴⁶⁸.

Il problema, dunque, non si pone quando il contraente-aderente dispone di alternative soddisfacenti sul mercato, potendo quest'ultimo in tal caso rivolgere la domanda altrove per soddisfare i propri interessi e bisogni, bensì quando, in mancanza di un regime di libera concorrenza o di alterazione degli equilibri di mercato, tale possibilità gli sia preclusa.

In una prospettiva di *private enforcement*, l'imposizione di CGC manifestamente ed ingiustificatamente gravose costituisce una fattispecie di abuso di dipendenza economica *ex art. 9 Legge n. 192/1998* o di abuso di posizione dominante *ex art. 3 Legge n. 287/1990*⁴⁶⁹ - in quest'ultimo caso ove tali clausole siano accluse in moduli destinati a una pluralità di contraenti che operano nello stesso mercato rilevante⁴⁷⁰. L'obiettivo del sistema non è perciò quello di impedire all'impresa dominante di determinare il contenuto del regolamento contrattuale, bensì di impedire che il ricorso alla contrattazione standardizzata o all'utilizzo delle CGC concretizzi una forma di abuso di potere negoziale⁴⁷¹.

La posizione dominante, sia essa assoluta che relativa, attribuisce all'impresa interessata una speciale responsabilità sociale che le vieta di assumere condotte consentite invece ai suoi concorrenti e la cui violazione comporta l'assunzione di un comportamento abusivo in danno della collettività, del mercato e degli utenti ivi operanti⁴⁷².

⁴⁶⁸ Cfr. F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 351. In giurisprudenza Trib. Milano, 8 novembre 2018, n. 11316, in *DeJure*, 2016.

⁴⁶⁹ L'art. 3 della Legge *antitrust*, tra le condotte realizzabili attraverso l'imposizione di CGC squilibrate, menziona l'imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, l'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti e la subordinazione della conclusione del contratto all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano alcuna connessione con l'oggetto del contratto principale.

⁴⁷⁰ Si veda l'art. 3, lett. c) della legge *antitrust* che vieta alla parte contrattualmente forte e che goda di una posizione dominante sul mercato di applicare alla controparte, del tutto ingiustificatamente, condizioni diverse e più onerose rispetto a quanto accordato ad altre imprese simili operanti nel medesimo mercato rilevante. In particolare, i negozi abusivi, ponendosi in aperto contrasto con la Legge n. 287/1990, oltre ad essere pregiudizievoli per gli utenti finali del mercato, ossia per i consumatori, possono danneggiare anche le imprese concorrenti, costrette a stipulare contratti caratterizzate da condizioni discriminatorie o prestazioni squilibrate (cfr. G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, pp. 354 ss.).

⁴⁷¹ A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 55 - 59.

⁴⁷² In dottrina cfr. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 328; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 237 - 245; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 67 s., l'Autore qualifica la posizione dominante come la condizione ricorrente allorché l'impresa può tenere comportamenti indipendenti da quelli assunti

A titolo esemplificativo, alcune tipiche pratiche discriminatorie ed anticoncorrenziali adottate dalle imprese che rivestano una posizione dominante nel mercato consistono nella fissazione di prezzi elevati e sproporzionati rispetto alle prestazioni offerte allo scopo di impedire l'ingresso nel mercato di potenziali concorrenti e di trarne un extraprofitto, ovvero nell'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti nei rapporti commerciali con altre imprese, determinando ingiustificati squilibri in termini di concorrenza e violando così l'obbligo di parità di trattamento dettato sia dalla normativa *antitrust*, che dall'art. 2597 c.c.⁴⁷³. Infine, un'ulteriore tipica ipotesi di illecito concorrenziale per eccessiva gravosità della clausola contrattuale è rappresentata dalla omessa, incompleta o incerta indicazione del prezzo del contratto, potenzialmente idonea a generare condotte opportunistiche in danno della parte contrattualmente "debole" in ipotesi di rapporto duraturo, salvo che la singola previsione contrattuale squilibrata non trovi giustificazione in specifiche esigenze gestionali o organizzative imprenditoriali.

3.4 L'imposizione di CGC ingiustificatamente gravose o discriminatorie quale ipotesi di abuso di dipendenza economica

Venendo all'abuso negoziale *ex art. 9 Legge n. 192/1998* perpetrato per mezzo dell'imposizione di CGC gravose o discriminatorie, si vedrà come e in che termini il sistema ammette un sindacato sul regolamento contrattuale ingiustificatamente gravoso nei rapporti B2b.

L'abuso che assume rilevanza nel caso in esame, noto come *exploitative abuses*, è quello che l'impresa commercialmente "forte" realizza per mezzo dell'imposizione di CGC, del tutto o parzialmente, onerose a discapito dell'operatore economico presuntivamente "debole" il quale, versando in una condizione di debolezza economica

dagli altri concorrenti (siano essi fornitori che clienti), dal momento che la loro presenza sul mercato non è idonea a incidere sulle scelte dell'impresa dominante; L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *op. cit.*, p. 65 s., ove si osserva che tale posizione di potenza economica implica il potere per la singola impresa dominante di ostacolare la concorrenza effettiva e l'impossibilità delle imprese concorrenti, nonché dei consumatori, di assumere comportamenti indipendenti dalle decisioni assunte dall'impresa dominante.

⁴⁷³ G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 154 s.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 80 s.

in assenza di valide alternative di mercato, è disposto ad accettarle pur di non vedersi privato del rapporto commerciale.

In siffatto contesto, il legislatore ha inteso sanzionare l'imposizione di CGC discriminatorie rispetto a quelle eque e normalmente praticate con altre imprese concorrenti per rapporti commerciali analoghi⁴⁷⁴. Il giudizio, nella specie, richiede quindi di essere condotto avendo riguardo ai contratti della stessa natura conclusi tra imprese dotate di eguale potere contrattuale e commerciale ovvero ai contratti normalmente praticati di volta in volta nel settore di riferimento⁴⁷⁵.

Le condizioni contrattuali abusive o gravose cui si riferisce il secondo comma dell'art. 9 della Legge n. 192/2998 possono essere ricondotte al secondo comma dell'art. 1341 c.c. soltanto in via esemplificativa, dal momento che, accanto al controllo formale ivi previsto, la validità di tali condizioni è subordinata ad un ulteriore controllo di natura sostanziale, volto ad accertare in concreto che tali previsioni di cui si compone il singolo rapporto, ancorché economicamente squilibrate, abbiano in concreto una giustificazione. Ciò che rileva non è il contegno assunto dall'impresa "dominante", ma il risultato finale dell'accordo, il quale determina un'ipotesi di abuso allorché venga accertata una sproporzione ingiustificata - seppur non esorbitante - di diritti ed obblighi tra le parti⁴⁷⁶. Si pensi, ad esempio, alle clausole che prevedono termini di pagamento eccessivamente lunghi oltre i sessanta giorni, che riducono o escludono il diritto al risarcimento dei costi sostenuti o che attribuiscono al committente lo *ius variandi*⁴⁷⁷ o il diritto di recesso *ad nutum* e senza un congruo preavviso⁴⁷⁸.

Volgendo l'attenzione al tema della sindacabilità dello squilibrio contrattuale, in origine, sulla scia dei codici liberali successivi al Code Napoléon del 1804, qualsivoglia ingerenza esterna sul regolamento contrattuale era considerata socialmente

⁴⁷⁴ Alcuni tipici esempi di eccessiva gravosità delle condizioni contrattuali si hanno in caso di imposizione di termini di pagamento eccessivamente lunghi o di un prezzo ingiustificatamente sproporzionato rispetto alle controprestazioni dedotte nel contratto o alla natura dell'affare ovvero allorché venga subordinata la conclusione del contratto all'accettazione di una serie di obbligazioni accessorie non necessariamente connesse a quella principale (cfr. M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., pp. 137 – 177, spec. p. 169 s.).

⁴⁷⁵ Valutazione non certo semplice da condurre dal momento che la previsione e l'imposizione di diverse condizioni per contratti di analoga natura potrebbe ritenersi abusiva soltanto allorché tale differenziazione risulti irragionevole sulla base di criteri e argomenti logici non meglio definiti dalla legge.

⁴⁷⁶ Cfr. Trib. Roma, 24 gennaio 2017, n. 1239, in *DeJure*, 2017.

⁴⁷⁷ In tema di rinegoziazione e *ius variandi* si rinvia al ricco contributo fornito da A. PISU, *op. cit.*, spec. p. 16 - 29.

⁴⁷⁸ A riguardo, si precisa sin d'ora, che la specifica approvazione di cui all'art. 1341 ii) comma c.c. non preclude l'operatività del divieto di abuso di dipendenza economica.

indesiderabile, con la conseguenza che il disequilibrio *ab origine* dei diritti e doveri dei paciscenti professionali non costituiva il presupposto per l'applicazione di alcun rimedio di protezione, oltretutto se si considera che le parti erano considerate i migliori giudici dei propri interessi⁴⁷⁹. Solo successivamente, con l'introduzione del Codice civile del 1942 ed in particolare dell'art. 1339 c.c., il legislatore ha ponderato un intervento statale volto a colmare una lacuna pattizia, nell'auspicio di assicurare una c.d. giustizia (re)distributiva della ricchezza⁴⁸⁰, nonché un equilibrio dei rapporti negoziali in termini di costi-benefici.

In questa prospettiva, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 rappresenta il principale indice normativo volto a scalfire il principio dell'intangibilità dell'equilibrio contrattuale, facendo sì che alla libertà dei contraenti concorra una superiore esigenza di giustizia oggettiva, destinata a prevalere sul principio liberale "*qui dit contractuel, dit juste*" secondo cui ciò che viene liberamente contrattato è naturalmente giusto⁴⁸¹.

Secondo un primo orientamento, il criterio di indagine sullo squilibrio contrattuale giuridicamente rilevante si rinviene nel canone di buona fede in senso oggettivo, il quale consente un'indagine a posteriori sulla condotta assunta dai paciscenti⁴⁸². Per un diverso orientamento dottrinale, l'indagine circa l'ingiustificata gravosità delle CGC accluse nei contratti B2b andrebbe condotta tenendo conto delle

⁴⁷⁹ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., spec. p. 137 e 238; F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 841 s. In senso critico A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 138, evidenzia che la visione liberista classica, la quale presuppone un mercato perfetto e secondo cui le parti sarebbero i migliori giudici dei propri affari e la loro libertà di autodeterminazione rappresenterebbe lo strumento più efficace per scongiurare la conclusione di contratti ingiusti, si scontra con la realtà.

⁴⁸⁰ Si noti che il concetto di giustizia distributiva è di solito estraneo al diritto dei contratti poiché l'aspirazione di scongiurare e reprimere ingiustizie sorte prima della stipula del contratto non ha nulla a che vedere con il concetto di giustizia contrattuale; sarebbe quindi forse più corretto parlare di "giustizia commutativa", benché quest'ultima riguardi propriamente la giustizia contrattuale in senso proprio relativa al singolo assetto di interessi edificato dai contraenti.

⁴⁸¹ Si tratta della celebre espressione del filosofo francese Alfred Fouillè. Per un approfondimento si rinvia a R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, cit., pp. 535 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2015, pp. 233 ss.; M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 42. In una prospettiva critica si v. C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 582; M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2008, pp. 635 - 648, secondo cui si sarebbe verificato un fraintendimento in dottrina, dal momento che con tale espressione Alfred Fouillè non intendeva riferirsi al contratto disciplinato dal codice civile quale strumento negoziale assiomaticamente giusto, immutabile e intangibile, bensì si riferiva al "contratto sociale" come formulato da Rousseau, quale unico strumento per il perseguimento della Giustizia.

⁴⁸² T. LONGU, *op. cit.*, pp. 360 ss.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 37 s., ove osserva che l'art. 9 della legge sulla subfornitura rappresenta l'espressione del principio di correttezza e buona fede - principi cardini della disciplina legale delle obbligazioni, costituenti l'oggetto di un vero e proprio dovere giuridico -, sia nella fase esecutiva che in quella di formazione del contratto.

condizioni ritenute potenzialmente vessatorie ai sensi del Codice del Consumo, in ragione della sostanziale equivalenza tra le nozioni di “significativo squilibrio di diritti ed obblighi” che connota la vessatorietà delle clausole nei rapporti B2C e di “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”, quale indice di abuso di dipendenza economica ai sensi dell’art. 9 della Legge n. 192/1998⁴⁸³. Come osservato da autorevole dottrina⁴⁸⁴, bisognerebbe abbandonare l’idea di contrapporre il concetto di “eccessivo squilibrio contrattuale di diritti e di obblighi” e di “condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie” sussistendo tra tali nozioni una stretta connessione logica, se non addirittura una piena corrispondenza di contenuti e fini. Sennonché, riflettendo in tal senso, ogni previsione contrattuale che in concreto implichi un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tra i paciscenti nei contratti B2b dovrebbe ritenersi nulla per abuso di dipendenza economica con importanti ripercussioni sugli equilibri dei rapporti commerciali già instaurati, a prescindere da ogni fattore circostante e connesso.

A ciò si aggiunga che per l’accertamento della condizione di dipendenza economica il legislatore non si è limitato a prendere in considerazione solo le CGC che radicano sin dall’origine il rapporto su basi inique e particolarmente onerose per il contraente “debole”, ma anche i casi in cui tale forma di abuso venga perpetrata per mezzo dell’imposizione di CGC ingiustificatamente gravose o discriminatorie in un momento successivo alla stipula del contratto bilateralmente commerciale, ossia in sede di rinegoziazione.

Con riguardo al principio di autoresponsabilità dell’impresa aderente al regolamento contrattuale iniquo, il fatto che il contratto che richiede la realizzazione di investimenti difficilmente riconvertibili sia stato consapevolmente e volontariamente accettato, non influisce sulla necessità di apprestare specifici strumenti di protezione⁴⁸⁵. Può infatti accadere che la parte contrattualmente più “forte”, a seguito della stipula del contratto e dopo che l’altra parte abbia realizzato investimenti con un elevato grado di specificità, tenti di riappropriarsi “post-contratto” dei profitti e delle utilità cui aveva rinunciato in occasione delle trattative prenegoziali (c.d. *forgone opportunities*) o

⁴⁸³ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss.

⁴⁸⁴ Cfr. D. MAFFEIS, *op. cit.*, spec. p. 80. Nello stesso senso si veda R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 118.

⁴⁸⁵ Di diverso avviso R. NATOLI, *La subfornitura nelle attività produttive e l’abuso di dipendenza economica*, cit., p. 396; G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, cit., spec. pp. 62 ss.

comunque in fase di perfezionamento del contratto, attuando a posteriori un vero e proprio abuso da sfruttamento. Ciò, ad esempio, attraverso una proposta di rinegoziazione⁴⁸⁶ dei termini iniziali dell'accordo al dissimulato fine di approfittarsi dello stato di debolezza generato nel *partner* commerciale, dal momento che, più squilibrati ed asimmetrici sono stati gli investimenti non riconvertibili da quest'ultimo realizzati, tanto più il contraente "forte" è agevolato ed incentivato ad approfittare dello stato di debolezza altrui (c.d. *hold up-problem*)⁴⁸⁷.

La fattispecie in esame per la quale non vi è alcuna sopravvenienza alla quale dover porre rimedio va quindi ben distinta dall'ipotesi in cui la rinegoziazione si renda necessaria per il ripristino dell'originaria economia del rapporto venuta meno a fronte di eventi esterni e sopravvenuti che ne abbiano influenzato gli equilibri. Può infatti capitare che in origine, all'atto della stipula, il contratto risulti bilanciato sia da un punto di vista economico che giuridico e che solo in un secondo momento, in ragione di fattori esterni imprevedibili, il rapporto risulti manifestamente squilibrato con la conseguenza che alle parti non rimane altro che lo strumento rimediabile della rinegoziazione.

Nel caso in esame, invece, l'imposizione di condizioni manifestamente onerose in sede di rinegoziazione è del tutto ingiustificata, mancando qualsivoglia circostanza oggettiva e sopravvenuta che la giustifichi e non essendovi alcuna necessità di porre rimedio ad eventi imprevedibili che abbiano negativamente influito e turbato l'economia del rapporto⁴⁸⁸. Ne deriva che, in assenza di una giusta causa che possa fondare la rinegoziazione, anche tali clausole negoziali squilibrate successivamente imposte devono necessariamente ritenersi potenzialmente abusive *ex art. 9 Legge n. 192/1998*.

A fronte di tale circostanza, sorge naturale il dubbio di quale sia il motivo per cui l'impresa "debole" dovrebbe vedersi costretta ad accettare i nuovi termini negoziali frutto dell'abuso altrui. La risposta a tale quesito può essere ricavata volgendo lo

⁴⁸⁶ Per un approfondimento sulla nozione di rinegoziazione si rinvia a A. PISU, *op. cit.*, spec. pp. 9 - 16.

⁴⁸⁷ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., p. 25; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 66 s.; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit. p. 120; G. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 133 - 136; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 20 - 24; M. GRILLO, *op. cit.*, spec. p. 59.

⁴⁸⁸ Si rinvia a R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., pp. 133 - 138; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 157, il quale richiama l'esempio del negozio frutto di un'attività di rinegoziazione affetto da nullità, per difetto di causa, nel caso in cui le parti sia intervenute su di un regolamento contrattuale già definito modificando le prestazioni a carico di solo una delle parti, lasciandone invariato il corrispettivo.

sguardo alle dinamiche di forza che caratterizzano il mercato. Invero, innanzi alla minaccia dell'impresa "dominante" di recedere dal contratto, pur di non incorrere nel rischio di veder caducato il rapporto commerciale instaurato soprattutto in ragione degli specifici investimenti realizzati, l'impresa vittima dell'abuso è tendenzialmente disposta ad accettare le nuove condizioni, benché discriminatorie⁴⁸⁹, optando così per la sopravvivenza sul mercato.

Se così si pongono gli equilibri del mercato, è utile allora chiedersi se la rinegoziazione possa continuare ad essere considerato un vero e proprio strumento di esercizio dell'autonomia di impresa sebbene, nella realtà, vi sia il rischio che la stessa possa essere utilizzata come mezzo di estorsione del consenso altrui, volto a dissimulare il concreto intento abusivo del contraente "forte".

La sanzione di pronta applicazione idonea a contrastare la pratica delle rinegoziazioni abusive va perciò identificata nella nullità del nuovo regolamento, in grado di assicurare la riespansione degli originari termini contrattuali e di impedire la caducazione del rapporto in essere.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge come la valutazione della condizione di dipendenza economica alla quale abbia fatto seguito l'imposizione di CGC ingiustificatamente gravose richiede una valutazione prognostica per accertare se l'impresa vessata, ove fosse stata realmente libera di scegliere, avrebbe avuto la possibilità e la forza negoziale per non accettare tali condizioni. L'interprete deve dunque accertare *ex post se, ex ante*, l'impresa abusante avrebbe potuto imporre tali previsioni contrattuali, anche ove fossero state oggetto di trattative e se a fronte di una libera contrattazione le stesse sarebbero state accettate dall'impresa "debole". Solo tramite tale giudizio controfattuale, volto ad ipotizzare quale sarebbe stato il regolamento che il contraente avrebbe razionalmente accettato allorché messo nelle condizioni ottimali per negoziare facendo leva sugli standard di mercato, è possibile graduare la capacità dell'impresa "forte" di imporre un eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi quale indice rivelatore della condizione di dipendenza economica. I possibili esiti sono due: o lo squilibrio negoziale rimane soltanto potenziale e non

⁴⁸⁹ Cfr. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 136, il quale osserva che a fronte di una tale circostanza, anche gli strumenti tradizionali offerti dal diritto, quale il risarcimento del danno, risultano insufficienti, giacché spesso inadeguati ad assicurare la sopravvivenza sul mercato del contraente "debole".

influisce sul regolamento contrattuale finale redatto dalle parti per tramutarsi eventualmente in forme di abuso diverse da quella connessa all'imposizione di CGC gravose oppure può incidere sul potere negoziale del contraente "debole", sino a tramutarsi e materializzarsi in un contratto ingiustificatamente squilibrato. Ciò, lo si ribadisce, non significa che la sola stipulazione di condizioni squilibrate implica la sussistenza di una condizione di dipendenza economica, dal momento che i patti iniqui non costituiscono necessariamente l'esito di un'imposizione. Anzi, al contrario, è alla condizione di dipendenza economica che può conseguire l'imposizione di un regolamento contrattuale squilibrato. Tale circostanza è insita nella stessa nozione di "abuso", la quale suggerisce che il disequilibrio contrattuale non può rilevare nella sua oggettività, ma assume rilievo ove costituisca il risultato dell'approffittamento della condizione di dipendenza e debolezza altrui⁴⁹⁰. Una diversa impostazione condurrebbe ad ammettere un sindacato "sostanziale" sul contenuto contrattuale nei rapporti B2b, del tutto scevro dalle concrete circostanze negoziali - in realtà rilevanti nella prospettiva di garanzia della c.d. *procedural justice* - che hanno in concreto indotto l'impresa "debole" ad accettare tali gravose condizioni.

3.4.1 Sull'ammissibilità di un controllo sostanziale sul contenuto contrattuale: l'evoluzione del pensiero dottrinale

La principale questione connessa all'utilizzo delle CGC concerne l'attuabilità di un controllo sostanziale finalizzato ad evitare che le norme dettate dalla parte generale sui contratti del Codice civile vengano eluse a favore di soluzioni squilibrate imposte dall'impresa dotata di maggior forza negoziale sino a sfocare in un'ipotesi di abuso contrattuale. Controllo, quest'ultimo, che richiede di essere condotto indipendentemente dal fatto che le CGC predisposte unilateralmente dalle c.d. *law firms* siano destinate ad una pluralità di contratti ovvero per singole operazioni commerciali⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ In tal senso si veda V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 235 e 257, il quale ricorda che l'intento della disciplina sull'abuso di dipendenza economica è quello di garantire una c.d. *procedural justice*.

⁴⁹¹ S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit., spec. p. 2207; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 83 ss. e 117 ss., spec. p. 126 s.

Con l'affermarsi della c.d. nuova *lex mercatoria* conseguente al sempre più rapido affermarsi del potere di mercato delle grandi imprese, la dottrina si è interrogata sull'ammissibilità di un controllo *ex post* sull'operato d'impresa, in termini di verifica della conformità dei singoli rapporti contrattuali ai principi fondanti l'ordinamento giuridico, nella prospettiva di tutela dei contraenti deboli e di salvaguardia della libertà di concorrenza.

Nel tempo si è sempre più fortificata l'esigenza di prevedere un sindacato sostanziale sul contenuto del regolamento contrattuale anche - o forse soprattutto - nella prospettiva di controllo dell'attività d'impresa, ritenendo che non sia possibile dissociare del tutto tale controllo dalla vera e propria attività d'impresa, in termini di iniziativa economica imprenditoriale⁴⁹². Tuttavia, l'idea che l'ordinamento possa ammettere un penetrante controllo di giustizia sostanziale delle iniziative assunte dalla singola impresa e del relativo programma imprenditoriale rischia di rivelarsi davvero poco convincente, giacché inconciliabile con la natura dell'attività commerciale, oltre che con il principio di libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*⁴⁹³. Ciò, a differenza del controllo formale sul perfezionamento dell'accordo, il quale, benché non consenta di valutare il programma imprenditoriale e il relativo orientamento economico-produttivo, legittima una verifica in termini di protezione del contraente "debole" limitato alle modalità di estrinsecazione del potere negoziale.

Secondo l'opinione ad oggi maggioritaria, tale sindacato non comporterebbe alcun penetrante controllo sull'impresa *tout court*, dal momento che lo stesso non coinvolgerebbe le scelte strategiche assunte e le politiche d'impresa, bensì sarebbe unicamente volto ad accertare l'incidenza che la singola prassi contrattuale ha sull'economia dell'impresa "debole".

Così, la sempre più avvertita esigenza di garanzia di un controllo delle più spregiudicate condotte negoziali che hanno indotto nella realtà commerciale elevati *social costs*, ha visto l'attivarsi della dottrina, della giurisprudenza e dei c.d. *policy makers* (ossia dei c.d. "ingegneri sociali") per la definizione di modelli di sindacato diretto e di intervento sul regolamento contrattuale.

⁴⁹² Di questo avviso G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., 982.

⁴⁹³ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 139 ss., secondo cui, costituendo il contratto un mero frammento di una complessa attività organizzata, il controllo sul contratto non consente di valutare adeguatamente la politica economico-produttiva dell'impresa; V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 128 - 146.

Il crescente sentimento di sensibilizzazione dei rapporti commerciali rispetto al tema della c.d. giustizia contrattuale ha condotto gli studiosi a ricercare nell'ordinamento istituti e misure idonee a garantire la neutralizzazione delle clausole manifestamente squilibrate in danno dell'impresa economicamente dipendente e in grado di definire il contenuto necessario da sostituirsi, nell'intento di assicurare la sopravvivenza del rapporto contrattuale instaurato allorché tale esito sia conforme all'interesse dell'impresa vessata⁴⁹⁴.

A tal fine, è necessario preliminarmente indagare se nell'ordinamento giuridico sia possibile rinvenire un principio generale, espressione di un'esigenza di tutela indifferenziata del contraente "debole", in grado di costituire il caposaldo per il riconoscimento di un controllo sostanziale del contenuto del contratto, funzionale ad assicurarne la giustizia materiale. Inoltre, è necessario chiarire se il controllo in parola, ove ammissibile, coinvolga i singoli rapporti contrattuali instaurati dall'impresa sulla base delle CGC unilateralmente predisposte, ovvero sottintenda un controllo astratto delle CGC predisposte dall'impresa e destinate ad essere impiegate nell'ambito di una pluralità di rapporti negoziali. In altre parole, bisogna definire se il sindacato circa la giustizia del contratto possa prospettarsi ogniqualvolta un singolo contratto risulti squilibrato ed iniquo in ragione delle CGC predisposte, ovvero se tale controllo possa ammettersi, in via generale, semplicemente allorché l'impresa impieghi CGC standardizzate nell'ambito dei più vari rapporti negoziali tra imprese.

In una prospettiva teleologica, si potrebbe sostenere che ove lo scopo perseguito dal sindacato sia quello di garantire protezione all'impresa "debole", allora, questo dovrebbe essere volto a favorire gli interessi individuali di quest'ultima in relazione al singolo caso concreto; viceversa, ove la finalità più ampia sia quella di assicurare che il potere e la libertà di iniziativa economica d'impresa venga esercitata nel rispetto dei valori sovraordinati dell'ordinamento *ex art. 41 Cost.*, l'intervento dell'autorità giudiziaria si renderebbe necessario per valutare l'attività contrattuale di impresa

⁴⁹⁴ Cfr. G. CAPO, *op. cit.*, p. 171; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 297 s.; E. MINERVINI, *La specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie nella recente legislazione speciale*, cit., pp. 81 - 96; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 18 s. e 90 s.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 12 s.; U. PERFETTI, *op. cit.*, p. 291.

complessivamente svolta, astraendo il sindacato dalle circostanze del singolo caso concreto⁴⁹⁵.

Come visto, nell'ordinamento giuridico italiano manca una norma esplicitamente diretta a riconoscere l'ammissibilità di un sindacato sull'equilibrio giuridico del contratto bilateralmente commerciale⁴⁹⁶. Ciò nonostante, in ipotesi di rapporti B2b, l'ordinamento pare non contentarsi più del mero controllo formale *ex art.* 1341 c.c., bensì richiede un accertamento dell'equilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti⁴⁹⁷. Controllo che, in dottrina, è stato definito come sindacato qualitativo o di merito del *sinallagma*⁴⁹⁸.

Le riflessioni volte a rinvenire nell'ordinamento una norma che riconosca all'autorità giudiziaria il potere di correggere, integrare o sostituire le clausole inique si fondano sull'assunto per cui il giudice, intervenendo sul regolamento contrattuale tra soggetti aventi il medesimo *status*, darebbe attuazione al pieno esplicarsi della libertà ed autonomia contrattuale d'impresa, compressa dal potere esercitato dall'impresa "forte" che, godendo di una posizione di preminenza, impone CGC a sé vantaggiose. Secondo tale prospettiva, l'intervento giudiziale non necessiterebbe di un espresso riconoscimento legislativo, ma anzi rinverrebbe la sua giustificazione proprio nell'esigenza di ripristinare e riespandere l'autonomia dell'impresa "debole" che si è vista costretta ad accettare un regolamento iniquo, pur di soddisfare gli interessi e i bisogni sottesi al negozio.

In origine, un giudizio sul contenuto del regolamento contrattuale era precluso tanto all'autorità giudiziaria, quanto al legislatore, giacché considerato incompatibile con il principio generale di autonomia negoziale delle parti di operare nel mercato nel pieno esercizio della libertà di regolamentazione delle relazioni economiche⁴⁹⁹. Si riteneva, infatti, che la valutazione circa la convenienza e l'equità dell'affare fosse

⁴⁹⁵ Cfr. L. NONNE, *op. cit.*, p. 84; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 100 s.

⁴⁹⁶ Si rinvia a F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., spec. p. 209 s.

⁴⁹⁷ È stato, infatti, osservato che l'esclusione dell'applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c. agli atti predisposti per uso individuale e alle clausole potenzialmente vessatorie non ricomprese nell'elenco di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. hanno così posto in dubbio il fatto che tale disciplina sia concretamente volta a garantire un'effettiva tutela al contraente "debole" (cfr. A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 127).

⁴⁹⁸ F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, cit., pp. 22 - 25.

⁴⁹⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 3023 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 4 ss.

esclusivamente rimessa al titolare dell'interesse alla cui soddisfazione è rivolta la stipula del contratto⁵⁰⁰.

Il nuovo diritto di matrice imprenditoriale parrebbe, invece, addirittura esigere un intervento valutativo e/o integrativo, sia esso legislativo o giudiziale⁵⁰¹, non solo per quanto concerne l'aspetto formale connesso al regolare perfezionamento del negozio, ma soprattutto sugli equilibri sostanziali del contenuto del regolamento.

Così, a decorrere dagli anni '70, la dottrina ha elaborato teorie finalizzate a garantire una protezione più incisiva a favore del contraente "debole" attraverso la previsione di un controllo giudiziale avente ad oggetto le CGC di volta in volta accluse dal predisponente nel regolamento contrattuale, in attuazione del precetto costituzionale di eguaglianza e di tutela dell'autonomia privata⁵⁰².

A parere di tale ricostruzione, il costituente avrebbe demandato al giudice e al legislatore il compito di accertare o comunque di fornire agli interpreti gli strumenti per attuare un controllo sostanziale - per così dire anche di conformità ai principi costituzionali⁵⁰³ - degli atti di autonomia privata d'impresa⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. p. 3026; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, p. 342; M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 900.

⁵⁰¹ Si veda l'*obiter dicta* di cui alla Cass. Civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 852, in occasione della quale la Corte di legittimità ha evidenziato l'esigenza, oltre che la praticabilità, di un sindacato sull'equilibrio giuridico del contratto, non solo tra parti negoziali dotate di *status* diseguale, ma anche tra contraenti che rivestono la medesima qualifica.

⁵⁰² L'esigenza di garantire un tale sindacato di natura sostanziale è stata avvertita con maggior intensità allorché i contratti non sono più oggetto di negoziazione, bensì conclusi per mezzo di moduli e formulari o, comunque, attraverso l'utilizzo di CGC, in virtù dell'impossibilità dell'aderente di autodeterminarsi liberamente innanzi ai contratti unilateralmente predisposti. In tal senso si v. A. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, cit., pp. 679 ss.; ID., *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 14; M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 99 - 119; V. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 166 - 173.

⁵⁰³ Controllo che, da un punto di vista pratico, imporrebbe al giudice ordinario di verificare la corrispondenza del contenuto delle CGC al valore sovraordinato dell'utilità sociale, garantendo così un'adeguata protezione al contraente "debole", sulla base del caposaldo per cui non può definirsi di utilità sociale una clausola eccessivamente onerosa in danno del contraente che si è visto privato della possibilità di autodeterminarsi e di esercitare liberamente la propria autonomia privata. Tale interpretazione comporta però un doppio rischio: da un lato, quello di sottrarre efficacia a tutte quelle clausole onerose non pienamente confacenti al valore di utilità sociale, benché siano state specificamente accettate per iscritto, privando così di valore il dettato di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. e, dall'altro, quello di politicizzare la problematica, riconoscendo al giudice un eccessivo ed imprevedibile potere di ingerenza nel regolamento (cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., spec. p. 72 s., il quale osserva che, benché vi sia il timore di "una soverchia ingerenza del potere giudiziario", la pratica ha dimostrato che i giudici tendono ad applicare cautelativamente i principi generali su cui si fonda l'ordinamento al di fuori delle tradizionali fattispecie). La lettura proposta al tema dell'ammissibilità del controllo sostanziale sulle CGC alla luce dei valori costituzionali non risulta quindi pienamente appagante. Ciò, oltretutto, se si considera che, da un lato, l'interpretazione necessaria della legge ordinaria conforme ai principi costituzionali non implica di per sé un controllo di costituzionalità degli

È necessario però domandarsi in che termini il tema della conformità dei singoli atti di autonomia privata al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* possa incidere sulla protezione del contraente “debole” nei rapporti B2b.

La dottrina maggioritaria ha osservato che il profilo delle CGC avente rilevanza costituzionale attiene alla predisposizione unilaterale ed alla regolamentazione uniforme di una pluralità di rapporti negoziali, alla quale inevitabilmente consegue l'assoggettamento di intere categorie di contraenti al potere contrattuale altrui⁵⁰⁵. Tenuto

atti di autonomia privata e, dall'altro, che il giudizio di ragionevolezza avente ad oggetto il singolo atto di autonomia privata o il contenuto del singolo contratto è assorbito dalla valutazione di meritevolezza socialmente apprezzabile degli interessi alla cui soddisfazione il negozio è preposto, dacché la libertà contrattuale non rappresenta un valore intangibile ed assoluto. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 687, il quale, a chiusura delle considerazioni svolte nel contributo, osserva che «affermare che il contratto per essere lecito deve realizzare uno scambio di prestazioni economicamente equilibrato non significa, dunque, riproporre anacronistici vincoli all'autonomia privata in funzione della realizzazione di interessi socialmente utili, ma semplicemente ricondurre l'esercizio della libertà contrattuale entro i limiti propri di ogni altro diritto, che, per quel minimo di socialità indispensabile ad ogni civile convivenza, l'ordinamento giuridico non può ammettere che si trasformi in uno strumento di abuso in danno altrui»; anche I. LIBERO NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2014, p. 1454, ove afferma che «l'ingerenza giudiziale nel regolamento contrattuale al fine di ristabilire la parità negoziale non sia di per sé in contraddizione con il rispetto dell'autonomia delle parti. Invero, lo squilibrio tra i contraenti non rileva di per sé, ma esige ulteriori fattori che ne provino sia l'ingiustizia sia l'eccessività. Sintomatico dell'ingiustizia è sicuramente l'abuso di una condizione di debolezza di varia ragione al fine di perfezionare il contratto»; secondo l'Autore, pertanto, l'unico caso in cui si verifica una compressione illegittima della libertà contrattuale dei paciscenti è allorché il sindacato di merito sul contenuto contrattuale nei rapporti B2b abbia luogo in assenza di una disparità di trattamento nell'esercizio dell'autonomia privata. Per un approfondimento sul significato semantico della clausola generale di “ragionevolezza” si rinvia a S. TROIANO, *op. cit.*, pp. 36 ss. e 183 ss., spec. p. 59 ove l'autore osserva che ciò che caratterizza le c.d. clausole generali non è l'ampiezza in sé della fattispecie normativa delineata e regolamentata, bensì il fatto che tale clausola comporta un'apertura della norma dal punto di vista dei valori perseguiti, per mezzo di un c.d. giudizio di valori rimesso all'interprete in relazione alle circostanze della fattispecie concreta e, dunque, desumibile dalla società civile nel suo complesso.

⁵⁰⁴ In dottrina si vedano anche A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 129 - 132; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 67 - 108; M. NUZZO, *op. cit.*, pp. 84 - 86; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 602 ss. Di diverso avviso A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 202 s. secondo cui, pur ammettendo un controllo giudiziale fondato sui precetti costituzionali ed in particolare sull'art. 41 Cost., è dubbio che questo possa istituirsi sul solo parametro della tutela del contraente debole poiché tale esigenza di protezione non sempre si identifica con la tutela dell'interesse sociale. Di particolare interesse è anche l'osservazione mossa da autorevole dottrina secondo cui i diritti fondamentali custoditi dai valori costituzionali ai quali l'iniziativa economica privata deve conformarsi possono delimitare il campo d'azione della libertà contrattuale dei privati, a condizione che la legge applicabile ai singoli atti di autonomia - sia essa enunciata nel Codice civile o nelle leggi speciali - precisi i valori a cui tale libertà è vincolata (cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 1 - 20; R. SCOGNAMIGLIO, *Negoziato giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23- 26 giugno 1989, Padova, 1991, pp. 297 ss., il quale ha evidenziato che il compito di rendere apprensibili i valori costituzionali garantiti nell'ambito degli atti di autonomia privata spetta all'organo che trae da cui tali valori e principi trae la propria investitura, ovvero sia al legislatore).

⁵⁰⁵ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 62 -79, spec. p. 71 il quale osserva che «un tale giudizio [di dannosità sociale, intesa quale ingiusto approfittamento che trascende il singolo negozio e che si riflette a

conto che la predisposizione unilaterale del regolamento negoziale è generalmente per sua natura destinata ad essere impiegata per una pluralità di rapporti, la dannosità sociale generata da tale forma di predominio negoziale parrebbe proprio legittimare in tali fattispecie l'intervento pubblico in attuazione del principio costituzionale di uguaglianza.

Si consideri a titolo esemplificativo che, secondo le distinzioni operate, se la clausola di esclusione della responsabilità può ammettersi in un contratto individuale a fronte di apposite trattative, lo stesso non può dirsi *a priori* in ipotesi di contratti standardizzati rivolti ad una pluralità indefinita di destinatari⁵⁰⁶, dal momento che una tale previsione si porrebbe in aperto contrasto con gli interessi riferibili a tutti quei contraenti generalmente coinvolti in tali specifici affari. Quest'ultimo profilo è di particolare rilievo considerato che la posizione di inferiorità economica dell'impresa aderente deve essere necessariamente vagliata alla luce della posizione tipica rivestita dalle parti normalmente coinvolte in affari di quella natura⁵⁰⁷, poiché solo così la parte "debole" può pretendere la conformazione del contenuto del regolamento contrattuale agli interessi che contraddistinguono la classe di contraenti cui appartiene.

danno della collettività] dovrebbe presupporre l'incompatibilità dell'atto con un interesse superiore di ordine sociale, ma questa incompatibilità è più difficilmente riferibile al singolo contratto poiché questo assolve una tipica e lecita funzione e l'approffittamento di un contraente a danno dell'altro rimane un episodio individuale che non denuncia come tale la lesione di un interesse sociale»; nello stesso senso si veda M. NUZZO, *op. cit.*, p. 87 s.

⁵⁰⁶ Ci si riferisce esclusivamente ai contratti standardizzati e non a tutte quelle ipotesi di contratti, anche individuali, conclusi per mezzo dell'utilizzo delle CGC, quale peculiare meccanismo di predisposizione unilaterale del contenuto dell'accordo (cfr. P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 121). In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 28 settembre 2020, n. 20461, in *Giust. civ. Mass.*, 2020: «In tema di condizioni generali di contratto, perché sussista l'obbligo della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., non basta che uno dei contraenti abbia predisposto l'intero contenuto del contratto in modo che l'altra parte non possa che accettarlo o rifiutarlo nella sua interezza, ma è altresì necessario che lo schema sia stato predisposto e le condizioni generali siano state fissate, per servire ad una serie indefinita di rapporti, sia dal punto di vista sostanziale, perché confezionate da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti, sia dal punto di vista formale, in quanto predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie».

⁵⁰⁷ P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 120 s., ove si osserva che, in mancanza del confronto con la posizione tipica dei soggetti generalmente interessati a quel tipo di negozi, si ricadrebbe nella fattispecie della rescissione dal contratto per stato di bisogno; ID., *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 353, il quale osserva che «non sono rescindibili i contratti iniqui per la disparità di potere contrattuale delle parti; né quelli che presentano caratteri di iniquità, non tanto sul piano delle prestazioni contrattuali, quanto sul piano delle prestazioni complessivamente intese [...]. Sono questi i casi in cui le condizioni del mercato determinano uno squilibrio oggettivo tra le parti, a prescindere dall'esistenza di uno stato di bisogno in senso stretto e dal comportamento soggettivo delle parti».

Da quanto detto, se ne potrebbe perciò evincere che ciò che rende iniqua la clausola non è di per sé il meccanismo di predisposizione unilaterale della previsione stessa, bensì la generalizzazione del suo impiego nei confronti di una cerchia indefinita di destinatari. Ragione per cui l'accertamento della validità e dell'efficacia delle CGC nei contratti B2b è sottoposta a criteri differenti da quelli applicabili in sede di sindacato dei contratti individualmente negoziati⁵⁰⁸.

Tuttavia, anche tale prospettazione ha destato alcune perplessità, non essendo chiaro per quale motivo l'impiego delle CGC possa integrare una violazione del principio costituzionale di uguaglianza solo quando il fenomeno presenti una dimensione collettiva e, dunque, come possa l'illiceità delle CGC non coinvolgere anche il singolo contratto squilibrato non destinato ad una massa indistinta di contraenti. Diversamente detto, non si comprende come il singolo contratto, benché frutto della determinazione unilaterale del predisponente, possa costituire una tipica e lecita funzione di approfittamento, a differenza di quanto accade per gli *standard forms*.

Sul punto, parte della dottrina ha osservato che il discrimine andrebbe rinvenuto nel fatto che il contratto individuale, ancorché oneroso per il soggetto aderente, non confligge con l'interesse superiore di ordine sociale poiché assolve ad una lecita funzione di natura negoziale, con la conseguenza che l'approfittamento di un contraente a discapito dell'altro costituisce un episodio a sé stante, non idoneo a ledere l'interesse sociale della collettività⁵⁰⁹.

Ma delle due l'una: o il sindacato sul contenuto del contratto è sempre ammesso, anche per i contratti individuali, o tale controllo è giustificato solo con riferimento all'utilizzo delle CGC, tanto nei contratti individuali, quanto in quelli standardizzati.

Nel solco di tale *aut aut*, la problematica connessa alla tutela del contraente "debole" si colloca su due differenti piani: se si considerano le CGC come un distinto meccanismo di formazione del contratto individuale, l'attenzione deve essere rivolta al contenuto delle singole clausole di cui si compone di volta in volta il programma negoziale, diversamente se si analizzano le CGC come uno strumento per la

⁵⁰⁸ Cfr. ancora P. BARCELONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., spec. 115, 119 e 122, ove l'Autore osserva che le clausole contrattuali individualmente negoziate sono affette da nullità se si pongono in contrasto a norme imperative e se sono contrarie al buon costume, viceversa le CGC possono essere dichiarate inefficaci allorché determinano uno svantaggio unilaterale in danno del soggetto aderente, con conseguente vantaggio ingiustificato per il contraente predisponente.

⁵⁰⁹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 69 – 71.

regolamentazione uniforme di una pluralità di rapporti contrattuali, il problema della protezione del contraente-aderente si pone con riguardo all'iniquità delle clausole standardizzate e al fenomeno della deroga sistematica e massiva alle norme dispositive attuata dalle imprese mediante il loro utilizzo⁵¹⁰.

3.4.2 (segue) Le tecniche di controllo sulle CGC: il dibattito sull'operatività e sull'efficienza del controllo legislativo e giudiziale

Superato il dogma dell'intangibilità del contratto, in dottrina è stata identificata una tripartizione degli strumenti e delle tecniche di controllo applicabili alle CGC, rispettivamente ascrivibili alle categorie del controllo legislativo, giudiziale e amministrativo.

Si tratta di classificazioni alquanto approssimative tenuto conto che le linee di demarcazione tra l'una e l'altra sono piuttosto sfumate ed indefinite, a tal punto da comportare immistioni e sovrapposizioni, rendendo difficoltoso circoscrivere con precisione gli strumenti di controllo puramente legislativi da quelli giudiziari⁵¹¹.

Quanto detto è confermato dal fatto che, nella pratica, il sindacato giudiziale non può prescindere dal controllo di natura legislativa e ciò per un duplice motivo: da un lato, in quanto l'attività giurisdizionale trova il suo presupposto necessario nella legge, con la conseguenza che il suo esplicarsi discende dall'esistenza di una preesistente norma di legge o da principi codificati e, dall'altro, perché tale attività è per sua natura "vincolata" al dettato legislativo, rinvenendo di volta in volta nella legge il precetto da applicare nel caso concreto.

In merito invece ai caratteri distintivi di tali tecniche di controllo, quella di natura legislativa è volta ad incidere "formalmente" a monte sulle CGC quali generici e preformulati strumenti di regolamentazione dei rapporti contrattuali, viceversa, quella giudiziale - benché presupponga una previsione legislativa - ha una portata individuale e "sostanziale" essendo rivolta a concreti e singoli rapporti insorti facendo ricorso

⁵¹⁰ P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., p. 123.

⁵¹¹ Si veda V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 155 ss., ove l'autore precisa che anche gli strumenti di controllo "amministrativo" necessitano di un intervento legislativo diretto a determinare le attività e le funzioni dell'ente o dell'organo preposto all'attuazione del controllo; ID., *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, cit., pp. 551 - 554.

all'istituto delle CGC. Ne consegue che il controllo giudiziale è azionabile solo in via eventuale su iniziativa di parte, realizzando un vero e proprio controllo di atti con riferimento al singolo negozio⁵¹², mentre il sindacato legislativo opera *a priori*, in via necessaria ed incide sulle CGC usualmente utilizzate dall'impresa nei rapporti B2b.

Svolte tali premesse, l'attenzione va ora posta alle due tendenze che contraddistinguono il sistema giuridico italiano: in primo luogo, alla previsione di norme volte a regolamentare – quantomeno formalmente – gli istituti delle CGC e dei c.d. *standard forms* e, in secondo luogo, alla propensione dell'autorità giudiziaria ad affrancarsi da iniziative di controllo sulla correttezza ed equità del contenuto sostanziale delle clausole *standard*⁵¹³. Circa quest'ultimo profilo sembra infatti che, sino ad oggi, le Corti si siano limitate ad una meccanica applicazione delle regole “formali” di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., rifugiando dietro tali previsioni ogni iniziativa volta a delineare una qualsivoglia forma di controllo tanto sul procedimento di formazione, quanto sul contenuto delle CGC. Ed è proprio tale approccio che ha sempre più accresciuto nella dottrina l'esigenza di elaborare tecniche di controllo transtipiche sul contenuto del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto rimesse alla disponibilità dell'autorità giudiziaria.

L'indagine sull'ammissibilità di un controllo sul contenuto delle CGC richiede un'ulteriore preliminare distinzione tra le tecniche dirette a valutare se nel caso concreto sussistono i presupposti minimi per ritenere valido il consenso manifestato dall'aderente alla conclusione del contratto e quelle invece propriamente concernenti il contenuto delle CGC.

Il tipico modello di controllo “sul consenso” è offerto dal primo comma dell'art. 1341 c.c. il quale, come anzi visto, richiede ai fini della validità delle CGC la conoscenza o la conoscibilità delle stesse da parte dell'aderente, secondo il criterio dell'ordinaria diligenza.

La norma in parola, benché ad una prima lettura possa apparire uno strumento di controllo di natura legislativa, deve in realtà essere ricondotta nell'alveo del controllo

⁵¹² Sul punto si richiama L. NONNE, *op. cit.*, p. 74 s., il quale ricorda che il controllo operabile dal giudice è un “contratto di atti” poiché al giudice non può essere demandato un controllo sulla più generale attività di impresa, bensì solo un controllo sui singoli atti in cui questa si estrinseca.

⁵¹³ Fenomeno che ha attratto l'attenzione anche dalla dottrina tedesca (cfr. H.P. FAUSEL, *Der rechtliche Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (condizioni generali di contratto) *im deutschen und italienischen Recht, Eine rechtsvergleichende Studie, Dissertation*, München, 1966, spec. p. 194).

giudiziale, dal momento che la sua operatività richiede l'accertamento in concreto di una circostanza (ossia della conoscenza effettiva o della conoscibilità dell'esistenza delle CGC) rimessa di volta in volta all'opera ed alla valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria⁵¹⁴.

La necessità di assicurare un "controllo normativo", di stampo formale, sul contratto si è quindi tradotta nella previsione delle misure di controllo della vessatorietà delle clausole *ex artt. 1341 ii) comma e 1342 c.c.*, oltre che nella determinazione legislativa del contenuto negoziale in ipotesi di violazione di norme imperative *ex art 1339 c.c.*⁵¹⁵. Controllo legislativo che, tuttavia, per la definizione della concreta portata applicativa, oltre che per la sua attuabilità, presuppone comunque un margine di apprezzamento da parte dell'autorità giudiziaria e, dunque, la mediazione del sindacato giudiziale. Ecco il motivo per cui anche tale tecnica va astrattamente ricondotta tra gli strumenti afferenti al sindacato giudiziale.

Ciò con l'ovvia conseguenza che, anche in sede di operatività del controllo legislativo, al giudice permane un margine di discrezionalità ed autonomia di apprezzamento della fattispecie⁵¹⁶.

Alla luce di quanto emerso, la natura del controllo offerto dagli artt. 1341 e 1342 c.c. rimane alquanto dubbia: o tale controllo è davvero volto ad accertare la correttezza del procedimento di formazione del consenso e alla verifica della diligente conoscenza da parte dell'aderente delle CGC, minando così in concreto il fine sotteso di protezione del contraente-aderente con conseguente ingiustificato vantaggio per il predisponente, oppure tale tecnica di controllo è solo apparentemente formale e volta all'accertamento del consenso, essendo in realtà finalizzata a sindacare il contenuto dei contratti standardizzati per il tramite dell'intermediazione giudiziale.

Su un piano differente si colloca il vero e proprio controllo giudiziale sul contenuto delle CGC, il quale può operare sul piano dell'interpretazione delle clausole onerose o della validità delle stesse⁵¹⁷.

⁵¹⁴ In tal senso si veda V. ROPPO, *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, cit., p. 555; ID., *Contratti standard*, cit., spec. pp. 294 - 297.

⁵¹⁵ G. CAPO, *op. cit.*, p. 84; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 135 ss.; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e cred.*, fasc. 4, 1948, p. 530 s.

⁵¹⁶ Discrezionalità che, peraltro, è ancora più marcata essendo il giudice chiamato ad applicare norme piuttosto generiche ed indeterminate, come quelle di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. Cfr. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., spec. p. 157; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 23.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 1370 c.c. dispone che le clausole inserite nelle CGC o nei moduli o formulari devono essere interpretate nel senso più favorevole per la parte aderente che non abbia concorso alla loro redazione. Viceversa, con riguardo alle tecniche finalizzate all'accertamento della validità delle clausole standardizzate - al di fuori del controllo della vessatorietà delle stesse operato dagli artt. 1341 *ii*) comma e 1342 *ii*) comma c.c. -, allo stato di fatto, l'ordinamento italiano è privo di una norma volta a riconoscere un siffatto controllo. Ragione per cui, negli ultimi decenni la dottrina ha cercato di delineare ed erigere strumenti di controllo sul contenuto dei contratti B2b - al pari di quanto accaduto nei rapporti B2C con l'introduzione del Codice del Consumo - per sollecitare un intervento creativo delle Corti, rimasto ancora oggi irrealizzato⁵¹⁸.

A ciò si aggiunga che plurimi sono i limiti all'operatività del controllo giudiziale sul contenuto delle CGC.

In primo luogo, tale sindacato, essendo destinato ad operare solo con riferimento ai singoli casi concreti ed esclusivamente su iniziativa di parte, non pare essere del tutto

⁵¹⁷ Il sindacato sul contenuto del regolamento contrattuale può essere osservato in una duplice prospettiva: può definirsi un "controllo in senso ampio" (tecnica anche detta sottrattiva) quando il giudice sottopone al vaglio l'autonomia privata esercitata dall'impresa e, in caso di superamento dei limiti dettati dal sistema, espunge dall'ordinamento il contratto invalido o una sua parte (in una prospettiva critica, si a V. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 166 - 173, ove l'Autore sostiene che la nozione di "controllo in senso ampio" viene usualmente impiegata in modo errato dal momento che compito del legislatore e dell'interprete dovrebbe essere unicamente quello di definire i limiti entro cui può esplicarsi l'autonomia privata e non quello di sindacare il contenuto di ogni singolo contratto). Viceversa, si ha un "controllo in senso stretto" (tecnica di natura correttiva e/o integrativa) quando il giudice, avvalendosi delle clausole generali di equità e buona fede, interviene sul contenuto del negozio, ridefinendolo e adattandolo al paradigma legislativo (cfr. L. NONNE, *op. cit.*, pp. 90 - 93 e 103 - 105; S. TROIANO, *op. cit.*, pp. 400 ss.). Quanto occorre, però, osservare è che anche nell'ambito del "controllo in senso ampio" - fatto salvo il caso di nullità dell'intero negozio - può verificarsi una sopravvivenza del contratto a fronte di una modifica contenutistica del regolamento rispetto alla programmazione originaria, determinata dall'estromissione di una o più clausole dichiarate invalide (un tipico esempio si ha in ipotesi di rimozione di clausole accluse nel regolamento contrattuale in violazione di norme di legge per mancata specifica sottoscrizione per iscritto delle clausole onerose *ex artt.* 1341 *ii*) comma e 1342 *ii*) comma c.c. In tale ipotesi l'espulsione della previsione dal contratto è determinata non dall'incongruenza o dall'incompatibilità del suo contenuto rispetto ai valori sovraordinati su cui si fonda l'ordinamento, bensì dalla mancanza di un requisito di forma essenziale ai fini del corretto perfezionamento del contratto, imposto dalla legge in ragione del peculiare contenuto della specifica clausola in grado di determinare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti; cfr. L. NONNE, *op. cit.*, pp. 93 ss.; G. ALPA, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, cit., pp. 237 - 247; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2002, pp. 199 ss.).

⁵¹⁸ Cfr. A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., pp. 192 ss.; S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977. In ordine alla non applicabilità della presunzione di vessatorietà della clausola onerosa inserita in uno schema di contratto B2b si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1597, in *Foro Amm.*, 2023, 2, II, 192.

adeguato a porre rimedio al fenomeno della contrattazione abusiva di massa, la quale richiede invece interventi di portata generale. In tale prospettiva, allora, l'intervento correttivo più efficace dovrebbe essere quello offerto dal sistema di *public enforcement*, il quale riserva all'AGCM un potere di intervento istruttorio e sanzionatorio, anche d'ufficio, allorché ravvisi nell'utilizzo delle CGC e degli *standard forms* una possibile fattispecie di abuso di dipendenza economica a discapito di intere categorie di imprese "deboli".

In secondo luogo, il sindacato giudiziale presuppone che il contraente vessato dalle CGC sperequate rivolgendosi l'autorità giudiziaria si sobbarchi il rischio anche economico non solo del processo, ma anche della possibile nomea di "cattivo" *partner* commerciale agli occhi degli altri operatori del mercato.

In forza di tali considerazioni, la soluzione più efficace è parsa essere quella di privilegiare i c.d. strumenti autoritativi, ossia quelli legislativi o amministrativi, attuabili d'ufficio o comunque indipendentemente dall'iniziativa di parte, volti a definire i requisiti minimi delle CGC nei rapporti B2b per assicurare una più incisiva e pratica tutela all'impresa "debole" sin dalla fase di predisposizione del regolamento contrattuale⁵¹⁹. Il rischio connesso a tale sistema di controllo sostanziale, però, è che essendo destinato ad operare *a priori* indipendentemente dalla natura del rapporto bilateralmente commerciale instaurato, possa rivelarsi talvolta un rimedio eccessivo, ponendosi in conflitto con i principi di libertà di concorrenza e di autonomia privata, capisaldi della contrattazione d'impresa.

⁵¹⁹ In tal senso V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 276 ss., 327 e 339 (nota 149) il quale osserva che altra dottrina (in particolar modo tedesca) sostiene, invece, che gli strumenti di controllo autoritativi di natura legislativa rischiano di costituire un rimedio eccessivo rispetto alle concrete esigenze di protezione del contraente "debole", alle quali è possibile far fronte anche per mezzo di tecniche meno incisive e meno limitative della libertà di iniziativa economica del contraente predisponente; in tal senso si v. I. GUDIAN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Ärger mit dem «Kleingedruckten»*, in 3 (1973) *RG*, spec. pp. 87 ss.

3.4.3 La buona fede quale strumento di controllo della giustizia contrattuale nei rapporti B2b

Nel Codice civile italiano manca un principio generale di giustizia contrattuale in grado di legittimare un sindacato giudiziale generalizzato sul contenuto del contratto bilateralmente commerciale.

Parte della dottrina, nel tentativo di dare concretezza al principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, ha valorizzato il principio di correttezza e buona fede oggettiva quale strumento di controllo correttivo e/o integrativo della volontà negoziale delle parti a disposizione dell'autorità giudiziaria, oltre che come mezzo per vagliare il contenuto del regolamento negoziale B2b in funzione di garanzia del giusto equilibrio di opposti interessi⁵²⁰. Secondo questa prospettiva, la buona fede non solo costituirebbe uno strumento di integrazione del contratto, ma anche un criterio di delimitazione dell'esercizio abusivo dell'autonomia privata nella determinazione dei diritti ed obblighi tra le parti e, dunque, un canone per il riequilibrio del contenuto del contratto finalizzato alla rimozione delle condizioni inique e squilibrate.

Ciò non significa però che la buona fede possa operare come principio legittimante un sindacato giudiziale generalizzato sul contenuto del regolamento contrattuale. Non può infatti essere accolta la tesi secondo cui il giudice sarebbe sempre autorizzato a correggere o modificare il contratto per controbilanciare i diritti e i doveri delle parti, considerato che non ogni contratto B2b squilibrato è il risultato dell'esercizio abusivo del potere di mercato e dell'autonomia privata di impresa⁵²¹. Si osservi che innanzi ad un regolamento contrattuale particolarmente vantaggioso per una delle parti, in termini di diritti e di obblighi, il contratto non si qualifica necessariamente come contrario al principio di buona fede, poiché tale posizione di vantaggio potrebbe

⁵²⁰ Per un approfondimento si vedano P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., pp. 112 ss.; I. LIBERO NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., pp. 1251 - 1273; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., p. 111; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2000, pp. 345 ss. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., 19 ottobre 2022, n. 30853, in *Guida dir.*, 2022, 49.

⁵²¹ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., pp. 30 ss., ove afferma che «non è rinvenibile nel sistema un principio generale che consenta un controllo giudiziale generalizzato sul contenuto del contratto al fine di garantire la “giustizia” del regolamento negoziale. In particolare, tale principio non può essere individuato nella “buona fede”»; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 652, il quale sottolinea che il richiamo al canone della buona fede mostra dei limiti applicativi dal momento che tale clausola rappresenta una formula generale che necessita di essere concretizzata dall'interprete ai fini della sua operatività.

essere stata bilanciata nell'interesse dell'altro contraente attraverso l'imposizione di un prezzo più elevato, così come un insieme di diritti e di obblighi non convenienti potrebbe essere stato compensato da una riduzione del prezzo.

Con riferimento all'operatività e agli effetti dello strumento di controllo del principio generale di buona fede, la dottrina ne ha ricavato una duplice funzione: una demolitrice e l'altra ricostruttiva o additiva.

Secondo la prima funzione, la buona fede oggettiva opererebbe come regola di condotta sino a divenire criterio ermeneutico di valutazione del contenuto del regolamento contrattuale, consentendo una verifica degli equilibri esistenti tra gli interessi sottesi al negozio⁵²². Verifica che, ove riveli un esito negativo a fronte dell'accertamento della condotta abusiva assunta da una delle parti nell'esercizio dell'autonomia privata di impresa, dovrebbe condurre alla caducazione della singola clausola contrattuale, concretizzando così l'azione demolitrice.

In merito a tale prospettazione sono tuttavia sorti dubbi sulla natura della sanzione che determina la caducazione della previsione contrattuale contraria al canone di buona fede. È stato discusso se la sanzione si traduca in un'inefficacia del contratto squilibrato o di una parte di esso, ovvero in un'ipotesi di invalidità. Un primo indirizzo sostiene che la sanzione più coerente con la *ratio* protettiva del contraente "debole" sarebbe quella dell'inefficacia⁵²³. Altra dottrina ha invece osservato che la sanzione dovrebbe concretarsi nella dichiarazione di nullità della singola previsione contrattuale contraria a buona fede in quanto, diversamente, la soluzione dell'inefficacia sarebbe

⁵²² In giurisprudenza si rinvia alla nota sentenza *Fiuggi*, Cass. Civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1997, 414, secondo cui "il principio di correttezza (art. 1175, c.c.) costituisce il limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale e contribuisce alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo di assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto. Il principio suindicato (buona fede oggettiva) concorre a creare la *regula iuris* del caso concreto".

⁵²³ E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., pp. 507 - 538. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Guida dir.*, 2016, 30, con la quale la Suprema Corte ha sancito che, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, la violazione dell'obbligo di buona fede non può incidere sulla genesi dell'atto negoziale, non essendo idonea a provocarne la nullità, ma al più può determinare il sorgere un obbligo risarcitorio (si tratta del principio enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in occasione della pronuncia relativa alla disciplina applicabile alle clausole c.d. *claims made*, con la quale è stato escluso che se ne possa invocare la nullità per violazione del canone di buona fede e correttezza).

unicamente volta ad eludere il più generale istituto dell'invalidità, quale tipico rimedio operante nell'ambito dei rapporti ingiustificatamente squilibrati⁵²⁴.

Per quanto attiene alla funzione ricostruttiva, la clausola generale di correttezza o di buona fede oggettiva attribuirebbe al giudice il potere di intervento *ex fide bona* sul regolamento contrattuale per riequilibrarne il contenuto, pur sempre assicurando la realizzazione dell'affare perseguito dalle parti, nel rispetto sia degli interessi privati che delle finalità di utilità sociale⁵²⁵.

La riconducibilità di tale strumento interpretativo nel campo operativo del sindacato di merito riservato all'autorità giudicante è tuttavia questione ancora dibattuta. Non è infatti mancata la dottrina che ha manifestato un atteggiamento contrario alla qualificazione della clausola di buona fede come principio legittimante un potere correttivo, ritenendo che la giustificazione di un sindacato sul contenuto delle CGC dovrebbe essere più correttamente rinvenuta nel canone di equità⁵²⁶.

⁵²⁴ In tema di inefficacia come strumento di conformazione del contratto abusivo si vedano A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 121 - 137, ove osserva che l'indagine sull'inefficacia del patto abusivo, in grado di escludere la produzione soltanto di taluni degli effetti finali dell'accordo, può rivelarsi ricca di suggestioni allorché si osservi tale strumento come mezzo di intervento legale volto alla conservazione del contratto, anziché alla sua caducazione; ad ogni modo, l'Autore ritiene che il richiamo alla nullità sia più corretto dal punto di vista razionale, oltre che compatibile con l'intervento correttivo dell'autonomia privata rimesso al giudice; L. NONNE, *op. cit.*, spec. p. 109 s.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., spec. p. 69.

⁵²⁵ Cfr. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 233 - 237; S. RODOTÀ, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in *Il controllo sociale delle attività private*, ID. (a cura di), Bologna, 1977, pp. 240 ss.; L. NONNE, *op. cit.*, p. 9; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 197 - 201; A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, cit., pp. 357 s.; F. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, nota a Cass. Civ. ord. n. 32478/2019, *Quaderni Costituzionali*, 2020, pp. 151 - 172. In giurisprudenza si veda Trib. Firenze, 21 gennaio 2021, n. 180, in *DeJure*, 2021: «I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto».

⁵²⁶ Per un approfondimento si v. L. NONNE, *op. cit.*, p. 105, il quale a riprova del potere equitativo affidato al giudice richiamata la funzione correttiva sancita dall'art. 1384 c.c. in tema di riduzione della penale manifestamente eccessiva; A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 143 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., pp. 228 ss. spec. p. 237 s. ove l'Autore osserva che utili indizi circa la sussistenza del potere del giudice di poter intervenire sul contenuto negoziale determinato dalla parte economicamente più forte che non abbia fatto buon uso del suo potere, si possono desumere in via interpretativa, a contrario, sia dall'art. 1183 ii) comma c.c. che attribuisce al giudice il potere di sostituirsi alla parte che non ha fissato un termine equo per l'adempimento nell'interesse dell'altro contraente, sia

Così, un ulteriore strumento di controllo sostanziale del contratto, la cui operatività non può comunque prescindere dalla discrezionalità del giudice, è stato ipotizzato nel principio di equità⁵²⁷, quale strumento di riequilibrio dei diritti già esistenti in capo alle parti⁵²⁸.

Va tuttavia osservato che se la regola di condotta secondo buona fede non è di per sé in grado di giustificare la regola della c.d. giustizia contrattuale, in quanto precetto rivolto esclusivamente alle parti, la soluzione al problema neppure può essere rinvenuta nell'intervento equitativo del giudice, volto a bilanciare le esigenze ed i sacrifici reciproci delle parti, trattandosi di un rimedio azionabile per porre rimedio ad eventi eccezionali e che non siano dipesi dal comportamento dei contraenti.

Anche tale prospettazione circa il controllo sostanziale operabile in forza del principio di equità facendo ricorso a valutazioni di convenienza si è perciò dimostrato inappagante, soprattutto tenuto conto che il potere di intervento equitativo del giudice può essere ammesso nei soli casi espressamente previsti dalla legge⁵²⁹, tra i quali, allo stato attuale, non si annovera il sindacato sulle clausole onerose nei rapporti B2b.

Benché la tendenza manifestata sia quella di colmare il vuoto normativo ricercando tale principio anche facendo ricorso agli ordinari procedimenti interpretativi, oggi, alla luce di quanto visto, si ritiene che la fonte giustificativa della giustizia

dall'art. 1349 c.c., il cui primo comma sancisce che «*se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice*».

⁵²⁷ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, pp. 75 ss., spec. p. 83 ove afferma che i riferimenti positivi al principio di equità danno atto di una concreta «presa di posizione favorevole ad un ampliamento dei poteri discrezionali dell'organo giudicante, che non una vera e propria presa di posizione dommatica favorevole al principio di equità, considerato nella sua autonoma funzione»; A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 340, ove precisa che la buona fede e l'equità godono di sfere di competenza distinte: da un lato, è indiscussa la qualificazione della buona fede in termini di clausola generale, mentre, dall'altro, altrettanto non può dirsi per l'equità tenuto conto che il giudice quando ricorre al criterio equitativo non può ricavarne una regola generale di decisione che possa prescindere dalle circostanze del caso concreto e dal regolamento contrattuale definito dalle parti.

⁵²⁸ In tal senso, il potere correttivo in via equitativa rimesso al giudice non rappresenterebbe un limite al pieno e libero esercizio dell'autonomia privata delle parti di autodeterminarsi nei rapporti contrattuali, ma sarebbe volto a scongiurare interventi esterni imprevedibili ed ingovernabili. Si veda I. LIBERO NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, cit., p. 1463.

⁵²⁹ Tra i casi per i quali la legge ammette espressamente un potere di intervento correttivo del giudice, in attuazione del principio di equità, vi rientra l'art. 1384 c.c. in tema di riduzione equitativa della clausola penale e l'art. 1526 c.c. in materia di risoluzione del contratto di vendita, per la quale il legislatore ha previsto la riduzione equitativa dell'indennità convenuta nell'interesse del venditore. In tal senso si v. L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 9 ss. Sul punto si veda F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 115 ss., ove l'Autore affronta e approfondisce la dottrina secondo cui l'idea dell'equità come giustizia del caso concreto rappresenta un'immagine utopistica dello strumento.

contrattuale nella fase di formazione del contratto non possa essere rinvenuta nella buona fede *in contrahendo* ex art. 1175 c.c.

La buona fede⁵³⁰ costituisce invero un criterio di qualificazione di un comportamento positivo o negativo della parte, a seconda dell'osservanza o meno del precetto legale, operante sin dalla fase della formazione del regolamento contrattuale, fino alla sua esecuzione. Si potrebbe allora ipotizzare che il principio giustificativo del sindacato sostanziale possa essere rinvenuto nella buona fede *in executivis*, consentendo così al giudice di correggere e integrare il regolamento contrattuale riconducendolo ad equità⁵³¹. Tuttavia, sebbene la buona fede *in executivis* imponga al contraente di dare corso ai propri obblighi contrattuali con modalità tali da non pregiudicare gli interessi dell'altra parte nei limiti dell'apprezzabile sacrificio⁵³², la stessa non può fungere da strumento di garanzia della giustizia contrattuale a tal punto da limitare o – addirittura – eliminare diritti spettanti alla parte contrattualmente più “forte” ovvero da imporre a quest'ultima obblighi non discendenti dal contratto o dalla legge, ulteriori rispetto a quelli accessori strettamente connessi alle modalità di adempimento delle obbligazioni e discendenti proprio dal principio generale di buona fede⁵³³.

⁵³⁰ Per un approfondimento sulla clausola generale di buona fede, quale regola di condotta dell'attività interpretativa oltre che come canone ermeneutico, si rinvia a F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, cit., spec. pp. 9 – 19; I. LIBERO NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, cit., pp. 1449 – 1476, spec. p. 1461; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 328 s., il quale osserva che «la buona fede in senso oggettivo si specifica nei canoni della lealtà e della salvaguardia, con ciò imponendo alle parti non soltanto di evitare comportamenti sleali, ma anche di salvaguardare ciascuna l'interesse e l'utilità dell'altra»; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 1983, pp. 205 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2001, pp. 537 - 559; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 339; M. GRONDONA, *op. cit.*, pp. 245 - 254, il quale definisce la buona fede oggettiva come regola di giudizio dell'agire contrattuale, nonché come criterio eminentemente interpretativo provvisto di potenzialità integrative.

⁵³¹ In una prospettiva critica si veda A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 344 s., il quale osserva che sarebbe opportuno escludere la funzione integrativa della buona fede e riservare a tale clausola il compito di sovrintendere all'applicazione delle regole sull'esecuzione del rapporto negoziale al fine di scongiurare un esercizio abusivo o emulativo da parte di uno dei contraenti dei diritti e delle prerogative scaturenti dal contratto.

⁵³² In origine si riteneva che la buona fede operasse esclusivamente quale criterio di valutazione del comportamento dei contraenti. Successivamente, una volta individuato il fondamento costituzionale del principio nell'art. 2 Cost., ne è stata valorizzata la funzione integrativa del programma negoziale in una prospettiva di cooperazione tra le parti, identificandone le prestazioni “accessorie” discendenti, al pari della legge, degli usi e dell'equità.

⁵³³ Cfr. G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., p. 15 s. In una diversa prospettiva si veda A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2005, pp. 927 – 929, secondo cui la regola della buona fede oggettiva non viene più osservata solo come fonte di integrazione del contratto, ma anche come limite all'autonomia privata e quale strumento di controllo del contenuto e dell'equilibrio dei rapporti ossia quale strumento di razionalizzazione delle operazioni

In termini pratici ciò significa che, in assenza di un principio generale di giustizia contrattuale, in caso di accertamento di un regolamento contrattuale B2b eccessivamente squilibrato, il giudice dovrebbe astenersi dall'entrare nel merito dello scambio B2b, limitandosi a sanzionare la violazione dell'obbligo di agire secondo buona fede tradottasi nell'assunzione di una condotta abusiva, condannando l'impresa relativamente dominante che abbia abusato del proprio potere di mercato al risarcimento dei danni sofferti dall'impresa "debole"⁵³⁴.

Dovendo pertanto ritenere che l'abuso di dipendenza economica costituisce una concretizzazione della violazione del principio generale di buona fede ⁵³⁵ - *in*

contrattuali; ID., *Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice*, in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2007, p. 712 s., ove commentando la pronuncia della Corte di Cassazione, 28 settembre 2006 n. 21066 (in occasione della quale è stato statuito che in tema di clausola penale, il potere di ufficio di riduzione ad equità, essendo previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela, può essere esercitato anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale) ha affermato che «l'autonomia contrattuale trova, dunque, un limite generale nel controllo-giudizio di meritevolezza che il giudice è tenuto comunque a compiere anche d'ufficio, a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento giuridico, in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti contrattuali e, con la clausola generale di buona fede e correttezza, inerente anche alla fase di formazione del contratto». Si vedano anche F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, cit., pp. 233 – 282; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 72 e 323 ove l'Autore ricorda che la clausola generale di correttezza e buona fede *in executivis* consente al giudice un controllo sull'esercizio dei poteri riconosciuti dal contratto alle parti, senza implicare la nullità delle clausole che riconoscono tali poteri o prerogative ai paciscenti.

⁵³⁴ La regola di comportamento della buona fede oggettiva costituisce un atteggiamento dovuto e imposto alle parti, nonché criterio di determinazione delle obbligazioni gravanti in capo alle parti, la cui violazione può determinare solo la condanna della parte inadempiente al risarcimento dei danni e non anche l'invalidazione del negozio. In questo senso Cass. Civ., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, 133: «La disposizione dell'art. 1337 c.c. - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto - è (al pari di quelle degli art. 1175 e 1375 c.c.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le "norme imperative", aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal comma 1 dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata».

⁵³⁵ In tal senso si veda Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 17 settembre 2019, in *AIDA*, 2020, 1, 794: «Il divieto di abuso di dipendenza economica trova applicazione non solo nei contratti di subfornitura ma costituisce espressione di un principio più generale dell'ordinamento, in forza del quale si assegna una valenza precettiva particolarmente intensa al canone di buona fede nello svolgimento dei rapporti tra imprenditori»; 740: «Il divieto di abuso di dipendenza economica attiene a tutti i contratti di durata che conferiscono veste giuridica ad operazioni economiche caratterizzate da investimenti specifici difficilmente riconvertibili e che quindi pongono una delle parti in una posizione di particolare debolezza rispetto all'altra, poiché in questo modo viene privata della possibilità di perseguire eventuali alternative soddisfacenti sul mercato»; Trib. Ancona, 28 febbraio 2022, n. 299, in *DeJure*, 2022: «L'abuso di dipendenza economica nell'ambito dei contratti di fornitura si configura in presenza dei seguenti requisiti: 1. sussistenza della situazione di "dipendenza economica", che va intesa non come mera asimmetria di diritti e di obblighi tra le parti, ma come squilibrio eccessivo; 2. condotta arbitraria contraria a buona fede, ossia una vessazione intenzionalmente perpetrata sull'altra impresa, in vista di

contrahendo, in ipotesi di imposizione di CGC eccessivamente squilibrate o di rifiuto ingiustificato di contrarre, ovvero *in executivis*, in caso di interruzione ingiustificata del rapporto - è pacifico che in ipotesi di violazione del precetto di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998, in capo all'impresa abusante sorge l'obbligo di risarcire i danni subiti dall'impresa economicamente dipendente⁵³⁶.

In merito alle conseguenze derivanti dalla violazione della regola di buona fede oggettiva, il dibattito insorto nel tempo circa la commistione tra gli ordini di regole di validità e di comportamento è stato risolto collocando il dovere di correttezza tra le regole di comportamento idonee a generare un giudizio di responsabilità e non di validità del contratto⁵³⁷. Tale prospettazione ha trovato conferma anche nel principio

fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante».

⁵³⁶ Al contempo, però, bisogna tenere ben distinte la violazione della clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.* dall'ipotesi di violazione del divieto di abuso di dipendenza economica *ex art. 9 Legge n. 192/1998* la quale, come visto, come ne rappresenta una mera concretizzazione, dal momento che al verificarsi di determinate condizioni - ci si riferisce al caso di imposizione di CGC eccessivamente squilibrate - quest'ultima può assumere le vesti di una regola di validità che, in quanto tale, va oltre alla regola di comportamento di cui alla clausola generale di buona fede. Ne consegue che l'istituto della buona fede oggettiva non può essere avvertito come mezzo rimediabile alternativo o equivalente a quello di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 del quale si darà atto nel corso della ricerca, giacché aventi funzioni, presupposti e conseguenze divergenti (così L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., pp. 834 - 847 ss., il quale osserva che deve essere disattesa, in quanto assolutamente fuorviante, l'idea dottrinale talvolta sostenuta secondo cui il divieto di abuso di dipendenza economica *ex art. 9 l. subf.* rappresenterebbe una norma superflua per il sistema, essendo sufficiente invocare in sua vece la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*; nello stesso senso si veda M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 23 ss. spec. nota 12; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 129).

⁵³⁷ La scelta di politica legislativa assunta dal legislatore nel differenziare le due categorie di norme, rispettivamente di validità e di responsabilità, è naturalmente conseguita in ragione della diversa funzione loro attribuita, ossia la certezza dei rapporti giuridici per le prime e la realizzazione della giustizia sostanziale per le seconde. Tale contrapposizione può anche essere osservata in una prospettiva più ampia soffermando l'attenzione sulle c.d. norme imperative: da un lato, si pongono le norme imperative che impongono regole di validità, ossia negando rilevanza agli atti di autonomia ad esse contrari dando luogo alle c.d. nullità virtuali e, dall'altro, vi sono le norme imperative - di impronta ordoliberal e, dunque, di matrice interventista - che invece pongono solo regole di comportamento, essendo volte alla conservazione dei negozi ad esse non conformi, correggendoli attraverso la sostituzione automatica delle previsioni difformi con clausole legali e all'integrazione coattiva del regolamento (cfr. M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, cit., pp. 71 - 74, ove affronta la distinzione tra norme imperative volte a porre regole di validità e quelle che, invece, pongono solo regole di comportamento; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. pp. 336 - 342; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 135 s.; ID., *Il contratto del duemila*, cit., pp. 46 ss.; A. ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 694; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 1624; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 321, ove, con riferimento alle nullità virtuali, afferma che anche nell'art. 1418 i) comma c.c. si può rinvenire la distinzione tra regole di validità e di responsabilità: un contratto non può ritenersi nullo allorché la norma violata, anche se imperativa, concerne la mera condotta assunta da una delle parti nella fase precontrattuale o esecutiva e non la validità dell'accordo raggiunto).

desunto dalle note sentenze gemelle “Rordorf”⁵³⁸, a fronte delle quali è stata smentita la teoria secondo cui dalla violazione del principio di buona fede *in contrahendo* scaturirebbe un effetto invalidante delle singole previsioni contrattuali. Ciò anche laddove la violazione della buona fede sia addebitabile all’impresa che, abusando della condizione di dipendenza economica altrui *ex art. 9 della Legge n. 192/1998*, abbia imposto all’imprenditore “debole” CGC particolarmente inique e onerose. È, infatti, pacifico che il giudizio di responsabilità possa coinvolgere anche un contratto valido e correttamente perfezionato allorché il contraente “debole” abbia subito danni quali diretta conseguenza del comportamento abusivo e scorretto assunto dall’altro.

Alla luce di quanto visto, la buona fede non può operare come strumento di controllo della giustizia contrattuale nei rapporti B2b in grado di ricondurre ad equità il regolamento negoziale, seppure sorto a condizioni inique, attraverso una modifica e/o correzione del contenuto squilibrato. Ciò significa che la regola giustificativa della c.d. giustizia contrattuale va rinvenuta altrove, ossia nelle norme, anche *extra codicem*, che rappresentano una concretizzazione della violazione del principio generale di buona fede e dalla cui violazione non può che conseguire una responsabilità in termini di risarcibilità dei danni arrecati. Ragion per cui il fondamento legittimante il sindacato sostanziale sul contenuto contrattuale nell’ambito dei rapporti B2b è stato poi ricercato nella legislazione speciale e rinvenuto nell’art. 9 della legge sulla subfornitura, quale disposizione avente portata generale e suscettibile di interpretazione estensiva.

3.4.4 Considerazioni di sintesi in tema di sindacato sostanziale sulle CGC nei rapporti B2b

L’esigenza di non lasciare indifesa l’impresa economicamente “debole” nei rapporti B2b impone la ricerca di una soluzione in grado di affrancare quest’ultima dall’alternativa di dover scegliere se accettare il regolamento contrattuale eccessivamente squilibrato imposto dalla controparte o sottostare all’abuso perpetrato da quest’ultima, oppure se rinunciare all’offerta altrui ovvero reagire alla condotta

⁵³⁸ Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12 e in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775.

arbitraria e ingiustificata attivando il sistema rimediabile offerto dall'art. 9 della Legge n. 192/1998 di *private e public enforcement*.

Ponendo lo sguardo all'abuso di dipendenza economica realizzato a fronte dell'inclusione nel regolamento contrattuale di CGC eccessivamente onerose è stato possibile riscontrare come la questione attenga alla riconoscibilità di una sorta di dipendenza auto-indotta ovvero di autoresponsabilità dell'impresa, nell'intento di chiarire se ai fini del giudizio di abusività e dell'applicabilità dell'art. 9 Legge n. 192/1998 possa o meno avere rilievo la condotta assunta dall'impresa "dipendente" che abbia contribuito direttamente al determinarsi del proprio stato di dipendenza allorché l'accettazione delle clausole eccessivamente squilibrate sia avvenuta in modo pienamente libero e consapevole e il pericolo di dipendenza possa dirsi immediatamente riconoscibile e facilmente evitabile.

Con tale riflessione non si vuole sostenere che l'art. 9 in parola può trovare applicazione soltanto quando l'impresa "debole" non ha contribuito alla determinazione della propria condizione di dipendenza, bensì si vuole promuovere l'idea per cui, oltre un certo limite, la condotta imprudente di quest'ultima - ove facilmente evitabile - deve ritenersi *sibi imputet* e, in quanto tale, deve essere presa in considerazione dall'interprete in sede di concessione della tutela accordata dalla legge e dei connessi rimedi. Una differente prospettazione indurrebbe a ritenere esistente nel nostro sistema un principio di giustizia sostanziale *tout court*, svincolato dall'accertamento di una serie di circostanze oggettive e soggettive che, in quanto tale, si porrebbe altresì in conflitto con i principi cardine dell'autonomia privata, della libertà di impresa e di concorrenza, tipici del sistema d'economia di mercato quale è quello italiano.

Al contempo, come visto, la condizione di dipendenza economica è insita e tipica di alcuni rapporti commerciali, quali i contratti di subfornitura o di *franchising*. Pertanto, in casi come questi, la tutela contro gli abusi va giustificata e concessa anche allorché l'impresa "dipendente" abbia direttamente contribuito al determinarsi del proprio stato di "debolezza" attraverso la conclusione di un contratto eccessivamente e manifestamente squilibrato.

In assenza di un preciso quadro rimediabile offerto dal Codice civile o dalla legislazione speciale, l'intento del presente studio non è certo quello di riconoscere all'autorità giudicante una sorta di "delega in bianco" di intervento sul regolamento

contrattuale – di per sé certamente incostituzionale -, bensì quello di delineare un potere di riequilibrio del contenuto normativo del contratto rimesso alla cura del giudice, nella prospettiva di tutela delle imprese “deboli” maggiormente esposte alle condotte abusive e anticoncorrenziali, nel rispetto del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall’art. 41 Cost.

La più moderna e generale tendenza è quindi quella di garantire la giustizia economico-normativa del contratto, assicurando una tutela all’impresa economicamente dipendente per mezzo dell’intervento legislativo *ex ante* (ai sensi dell’art. 1341 c.c.) e del giudice *ex post* (ai sensi dell’art. 9 Legge n. 192/1998), in funzione di correzione dei disequilibri e di concretizzazione dell’equità dei rapporti, nel rispetto del programma contrattuale come in origine delineato dalle parti. Il limite connesso all’operatività di tale sistema rimediale e correttivo è, tuttavia, dato dalla carenza di regole e criteri oggettivi di rideterminazione giudiziale del regolamento contrattuale, ossia dall’ampio margine di discrezionalità e di errore a cui potrebbero essere esposti i rapporti commerciali. Ne consegue che, qualora il potere etero-integrativo non sia attuabile o sia insufficiente ad assicurare una tutela effettiva all’impresa economicamente dipendente, il rimedio negoziale più efficace e sistematicamente corretto è rappresentato dalla dichiarazione di nullità dell’accordo, anche al costo di caducazione dell’intero contratto con sacrificio degli interessi dell’impresa abusata.

L’obiettivo non è quello di negare capacità estensiva alle norme in grado di porre limiti all’autonomia di impresa, ove tale necessità sia volta ad assicurare protezione al contraente “debole”, ma neppure quella di sostenere che l’autorità giudiziaria è sempre autorizzata ad attuare un sindacato sostanziale, in nome della c.d. giustizia contrattuale, attuando un intervento correttivo, integrativo e/o modificativo del regolamento squilibrato. Una simile soluzione non troverebbe peraltro giustificazione nel diritto positivo.

CAPITOLO IV

Il sistema rimediabile di *private enforcement* a tutela dell'impresa “abusata” in condizioni di dipendenza economica

SOMMARIO: 4.1 Una panoramica del sistema rimediabile a protezione dell'impresa “debole” in ipotesi di abuso di dipendenza economica – 4.1.1 L'inquadramento della nullità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: la tesi della nullità parziale nel rispetto del principio di conservazione del contratto – 4.1.2 Sulla legittimazione ad agire in ipotesi di abuso di dipendenza economica – 4.1.3 Osservazioni di sintesi sulla nullità per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica – 4.2 Il potere etero-integrativo del giudice sul regolamento in ipotesi di abuso contrattuale – 4.2.1 Nullità del patto abusivo e conservazione del contratto: verso il superamento dell'art. 1419 c.c. – 4.2.2 (segue) Il concorso tra tecniche di adattamento del contratto: la sostituzione del patto abusivo con regole dispositive – 4.2.3 Un'ipotesi di rinegoziazione del contratto squilibrato – 4.3 L'obbligo legale a contrarre a fronte dell'abuso di dipendenza economica “fuori contratto”: un'applicazione estesa dell'istituto – 4.4 La tutela inibitoria (anche positiva) e risarcitoria come rimedio per l'impresa economicamente dipendente

4.1 Una panoramica del sistema rimediabile a protezione dell'impresa “debole” in ipotesi di abuso di dipendenza economica

Chiarita la natura e la *ratio* del divieto di abuso di dipendenza economica, alla luce dei casi analizzati, l'attenzione va ora posta al sistema rimediabile di *private enforcement* approntato dall'art. 9 della Legge n. 192/1998 per accertare quale tra i rimedi ivi previsti, sostanziali e processuali, sia il più adeguato a garantire un'effettiva protezione all'impresa “debole” vittima dell'altrui abuso.

L'originario rimedio sancito dalla disposizione era la nullità della previsione negoziale attraverso la quale l'impresa dominante aveva dato luogo ad un'ipotesi di abuso di dipendenza economica.

L'evoluzione dell'istituto della nullità, quale mezzo di conformazione del regolamento negoziale, ha tracciato il passaggio della legislazione del '900 all'attuale epoca postmoderna nella quale l'esigenza di controllo dell'agire degli operatori del

mercato è divenuta sempre più marcata⁵³⁹, in una prospettiva tanto protezionistica dei contraenti “deboli”, quanto conformatrice degli scambi economici.

I temi della nullità e, in particolare, delle sorti del contratto dichiarato solo parzialmente nullo sono stati oggetto di un rinnovato interesse, soprattutto grazie al vivo processo di produzione normativa di matrice europea orientato al perseguimento di obiettivi di efficienza e razionalità del mercato e degli scambi. Tuttavia, benché tale intervento sia stato fondato su un approccio di eterodeterminazione del contenuto contrattuale minimo nell’ottica di tutela del contraente “debole”, non sempre è stato affiancato da un completo apparato di rimedi cui ricorrere a fronte della violazione delle norme protezionistiche introdotte. Motivo per cui gli interpreti non hanno potuto far altro che rifarsi alle c.d. nullità virtuali e alle nuove c.d. nullità virtuali di protezione, quali forme di invalidità inesprese ma insite nella natura imperativa della norma⁵⁴⁰.

A ciò si aggiunga che, a fronte della frequente inidoneità della sanzione della nullità ad assicurare una tutela effettiva in ipotesi di abuso, con la riforma di cui alla Legge n. 57/2001 art. 11, il legislatore ha completato il quadro rimediario riconoscendo al contraente “debole” la possibilità di esperire l’azione inibitoria e risarcitoria, perseguendo più efficacemente l’esigenza protettiva sottesa alla norma imperativa violata, quale è l’art. 9 della Legge n. 192/1998.

Le riflessioni che seguiranno saranno volte ad analizzare i rimedi esperibili dall’impresa vittima dell’abuso attuato in ambito contrattuale oppure “fuori contratto”.

⁵³⁹ In tal senso si veda V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, cit., p. 480 secondo cui lo strumento della nullità non risponde più «ad una logica di fattispecie ma ad una esigenza di controllo del regolamento contrattuale».

⁵⁴⁰ Cfr. M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità “virtuali” di protezione?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, pp. 175 ss., la quale richiama la Relazione al Codice Civile la quale riporta che «la violazione delle norme imperative [...] è ricordata quale ragione autonoma di nullità per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita» (*Relazione al codice civile*, in *Libro delle obbligazioni*, n. 116 (nella precedente versione) e n. 649 (nella versione definitiva), Roma 1941, p. 100); A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., pp. 301 - 308 e 313 - 318, ove osserva che, in mancanza di una definizione legale univoca della nozione di “norma imperativa”, il compito di individuare i criteri idonei a qualificare la norma come imperativa è rimesso in via esclusiva all’interprete; A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 159, il quale affrontando il tema delle nullità testuali e virtuali di protezione afferma che «le norme di protezione, nel voler reprimere abusi, non si interessano solo della condotta abusiva in quanto tale ma altresì del contenuto negoziale, ed in particolare della clausola contrattuale in cui la condotta abusiva si traduce, identificandone con precisione i caratteri». Di diverso avviso si veda G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2005, p. 644 e 651, ove sostiene che in ipotesi di clausole vessatorie il rimedio della dichiarazione di nullità sarebbe connesso alla contrarietà del patto all’ordine pubblico di protezione e non per contrasto con norme imperative.

Oltre a ciò, verranno indagati i principali strumenti normativi dei quali la giurisprudenza si avvale per integrare e colmare le eventuali lacune dell'accordo, residue a fronte della rimozione della clausola dichiarata nulla, allorché il negozio non possa sopravvivere in mancanza della stessa.

4.1.1 L'inquadramento della nullità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998: la tesi della nullità parziale nel rispetto del principio di conservazione del contratto

Come noto, nel rispetto del principio dell'autonomia contrattuale, le parti sono libere di regolamentare i rapporti derogando alle norme dispositive in materia contrattuale. Tale potere derogatorio nei rapporti B2b non è però scevro da limiti, ma al contrario incontra il principale ostacolo nell'art. 9 della Legge sulla subfornitura, il quale ne delimita la soglia di abusività oltre la quale la clausola derogatoria o, comunque, le CGC eccessivamente gravose e onerose sono destinate ad essere colpite da nullità.

Per quanto specificamente concerne la nullità della clausola con cui si realizza l'abuso, la questione principale attiene alla disciplina in concreto applicabile alla luce del combinato disposto tra il dettato codicistico e la legge speciale in materia di subfornitura.

Innanzitutto, la nullità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998, costituendo un rimedio azionabile in ipotesi di abusi per così dire "contrattuali" coincidenti con l'imposizione di CGC gravemente inique o discriminatorie, opera generalmente come vizio genetico e originario del negozio determinando la caducazione del patto con cui l'abuso è stato perpetrato⁵⁴¹. Ciò significa che quando l'impresa "dominante" si approfitta della propria maggior forza contrattuale inducendo l'altra a stipulare un contratto normativamente o economicamente squilibrato, la violazione di tale obbligo determina la nullità dell'accordo o della singola pattuizione. Ciò, salvo il caso in cui venga accertato che la permanenza in vita del rapporto non abbia alcuna influenza in termini di lesione dell'interesse protetto del contraente "debole". La nullità, invero,

⁵⁴¹ In questo senso F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 670; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., spec. p. 68.

rappresenta lo strumento rimediabile al quale l'autorità giudiziaria può fare ricorso allorquando accerti che la lesione dell'interesse tutelato non possa essere prevenuta o scongiurata se non per mezzo della rimozione del vincolo negoziale⁵⁴².

Ad una prima lettura della norma, si potrebbe sostenere che in ipotesi di abuso della condizione di dipendenza economica altrui la sanzione si concretizza nella dichiarazione di nullità *ex art. 1418 i) comma c.c.*⁵⁴³ delle singole clausole o delle CGC in ragione della loro contrarietà a norme imperative⁵⁴⁴, il cui carattere imperativo non discende tanto dall'inderogabilità della norma stessa, posta a tutela di un interesse pubblico o generale, quanto dall'indisponibilità dell'interesse alla cui protezione tale norma è finalizzata.

In tale prospettiva l'abuso di dipendenza economica rappresenterebbe una mera specificazione del dovere di buona fede al quale le parti devono attenersi tanto nella fase di conclusione del contratto, quanto nel corso della sua esecuzione. In altre parole, la sanzione della nullità di cui all'art. 9 andrebbe ricondotta nell'alveo della regola generale dell'art. 1418 i) comma c.c., essendo necessario qualificare come imperativa la

⁵⁴² Cfr. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 95 e 97 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 656 ss.

⁵⁴³ A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 315, il quale evidenzia che l'art. 1418 i) comma c.c. non può essere inteso come una norma di apertura verso forme atipiche di nullità, bensì come regola di chiusura volta a manifestare un'esigenza di completezza del sistema, sancendo l'invalidità del contratto anche ove non espressamente prevista dalla norma violata, allorché tale disposizione possa qualificarsi come imperativa in forza della *ratio* sottesa alla stessa e implicitamente espressa dal legislatore; si veda anche p. 319 ove l'Autore precisa che le norme imperative non devono essere intese quali eccezioni al principio della libertà contrattuale *ex art. 1322 c.c.*, ma come limiti entro i quali le parti possono esercitare liberamente l'autonomia privata.

⁵⁴⁴ In tale prospettiva è stata valutata la possibilità di ampliare il campo di applicazione degli artt. 1418 e 1419 c.c., prevedendo un'ipotesi di nullità nei casi di violazione di norme imperative poste a tutela dell'equilibrio economico del contratto, oltre che normativo, nell'interesse della parte negoziale "debole". Si veda, a titolo esemplificativo, l'ipotesi di nullità del contratto usurario *ex art. 1815 c.c.* o l'ipotesi di inefficacia delle clausole vessatorie introdotta con la Legge n. 52/1996 posta a tutela e a garanzia dell'equilibrio giuridico nei contratti B2C, secondo cui l'abuso della posizione di potere del contraente più forte implica la violazione della buona fede nella formazione del contratto, con la conseguente inefficacia della clausola; cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 422 ss.; R. ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, cit., pp. 611 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 3024 e 3032 s.: un conto è ricorso alla clausola generale della buona fede quale criterio di valutazione del comportamento assunto dalle parti e altro è impiegarla quale strumento per vagliare nel merito il regolamento contrattuale e, dunque, giustificare la correzione o l'invalidazione di una clausola contraria a tale principio; G. CAPO, *op. cit.*, p. 2 ss.; A. ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 3, 2013, pp. 669 - 728, spec. p. 693 s. per un'analisi del ricorso alla clausola generale di buona fede quale criterio di validità delle clausole predisposte dal professionista nei contratti B2C.

norma che obbliga le parti ad agire in buona fede⁵⁴⁵. Ne deriva che in ipotesi di dipendenza economica la valutazione circa la nullità della previsione contrattuale è necessariamente rimessa all'apprezzamento del giudice, in assenza di qualsivoglia preventiva valutazione di fonte legislativa⁵⁴⁶.

Tale soluzione, tuttavia, non appare esaustiva.

Avvertita l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al contraente vessato, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità di percorrere vie alterative, avendo appurato che la nullità ordinaria ed assoluta *ex art. 1418 c.c.*, potenzialmente totale e rilevabile d'ufficio, è sistematicamente e ontologicamente incongruente con la finalità di protezione cui la normativa speciale in esame è in concreto volta⁵⁴⁷. Ciò, oltretutto, se si considera che la nullità di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998 non riflette solo la *ratio* di protezione dell'impresa vessata, bensì una più ampia e generale esigenza di garanzia dell'ordine pubblico economico⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Di questo avviso F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 334; M.A. LIVI, *op. cit.*, pp. 210 ss. Al riguardo, è opportuno dare atto della corrente di pensiero secondo cui la violazione della regola generale di condotta che impone alle parti di agire secondo buona fede, costituendo una norma precettiva o imperativa positiva dettata a protezione e limitazione degli interessi privatistici nella formazione e nell'esecuzione del contratto, non sarebbe idonea a configurare un'ipotesi di nullità *ex art. 1418 i) comma c.c.*, dal momento che quest'ultima norma farebbe esclusivamente riferimento alle ipotesi di contrarietà a norme imperative proibitive (in tal senso si veda Cass. Civ., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 162). Tale prospettazione non è apparsa condivisibile dalla dottrina che ha qualificato tale bipartizione come un mero espediente verbale *ad hoc*, in realtà, ogni norma imperativa è al tempo stesso sia positiva che proibitiva se si considera che l'imposizione di una determinata condotta implica necessariamente la proibizione di comportamenti ad essa contrari (G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 156 ss.).

⁵⁴⁶ M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, cit., pp. 176 - 188, ove, richiamando i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, osserva che «il giudice, ai fini di decidere circa la nullità, deve accertare se la norma imperativa violata "sia stata posta per motivi di ordine pubblico"; sia stabilita "a tutela di un interesse di natura pubblica e generale", il quale "è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, senza possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuni destinatari della norma"; infine, sia "preordinata a soddisfare l'interesse pubblico"».

⁵⁴⁷ Di questo avviso: C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 203, il quale evidenzia che l'obiettivo normativa non è tanto quello di non consentire all'impresa economicamente e normativamente "debole" di concludere un contratto a condizioni gravose, quanto quello di concludere un contratto a condizioni non discriminatorie; M. SPINOZZI, *op. cit.*, pp. 74 ss.; G. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 136 - 139; G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 115, ove l'Autore osserva che «la nullità considerata dal codice civile, impostata secondo le indicazioni della pandettistica tedesca, risulta ormai abbandonata a favore di una rivalutazione della tradizione francese, propensa a modulare la nullità secondo gli interessi di volta in volta perseguiti dalla legge».

⁵⁴⁸ L'invalidità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 è stata, infatti, definita come "nullità funzione" giacché strettamente connessa ad un determinato assetto di interessi promosso da soggetti professionali operanti nel mercato per mezzo della contrattazione seriale, divenuta ormai tipico mezzo di emersione di condotte abusive (cfr. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pp. 199 ss.; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 848 ss.). In giurisprudenza si veda Cass. civ., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 1, II, 3; App. Torino, 8 aprile 2021, n. 393, in *DeJure*, 2021: «Nell'ambito dei principi di ordine pubblico economico va incluso il divieto di abuso di

L'idea della destrutturazione dell'istituto della nullità in ipotesi di abuso di dipendenza economica ha dato vita a due diverse prospettazioni: la prima secondo la quale sarebbe possibile estendere in via analogica la disciplina di protezione prevista a tutela del contraente "debole" sulla presunta identità di *ratio* tra la disciplina di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998⁵⁴⁹ e quella contenuta nel Codice del Consumo, mentre la seconda in forza della quale sarebbe possibile appellarsi ad un'operazione ermeneutica di riduzione teleologica⁵⁵⁰.

In ordine alla prima delle menzionate ricostruzioni, la dottrina maggioritaria ha preso le distanze dalla tesi della nullità dell'intero negozio *ex art. 1418 c.c.*, favorendo la soluzione della conservazione del contratto e riconoscendo all'art. 9 della legge sulla subfornitura la natura di nullità di protezione⁵⁵¹, in quanto tale, relativa, necessariamente parziale⁵⁵² e "stimolabile" d'ufficio⁵⁵³.

dipendenza economica instaurata tra una e l'altra impresa, fra le quali intercorra un rapporto contrattuale: esso può consistere, ad esempio, 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».

⁵⁴⁹ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 165 s., secondo cui «le nuove discipline della nullità parziale necessaria [...] potrebbero essere affermate anche in tutte quelle (numerose) ipotesi in cui indicazioni esplicite quanto all'estensione della nullità difettino e tuttavia la ragione dell'intervento del legislatore ben si concili con la sopravvivenza di un contratto privato della clausola iniqua»; tuttavia «troppo diverse sono le previsioni di invalidità di patti "abusivi" (tutte postulanti una disciplina "speciale" della nullità) perché queste possano, meccanicamente, trarre disciplina l'una dall'altra».

⁵⁵⁰ In una diversa prospettiva, in tema di estensibilità in via analogica del campo applicativo dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 a favore del consumatore che versi in una condizione di dipendenza economica si rinvia a M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 207 - 212, la quale osserva che l'estensione ad ambiti diversi da quelli espressamente previsti dalla norma in parola determinerebbe un'ulteriore compressione dell'iniziativa economica privata, oltretutto se si considera che la protezione dei consumatori in stato di dipendenza economica è già accordata dall'art. 3 della legge *antitrust*.

⁵⁵¹ G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 134; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 220; S. MEUCCI, *op. cit.*, p. 49; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 ss.; C. ATTANASIO, *op. cit.*, pp. 202 ss.; A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 356 s.; R. QUADRI, *op. cit.*, pp. 1143 - 1198. In senso contrario, altra dottrina sostiene che il carattere di eccezionalità di tale forma di invalidità non sia sufficiente a qualificarla come "nullità di protezione", dal momento che tale attribuzione può discendere esclusivamente a fronte di specifiche previsioni legislative; secondo tale opinione si veda G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., spec. pp. 121 ss., secondo cui i) le ipotesi di nullità di protezione discendono solo da previsioni testuali di legge e ii) la nullità *ex art. 1418 i)* comma c.c. deve escludersi allorché la norma imperativa lesa sia posta esclusivamente e salvaguardia della corretta determinazione del contenuto negoziale o della formazione della volontà negoziale, senza essere rivolta alla protezione del valore precettivo del negozio.

⁵⁵² F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 644 s.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 234: la sfida l'interprete chiamato ad intervenire sul regolamento contrattuale si sostanzia nell'opera di selezione delle previsioni contrattuali disapprovate e, in quanto tali, da invalidare, distinguendola così dalla parte "sana" del contratto da preservare; tale difficoltà deriva dal fatto che talvolta il carattere abusivo di una previsione contrattuale, sia essa normativa o economica, può essere colta soltanto avendo riguardo al

Secondo tale impostazione, a fronte della ritenuta indiscutibile somiglianza - se non addirittura identità - di *ratio* che accomunerebbe la disciplina delle clausole vessatorie nei rapporti B2C alla normativa di cui alla Legge sulla subfornitura⁵⁵⁴, è stato affermato che l'art. 9 della Legge n. 192/1998 avrebbe introdotto un'ipotesi di nullità relativa necessariamente parziale⁵⁵⁵.

Avvalorando la prospettazione in parola, si è giunti così ad escludere l'estensione della sanzione della nullità all'intero contratto, analogamente a quanto accade per le clausole vessatorie nei contratti B2C⁵⁵⁶, salvo i casi in cui venga accertata l'essenzialità della clausola colpita dalla nullità rispetto all'intero assetto di interessi sottesi al negozio ovvero la vessatorietà dell'intero sinallagma. In tali casi, invero, non vi sarebbe alcun margine per mantenere in vita il rapporto.

Tale impostazione è stata tuttavia oggetto di critiche che hanno avuto il pregio di evidenziare come tra le due fattispecie B2C e B2b vi sarebbero in realtà notevoli contrapposizioni, sia teleologiche che strutturali, idonee e sufficienti a corroborare la

negozio nel suo complesso, ossia vagliando anche le altre condizioni gravanti sulla controparte; si tratta, quindi, di un'operazione tanto delicata quanto importante dal momento che allorché non sia possibile delimitare l'oggetto della previsione invalida, l'esito non può essere quello dell'estensione della nullità all'intero negozio.

⁵⁵³ La legge, infatti, consente all'interprete di ricavare implicitamente deroghe alla regola dell'assolutezza della nullità di cui all'art. 1421 c.c. Conclusione alla quale, peraltro, si giungerebbe anche perseverando nell'idea per cui sarebbe comunque necessaria un'espressa previsione di legge ai fini dell'ammissibilità di una deroga alla regola generale dell'assolutezza della nullità, dovendosi in ogni caso dare preminente rilievo al fatto che la nullità di cui all'art. 9 è disposta nell'esclusivo interesse dell'imprenditore "debole".

⁵⁵⁴ Per un approfondimento del dibattito si vedano F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss., spec. p. 657; F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 137; U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 408; T. LONGU, *op. cit.*, pp. 345 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., pp. 1179 ss.; E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 74 s.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., pp. 835 ss.

⁵⁵⁵ Con riferimento alla nozione di "nullità relativa" si veda E. BETTI, *op. cit.*, pp. 482 ss. Più nello specifico, in ordine alla nullità relativa ex art. 9 Legge n. 192/1998 si vedano: F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 319; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 36 s. e 249 ss.; F. FALCO, *I contratti di subfornitura (l. 18.6.1998, n. n. 192: Disciplina delle subforniture nelle attività produttive)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Padova, 1999, pp. 715 ss.; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 303 ss.; A. FEDERICO, *op. cit.*, pp. 329 ss.; M.A. LIVI, *op. cit.*, p. 213; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 232 s. secondo cui, nella prospettiva di conservazione del rapporto contrattuale, tale specifica tipologia di nullità speciale sarebbe idonea a determinare la sostituzione della previsione abusiva con clausole imposte ovvero a stralciarla dal regolamento contrattuale, considerandola come "non apposta", consentendo così, ove necessario, l'integrazione dispositiva del negozio.

⁵⁵⁶ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 172, la quale osserva che soltanto vagliando lo specifico interesse tutelato è possibile definire a quali fattispecie è possibile estendere in via analogica la disciplina di protezione; M. SPINOZZI, *op. cit.*, p. 75.

tesi per cui mancherebbe in radice un'*eadem ratio* tra le due normative⁵⁵⁷. In particolare, è stato obiettato che in ipotesi di abuso di dipendenza economica non sarebbe giuridicamente corretto fare ricorso analogico ai rapporti B2C dal momento che non pare rinvenirsi una lacuna normativa tale da giustificare l'applicazione analogica della relatività di cui alla disciplina speciale prevista a protezione della peculiare figura del consumatore⁵⁵⁸.

In una differente prospettiva, un indirizzo giurisprudenziale ha cercato di conciliare la disciplina della nullità ordinaria di cui al Codice civile con le assiomatiche esigenze di tutela dell'impresa "debole", ipotizzando la costituzione di "nuove nullità"⁵⁵⁹ costituenti il rimedio all'abuso perpetrato in spregio alla libertà contrattuale e, dunque, non necessariamente operanti a fonte della mera violazione di norme imperative. Ciò malgrado, anche tale ipotesi non ha trovato ampie adesioni dal

⁵⁵⁷ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 265; R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 717 ss.

⁵⁵⁸ Tale pensiero è condiviso dal Prof. Daniele Maffei secondo cui, a differenza di quanto previsto nei contratti con il consumatore, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 non prevede che la nullità colpisca la singola clausola e che, pertanto, il contratto resti efficace per la restante parte. A ciò conseguirebbe l'operatività dell'art. 1419 c.c. in forza del quale la validità della restante parte dell'accordo è condizionata al fatto che una delle parti o entrambe dimostrino la non essenzialità della clausola afflitta da nullità e che riflette l'abuso perpetrato (D. MAFFEIS, *op. cit.*, spec. p. 83 s.). In una diversa prospettiva Emanuela Navarretta e Gianroberto Villa hanno proposto una soluzione eversiva o, addirittura, innovativa sostenendo che, per ovviare alle gravi conseguenze determinate dall'estensione della nullità all'intero contratto, con conseguenze negative per l'impresa economicamente dipendente, sarebbe possibile applicare l'art. 7 del D.lgs n. 231/2002 attraverso un'analogia *iuris*, ossia utilizzando tale norma quale supporto ad un principio implicito volto a riconoscere la legittimità di un intervento correttivo del giudice innanzi ad un contratto iniquo bilateralmente commerciale, legittimando l'autorità a correggere le clausole aventi ad oggetto interessi moratori sproporzionati ovvero che prevedono dilazioni di pagamento avvalendosi dello strumento correttivo dell'equità, senza fare ricorso ai tassi o ai termini di legge (cfr. E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Bologna, 2009, p. 320 e G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, *ivi*, p. 123). Sul tema si veda anche F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss.; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 665 ss., spec. p. 657, ove precisa che «per quanto il rilievo appaia sistematicamente corretto, esso, non sembra rivestire carattere decisivo. Ciò in considerazione della circostanza che il rinvio alle "diverse previsioni di legge", che possono disattendere il carattere assoluto della nullità, è destinato ad avere una portata sostanziale soltanto quando lo si intenda come rivolto a consentire all'interprete di ricavare in via implicita dall'intero ordinamento giuridico le possibili eccezioni alla regola, non avendo, evidentemente, la deroga introdotta da una norma puntuale alcun bisogno di una preventiva disposizione autorizzatoria per affermarsi».

⁵⁵⁹ Cass. civ., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.: «Configura un'ipotesi di «nullità speciale», quella posta, attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del TFUE e 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico», cosicché si tratta di nullità ulteriore rispetto a quelle che il sistema già conosceva, avente una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 cod. civ.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento — come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (c.d. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (c.d. terzo contratto) — in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale».

momento che una soluzione di tale portata innovativa si rivelerebbe eccessivamente elastica e il parametro di giustizia dell'atto di autonomia privata risulterebbe parzialmente indeterminato generando rivelanti problemi in termini di certezza del diritto⁵⁶⁰.

Parte della dottrina, benché minoritaria, ha ritenuto superfluo e inutile l'ipotizzato intento di edificare una nullità *ad hoc* per le ipotesi di abuso di dipendenza economica ritenendo che il tradizionale istituto della nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, sarebbe sufficiente ad appagare le esigenze di protezione sistematicamente avvertite a favore dell'impresa abusata⁵⁶¹. Per meglio dire, secondo tale ricostruzione, dal momento che dovrebbe pacificamente escludersi qualsivoglia interesse dell'impresa "forte" a far valere l'illegittimità del patto abusivo, la questione circa la legittimazione a far valere la nullità dello stesso sarebbe risolvibile anche senza ricorrere alla teoria della nullità relativa, ma continuando a qualificare la nullità di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 come nullità assoluta⁵⁶².

Senonché anche a tale ricostruzione è inevitabile obiettare che, in un'ottica di garanzia della piena autonomia negoziale dell'impresa dipendente, sarebbe preferibile che la legittimazione venga riconosciuta soltanto a favore di quest'ultima, rimettendo esclusivamente alla stessa la libera scelta di agire per la tutela dei propri interessi⁵⁶³.

La difficoltà conciliativa tra l'istituto della nullità e l'esigenza di protezione dell'impresa abusata discende, dunque, dal carattere potenzialmente totale dell'invalidità *ex art. 1419 i) comma c.c.*⁵⁶⁴, considerato che la nullità parziale del contratto può comportare la caducazione dell'intero negozio se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quello specifico contenuto colpito da nullità⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 5.

⁵⁶¹ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁶² In tal senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 257.

⁵⁶³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pp. 489 ss., spec. p. 510; R. CASO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 735.

⁵⁶⁴ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 130, ove l'Autore osserva che la caducazione della singola clausola affetta da nullità può determinare il venir meno della causa del negozio, ossia della sua originaria ragione giustificativa, con la conseguenza che la dichiarazione di nullità totale equivarrebbe all'applicazione di una causa di invalidità del contratto per difetto di causa.

⁵⁶⁵ La questione posta dall'art. 1419 i) comma c.c. assume rilievo allorché insorga un conflitto tra i differenti interessi vantati dai paciscenti, ossia tra la parte che invoca la nullità totale del contratto e quella che invece ambisce alla conservazione del negozio, anche ove modificato, con la conseguenza che la sorte del contratto potrebbe essere destinata a dipendere dalla ricostruzione della volontà ipotetica dei paciscenti, ovvero da ciò che gli stessi avrebbero voluto se consapevoli dell'invalidità del patto (cfr. A.

La problematica attuativa connessa al rimedio invalidatorio di cui all'art. 9 consegue al fatto che, benché la stessa sia idealmente volta a tutelare l'autonomia contrattuale di entrambi i paciscenti, nella pratica risulta maggiormente confacente agli interessi dell'impresa relativamente dominante e, conseguentemente, inadeguata ad assicurare protezione all'impresa "debole" la quale, verosimilmente, vanta un interesse alla conservazione del rapporto negoziale instaurato ma depurato dalle previsioni abusive.

La rispondenza della nullità *ex art. 1418 e 1419 i)* comma c.c. agli interessi dell'impresa abusante, si rinviene nel diretto vantaggio che quest'ultima può conseguire attraverso l'estensione degli effetti invalidanti all'intero accordo negoziale, semplicemente per mezzo della dimostrazione dell'interdipendenza tra le singole previsioni accluse nel regolamento e del fatto che senza il singolo patto, rivelatosi abusivo, non avrebbe accettato di contrarre. Pare, quindi, che la legge consenta - del tutto irragionevolmente - all'impresa "forte" di beneficiare dell'estensione della nullità parziale all'intero accordo, con la piena prostrazione degli interessi dell'impresa vessata⁵⁶⁶.

Il rischio principale è che l'impresa dotata di maggior forza contrattuale si precostituisca tale prova, ad esempio, statuendo e dichiarando sin dalle trattative

D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, pp. 232 - 235; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 4 s.; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2011, p. 365 s.; ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 2 e 7, ove osserva che tale soluzione è inappagante giacché seguendo tale criterio la sorte del negozio sarebbe sempre ineluttabilmente tracciata; deve infatti ritenersi verosimilmente improbabile che l'impresa "dominante" il rapporto intenda conservare il contratto a seguito della dichiarazione di invalidità parziale dello stesso, con conseguente ridimensionamento del vantaggio originariamente prospettato a suo favore; motivo per cui l'interprete è gravato dal compito di rinvenire una strada alternativa che consenta di eludere l'applicazione del criterio volontaristico di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c. Oltre a ciò, l'Autore rileva un'imprecisione: quella evocata dalla norma non può essere considerata la volontà effettiva dei contraenti, giacché questi ultimi all'atto della perfezionamento dell'accordo non maturato alcuna volontà sulla sorte del negozio in l'ipotesi di invalidità parziale, bensì limitano la loro dichiarazione alla loro volontà effettiva diretta al negozio nel suo complesso, così come delineato (p. 58).

⁵⁶⁶ Si noti che anche nel caso in cui venisse dichiarato invalido l'intero contratto, laddove l'impresa "debole" vessata dovesse rivolgere alla stessa impresa una nuova richiesta di negoziazione e tale possibilità le venga negata in forza di un rifiuto unicamente connesso all'impossibilità di inserire nel regolamento la clausola già in precedenza dichiarata abusiva, l'impresa economicamente "dipendente" avrebbe comunque la possibilità di agire per ottenere il risarcimento dei danni patiti, nei limiti dell'interesse negativo, ossia delle occasioni perdute e delle spese sostenute.

l'essenzialità della clausola in oggetto, così da escludere la sopravvivenza del contratto in assenza della previsione dichiarata nulla.

In forza di tali considerazioni, la qualificazione della nullità come relativa, si rivela insufficiente in quanto inidonea ad escludere *a priori* che la dichiarazione di invalidità del singolo patto vietato possa estendersi al contratto nella sua interezza, ancorché l'interesse primario dell'ordinamento sia quello di favorire la prosecuzione dei rapporti commerciali in corso di svolgimento nell'interesse della parte vessata.

Il pericolo dell'invalidazione dell'intero contratto pare essere più concreto che ideale⁵⁶⁷. Per evitare tale esito negativo destinato ad affliggere l'intero affare commerciale, parte della dottrina ha ritenuto che la nullità del singolo patto può estendersi all'intero contratto esclusivamente quando il rapporto tra la previsione abusiva e le altre disposizioni dell'accordo è caratterizzato da una tale interdipendenza da escludere con certezza che il contratto possa sopravvivere in mancanza di detta clausola nulla⁵⁶⁸. Va da sé, però, che la valutazione oggettiva della nullità parziale non può essere affiancata da un processo discrezionale di selezione degli interessi delle parti meritevoli di tutela, con la conseguenza che il giudizio di nullità deve essere condotto alla luce del peso specifico ed effettivo che tale clausola ha sull'intera economia dell'affare.

⁵⁶⁷ Sul punto, è utile osservare come la dottrina italiana si divide in due correnti di pensiero circa la qualificazione del requisito di "essenzialità" della clausola nel giudizio di nullità parziale: la prima secondo cui per il giudizio di nullità parziale si richiederebbe una valutazione di essenzialità di natura soggettiva, ossia da valutarsi con riguardo alla volontà, anche ipotetica delle parti (in tal senso si veda P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 155; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., pp. 616 ss.), la seconda invece secondo cui il giudizio dovrebbe fondarsi su una indagine oggettiva del requisito di essenzialità, da valutarsi alla luce della compatibilità o meno con gli interessi alla cui soddisfazione è volto il negozio (in questo senso si vedano R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 249; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 207 s.). Tale approccio consente di bilanciare la conservazione del rapporto con la volontà, seppur ipotetica, dei paciscenti e pur sempre a condizione che questa sia il frutto del libero e pieno esercizio dell'autonomia privata e non costituisca l'esito di un esercizio abusivo del potere contrattuale da parte del contraente "forte" (cfr. A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 327). In una prospettiva critica in ordine all'estensione della nullità all'intero rapporto, con specifico riferimento alle clausole negoziali non liberamente concertati dai contraenti, si veda G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 131, ove osserva che «la volontà "ipotetica" richiamata dall'art. 1419 c.c. presuppone il contratto negoziato, e non il contratto imposto da una parte all'altra; dunque non ha ragion d'essere un'estensione della nullità al tutto quando, come nel rapporto in cui una parte subisce l'*hold-up* dell'altra, non ha gran senso richiamare una intenzione comune dei contraenti»; nello stesso senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 257 s.

⁵⁶⁸ G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 123; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pp. 162 ss.

La questione è alquanto delicata considerato che la sanzione della nullità totale del contratto rappresenta una soluzione talvolta inadeguata al problema dell'eccessiva sproporzione in termini di diritti e di obblighi delle prestazioni dedotte nel contratto, in ragione del quale l'ordinamento fornisce strumenti giuridici alternativi e più adeguati a fronteggiare le patologie cui può essere afflitto il rapporto contrattuale. Secondo tale ordine dei fatti, allora, la soluzione forse più adeguata potrebbe essere quella di favorire il ricorso al rimedio correttivo rimesso all'autorità giudiziaria, nell'intento di riequilibrare il rapporto tra le parti e garantirne la sopravvivenza nell'interesse della parte "debole"⁵⁶⁹.

La più moderna dottrina ha così promosso un'interpretazione della normativa in tema di invalidazione del contratto *ex art. 9 Legge n. 192/1998* idonea ad aggirare l'applicazione della normativa generale in materia di nullità parziale *ex art. 1419 i) comma c.c.*

In particolare, è stata avanzata la possibilità di ricorrere alla teoria della riduzione teleologica in forza della quale l'applicazione dell'*art. 1419 i) comma c.c.* verrebbe esclusa tutte le volte in cui tale norma si pone in contrasto con le finalità sottese alle singole previsioni di nullità, proprio come accade per l'*art. 9 Legge n. 192/1998* nell'ambito del quale l'invalidazione della singola clausola abusiva si concilia con l'esigenza di assicurare la conservazione del contratto in una prospettiva di protezione dell'impresa "debole", cui è volta la normativa.

Ragion per cui il fondamento normativo della parzialità della nullità in ipotesi di abuso di dipendenza economica non dovrebbe essere più ravvisato solo nell'*art. 1419 c.c.*, bensì nello stesso *art. 9 della Legge n. 192/1998* dal momento che, diversamente, la sanzione dell'invalidazione dell'intero contratto si porrebbe in aperto conflitto con la *ratio* che ha condotto all'introduzione della medesima norma di protezione⁵⁷⁰.

Si consideri, peraltro, che la nullità di protezione in parola, così come delineata, si allinea anche alla *ratio* della disciplina *antitrust* di cui all'*art. 3 lett. c) della Legge n. 287/1990* in forza della quale, al verificarsi delle fattispecie di abuso, il divieto si

⁵⁶⁹ F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, cit., p. 200; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 112 s.; M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, cit., p. 188 e 195, secondo cui la nullità deve operare come *extrema ratio*, tenuto conto degli interessi e dei valori che il legislatore mira a tutelare e salvaguardare tramite la norma imperativa violata.

⁵⁷⁰ In tal senso si vedano M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 160 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., spec. pp. 1190 - 1194.

trasforma in una dichiarazione di nullità del singolo patto abusivo⁵⁷¹, nel rispetto del principio di conservazione del contratto.

Alla luce di quanto emerso si può ritenere che, in deroga alla regola generale di cui all'art. 1419 c.c., la nullità parziale a necessaria legittimazione relativa, radicandosi sulla presunzione della volontà delle parti alla conservazione del contratto modificato e depurato dalle previsioni colpite da invalidità⁵⁷² in forza del brocardo *utile per inutile non vitiatur*, costituisce lo strumento di protezione maggiormente conforme agli interessi vantati dall'impresa vessata, giacché idonea ad assicurare la conservazione del regolamento contrattuale riequilibrato e, dunque, a rimettere ai paciscenti un contratto dotato dei caratteri che avrebbe dovuto avere sin dall'origine in assenza di una condizione di abuso⁵⁷³. Non bisogna però dimenticare che la piena operatività dell'istituto della nullità parziale è strettamente connessa all'essenzialità della singola previsione contrattuale colpita da nullità. Per meglio dire: se ad essere ritenuta abusiva è una clausola qualificabile come accessoria o comunque non essenziale il contratto può essere mantenuto in vita depurato dalla previsione invalidata⁵⁷⁴, viceversa se la nullità si riferisce a clausole strutturalmente essenziali o ritenute tali dalle parti la nullità è comunque destinata ad affliggere l'intero contratto, eliminandolo dalla realtà giuridica.

4.1.2 Sulla legittimazione ad agire in ipotesi di abuso di dipendenza economica

In ordine alla legittimazione ad agire per la proposizione dell'azione di nullità, l'art. della Legge n. 192/1998 nulla dice.

⁵⁷¹ Rimedio invalidatorio, per condivisa opinione dottrinale, ricavato in via interpretativa dal momento che né l'art. 102 TFUE, né l'art. 3 della Legge n. 287/1990 definiscono il rimedio applicabile a fronte di negozi conclusi a fronte dell'esercizio abusivo del potere di mercato di cui gode l'impresa che goda di una posizione di dominanza.

⁵⁷² In tal senso G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, vol. XIV, 1959, pp. 616 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 4.

⁵⁷³ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 36.

⁵⁷⁴ A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., pp. 361 ss. e 376 s.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 46, secondo cui in ipotesi di abuso contrattuale una soluzione potrebbe essere non quella di eliminare *sic et simpliciter* l'intera clausola, bensì quella di rimuovere da tale previsione esclusivamente l'eccesso che determina la condizione di abuso e di approfittamento del contraente "debole".

In prima battuta, a favore della legittimazione assoluta sembrerebbe deporre sia la regola di *default* operante *ex art.* 1421 c.c., sia l'assenza di una deroga espressa a tale disposizione.

In ragione della *ratio* sottesa alla norma in parola è stato, tuttavia, ritenuto opportuno riservare all'impresa dipendente la scelta se avvalersi o meno di tale rimedio, collocando così la nullità *ex art.* 9 nell'alveo della nullità parziale necessaria di protezione con esito conservativo, rappresentando l'art. 9 sì una norma imperativa, ma posta a tutela dell'interesse della parte contrattualmente "debole" in condizioni di dipendenza relativa, applicabile in via analogica a tutte le fattispecie in cui ricorra la medesima *ratio* di protezione⁵⁷⁵. Pertanto, in deroga all'art. 1421 c.c., anche a tale specifica ipotesi di invalidità deve essere ricondotto il carattere della relatività, dal momento che la scelta discrezionale se azionare il sistema rimediale offerto dalla legge può e deve rimessa in via esclusiva al contraente vittima dell'abuso negoziale.

Il principale timore manifestato dalla dottrina è infatti quello che l'impresa abusante possa sfruttare l'invalidità del contratto *ex art.* 1418 c.c. a proprio vantaggio, consentendole di liberarsi dal vincolo contrattuale non gradito, danneggiando ancor più l'impresa dipendente che, verosimilmente, ha interesse alla prosecuzione del rapporto depurato e riequilibrato⁵⁷⁶.

Consentire all'impresa dominante di far valere la nullità dell'intero contratto, dalla stessa provocata, all'unico fine di sottrarsi dal rapporto commerciale instaurato e successivamente depurato dal singolo patto nullo concretizzerebbe indirettamente proprio il risultato che la legge speciale intende scongiurare⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Di questo avviso M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., pp. 433 - 462; F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 358 ss.; R. RINALDI, F.R. TURITTO, *op. cit.*, p. 144; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., pp. 113 - 136; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 69 s.

⁵⁷⁶ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 199; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 1; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., p. 134; A. BARBA, *op. cit.*, p. 353; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 176 - 189, spec. p. 179 s. ove sofferma l'attenzione anche sulla corrente di pensiero secondo cui, innanzi a quei casi in cui certi effetti assumono rilievo soltanto nell'interesse di un contraente e non dell'altro, allora il rimedio più efficace e sistematicamente coerente dovrebbe essere rinvenuto nell'inefficacia relativa e non alla nullità in grado di affliggere l'intero negozio.

⁵⁷⁷ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 163 ss.; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 63 ss. In una diversa prospettiva si veda M. MANTOVANI, *op. cit.*, la quale osserva che la finalità protettiva del contraente "debole" non è assicurata dalla legittimazione relativa in sé, ma dal modo di operare del rimedio invalidatorio, il quale di volta in volta, in relazione alle peculiarità del caso di specie, deve conformarsi alle specifiche esigenze di protezione.

A ciò si aggiunga che il riconoscimento della legittimazione ad agire a favore dell'impresa dominante si tradurrebbe oltretutto in uno strumento ulteriore di pressione verso l'impresa già abusata, la quale potrebbe vedersi minacciata un'azione di nullità dell'intero contratto che, per quanto necessario, potrebbe avere interesse a conservare in vita.

Pertanto, se si optasse per una qualificazione in termini di nullità assoluta, come sostenuto dalla dottrina minoritaria⁵⁷⁸, sarebbero legittimate ad impugnare il contratto concluso in condizioni di abuso anche le imprese concorrenti, eccependo il danno cagionato alla libertà di concorrenza a fronte della condotta abusiva assunta dall'impresa in posizione di dominanza. Tale inquadramento rischierebbe di lasciare eccessivo adito al dubbio se debbano ritenersi legittimati a reagire all'abuso contrattuale anche i concorrenti dell'impresa dominante in ragione dell'ingiusto vantaggio da questa conseguito in loro danno dal punto di vista della concorrenza.

Nell'affrontare la questione, la dottrina ad oggi maggioritaria è unanime nel ritenere che la nullità sancita dall'art. 9 Legge n. 192/1998, non essendo volta a proteggere interessi in senso lato "superindividuali", è di tipo relativo⁵⁷⁹.

Per quanto riguarda, invece, la rilevabilità d'ufficio della nullità, la qualificazione dell'invalidità come relativa e l'esclusione della legittimazione ad agire dell'impresa "dominante" dovrebbe altresì implicare l'impossibilità per il giudice di rilevarla. Al più, ove tale potere officioso si ritenesse ammissibile, lo stesso potrebbe trovare attuazione esclusivamente allorché non risulti una diversa volontà del contraente "debole".

Ad ogni modo, la rilevabilità d'ufficio di tale speciale forma di invalidità nei rapporti bilateralmente commerciali non troverebbe la propria giustificazione nella necessità che l'autorità giudiziaria sopperisca alle lacune cognitive del contraente "debole", come accade nei rapporti B2C, bensì andrebbe ricercata nella più ampia esigenza di salvaguardia dell'autonomia privata dell'imprenditore economicamente e

⁵⁷⁸ Cfr. D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 83 s.; L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contratti*, fasc. 3, 1999, pp. 293 - 299.

⁵⁷⁹ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 371; Id., F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 658, ove osserva che, a ben vedere, si potrebbe evitare di fare ricorso alla discussa nozione di "nullità relativa" essendo di per sé automatica l'esclusione che il contraente "forte" possa vantare anche solo astrattamente un interesse alla rimozione della clausole abusiva; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 157 - 220; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 274; O. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto*, cit., pp. 76 ss. In senso contrario: R. QUADRI, *op. cit.*, pp. 1143 - 1198.

normativamente dipendente⁵⁸⁰. Ciò, pur sempre a condizione che venga dimostrato che la rilevabilità d'ufficio rappresenta lo strumento protezionistico più adeguato alla tutela degli interessi dell'impresa vessata, scongiurando così il rischio che il giudice sia libero di scegliere incondizionatamente e discrezionalmente se azionare e in che misura tale rimedio.

Ciò precisato, permane comunque un'aura di incertezza pratica connessa all'assenza di parametri e criteri adeguati ai quali il giudice possa fare ricorso in sede di valutazione circa la necessità e l'opportunità del suo intervento finalizzato alla dichiarazione di invalidità del patto, con l'ovvia conseguenza che all'autorità non rimane altro che adeguare di volta in volta le proprie valutazioni a parametri offerti da altre precedenti opere correttive azionate della medesima portata, adottando una tipologia di approccio simile a quella tipica degli ordinamenti di *common law*.

Chiarita la portata della legittimazione ad agire, va però osservato che talvolta, soprattutto allorché il rapporto sia di breve durata, potrebbe essere proprio il contraente "debole" a non avere interesse ad agire per ottenere la dichiarazione di nullità. Quest'ultima, infatti, per non compromettere l'immagine commerciale acquisita nel tempo sul mercato e per preservare la competitività acquisita sul mercato, potrebbe essere disposta a mantenere in vita il contratto ancorché a condizioni inique.

Da un punto di vista ulteriore, l'impresa dipendente potrebbe persino apparire indifferente all'abuso subito, preferendo semplicemente che l'azione venga intrapresa da eventuali terzi, come le associazioni di categoria, scongiurando l'acquisizione della nomea di *partner* commerciale "scomodo", benché tale scelta strategica sia destinata a vanificare la tutela accordata dall'art. 9. Si consideri, infatti, che frequentemente le imprese "deboli" hanno timore ad assumere la scelta se compromettere o meno il rapporto commerciale instaurato in ragione sia della difficoltà in cui incorrono nella dimostrazione dell'abuso subito, sia del rischio che in futuro le imprese operanti al medesimo livello o settore di mercato si possano astenere dall'instaurare relazioni commerciali con la piccola impresa a fronte del contegno da quest'ultima tenuto⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Cfr. F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 29 s.; T. LONGU, *op. cit.*, pp. 345 ss. In giurisprudenza Cass. Civ., 19 ottobre 2022, cit.

⁵⁸¹ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 204; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 156 s.; T. LONGU, *op. cit.*, pp. 345 ss.

Per i motivi esposti, è stato in definitiva rilevato che la limitazione della legittimazione ad agire in ragione della qualificazione della nullità *ex art. 9* come relativa è comunque inidonea a garantire in concreto la posizione dell'impresa "dipendente", rischiando di vanificare ogni forma di protezione a cui è volta la normativa⁵⁸².

Va allora condivisa l'idea per cui la questione attinente alla legittimazione ad agire può essere affrontata senza ricorrere alla dibattuta nozione di nullità relativa, considerato che deve escludersi la possibilità che il contraente "dominante" possa vantare, anche solo astrattamente, un interesse alla rimozione della clausola abusiva originariamente imposta all'altro contraente.

Anche tale prospettazione rischia però di non andare esente da critiche, dal momento che parrebbe comunque lasciare margine all'ammissibilità della legittimazione ad agire a favore degli operatori economici concorrenti dell'impresa "dominante", sebbene il tenore letterale dell'art. 9 deponga in senso contrario, essendo l'abuso di dipendenza economica sanzionato indipendentemente dagli effetti prodotti sul mercato alla cui protezione è invece preposto il comma 3 *bis*, in forza del quale la legittimazione ad agire è riconosciuta a qualunque operatore economico che vanti un legittimo interesse.

In forza di quanto detto, si ritiene di poter concludere che non potendo la nullità di protezione essere efficacemente ricondotta nell'alveo di un'unitaria categoria dogmatica, allora per ciascuna di esse deve poter essere ricavato un carattere di specialità che consenta all'interprete di distinguere le une dalle altre, tenendo conto per ciascuna di esse delle specifiche e differenti finalità che il legislatore intende di volta in volta perseguire. Ne consegue che il carattere relativo e parziale della nullità *ex art. 9* prescinde dall'applicazione degli artt. 1419 *i*) comma e 1421 c.c., trovando autonomo fondamento nelle specifiche finalità di protezione dell'impresa economicamente dipendente, oltre che nella connessa esigenza di salvaguardia della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato.

⁵⁸² Peraltro, si noti che proprio per fronteggiare tale problematica connessa al disincentivo per la parte dipendente ad agire in giudizio per far valere la nullità del patto abusivo, oltre che per disincentivare il reiterarsi delle condotte abusive, il legislatore nel 2001, con il comma 3 *bis* dell'art. 9 Legge n. 192/1998, ha previsto una sorta di interazione tra il *public enforcement* e il *private enforcement*, attribuendo all'AGCM il potere di intervento d'ufficio, tipico del diritto *antitrust*, avverso gli abusi di dipendenza economica, anche a fronte dell'eventuale segnalazione proveniente da terzi ed a seguito dell'attivazione dei relativi poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria.

4.1.3 Osservazioni di sintesi sulla nullità per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica

Come visto, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 pone delicate questioni circa i rimedi offerti all'impresa vittima dell'abuso di dipendenza economica.

A fronte degli interrogativi sin qui sollevati ed ai quali si è cercato di dare risposta, è possibile tratteggiare alcune considerazioni conclusive sul sistema invalidatorio dal combinato disposto tra l'art. 9 in parola e le disposizioni codicistiche applicabili in ipotesi di abuso di dipendenza economica perpetrato per mezzo dell'imposizione di CGC eccessivamente squilibrate.

In particolare, se è vero che lo scopo primario della normativa speciale in parola è quello di neutralizzare e contrastare i c.d. *market failure*, allora i rimedi contrattuali previsti e applicabili in ipotesi di abuso di dipendenza economica non possono che trovare applicazione tenendo come punto fermo tale finalità di protezione. Solo attraverso tale declinazione all'impresa abusata può essere assicurata un'effettiva e concreta tutela, consentendole di rapportarsi liberamente nel mercato e di soddisfare i propri interessi in condizioni di parità contrattuale, sia con le imprese concorrenti, che con quelle economicamente e normativamente più "forti".

Per tali motivi, la nullità speciale *ex art. 9* non può essere applicata facendo ricorso alle regole codicistiche previste per l'ordinario rimedio invalidatorio, alle quali consegue il concreto rischio di caducazione dell'intero accordo, dal momento che tendenzialmente l'impresa dipendente vanta un concreto e pratico interesse alla conservazione del rapporto commerciale instaurato e alla permanenza nel mercato; interesse che, peraltro, in ipotesi di dipendenza economica è accentuato dall'assenza di valide alternative sul mercato delle quali potrebbe giovare. Diversamente opinando, invece, si addiverrebbe all'inconcludente risultato di porre nel nulla la tutela offerta dall'art. 9.

La principale difficoltà esegetica si rinviene nel tentativo di conciliare il regime della nullità e l'interesse dell'impresa "debole" alla conservazione del rapporto depurato dal patto nullo, soprattutto allorché non risulti sufficiente la rimozione della previsione abusiva, ma si renda necessario un intervento sul contenuto del regolamento

contrattuale, talvolta anche coinvolgente elementi essenziali dell'accordo. Così, per porre rimedio a tale difficoltà operativa della normativa di protezione, in dottrina è stato riconosciuto all'autorità giudiziaria un potere di intervento etero-integrativo sul regolamento contrattuale di natura pur sempre eccezionale, in grado di riequilibrare il contratto e di ricondurre indirettamente il mercato ad un livello concorrenziale quantomeno ottimale.

4.2 Il potere etero-integrativo del giudice sul regolamento contrattuale in ipotesi di abuso contrattuale

Le notazioni che precedono sono sufficienti per evidenziare come l'aspirazione di delineare un modello di giustizia coerente con il sistema giuridico vigente impone un'attività ermeneutica in grado di dare una soluzione alle singole fattispecie di abuso nella prospettiva di conservazione del rapporto commerciale.

In particolare, l'analisi della c.d. nuova nullità di protezione di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 ha posto in evidenza la problematica connessa al rapporto sussistente tra l'invalidità parziale del contratto e le tecniche di integrazione, conservazione e adattamento dello stesso⁵⁸³. Difatti, se le parti si sono vincolate ad un contratto che così come predisposto risulta affetto da un eccessivo squilibrio dei diritti ed obblighi, l'ordinamento prevede strumenti rimediali e correttivi volti, in primo luogo, a sancire l'invalidità totale o parziale dell'accordo e, in secondo luogo, in ipotesi di nullità parziale, diretti a sostituire l'originario assetto di interessi con un regolamento in tutto o in parte revisionato, scongiurando così la caducazione dell'intero regolamento negoziale. Di qui il problema di indagare di volta in volta se il contratto residuo a fronte della caducazione parziale del regolamento possa o debba essere corretto e adattato nella parte in cui è intervenuta la dichiarazione di nullità⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Sul punto si vedano A. FEDERICO, *op. cit.*, pp. 329 ss., spec. p. 338 ove all'attività integrativa del contratto viene attribuita una duplice finalità: quella di garantire efficienza al contratto per mezzo del concorso della fonte legale e giudiziale (ci si riferisce al ricorso degli usi, buona fede ed equità) e quella di porre rimedio e supplire ad un esercizio dell'autonomia privata incompleto o approssimativo; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., spec. pp. 121 ss. e 231 ss.; C.M. NANNA, *op. cit.*, pp. 118 ss.

⁵⁸⁴ È utile segnalare la posizione contraria assunta dalla Corte di Giustizia dell'UE la quale in più occasioni, sebbene in ambito di contratti B2C, ha espressamente escluso qualsiasi forma di integrazione giudiziale a fronte di qualsivoglia lacuna sopravvenuta, ossia anche la possibilità per il giudice di

Per rispondere a tale interrogativo, in dottrina è stata promosso il riconoscimento di un potere etero-integrativo e riequilibratore in capo al giudice (potere anche noto come *rewriting* giudiziale) nell'ottica di assicurare la conservazione del contratto depurato dal patto nullo⁵⁸⁵.

I dubbi esegetici connessi a tale iniziativa attengono alle modalità e ai termini necessari per giustificare un generalizzato potere giudiziale di intervento sul regolamento.

I timori insorti riguardano il pericolo che il giudice possa fare ricorso a tale potere con eccessiva discrezionalità, finendo in sostanza per riscrivere il contratto, finanche sostituendosi all'originaria e reale volontà manifestata dalle parti.

A sostegno di tale preoccupazione si consideri che se l'ordinamento ammette, seppur a determinate condizioni, l'integrazione legale del regolamento contrattuale dichiarato parzialmente nullo essendo possibile definirne *a priori* il contenuto in conformità al principio di certezza del diritto, con maggior cautela e prudenza pare invece legittimare la correzione giudiziale.

sostituire le clausole contrattuali caducate con previsioni non confacenti all'originaria volontà dei paciscenti (ci si riferisce alle pronunce n. C-618/10, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Contratti*, 2013, pp. 16 ss. e n. C-488/11, 30 maggio 2013, *Asbeek Brusse c. Jahani BV*, in *Jus Civile*, 2013, fasc. 7, pp. 400 ss.), ritenendo che un tale potere potrebbe rivelarsi una fonte di grande incertezza sul contenuto delle contrattazioni (per un approfondimento si veda G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., pp. 48 - 80, spec. pp. 60 - 63, il quale osserva che, benché dalla lettura di tali pronunce possa sembrare che la Corte abbia escluso ogni forma di integrazione del contratto, in realtà ne esclude soltanto l'integrazione giudiziale, ammettendo quindi l'integrabilità del contratto per mezzo del diritto dispositivo in funzione correttiva dell'autonomia privata (oltre a quella originariamente suppletiva), ove tale possibilità sia ammessa nel singolo ordinamento nazionale coinvolto).

⁵⁸⁵ In particolare si vedano F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 ss. e 689 ss., secondo il quale sarebbero prive di fondamento le critiche secondo cui al potere etero-integrativo del giudice corrisponderebbe automaticamente la sostituzione alle parti nella ricostruzione del regolamento contrattuale e, dunque, una vera e propria compromissione della relativa autonomia privata; F. GAZZONI, *op. cit.*, pp. 20 ss.; A. BARBA, *op. cit.*, p. 353. In senso contrario si vedano: R. NATOLI, *La subfornitura nelle attività produttive e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 400, secondo cui il rimedio più adeguato sarebbe rappresentato dalla nullità totale ed assoluta, alla quale, come ovvio, non potrebbe conseguire alcun intervento correttivo e riequilibratore dell'autorità giudiziaria; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., pp. 390 - 394; G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., pp. 132 - 136, ove l'Autore sostiene che dovrebbe escludersi a priori l'interesse delle parti alla prosecuzione di un rapporto contrattuale modificato e "frantumato" a fronte dell'intervento giudiziale; prospettiva, quest'ultima, di facile contestazione dal momento che, sovente, è proprio l'impresa vessata ad agire in via cautelare al fine di assicurarsi la prosecuzione del rapporto commerciale a condizioni più eque, a fronte della dichiarazione di nullità dei singoli patti abusivi (cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 285).

Ipotizzando comunque l'ammissibilità di tale potere giudiziale etero-integrativo volto a sostituire coattivamente singole e determinate clausole ritenute nulle *ex lege* allorché le parti non si siano attenute ai limiti posti dalla legge nell'esercizio dell'autonomia privata, segue inevitabilmente il quesito di come sia possibile giustificare la vincolatività dei contraenti al nuovo regolamento negoziale. In altre parole, a fronte della sostituzione, integrazione o riduzione parziale o integrale del regolamento negoziale, è necessario chiarire se e come il nuovo assetto di interessi possa continuare ad essere considerato espressione del dogma dell'autonomia privata esercitata delle parti, tenuto conto che la ricostruzione di una volontà ipotetica⁵⁸⁶ non può ritenersi sufficiente per risolvere il problema di come sia possibile giustificare il fatto che i contraenti risultino vincolati ad un nuovo assetto di interessi qualitativamente

⁵⁸⁶ A ben vedere, il richiamo alla finzione della volontà ipotetica delle parti dovrebbe essere escluso *a priori* in assenza di un'espressa previsione legislativa che ne legittimi l'operatività. Sul punto è possibile distinguere due differenti posizioni. Secondo una prima corrente di pensiero bisognerebbe fondare l'indagine sugli interessi concreti delle parti su di un criterio oggettivo, dal momento che la dichiarazione di nullità *ex art. 1419 c.c.* presuppone una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la sua causa concreta ovvero con la sua utilità avendo riguardo agli interessi vantati da entrambe le parti; in altre parole, seguendo tale impostazione sarebbe necessario accertare se la modifica del regolamento contrattuale, determinato dalla caducazione di una o più previsioni, abbia o meno un'importanza determinante per ciascuna di loro (in tal senso si veda C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 600 ss.; R. TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp. 903 ss.). Secondo una diversa opinione occorrerebbe invece fare riferimento ad un criterio soggettivo, diretto a valutare la potenziale volontà delle singole parti coinvolte nel negozio e, dunque, non necessariamente di entrambi (si vedano R. SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. civ., Obbligazioni e contratti*, ID., G. DE NOVA (diretto da), vol. XX, tomo 2, Torino, 1975, pp. 597 e 603; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., pp. 616 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 659, secondo cui trattandosi di nullità posta a tutela del contraente "debole" ne discende che la valutazione sull'utilità del contratto deve essere condotta tenendo conto solo degli interessi della parte protetta). Tale prospettiva non è del tutto soddisfacente e condivisibile. È infatti interessante osservare l'incoerenza sistematica sottesa a tale prospettazione: considerare sufficiente ai fini della dichiarazione di nullità *ex art. 1419 i) comma c.c.* che una sola parte non avrebbe concluso il contratto in mancanza della clausola colpita da nullità o comunque a determinate condizioni risultanti a fronte dell'intervento correttivo e conservativo attuato dal giudice rappresenta una valutazione di particolare favore per il solo contraente "forte" poiché, così facendo, a quest'ultimo viene concessa la possibilità di vincolarsi dal rapporto negoziale non più così vantaggioso, sia in termini economici che giuridici, consentendogli di reimmettere la sua offerta sul mercato e di destinare le sue prestazioni a terze parti, a discapito del contraente "debole" che, viceversa, potrebbe avere ancora interesse a mantenere in vita il contratto, proprio in ragione dell'avvenuta caducazione della pattuizione contraria alle norme imperative per lui pregiudizievole. Si veda anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 2, ove afferma che «le scelte sintetizzate nella previsione dell'art. 1419 c.c. - seppur ispirate [...] ad una logica di conservazione del negozio [...] - sarebbero adeguate a reggere gli "ordinari" giudizi di nullità parziale, ma non farebbero i conti con i nuovi utilizzi dello strumento dell'invalidità negoziale, e segnatamente della nullità». A quanto detto si aggiunga che, di regola, gli interessi che ciascun contraente affida al negozio sono incerti, articolati e insondabili a tal punto, talora, da determinare una significativa alterazione e incongruenza tra il negozio originario e il negozio residuo, cui non può che conseguire la caducazione di quest'ultimo.

o quantitativamente differente da quello originariamente istituito⁵⁸⁷. Ne deriva che il giudizio di nullità parziale deve necessariamente sostanziarsi nella valutazione obiettiva del senso e degli scopi perseguiti con il negozio originario per come definito dalle parti.

A fronte del tortuoso panorama emerso e delle incertezze esegetiche di cui si è dato brevemente atto, l'ammissibilità di un potere di c.d. *rewriting* giudiziale dei rapporti contrattuali è stata oggetto di un ampio dibattito⁵⁸⁸.

Il principale problema connesso all'intervento giudiziale sul regolamento contrattuale e sull'equilibrio economico del contratto non attiene tanto alla sua compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento, quanto all'accertamento dei termini e della misura in cui l'autorità giudiziaria può sindacare l'assetto di interessi e la convenienza dell'affare definito dai paciscenti, tenuto pur sempre conto della preminente rilevanza dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica delle parti.

Secondo una prima opinione - oramai da ritenersi superata - il giudice non sarebbe dotato di alcun potere di intervento sul regolamento contrattuale, neppure per correggerne e temperarne gli effetti. Seguendo tale punto di vista, un sindacato *ex post* volto alla disapplicazione del programma negoziale così come delineato *ab origine* dalle parti sarebbe incompatibile con il principio dell'intangibilità del contenuto contrattuale, avente forza di legge tra le parti *ex art.* 1372 c.c. Ciò in quanto, come anzi visto, secondo la cultura civilistica classica, ogni valutazione circa le prestazioni dedotte nel contratto, l'equilibrio e la giustizia del negozio sarebbe rimessa in via esclusiva alle parti, quali uniche garanti dell'equità del rapporto⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Così A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., spec. p. 9, 11 e 79, 221 ss., ove l'Autore osserva che la rilevanza della volontà dei paciscenti attiene al giudizio di riferibilità all'autoregolamento negoziale al suo autore, in forza del criterio secondo cui deve potersi rinvenire l'esistenza di una volontà riconducibile ai singoli contraenti, sia pure variamente intesa dal punto di vista psicologico; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, cit., p. 327, il quale osserva che, ove la volontà ipotetica delle parti ricostruita dall'interprete, in ordine alla possibilità che le stesse si sarebbero determinate in senso positivo o meno alla stipula del contratto anche in assenza della singola clausola caducata a fronte della violazione della norma imperativa, rappresenti il risultato di un abuso di potere contrattuale, l'interprete, sulla base di tale valutazione di opportunità, può ridurre teleologicamente l'ambito applicativo della nullità virtuale, modulandone l'operatività, impedendo che la stessa possa ripercuotersi sull'intero contratto, in ragione della *ratio* sottesa alla norma violata e delle specifiche esigenze di protezione cui è volta la legge.

⁵⁸⁸ Per un approfondimento si rinvia a S.P. CERRI, *Adeguamento del contratto e status di contraente debole*, in *Dir. e proc.*, 2017, pp. 165 - 238; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., pp. 1 - 15.

⁵⁸⁹ F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, cit., p. 191; E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss., secondo cui «i poteri del giudice sono poteri di annullamento del contratto o di singole clausole, ma

Secondo una logica differente al giudice sarebbe invece rimesso un potere di intervento sul regolamento contrattuale in forza del dettato dell'art. 9 legge sulla subfornitura, pur sempre a condizione che tale "ingerenza" non ne alteri l'equilibrio e il sinallagma sotteso.

Ciò malgrado, l'idea che l'art. 9 demandi al giudice il compito di intervenire sul singolo rapporto negoziale in ipotesi di abuso di dipendenza economica per riequilibrare i diritti ed obblighi tra le parti, senza che venga alterato il pieno e libero esercizio dell'autonomia privata di quest'ultime, costituisce un'immagine tanto irrazionale, quanto logicamente surreale. Se si volesse, infatti, realmente preservare l'autonomia contrattuale delle parti, bisognerebbe prediligere un'interpretazione restrittiva del divieto di abuso di dipendenza economica, limitando i poteri di intervento del giudice ovvero escludendoli per le fattispecie non espressamente contemplate dalla norma⁵⁹⁰.

Ben si spiegano le perplessità insorte in ordine alla possibilità di riconoscere un generalizzato potere di correzione nelle mani del giudice⁵⁹¹. Sicché, per superare tale *impasse*, le soluzioni prospettabili sono due: o viene rispettata l'originaria volontà dei contraenti precludendo al giudice la possibilità di "mettere mano" al regolamento contrattuale oppure si correggono di imperio le condizioni inique dello scambio adattandole ai criteri di giustizia sostanziale vigenti. Seguendo quest'ultima linea di tendenza, la *ratio* dell'art. 9 Legge n. 192/1998 sarebbe proprio quella di conferire al giudice un potere di riequilibrio del rapporto nell'interesse del contraente "debole" in deroga al principio della libertà contrattuale delle parti⁵⁹², con la conseguenza che il

non poteri integrativi (o creativi) del contenuto negoziale. La legge non affida al giudice un potere determinativo del contenuto negoziale, ma solo un potere di annullamento di clausole. Il riequilibrio contrattuale può essere ottenuto solo mediante la dichiarazione di inefficacia di singole clausole contrattuali». Per un approfondimento sull'evoluzione del pensiero dottrinale sull'ammissibilità di un controllo sostanziale sulle CGC rinvia al paragrafo n. 3.4.1.

⁵⁹⁰ A.P. SCARSO, *op. cit.*, p. 217 s. ove l'Autore commenta la decisione del Tribunale di Bari del 6 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, 724.

⁵⁹¹ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 299, secondo cui «un conto che sia la legge a ridefinire, secondo parametri prestabiliti e che sono oggetto di precise scelte di politica del diritto, il contenuto negoziale, altro conto è che lo possa fare, più o meno discrezionalmente, l'interprete».

⁵⁹² A.P. SCARSO, *op. cit.*, pp. 219 - 222. A *contrariis*: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., pp. 273 - 292; M. SPINOZZI, *op. cit.*, 115 - 122; A. FEDERICO, *op. cit.*, pp. 332 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. p. 68, il quale precisa che la qualificazione come interpretativa oppure integrativa dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria ha poco rilievo, poiché ciò che conta è che ad ogni modo tale intervento non si limita a correggere l'accordo definito dalle parti, bensì ne ridefinisce il contenuto e consente la conservazione di un regolamento diverso da quello originario.

quesito si pone in merito ai limiti ed alla misura nel rispetto dei quali il giudice può intervenire e sostituire la clausola caducata⁵⁹³.

4.2.1 Nullità del patto abusivo e conservazione del contratto: verso il superamento dell'art. 1419 c.c.

Nell'ambito dei contratti di lunga durata generalmente le parti hanno interesse, nonché l'esigenza, di assicurarsi la prosecuzione dell'attività commerciale grazie alla solidità e alla stabilità dei rapporti negoziali instaurati. Per tale ragione, il sistema giuridico subordina i rimedi risolutivi del contratto, azionabili in ipotesi di abuso di dipendenza economica perpetrato per mezzo dello strumento contrattuale, a quelli manutentivi attuabili per mezzo dell'intervento correttivo e/o integrativo dell'autorità giudiziaria. Ciò significa che, nella pratica, il meccanismo della conservazione del contratto è destinato a sovrapporsi a quello dell'integrazione dispositiva o dell'inserzione legale di quelle regole volte a integrare il contenuto minimo del regolamento contrattuale, per preservare l'autosufficienza del rapporto già in essere⁵⁹⁴.

⁵⁹³ In dottrina è stata avanzata la teoria per cui il giudice potrebbe intervenire e sostituire la clausola caducata avvalendosi della regola di condotta con una regola di condotta ricavabile dal "principio" sulla base del quale è stato condotto il giudizio di invalidità. Tuttavia, come osservato dalla dottrina maggioritaria, il fatto che un "principio" possa costituire un parametro di valutazione della validità del regolamento contrattuale o di parti di esso non significa che il medesimo principio possa operare anche come fonte di integrazione della lacuna sopravvenuta a fronte del giudizio di validità condotto. Ciò, oltretutto, se si considera che l'applicazione di un principio non conduce necessariamente all'applicazione di un'univoca norma di diritto, bensì può aprire la strada ad una pluralità di regole e norme (in tal senso si vedano G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., pp. 6 - 9, spec. pp. 10 e 14 ove l'autore precisa che «i principi sono "precetti di ottimizzazione di un valore", ossia precetti che richiedono che un valore sia realizzato nella misura più ampia possibile compatibilmente con le possibilità giuridiche e di fatto. Come tali, i "principi" hanno una dimensione deontica "aperta", che si determina (solo) in sede di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti, attraverso l'adattamento al fatto specifico, e soprattutto attraverso il "bilanciamento" con (gli) altri principi che possono venire in rilievo in relazione ad esso», con la conseguenza che quando «viene in gioco l'applicazione di un "principio" la norma (ossia, la regola di condotta) non può dirsi *preesistente* alla considerazione del caso concreto, perché essa sarà individuabile soltanto all'esito del "bilanciamento" di quel principio con gli altri principi (e regole) rilevanti in relazione a quello specifico caso»; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., p. 392).

⁵⁹⁴ A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., p. 388, ove si afferma che «la propensione del sistema ad assicurare l'inserzione di contenuti legali nel contratto ogni qual volta la invalidità, causa della lacuna, si determini in ragione di un conflitto tra "porzioni" di regolamento negoziale ed una norma legale che, non limitandosi a vietare, formuli "in positivo" regole atte a disciplinare i rapporti tra le parti»; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 17, secondo cui il principio di buona fede non legittima di per sé l'intervento

Più nello specifico, l'intervento giudiziale diretto alla conservazione del contratto rappresenta uno strumento correttivo volto a sanzionare l'ingiustificato vantaggio che l'impresa "dominante" può aver conseguito abusando della propria posizione di forza socioeconomica a discapito del contraente "debole" per mezzo dell'imposizione di CGC eccessivamente gravose. Ciò, pur sempre a condizione che tale intervento non incida sull'equilibrio economico del contratto concretizzando forme di dirigismo statale⁵⁹⁵ diretto a porre rimedio alle anomalie frutto del liberismo economico e che, soprattutto, l'accordo residuo possa comunque dirsi desinato alla realizzazione degli interessi originariamente perseguiti dai paciscenti⁵⁹⁶.

del giudice sul regolamento contrattuale, ma consente soltanto l'elaborazione di regole coerenti con la fisionomia dell'operazione economica delineata dalle parti.

⁵⁹⁵ Cfr. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 698 ss., il quale manifesta un atteggiamento critico verso quelle teorie secondo cui il riconoscimento di un potere di intervento sul regolamento contrattuale a favore del giudice equivarrebbe ad un'automatica sostituzione del giudice delle parti nella riedificazione del patto negoziale. In una diversa prospettiva si v. G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., pp. 132 ss., secondo cui a fronte dell'intervento giudiziale sul regolamento contrattuale verrebbe automaticamente meno l'interesse dei paciscenti alla prosecuzione del rapporto contrattuale; prospettazione, quest'ultima, alla quale è agevole replicare, dal momento che nella pratica verosimilmente sono proprio i contraenti "deboli" ad agire in giudizio al fine di ottenere la prosecuzione del rapporto negoziale, depurato dal patto nullo, e quindi a condizioni più eque. Ancora, in senso discorde si v. R. NATOLI, *La subfornitura nelle attività produttive e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 400, secondo cui il potere correttivo del giudice potrebbe trovare spazio soltanto in caso di abuso di dipendenza economica ex art. 9 Legge n. 192/1998 non originario, ma perpetrato in una fase successiva, come in ipotesi di rinegoziazione dei termini contrattuali; tuttavia, anche tale prospettazione non appare del tutto condivisibile, dal momento che rischia di disinteressarsi totalmente delle ipotesi di abuso perpetrate sin dal momento della stipula del contratto.

⁵⁹⁶ Si consideri che con riguardo alle finalità sottese all'introduzione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, tale norma non racchiude alcuna finalità dirigistica, non essendo in alcun modo diretto ad orientare il regolamento contrattuale al perseguimento di interessi differenti da quelli cui mirano i paciscenti. Per tale motivo, il divieto di «abuso di dipendenza non può essere considerato un limite esterno alla libertà contrattuale, posto a protezione di uno specifico interesse di carattere pubblico» e neppure può essere inteso quale strumento legislativo volto a circoscrivere la struttura che gli atti negoziali devono di regola avere per essere ritenuti leciti (F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 323; in senso contrario M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 244.). Ciò non toglie che le parti devono pur sempre attenersi ai vincoli prescritti dalla legge con riguardo alla determinazione del contenuto negoziale, dal momento che l'assetto di interessi non può essere lasciato alla piena discrezionalità dei privati, con la conseguenza che l'eventuale inosservanza dei vincoli imposti dalla legge può implicare, come anzidetto, un intervento giudiziale sul regolamento contrattuale originariamente delineato dai paciscenti (di questo avviso: V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 114 s., ove l'Autore osserva che, nel rispetto del principio dell'equo pareggiamento degli interessi tra i paciscenti ex art. 1371 c.c. e soprattutto nella prospettiva di tutela del contraente "debole", la legge impone che gli istituti formali introdotti per la regolamentazione dell'attività contrattuale delle parti devono essere interpretati e applicati in modo tale da garantire un risultato sostanzialmente conforme a giustizia. Sul punto, si veda altresì S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53 il quale osserva in modo alquanto incisivo che «compito del legislatore non è e non può essere quello di concorrere con il privato alla formazione della fattispecie alla quale poi vanno ricollegati gli effetti, per la semplice ragione che la situazione di fatto costituisce anche per il legislatore un limite invalicabile sul cui modo di essere reale non è possibile

Il potere fonderebbe le sue radici nella norma imperativa di cui all'art. 9 la quale, riconoscendo all'autorità il potere di valutare la sussistenza di un'ipotesi di abuso, la autorizzerebbe indirettamente a porre rimedio allo squilibrio attraverso, prima, la dichiarazione di nullità parziale e, poi, la sostituzione della previsione pattizia nulla⁵⁹⁷.

Significativa, peraltro, è l'esigenza che tale controllo e intervento correttivo venga ancorato a parametri oggettivi di giustizia, attraverso il ricorso a criteri legali predeterminati, ove disponibili⁵⁹⁸.

influire»; nello stesso senso P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., spec. p. 161 s., secondo cui «il legislatore è libero di ricondurre determinati effetti a questa o quella realtà materiale, ma non può fare che la realtà sia diversa da quella che è»; M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 290, ove, rifacendosi al pensiero espresso dagli autorevoli Stefano Rodotà e Andrea D'Angelo (cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., spec. p. 110 e A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, M. BESSONE (diretto da), *Il contratto in generale*, vol. XII, Torino, 2004, spec. p. 58), afferma che il contenuto del contratto non appartiene unicamente all'ordine giuridico delineato dai paciscenti, ma anzi è soggetto alle «direttive cogenti dell'ordinamento» (il punto di divergenza tra i due giuristi si rinviene, allora, in ordine alle modalità operative della clausola generale di buona fede quale fonte di integrazione del contratto nella disponibilità del giudice: da un lato Stefano Rodotà, in una prospettiva paternalistica dell'ordinamento giuridico come strumento per la piena realizzazione dell'individuo, sostiene che il giudice facendo applicazione di tale criterio fonda il proprio giudizio su criteri autonomi, indipendenti dal regolamento negoziale e ricavabili dall'ordine normativo, mentre dall'altro Andrea D'Angelo sostiene che la buona fede costituisca una fonte di integrazione suppletiva cui è possibile fare ricorso in ipotesi di conflitti di interessi non regolamentati dalle parti, quale strumento funzionale al recupero sia dell'originario equilibrio perduto, sia di quello delle quali le parti si sono sin dall'origine disinteressate e che appare giusto e doveroso secondo l'ordinamento).

⁵⁹⁷ Secondo parte della dottrina però una simile impostazione rischia di apparire superficiale ed approssimativa dal momento che non chiarisce innanzitutto se l'art. 9, in forza del quale si afferma l'esistenza di un potere di *rewriting* giudiziale, costituisce una norma cogente precettiva, in quanto tale espressione della volontà del legislatore di colmare la lacuna conseguente alla nullità, ovvero una mera norma imperativa proibitiva, volta esclusivamente a vietare l'assunzione di una determinata condotta (in una prospettiva critica è stato infatti obiettato che l'art. 9 della Legge n. 192/1998, costituendo una mera norma proibitiva, peraltro non avente carattere cogente, non riconoscerebbe al giudice alcun potere sostitutivo e, pertanto, neppure i criteri legali ai quali fare ricorso, lasciando così del tutto indeterminato il potere correttivo di cui si discute. Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 332; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, fasc. 10, 2004, p. 248; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., pp. 95 ss.). Dalla lettura della norma, invero, non si evince in modo univoco il proposito di riconoscere un potere etero-integrativo a favore del giudice diretto a colmare le lacune negoziali, ma anzi pare che il legislatore si sia limitato a vietare la condotta abusiva. Cfr. C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 208; E. RUSSO, *op. cit.*, p. 134, secondo cui va escluso che l'art. 9 possa costituire il fondamento normativo del potere integrativo del giudice giacché, soprattutto in ragione del relativo tenore letterale, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 va qualificata come norma imperativa proibitiva e non precettiva. Ciò, ad ogni modo, non esclude l'ammissibilità e la legittimità di tale potere correttivo, avente la propria ragione d'essere in altre fonti legali.

⁵⁹⁸ Tale tesi è stata sostenuta da M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 181 - 195, spec. p. 188; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, cit., p. 193; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 62 -79; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 71 - 92; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 209, ove osserva, però, che l'unico principale limite a tale tesi è rappresentato dall'assenza della predeterminazione legale degli elementi da sostituire.

4.2.2 (segue) Il concorso tra tecniche di adattamento del contratto: la sostituzione del patto abusivo con regole dispositive

Nell'intento di giustificare il potere etero-integrativo oggetto di indagine, parte della dottrina ha fatto ricorso al meccanismo sostitutivo di cui agli artt. 1419 *ii*) comma e 1339 c.c., proponendone un'applicazione in via analogica e promuovendo lo strumento dell'inserzione automatica di clausole quale modello di reazione all'abuso della "dominanza" contrattuale⁵⁹⁹.

Non mancano, infatti, fattispecie a fronte delle quali il legislatore ha deciso di sanzionare la deroga abusivamente operata dalle parti a norme derogabili, disponendo la caducazione della previsione illecita e la correzione della lacuna sopravvenuta attraverso le norme dispositive offerte dall'ordinamento⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ In tal senso si veda A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pp. 237 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 39; G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, pp. 227 ss., il quale osserva che gli artt. 1339 e 1419 *ii*) comma c.c. non costituiscono il fondamento di un'interpretazione estensiva, ma si inseriscono in un più ampio quadro di riferimento analogico. Secondo una diversa ricostruzione la ragione giustificatrice del potere etero-integrativo del giudice andrebbe rinvenuta nell'equità *ex art.* 1374 c.c., alla quale sarebbe possibile fare ricorso sia in ipotesi di lacune originarie del regolamento contrattuale, sia di quelle sopravvenute (una dettagliata analisi sulla distinzione tra integrazione suppletiva e integrazione cogente, la quale presuppone un'invalidità parziale del contratto, è offerta da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Milano, 2011, pp. 457 ss.). Tuttavia, anche in tal caso, non sono mancate critiche mosse dalla dottrina spinta dal timore che tale meccanismo possa condurre ad esiti eversivi tali da pregiudicare l'autonomia dei contraenti. In particolare, è stato osservato che sarebbe più corretto trattare di integrazione legale, piuttosto che di integrazione equitativa giudiziale, dal momento che il criterio residuale e secondario dell'equità non viene espressamente richiamato dalla norma *ex art.* 9 della legge sulla subfornitura (cfr. M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 180 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 298). Nello stesso senso si veda anche G.B. FERRI, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, fasc. 3, 2006, p. 698, secondo cui la correzione legale del contratto presuppone una scelta di politica del diritto inconciliabile con il sistema sostitutivo per mezzo di norme dispositive, dal momento che, nel rispetto del principio dell'autonomia privata delle parti, la correzione del regolamento potrebbe conseguire soltanto all'operato di norme imperative.

⁶⁰⁰ Ci si riferisce alle ipotesi di previsione di interessi usurari nell'ambito del contratto di mutuo, in ordine alla quale l'art. 1815 c.c. dispone la nullità della previsione e la conseguente applicazione del tasso legale o, ancora, all'art. 1284 c.c. il quale dispone che allorché le parti abbiano derogato informalmente al tasso legale opera la sostituzione automatica con la medesima disciplina legale cui le stesse intendevano derogare; nello stesso senso anche l'art. 7 del D.lgs. n. 231/2002 il quale demanda al giudice l'applicazione dei termini legali in caso di previsione di termini di pagamento gravemente iniqui in danno del creditore. Tutte, dunque, ipotesi di intervento correttivo disposto dalla legge a fronte di fattispecie negoziali caratterizzate dalla tendenziale predisposizione unilaterale del regolamento ad opera della parte contrattualmente più "forte". Per un approfondimento si rinvia a A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., pp. 261 ss., ove precisa che tale intervento legale mira semplicemente a rendere operative regole definibili come "normali" per il contraente "debole" e che sono state abusivamente derogate dalla controparte.

La sostituzione coattiva delle clausole difformi *ex art. 1339 c.c.*⁶⁰¹ potrebbe invero rappresentare lo strumento correttivo per mezzo del quale assicurare la conservazione del contratto in conformità al secondo comma dell'art. 1419 c.c. ovviando all'estensione dell'invalidità all'intero contratto, quale *extrema ratio*⁶⁰². Attraverso la tecnica sostitutiva offerta dal Codice civile, il legislatore non si sarebbe limitato a proibire un determinato patto abusivo (come accaduto con la legislazione speciale), bensì avrebbe predisposto uno strumento correttivo volto ad imporre la disciplina alla quale i paciscenti si sarebbero dovuti vincolare sin dal principio.

In tale contesto, il quesito a cui dare risposta è duplice: da un lato, va indagata la possibilità di reperire nel sistema una regola dispositiva idonea a integrare il contratto e, dall'altro, va appurata la capacità della norma dispositiva derogata abusivamente di operare quale fonte di "integrazione correttiva" del contratto.

Con riguardo alla funzione "sostitutiva" va però osservato che, nella pratica, l'art. 1339 c.c. non attribuisce al giudice alcun potere correttivo sul contenuto del contratto, bensì introduce una sorta di sostituzione *ex lege* delle clausole difformi alle norme

⁶⁰¹ Il carattere peculiare di tale norma va rinvenuto nella deroga al principio dell'autonomia privata, ossia nella forza sostitutiva della clausola legale in luogo delle clausole convenzionali difformi. Secondo la prospettazione oggetto di indagine, si tratterebbe peraltro di una norma per il cui operare non è richiesto che la singola norma inderogabile preveda espressamente la propria sostituibilità, essendo sufficiente che la norma non si limiti a porre un divieto e che la stessa disciplini in positivo il rapporto, consentendo così indirettamente all'art. 1339 c.c. di legittimare la sostituzione automatica ad opera della norma inderogabile medesima. Si rinvia a A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 239; F. MESSINEO, *Contratto*, Milano, 1961, spec. p. 161, il quale definisce l'art. 1339 c.c. il "relitto isolato" di un ormai passato sistema giuridico-economico; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., spec. p. 151 s., 157 e 190: «la conversione del negozio nullo e la conservazione in genere costituiscono uno strumento a servizio dell'autonomia privata e non già un mezzo per l'attuazione coattiva della disciplina autoritativa», che trova la propria giustificazione nell'esigenza «di tutelare una categoria di soggetti che versano in una condizione di soggezione rispetto ad altri che risultano investiti di una posizione di supremazia economica».

⁶⁰² Tesi, quest'ultima, che si radica sul convincimento per cui l'integrazione suppletiva operante per mezzo della sostituzione della clausola abusiva dichiarata nulla con la corrispondente norma dispositiva derogata sarebbe idonea a garantire la sopravvivenza del rapporto negoziale, conformemente alla *ratio* e all'interesse tutelato dall'art. 9 della Legge n. 192/1998, allorché ad essere colpiti da nullità siano sia elementi secondari ed accessori al contratto, sia previsioni essenziali. A tal proposito, si consideri che l'incidenza che l'attuazione coattiva dell'assetto di interessi legalmente predisposto ha rispetto all'operazione economica originariamente delineata dai contraenti, assume rilievo differente a seconda della tipologia e della natura della clausola difforme in ordine alla quale è destinata ad operare. Per esempio, si osservi la differenza tra il caso in cui l'imposizione coattiva sia diretta a sostituire clausole difformi con riferimento ai prezzi di beni e servizi, rispetto all'ipotesi in cui l'intervento coattivo sia semplicemente volto a ridurre il termine oggetto del patto di non concorrenza. Nel primo caso, l'imposizione coattiva è destinata ad incidere sull'intero assetto di interessi con importanti ripercussioni sul piano della convenienza dell'affare, mentre altrettanto non può dirsi nella seconda ipotesi. Cfr. C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 212 s.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., p. 304.

imperative che siano state apposte dalle parti, indipendentemente dalle eventuali trattative intercorse⁶⁰³. A parere dell'opinione dottrinale ad oggi maggioritaria, l'opera sostitutiva attuata in forza dell'art. 1339 c.c., sarebbe pertanto idonea sia a preservare la parità di forze tra i paciscenti, che a garantire protezione al contraente "debole" in ipotesi di imposizione di clausole abusive unilateralmente predisposte, senza porsi in conflitto con il libero esercizio dell'autonomia privata⁶⁰⁴.

Ancora, secondo un'alternativa ed alquanto evolutiva visione, sempre appartenente a tale corrente di pensiero fautrice del suddetto meccanismo sostitutivo-integrativo, alcuni giuristi hanno proposto un'applicazione in via analogica dell'art. 1339 c.c. non più per mezzo dell'impiego di criteri o norme di natura legale, bensì facendo ricorso a "regole e valori che, attraverso il mercato, comunque ritrovano la propria origine nell'autonomia privata"⁶⁰⁵. In altre parole, per scongiurare un irresoluto esito circa l'individuazione dei parametri e dei limiti di operatività del potere etero-integrativo, il giudice dovrebbe essere sì guidato da criteri oggettivi tali da impedire all'interprete la redazione *ex novo* delle condizioni contrattuali, ma facendo ricorso a quelli disponibili nel mercato che siano il più possibile coerenti con il negozio originariamente delineato dai paciscenti⁶⁰⁶. Quanto detto, si tradurrebbe nella possibilità di assicurare all'impresa abusata un trattamento contrattuale omogeneo o quantomeno

⁶⁰³ Si vedano A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., pp. 172 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 54 ss.; G. DE NOVA, voce *Conversione*, I) *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988, pp. 2 ss.; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 179 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 168, il quale precisa che l'art. 1339 c.c. non attiene ai presupposti per la produzione degli effetti riconducibili alle norme imperative, ma è volto a regolamentare le conseguenze in caso di violazione di tali norme e, dunque, in caso di mancata attuazione degli effetti prescritti dalla legge.

⁶⁰⁴ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 123; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 334; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 249 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., pp. 385 - 388.

⁶⁰⁵ La tesi è stata avanzata da A. BARBA, *op. cit.*, pp. 352 ss., spec. p. 354, secondo cui sarebbe quindi possibile superare il limite applicativo posto dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., in forza del quale sarebbe necessaria la presenza di una norma imperativa per consentire l'operatività del meccanismo sostitutivo-integrativo, consentendo invece l'attuazione giudiziale di una possibile integrazione cogente anche facendo ricorso a norme dispositive, oltre che ad eventuali valori espressi dal mercato. In senso conforme si veda C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 211, secondo cui, se davvero gli interventi legislativi in funzione regolatoria nel mercato costituiscono un'eccezione esclusivamente volte a porre rimedio ai c.d. *market failure* e a ripristinare gli equilibri perduti allorché il mercato non sia più in grado di autoregolamentarsi, allora non si comprende il motivo per cui debba essere negata la possibilità di applicare, seppur indirettamente e in via analogica, i valori endogeni al mercato in funzione integrativa-correttiva; così facendo, quindi, la soluzione alla lacuna verrebbe ricavata all'interno del mercato stesso, come dovrebbe avvenire in condizioni di normalità. Per un approfondimento si veda anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 239 s.

⁶⁰⁶ C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 220.

non discriminatorio, nel rispetto del principio di concorrenzialità e parità dei contraenti, facendo applicazione delle CGC regolarmente praticate nell'ambito delle relazioni commerciali che l'impresa dominante intrattiene con altre imprese sul mercato. Viceversa, laddove manchino precedenti o parallele relazioni commerciali dello stesso tipo dalle quali ricavare i criteri ed i parametri di integrazione, la soluzione potrebbe rinvenirsi nell'applicazione delle condizioni che, sulla base dell'intero mercato, vengono generalmente applicate alle relazioni della medesima natura tra imprese in condizioni di eguaglianza economico-contrattuale, facendo così ricorso a criteri oggettivi e controllabili.

Non si comprende però come l'art. 1339 c.c., in materia di inserzione legale di clausole, possa assentire ad un tale esito ammettendo l'operare di regole diverse ed incontrollabili diverse da quelle suggerite dalla fonte legale.

Del pari, anche tale ricostruzione si è rivelata del tutto non esaustiva in termini di protezione dell'impresa economicamente dipendente, avendo sollevato critiche sul suo principale effetto ossia il rischio di attribuire automaticamente forza cogente ai valori espressi dal mercato, volubili e talvolta sfuggenti⁶⁰⁷.

Quanto detto si è tradotto in una duplice alternativa: o viene ampliata l'area operativa dell'art. 1339 c.c. legittimando sostituzioni che non rinvergono nella legge la propria ragione oppure il richiamo in via analogica dell'art. 1339 c.c. non è sufficiente a giustificare un diverso operare (in via analogica) dell'adattamento giudiziale (in termini di inserzione di clausole) rispetto a quello legale⁶⁰⁸.

La soluzione potrebbe forse rinvenirsi nell'applicazione in via diretta ed estesa del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. anche alle fattispecie a fronte delle quali il legislatore sanziona il patto abusivo senza precisare le regole correttive cui attenersi, legittimando così il ricorso a parametri desumibili da rapporti della stessa specie, purché equilibrati.

Ciò, ad esempio, è quanto può accadere in ipotesi di abuso di dipendenza economica quando il giudice per la rimodulazione del contratto squilibrato si rifà, in assenza di regole legali, alle condizioni normalmente praticate nel mercato dall'impresa

⁶⁰⁷ Di questo avviso A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, p. 46; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., p. 378 s.

⁶⁰⁸ Si veda A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 239.

economicamente dominante come criteri per la determinazione delle condizioni o dei prezzi sostitutivi.

Ferme le incertezze interpretative esistenti, sembra che la soluzione al problema sull'applicazione dell'art. 1339 c.c. in via analogica e all'integrazione cogente o correttiva per mezzo di norme non imperative⁶⁰⁹, si possa tradurre nella possibilità di colmare le lacune negoziali disapprovate dall'ordinamento - sia originarie, che sopraggiunte a fronte della caducazione di parte del regolamento contrattuale eccessivamente squilibrato - anche per mezzo di regole e criteri non prettamente legali⁶¹⁰. Ne consegue che, secondo l'orientamento in parola, allorché la sostituzione dispositiva rappresenti l'unico mezzo legislativo in grado di assicurare la conservazione del contratto nell'interesse dell'impresa "debole", l'interprete deve lasciarsi alle spalle ogni renitenza circa l'attuabilità di tale meccanismo correttivo.

Ciò malgrado, in assenza di criteri direttivi predeterminati ai quali ancorare il giudizio, anche tale prospettazione non è del tutto persuasiva: si osservi, il caso in cui l'impresa "forte" imponga all'impresa economicamente dipendente una condizione particolarmente gravosa dal punto di vista economico, rispetto a quelle normalmente applicate nel mercato di riferimento; in tale fattispecie, anche la sostituzione della clausola nulla non sarebbe idonea e sufficiente a garantire il raggiungimento del livello a cui si attestano le altre contrattazioni o comunque un livello qualificabile come equo, posto che anche la misura praticata alle altre imprese, benché non economicamente dipendenti, potrebbe essere più o meno gravosa di quella contenuta nella disciplina dispositiva⁶¹¹.

Si consideri, oltretutto, che aderendo alla suddetta impostazione si rischierebbe di ampliare eccessivamente l'alveo applicativo dell'art. 1339 c.c., nonché i casi di correzione legale del contratto, ammettendo la sua attivazione ogniqualvolta, anche in assenza di regole di legge, sia possibile ricavare un regolamento più equo cui fare ricorso, di per sé generalmente sempre deducibile. Nonostante gli sforzi profusi, il meccanismo di cui agli artt. 1419 ii) comma e 1339 c.c. deve ritenersi inattuabile tenuto

⁶⁰⁹ Una dettagliata analisi sulla distinzione tra integrazione suppletiva e integrazione cogente, la quale presuppone un'invalidità parziale del contratto, è offerta da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 457 ss.

⁶¹⁰ Per un approfondimento si rinvia a G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*

⁶¹¹ Tale tecnica correttiva-integrativa presuppone l'esistenza di rapporti di massa o comunque seriali tali da costituire strumenti di raffronto e cui attingere per *relationem*. Cfr. M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 177 s.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 125 s.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 295.

conto che la lettura evolutiva dell'art. 1339 c.c. volta a legittimare il potere correttivo del giudice non risolve il vuoto normativo esistente connesso alla mancanza di criteri oggettivi predefiniti ai quali ancorare l'intervento e tali da poter qualificare la sostituzione automatica come legale⁶¹².

4.2.3 Un'ipotesi di rinegoziazione del contratto squilibrato

Sempre più marcata e incisiva è l'attitudine del legislatore e della giurisprudenza ad intervenire sul regolamento contrattuale eccessivamente squilibrato sancendone l'invalidità e, ove possibile, legittimando un intervento etero-integrativo del giudice.

Tale propensione non ha scoraggiato la dottrina nell'indagare la possibilità di rinvenire nell'art. 9 della Legge n. 192/1998 anche la fonte di un obbligo di rinegoziazione del contratto squilibrato⁶¹³, in forza della considerazione per cui nei c.d. *long term contracts* dovrebbe sussistere una comune volontà alla sopravvivenza della relazione commerciale instaurata attraverso un'opera di adeguamento dell'assetto degli interessi⁶¹⁴.

⁶¹² Di questo avviso C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, fasc. 5, 2004, p. 473. Diversamente, si veda M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 179 ss.

⁶¹³ Parte della dottrina sostiene che il principio di buona fede *ex art.* 1375 c.c. rappresenta una possibile fonte di un obbligo di rinegoziazione generale gravante in capo ai paciscenti, nel rispetto del dovere di correttezza nella gestione dei rapporti negoziali (In tal senso si vedano F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 320 ss.; G. ALPA, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, G. ALPA, M. BESSONE (diretta da), Torino, 1999, pp. 119 ss. In senso contrario si vedano M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, pp. 201 - 256.; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, cit., pp. 555 - 578; F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 75 s.). Nella prospettiva di recupero dell'equilibrio economica perduto, la clausola generale di buona fede si traduce nell'estrinsecazione del dogma di solidarietà, ovvero sia in un principio generale di salvaguardia del rapporto contrattuale, avendo riguardo agli interessi e all'utilità dell'altro contraente.

⁶¹⁴ A. PISU, *op. cit.*, pp. 74 - 79; S.P. CERRI, *op. cit.*, pp. 194 e 222 s., l'Autore osserva che dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sull'individuazione dell'oggetto dell'obbligo di rinegoziazione, per meglio comprendere se lo stesso rappresenti un obbligo di avviare la trattativa volta alla rinegoziazione dell'accordo o un vero e proprio obbligo di stipulare un negozio conformativo del rapporto. Sul punto sono state avanzate due differenti prospettive: una secondo cui la clausola generale di buona fede fungerebbe da mero strumento di garanzia del corretto svolgimento delle trattative, imponendo alle parti di prestarsi allo svolgimento delle trattative, e un'altra secondo cui tale principio generale vincolerebbe le parti ad addivenire ad un negozio modificativo. A tal riguardo, è utile menzionare l'istituto della c.d. *hardship clause*, la quale rappresenta uno strumento autonomo e alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, diretto al riequilibrio del rapporto contrattuale e, quindi, alla neutralizzazione del rimedio risolutorio, quale *extrema ratio* a fronte dei negativi tentativi conservativi del rapporto (cfr. S.P. CERRI, *op. cit.*, pp. 211 - 219; F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: i possibili scenari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2020, pp. 198 ss.; C. BERTI, *Il "fatto storico" Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'"atto" e del "rapporto"*, in *Resp. Civ. Prev.*, fasc. 2, 2020, pp. 578 ss.).

In tale prospettiva, è necessario definire se e in che termini possa dirsi esistente un obbligo alla rinegoziazione volta alla stipula di un nuovo contratto conforme ai criteri di equità e buona fede originariamente violati allorché l'impresa "dominante" abbia indotto l'impresa economicamente dipendente ad accettare CGC eccessivamente squilibrate⁶¹⁵.

Sul punto, plurimi sono i profili da chiarire. In particolare, è necessario definire: *i)* se l'art. 9 della Legge n. 192/1998 costituisce una fonte autonoma dell'obbligo di rinegoziazione, *ii)* se la sanzione della nullità *ex art.* 9 della Legge n. 192/1998 può sostituirsi all'obbligo di rinegoziazione sancito da una diversa fonte, sia essa legale o convenzionale e *iii)* quali possono essere gli strumenti di reazione attivabili dall'impresa economicamente dipendente in ipotesi di mancato adeguamento del rapporto negoziale a fronte dell'eventuale rifiuto manifestato dall'impresa "abusante".

Per rispondere a tali quesiti, il punto di partenza è dato dalla definizione del momento in cui si è manifestata la condizione di dipendenza economica.

Va distinta infatti l'ipotesi in cui la parte versi in stato di dipendenza economica già al momento della stipula del contratto, da quella nella quale lo stato di dipendenza economica sia insorto nel corso del rapporto ossia successivamente agli investimenti inconvertibili realizzati dall'impresa "debole".

Nel primo caso, dacché non esiste alcun vincolo giuridico di adeguatezza delle prestazioni o di un loro equilibrio originario, l'obbligo di rinegoziazione *ex art.* 9 può insorgere soltanto allorché i paciscenti non abbiano inserito nel regolamento contrattuale una clausola di rinegoziazione e la prassi del mercato di riferimento ne imponga la previsione.

Nel secondo caso, invece, il contratto originario nasce conforme all'art. 9 della legge sulla subfornitura e soltanto in momento successivo sopraggiunge tra le parti una condizione di dipendenza economica, sebbene non determinata dall'abuso di potere altrui. In tale circostanza, benché le parti non abbiano previsto alcuna clausola di rinegoziazione e tale obbligo non sia imposto da alcuna norma di settore, è necessario chiedersi se l'art. 9 in parola può costituire una fonte legale dell'obbligo di rinegoziazione, avente ragione d'essere nelle sopravvenienze che nel tempo hanno

⁶¹⁵ Per un approfondimento si rinvia a L. NONNE, *op. cit.*, p. 245; M.R. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 212 - 219.

inciso negativamente sul rapporto contrattuale originario⁶¹⁶. La risposta è pacificamente negativa poiché per mezzo dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 il legislatore ha inteso scongiurare la fuoriuscita dal mercato dell'impresa economicamente dipendente allorché sia vittima dell'esercizio abusivo del potere di mercato altrui, senza quindi accordare alcuna maggior tutela all'imprenditore economicamente debole rispetto a qualsivoglia altra realtà imprenditoriale.

Il legislatore invero non ha affidato all'autorità giudiziaria alcun potere di gestione dello squilibrio contrattuale sopravvenuto, bensì ha rimesso semplicemente all'esclusiva disponibilità e libertà delle parti la possibilità di "recuperare" l'equilibrio originario del negozio. Ne consegue che in caso di mancata rinegoziazione dell'accordo, il rimedio esperibile dall'impresa la cui condizione di debolezza sia conseguita alle sopravvenienze nel corso dell'esecuzione del rapporto, deve necessariamente rinvenirsi nella risoluzione del contratto⁶¹⁷ ovvero nel mantenimento di quest'ultimo così come risultante a fronte delle sopravvenienze medesime. Viceversa, ove lo stato di dipendenza economica insorga nel corso dell'esecuzione del rapporto, originariamente valido *ex art. 9* della Legge n. 192/1998, e le parti abbiano previsto un obbligo di rinegoziazione o tale vincolo sia imposto dalla legge, è necessario indagare se la rinegoziazione debba limitarsi alla preservazione dell'equilibrio contrattuale originario, poi alterato dalle sopravvenienze, ovvero se possa estendersi all'accordo eventualmente raggiunto in un secondo momento in adempimento dell'obbligo convenzionale o legale di rinegoziazione⁶¹⁸. La soluzione maggiormente rispondente al sistema pare essere quella di favorire il riequilibrio del rapporto contrattuale originariamente conforme all'art. 9, nel rispetto degli interessi che hanno condotto le parti alla stipula del

⁶¹⁶ A. PISU, *op. cit.*, p. 30 s., ove l'Autrice osserva che «anche i contratti d'impresa manifestano un profilo di debolezza nell'incapacità di regolare *ex ante* le sopravvenienze da cui possono essere investiti», dal momento che, da un lato, l'uomo è di per sé incapace di prevedere tutti i potenziali eventi futuri idonei ad incidere sul regolamento contrattuale e, dall'altro, sarebbe comunque antieconomico allocare preventivamente e convenzionalmente i costi transattivi connessi ai rischi prevedibili, per giunta di inverosimile verificaione.

⁶¹⁷ In tale ipotesi vige il principio *tertium non datur* per cui le soluzioni sono due: o il rapporto contrattuale viene conservato a fronte di un'attività di rinegoziazione o si ha una risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta.

⁶¹⁸ Si consideri che anche ove le parti non siano state in grado di raggiungere un accordo a seguito delle trattative intercorse volte alla rinegoziazione del contratto, il potere rimediabile e correttivo potrebbe essere rimesso su istanza di parte nelle mani dell'autorità giudiziaria la quale può sciogliere il contratto o modificarlo determinando una redistribuzione giusta ed equa tra i paciscenti dei vantaggi e dei pregiudizi conseguenti al negozio, eventualmente anche condannando al risarcimento dei danni o quantomeno alla soccombenza sulle spese la parte che abbia rifiutato la procedura di rinegoziazione contrattuale, in violazione dei principi di buona fede e solidarietà. Cfr. M.R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 217.

contratto. Non sarebbe infatti opportuno accordare alla parte divenuta economicamente “dipendente” in assenza di condotte abusive lo strumento della rinegoziazione per consentirle di aggirare le sopravvenienze e, dunque, di disattendere l’originario equilibrio negoziale a favore di un più vantaggioso affare, salvo in ogni caso un diverso accordo tra le parti.

Venendo alle risposte ai suddetti quesiti, l’art. 9 della Legge n. 192/1998 non rappresenta una fonte autonoma dell’obbligo di rinegoziazione, bensì, in conformità al principio di conservazione del negozio, uno strumento ermeneutico del quale l’interprete può avvalersi per incentivare le parti a rinegoziazione l’accordo per raggiungere l’equilibrio perduto, scongiurando così l’assunzione di condotte abusive nei riguardi dell’impresa “debole”. Ciò, ad ogni modo, non esclude che, laddove il giudice ravvisi un’ipotesi di abuso della condizione di dipendenza economica sopravvenuta, la sanzione della nullità di cui all’art. 9 possa sostituirsi all’obbligo di rinegoziazione rimasto inadempito, determinando così la caducazione dell’intero accordo o di una parte di esso, pur sempre a condizione che tale rimedio sia confacente agli interessi dell’impresa vessata e fatto sempre salvo il risarcimento dei danni patiti.

4.3 L’obbligo legale a contrarre a fronte dell’abuso di dipendenza economica “fuori contratto”: un’applicazione estesa dell’istituto

Una delle questioni cruciali connesse all’applicazione dell’art. 9 della Legge n. 192/1998 attiene all’effettività e all’adeguatezza del sistema sanzionatorio e delle misure di protezione messe a disposizione dell’impresa economicamente dipendente allorché l’abuso si concretizzi mediante l’interruzione arbitraria della relazione commerciale o il rifiuto di contrarre⁶¹⁹.

⁶¹⁹ In ordine alla qualificazione della natura della responsabilità scaturente dalla violazione dell’art. 9 allorché l’abuso di concretizzi al di fuori della fattispecie di imposizione di condizioni eccessivamente e ingiustificatamente squilibrate, si può altrettanto ritenere che in capo all’impresa “dominante” sorge una responsabilità di natura contrattuale (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 198 s. e 209 ss., il quale afferma che tale considerazione non può essere revocata in dubbio dalla tesi secondo cui il rifiuto di vendere o comprare darebbe luogo a un’ipotesi di responsabilità extracontrattuale, collocandosi tale condotta abusiva “fuori dal contratto”). Tale qualificazione trova peraltro conferma nel dato normativo dello stesso art. 1218 c.c. per la cui operatività non è richiesta l’esistenza di un contratto, bensì è sufficiente la sussistenza di un’obbligazione rimasta inadempita, con la conseguenza che la responsabilità contrattuale

Il quesito che è necessario porsi concerne la possibilità e, in tal caso, l'individuazione degli strumenti e istituti offerti dall'ordinamento, per ordinare al contraente "dominante" la conclusione del contratto, consentendo all'impresa vessata di conseguire il risultato atteso e ingiustificatamente rifiutato⁶²⁰. In altre parole, è necessario indagare la possibilità di ammettere in via interpretativa l'esistenza di un obbligo legale a contrarre, avente la propria fonte di legittimazione nel più ampio divieto di abuso del diritto in ipotesi di abusivo contegno da parte dell'impresa economicamente dominante.

Innanzitutto, l'esistenza di regimi normativi differenti, parametrati in ragione dello *status* rivestito dai contraenti ovvero delle varie condizioni di mercato, impone una disamina generale dell'ambito operativo delle norme per mezzo delle quali il legislatore legittima l'imposizione di un obbligo legale a contrarre.

Avendo riguardo alla contrattazione bilateralmente commerciale, la disciplina dell'obbligo a contrarre si rinviene all'art. 2597 c.c.⁶²¹, in forza del quale chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, nel rispetto del principio di parità di trattamento.

Dal tenore letterale emerge come l'obiettivo della norma, avente carattere generale e applicabile a tutte le ipotesi di monopolio di diritto, è quello di assicurare sia all'utente finale la possibilità di accedere liberamente ai prodotti e ai servizi, che alle imprese potenziali concorrenti o comunque clienti o fornitrici di accedere al mercato. In ragione della specifica finalità perseguita dalla norma, un'applicazione estesa della

è destinata ad operare a fronte di qualsivoglia ipotesi di violazione di un obbligo, indipendentemente dalla relativa fonte, e dunque anche a tutela di obbligazioni non aventi fonte contrattuale.

⁶²⁰ Per un approfondimento della questione si rinvia a B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit.; A. VILLELLA, *op. cit.*, pp. 34 - 41; F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 246 - 264, spec. p. 261 s. con specifico riferimento alla condanna all'obbligo di contrarre irrogabile dalla Commissione europea o dai giudici di merito nazionali in ipotesi di ingiustificato rifiuto di contrarre. Dall'esame condotto dall'Autrice nel relativo contributo emerge come, in caso abuso di posizione dominante per ingiustificato rifiuto di contrarre (o di fornire) il rimedio più appropriato al ripristino della legalità del sistema e dei rapporti commerciali è dato dalla condanna dell'impresa abusante di contrarre. Con riferimento, invece, all'individuazione del giudice competente a pronunciare la sentenza sostitutiva *ex art.* 2932 c.c., il discrimine è dato dal fatto che la vicenda possa avere o meno rilevanza sul piano comunitario: ove non vi sia alcun rilievo, ai sensi della legge *antitrust* la competenza in tema di abuso di posizione dominante spetta alla Corte d'Appello quale giudice di primo grado (benché in più occasione le Corti d'Appello nazionali abbiano escluso la propria competenza a conoscere dell'azione *ex art.* 2932 c.c., riservandola al giudice di primo grado), viceversa, ove la questione abbia incidenza a livello comunitario coinvolgendo il commercio tra Stati membri, la competenza spetta ai giudizi nazionali.

⁶²¹ Si veda L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 8 ss.; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., p. 280.

stessa al di fuori delle ipotesi di monopolio legale può trovare legittimazione soltanto allorché le fattispecie contemplate condividano un'*eadem ratio*.

Di qui, la necessità di verificare se l'obbligo di cui all'art. 2597 c.c. possa trovare applicazione anche in ipotesi di abuso di dipendenza economica.

Già in prima battuta, appare lampante la differente natura dei due istituti tale da escludere a priori un'applicazione estesa dell'art. 2597 c.c.: da un lato, il divieto di abuso di dipendenza economica è volto a sanzionare l'esercizio difforme e arbitrario del potere di mercato da parte dell'impresa che gode di un ampio margine di scelta del *partner* commerciale, mentre all'opposto in caso di monopolio legale l'obiettivo del legislatore è quello di garantire il libero accesso al mercato nel rispetto del principio di parità di trattamento; motivo per cui, in quest'ultimo caso, è espressamente la legge a prevedere un'ipotesi di responsabilità alla quale consegue l'esecuzione forzata in forma specifica⁶²².

A fronte di tale differenziazione e, in particolare, dell'assenza di un'espressa previsione volta a riconoscere un'applicazione estesa dell'istituto, si potrebbe dapprima escludere l'operatività di tale obbligo a contrarre a fronte di fattispecie di rifiuto a negoziare in contesti differenti da quelli monopolistici.

Dovendo ricercare altrove la fonte di tale obbligo in ipotesi di abuso di dipendenza economica perpetrata "fuori contratto", va rilevato come l'art. 9 non solo prevede un dovere di non abusare della posizione di potere di cui gode l'impresa dominante, bensì pare introdurre implicitamente anche un obbligo specifico di fonte legale a contenuto positivo⁶²³ destinato a concretizzarsi in un vincolo di praticare CGC eque ovvero nell'obbligo di contrarre o comunque di non interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali.

⁶²² Cfr. A. MUSSO, *op. cit.*, p. 533; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 511 ss.; ID., *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss.; M. LIBERTINI, P. SANFILIPPO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, vol. XII, Torino, pp. 480 - 518.

⁶²³ Più nello specifico, è il comma 3 *bis* della medesima norma a riconoscere espressamente all'AGCM il potere di procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. La voluta genericità della formulazione della norma ha così consentito all'Autorità di fare ricorso anche all'obbligo di contrarre allorché l'abuso sia stato perpetrato opponendo all'impresa economicamente dipendente il rifiuto di contrarre (vendere o comprare o fornire).

In forza di ciò e valorizzando l'assunto per cui i vincoli a contrarre devono essere intesi come strumenti del "nuovo diritto ineguale"⁶²⁴, si potrebbe allora ritenere che l'obbligo a contrarre in ipotesi di abuso di dipendenza economica rinviene la sua fonte nel combinato disposto degli artt. 9 Legge n. 192/1998⁶²⁵ e dell'art. 2932 c.c. - rubricato come esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto -, ovverosia nella stessa illiceità e abusività del contegno assunto dall'impresa "dominante".

A tal proposito, è opportuno richiamare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi attorno al tema dell'ammissibilità dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto *ex art. 2932 c.c.* in caso di ingiustificato rifiuto di vendere o di comprare e di arbitraria interruzione delle relazioni commerciali, quali tipiche e generali fattispecie a fronte delle quali è possibile rintracciare l'esistenza o, quantomeno, la possibilità di erigere un obbligo a contrarre coercibile all'impresa abusante.

Per far ciò, è innanzitutto opportuno chiarire in che termini sia ammissibile una lettura evolutiva dell'istituto di cui all'art. 2932 c.c.

Sul tema si sono sviluppati orientamenti contrapposti.

Secondo un primo orientamento, l'art. 9 della Legge n. 192/1998 non sarebbe idoneo a fondare un vero e proprio obbligo a contrarre *ex art. 2932 c.c.* giacché desumere, in negativo, da un divieto l'esistenza di un positivo obbligo legale di assumere una condotta contraria e conforme alla disposizione non avrebbe alcuna valenza e vincolatività giuridica⁶²⁶.

⁶²⁴ Espressione utilizzata da M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., p. 278.

⁶²⁵ B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 99 ss., secondo la quale se, da un lato, dal divieto di abuso consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie discende un dovere di contrarre a condizioni eque, dall'altro, al divieto di abuso consistente nel rifiuto di contrarre non può che conseguire un obbligo a concludere il contratto illecitamente rifiutato.

⁶²⁶ Di questo avviso A. BARBA, *op. cit.*, p. 351; L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, pp. 832 ss.; V. PINTO, *op. cit.*, pp. 389 ss., il quale osserva che dedurre da tale divieto l'obbligo legale di contrarre significherebbe come desumere dall'art. 2043 c.c. l'obbligo specifico di ciascun consociato di non recare danno ad altri, facendo risultare come una "mancata esecuzione" di un rapporto obbligatorio una condotta che, in realtà, ne è estranea. Secondo tale corrente di pensiero, in forza dell'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 9 in parola dovrebbe essere esclusa sia l'operatività di un obbligo a contrarre (in questo senso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 259, secondo cui il risarcimento del danno rappresenta l'unico rimedio concretamente esperibile dal contraente abusato in ipotesi di rifiuto di contrarre e di interruzione arbitraria dei rapporti commerciali), sia la sua anticipazione per mezzo di una richiesta cautelare (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, pp. 190 ss.); A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: 'dal caso limite' alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, vol. 127, fasc. 11, 2002, pp. 3209 - 3217, nota a Trib. Roma, ord. 12 settembre 2002 e 16 agosto 2002, Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002 e Trib. Roma, ord. 20 maggio 2002 (nello specifico si veda quanto affermato dal Tribunale di Bari secondo cui «sarebbe contrario ai principi di ermeneutica giuridica ritenere che una norma inserita in una legge di settore che disciplina la subfornitura nelle attività produttive, abbia un effetto così dirompente da stravolgere tutti i

Un'ulteriore critica mossa alla proposta estensibilità in via analogica della disposizione di cui all'art. 2932 c.c. si fonda sull'assunto per cui la norma vanterebbe un campo applicativo limitato alle sole fattispecie in cui l'inadempimento di cui si è resa responsabile una parte abbia ad oggetto obblighi liberamente assunti dalle parti e, dunque, dalle stesse definite nel contenuto e non lasciate alla libera determinazione altrui o comunque imposte per legge⁶²⁷.

Secondo l'orientamento critico in parola, peraltro, il limite operativo dell'istituto andrebbe altresì individuato nel limitato potere di intervento riservato al giudice il quale, in forza dell'art. 2908 c.c. in materia di effetti costitutivi delle sentenze, può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici nei casi previsti dalla legge. In forza di tale assunto, è stato osservato che il problema applicativo dell'art. 2932 c.c. in ipotesi di abuso di dipendenza economica concerne anche la tipicità della tutela costitutiva in forza della quale al giudice è concesso un potere costitutivo in via eccezionale e circoscritto, essendo di principio riservata alle sole parti la produzione di effetti giuridici, nel rispetto dell'autonomia privata alle stesse riservato.

principi in materia contrattuale, introducendo un potere così penetrante in capo al giudice, il quale può riequilibrare l'assetto del contratto e può, addirittura, [...] costituire un rapporto obbligatorio che una delle parti non ha voluto, a seguito di mancata accettazione di una proposta contrattuale proveniente dalla controparte»; in giurisprudenza, sempre in tema di interpretazione restrittiva della norma in commento, si veda anche Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, cit., secondo cui accettando una tale soluzione estensiva si giungerebbe in via giudiziale «all'estremo di costituire veri e propri rapporti giuridici fra le parti, determinando in tal modo conseguenze che, ove se ne ritenesse l'applicazione al di fuori della ristretta cerchia delle subforniture, si rivelerebbero assolutamente dirompenti dei principi di comune applicazione in materia contrattuale».

⁶²⁶ Sui dubbi insorti sulla legittimità di un tale procedimento di esecuzione forzata rispetto al principio dell'autonomia contrattuale delle parti, va comunque osservato che anche a fronte dell'esperimento delle azioni *ex artt.* 2930 ss. c.c. i paciscenti godono comunque di un margine di autonomia e di un potere di controllo sull'affare, se non circa la conclusione del contratto, quantomeno sulla determinazione del contenuto delle prestazioni e sulle modalità di adempimento (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 231).

⁶²⁷ Pensiero condiviso da D. MAFFEIS, *op. cit.*, pp. 77 ss., il quale esclude un'applicazione estesa dell'istituto, ritenendo quale presupposto indefettibile per il suo operare la determinazione del contenuto del contratto imposto, assente in caso di ingiustificato rifiuto di vendere o comprare. In relazione ai dubbi insorti sulla legittimità di un tale procedimento di esecuzione forzata rispetto al principio dell'autonomia contrattuale delle parti, va comunque osservato che anche a fronte dell'esperimento delle azioni *ex artt.* 2930 ss. c.c. i paciscenti godono comunque di un margine di autonomia e di un potere di controllo sull'affare, se non in ordine alla conclusione del contratto, quantomeno sulla determinazione del contenuto delle prestazioni e sulle modalità di adempimento (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 231). Sul punto si veda anche F. CORAGGIO, *op. cit.*, p. 260, la quale a fronte della messa in discussione dell'applicabilità dell'art. 2932 c.c. in ipotesi di inadempimento di obbligazioni aventi fonte legale o giudiziale, manifesta il proprio orientamento favorevole ad un'applicazione generale ed estesa dello strumento, tenuto conto che l'art. 2932 c.c. utilizza in modo indifferente il termine "obbligo" (nella rubrica della norma) e "obbligazione" (nel testo della disposizione), senza peraltro specificarne la fonte, sia essa legale o convenzionale.

In senso critico all'esposta tesi è stato però rilevato che se la disposizione di cui all'art. 2908 c.c. dispone un potere di intervento del giudice nei casi previsti dalla legge, allo stesso tempo la medesima non esclude tassativamente la possibilità di estendere anche ad altre ipotesi le norme in tema di azioni costitutive⁶²⁸.

La tesi restrittiva di cui si è dato atto andrebbe perciò smentita per più ordini di motivi.

Innanzitutto, dalla formulazione letterale dell'art. 2932 c.c. non sembra che il legislatore abbia inteso limitare l'operatività dell'istituto a seconda della fonte, legale e negoziale, dell'obbligo in relazione al quale si agisce per conseguire l'esecuzione in forma specifica.

A ciò si aggiunga che le ragioni menzionate a fondamento dell'interpretazione restrittiva⁶²⁹ secondo cui dal divieto di abuso non sarebbe possibile desumere l'esistenza di un positivo obbligo legale a contrarre non sono convincenti, risultando invece maggiormente condivisibile l'opposta prospettazione secondo cui l'obbligo legale a contrarre deriverebbe proprio dalla doverosità e imperatività del divieto di rifiuto di contrarre da cui discende un dovere specifico, ovverosia l'obbligo di vendere o comprare, essendo di per sé irrilevante la formulazione negativa o positiva dell'obbligo stesso⁶³⁰. Se si considera infatti che, appurata l'abusività del rifiuto di contrarre e

⁶²⁸ Di questo avviso A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 222 s.

⁶²⁹ Di particolare interesse è anche la prospettiva di parte della dottrina che, benché contraria al riconoscimento di un vero e proprio obbligo a contrarre *ex art. 9*, riconoscono la possibilità che l'autorità giudiziaria possa irrogare un ordine a contrarre quale peculiare forma di estrinsecazione del rimedio inibitorio, il quale potrebbe talvolta assumere contenuti positivi, di fare, ossia di contrarre (cfr. P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 511 ss.). Secondo tale orientamento non sarebbe quindi possibile individuare un'obbligazione *ex lege* avente ad oggetto direttamente un obbligo a contrarre. Al più sarebbe possibile ammettere un risarcimento del danno in forma specifica *ex art. 2058 c.c.* - tale da consentire alla parte abusata comunque di conseguire la prestazione o da imporre all'impresa relativamente dominante l'imposizione del contratto - oppure un'inibitoria atipica, anche dal contenuto positivo (in tal senso si veda M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 112 s.).

⁶³⁰ *Ex multis*: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., p. 311; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 104; A. MUSSO, *op. cit.*, pp. 532 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza - Il Monopolio - Art. 2597 c.c.*, in *Il codice civile*, Commentario, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1992, p. 212; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 215; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 292: «ritenere abusivo (l'interruzione delle relazioni commerciali in atto e) il rifiuto di vendere e di comprare non può equivalere a ritenere violato l'obbligo giuridico che in quella determinata circostanza l'impresa forte alla quale era stata rivolta la proposta contrattuale aveva di concludere il contratto con l'impresa in situazione di dipendenza economica» e che, per tali motivi, «in assenza di valide alternative di mercato, l'impresa in posizione di dipendenza economica abbia il diritto di divenire partner della impresa che eserciti il dominio relativo, diritto cui corrisponde l'obbligo dell'impresa dominante di concludere il contratto di cui l'impresa dipendente necessita per lo svolgimento della propria attività».

dell'interruzione del rapporto commerciale, va ritenuto pacificamente violato l'obbligo giuridico gravante in capo all'impresa dominante di concludere o di dare esecuzione al contratto, allora plurime argomentazioni conducono a ritenere sussistente tale obbligo a contrarre ovvero a dare corso alla relazione commerciale interrotta⁶³¹ (pur sempre limitatamente al tempo ragionevolmente necessario per consentirle di reperire valide alternative sul mercato e di ammortizzare gli investimenti dedicati realizzati)⁶³².

Riflettendo in questo senso, allora, non si farebbe ricorso ad un'applicazione in via analogica delle fattispecie normativamente disciplinate di obbligo a contrarre, bensì l'obbligo stesso discenderebbe direttamente dal rifiuto abusivo di contrarre, tenuto conto che tale rimedio trova applicazione *ex art.* 2932 c.c. ogniqualvolta colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione⁶³³.

Il sistema sanzionatorio offerto dall'art. 9 della Legge n. 192/1998 parrebbe quindi disporre una sorta di "ampliamento" del campo applicativo del più generale istituto di cui all'art. 2932 c.c., oltre che delle più specifiche sanzioni vigenti in materia di illecito concorrenziale *ex artt.* 2599 e 2600 c.c.

La ricostruzione del dibattito dottrinale insorto sul tema consente qui di rilevare come, benché in prima battuta possa apparire difficoltoso assumere l'ammissibilità di un'ipotesi di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre a fronte del rifiuto di contrarre manifestato dall'impresa abusante, forse, a conti fatti, osservando il problema secondo un'angolatura protezionistica della quale è investita la legge sulla subfornitura, l'istituto di cui all'art. 2932 c.c. pare svelare delle potenzialità applicative particolarmente proficue per cui non vi sarebbe alcuna concreta e valida ragione per limitarne l'operatività in ipotesi di abuso *ex art.* 9⁶³⁴.

⁶³¹ Favorevoli a tale prospettazione si vedano F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 663 s.; F. CORAGGIO, *op. cit.*, pp. 246 ss.

⁶³² Diversamente si rischierebbe di attribuire all'art. 9 Legge n. 192/1998 uno scopo di mera protezione sociale, in contrasto con i principi propri di un sistema di economia di mercato, come è quello italiano. Cfr. G. CERIDONO, *Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n. 192. Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 428 ss.; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 319 s.

⁶³³ Si consideri che la menzionata impostazione non muove dalla considerazione dell'obbligo a contrarre quale risultato di un mero dovere legale, bensì come vera e propria obbligazione ovvero sia come una situazione soggettiva autonoma meritevole di tutela. Cfr. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., spec. p. 664.

⁶³⁴ La dottrina favorevole al riconoscimento dell'obbligo di contrarre quale strumento di reazione innanzi a rifiuti abusivi e ingiustificati di contrarre è varia: F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., pp. 663 ss.; A. FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e*

Condividendo l'orientamento favorevole all'operatività estesa dell'istituto di cui all'art. 2932 c.c. in caso di violazione dell'obbligo a contrarre in ipotesi di abuso di dipendenza economica⁶³⁵, l'attenzione va posta sull'individuazione dei criteri dei quali il giudice può avvalersi per la determinazione del regolamento negoziale al quale dare attuazione per mezzo dell'esecuzione specifica, ancorché non preventivamente definito dalle parti⁶³⁶.

Seguendo l'impostazione tradizionale, l'applicazione dell'art. 2932 c.c. in ipotesi di interruzione arbitraria della relazione o di rifiuto di contrarre volta alla pronuncia di una sentenza costitutiva, presuppone la sussistenza di un regolamento negoziale già definito nei suoi elementi essenziali giacché, diversamente, vi sarebbe il rischio di attribuire al giudice un potere eccessivamente arbitrario e svincolato da ogni parametro nella determinazione del contenuto e degli obblighi gravanti in capo alle parti⁶³⁷.

L'impostazione in discorso va però parzialmente smentita - o quantomeno circoscritta - se si considera che il potere di determinazione e di revisione del regolamento contrattuale, ancorché incompleto in ogni suo elemento, è ammesso e riconosciuto dalla legge al giudice laddove gli obblighi gravanti in capo alle parti abbiano già la loro fonte in un atto di autonomia - ci si riferisce al caso in cui il giudice

del mercato, in *Dir. comm. internaz.*, fasc. 3, 1997, pp. 549 - 588; ID., *et al.*, *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, 1993, p. 367 s.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 117 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza - Il Monopolio - Art. 2597 c.c.*, cit., pp. 212 ss..

⁶³⁵ Posto che le modalità di tutela, difatti, variano a seconda delle singole situazioni giuridiche passive coinvolte e della specifica violazione realizzata (ad esempio, in ipotesi di recesso ingiustificato viene garantita la prosecuzione del rapporto, in caso di disdetta arbitraria e di rifiuto di vendere o comprare la tutela viene garantita per mezzo della costituzione del rapporto), accertata la situazione giuridica passiva sottesa al rapporto giuridico instaurato, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre può trovare spazio solo a condizione che l'impresa si sia resa responsabile della violazione di un obbligo specifico, ossia un dovere di condotta o un obbligo in senso tecnico, quale è quello desumibile dall'art. 9 Legge n. 192/1998 (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 192).

⁶³⁶ Può, invero, condividersi l'affermazione per cui è pacificamente insuperabile il difetto di determinazione dell'oggetto del contratto da concludere, per il quale rimane quindi preclusa l'invocabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. (cfr. D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 81; G. CERIDONO, *op. cit.*, p. 453). Si consideri, infatti, che l'operatività del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. è vincolata alla sussistenza di un assetto negoziale per lo più già delineato nei suoi elementi essenziali. Sul tema si è espresso S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (a cura di), *Tutela dei diritti*, II ed., Torino, 1998, p. 416.

⁶³⁷ Si osservi, tuttavia, che allorché la sentenza del giudice segua il provvedimento dell'AGCM, l'autorità giudiziaria ordinaria, a differenza di quanto accade generalmente ove non ha a sua disposizione i dati necessari per l'instaurazione del rapporto, avrebbe a propria disposizione gli elementi del rapporto da costituire per come predeterminati nel provvedimento dell'autorità amministrativa, sempre a condizione che l'autorità amministrativa non si sia limitata ad irrogare una diffida dal contenuto generico (cfr. F. CORAGGIO, *op. cit.*, p. 263).

attui una profonda revisione degli obblighi dedotti dalle parti nel contratto preliminare di compravendita, rimasto inadempito, in sede di emissione della sentenza *ex art. 2932 c.c.* Pertanto, non si comprende la ragione per cui il potere determinativo del giudice non possa trovare accoglimento in ipotesi di abuso negoziale, allorché sia necessario dare attuazione a obblighi di fonte legale, specificamente previsti dalla legge a salvaguardia della parte vessata che versi in condizioni di dipendenza economica.

Un'ulteriore obiezione mossa al ricorso all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto nel caso di specie attiene alla limitata realizzabilità degli interessi vantati dall'impresa abusata. Quest'ultima, invero, come è facile immaginare, non ha alcun interesse a pervenire alla mera stipulazione del contratto (in attuazione dell'obbligazione di fare), bensì mira a conseguire il bene o il servizio richiesto (riconducibile alle obbligazioni di dare o fare, conseguibili attraverso l'esecuzione forzata degli obblighi di fare *ex art. 2931 c.c.* ovvero di consegna o rilascio *ex art. 2930 c.c.*)⁶³⁸.

Avendo riguardo all'utilità pratica conseguibile dall'impresa vittima dell'abuso, sul tema si sono contrapposti due indirizzi dottrinali: il primo secondo cui l'obbligo *ex artt. 2932 c.c. e 9 Legge n. 192/1998* avrebbe ad oggetto la mera dichiarazione di volontà negoziale, con la conseguenza che l'obbligo a contrarre costituirebbe proprio la prestazione imposta all'impresa abusante; viceversa, secondo una differente impostazione, alquanto condivisibile, l'obbligo a contrarre sarebbe strumentale all'obbligo principale rappresentato dall'erogazione della prestazione finale originariamente negata. Solo in quest'ultimo caso si potrebbe invero ritenere concretamente soddisfatto l'interesse dell'impresa economicamente dipendente al conseguimento della disponibilità del bene o del servizio e non certo alla sola manifestazione dell'impegno a contrarre⁶³⁹.

⁶³⁸ Si veda L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., spec. p. 60, ove osserva che ove la prestazione dell'impresa consista nel trasferimento della titolarità di un diritto, allora in tal caso il perfezionamento del contratto *ex art. 2932 c.c.* sarebbe di per sé sufficiente a garantire l'immediato soddisfacimento degli interessi vantati dall'impresa "debole" attraverso in forza dell'effetto traslativo *ex art. 1376 c.c.*

⁶³⁹ Invero, requisito essenziale di ogni pronuncia di condanna è la sua coercibilità, ossia la possibilità che la stessa venga portata ad esecuzione. Con riguardo al contenuto e agli effetti della condanna all'obbligo a contrarre si vedano M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, cit., p. 297; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 57, ove afferma che «se si elimina dalla vicenda il contratto, e si ammette che l'utente sia titolare della pretesa ad ottenere il bene o il servizio, in caso di inadempimento egli potrà agire direttamente per ottenere l'attuazione coattiva del suo interesse primario». In giurisprudenza si veda il caso Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, cit., pp. 2177 - 2194: *Ditta Milly Boutique*

Si immagini il caso in cui oggetto di esecuzione specifica sia l'obbligo di stipulare il contratto: il procedimento si rivelerebbe alquanto macchinoso considerato che l'impresa economicamente dipendente dovrebbe prima agire in giudizio per ottenere una sentenza costitutiva del rapporto contrattuale e solo successivamente, sempre che l'altra parte abbia prestato il consenso alla stipula del contratto, agire per conseguire una sentenza di condanna all'adempimento degli obblighi ivi dedotti.

La questione da chiarire attiene dunque allo specifico contenuto dell'obbligo oggetto di esecuzione al quale condannare l'impresa dominante, tenendo conto che l'impresa vessata ha interesse a conseguire quanto prima la prestazione richiesta e ingiustificatamente rifiutata, costituente l'oggetto del contratto e non solo a sollecitare l'adesione dell'impresa "dominante" al regolamento contrattuale ingiustificatamente rifiutato ovvero al mero ripristino del contratto a fronte del quale il rapporto commerciale è stato illegittimamente interrotto⁶⁴⁰.

Ciò comunque non esclude che lo strumento rimediale in parola potrebbe nella pratica avere una modesta utilità per l'impresa abusata considerando che per pervenire alla pronuncia di una sentenza direttamente produttiva degli effetti del contratto - ad esempio, traslativi di uno specifico bene - è indispensabile che gli elementi essenziali del negozio siano determinati o, quantomeno, determinabili⁶⁴¹. Se così non fosse si potrebbe conseguire la sola condanna alla stipula del contratto la quale, a sua volta, potrebbe comunque rimanere inadempita in caso di inottemperanza dell'impresa "dominante"⁶⁴².

c. *Soc. Marina Babini* nell'ambito del quale, accertati i presupposti dell'abuso di dipendenza economica per rifiuto di contrarre e per interruzione arbitraria della relazione, è stata accolta la domanda di esecuzione dell'ordine rimasto inevaso a fronte del contegno assunto dall'impresa "dominante", riconoscendo in via di urgenza il diritto dell'impresa economicamente dipendente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto attraverso la consegna immediata della merce richiesta, posto che il rapporto era di per sé già regolato da condizioni di vendita vigenti alle quali andava ricondotto l'ordine ineseguito (cfr. B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., spec. p. 131).

⁶⁴⁰ L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 45, ove si rifà all'espressione chiovendiana secondo cui tutto quello e proprio quello che l'utente ha il diritto di conseguire non è la dichiarazione di volontà, ma il bene o servizio.

⁶⁴¹ Si veda F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 665, il quale osserva che essendo generalmente indicati in modo generico i beni oggetto dei contratti di fornitura e subfornitura, in tali fattispecie l'effetto traslativo si concretizza in casi del tutto eccezionali.

⁶⁴² A fronte della condanna di cui all'art. 2932 c.c. nulla esclude che l'impresa "dominante" possa in itinere rendersi inadempiente, con il rischio ulteriore che il contraente "debole" debba farsi carico di un ulteriore ricorso per ottenere una seconda condanna del debitore alla soddisfazione del suo diritto.

Ferma l'utilità sottesa all'obbligo legale a contrarre in ipotesi di abuso di dipendenza economica, permane tuttavia il problema connesso alla latente impotenza di tale rimedio in ragione del vuoto di contenuto cui può essere afflitta l'obbligazione alla quale si vuole dare attuazione.

A fronte dell'analisi degli interrogativi sollevati ai quali è conseguita la presa d'atto della necessità di assicurare l'economicità e l'efficacia della tutela processuale dell'impresa economicamente dipendente vittima dell'abuso altrui, la soluzione sistematicamente coerente dovrebbe rinvenirsi nella possibilità di consentire a quest'ultima di avvalersi dell'esecuzione forzata degli obblighi di dare o fare *ex artt.* 2930 e 2931 c.c., valicando così il ricorso alla preliminare ed eventuale fase di condanna alla mera stipula del contratto ovvero di determinazione giudiziale *ex art.* 2932 c.c. del regolamento contrattuale⁶⁴³. Ciò malgrado, non si può celare che anche una simile soluzione rischia di svilire e minimizzare il valore e il ruolo che l'istituto del contratto ricopre a livello sistematico e di riservare all'impresa dipendente un esorbitante potere nella determinazione del contenuto delle prestazioni di dare o fare cui dare esecuzione, senza lasciare margine di replica, di trattativa o di rifiuto all'impresa dominante⁶⁴⁴.

4.4 La tutela inibitoria (anche positiva) e risarcitoria come rimedio per l'impresa economicamente dipendente

Dalle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi è emerso come talvolta lo strumento invalidatorio previsto dall'art. 9 della legge sulla subfornitura si rivela rimedio inadeguato per talune ipotesi di abuso di dipendenza economica.

Si veda il caso di rifiuto di vendere o comprare o di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in essere: a fronte di tali fattispecie, ove l'abuso viene perpetrato

⁶⁴³ Di tale avviso L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 44, ove afferma che «se si ripiega su una posizione più moderata, che acconsenta a riconoscere che prima della stipula del contratto vi è un principio di vincolo, un'obbligazione in via di perfezionamento, bisognosa di specificazione ma non del tutto indeterminata e comunque determinabile, non si vede per quale motivo tale obbligazione debba essere quella di contrarre e non quella di erogare».

⁶⁴⁴ In tal modo, l'impresa dominante verrebbe privata della possibilità di accertare che la prestazione richiesta da controparte sia conforme all'attività commerciale svolta, oltre che tale da consentire anche il soddisfacimento delle eventuali future domande.

per mezzo di comportamenti, a prescindere dalla previsione di CGC eccessivamente gravose, la nullità non solo non ha alcuna utilità, ma non trova affatto campo di attuazione. Forse, allora, come osservato da parte di dottrina⁶⁴⁵, in tali casi l'espressione "nullità" equivale anche ad affermare, in termini più ampi, che la condotta oggetto di osservazione è semplicemente contraria alla legge e, come tale, idonea a lasciare il campo all'operatività di altri rimedi, quali l'azione inibitoria e il risarcimento dei danni⁶⁴⁶.

Prospettiva particolarmente evolutiva, quest'ultima, che ha trovato conferma con la riforma di cui alla Legge n. 57/2001, per mezzo della quale il legislatore ha implementato il sistema rimediabile a disposizione dell'impresa vittima dell'abuso di dipendenza economica, riconoscendole espressamente la possibilità di agire per conseguire il risarcimento dei danni sofferto, oltre che, ove vi siano i presupposti, di ottenere un provvedimento di condanna inibitorio⁶⁴⁷.

A ben vedere, anche prima della novella del 2001, nel silenzio della legge, la dottrina non ha mai dubitato dell'ammissibilità del rimedio risarcitorio. Viceversa, incertezze erano emerse sulla possibilità per l'impresa abusata di ricorrere alla tutela inibitoria.

La previsione di una tutela inibitoria accanto a quella risarcitoria rappresenta un sintomo della presa di consapevolezza del legislatore dell'inadeguatezza del rimedio invalidatorio ad assicurare un'adeguata ed efficace tutela agli interessi dell'impresa abusata⁶⁴⁸. Spesso, infatti, anche laddove l'abuso venga perpetrato attraverso

⁶⁴⁵ M.A. LIVI, *op. cit.*, p. 211; D. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁴⁶ Avendo riguardo ai tratti distintivi tra l'azione inibitoria e il rimedio risarcitorio, la prima prescinde dal verificarsi di un evento dannoso e delle connesse conseguenze risarcibili, dal momento che presupposto per l'esperimento di tale azione è la sussistenza di un fatto illecito e non un atto dannoso, come invece richiesto *ex art.* 2043 c.c. ai fini del risarcimento dei danni (cfr. A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 242).

⁶⁴⁷ Cfr. L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 197, il quale, con riferimento alle norme in tema di concorrenza sleale, richiama sia la tutela inibitoria *ex art.* 2599 c.c. che quella risarcitoria *ex art.* 2600 c.c. (la quale si rifà alla disciplina di cui agli artt. 2043 e seg. c.c., oltre che all'art. 2058 c.c. in materia di risarcimento in forma specifica); M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., spec. pp. 97 – 99; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pp. 33 ss.; C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, spec. pp. 77 - 96 e 113 s.

⁶⁴⁸ Giova notare come l'inserzione tra le sanzioni di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998 dello strumento inibitorio è stata finalizzata anche al rafforzamento dell'*enforcement* del divieto di abuso di dipendenza economica che, a fronte della novella del 2001, ha acquisito rilevanza anche in termini di tutela della concorrenza. È infatti pacifico in dottrina che tale istituto trovi attuazione anche in ipotesi di illeciti concorrenziali sanzionati in forza dell'art. 3 della legge *antitrust* perpetrati attraverso l'assunzione di una condotta abusiva riconducibile nell'alveo dell'art. 9 Legge n. 192/1998, benché l'art. 33, ii) comma della legge *antitrust* non annoveri l'inibitoria tra i rimedi civilistici esperibili. Per un approfondimento in tema di rapporti tra c.d. *public* e *private enforcement* si rinvia a A. ROCCHIETTI MARCH, *Il risarcimento del*

l'imposizione di CGC eccessivamente squilibrate, la dichiarazione di nullità parziale può rivelarsi non sufficiente ad assicurare un'effettiva tutela all'impresa economicamente dipendente per consentirle di rimanere competitiva sul mercato. A ciò si aggiunga che anche a fronte della correzione dei disequilibri economico-normativi insistenti tra le parti, nella esclude che l'impresa contrattualmente "forte" possa in futuro assumere una nuova condotta abusiva.

Così, per sfuggire alla possibilità di una nuova o reiterata violazione del divieto di abuso di dipendenza economica, l'ordinamento giuridico riconosce all'autorità la facoltà di esercitare poteri inibitori finalizzati ad assicurare all'impresa economicamente dipendente una più efficace ed ampia protezione, ricomprendendo nel perimetro dell'azione inibitoria non solo gli abusi perpetrati per mezzo dell'imposizione di CGC eccessivamente squilibrate, ma anche quelli realizzati "fuori contratto", come l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e il rifiuto di contrarre, ossia quelli che non presuppongono necessariamente l'avvenuta instaurazione di un rapporto contrattuale tra le parti⁶⁴⁹.

In forza di tali premesse la tutela inibitoria assume le vesti di uno strumento rimediabile avente portata applicativa più ampia rispetto a quello "tradizionale" invalidatorio. Ciò, soprattutto, se si considera che il rimedio inibitorio può operare in una duplice forma: sia per mezzo dell'imposizione di un divieto di assumere o reiterare determinate condotte abusive (*non facere*), allorché ci si riferisca all'azione inibitoria "negativa"⁶⁵⁰, ovvero tramite l'imposizione di un'attività positiva, quale l'obbligo di

danno da illecito antitrust, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Torino, 2011, pp. 488 ss.; C. MEDICI, *op. cit.*, p. 550 s., la quale evidenzia che il discrimine tra tali campi di intervento si rinviene nella diversa natura degli interessi protetti dall'ordinamento.

⁶⁴⁹ M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., p. 905; V. PINTO, *op. cit.*, p. 390 s.; A. BARBA, *op. cit.*, p. 348, il quale definisce l'interruzione arbitraria delle relazioni in atto e il rifiuto di vendere odi comprare come "indifferenti" rispetto alla sanzione della nullità ex art. 9 Legge n. 192/1998.

⁶⁵⁰ Si tratta della tradizionale sentenza di condanna ad un *non facere* la quale non si limita ad accertare l'illiceità della condotta ma prescrive al soggetto di astenersi per il futuro da una determinata condotta. Attraverso tale ordine di desistenza, quindi, il sistema è volto ad assicurare al danneggiato una forma di tutela reintegratoria idonea a reprimere ed eliminare la turbativa arrecata dalla controparte all'esercizio di un diritto, cosicché la funzione repressiva e sanzionatoria si somma a quella preventiva del danno (per un approfondimento si veda L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., spec. pp. 238 ss.; A. NEGRO, *op. cit.*, p. 1050; A. BELLELLI, *L'azione inibitoria*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, p. 47, ove si precisa il *discrimen* tra tutela inibitoria e riparatoria: la prima è volta ad impedire che la condotta illecita venga assunta in futuro o comunque reiterata, mentre la seconda - la quale, oltre a presupporre una condotta

comprare, vendere o proseguire le relazioni commerciali in essere e abusivamente interrotte, laddove ci si riferisca ad un'inibitoria "positiva"⁶⁵¹.

In relazione a quest'ultima peculiare tipologia di azione ed alla conseguente condanna, la legittimità del ricorso ad un'azione inibitoria dal contenuto positivo discende dalla riflessione per cui i provvedimenti inibitori non devono necessariamente essere volti a conseguire una condanna avente ad oggetto un *non facere*, giacché ciò che rileva è la funzione sottesa a tale rimedio ossia quella di impedire il reiterarsi dell'illecito che, a seconda dei casi, può essere di natura commissiva o omissiva.

A conferma di tale interpretazione rafforzativa del campo operativo dell'azione inibitoria, il terzo comma dell'art. 9 della Legge n. 192/1998 fa espresso riferimento alle "azioni inibitorie" in generale, ricomprendendo sia quelle positive e negative, che quelle ottenibili in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*⁶⁵² (in via strumentale e con funzione

colposa o dolosa, richiede l'accertamento del danno risarcibile - è diretta a porre rimedio alle conseguenze dannose di tale medesima condotta illecita).

⁶⁵¹ La distinzione tra l'azione inibitoria positiva e negativa si rinviene nell'ordine che l'autorità giudiziaria rivolge al contraente abusante. Sul punto sorge spontaneo il quesito relativo ai motivi per cui a tale categoria di ordini ci si riferisce trattando di "inibitoria", quando nella sostanza alla parte soccombente non vengono impartiti ordini di non facere, bensì questa viene condannata all'attuazione di una condotta positiva, al fine di scongiurare per il futuro (o inibire) un illecito, sia esso omissivo che commissivo. In dottrina, si è quindi pensato di individuare nell'inibitoria di contenuto positivo lo strumento attraverso il quale erigere un obbligo a contrarre da ricondurre nel sistema rimediale offerto dall'art. 9 della Legge n. 192/1998 (per un approfondimento si rinvia a B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 91 ss.; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss.). In tema di inibitorie atipiche si veda M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nella applicazione delle norme antitrust*, cit., p. 665; ID., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 3, 1995, pp. 385 - 415, il quale affronta il tema della "supplenza giudiziale" connessa alla tendenza di considerare la tutela inibitoria quale campo della discrezionalità giudiziale; A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2018, pp. 298 ss. In giurisprudenza, si segnala la pronuncia del Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Foro It.*, 2004, I, col. 262, in occasione della quale il giudice di merito, adito a fronte di un arbitrario rifiuto di erogare la prestazione la quale è stata poi subordinata all'accettazione da parte dell'impresa "debole" di condizioni contrattuali manifestamente inique, ha confermato l'ammissibilità del rimedio cautelare (potenzialmente avente ad oggetto contenuti sia negativi che positivi) e della successiva azione di merito finalizzata alla condanna alla cessazione della condotta abusiva assunta attraverso l'irrogazione di un ordine a contrarre, oltre che al risarcimento dei danni.

⁶⁵² Cfr. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, p. 169: «a sostegno di tale limitazione si afferma che in via cautelare non si può concedere quello che non è possibile concedersi con l'esecuzione ordinaria, e perciò, dal momento che il nuovo codice ha ammesso l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare, esecuzione che incontra l'unico limite nella infungibilità della prestazione, si dovrebbe dedurre che anche il contenuto dei provvedimenti d'urgenza incontra quel limite invalicabile». Di diverso avviso si veda A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 375; si vedano anche pp. 493 - 496, ove si precisa che, per la natura dell'azione inibitoria d'urgenza, non trova applicazione l'istituto della prescrizione, in quanto l'attuabilità del pericolo è un presupposto essenziale per la proponibilità della stessa

anticipatoria e, quindi, non più solamente anticipatoria)⁶⁵³ ovvero di merito volte a conseguire una inibitoria definitiva per tutte quelle condotte riprovevoli che integrino gli estremi dell'abuso di dipendenza economica⁶⁵⁴.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla tipologia di azione inibitoria esperibile, il problema principale - come già visto per l'operatività dell'obbligo legale a contrarre ex art. 2932 c.c. - concerne la determinazione del contenuto del divieto e, soprattutto, dell'obbligo da impartire in ipotesi di inibitoria positiva.

⁶⁵³ Si consideri che, risolvendosi l'azione inibitoria in un giudizio ordinario di cognizione, l'incisività di tale rimedio e le ragioni sottese all'azione talvolta risultano svilite dal tempo necessario per giungere all'emissione del provvedimento richiesto. Motivo per cui, ove si accerti la sussistenza nell'immediatezza e quindi nel breve termine di una condizione di dipendenza economica, l'impresa economicamente dipendente ha la possibilità di conseguire in via anticipata gli effetti del provvedimento di merito instaurando un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. Si veda M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 112, ove osserva che l'idea che lo strumento inibitorio sia rimedio verso una situazione di mero pericolo e, in quanto tale, solo preventivo, cela una visione riduttiva del danno. In una prospettiva critica, va però osservato che in conformità al brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*, in forza del quale nessuno può essere costretto ad un *facere*, la concessione di un provvedimento d'urgenza potrebbe astrattamente porsi in conflitto con la possibilità di esperire un'inibitoria positiva, avente ad oggetto l'attuazione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, che mai potrebbe trovare esecuzione forzata diretta in ragione dell'incoercibilità degli obblighi di fare infungibili. Ciò, oltretutto, se si considera che in sede cautelare l'impresa dipendente ricorrente avrebbe la possibilità di conseguire risultati positivi potenzialmente più ampi di quelli che potrebbero in concreto derivare dalla successiva fase di merito. Di qui, se ne potrebbe desumere l'inammissibilità di un provvedimento d'urgenza avente ad oggetto un'inibitoria positiva. Di diverso avviso A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., pp. 371 ss., ove precisa che gli unici presupposti per l'esperibilità dell'azione inibitoria in via d'urgenza sono a) la mancanza di provvedimenti cautelari tipici o specifici, b) il *periculum in mora* e c) il *fumus boni iuris*; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 319 ss., spec. p. 327 s., ove precisa che: i) in ordine al quesito circa l'ammissibilità anche in sede cautelare della specifica utilità rifiutata in caso di ingiustificato rifiuto di contrarre la risposta è positiva, ii) la tutela cautelare non può essere limitata ai soli casi in cui questa può dar luogo all'esecuzione forzata, poiché anche in caso contrario il provvedimento in parola potrebbe essere oggetto di spontanea esecuzione da parte del soggetto intimato, producendo così gli effetti giuridici tipici dell'adempimento e che iii) il fatto che gli obblighi aventi ad oggetto un *facere* infungibile non sono suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica non preclude l'ammissibilità di una tutela in forma specifica in sede cautelare; A. VILLELLA, *op. cit.*, p. 245 s., il quale in una prospettiva critica revoca in dubbio tale impostazione, sostenendo che il problema dell'incoercibilità degli obblighi di fare sarebbe stato già risolto dal legislatore per mezzo dell'art. 2932 c.c., oltre che dal fatto che la pronuncia di condanna ad un *facere* potrebbe comunque trovare attuazione per mezzo di una volontaria esecuzione da parte dell'obbligato (cfr. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un *facere* infungibile*, in *Studium Iuris*, 1997, pp. 1277 ss.). In tema di azioni inibitorie concesse in via cautelare è utile richiamare ancora una volta la pronuncia del Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, cit.: *Ditta Milly Boutique c. Soc. Marina Babini*, in occasione della quale il giudice monocratico ha osservato che «la tutela cautelare in base al provvedimento d'urgenza non è [...] limitata ai soli casi in cui essa ha possibilità di esecuzione forzata perché anche in caso contrario il provvedimento può essere eseguito spontaneamente dal soggetto intimato».

⁶⁵⁴ In questo senso si veda C. ATTANASIO, *op. cit.*, p. 214. Di diverso avviso B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., pp. 85 ss., la quale osserva che la novella del 2001 non avrebbe introdotto alcuna azione inibitoria diversa e ulteriore a quelle "tradizionali" esperibili in forza della formulazione originaria, ossia quelle regolamentate ex art. 700 c.p.c. in via d'urgenza o ex art. 1599 c.c. in materia di concorrenza sleale.

Ci si riferisce, ad esempio, al caso di prescrizione all'impresa "dominante" dell'obbligo di contrarre a fronte di un rifiuto ingiustificato di vendere o di comprare ovvero al caso in cui l'impresa abusante abbia imposto CGC eccessivamente squilibrate e il giudice ordini all'impresa dominante di intervenire sul regolamento contrattuale ricorrendo *per relationem* alle condizioni che la stessa applica nell'ambito di rapporti commerciali omogenei o simili aventi il medesimo oggetto instaurati con imprese non economicamente dipendenti⁶⁵⁵.

In caso di provvedimento inibitorio positivo, quindi, il relativo contenuto ossia il comportamento dovuto deve essere analiticamente dettagliato affinché l'impresa intimata possa adempiere al proprio obbligo⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Questo è quanto accaduto, ad esempio, in una prospettiva sovranazionale, presso il tribunale regionale superiore (OLG) di Coblenza con pronuncia del 27 marzo 1980, in *WuW/E OLG*, 2281, in occasione della quale l'autorità ha ammesso una domanda avente ad oggetto la condanna dell'impresa produttrice alla fornitura di bottiglie di birra, ingiustificatamente rifiutata, facendo ricorso al prezzo e alle condizioni applicate agli altri grossisti. Ancora presso il tribunale regionale superiore di Düsseldorf, con provvedimento del 6 maggio 1980, in *BB*, 1980, 903, a fronte della domanda di fornitura di scarpe, il tribunale ha condannato l'impresa dominante a dare esecuzione alla domanda commerciale ricevuta, facendo applicazione delle condizioni e dei prezzi abituali (per un approfondimento si veda L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 262 s.; A. GNANI, *op. cit.*, p. 233, ove evidenzia che, in caso di rifiuto di contrarre o di interruzione ingiustificata del rapporto commerciale, con l'atto di diniego o di recesso l'impresa relativamente dominante diviene definitivamente inadempiente, con la conseguenza che, restando ineliminabile la cesura conseguente alla condotta abusiva da quest'ultima assunta, il rapporto ripristinato attraverso l'intervento giudiziale non si identifica più in quello iniziale bensì trova titolo nella sentenza di condanna). Sul punto è utile richiamare ancora una volta la statuizione del Tribunale di Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, vol. 125, fasc. 7/8, pp. 2178 - 2194; in *Giur. it.*, 2003, pp. 724 ss.; in *Il Civilista*, 2010, 6, pp. 92 ss.; in *Danno e resp.*, 2002, pp. 765 ss. (cfr. P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 326) nell'ambito del cui giudizio l'autorità chiamata a porre rimedio all'abuso di dipendenza economica perpetrato mediante la duplice condotta tipizzata dal rifiuto di contrarre e dall'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, nel determinare il contenuto del contratto alla cui attuazione (esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto mediante consegna della merce) condannare l'impresa abusante si è valso del contenuto del contratto di vendita non concluso, i cui elementi sono stati forniti dall'impresa resistente attraverso la produzione delle CGC di vendita racchiuse in un modello standardizzato recante la propria intestazione. Si veda anche Trib. Torino, 11 marzo 2010, cit., 1471: «Il rimedio cautelare che può essere concesso in applicazione dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192 può consistere nella imposizione al contraente forte della prosecuzione di un rapporto abusivamente interrotto o di attuarlo inibendogli di avvalersi di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ma non può travalicare l'ambito delle pattuizioni contrattuali».

⁶⁵⁶ Da ultimo, non può mancare di accennare alla dottrina che ha rinvenuto nella tutela inibitoria il fondamento di un possibile provvedimento di natura costitutiva, tale da vincolare - quantomeno in via di principio - l'impresa relativamente dominante all'imposizione del contratto, similmente a quanto accade in ipotesi di risarcimento in forma specifica al quale faccia seguito l'obbligo dell'impresa responsabile di dare esecuzione al contratto abusivamente negato o al rapporto commerciale ingiustificatamente interrotto. Si veda L. MONTESANO, *Problemi attuali sui limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 3, 1995, pp. 775 - 783, spec. p. 776 s. ove afferma che «le tutele inibitorie consistono nel provvedere a che violazioni compiute o minacciate non si ripetano o non si verifichino. [...] in vari casi sarebbe inutile che il giudice si limitasse a vietare, per il futuro, comportamenti identici a quelli già sanzionati come illegittimi, giacché l'astensione, cui il soccombente è vincolato, deve essere idonea a conservare la situazione conseguente alla repressione

Giova tuttavia notare che, benché l'inibitoria sia destinata ad operare nei panni di un'azione per l'adempimento, l'effettività del provvedimento condanna e la connessa restaurazione dell'ordine giuridico sono comunque condizionate alla cooperazione materiale (attiva o di astensione) dell'impresa responsabile, con la conseguenza che il rischio che il precetto venga disatteso dall'obbligato e la sentenza rimanga *inutiliter data* rimane di per sé imprevedibile e ineliminabile⁶⁵⁷.

Pur condividendo l'interpretazione favorevole all'ampliamento delle tutele inibitorie ricomprendendovi quelle dal contenuto positivo, per quanto tale visione risulti flessibile, si è dell'avviso che la stessa non possa spingersi fino ad ammettere il suo impiego per la creazione di rapporti economici. Ciò, non ritenendo che l'art. 9 Legge n. 192/1998 non possa fondare un obbligo a contrarre *ex art. 2932 c.c.*, bensì per il fatto che nella prospettiva di tutela dell'imprenditore "debole" ammettere il ricorso diretto all'esecuzione forzata degli obblighi di fare *ex art. 2931 c.c.* e di non fare *ex art. 2933 c.c.*, in assenza di elementi e direttive predefinite, rischia di rimanere lettera morta in quanto inadeguato per integrare o sostituire l'eventuale volontà inespressa dell'impresa dominante.

A chiusura del sistema rimediale sancito dall'art. 9 della Legge n. 192/1998, muovendo dal campo di operatività del rimedio inibitorio, vanno infine delineati i caratteri fondamentali dell'azione risarcitoria, introdotta anch'essa con la novella del 2001 quale rimedio operante innanzi ad ogni fattispecie di abuso per sopperire alle carenze protezionistiche dell'istituto della nullità.

La ricostruzione del rimedio risarcitorio è questione alquanto complessa e dibattuta, dacché non vi è concordia in merito alla natura di tale responsabilità.

giudiziaria della lesione del diritto tutelato, e perciò, quando si tratta di violazioni materiali, il non fare da imporre al soggetto passivo dovrà essere diverso dal precedente, ormai irripetibile dopo la sua concreta repressione. [...] l'inibitoria significa dare allo stesso giudice anche il potere di imporre nuovi vincoli di astensione al soggetto passivo e di determinarne, caso per caso il contenuto in relazione alle situazioni concrete, con ampia discrezionalità»; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 112 s.

⁶⁵⁷ Si veda A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 374; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 245, ove osserva che «nel caso della condanna, l'illecito si è consumato per il tramite di una modificazione della realtà materiale e il ripristino dell'ordine giuridico può avvenire solo agendo su quella modificazione», la cui attuazione non può che essere rimessa al soggetto inadempiente responsabile.

Innanzitutto, è doveroso distinguere le ipotesi in cui l'abuso si concretizzi a fronte del perfezionamento del contratto bilateralmente commerciale ovvero si manifesti nella fase antecedente, come in ipotesi di rifiuto di contrarre.

Nel primo caso, collocandosi la condotta nell'ambito di un rapporto contrattuale già instaurato per mezzo dell'imposizione di condizioni eccessivamente squilibrate o discriminatorie⁶⁵⁸ - poi dichiarate invalide - oppure nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, la responsabilità gravante in capo all'impresa "dominante" va necessariamente ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale da inadempimento *ex art. 1218 c.c.*

Tale ricostruzione si fonda sull'assunto per cui l'art. 9 non si limita a porre un divieto di assumere contegni abusivi, bensì dallo stesso consegue una serie di veri e propri obblighi a contrarre, nel rispetto del principio di buona fede oggettiva, come tali eseguibili *ex art. 2932 c.c.* Viceversa, allorché l'abuso si sia manifestato nella fase precedente alla stipula del contratto ovvero l'accordo non sia stato perfezionato a fronte dell'ingiustificato rifiuto di contrarre manifestato dall'impresa dominante, la qualificazione della responsabilità è circostanza alquanto dibattuta.

Da un lato, vi è chi sostiene che si tratta di una responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*⁶⁵⁹ non essendovi alcuna relazione contrattuale tra le parti e, dall'altro, vi è chi riconduce anche tale responsabilità nell'alveo della responsabilità contrattuale, richiamando la nozione di "contatto sociale"⁶⁶⁰.

Per risolvere le divergenze insorte basti immaginare due imprese che per lungo periodo hanno intrattenuto rapporti avanzando trattative e domandarsi se è corretto

⁶⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, cit., pp. 33 – 36, secondo cui la responsabilità conseguente ad un'ipotesi di invalidità del rapporto contrattuale, come in ipotesi di abuso di dipendenza economica, non deve essere intesa necessariamente quale responsabilità da inadempimento, bensì quale responsabilità scaturente dalla condotta assunta dalla parte, alla quale l'ordinamento reagisce prescrivendo l'invalidità del negozio.

⁶⁵⁹ In tal senso si veda P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, cit., spec. p. 339; ID., *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 308, il quale sofferma le proprie riflessioni sull'elemento soggettivo di imputazione, sostenendo che la condotta abusiva è *in re ipsa* dolosa, in contrapposizione alla tesi generale in forza della quale la regola di imputazione della responsabilità in ipotesi di abuso di dipendenza economica è sempre quella generale della colpa.

⁶⁶⁰ A tal riguardo, si veda F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 656, il quale, qualificando tale responsabilità precontrattuale come contrattuale, afferma che il risarcimento dei danni cui la parte lesa dall'abuso ha diritto deve essere circoscritto nei limiti dell'interesse negativo; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 134 ss., il quale osserva che in condizione di monopolio legale il rifiuto a contrarre manifestato dal monopolista genera *ex se* una responsabilità contrattuale, dal momento che si presuppone che la richiesta di contrarre avanzata dall'impresa "minore" abbia perfezionato il contratto giacché rivolta al monopolista, in ragione della posizione di mercato da quest'ultimo ricoperta.

trattare, in questo caso, di responsabilità aquiliana, prescindendo dal fatto che durante tale lasso di tempo tra le parti sia intercorso un costante e reiterato “contatto”, poi ingiustificatamente e unilateralmente interrotto dall’impresa economicamente “dominante”. Si può allora supporre che allorché tra le imprese venga a crearsi un “contatto sociale”, non necessariamente contrattuale, ma economico tale da generare nell’impresa “debole” un legittimo affidamento alla conclusione dell’affare, tra le parti può dirsi esistente un vincolo personale in forza del quale ricorrono specifici obblighi di comportamento, la cui inosservanza comporta la violazione di un vero e proprio rapporto obbligatorio⁶⁶¹.

Essendo pacifico che la responsabilità contrattuale può conseguire alla violazione di qualsivoglia obbligazione, indipendentemente dalla fonte contrattuale o legale del rapporto che lega le parti *ex art. 1173 c.c.*, anche la condotta abusiva concretizzata “fuori dal contratto” va ricondotta nell’alveo della *culpa in contrahendo* e, di conseguenza, della responsabilità contrattuale.

Accreditando quest’ultima prospettazione, la responsabilità contrattuale alla quale può conseguire l’obbligo di risarcire i danni arrecati all’impresa “debole” in ipotesi di abuso di dipendenza economica può insorgere sia quando le parti abbiano stipulato un contratto, indipendentemente dalla sua validità o meno, ma anche allorché le parti non siano addivenute alla stipula di un contratto giacché la condotta abusiva sia risultata determinante sin dalla fase precontrattuale, come in ipotesi di rifiuto ingiustificato di vendere o comprare.

Il delineato inquadramento della responsabilità *ex art. 9 Legge n. 192/1998* quale responsabilità contrattuale ha trovato conferma anche nella più recente giurisprudenza. Invero, benché inizialmente la responsabilità da abuso di dipendenza economica veniva inquadrata nella clausola generale di cui all’art. 2043 c.c.⁶⁶², sia per quanto attiene agli

⁶⁶¹ Parte della dottrina sostiene che il termine prescrizione dell’azione sia di dieci anni, mentre altra che in ipotesi di concorrenza sleale (rientrando nella più ampia nozione di reintegrazione in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*) si applichi il termine prescrizione breve *ex art. 2947 c.c.* Per un approfondimento sul termine di prescrizione dell’azione risarcitoria si rinvia a A. FRIGNANI, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., pp. 492 ss.

⁶⁶² Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *ilFallimento.it*, caso anche noto come *Medical System*, in occasione del quale il Tribunale ha avallato la tesi della responsabilità aquiliana in caso di rifiuto ingiustificato di contrarre ritenendo non sussumibile tale fattispecie nell’alveo del recesso ingiustificato dalle trattative *ex art. 1337 c.c.* dal momento che «*il contraente debole ben può preesistere alla relazione commerciale ovvero al rapporto contrattuale all’interno del si innesta la fattispecie di abuso*” precisando, peraltro, che “*senza con ciò che si voglia escludere l’incontestabile rilievo per cui l’esistenza di rapporti contrattuali di durata, i quali determinino reciproci affidamenti e giustifichino investimenti specifici e*

abusi “contrattuali”, che per quelli “fuori contratto”, oggi la giurisprudenza è unanime nel qualificare tale responsabilità come contrattuale.

Da ultimo, con la sentenza del 6 dicembre 2017 il Tribunale di Milano⁶⁶³, affrontando il tema della differente natura della responsabilità in ipotesi di abuso di posizione dominante (aquiliana) rispetto a quella da abuso di dipendenza economica e confermando il consolidato orientamento della Corte di legittimità⁶⁶⁴, ha ribadito la natura contrattuale di quest’ultima chiarendo che il divieto di abuso di dipendenza economica «*costituisce una regola inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dalla loro incidenza sui meccanismi concorrenziali*».

Nonostante si tratti di un orientamento che ha suscitato non poche perplessità in virtù dell’ampliamento dell’alveo di operatività della responsabilità contrattuale oltre il dogma della volontaria assunzione dell’obbligazione, lo stesso va condiviso in quanto confacente ai principi sottesi al regime della responsabilità su cui si radica l’intero sistema.

Chiarita la natura della responsabilità gravante in capo all’impresa relativamente dominante, l’attenzione va focalizzata sulle conseguenze di tale condotta, con specifico riferimento alla determinazione dei danni risarcibili e alla loro quantificazione.

In via generale, in ipotesi di abuso di dipendenza economica il risarcimento opera come rimedio compensativo diretto alla rimozione del pregiudizio economico causato

dedicati sul presupposto del mantenimento di una data relazione commerciale caratterizzata, secondo buona fede, da un certo equilibrio tra i diritti e gli obblighi che le parti hanno reciprocamente assunto, costituisce certamente un campo di elezione per il verificarsi di fenomeni di c.d. estorsione post contrattuale da parte del soggetto forte del rapporto, e ciò prescindendo dal grado di concorrenza l’idea del mercato stesso».

⁶⁶³ Trib. Milano, sez. spec. Impr., 6 dicembre 2017, in *Foro it.*, 2012, I, 805 ss.; in *Dir. e giust.*, 2011; in *il QG*, 2018. La sentenza è stata resa nell’ambito del processo *Next Mind S.r.l. contro Vodafone Italia S.p.A.* avente ad oggetto l’inadempimento e l’abuso di dipendenza economica perpetrato in forza di un contratto di *franchising* dalla società convenuta. In occasione di tale pronuncia il Tribunale di Milano ha fornito più chiarimenti: in primo luogo, il giudice di primo grado, benché abbia confermato la propria competenza nel caso di specie, ha chiarito che la competenza delle sezioni specializzate in materia d’impresa va negata in caso di proposizione di domanda di accertamento di un’ipotesi di concorrenza sleale pura e di domanda risarcitoria proposta in ragione o in connessione ad un’ipotesi di abuso di dipendenza economica *ex art. 9 Legge n. 192/1998* essendo un tale fattispecie estranea alla nozione di abuso di posizione dominante, per la quale è invece prevista la competenza delle sezioni specializzate; in secondo luogo, dopo aver chiarito che il divieto di abuso di dipendenza economica si applica alla generalità delle tipologie contrattuali caratterizzate da uno squilibrio di diritti e obblighi tra le parti (B2b), ha qualificato la responsabilità *ex art. 9 Legge n. 192/1998* come contrattuale.

⁶⁶⁴ Cass. Civ., Sez. Un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. Un., 23 luglio 2014, n. 16787, *ivi*; Cass. Civ., 4 novembre 2015, n. 22584, cit. Cfr. V.C. ROMANO, *op. cit.*, pp. 298 – 305.

dalla condotta abusiva assunta dall'impresa dominante, ossia è diretto al ristoro del soggetto danneggiato per la diminuzione patrimoniale subita a fronte dell'imposizione di CGC eccessivamente squilibrate, dell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto ovvero dell'ingiustificato rifiuto di contrarre⁶⁶⁵. Tale strumento è, quindi, destinato ad operare senza dare concreta attuazione all'interesse originario dell'impresa "debole" risultato poi pregiudicato, dacché, come anzi visto, tale compito è rimesso al diverso rimedio dell'azione inibitoria.

La differenza strutturale che il risarcimento assume rispetto ai rimedi ripristinatori e di attuazione coattiva è data dal carattere di reazione all'abuso altrui affinché il patrimonio del danneggiato possa essere restaurato quantitativamente (attraverso il risarcimento per equivalente) e, ove possibile, qualitativamente (per mezzo del risarcimento in forma specifica) ponendolo nella medesima condizione che esso avrebbe avuto allorché non si fosse verificato l'inadempimento o l'illecito⁶⁶⁶.

Con riguardo alla determinazione dei danni risarcibili, plurimi sono i profili che il giudice è tenuto a prendere in considerazione⁶⁶⁷.

In caso di interruzione arbitraria della relazione commerciale in atto⁶⁶⁸ ovvero di dichiarazione di invalidità del contratto, sia essa assoluta che relativa, il principale

⁶⁶⁵ In giurisprudenza, tra le tante, si veda il caso *Italfusti c. Natuzzi*, Trib. Bari, ord. 11 ottobre 2004 e ord. 17 gennaio 2005, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 651 ss., con la quale il giudice di merito ha affermato che l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, al pari del rifiuto di contrarre, costituisce fonte di obbligazione risarcitoria, non potendo conseguire alcun obbligo specifico a contrarre coercibile.

⁶⁶⁶ C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Napoli, 1989, p. 490; C. SALVI, *op. cit.*, pp. 38 - 41. Si veda anche A. GNANI, *op. cit.*, pp. 314 ss., in tema di cumulo tra la tutela inibitoria e tutela risarcitoria in natura: l'inibitoria interviene sulla causa dei danni, mentre il risarcimento sui beni danneggiati dalla lesione.

⁶⁶⁷ Si consideri che ove la condotta sanzionata *ex art. 9* sia già stata oggetto di un provvedimento dell'AGCM, il giudice ordinario può avvalersi delle prove e degli elementi di fatto di rilievo dedotti nel procedimento *antitrust*.

⁶⁶⁸ In dottrina si veda anche M. DELLACASA, *op. cit.*, pp. 13 - 37, spec. 22 s. e 33 s., il quale osserva che in ipotesi di esercizio illegittimo del diritto di recesso a fronte di una condizione di dipendenza economica il rimedio del risarcimento dell'interesse negativo offre una tutela parziale e inadeguata all'impresa vittima dell'abuso altrui e che per tale motivo i rimedi attuabili dovrebbero invece essere volti a salvaguardare l'interesse positivo dell'impresa, ossia collocandola nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata qualora il rapporto fosse stato correttamente attuato; in altre parole, il risarcimento dell'interesse negativo avente ad oggetto il rimborso delle spese sostenute e il risarcimento delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento *necessario* (non discrezionale) riposto nella realizzazione del negozio potrebbe talvolta non essere sufficiente nella prospettiva di tutela dell'impresa "debole"; viceversa, ove il diritto di recesso venga esercitato arbitrariamente ma in assenza di un rapporto di dipendenza economico, il risarcimento dell'interesse negativo potrebbe rivelarsi sufficiente nell'interesse dell'impresa che si è vista privata del rapporto, dal momento che quest'ultima non ha sostenuto investimenti inconvertibili e funzionali a soddisfare le specifiche esigenze dell'altro contraente e che, ad ogni modo, a monte avrebbe comunque potuto concludere affari alternativi a quello sfumato.

danno patrimoniale risarcibile è rappresentato dalla svalutazione degli investimenti specifici e non convertibili realizzati dall'impresa economicamente "dipendente" per l'esecuzione del contratto di lunga durata, oltre che dal potenziale danno all'immagine subito, quantificabile prendendo a riferimento le ripercussioni negative subite in termini di competitività sul mercato (c.d. *damage model*)⁶⁶⁹.

Allorché, invece, l'abuso si sia concretizzato attraverso il rifiuto di contrarre, il danno risarcibile non va commisurato all'omessa dichiarazione di volontà necessaria al perfezionamento del contratto, bensì al mancato godimento del servizio o del bene richiesto, ossia all'interesse rimasto inattuato per non aver potuto beneficiare della prestazione finale attesa e di tutti i connessi e conseguenti benefici economici⁶⁷⁰.

A ciò si aggiunga che nell'ambito di tale valutazione il giudice deve comunque considerare e scorporare dalla quantificazione finale il "normale", ragionevole e prevedibile margine di rischio che la singola impresa è stata disposta ad assumersi nella stipula del contratto e nella realizzazione degli investimenti specifici conseguenti⁶⁷¹.

Un ruolo centrale nell'accertamento dell'abuso di dipendenza economica e del connesso danno è rimesso alla dimostrazione da parte dell'impresa danneggiata della mancanza di valide e sufficienti alternative nel mercato. Prova che può essere fornita, ad esempio, attraverso una ricostruzione della struttura del mercato di riferimento, delle fonti di approvvigionamento e degli sbocchi disponibili, oltre che dimostrando l'importanza e la posizione di predominio rivestita dall'impresa abusante, dalle condotte da quest'ultima assunte nell'ambito di rapporti commerciali analoghi e degli eventuali pregressi rapporti intercorsi con la stessa.

Con riferimento all'onere della prova⁶⁷², l'impresa vessata è tenuta altresì a dimostrare gli investimenti realizzati, la loro inutilizzabilità per altre e differenti

Per tali motivi, quindi, l'impresa dipendente vittima dell'esercizio arbitrario del diritto di recesso dovrebbe essere tenuta a dimostrare il lucro che avrebbe conseguito a fronte dell'esecuzione del contratto poi sciolto per iniziativa altrui.

⁶⁶⁹ Per un approfondimento si rinvia a R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, cit., p. 154; P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 308 s., ove l'Autore sostiene che l'interesse protetto dell'impresa vessata è l'interesse a poter contrarre a condizioni eque e non il mero interesse negativo.

⁶⁷⁰ In questo senso L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 46, il quale sofferma la propria attenzione sulla posizione e sulla responsabilità del monopolista in caso di rifiuto a contrarre.

⁶⁷¹ Di questa idea F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 412.

⁶⁷² E. RUSSO, *op. cit.*, pp. 120 ss., secondo cui, premesso che la condizione di dipendenza economica deve essere accertata con riferimento al momento della conclusione del contratto, chi invoca la tutela di cui all'art. 9 Legge n. 192/1998 deve dimostrare che le condizioni del mercato, al momento del

destinazioni, oltre agli impegni finanziari assunti in vista dell'attuazione del programma negoziale così come originariamente delineato.

Il pericolo connesso a tale sistema, tuttavia, è che la posizione, anche processuale, del contraente “debole” venga eccessivamente ed ulteriormente aggravata, pervenendo ad un risultato opposto a quello a cui mira in concreto l'art. 9 della Legge n. 192/1998.

Venendo alla quantificazione del danno, non è agevole attribuire una quantificazione monetaria alle varie voci di danno risarcibili. Motivo per cui, generalmente, l'autorità ricorre alla quantificazione in via equitativa, benché anch'essa debba attenersi agli elementi caratterizzanti la singola fattispecie abusiva, oltre che ai dati economici offerti dal mercato e dalle analisi finanziarie e contabili prodotte dall'impresa vessata.

Vertendo in un'ipotesi di responsabilità contrattuale, il danno risarcibile va ricondotto nell'alveo dell'interesse positivo, con la conseguenza che ai sensi dell'art. 1223 c.c. il risarcimento va commisurato sia al danno emergente, che al lucro cessante.

Cercando di identificare alcuni esemplificativi criteri di quantificazione, in ipotesi di imposizione di CGC eccessivamente squilibrate, nel calcolo del danno emergente il giudice deve considerare il *surplus* di costo che l'impresa “debole” ha corrisposto in caso di prezzo eccessivo o discriminatorio⁶⁷³. Diversamente, in ipotesi di interruzione ingiustificata delle relazioni commerciali in atto o di rifiuto di contrarre, il danno deve essere stimato nel costo sostenuto e non ammortizzato per la realizzazione degli investimenti specifici ovvero nel costo di conversione degli stessi, allorché sia possibile attribuirne un'alternativa destinazione.

perfezionamento dell'accordo, erano tali da rendere il regolamento negoziale eccessivamente squilibrato o che le singole clausole erano già di per sé ingiustificatamente gravose; la prova, dunque, non ha ad oggetto l'esistenza di una condizione di dipendenza e l'esistenza della posizione dominante dell'altro contraente, ma deve essere volta a dimostrare che tale posizione dominante ha influito eccessivamente o ingiustificatamente sul contenuto contrattuale.

⁶⁷³ Cfr. Trib. Milano, 8 novembre 2018, n. 11316, cit., nell'ambito del cui procedimento avente ad oggetto l'imposizione di CGC eccessivamente gravose e discriminatorie rispetto alle altre attività concorrenti, l'impresa economicamente dipendente ha affermato di essere stata costretta a vendere a prezzi maggiori di quelli praticati dai concorrenti che acquistavano le bevande dalla opposta ad un costo minore e che ciò non le avrebbe permesso di avere gli stessi margini di guadagno degli altri grossisti e di acquistare quantitativi maggiori, con conseguente calo sia del fatturato che dei guadagni. Per provare il danno in questione l'attrice ha prodotto i propri bilanci di esercizio relativi agli anni di riferimento. Tuttavia, non avendo commentato i propri bilanci di esercizio, ma essendosi limitata a produrre tale documentazione economico-patrimoniale, le domande attoree sono state rigettate.

Più complessa, invece, è la quantificazione del lucro cessante in ragione dei numerosi fattori economici e finanziari che confluiscono nella sua determinazione.

Un tipico e flessibile mezzo di calcolo cui i giudici - o meglio i consulenti tecnici - fanno ricorso è dato da un'analisi prospettica volta a stimare la perdita al vantaggio subito dall'impresa attraverso una comparazione dei *business plan* - quali strumenti di valutazione probabilistica dell'evoluzione temporale del conto economico e dello stato patrimoniale - e più nello specifico tra quello idoneo a rivelare il *trend* patrimoniale che l'impresa avrebbe riportato allorché gli investimenti specifici fossero stati correttamente destinati per il periodo di tempo preventivato per il loro utile ammortamento e quello che tiene in considerazione per il medesimo arco temporale il *trend* economico dell'impresa ipotizzando il mancato impiego degli investimenti dedicati realizzati, in quanto non riconvertibili, ovvero l'utilizzo alternativo degli stessi in caso di riconversione.

Attendendosi a tale criterio il giudice, o comunque il consulente tecnico, ha la possibilità di definire il lucro cessante subito dall'impresa economicamente dipendente in termini di *chances* perdute⁶⁷⁴.

Resta però da vedere sino a che punto tali criteri di quantificazione possano dirsi realmente validi ed efficaci in assenza di una vera e propria cultura e sensibilità economica dell'autorità giudiziaria sul punto e, soprattutto, in mancanza di un vero e proprio banco di prova dell'operatività di tali parametri.

Muovendo ora l'attenzione sulle modalità di determinazione del danno risarcibile, l'impresa danneggiata può ricorrere al risarcimento per equivalente o alla reintegrazione in forma specifica.

Il rimedio più efficace potrebbe essere rinvenuto, quantomeno in via astratta, nella tutela in forma specifica *ex art. 2058 c.c.* conseguibile attraverso la dichiarazione di inefficacia del recesso abusivamente esercitato dall'impresa "dominante" in ipotesi di interruzione della relazione commerciale in corso ovvero la condanna all'adempimento

⁶⁷⁴ Cfr. Cass. Civ., 29 novembre 2016, n. 24295, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1, 253: «Il danno patrimoniale da perdita di "chance" è un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione *ex ante* da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale; l'accertamento e la liquidazione di tale perdita, necessariamente equitativa, sono devoluti al giudice di merito e sono insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati. In altre parole, il danno in oggetto presuppone la prova, in via presuntiva e probabilistica, della concreta e non meramente ipotetica possibilità di conseguire vantaggi economicamente apprezzabili».

coattivo o alla rinegoziazione del contratto, cosicché l'impresa vessata possa recuperare il costo degli ingenti investimenti sostenuti ricollocandosi nelle medesime condizioni in cui si trovava prima dell'inadempimento altrui⁶⁷⁵.

La caratteristica di tale modalità reintegrativa è data dal fatto di fondare il piano riparatorio sul bene quale valore materiale (di fare o non fare) anziché quale entità patrimoniale, generando così un'obbligazione variabile a seconda dei casi di abuso e destinata a sostituirsi all'obbligazione originaria rimasta inadempita⁶⁷⁶.

Ciò malgrado, la soluzione del risarcimento del danno in forma specifica non costituisce uno strumento rimediale sempre idoneo ad assicurare un'effettiva realizzazione degli interessi dell'impresa abusata, tenuto conto che, come anzidetto, la sua operatività è strettamente connessa alla possibilità e capacità di quest'ultima di provare il danno specifico sofferto, oltre che alla fungibilità del bene da ristorare, ove avente natura diversa dal denaro.

Posto dunque che la funzione di ogni strumento rimediale può essere identificata soltanto sulla base dell'effettiva operatività ed efficienza del rimedio stesso e che, in

⁶⁷⁵ M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 19 e 32 il quale rileva che l'inefficacia del recesso e la conseguente attuazione del rapporto, quale forma di risarcimento in forma specifica, rappresentano il sistema rimediale preferibile allorché il risarcimento del danno possa offrire all'impresa abusata una tutela intempestiva e difficile da quantificare; M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 516 s. Per un approfondimento sul risarcimento in forma specifica si rinvia a A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, cit., pp. 45 ss.; A. NEGRO, *op. cit.*, pp. 943 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, cit., pp. 481 – 514; R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Messineo*, I, Milano, 1959, p. 524; M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, cit., p. 406 s.; ID., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., pp. 106 – 110, il quale osserva che non vi sono motivi ostativi per cui è possibile ritenere che l'art. 2058 c.c. possa tradursi nella determinazione giudiziale di un comportamento che il soggetto responsabile-inadempiente è tenuto ad eseguire, secondo le regole di diligenza vigenti in tema di adempimento delle obbligazioni; A. GNANI, *op. cit.*, spec. pp. 211 ss., ove viene approfondito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'applicabilità dell'art. 2058 c.c. alle ipotesi di responsabilità per inadempimento: ad oggi, pacificamente ammesso allorché sia volto a rimuovere il danno originato dall'inadempimento; inoltre si v. p. 248 dove afferma che, in ipotesi di inadempimento dell'obbligo di contrarre - si veda il caso del monopolista - la peculiarità del risarcimento in forma specifica sta nel fatto che all'inadempimento si rimedia non con una pronuncia di condanna ma con la costituzione del contratto; A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica. Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, pp. 41 ss. e 146, il quale precisa che spetta al giudice accertare la possibilità e la realizzabilità del risarcimento in forma specifica con la conseguenza che ove tale rimedio non possa operare, potrà essere concessa soltanto la condanna al pagamento per equivalente. In senso contrario all'ammissibilità *ex art. 9 Legge n. 192/1998* di rimedi volti a far conseguire all'impresa abusata la specifica utilità rifiutata si vedano L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., p. 841; A. BARBA, *op. cit.*, p. 351; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 259; V. PINTO, *op. cit.*, p. 424.

⁶⁷⁶ Giova peraltro osservare che se la condotta abusiva assunta costituisce di per sé un danno per l'impresa economicamente dipendente, allora il ricorso al rimedio risarcitorio in forma specifica costituisce il mezzo più adeguato alla cessazione della condotta medesima.

forza di tale preliminare dato, il risarcimento in forma specifica si rivela il più delle volte inadeguato a porre rimedio alle più ampie e varie fattispecie di abuso di dipendenza economica, l'interprete è così destinato a ricorrere all'istituto della valutazione equitativa del danno⁶⁷⁷.

Il risarcimento per equivalente, la cui disciplina si rinviene all'art. 1226 c.c., rappresenta una modalità di ristoro attraverso cui il bene perduto o danneggiato a fronte della condotta illecita altrui viene sostituito con l'utilità sostitutiva del denaro, consentendo all'impresa abusata la reintegrazione del patrimonio nella misura della diminuzione economico-patrimoniale subita.

La differenza dello strumento rimediabile in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente è data dal fatto che nel primo caso l'entità del danno da risarcire è commisurato al costo necessario per reintegrare il patrimonio dell'impresa danneggiata delle singole componenti di cui ne è stato privato, mentre nel secondo l'entità della perdita patrimoniale è quantificata sulla base dei valori di mercato riferibili ai beni o servizi dei quali l'impresa è stata privata o comunque dei quali non ha potuto beneficiare⁶⁷⁸. Il risarcimento per equivalente può quindi essere qualificato come la tipica forma di ristoro in caso di inadempimento in ipotesi di abuso di dipendenza economica, a differenza del risarcimento in forma specifica, il quale tende a realizzare una tutela più ampia essendo diretta al conseguimento di un bene - non solo inteso in senso materiale, bensì anche sottoforma di pretesa di una condotta attiva o passiva - diverso da una somma di denaro⁶⁷⁹.

Tuttavia, anche tale modalità riparatoria non si dimostra nella pratica uno strumento rimediabile del tutto ottimale ad assicurare all'impresa vessata una tutela piena

⁶⁷⁷ A. NEGRO, *op. cit.*, p. 957, ove richiamando la Suprema corte n. 19756 del 27 settembre 2011 (in *Guida dir.*, 2012, 11, 50) precisa che la statuizione del giudice avente ad oggetto la liquidazione del danno in via equitativa non dà luogo ad un giudizio di equità, bensì ad un giudizio di diritto caratterizzato da equità giudiziale correttiva o integrativa, attuabile allorché per la parte danneggiata risulti particolarmente difficoltoso o impossibile dimostrare il danno subito nel suo preciso ammontare.

⁶⁷⁸ Ricco è il dibattito sull'ammissibilità delle due differenti forme di risarcimento, per equivalente e in forma specifica. Parte della dottrina avalla una lettura binaria del danno, accogliendo entrambe le modalità di risarcimento e valorizzandone il diverso modo di atteggiarsi (cfr. C. SALVI, *op. cit.*, spec. pp. 33 - 41), altra parte invece predilige una concezione rigorosamente unitaria del danno e del risarcimento ritenendo che, quale che sia la modalità di quantificazione, il "costo del risarcimento" è unitario ed è il medesimo (cfr. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, cit., pp. 418 ss.). Resta inteso, comunque, che entrambe le forme riparatorie hanno in comune il presupposto del danno inteso come diminuzione patrimoniale e vanno commisurate alla diminuzione stessa (cfr. A. NEGRO, *op. cit.*, p. 1018; A. CHIANALE, *op. cit.*, pp. 23 ss.).

⁶⁷⁹ In giurisprudenza: Cass. Civ., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6; Cass. Civ., 16 gennaio 1997, n. 380, *ivi*, 1997, 71.

ed effettiva in termini di sopravvivenza nel mercato, conservazione della competitività conseguita nel tempo e di agevolazione nel reperire alternative commerciali soddisfacenti.

In forza di quanto emerso, benché non si voglia in alcun modo dubitare del finalismo riparatorio del rimedio risarcitorio di cui all'art. 9, si può concludere rilevando come, generalmente, in materia di abuso di dipendenza economica il risarcimento del danno costituisce uno strumento rimediale secondario in quanto spesso inadeguato e insufficiente ad assicurare nel breve termine una concreta tutela all'impresa "debole" e perciò non in grado di garantire il soddisfacimento degli originari interessi economici, oltre che di neutralizzare degli effetti negativi generati dalla condotta abusiva, anche in termini di alterazione del corretto "gioco della concorrenza".

Considerazioni conclusive

Gli interrogativi ai quali si è cercato di dare risposta attraverso le riflessioni svolte riguardano l'esistenza di un *tertium genus*, rispetto alle varianti dei rapporti B2c e B2B, tale da legittimare l'applicazione di una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune dei contratti.

La ricerca ha dimostrato che la tutela dell'impresa "debole" nel mercato è strettamente connessa al valore della c.d. giustizia contrattuale, intrinseco all'intero sistema.

Sebbene non siano mancati tentativi interpretativi volti a sostenere che il contratto si dovrebbe far carico anche dei problemi di giustizia sociale, in linea di principio, non si può immaginare che il singolo negozio privato possa fungere da strumento di risoluzione di problemi sociali e dei c.d. *market failure*.

Allo stesso tempo, con il passaggio nei rapporti B2b da una contrattazione individuale ad una standardizzata a fronte del quale gli strumenti di controllo c.d. procedurale sulla formazione dell'accordo sono divenuti insufficienti e inservienti, il sindacato sostanziale e riequilibratore del regolamento contrattuale rappresenta il più efficace mezzo di protezione sia dell'impresa economicamente dipendente, che del miglior funzionamento del mercato. Ben si comprende però il timore del legislatore, ancorché spinto da esigenze di protezione del contraente "debole" e di garanzia dell'efficienza di mercato, di attribuire ai giudici un eccessivo potere di intervento discrezionale e, di conseguenza, il motivo per cui si è astenuto sino ad oggi con cautela, o forse diffidenza, dal riconoscimento dell'ammissibilità di un sindacato sostanziale sul regolamento contrattuale.

Ad ogni modo, la giustizia perseguibile con il contratto non è quella c.d. distributiva o re-distributiva, ma solo quella c.d. commutativa - intesa quale equilibrata composizione dei contrapposti interessi vantati dalle parti dotate di un diverso potere negoziale -, sia in termini di equivalenza del valore delle prestazioni, sia sotto il profilo normativo dei diritti e degli obblighi scaturenti dalle singole clausole contrattuali.

Per effetto della normativa di derivazione comunitaria negli ultimi vent'anni si è assistito ad una progressiva evoluzione – se non addirittura trasformazione – della disciplina dei contratti di impresa che in Italia si è tradotta nell'emanazione di normative, quali la legge sulla subfornitura e la legge *antitrust*, caratterizzate dalla loro

specialità rispetto al Codice civile. Soffermando l'indagine sulle *ratio* dei vari interventi legislativi che hanno istituito i sistemi di *private* e *public enforcement* e attraverso l'esame dell'art. 9 Legge n. 192/1998 sono emerse le lacune cui risulta affetta la normativa di settore, la quale allo stato attuale si contraddistingue per un'eccessiva proliferazione legislativa susseguitasi negli anni in assenza di una visione sistematica dei rimedi esperibili e di un tentativo di coordinamento generale tra i sistemi di *private* e *public enforcement*.

Un simile *modus operandi* ha generato disordini, lacune e contraddizioni, tanto tra gli operatori del mercato, quanto tra i tecnici del diritto.

Con l'analisi dei più recenti casi si è dimostrato come solo negli ultimi anni, a fronte del crescente aumento degli interventi della giurisprudenza e dell'AGCM in materia *antitrust*, stanno affiorando più marcatamente i caratteri distintivi dei due sistemi di controllo e regolamentazione dei rapporti B2b.

Il sistema rimediale contro gli abusi di dipendenza economica è invero rimasto per lungo tempo all'ombra della giurisprudenza a causa della difficoltà pratica di indagare e verificare il presupposto fattuale della condizione di dipendenza economica, rappresentato dalla concreta possibilità per l'impresa di reperire nel mercato alternative soddisfacenti. L'art. 9 della Legge n. 192/1998 ha così ottenuto una scarsa applicazione, compromettendo i propositi che hanno mosso il legislatore verso la garanzia di un *enforcement* effettivo avverso le condotte abusive, pregiudizievoli anche per l'intero mercato.

Tale dato non può che destare una certa preoccupazione dal momento che il sempre più rapido e vasto diffondersi di pratiche commerciali abusive rischia di generare nel medio-lungo periodo effetti dannosi a cascata per tutti gli operatori del mercato.

Nell'ambito della contrattazione B2b, l'incidenza dello squilibrio di poteri e il disequilibrio tra i diritti e gli obblighi tra le parti, a differenza di quanto previsto in materia consumeristica, è quindi ancora limitato ad interventi settoriali e non coordinati. A ciò consegue che spetta all'interprete l'attuazione di un sindacato sull'equilibrio normativo del regolamento facendo ricorso alle clausole generali offerte dal sistema e cercando di porre il contratto squilibrato in armonia con l'ordinamento e con quanto

avrebbe dovuto essere convenuto sin dall'origine dai paciscenti, nel rispetto della buona fede e del principio di correttezza.

L'intervento legislativo chiarificatore atteso dovrebbe essere volto, in generale, al potenziamento degli strumenti di *private enforcement* per assicurare una protezione più efficiente e omogenea alle imprese relativamente dipendenti vittime del sopruso economico altrui, oltre che per garantire una condizione di concorrenzialità ottimale nel mercato quale diretta conseguenza dell'effetto deterrente, forse anche maggiore di quello generato dal solo sistema di *public enforcement* il quale non si è ancora dimostrato completo ed esauriente a tal punto da garantire un mercato competitivo e da scoraggiare le imprese dal porre in essere comportamenti anticoncorrenziali o abusare del loro potere di mercato a discapito di tutti gli operatori economici.

Lo scenario è ancora tutto in divenire ma quel che è certo è che, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, nei Tribunali e nelle Corti si continuerà a perseguire una c.d. giustizia sostanziale dei rapporti tra imprese avvalendosi degli strumenti correttivi e rimediali ad oggi offerti dal sistema⁶⁸⁰. Forse, però, è proprio questa la condizione operativa più razionale e favorevole per l'impresa vittima di abusi, in quanto consente ai giudici di vagliare e prendere in considerazione circostanze e situazioni caratterizzanti il singolo caso che altrimenti rischierebbero di essere estromesse dal campo di valutazione, riservando così a tali fattispecie un trattamento potenzialmente più gravoso rispetto a quanto potrebbe conseguire all'applicazione della regola generale di cui all'art. 9 della Legge n. 192/1998. In ogni caso, ciò che conta è che tale stato di fatto non venga soverchiato da scelte e interventi normativi estemporanei, poco ponderati e contro-funzionali che potrebbero compromettere il, seppur minimo, sistema di giustizia sostanziale accordato dall'ordinamento.

⁶⁸⁰ Si veda A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., p.79, il quale afferma che «È inutile interrogare un legislatore muto. Inutile cercare il sistema dove non c'è».

BIBLIOGRAFIA

- ADDIS F., *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), I, Giuffré, Milano, 2015.
- ADDIS F., «*Neoformalismo*» e tutela dell'imprenditore debole, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, M. PENNASILICO (a cura di), ESI, Napoli, 2012.
- AGRIFOGLIO G., *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti (B2b)*, in *Contr. impr. Eur.*, fasc. XXIV, 2008, pp. 1333 - 1393.
- ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 4, 1999, pp. 1179 - 1220.
- ALBANESE A., *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffré, Milano, 2008.
- ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 3, 2013, pp. 669 - 728.
- ALBANESE A., *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffré, Milano, 2011.
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Giappichelli, Torino, 1955.
- ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2006, p. 351 ss.
- ALPA G., *In tema di formazione del contratto*, in *Foro pad.*, 1972, I, pp. 557 ss.
- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, III ed., Laterza, Roma-Bari, 2006.
- ALPA G., *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, in *I contratti in generale*, vol. I, ID., M. BESSONE (diretto da), Utet, Torino, 1991.
- ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, pp. 237 - 247.
- ALPA G., *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, G. ALPA, M. BESSONE (diretta da), Utet, Torino, 1999.
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- ALPA G., BESSONE M., *Tecnica e controllo dei contratti standard (Consumatori oggi)*, Maggioli, Rimini, 1984.

- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.
- AMADIO G., *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2006, pp. 255 - 270.
- AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, fasc 2, 2005, pp. 285 - 303.
- AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, fasc. 1, 1992, pp. 7 - 19.
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- AMOROSO L., *Concorrenza*, in *Noviss. dig. it.*, fasc. 3, 1959, pp. 990 ss.
- ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, B. LIBONATI, P. FERRO (a cura di), Giuffré, Milano, 1985.
- ANGLANI F., *Teorie economiche della concorrenza*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (diretto da), Utet, Torino, 2018.
- ARCIDIACONO D., *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2015, pp. 786 – 801.
- ASCARELLI T., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Saggi di diritto commerciale*, ID. (a cura di), Giuffré, Milano, 1955.
- ASQUINI A., voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 251 ss.
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1943, pp. 1 - 22.
- ASTONE F., *La classificazione dei contratti nuovi*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Utet, Torino, 2004.
- AULETTA G., *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in AA.VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, Giuffré, Milano, 1984.
- AULETTA G., voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, pp. 981 ss.
- AULETTA G., voce *Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 72 ss.
- ATTANASIO C., *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, in *ODCC*, fasc. 1, 2021, pp. 179 - 222.
- BACHELET V., *Abusi "contrattuali" tra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 3, 2021, pp. 587 - 624.

- BACHELET V., *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive*, Giuffré, Milano, 2020.
- BACHELET V., *Il controllo sullo squilibrio nei contratti tra imprese: note minime per una rilettura dell'art. 9, l. n. 192/1998*, *Seminari Bocconi di Diritto privato*, 17 giugno 2020, pp. 1 - 11.
- BAFFI E., MARTUCCELLI S., *Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico*, in *Diritto ed economia - problemi e orientamenti teorici*, N. IRTI (a cura di), Cedam, Padova, 1999.
- BALDASSARI A., *I contratti nuovi nella legislazione speciale italiana*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Utet, Torino, 2004.
- BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 602 ss.
- BALESTRA L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- BALESTRA L., *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2020, pp. 1153 ss.
- BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Jovene, Napoli, 1998.
- BARBAGALLO F., *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, nota a Cass. Civ. ord. n. 32478/2019, *Quaderni Costituzionali*, 2020, pp. 151 - 172.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- BARCELLONA M., *Davide Messinetti e l'abuso del diritto*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), RomaTrE-Press, Roma, 2019.
- BARCELLONA M., *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffré, Milano, 2011.
- BARCELLONA P., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Cagliari*, Giuffré, Milano, 1970.
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.

- BARCELLONA P., *Il contratto e l'economia globale*, in AA.Vv., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffré, Milano, 1969.
- BARELA M., *Abuso di posizione dominante e assenza di dominio: il caso Ryanair*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2020, pp. 35 - 55.
- BARENGHI A., *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 197 ss., nota a BVefG, 19 ottobre 1993.
- BASTIANON S., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2011.
- BEATSON J., *The Use and Abuse of Unjust Enrichment* [1991], Clarendon Press Oxford, Oxford.
- BEATSON J., *et al.*, *Anson's Law of Contract* [2020], 31st ed., Oxford University Press, Oxford.
- BELLELLI A., *L'azione inibitoria*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- BELLI C., *Abuso di dipendenza economica nel terzo contratto*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), RomaTrE-Press, Roma, 2019.
- BENATTI F., *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 3, 1999, pp. 837 - 851.
- BENATTI F., *Contratto e Covid-19: i possibili scenari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2020, pp. 198 ss.
- BENUCCI S., *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 2002.
- BENUCCI S., *Le prime pronunce in tema di «abuso di dipendenza economica»*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 2005.
- BERTI C., *Il "fatto storico" Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'"atto" e del "rapporto"*, in *Resp. Civ. Prev.*, fasc. 2, 2020, pp. 578 ss.
- BERTI C., GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Giuffré, Milano, 2005.

- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffré, Milano, 1969.
- BESSONE M., *Casi e questioni di diritto privato, V – obbligazioni e contratti*, Giuffré, Milano, 1999.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 1994.
- BETTI E., *Una teoria del negozio giuridico*, in *Il diritto privato nella società moderna*, S. RODOTÀ (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1971.
- BIANCA C.M., *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.
- BIANCA C.M., *Diritto Civile - Vol. I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffré, Milano, 1978.
- BIANCA C.M., *Il contratto*, Giuffré, Milano, 1987, rist. III ed., 2019.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 1983, pp. 205 ss.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.
- BIANCHINI M., *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte prima, Giappichelli, Torino, 2012.
- BIANCHINI M., *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*. Parte seconda, Giappichelli, Torino, 2013.
- BIGLIAZZI-GERI L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362 - 1371*, in *Commentario Schlesinger*, F.D. BUSNELLI (a cura di), Giuffré, Milano, 1991.
- BIROCCHI I., *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- BISCONTINI G., *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, il problema della donazione mista*, ESI, Napoli, 1984.
- BORTOLOTTI F., *Modelli di contratto e condizioni generali per il commercio estero*, Milano, 1985.
- BOUDOT M., *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2008, pp. 635 - 648.

- BRACCO R., *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960.
- BREGOLI A., *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2008, pp. 140 ss.
- BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Direzione Studi Economici e Giuridici, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1995.
- BRUZZONE G. (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BRUZZONE G., CARDANI A., CORNELLI F., POLO M., *Teoria economica e intervento normativo nei mercati*, in *Riv. internaz. scienze soc.*, fasc. 2, 1988, pp. 204 - 230.
- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffré, Milano, 2000.
- BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2007, I, pp. 379 – 408.
- BUONOCORE V., *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa*, A. LUMINOSO, ID. (a cura di), Giuffré, Milano, 1993.
- BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, ESI, Napoli, 2006.
- BUONOCORE V., voce *Impresa*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. I, 2007, pp. 763 ss.
- BUSNELLI F.D., *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis 1469-sexies): una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Nuove leg. civ. comm.*, fasc. 4/5, 1997, pp. 757 - 777.
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2001, pp. 537 - 559.
- CABELLA PISU L., NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998.
- CAFAGGI F., *Una governance per il diritto europeo dei contratti?*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- CALABRESE B., *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2019, pp. 840 ss., nota a Trib. Torino, Sez. spec. Impr., 6 giugno 2017, n. 2952.

- CALABRÒ G.P., *Tutela del contraente debole e mercato: la dialettica tra norme e valori*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), ESI, Napoli, 2004.
- CALAIS-AULOY J., *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1994, pp. 239 ss.
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 4, 2005, pp. 549 - 591.
- CAMILLETTI F., *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Giuffré, Milano, 2004.
- CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffré, Milano, 2001.
- CAPOBIANCO E., *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), ESI, Napoli, 2004.
- CAPOBIANCO E., *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, V. ROPPO (diretto da), in *Regolamento*, G. VETTORI (a cura di), vol. II, Giuffré, Milano, 2022.
- CARLI C., *La sanzione Agcm a Poste Italiane per abuso di dipendenza economica: primo passo verso un «ritorno al futuro»?», in *Mercato conc. reg.*, fasc. 2, 2022, pp. 335 – 351.*
- CARNELUTTI F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1936.
- CASANOVA M., voce *Atti di commercio*, in *Dig. (discipline priv.: sez. diritto commerciale)*, IV ed., vol. I, Torino, 1987, pp. 518 ss.
- CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 1988, pp. 712 - 737.
- CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, fasc. 5, 2004, pp. 469 - 474.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 397 - 423.
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Jovene, Napoli, 1989.

- CASTRONOVO C., *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffré, Milano, 2011.
- CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, I - II, Giuffré, Milano, 2001.
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 5 - 44.
- CATAUDELLA A., *La giustizia del contratto*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, F. RUSCELLO (a cura di), I, ESI, Napoli, 2008.
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2014.
- CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti giuridici*, ID. (a cura di), Cedam, Padova, 1991.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffré, Milano, 1966.
- CATRICALÀ A., GABRIELLI E., *I contratti nella concorrenza*, Utet, Torino, 2011.
- CAVANI R., *Riflessioni critiche (e considerazioni pratiche) sull'abuso di dipendenza economica*, in *Diritto dei trasporti*, 2017, pp. 23 - 37.
- CERIDONO G., *Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n. 192. Abuso di dipendenza economica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, fasc. 1/2, 2000, pp. 428 - 453.
- CERIDONO G., *Commento all'art. 9*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)*, *Commentario*, N. LIPARI (a cura di), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pp. 429 ss.
- CERRI S.P., *Adeguamento del contratto e status di contraente debole*, in *Dir. e proc.*, 2017, pp. 165 - 238.
- CHERUBINI M.C., *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica. Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Giuffré, Milano, 1993.
- CIAN G., *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.

- CIAN G., *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, pp. 537 ss.
- CICU A., *Il concetto di "status"*, in *Scritti minori*, vol. I, Giuffré, Milano, 1965.
- CLARIZIA A., Art. 1 - *Definizione*, II, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, ID., G. ALPA (a cura di), Giuffré, Milano, 1999.
- COASE R.H., *The firm, the market and the law*, London: The University of Chicago press, Chicago, 1990, trad. it.: *Impresa, mercato e diritto*, M. GRILLO (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2006.
- COASE R.H., *The problem of social cost*, University of Virginia, in *The Journal of Law Economics*, The University of Chicago, III, (1960), pp. 1 - 44.
- COCOZZA F., *Riflessioni sulla nozione di «costituzione economica»*, in *Il diritto dell'economia*, 1992, pp. 71 ss.
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004.
- COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 4, 2003, pp. 659 - 685.
- COLLINS H., *The law of Contract*, IV ed., Cambridge University Press, London, 2003.
- CONGEDO P., GHEZZI F., *I rimedi nelle operazioni di concentrazione. Disciplina e prassi comunitaria. Cenni sulla disciplina e prassi italiana*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Utet, Torino, 2011.
- CONSERVA D., *Autonomia contrattuale e iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Roma-Bari, 1975.
- CORAGGIO F., *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Resp. civ. previd.*, fasc. 2, 1996, pp. 246 - 264.
- CORAPI D., TORINO R., *Evoluzione dei sistemi economici e nuovi modelli contrattuali*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Utet, Torino, 2004.
- CRAPANZANO G.A.M., *Mito e realtà del controllo contrattuale di fatto delle società*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2011, pp. 361 - 384.
- CRESCI G., *La disciplina giuridica del mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 1999.

- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, vol. XIV, 1959, pp. 616 ss.
- CRISCUOLO F., *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Giuffré, Milano, 2004.
- CUCCHIARA E., PALOMBELLA I., CARINI GHINASSI C., *Abuso di dipendenza economica e AGCM: ancora un nuovo caso in pochi mesi dopo 20 anni di silenzio*, in *ilSole24ore online*, 2020.
- D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2002.
- D'ADDA A., *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffré, Milano, 2011.
- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008.
- D'AMICO G., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 1, 2019, pp. 1 - 49.
- D'AMICO G., *Il c.d. "terzo contratto": la formazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffré, Milano, 2008.
- D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2005, pp. 625 ss.
- D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, fasc. 1, 2010, pp. 1 – 13.
- D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015.
- D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Giappichelli, Torino, 1992.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, M. BESSONE (diretto da), *Il contratto in generale*, vol. XII, Giappichelli, Torino, 2004.
- D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Padova, 1974.

- DALLA MASSARA T., *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962.
- DALMARTELLO A., voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988.
- DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «sleale» nella direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffrè, Milano, 2008.
- DE NOVA G., voce *Conversione*, I) *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988, pp. 2 ss.
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 435 - 453.
- DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 3, 1998, pp. 449 - 551.
- DE PAMPHILIS M., *Trattativa commerciale "a muso duro" e atto lecito coercizione economica*, in *Pactum*, 2022, pp. 34 - 40.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002.
- DEL PRATO E., *Requisiti del contratto. Art. 1325*, Giuffrè, Milano, 2013.
- DELFINI F., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019.
- DELFINI F., Art. 2 - *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in AA.VV., *La subfornitura*, G. DE NOVA (a cura di), Ipsoa, Milano, 1998.
- DELFINI F., *Sinallagma e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Mario Buoncrisiano*, Jovene, Napoli, 2002.
- DELL'UTRI M., *La conclusione del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Jovene, Napoli, 1998.
- DELLACASA M., *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2012, pp. 13 - 37.
- DELLE MONACHE S., «*Commercializzazione*» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2012, pp. 489 - 507.
- DELLI PRISCOLI L., *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2010, pp. 834 - 847.

- DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 1998, pp. 833 - 843.
- DENOZZA F., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II – Concorrenza e mercato, Giuffré, Milano, 2015.
- DENOZZA F., *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 217 - 234.
- DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffré, Milano, 2002.
- DI CIOMMO F., *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2012.
- DI MAJO A., *Codice civile e globalizzazione*, in *I valori della convenienza civile e i codici dell'Italia unita*, P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014.
- DI MAJO A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1970, pp. 192 - 247.
- DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 10/11/12, 2006, pp. 789 - 833.
- DI MARZIO F., *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 2007, pp. 313 ss.
- DI MARZIO F. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Giuffré, Milano, 2004.
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffré, Milano, 2008.
- DI NELLA L., *La Scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia - problemi e orientamenti teorici*, N. IRTI (a cura di), Padova, 1999.
- DOLMETTA A.A., *Il problema della rinegoziazione (ai temi del Coronavirus)*, in *Giust. Civ.*, fasc. 6, 2020, pp. 1 ss.
- DOLMETTA A.A., *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria* (ricordo di Arturo Dalmartello), in *Jus*, 2, 2009, pp. 291 – 310.

- FABBIO P., *Abuso di dipendenza economica*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Utet, Torino, 2011.
- FABBIO P., *Gli obiettivi del diritto antitrust comunitario nel dibattito recente*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Tomo II – Concorrenza e mercato, Giuffré, Milano, 2015.
- FABBIO P., *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 7/10, 2002, pp. 319 – 344.
- FALCO F., *I contratti di subfornitura (l. 18.6.1998, n. n. 192: Disciplina delle subforniture nelle attività produttive)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 1999.
- FARINA F., *Ordoliberalismo, la globalizzazione per un Paese solo*, in *Ordoliberalismo e globalizzazione*, FELICE F., DE ANGELIS M. (a cura di), Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma, 2017.
- FAUCEGLIA G., *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2021, pp. 431 ss.
- FAUSEL H.P., *Der rechtliche Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (condizioni generali di contratto) im deutschen und italienischen Recht, Eine rechtsvergleichende Studie, Dissertation*, Bamberg, München, 1966.
- FAVA P., *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2012.
- FEDERICO A., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffré, Milano, 2011.
- FELICE F., *L'economia sociale di mercato: origini e interpreti*, in *Ordoliberalismo e globalizzazione*, ID., DE ANGELIS M. (a cura di), Istituto Italiano di Studi Germanici, Roma, 2017.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1966.
- FERRI G.B., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, fasc. 3, 2006, pp. 673 - 713.
- FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pp. 11 ss.
- FERRI G.B., voce *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1946.
- FOGLIA M., *Funzione e limiti dell'autonomia privata nei contratti transnazionali*, 2022.

- FOGLIA M., *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. pp. 19 ss., 43 ss., 77 ss. e 222 ss.
- FORTUNATO S., *Sull'abuso del diritto e sull'"abuso dell'abuso"*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma TrE-Press, Roma, 2019, pp. 107 - 134.
- FRAGALI M., *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, pp. 312 ss.
- FRANCESCHELLI V., *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in *Dir. e prat. soc.*, I, 1998.
- FRANCO R., *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Giust. Civ.*, fasc. 5, 2020, p. 1 ss.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, 1999, pp. 83-97.
- FRANZONI M., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, 2013, pp. 69 - 90.
- FRIGNANI A., *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974.
- FRIGNANI A., *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. internaz.*, fasc. 3, 1997, pp. 549 - 588.
- FRIGNANI A., *et al.*, *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1993.
- GABRIELLI E., *Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 2, 2016, pp. 209 - 218.
- GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I, I contratti in generale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 905 - 939.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II - *Le obbligazioni e i contratti*, tomo I, Cedam, Padova, 2004.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore: impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, XIII ed., Zanichelli, Bologna, 2011.

- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), vol. III, tomo 1, Giuffr , Milano, 1988.
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2000, pp. 919 ss.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto. Il contratto al posto della legge*, il Mulino, Bologna, 2009.
- GALGANO F., *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario d'impresa*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 1, 1997, pp. 1 - 24.
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, 2001.
- GALGANO F., *Libert  contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 2, 2005, pp. 509 - 521.
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2011, pp. 311 - 319.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, pp. 417 ss.
- GALGANO F., *sub art. 41 Cost.*, in *Rapporti economici*, S. RODOT  (a cura di), II, in *Comm. Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982.
- GALLI G., BUCELLI A., *Diritto privato commercializzato?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Cedam, Padova, 2010.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- GAMBARO A., *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2009, pp. 7 - 38.
- GATT L., *Art. 1469- bis comma 2  - Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al Capo XIV del Codice civile: dei contratti del consumatore – artt. 1469-bis – 1469-sexies*, in *Le nuove leggi civili commentate*, C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), Padova, 1999, pp. 100-176.
- GATT L., *Il contratto nella storia e nel pensiero giuridico*, in *Il Contratto del Terzo Millennio. Dialogando con Guido Alpa*, ID. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- GATT L., *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, I, pp. 2345 ss.
- GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, pp. 424 - 463.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Key editore, Milano, 2019.
- GEMMA A., *Abuse of economic dependence between competition and contract law*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 2, 2000, pp. 357 – 399.
- GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2006, pp. 7 - 24.
- GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 3, 2004, pp. 555 - 578.
- GENTILI A., *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.
- GENTILI A., *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in AA.VV., *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole. Atti del Convegno*, F. RUSCELLO (a cura di), Aracne, Aprilia, 2012.
- GERBER D.J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- GHIDINI G., FALCE V., *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 2, 1999, pp. 317 - 328.
- GHIDINI G., LIBERTINI M., VOLPE PUTZOLU G. (a cura di), *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, F. GALGANO (diretto da), Cedam, Padova, 1981.
- GIANOLA A., *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, P. RESCIGNO (a cura di), ESI, Napoli, 2006.
- GIANOLA A., voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 2009, pp. 570 ss.
- GILMORE G., *The Death of Contract*, The Ohio State University Press, 1974, trad. it., *La morte del contratto*, Giuffrè, Milano, 1999.
- GITTI G., *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

- GNANI A., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Giuffr , Milano, 2018.
- GORLA G., *Il cosiddetto "unilateral contract" o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 271 ss.
- GRAZZINI B., *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Giuffr , Milano, 2008.
- GRAZZINI B., GIACÒ B.M., *La legge 192/98 recante "Disciplina delle subforniture nelle attivit  produttive": le problematiche*, in *Resp. comunic. impr.*, fasc. 3, 1998, pp. 411 - 420.
- GRECO P., *Il Diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 1 ss.
- GRILLO M., *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 1999, pp. 58 - 64.
- GRISI G., *Autonomia privata e vincoli alla creazione di nuove fattispecie*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Utet, Torino, 2004.
- GRISI G. (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, RomaTrE-Press, Roma, 2019.
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffr , Milano, 1999.
- GRISOLI A., *Limitazioni convenzionali della concorrenza*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Utet, Torino, 1983.
- GRONDONA M., *Diritto dispositivo contrattuale: funzioni, usi, problemi*, Giappichelli, Torino, 2011.
- GUARNIERI A., voce *Usi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 403 - 413.
- GUERRERI C., *I Contratti di impresa. Uno strumento tra azienda e mercato. Funzioni, struttura, tecniche di redazione e casi*, Giuffr , Milano, 1995.
- GUIZZI G., *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICAL , E. GABRIELLI (a cura di), Utet, Torino, 2011.
- GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Giuffr , Milano, 2010.

- GUIZZI G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 1, 1999, pp. 67 - 129.
- HANUSCH H., *The legacy of Joseph A. Schumpeter*, Northampton Mass: Elgar, Cheltenham, 1999.
- HOVENKAMP H., *Federal Antitrust Policy: The law of Competition and Its Practice*, West Academic Publishing, St. Paul, 2016.
- HOVENKAMP H., *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH (a cura di), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2002.
- IAIA V., *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Dir. comm.*, fasc. 9, 2020, pp. 1 - 34.
- IBBA C., «Generale» e «speciale» nel diritto dell'iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2010, pp. 473 - 500.
- INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. dir. comm.*, F. GALGANO (diretto da), vol. II, Cedam, Padova, 1978.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- IRTI N., *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 59 - 69.
- IRTI N., *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347-364.
- IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 1999, pp. 1 - 29.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 2015, pp. 11 - 22.
- IUDICA G., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, fasc. 4, 1998, pp. 409 - 412.
- JAGODZINSKA K., *The Implications of Harmonization of European Contract Law on International Business Practice*, in *International Law Research*, vol. 3, n. 1, published by Canadian Center of Science and Education, 2014.
- KÖTZ H., *European contract law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.
- LA LUMIA I., *Azienda e impresa*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Zanichelli, Bologna, 1953, pp. 491 ss.

- LA LUMIA I., *L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 1 ss.
- LA PORTA U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Liguori, Napoli, 2005.
- LABELLA E., *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 4, 2015, pp. 857 - 897.
- LAMORGESE A., *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuova Giur. Civ.*, fasc. 4, 2004, pp. 509 ss.
- LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Cedam, Padova, 2003.
- LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, pp. 309 ss.
- LECCESE R., Art. 1 – *Definizione*, I, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Milano, 1999.
- LECCESE R., *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Jovene, Napoli, 1998.
- LIBERO NOCERA I., *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2012, pp. 1251 - 1273.
- LIBERO NOCERA I., *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2014, pp. 1449 - 1476.
- LIBERTINI M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Riv. ODC*, fasc. 3, 2018, pp. 1 - 22.
- LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, fasc. 10, 2004, pp. 933 - 941.
- LIBERTINI M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), I, Bologna, 2012.
- LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 7/10, 2002, pp. 433 - 462.
- LIBERTINI M., *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econom.*, F. GALGANO (diretto da), vol. IV, Cedam, Padova, 1981.

- LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. III, Milano, 2010, pp. 191 ss.
- LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nella applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 1998, pp. 649 - 679.
- LIBERTINI M., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti di impresa*, in *Jus*, fasc. 2, 2009, pp. 273 - 289.
- LIBERTINI M., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2008.
- LIBERTINI M., *Le intese restrittive della concorrenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (diretto da), Giuffré, Milano, 2007.
- LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, I, 1987, pp. 85 - 123.
- LIBERTINI M., *Note di lettura: «Le nuove frontiere del diritto commerciale di Vincenzo Buonocore»*, in *Riv. soc.*, 2009, pp. 535 - 543.
- LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc.3, 1995, pp. 385 - 415.
- LIBERTINI M., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), III, Giuffré, Milano, 2007.
- LIBERTINI M., *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 3, 2021, pp. 893 - 913.
- LIBERTINI M., *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, fasc. 4, 2019, pp. 255 ss.
- LIBERTINI M., MAUGERI M.R., *Infringements of Competition Law and Invalidity of Contracts*, in *ERCL*, 2, 2005, pp. 260 ss.
- LIBERTINI M., SANFILIPPO P., voce *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, vol. XII, Torino, pp. 480 - 518.
- LIBONATI B., *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 2002, pp. 1- 26.
- LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica*, in *Riv. soc.*, fasc. 6, 1998, pp. 1540 – 1564.

- LIPARI N., *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Giuffré, Milano, 2004.
- LIPARI N., *Diritto e mercato della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, ID., I. MUSU (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 27 - 45.
- LIPARI N., *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 1, 1995, pp. 24 - 39.
- LISERRE A., *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, P. CENDON (a cura di), II, Giuffré, Milano, 1994.
- LISERRE A., *Sul rapporto fra automazione e diritto: l'avvento del documento elettronico*, in *Riv. not.*, 1998, p. 812 ss.
- LISERRE A., *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Giuffré, Milano, 1971.
- LIVI M.A., *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Jovene, Napoli, 1998.
- LOKE A., SIN I., *Constructing lawful act duress. Times Travel (UK) Ltd v Pakistan International Airlines Corp* (January 24, 2022), *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 1 - 11.
- LOMBARDI O., *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, ESI, Napoli, 2005.
- LONGU T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2000, pp. 345 ss.
- LOPOPOLO S., *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm: i casi Poste Italiane, Benetton e Mc-Donald's*, in *Mercato conc. Reg.*, fasc. 1, 2022, pp. 117 - 190.
- LUMINOSO A., *I contratti dell'imprenditore*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, V. BUONOCORE (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 870 ss.
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), XXXII, Giuffré, Milano, 1984.
- LUNGHINI G., MORI P.A., *Per una politica economica della concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 203 - 216.

- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 663 - 708.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996.
- MACARIO F., *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, fasc. 2, 2009, pp. 311 - 345.
- MACARIO F., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, fasc. 3, 2016, pp. 509 - 546.
- MACARIO F., *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008.
- MACARIO F., *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.
- MAFFEIS D., *Art. 9 - Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, G. DE NOVA (a cura di), Ipsoa, Milano, 1998.
- MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996.
- MALVAGNA U., *Contratti di settore e struttura della contrattazione d'impresa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2018, pp. 477 - 492.
- MANCALEONI A.M., *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Jovene, Napoli, 2005.
- MANSANI L., *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della legge 287 del 1990*, fasc. 1/2, in *Riv. dir. comm.*, 1995, pp. 55 - 164.
- MANTOVANI M., *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Cedam, Padova, 2010.
- MANTOVANI M., *Norme imperative invalidanti: nullità «virtuali» di protezione?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.
- MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 2, 1986, pp. 257 - 315.

- MASI P., *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Jovene, Napoli, 1985.
- MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffré, Milano, 2003.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2016, pp. 597 – 615.
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (a cura di), *Tutela dei diritti*, II ed., Utet, Torino, 1998.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., Art. 9 - *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Giuffré, Milano, 1999.
- MAZZOLETTI E., *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2007, pp. 519 – 548.
- MAZZON R., NEGRO A., SELLA M., ZIVIZ P., *Illeciti – Danni Risarcimento*, in *Trattario dir. civ.*, P. CENDON (a cura di), Giuffré, Milano, 2013.
- MAZZONI A., *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 4, 2008, pp. 649 ss.
- MAZZONI C.M., voce *Iniziativa economica privata*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, fasc. 4, Torino, 1983, pp. 270 ss.
- MEDICI C., *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 3, 2016, pp. 549 - 559.
- MENGGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 1, 1997, pp. 4 - 20.
- MESSINEO F., *Contratto*, Giuffré, Milano, 1961.
- MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, pp. 1 ss.
- MEUCCI S., “Nuovi” vizi del consenso e disciplina della concorrenza, in *Persona e Mercato*, fasc. 2, 2019, pp. 45 - 52.
- MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 2, 1987, pp. 924 - 950.
- MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, 2009, pp. 493 ss.
- MINERVINI E., *La specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie nella recente legislazione speciale*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Giuffré, Milano, 2004.

- MINUNNO G., *Formalizzazione del contratto, autonomia e contrattazione standardizzata*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1976.
- MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2003, pp. 407 - 422.
- MONTESANO L., *Problemi attuali sui limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 3, 1995, pp. 775 - 783.
- MORBIDELLI G., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1988, par. 3, pp. 1 ss.
- MORELLO U., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, pp. 334 ss.
- MUSSO A., *La subfornitura*, in *Commentario Scialoja-Branca*, F. GALGANO (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2003.
- MUSU I., *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, ID. (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 5 - 26.
- NANNA C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.
- NANNI L., *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), Cedam, Padova, 1998, pp. 331 - 335.
- NATOLI R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, fasc. 5, 2010, pp. 524 - 531.
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004.
- NATOLI R., *La subfornitura nelle attività produttive e l'abuso di dipendenza economica*, in *Trattato dei contratti*, A. BENEDETTI, V. ROPPO (diretto da), vol. V - Mercati regolati, Giuffrè, Milano, 2014.
- NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2005, pp. 507 - 538.

- NAVARRETTA E., *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.
- NAVARRETTA E., *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, in *Rules and Principles in European Contract Law*, J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), Intersentia Uitgevers, Cambridge, 2015, pp. 135 – 150.
- NAVARRETTA E., *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffr , Milano, 2006.
- NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Tradizione civilistica e complessit  del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffr , Milano, 2006.
- NICOLINI G., *Subfornitura e attivit  produttive. Commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffr , Milano, 1999.
- NICOLÒ R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, fasc. 7, 2016, pp. 15 - 38.
- NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.
- NIVARRA L., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Cedam, Padova, 1989.
- NIVARRA L., *La disciplina della concorrenza - Il Monopolio - Art. 2597 c.c.*, in *Il codice civile, Commentario*, P. SCHLESINGER (diretto da), Giuffr , Milano, 1992.
- NONNE L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- NUZZO M., *Utilit  sociale e autonomia privata*, ESI, Napoli, 2011.
- OLIVIERI G., *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, ID., A. ZOPPINI (a cura di), Laterza, Roma, 2008.
- OLIVIERI G., *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2012, pp. 509 - 533.
- ONORATO M., *La nullit  delle intese*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICAL , E. GABRIELLI (a cura di), Utet, Torino, 2011.
- OPPO G., *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, vol. VII: Vario diritto, ID. (a cura di), Cedam, Padova, 2005.
- OPPO G., *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 1998, p. 525 - 533.

- OPPO G., *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffr , Milano, 2006.
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra Codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 6, 2004, pp. 841 ss.
- OPPO G., *Impresa e imprenditore*, in *Scritti giuridici*, vol. I: Diritto dell'impresa, Cedam, Padova, 1992.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, vol. I: Diritto dell'impresa, Cedam, Padova, 1992.
- OPPO G., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Scritti giuridici*, vol. VI: Principi e problemi del diritto privato, Cedam, Padova, 2000.
- OPPO G., *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 1999, pp. 533 - 545.
- OPPO G., *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, I, Giappichelli, Torino, 2001.
- OPPO G., *Realt  giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici*, vol. I: Diritto dell'impresa, Cedam, Padova, 1992.
- ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.
- ORLANDI M., *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in *Tradizione civilistica e complessit  del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffr , Milano, 2006.
- OSTI C., *Contratto e concorrenza*, in *Tratt. contr.*, V. ROPPO (a cura di), VI, Giuffr , Milano, 2006.
- OSTI C., *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 1999, pp. 9 - 57.
- OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, fasc. 4, 1959, pp. 489 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 2002.

- PALAZZI M., *Il contratto di subfornitura: nozioni e distinzioni*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 1999.
- PALERMO G., *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2015.
- PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: "dal caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, vol. 127, fasc. 11, 2002, pp. 209 - 217.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, nota a Cass. Civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foto it.*, 2005, I, pp. 1014 ss.
- PALUMBO D., *Concorrenza e tutela sostanziale del contraente debole*, in *Legge e Leggi*, 2018, pp. 17 - 24.
- PANZA G., *Autonomia contrattuale e iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1976.
- PARDOLESI R., *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2008.
- PARDOLESI R., *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008.
- PARDOLESI R., *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, G. GITTI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2006.
- PARDOLESI R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Tratt. Ajani-Benacchio*, VII, *La concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PARINI M.M., *Peculiarità dei rapporti contrattuali nel settore del fashion e rischi di abuso di dipendenza economica*, in *Papers di diritto europeo*, ed. spec. n. 2, 2016, pp. 38 – 50
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.
- PATTI F.P., *Dai "contratti standard" al "contratto asimmetrico". Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo*, in *Jus civile*, 2018, pp. 226 - 245.
- PATTI S., *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. e Contr.*, fasc. 5, 2010, pp. 326 ss.

- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova, 1996.
- PATTI S., *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008.
- PAVONE LA ROSA A., voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 513 ss.
- PENNAZZI CATALANI L., *La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso ad nutum*, in *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, G. GRISI (a cura di), Roma TrE-Press, Roma, 2019, pp. 23 - 34.
- PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, Milano, 2005.
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 2, 2001, pp. 334 - 356.
- PERLINGIERI P., *La contrattazione tra imprese. Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006.
- PESCATORE V., *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, pp. 166 -173.
- PILKINGTON T., WINTERTON D., *The Possibility of Lawful Act Economic Duress: Pakistan International Airlines Corp v Times Travel (UK) Ltd* (April 1, 2023), *The Modern Law Review*, vol. 86, 1, pp. 238 - 248.
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 3, 2000, pp. 389 - 428.
- PIRAINO F., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, ESI, Napoli, 2017.
- PIRAINO F., *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2015, pp. 233 – 282.
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2013, pp. 75 – 173.
- PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, ESI, Napoli, 2017.
- PORTALE G.B., *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in AA.VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, Giuffrè, Milano, 1984.

- PRATI L., *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contratti*, fasc. 3, 1999, pp. 293 - 299.
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, ESI, Napoli, 2002.
- PROSPERI F., *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa*, G. ALPA, G. CONTE (a cura di), Giuffré, Milano, 2015.
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 3, 1999, pp. 665 - 687.
- PROSPERETTI L., PANI E., TOMASI I., *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Il Mulino, Bologna 2009.
- PUTTI P.M., Art. 2 - *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Giuffré, Milano, 1999.
- QUADRI R., "Nullità" e tutela del "contraente debole", in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2001, pp. 1143 - 1198.
- RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I e II, Giappichelli, Torino, 2010.
- RAMPANELLI A., *Diritti dei passeggeri nel mercato aereo tra libera concorrenza e trasparenza tariffaria: brevi note a margine del caso Ryanair c. AGCM*, in *European Papers*, vol. 5, n. 1, 2020, pp. 697 - 700.
- RAPISARDA C., *Profili della tutela civile inibitoria*, Cedam, Padova, 1987.
- RESCIGNO P., *I contratti d'impresa e la Costituzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, fasc. 1, pp. 205 - 245.
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, fasc. 1, 2012, pp. 15 - 29.
- RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione*

- giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), Cedam, Padova, 1998, pp. 29 - 38.
- RESCIGNO P., *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffré, Milano, 2007.
- RICCIO A., *Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice*, in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2007, p. 712 s.
- RICCIO A., *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. impr.*, fasc. 3, 2005, pp. 927 - 929.
- RINALDI R., TURITTO F.R., *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 1999.
- RIZZO V., *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in *Il diritto dei consumi*, P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), ESI, Napoli, 2004.
- ROCCHIETTI MARCH A., *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, in *I contratti nella concorrenza*, A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), Utet, Torino, 2011.
- RODOTÀ S. (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- RODOTÀ S., *Il diritto privato nella società moderna*, il Mulino, Bologna, 1971.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffré, Milano, 1969.
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2001, pp. 611 - 643.
- ROMANI F., *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, in *La concorrenza tra economica e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 47 - 58.
- ROMANO V.C., *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 298 - 305.

- ROPPO V., *Contrastare le disuguaglianze nelle relazioni contrattuali: fra diritto comune dei contratti e diritto dei contratti del mercato*, in *Questione giust.*, fasc. 1, 2020, pp. 28 - 32.
- ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni generali*, P. CENDON (a cura di), I, Utet, Torino, 2004.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 2001, pp. 669-790.
- ROPPO V., *I contratti di massa. I contratti standard e le tecniche del controllo*, in *Il controllo sociale delle attività private*, S. RODOTÀ (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 541 - 568.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, III ed., Giappichelli, Torino, 2011.
- ROPPO V., *Le restrizioni della libertà contrattuale*, in *Il diritto privato nella società moderna*, S. RODOTÀ (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1971.
- ROSSI G., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 1995, p. 1 – 21.
- ROSSI G., *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, fasc. 5/6, 1998, pp. 1443 ss.
- RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e cred.*, fasc. 4, 1948, p. 530 s.
- RUFFOLO U., *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: «correzione dell'autonomia contrattuale a favore del subfornitore come professionista debole?»*, in *Resp. comunic. impr.*, fasc. 3, 1998, pp. 403 - 410.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 120 ss.
- SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, vol. III: *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1997.

- SACCO R., *Le invalidità*, in *Tratt. dir. civ., Obbligazioni e contratti*, ID., G. DE NOVA (diretto da), vol. XX, tomo 2, Utet, Torino, 1975.
- SACCO R., voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Milano, 2012, pp. 535 ss.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, IV ed., Utet, Milano, 2016.
- SALANDRA V., *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, I, vol. XXVI, 1928, pp. 408 - 426.
- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande*, Pichon, Parigi, 1901.
- SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985.
- SAMBUCCI L., *Il contratto dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2002.
- SANTINI G., *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961.
- SCAGLIONE F., *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, vol. LVII, Cedam, Padova, 2010.
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Giuffré, Milano, 2006.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2002.
- SCANNICCHIO N., *Diritto privato ed esercizio dell'attività economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, N. LIPARI (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1976.
- SCARSO A.P., *Il contraente debole*, Giappichelli, Torino, 2006.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, fasc. 1, 1999, pp. 229 - 232.
- SCIALOJA V., *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, 1878, I, c. 481.
- SCIALOJA V., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, c. 256 ss.

- SCOGNAMIGLIO C., *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, F. DI MARZIO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004.
- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Il regolamento*, G. VETTORI (a cura di), *Trattato del Contratto*, V. ROPPO (a cura di), II^a ed., Giuffrè, Milano, 2022.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, G. GROSSO, F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), vol. IV, tomo II, III ed., Giuffrè, Milano, 1972.
- SCOGNAMIGLIO R., *I contratti per adesione e l'art. 1341*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 1, 1954, pp. 776 - 792.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Messineo*, I, Giuffrè, Milano, 1959.
- SCOGNAMIGLIO R., *Negozi giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23- 26 giugno 1989, Padova, 1991, pp. 289 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., sub *art. 1341*, in ID. (a cura di), *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, F. GALGANO (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1970.
- SELVAGGI C., *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, fasc. 3, 1992, pp. 3 ss.
- SHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), trad. it., V ed., Etas, Milano, 2001.
- SIMONCELLI SCIALOJA V., *Il c.d. contratto per adesione e gli artt. 1341 e 1342 c.c.*, in *Foro it.*, 1949, IV, pp. 39 ss.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, 2004, pp. 787 - 823.
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2006, pp. 415 - 428.
- SIRENA P., *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

- SPADA P., *Codice civile e diritto commerciale*, in *I valori della convenienza civile e i codici dell'Italia unita*, P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014.
- SPINOZZI M., *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, ESI, Napoli 2013.
- SPOSATO P., *Forma e modalità di conclusione del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, Id., M. COCCIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 1999.
- STIGLER G.J., *Chicago studies in political economy*, London: The University of Chicago Press, Chicago, 1988.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947.
- TADDEI ELMI G., *Tutele civili e antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, G. VETTORI (a cura di), Cedam, Padova, 2005.
- TENCH D., *et al.*, *Case Comment: Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd [2021] UKSC 40*, (26th October, 2021), *UKSCBlog.com* [access 25 June 2023], pp. 1 - 3.
- TENCH D., *et al.*, *New Judgment: Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd [2021] UKSC 40*, (18th August, 2021), *UKSCBlog.com* [access 25 June 2023], pp. 1 - 3.
- TERRANOVA G., *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, fasc. 1/3, 2008, pp. 1 – 63.
- TESAURO G., TODINO M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, VI ed., Milano, 2002, pp. 177 ss.
- TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di equilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contr. impr. eur.*, fasc. 1, 1997, pp. 141 - 175.
- TINTI F., *La convenienza economica del contratto*, Giappichelli, Torino, 2016.
- TOMMASI S., *Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 1, 2020, pp. 571 - 596.
- TOMMASINI R., voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pp. 903 ss.
- TORIELLO F., Art. 9 - *Abuso di dipendenza economica*, II, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, G. ALPA, A. CLARIZIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 1999.

- TRIMARCHI P., *Il diritto protegge gli ingenui?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Università Bocconi Editore, 2014.
- TROIANO S., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2005.
- TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, pp. 251 - 289.
- VECCHIO G., *In tema di contratti d'impresa*, in *Giur. it.*, fasc. 7, 1999, pp. 1562 - 1564.
- VENCHIARUTTI A., voce *Capacità all'esercizio di impresa [dir. comm.]*, in *Enc. giur., diritto online*, Roma, 2014, pp. 1-15.
- VETTORI G., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 1, 2000, pp. 21 - 50.
- VETTORI G. (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Cedam, Padova, 2005.
- VETTORI G. (a cura di), *Il regolamento*, in *Trattato del Contratto*, V. ROPPO (a cura di), II^a ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- VETTORI G., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 4, 2005, pp. 743 - 768.
- VETTORI G. (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999.
- VIGLIAR S., *Equilibrio "normativo" ed "economico" nei contratti del consumatore, tra diritto interno e comunitario. Brevi riflessioni sul sindacato di vessatorietà del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, pp. 1 -14.
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.
- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2009.

- VILLELLA A., *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, ESI, Napoli, 2008.
- VIRGO G., *Principles of the Law of Restitution*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.
- VOLANTI A., *I soggetti del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, P. SPOSATO, M. COCCIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 1999.
- VOLPE F., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, fasc. 2, 2002, pp. 303 - 333.
- VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto del contratto (gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, pp. 40 - 90.
- VOLPE F., voce *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Milano, 2007, p. 384.
- ZANINI A., *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973)*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- ZÖLLNER W., *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 1996, pp. 1 ss.
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in AA.VV., *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffré, Milano, 2008.
- ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, G. GITTI, G. VILLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2008.

GIURISPRUDENZA

- Corte giust. UE, n. C - 42/21, 12 gennaio 2023, *Lietuvos vs. Commissione*, in *eius.it*.
- Corte giust. UE, n. C - 488/11, 30 maggio 2013, *Asbeek Brusse c. Jahani BV*, in *Jus Civile*, 2013, fasc. 7, pp. 400 ss.
- Corte giust. UE, C - 618/10, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Contratti*, 2013, pp. 16 ss.
- Corte giust. UE, C - 161/84, 28 gennaio 1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, in *Foro it.*, vol. 110, 10, 1987, pp. 399 – 424.
- Corte giust. UE, C - 26/76, 25 ottobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione delle Comunità europee*, in *Eur-lex*.
- Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in *Il Foro it.*, vol. 85, IV, pp. 605 - 612 e in *Giur. cost.*, 1962, pp. 73 ss.
- Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1597, in *Foro Amm.*, 2023, 2, II, 192.
- Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 1580, caso *SIAE vs. AGCM*, in *Foro it.*, 2023, 5, III, 230.
- Cass. Civ., SU, 13 febbraio 2023, n. 4291, in *Guida dir.*, 2023, 8.
- Cass. Civ., 19 ottobre 2022, n. 30885, in *Giust. civ. Mass.*, 2022.
- Cass. Civ., 19 ottobre 2022, n. 30853, in *Guida dir.*, 2022, 49.
- Cass. Civ., 26 aprile 2022, n. 13073, in *Giust. civ. Mass.*, 2022.
- Cass. civ., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 1, II, 3.
- Cass. Civ., 30 settembre 2021, n. 26541, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.
- Cass. Civ., 19 maggio 2021, n. 13600, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 4-05, III, 349.
- Cass. Civ., 30 ottobre 2020, n. 27320, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.
- Cass. Civ., 28 settembre 2020, n. 20461, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.
- Cass. Civ., 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giust. civ. Mass.*, 2020; in *Riv. dir. ind.*, 2020, 4-05, II, 353.
- Cass. Civ., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.
- Cass. Civ., 12 novembre 2019, n. 29237, in *AIDA*, 2020, 1, 781; in *Giust. civ. Mass.*; in *Riv. dir. ind.*, 2020, 1, II, 105.

Cass. Civ., 15 giugno 2018, n. 15885, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

Cass. Civ., 18 aprile 2018, n. 9679, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 6, II, 425.

Cass. Civ., 21 agosto 2017, n. 20205, in *Giust. civ. Mass.*, 2017.

Cass. Civ., 29 novembre 2016, n. 24295, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1, 253.

Cass. Civ., 13 ottobre 2016, n. 20688, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, II, 561.

Cass. Civ., 12 ottobre 2016, n. 20606, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Guida dir.*, 2016, 30 e in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 852.

Cass. Civ., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

Cass. Civ., 15 aprile 2015, n. 7605, in *Dir. & Giust.*, 2015.

Cass. Civ., Sez. Un., 23 luglio 2014, n. 16787, in *DeJure*.

Cass. Civ., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805 ss.; in *Dir. e giust.*, 2011; in *il QG*, 2018.

Cass. Civ., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1582.

Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, II, 345; in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2010, II, pp. 828 - 847 con commento di L. DELLI PRISCOLI; in *Contr.*, fasc. 1, 2010 con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, bona fide e abuso del diritto*.

Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 2010, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577; in *Contr.*, 2009, 11, 1009; in *Giust. civ.*, 2009, 1, 2671; in *Riv. dir. civ.* 2010, 6, 653; in *Obbl. contr.*, 2010, 3, 172; in *Corr. Giur.*, 2011, 1, 109.

Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12 e in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775.

Cass. Civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5.

Cass. Civ., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6.

Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foto it.*, 2005, I, 1014.

Cass. Civ., 17 maggio 2002, n. 6368, in *Danno e resp.*, 1, 2001, 44.

Cass. Civ., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 183 e in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 151 e in *Giur. it.*, 1999, 1223.

Cass. Civ., 16 gennaio 1997, n. 380, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 71.

Cass. Civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1997, 414.

Cass. Civ., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1993, vol. 117, I, 2489 - 2496.

Cass. Civ., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506.

Cass. Civ., 11 agosto 1987, n. 6886, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 8-9.

Cass. Civ., 22 maggio 1986, n. 3407, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 418.

Cass. Civ., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Vita not.*, 1982, 743.

Cass. Civ., 23 aprile 1981, n. 2403, in *Foro it.*, vol. 106, I, 1983, 201.

Cass. Civ., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 162.

Cass. Civ., 15 giugno 1979, n. 3373, in *Giur. it.*, 1980, I, 1.

App. Milano, 25 maggio 2022, n. 1757, in *DeJure*, 2022.

App. Torino, 8 aprile 2021, n. 393, in *DeJure*, 2021.

App. Milano, 17 novembre 2020, n. 2957, in *Guida dir.*, 2021, 22.

Trib. Milano, 9 febbraio 2023, n. 1043, in *IlSole24Ore*.

Trib. Ancona, 28 febbraio 2022, n. 299, in *DeJure*, 2022.

Trib. Roma, 11 febbraio 2022, n. 2393, in *Guida dir.*, 2022, 17.

Trib. Vicenza, 5 luglio 2021, n. 1385, in *DeJure*, 2021.

Trib. Firenze, 21 gennaio 2021, n. 180, in *DeJure*, 2021.

Trib. Bologna, 5 gennaio 2021, n. 1523, in *DeJure*, 2021.

Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 27 febbraio 2020, n. 1863, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2020, 1, 539.

Trib. Milano, Sez. spec. Impr., 17 settembre 2019, in *AIDA*, 2020, 1, 794.

Trib. Roma, 17 luglio 2019, n. 15000, in *AIDA*, 2020, 1, 665.

Trib. Roma, 7 luglio 2019, n. 13840, in *DeJure*, 2019.

Trib. Lecce, 12 settembre 2018, n. 2964, in *DeJure*, 2018.

Trib. Milano, sez. spec. Impr., 6 dicembre 2017, in *il QG*, 2018.

Trib. Torino, Sez. spec. Impr., 6 giugno 2017, n. 2952, in *Giur. comm.*, 2019, 4, II, 828.

Trib. Roma, 24 gennaio 2017, n. 1239, in *DeJure*, 2017.

Trib. Milano, 8 novembre 2018, n. 11316, in *DeJure*, 2016.

Trib. Milano, 17 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, 11, I, 3636.

Trib. Massa, Sez. lav., ord. 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2015, 218.

Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 6, 2011, II, pp. 1471 - 1489, con commento di V. LANDRISCINA.

- Trib. Catania, 2 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 2560.
- Trib. Bronte, 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2813.
- Trib. Bari, ord. 11 ottobre 2004 e ord. 17 gennaio 2005, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 651 ss.
- Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *ilFallimento.it*.
- Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 424.
- Trib. Bari, 7 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208.
- Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, in *Foro it.*, vol. 125, fasc. 7/8, pp. 2178 - 2194; in *Giur. it.*, 2003, pp. 724 ss.; in *Il Civilista*, 2010, 6, pp. 92 ss.; in *Danno e resp.*, 2002, pp. 765 ss.
- BverfG, 19 oktober 1993, 1 BVR 567 e 1044/1989, in *Nuova giur. civ., comm.* e in *DeJure*, 1995.
- Supreme Court, 18 August 2021, *Pakistan International Airline Corporation v Times Travel (UK) Ltd*, [2021] UKSC 40 - on appeal from: [2019] EWCA Civ 828.