

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

**WALTER BIGIAVI**

(1955-1968)

E DA

**ALBERTO TRABUCCHI**

(1968-1998)

DIREZIONE

**C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI**

**GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI**

**ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE**

**ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO**

**VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER**

**PAOLO SPADA VINCENZO VARANO**

REDATTORE CAPO

**VITTORIO COLUSSI**



**CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI**

**P A D O V A**

ANDREA ZOPPINI

Prof. ord. dell'Università di Roma Tre

## IL CONTRATTO ASIMMETRICO TRA PARTE GENERALE, CONTRATTI DI IMPRESA E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA (\*)

SOMMARIO: 1. Il problema. — 2. Il controllo sul contenuto economico e normativo nella teoria generale del contratto: talune linee ricostruttive. — 3. *Segue*: una preliminare valutazione critica. — 4. Due tematiche connesse: a) il ruolo e la funzione del « contratto in generale ». — 5. *Segue*: b) l'autonomia dei contratti tra imprenditori. — 6. Identificazione di taluni caratteri della disciplina che si rivolge ai contratti tra imprese. — 7. Inidoneità della teoria della fattispecie produttiva di effetti a rappresentare coerentemente il fenomeno. — 8. La diversa *ratio* sistematica proposta dalla disciplina dei contratti del consumatore. — 9. *Segue*: la prospettiva assiologica sottesa all'interpretazione che muove dalla disciplina dei contratti del consumatore. — 10. Talune (provvisorie) conclusioni sul valore normativo e sistematico della disciplina dei contratti tra imprese.

1. — La domanda cui queste pagine sono richieste di dare risposta è se l'asimmetria nel potere contrattuale delle parti definisca oggi una nuova categoria concettuale e dogmatica, idonea a proporsi quale perno nell'applicazione e selezione d'una specifica disciplina <sup>(1)</sup>.

Costituisce un segmento logico essenziale di quest'indagine l'interrogativo se possa sistematicamente darsi ordine alle molteplici norme intese a porre rimedio alla disparità strutturale nel rapporto contrattuale — a iniziare dalla disciplina dei contratti del consumatore — e poi, sul piano della disciplina, se rispondano a finalità coerenti e siano suscettibili d'identificare un principio

---

(\*) Il saggio è dedicato al prof. Nicolò Lipari e apparirà negli *Studi* raccolti in Suo onore; esso costituisce una rielaborazione della relazione presentata al convegno *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, promosso a Pisa nei giorni 25 e 26 maggio 2007 dalla prof.ssa Emanuela Navarretta.

<sup>(1)</sup> Per due diversi e, per molti aspetti, esemplari tentativi di sistemazione del tema si v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in (R. d. priv., 2001, p. 769 ss., e anche in) *Il contratto del duemila*, 2ª ed., Torino 2005, p. 23 ss.; Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, in R. d. priv., 2007, p. 669 ss., e F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 663 ss., e, seppure senza l'apparato bibliografico, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano 2006, p. 277 ss.; cfr. altresì G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in R. d. priv., 2005, p. 743 ss., e Id. (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova 2005.

regolatore comune le tecniche di « compensazione » della parità violata <sup>(2)</sup> e quelle volte a reprimere gli « abusi » dell'autonomia contrattuale <sup>(3)</sup>.

In particolare, il punto credo debba essere espresso con molta chiarezza, chi accede a una risposta affermativa ne deriva che l'asimmetria sussistente tra le parti — informativa, economica, relazionale <sup>(4)</sup> — può giustificare l'intervento del giudice nell'equilibrio normativo ed economico del contratto: è, dunque, la disparità di forza contrattuale l'antecedente che autorizza il giudice a riformulare un programma contrattuale pur espressamente voluto e negoziato dai privati <sup>(5)</sup>.

In esito, è possibile verificare se, e poi in che misura, i risultati interpretativi conseguiti concorrono a integrare la disciplina del contratto in generale <sup>(6)</sup>

<sup>(2)</sup> Nel senso della possibilità di ravvisare una categoria dogmatica nella *Vertragsparität* si v. già G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München 1982.

<sup>(3)</sup> Cfr. per una ricognizione delle problematiche riconducibili alla giustizia del contratto C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, II. *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano 2006, p. 143 ss. Per un'analisi critica P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 409 ss.; 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 questa *Rivista*, 2006, I, p. 255 ss. e *Id.*, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di « abuso dell'autonomia contrattuale »)*, in *R. d. priv.*, 2005, p. 285 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europ. d. priv.*, 2006, p. 397 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, in *R. crit. d. priv.*, 2005, p. 549 ss. L'interrogativo centrato sull'abuso percorre molti studi ove si prospettano una varietà di risposte, tra i quali si v., anche per ulteriori riferimenti, F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 681 ss., e *Id.*, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *R. d. priv.*, 2002, p. 721 ss.

<sup>(4)</sup> Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale si veda l'ampia monografia di H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München 2001, oltre al lavoro di M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova 2002; e si cfr. altresì A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *R. d. priv.*, 2004, p. 555 ss.; sull'inidoneità dell'informazione precontrattuale a riequilibrare la disparità strutturale del rapporto molto chiaramente v. B. GRUNEWALD, *Aufklärungspflichten ohne Grenzen?*, in *Arch. civ. Pr.*, 190 (1990), p. 609 ss.

<sup>(5)</sup> V. per una discussione del tema gli atti raccolti da L. FERRONI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli 2002; A.M. AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato*, Torino 2004, e *Id.*, *Nuove tecniche di riequilibrio dei contratti d'impresa e regolazione del mercato*, in G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, cit., p. 528 ss.; E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *R. d. priv.*, 2002, p. 571 ss.

<sup>(6)</sup> Si v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. d. civ.*, 2001, p. 336 ss. e *Id.*, *Nuovi profili del contratto*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 223 ss.; per un'argomentata risposta affermativa all'integrazione del diritto dei consumatori nel diritto generale dei contratti si v. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 787 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del*

ovvero, e alternativamente, definiscono i tratti del *diritto privato dell'impresa* <sup>(7)</sup>.

Non è necessario sottolineare quanto il tema sia gravido di complesse implicazioni, basti considerare che la stessa formulazione del problema sollecita a ripensare e revocare in dubbio insegnamenti ritenuti del tutto pacifici <sup>(8)</sup>: un giudizio sul contenuto del programma contrattuale sembrava, infatti, precluso e logicamente oltre che normativamente incompatibile con la stessa nozione d'autonomia, quale valutazione di convenienza rimessa dall'ordinamento al solo titolare dell'interesse <sup>(9)</sup>.

Mi proverò a offrire una risposta o forse più modestamente a proporre

---

*contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova 2002, p. 455 ss.; cfr. anche A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2005, II, p. 495 ss. Si cfr. altresì nella letteratura tedesca F. RITTNER, *Drei Grundfragen des Wettbewerbs*, in *Festschrift für A. Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 1998, p. 32 ss.; Id., *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, in *Arch. civ. Pr.*, 188 (1988), p. 101 ss.; e E.-J. MESTMÄCKER, *Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 168 (1968), p. 235 ss.; nella letteratura francese B. FABRE-J. MESTRE, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, p. 71 ss.; A. BRUNET-J.-C. OHLMANN, *Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la liberté contractuelle*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur A. Rieg*, Bruxelles 2000, p. 129 ss.; F. DREIFUSS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, in *Rev. dr. civ.*, 1990, p. 369 ss.

<sup>(7)</sup> La formula del diritto privato d'impresa sintetizza la nota prospettiva ricostruttiva formulata da KAR. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München 1999, p. 3 ss., che definisce il diritto commerciale come « diritto privato dei rapporti esterni delle imprese », sostenendo pertanto la necessità di elaborare un *Unternehmensprivatrecht*. V. per una analisi in part. G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in questa *Rivista*, 1974, I, p. 523 ss.; e Id., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore semantico-ermeneutico delle classificazioni*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 849 ss.; e per una risposta affermativa si cfr. G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano nel nuovo millennio*, Testo della *lectio doctoralis*, Heidelberg 24 ottobre 2004.

<sup>(8)</sup> Tanto da potersene discutere nei termini di *crisi* del diritto dei contratti o di *nuovo* diritto dei contratti: si v. esemplarmente N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano 2004, p. 513 ss.; si tratta, come si argomenta nella raccolta di saggi curata da C. JAMIN-D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Paris 2003, di una « nuova » e diversa crisi rispetto a quelle passate e si cfr. opportunamente H. BAFFIOL, *La « crise du contrat » et sa portée*, in *Archives de philosophie du Droit*, XIII (1968), p. 13 ss. Infatti, questa stagione del dibattito sul contratto non si confonde, nei presupposti e nelle prospettive teoriche, con quella che ha percorso gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, su cui v. per una rilettura critica F. MACARIO, *L'autonomia privata*, testo dattiloscritto letto per la cortesia dell'A. e destinato al volume curato da L. NIVARRA, *Il diritto privato degli anni settanta*, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè.

<sup>(9)</sup> Esemplarmente L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., secondo il quale « un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge » (p. 5); cfr. anche G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *D. e giur.*, 2004, 1 ss.

una traccia di riflessione ponendomi nella prospettiva della categoria dei contratti *tra* imprese e della disciplina concorrenziale <sup>(10)</sup>.

Da un lato, infatti, la tutela della concorrenza appare non solo lo scopo specifico della disciplina *antitrust* (quale risulta dagli artt. 81 ss. Tratt. CE; art. 117, comma 2°, lett. e), Cost.; l. 10 ottobre 1990, n. 287), ma un principio tendenzialmente pervasivo dell'intera materia dei rapporti economici <sup>(11)</sup>. Ciò che determina nella materia del diritto dei contratti una singolare contraddizione e più d'un paradosso, atteso che la libertà di concorrere nel mercato non s'identifica con la tutela della concorrenza, mentre la promozione e la tutela della concorrenza sacrifica proprio la libertà che chi opera nel mercato invece rivendica <sup>(12)</sup>.

Al tempo stesso, è a tutti evidente che molte norme che regolano imperativamente i rapporti tra imprese dettano sovente regole asimmetriche in relazione alla posizione occupata dall'impresa nel mercato (come esemplarmente avviene nel caso degli *ex* monopolisti) <sup>(13)</sup> e, soprattutto, individuano una pluralità di fattispecie che autorizzano il giudice a valutare e poi a ridisegnare l'equilibrio normativo ed economico del contratto <sup>(14)</sup>.

Questo chiede la norma, quando esemplarmente impone di appurare se sussistano « condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose » o « condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare

<sup>(10)</sup> Cfr. a questo riguardo G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2008.

<sup>(11)</sup> Si tratta d'uno spunto già chiaramente formulato da G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1954, p. 214. In questo senso cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *F. it.*, 2005, I, c. 1014 ss.; in termini generali, v. N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari 2000; v. anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998 (nuova ed. riveduta 2004), e la discussione documentata in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, con introduzione di N. Irti, Roma-Bari 1999.

<sup>(12)</sup> Per una discussione del tema si v. in particolare M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *R. d. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.; e le riflessioni di R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna 2006, p. 159 ss.; G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Id.* (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova 2005, p. 1 ss.; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Tratt. Roppo*, VI, *Interferenze*, a cura dello stesso, Milano 2006, p. 633 ss.; G. GUZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *R. d. comm.*, 1999, I, p. 67 ss.; RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. III, Milano, 1994, p. 2337 ss.

<sup>(13)</sup> G. NAPOLITANO, *La tutela dei consumatori e la regolazione pubblica del mercato elettrico*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino 2007, p. 245 ss.

<sup>(14)</sup> Per un'analisi delle implicazioni sistematiche penso in particolare agli studi di C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino 2004; V. MELI, *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino 2003; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli 2005; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano 2003; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano 2001.

[...] ingiustificati svantaggi nella concorrenza » (art. 3, comma 1°, lett. a) e c), l. 10 ottobre 1990, n. 287); così anche, nella disciplina dei « ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali », il giudice è richiesto di valutare se e quando l'accordo sia « gravemente iniquo » o « abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore » (così l'art. 7, comma 1°, d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231).

È, tuttavia, la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica — ove si richiede di apprezzare quando l'esercizio del potere di mercato abbia determinato « un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi » ovvero l'« imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie » (art. 9, comma 1° e 2°, l. 18 giugno 1998, n. 192) — ad avere sollecitato le riflessioni più intense e a porre l'interrogativo se la norma non proponga (già) un segmento della disciplina materiale del diritto comune dei contratti tra imprese o, a dirittura, del contratto in generale <sup>(15)</sup>.

Anche la codificazione degli usi commerciali internazionali arricchisce il materiale normativo che s'impone all'attenzione dell'interprete, poiché la disciplina della *gross disparity* — prevista all'art. 3.10 dei *Principi Unidroit* — detta una regola ritenuta da taluni prossima a quella dell'abuso di dipendenza economica, cui si affianca l'« ingiusto profitto o vantaggio » previsto all'art. 4.109 dei *Principles of European Contract Law* <sup>(16)</sup>.

Non intendo sottrarmi all'impegno teorico che gl'interrogativi formulati propongono, ma l'ampiezza e la complessità del tema m'impone di procedere per punti, il che non mi consentirà di dare sufficiente illustrazione e motivazione alle affermazioni che svolgo.

2. — Nel torno dell'ultimo decennio l'asimmetria del potere contrattuale ha via via scavato una « faglia » sistematica tra gl'istituti tradizionali del contratto proposti dai diritti codificati continentali e i principî e le regole ormai penetrate nei singoli ordinamenti nazionali per effetto del concorrente agire delle fonti del diritto europeo: le libertà fondamentali del Trattato, i valori

---

<sup>(15)</sup> V. in particolare la compiuta ricostruzione di PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano 2006; nonché le analisi di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica fra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Milano 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli 2004; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli 2002 (e *Id.*, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. d. civ.*, 1999, p. 639 ss.); C. OSTI, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 9 ss.

<sup>(16)</sup> Sul valore sistematico di tali norme si v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 54 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di « abuso dell'autonomia contrattuale »)*, cit., p. 302; per un'analisi si v. F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *R. d. priv.*, 1999, p. 40 ss.

della convenzione sui diritti fondamentali, le regole delle direttive europee in materia contrattuale <sup>(17)</sup>.

Nel dibattito domestico, e così pure in quello che da più tempo percorre la dottrina d'oltralpe, è agevole isolare due possibili, e sostanzialmente antitetiche, traiettorie concettuali e interpretative verso le quali il tema può indirizzarsi <sup>(18)</sup>.

i) Da un lato, il tentativo di recuperare le problematiche connesse all'asimmetria del potere contrattuale attraverso gl'istituti consueti del diritto dei contratti, preservando la logica sottesa alla legittimità procedurale nella formazione della regola contrattuale: si pensi alla proposta di matrice francofona di valorizzare la « violenza economica » quale nuovo vizio della volontà della parte debole, ovvero di recuperare il ruolo della causa « concreta » del contratto al fine di sindacare l'equivalenza delle prestazioni <sup>(19)</sup>.

In tale prospettiva, antecedente dell'« abuso », e poi dell'intervento del giudice, è il fatto che la « forza » contrattuale d'una parte pregiudica la libera e consapevole determinazione volitiva della parte « debole », indotta ad accettare un regolamento iniquo. Sì che lo squilibrio delle prestazioni è piuttosto l'effetto e non l'antecedente del fatto, il cui fondamento — non diversamente da quanto accade nella rescissione — insiste in una patologia genetica del contratto <sup>(20)</sup>.

Si tratta d'una lettura che, sul piano della fattispecie, devalorizza il possibile rilievo di vicende o dati non riconducibili all'agire negoziale delle parti o irrilevanti al momento della conclusione del vincolo contrattuale; e che, conseguentemente, ascrive le alterazioni successive alla formazione del contratto al rischio che ciascuna parte naturalmente sopporta.

---

<sup>(17)</sup> V. esemplarmente i saggi raccolti a cura di V. SCALISI, *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano 2007; e cfr. G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europ. d. priv.*, 2007, p. 325 ss. Per uno sviluppo particolarmente consapevole si v. C.-W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München 1997, nonché le monografie di J. OECHSTER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschverträge*, Tübingen 1997 e C. HEINRICH, *Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen 2000.

<sup>(18)</sup> V. un'analisi in M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris 2004 e M. LEISNER, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb. Eine grundlagenorientierte Studie unter besondere Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen 2007.

<sup>(19)</sup> Si v. R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *D. priv.*, III. *L'abuso del diritto* (1997), p. 217 ss.; U. BRECCIA, *Il contratto: nuovi itinerari di ricerca. Prospettive nel diritto dei contratti*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 161 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 51 ss.

<sup>(20)</sup> Per uno sviluppo rigoroso e coerente di questa tesi si v. E. MOSCATI, *Autonomia privata, libertà del consenso e giustizia contrattuale*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 573 ss.; cfr. anche U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, p. 136 ss.

In punto di ricostruzione sistematica, l'esistenza d'un vizio originario del sinallagma contrattuale autorizza a collegare le norme correttive che si rivolgono alla contrattazione d'impresa alla disciplina dell'usura (cfr. artt. 1815, comma 2°, c.c. e 644 c.p.), perché le une e le altre sarebbero ascrivibili a « patologie » nei rapporti di scambio <sup>(21)</sup>.

Mentre sul piano interpretativo ciò consente — attraverso un'operazione dichiaratamente additiva — di riannodare la disciplina del ritardo nei pagamenti all'abuso di dipendenza economica e alla tutela del contraente debole che accetta le condizioni inique; integrando così una norma sull'approfitto che, invece, oggettivamente manca nella fattispecie descritta dal d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 ove si prescinde dalla disparità di forza contrattuale <sup>(22)</sup>.

ii) Secondo un'opposta traiettoria, la sistemazione del materiale normativo che dà giuridica rilevanza all'asimmetria del potere contrattuale richiede l'elaborazione di categorie e concetti deliberatamente *nuovi*, quali il contratto « giusto » ovvero il « solidarismo contrattuale ». Il ricorso a tali concetti autorizza l'interprete, e poi il giudice, a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie positivamente previste dal codice civile e mira a spiegare come e perché sia possibile imporre il contenuto d'un contratto anche in radice diverso da quello originariamente voluto <sup>(23)</sup>.

Questa prospettiva compone, con varia consapevolezza, spinte e proposte

---

<sup>(21)</sup> In senso opposto e, a mio parere, condivisibilmente V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 44 ss.

<sup>(22)</sup> V. in questo senso A.M. BENEDETTI, *Abuso di libertà contrattuale in danno del creditore*, in *Id.* (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino 2003, p. 109 ss.; per una analisi della disciplina si v. A. PERRONE, *L'accordo « gravemente iniquo » nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 70 ss.; N. VARDI, *Il decreto legislativo n. 231 del 2002 di attuazione della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2003, p. 1029 ss.; L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europ. d. priv.*, 2001, p. 73 ss.

<sup>(23)</sup> V. l'efficace ricognizione, anche nella dialettica con le regole proposte dalla giurisprudenza pratica, proposta da F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 543 ss. Si cfr. ad es. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004; per una discussione del tema si v. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *R. d. priv.*, 2000, p. 21 ss., e *Id.*, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europ. d. priv.*, 2006, p. 53 ss. Cfr. sul dibattito presente nella dottrina francese C. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction*, in *Id.* e D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 7 ss.; cui adde C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit de contrats*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1997, p. 357 ss.; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris 1999, p. 603 ss. Nella giurisprudenza ha accolto questo orientamento App. Paris 24 oct. 2000, poi cassata da Cass., 1re civ., 30 juin 2004, in *Dalloz*, 2005, p. 1828 ss., con nota di D. MAZEAUD, *Mais qui a peur du solidarisme contractuel?*

eterogenee: insieme, talune tensioni assiologiche di stampo solidaristico <sup>(24)</sup>, gli orientamenti del diritto giurisprudenziale favorevoli ad affievolire la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità <sup>(25)</sup> e, ancora, le istanze provenienti dal diritto degli affari e dalla giurisprudenza arbitrale, che chiedono una maggiore elasticità e duttilità dei rimedi (di cui proprio la *gross disparity* costituisce la prova più evidente) <sup>(26)</sup>.

Il controllo sul contenuto economico e normativo del contratto — che integra il giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 1322 c.c. — si avvale per solito, quale termine medio di concretizzazione, della buona fede oggettiva ed è proprio su questo piano che si registra un radicale ripensamento concettuale e sistematico <sup>(27)</sup>. Altro è, infatti, il ricorso a tale clausola generale al fine di vagliare un comportamento, il che consente al giudice di sviluppare — coerentemente ad un criterio di normalità e adeguatezza sociale — gl'interessi impliciti e non esplicitati nel regolamento contrattuale <sup>(28)</sup>. Altro è utilizzare la buona fede quale criterio per valutare nel merito il regolamento contrattuale in quanto tale e, allora, giustificare la correzione o l'invalidità d'una regola del contratto espressamente voluta dalle parti ovvero imporre un obbligo a concludere il contratto <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Di cui offre un'adeguata rappresentazione *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, redatto dal Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, in *R. crit. d. priv.*, 2005, p. 99 ss., su cui si v. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti?*, ivi, p. 75 ss. e Id. (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino 2007.

<sup>(25)</sup> Sulla quale si cfr. E. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 896 ss.; ma v. ora Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, e poi Cass., ord., 16 febbraio 2007, n. 3683, commentata da U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1005 ss., opzione poi confermata dalle sentenze del Supremo collegio nn. 26724 e 26725 del 2007 commentate da U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi, e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.

<sup>(26)</sup> U. MORELLO, *Lex mercatoria e prassi internazionale: le influenze sulla prassi interna ed i nuovi equilibri tra giustizia contrattuale e libertà economiche*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 641 ss.

<sup>(27)</sup> Con particolare consapevolezza si v. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2005, I, 507 ss. (pubblicato anche con il titolo *I contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in P. SIRENA [a cura di], *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 507 ss.).

<sup>(28)</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in F. DI MARZIO, *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 357 ss.

<sup>(29)</sup> Per una discussione sul tema si v. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed*

3. — Nella riflessione nazionale, talora scarsamente o punto consapevole della dimensione europea del dibattito, è possibile sperimentare — per quanto si tratti d'una riflessione *in itinere* — una duplice insoddisfazione sul piano del metodo <sup>(30)</sup>.

Da un lato, verso quanti attribuiscono alle categorie dogmatiche che il legislatore corporativo ha consegnato al codice civile del '42 un valore *logico*, quasi si trattasse di strumenti necessari alla comprensione prim'ancora che all'organizzazione della materia contrattuale. Sì che il contratto, quale accordo tra le parti, quale momento della autodeterminazione esistenziale della persona, sarebbe logicamente incompatibile con qualsiasi contenuto eteronomo e con ogni potere del giudice che contraddica la volontà storica e psicologica che si è manifestata al momento dell'accordo. Da questa proposta interpretativa — che è poi quella coerente al modello dello Stato liberale e che presuppone, anche ideologicamente, la concorrenza perfetta nel mercato <sup>(31)</sup> — se ne deriva che le norme che autorizzano il giudice ad intervenire nel contenuto del contratto sono di stretta interpretazione e, in quanto pongono un limite all'autonomia privata, non autorizzano alcuna operazione estensiva o analogica <sup>(32)</sup>.

Dall'altro lato, verso le proposte, dichiaratamente innovative, che mirano

---

*equità*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 537 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità* e M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, entrambi in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, rispettivamente alle p. 218 ss. e 305 ss. G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europ. d. priv.*, 2002, p. 915 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, cit., p. 568 ss.

<sup>(30)</sup> Per valutazioni in larga parte coincidenti si v. anche G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 614 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, cit., p. 552 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. B. OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Rev. Sciences Morales et Politiques*, 1995, p. 241 ss.; utili spunti in D. GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze (Leo S. Olschki) 1977, p. 1221 ss. e, soprattutto, nella ricerca di S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001; cfr. anche A. NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Europ. d. priv.*, 2003, p. 51 ss.

<sup>(32)</sup> È invece oggi accolto che la norma che disciplina l'abuso di dipendenza economica non trova applicazione alla sola subfornitura, ma costituisce una regola applicabile a tutti i rapporti tra imprese, cfr. da ultimo Trib. Trieste, ord., 21 settembre 2006, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 899 ss., con nota di PH. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*. Sul dibattito problema della riduzione *ex officio* della clausola penale, dal quale tuttavia escludo che possa ricavarsi un principio generale in materia contrattuale, sia consentito il rinvio a quanto scritto in *La clausola penale e la caparra*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale. Tratt. Rescigno-Gabrielli*, t. II, Torino 2006, p. 1011 ss., a p. 1027 ss.

a ricostruire l'intero sistema del diritto privato patrimoniale attraverso formule che evocano paradigmi essenzialmente assiologici, quali la proporzionalità o la giustizia del contratto, la tutela del contraente debole; categorie dalle quali, talora per il medio logico della clausola di buona fede, si deriva l'abuso dell'autonomia contrattuale ovvero si risale all'abuso del diritto.

Le due letture muovono da presupposti, metodologici e culturali, molto distanti e consentono di cogliere opzioni ricorrenti nel metodo civilistico.

Nella prima, appare evidente la tentazione del civilista di abdicare al proprio compito di costante verifica e costruzione del sistema, in nome d'una vuota idolatria per i concetti storicamente affermatasi, con cui si confonde la « natura delle cose » <sup>(33)</sup>. Il che finisce per coonestare mutilazioni sul piano delle fonti e del materiale normativo che si utilizza (era questa, d'altra parte, la critica che la dottrina più avvertita degli anni Sessanta e Settanta del Novecento rivolgeva verso l'ignoranza dei precetti costituzionali e che oggi può muoversi alla mancata considerazione della disciplina del Trattato europeo e delle norme che regolano il mercato unico <sup>(34)</sup>).

Nella seconda, invece, sono evidenti le prospettive antiformalistiche e destrutturanti, che rinviano — con maggiore o minore consapevolezza — al momento della concretizzazione giudiziale. Infatti, il tentativo d'operare un collegamento sistematico tra norme e istituti che espongono *rationes* diverse — seppure incidenti sulla sproporzione delle prestazioni contrattuali — non chiarisce in maniera adeguata i termini e i criteri che devono guidare la concretizzazione contenutistica del paradigma della buona fede oggettiva. La scelta di ricostruire il sistema attraverso clausole generali che sottendono il riferimento a criteri applicativi estremamente elastici, in ultimo, rimette la decisione al libero apprezzamento del giudice, ciò che, in termini di politica del diritto, significa spostare il potere normativo dal legislatore al giudice, chiamato volta per volta a verificare se sussista la proporzionalità o la giustizia.

Le due proposte ricostruttive, all'apparenza così distanti e antitetiche, possono accomunarsi sul piano del riflesso operativo: il costo di queste impostazioni è quello di non offrire criteri argomentativi di lettura e di verifica delle scelte del giudice, nonché, verosimilmente, di determinare un'incapacità comunicativa con il sistema del diritto europeo.

Nella prima l'intervento del giudice è confinato nell'eccezione eversiva del sistema, che talora si ascrive a frutto di un palese abbaglio del legislatore. Nella seconda le previsioni del legislatore sono annegate nel generale e indistinto criterio di proporzionalità, giustizia, buona fede, abuso; con il paradosso non infrequente di tentare di spiegare una clausola generale o un concetto

---

<sup>(33)</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960) e « *Persona* » e « *persone giuridiche* » nell'età moderna (1968), ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978.

<sup>(34)</sup> Con particolare chiarezza S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004 (rist. int. dell'edizione del 1969), p. III ss. dell'*Introduzione*.

indeterminato — quale ad esempio l'abuso di dipendenza economica — facendo appello a clausole generali di grado superiore ovvero invocando l'analisi economica in funzione normativa <sup>(35)</sup>.

4. — Già s'è avvertito che l'interrogativo sull'asimmetria e sulla disparità del potere contrattuale contraddice a uno dei pilastri della costruzione del contratto quale ci è consegnato dalla tradizione dei codici liberali: essere la diseguale forza economica delle parti irrilevante per apprezzare la validità e l'efficacia della regola contrattuale, perché tale potere è giuridicamente neutro per il sistema del diritto privato, in quanto estraneo agli elementi che il legislatore richiede quale antecedente dell'effetto giuridico <sup>(36)</sup>.

Il dibattito sui contratti d'impresa ci consegna un altro elemento di discontinuità.

La necessaria destinazione al mercato dell'attività economica organizzata fa sì che debba darsi rilievo specifico alla struttura del mercato nel quale l'iniziativa imprenditoriale si colloca e alla (*in*)idoneità dello stesso a operare la riallocazione dei fattori della produzione <sup>(37)</sup>. In questa prospettiva, le scelte e i comportamenti degli attori privati non sono considerati quali isolate e irrelate manifestazioni della volontà individuale, ma in ragione degli effetti sociali aggregati che si generano <sup>(38)</sup>. Si pensi, ad esempio, al ripetuto rifiuto a contrarre, alla scelta di limitare la propria attività produttiva, all'abuso della posizione dominante, alla pratica di prezzi predatori o discriminatori.

Proprio l'integrazione necessitata delle iniziative economiche e l'organizzazione complessa di fattori della produzione, come tali sovente insuscettibili d'essere ricollocati nel mercato, pone il problema d'individuare quali siano le regole giuridiche coerenti e adeguate a tali presupposti <sup>(39)</sup>.

<sup>(35)</sup> Lo rileva criticamente PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 26 ss.

<sup>(36)</sup> Dovendo tali problemi trovare soluzione essenzialmente sul piano del diritto pubblico, come si legge esemplarmente in F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin 1840, p. 371; e cfr. J.-L. HALPÉRIN, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXe siècle*, in J.-F. KERVÉGAN e H. MONHAUPT (a cura di), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt am M. 1999, p. 323 ss.

<sup>(37)</sup> F. DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, cit., p. 217 ss.

<sup>(38)</sup> Per un'ampia disamina cfr. M. LEISNER, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*, cit., p. 11 ss.

<sup>(39)</sup> V. ad es., con riguardo ad un particolare fenomeno, F. CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna 2004, e ID. e P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna 2007. Cfr. F. BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, Paris 2007.

Più in generale le premesse economiche illustrate nel testo sono necessarie, ad esempio, alla comprensione del diritto fallimentare riformato e, segnatamente, alla disciplina della ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo e fallimentare, v. in part. D. GALLET-

Ciò sottende una sensibile modificazione del paradigma concettuale di riferimento, basti solo considerare che:

i) il contratto non è considerato un momento dell'autodeterminazione dell'individuo, ma piuttosto lo strumento per attuare il sistema concorrenziale, che si ritiene in quanto tale idoneo ad assicurare il progresso collettivo <sup>(40)</sup>;

ii) il fulcro della riflessione non insiste sulla libertà di contrarre e sull'autonoma determinazione del regolamento contrattuale, quanto sulla libertà di accedere al mercato e di operare nel medesimo;

iii) è la struttura del mercato che determina i comportamenti degli operatori economici e, poi, il contenuto degli accordi contrattuali <sup>(41)</sup>.

Queste, al fondo, elementari considerazioni impongono di verificare lo stato dell'elaborazione e i risultati già acquisiti con riguardo: a) al ruolo che si voglia assegnare alla disciplina del contratto in generale, e poi b) all'autonomia concettuale e normativa dei contratti d'impresa.

a) Quanto al primo punto, merita riflettere sul fatto che è già stato convincentemente revocato in dubbio che la disciplina generale del contratto debba assolvere alla funzione d'integrare necessariamente la disciplina d'ogni possibile accordo contrattuale <sup>(42)</sup>.

Il punto d'avvio della riflessione si ravvisa nel fatto che la disciplina del contratto in generale, che si legge agli artt. 1321 ss. c.c., deriva da un'operazione di generalizzazione delle norme sul contratto di scambio, quale fenomeno che socio-economicamente implica un reciproco trasferimento di beni. Si tratta, pertanto, di norme pensate in funzione d'una logica che si risolve nel nesso atto-diritto soggettivo e che, di conseguenza, prescinde da qualsiasi considerazione funzionale della struttura della relazione contrattuale <sup>(43)</sup>. Ciò

TI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna 2006, e L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna 2007.

<sup>(40)</sup> Un'illustrazione con riguardo agli assunti della scuola ordoliberalista in U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Recht des Ordoliberalismus*, Tübingen 1971, p. 145 ss.; prospettiva sulla quale si veda in particolare L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano 2002.

<sup>(41)</sup> « La transizione può essere descritta — scrive V. SCALISI con sintesi efficace — come declino dell'atto di autonomia da regola a mera tecnica » (così *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 843 ss., a p. 846).

<sup>(42)</sup> Cfr. in part. da ultimo V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., p. 670 ss. e M. LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale » (appunti per una discussione)*, in *R. d. comm.*, 2006, I, p. 541 ss. Sul tema si v. soprattutto G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *R. d. priv.*, 2000, p. 633 ss. e *Id.*, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in (*Contratto e impr.*, 1988, p. 327 ss., e anche in) *La civiltà italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Venezia 23-26 giugno 1988, Padova 1991, p. 321 ss.; *Id.*, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. I, Milano 1993, p. 217 ss.

<sup>(43)</sup> Il dato è oramai compiutamente acquisito all'interprete, v. esemplarmente P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano 1971, spec. p. 146 ss.

porta a vagliare criticamente l'idoneità disciplinare delle regole contrattuali in ragione del *tipo* di relazione che le parti intendono costituire, segnatamente per quanto concerne l'integrazione economica che il contratto presuppone.

Chi prenda atto di questo dato, ne deriva la possibilità di selezionare gl'istituti e le norme appartenenti alla parte generale del contratto se (e in quanto) esse presuppongano il paradigma dello scambio, tutte le volte in cui il fenomeno che invoca disciplina realizza una diversa funzione socio-economica. Si tratta d'un aspetto che per quanto, talora, non espressamente professato nella dottrina che ha studiato il contratto in generale, costituisce un dato con cui è costantemente chiamato a confrontarsi lo studioso del diritto commerciale ovvero del diritto del lavoro in relazione alla disciplina dei contratti associativi e dei contratti normativi <sup>(44)</sup>.

Non a caso, il problema cui si fa cenno si è posto, esemplarmente, per i contratti di durata <sup>(45)</sup>, nei quali le parti negoziano rappresentandosi vicende incerte, legate al trascorrere del tempo e, soprattutto, per quei contratti — che con i termini del giurista americano si definiscono *relational* — in cui i contraenti realizzano un'osmosi economica destinata a protrarsi nel tempo (fenomeno che è stato ritenuto da taluni paradigmatico ed economicamente presupposto al realizzarsi dell'abuso di dipendenza economica) <sup>(46)</sup>.

5. — *b*) Quanto al tema dei contratti d'impresa, il sistema del diritto dei contratti in generale prescinde dalla portata civile o commerciale del regolamento, in quanto l'unificazione dei codici ha determinato il tramonto del valore ordinante dell'atto di commercio e, al contempo, ha esteso molte regole originariamente proprie dei rapporti commerciali alla disciplina dei contratti « civili » (con la conseguenza — si disse — di determinare una sorta di « commercializzazione » del diritto privato).

---

<sup>(44)</sup> G.B. PORTALE, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale sociale nella società per azioni*, Milano 1998, in part. p. 11 ss. dell'estratto (dalla *R. soc.*, 1998, p. 1 ss.); per quanto concerne il diritto del lavoro M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. d. lav.*, 1999, p. 309 ss.; mentre sui problemi connessi agli atti dispositivi dei diritti della personalità si v. in particolare G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli 2005. Per una discussione particolarmente approfondita del tema dell'interpretazione si v. C. SCOGNAMIGLIO, « Statuti » dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e discipline di settore, in F. MACARIO-M. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano 2006, p. 263 ss.

<sup>(45)</sup> V. il classico studio di G. ORPO, *I contratti di durata*, in (*R. d. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., ed *ibidem*, 1944, I, p. 18 ss., e ora in) *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova 1992, p. 200 ss.; e di recente la ricostruzione di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano 2007.

<sup>(46)</sup> Si v. in part. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, spec. p. 147 ss., e GIOV. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995; cfr. anche A. NICITA'-V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bologna 2006, spec. p. 239 ss.

Ciò tuttavia, ed è parimenti noto e non necessita di particolare dimostrazione, non ha estinto l'interrogativo scientifico e sistematico in ordine a una persistente *autonomia* del contratto che presuppone l'impresa e che in tale attività economica si radica <sup>(47)</sup> (mentre una diversa autonomia è stata acquistata, sulla spinta del diritto comunitario, dai contratti in cui all'impresa si contrappone il consumatore <sup>(48)</sup>).

In particolare, ci si è chiesti se nel sistema tutt'ora residui un autonomo spazio nella considerazione e nel trattamento normativo dei contratti in cui una o entrambe le parti sono *necessariamente* imprenditori, ossia nei quali l'attività economica professionalmente esercitata è un coelemento del fatto, in assenza del quale quel (*tipo* di) contratto non potrebbe nemmeno aversi <sup>(49)</sup>. Ciò sottende, e a sua volta implica, che esista una recisa differenza tra il piano tipicamente individualistico dell'autonomia negoziale e la diversa logica organizzativa e metaindividuale in cui si colloca la contrattazione d'impresa.

Chi ha dato una risposta affermativa alla possibilità di riconoscere un valore normativo ordinante all'*autonomia di impresa*, ne ha derivato quale più immediato e percepibile risultato che per essa non trovino necessaria applicazione (tutti) i limiti all'autonomia negoziale proprî e caratteristici dell'agire individuale (: così, ad esempio, per quanto concerne il diritto cartolare o il diritto delle garanzie e, in termini più generali, per quanto concerne le regole di esercizio dell'impresa medesima) <sup>(50)</sup>.

Questa riflessione, che ben può sintetizzarsi nei termini della « ricommercializzazione del diritto commerciale », ha preso così atto in termini sistematici — quale risultato ormai conseguito — che il potere di autodisciplina degli interessi patrimoniali assume una configurazione peculiare quando riveste le forme e s'intreccia con l'*attività* economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o servizi <sup>(51)</sup>.

<sup>(47)</sup> Il tema è debitore ai contributi di V. BUONOCORE, tra i quali si v. *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano 2000 e Id., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli 2006. Cfr. altresì G. CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano 2001 e L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., *passim*. Sul tema rimangono un punto di riferimento gli scritti di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 1962 (la prima edizione è del 1954) e Id., voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, p. 1 ss.

<sup>(48)</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *G. it.*, 1993, IV, c. 57 ss.; A.M. MANCALEONI, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli 2005; V. ZENO-ZENCOVICH-A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in F. MACARIO-M. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 581 ss.

<sup>(49)</sup> C. ANGELICI, *La contrattazione di impresa*, in *Aa. Vv.*, *L'impresa*, Milano 1985, p. 183 ss.

<sup>(50)</sup> In questo senso v. espressamente V. BUONOCORE (tesi da ultimo ribadita in *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 70 ss. e 266 ss.).

<sup>(51)</sup> Punto d'avvio del dibattito sono stati gli studi di M. LIBERTINI, *Profili tipologici e*

Entrambe le prospettive delineate, sia quella che concerne la riflessione sulla disciplina del contratto in generale, sia quella che ha considerato le peculiarità dei contratti d'impresa, convergono — almeno a me sembra — nel valorizzare e accreditare forme di *typengerechte Auslegung*: l'interpretazione orientata al tipo consente, infatti, di utilizzare, quale criterio selettivo nell'applicazione delle norme, il modello socio-economico che il legislatore ha visualizzato quale antecedente della disciplina storica. Il che concretamente significa autorizzare l'interprete a disapplicare quelle norme, suppletive ma anche *imperative*, tutte le volte che l'assetto d'interessi che reclama una disciplina presenti caratteristiche diverse e incoerenti con il tipo normativo considerato dal legislatore storico.

6. — Tento, a questo punto, d'isolare il *proprium* dei contratti tra imprenditori, al fine di precisare i tratti qualificanti che identificano il fenomeno. Intendo operare questa ricognizione, seppure provvisoria e non certamente esaustiva, valorizzando una serie di indici normativi che consentono di dare rilievo ai peculiari connotati tipologici sottesi ai vincoli contrattuali che legano soggetti professionali.

Ciò su un duplice presupposto:

i) che nelle discipline che si rivolgono all'impresa sia possibile identificare i frammenti d'uno statuto normativo più complessivo del raccordo tra contratto e attività economica organizzata; e che la stessa disciplina dell'impresa collettiva possa essere decodificata in termini di regole che attengono all'organizzazione, al finanziamento e alla responsabilità <sup>(52)</sup>;

ii) che a tali indici possa assegnarsi un valore « segnaletico » delle peculiarità della contrattazione tra imprese e, quindi, la relativa disciplina ponga regole *transtipiche*, (se e) in quanto espressione d'una coerenza ai presupposti del fenomeno disciplinato che va al di là dello specifico istituto per il quale quelle norme sono state dettate.

a) Intanto, e il dato è noto, il fenomeno della contrattazione d'impresa è

---

*profili normativi della teoria dei titoli di credito*, ed. provv., Milano 1971 e di G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e « ricommercializzazione » del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, p. 141 ss., spec. p. 148, e *Id.*, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, p. 14 ss.

<sup>(52)</sup> Cfr. a questo riguardo P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla Riforma. I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, estratto dalla *R. d. comm.*, 2005, I, p. 673 ss.; ma si v. anche, in una diversa prospettiva, H. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, trad. it., Bologna 2005. E per una riflessione sulla natura contrattuale della società, in particolare a raffronto della dottrina del *nexus of contracts*, si v. C. ANGELICI, *Diritto societario*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano 1997, p. 41 ss., e *Id.*, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Id.* e G.B. FERRI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, p. 300 ss., nonché J. KÖNDGEN, *Die Relevanz der ökonomischen Theorie der Unternehmung für rechtswissenschaftliche Fragestellungen — ein Problemerkatalog*, in C. OTT-H.-B. SCHÄFER (a cura di), *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, Heidelberg 1993, p. 128 ss.

costruito in termini *oggettivi*, come testimoniano le norme sulla conclusione e sull'interpretazione del contratto tra imprenditori (artt. 1330 e 1368 c.c.) e così pure quelle sull'ambulatorietà del rapporto (artt. 2112 e 2558 c.c.) <sup>(53)</sup>.

Proprio l'art. 1368 c.c., secondo cui « le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa » attesta, ad un tempo, l'esigenza dell'interpretazione unitaria e uniforme dei contratti d'impresa, al fine di consentire una prevedibile gestione del rischio imprenditoriale, e insieme il ruolo che il mercato, anche quale « luogo » in cui si colloca l'iniziativa economica, assolve nella determinazione del contenuto dell'impegno contrattuale <sup>(54)</sup>.

b) Minore consapevolezza si riscontra su un secondo e più rilevante aspetto, che è riassumibile nei termini dell'*effettività* dell'iniziativa imprenditoriale.

Differentemente dai contratti con i consumatori, in cui antecedente dell'applicazione della norma è lo *status* formale dei contraenti, non è possibile derivare dalla natura delle parti e dagli interessi disciplinati nel regolamento contrattuale una considerazione univoca in ordine alla qualificazione del contratto e all'applicazione della conseguente disciplina.

Le norme imperative che si connettono al contratto tra imprenditori e che autorizzano il giudice a intervenire sul contenuto del contratto non sono ancorate alla natura soggettiva della parte: ciò che rileva non è l'attività economica in sé considerata ovvero l'assumere la qualità d'imprenditore, e poi d'imprenditore commerciale, ma l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa, indipendentemente dalla forma d'imputazione soggettiva, e la sua concreta collocazione nel mercato.

In particolare, la disciplina dei contratti di impresa *non* si applica quando l'impresa è priva dell'autonomia decisionale e organizzativa, quindi essenzialmente nei gruppi di società <sup>(55)</sup>, perché il fenomeno dei contratti tra imprese, e lo *Schutzbereich* che tali norme descrivono, presuppone logicamente e normativamente l'impresa *concorrente* (come vuole in termini generali la l. 10 ottobre 1990, n. 287) <sup>(56)</sup>.

Quando tale autonomia decisionale e organizzativa è assente, la tutela non si affida alle norme che postulano l'invalidità e il potere correttivo del giudice sul singolo contratto, quanto piuttosto è la disciplina del gruppo d'im-

<sup>(53)</sup> Esemplarmente V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 171 ss. Per una critica alla possibilità di costruire su questi dati la categoria dei contratti d'impresa si v. A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 95 ss.

<sup>(54)</sup> C. ANGELICI, *La contrattazione di impresa*, cit., p. 183 ss.

<sup>(55)</sup> Raccolgo qui uno spunto suggerito da A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 1 ss., a p. 8.

<sup>(56)</sup> In questo senso si cfr. RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2345; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 73 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica « fuori dal contratto » tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 402.

prese che assurge a stregua del pregiudizio derivante dalla violazione dei principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Un indice normativo molto chiaro di ciò può agevolmente derivarsi dalla disciplina dell'affiliazione commerciale, ove esemplarmente si offre tutela all'impresa affiliata, atteso che tali regole trovano applicazione solo alle imprese « economicamente e giuridicamente indipendenti » (artt. 1 e 2 della l. 6 maggio 2004, n. 129) <sup>(57)</sup>.

Ciò, ad esempio, significa che nell'ambito dei gruppi di società, sia derivanti da partecipazione azionaria sia nei casi in cui il controllo sorge da un vincolo contrattuale (cfr. artt. 2359, comma 1°, n. 3 e 2497 *septies* c.c.), non trova applicazione la disciplina sull'abuso di dipendenza economica — pur essendo il contratto infragruppo concluso tra due imprenditori e in una condizione di squilibrio economico e di dispari forza contrattuale <sup>(58)</sup>. In questi casi, infatti, la società capogruppo può *legittimamente* dirigere e coordinare la società controllata, con l'effetto anche di determinare uno squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti dai contratti conclusi tra le parti.

Del pari, nei rapporti infragruppo non troverà applicazione la disciplina dei « ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali », anche quando l'accordo sulla data dei pagamenti nei contratti tra la società controllata e la società controllante sia « gravemente iniquo » ovvero « abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore » (come vuole l'art. 7, comma 1°, d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231).

Infatti, in questi casi la tutela, a fronte dello squilibrio economico del contratto, può fare appello esclusivamente alle norme che disciplinano, da un lato, gl'interessi degli amministratori e le operazioni con parti correlate (artt. 2391 e 2391 *bis* c.c.) e, dall'altro, l'illecito da direzione e coordinamento (art. 2497 ss. c.c.) <sup>(59)</sup>. Dunque, la tutela non si rivolge alla parte del contratto né si avvale di tecniche invalidatorie del vincolo contrattuale, quanto piuttosto si attua attraverso le azioni risarcitorie che possono esercitare quanti sono *effettivamente* pregiudicati, quindi i creditori sociali e i soci di minoranza (o come si suole dire « esterni ») e, prima, sul piano degli obblighi inerenti alla struttura organizzativa delle società e ai conseguenti doveri di corretta amministrazione (artt. 2391 e 2391 *bis* c.c.).

---

<sup>(57)</sup> Cfr., con ulteriore sviluppo argomentativo, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e affiliazione commerciale: ambito di applicazione, contenuto del contratto, caratteri del rimedio e tutela della rete*, in A. LOPS-F. MACARIO-P. MASTROBERARDINO (a cura di), *Reti di imprese. Gli scenari economici e giuridici*, Torino 2008, p. 363 ss.

<sup>(58)</sup> Per un'analisi del tema si v. PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 521 ss. Ma v. diversamente P.P. FERRERO, *L'impresa dipendente*, Napoli 2004, p. 275 ss.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, cit., p. 120 ss.

<sup>(59)</sup> F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impr.*, 2002, p. 1015 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *G. comm.*, 2004, I, 61 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *R. soc.*, 2007, p. 317 ss.

c) Il singolo contratto dev'essere qualificato alla luce d'un criterio che tenga conto dell'integrazione economica effettiva tra le imprese.

Infatti, l'indagine sul regolamento contrattuale, pure allargata al complesso dell'operazione economica <sup>(60)</sup> che le parti mirano a realizzare, può essere insufficiente al fine di giudicare della validità o dell'efficacia del contratto.

Rileva non la logica dell'*atto* — ovvero della sequenza degli atti ordinati ad un programma e a un'operazione unitaria —, quanto la modalità in cui il singolo atto s'inserisce nelle rispettive *attività* d'impresa. Lo attesta il fenomeno dei *vantaggi compensativi*, quale criterio di qualificazione necessariamente globale e centrato sul rilievo dell'attività complessiva, i quali assumono quale oggettivo punto di riferimento gli scambi di ricchezza nell'ambito dei rapporti economici tra le parti.

Ritengo, cioè, che possa acquistare rilievo normativo e disciplinare anche nella contrattazione tra imprese indipendenti il criterio che si legge all'art. 2497, comma 1°, c.c.: « non vi è responsabilità — recita la norma — quando il danno risulta mancante alla luce del *risultato complessivo* dell'attività di direzione e coordinamento », alla stregua del quale la positiva dimostrazione dell'esistenza di vantaggi collegati all'appartenenza al gruppo di società rimuove l'antigiuridicità dell'illecito che potrebbe derivare dal compimento di singoli atti obbiettivamente antieconomici <sup>(61)</sup>.

Quanto appena affermato trova un fondamento normativo evidente nella disciplina dei ritardi di pagamento, ove la nullità dell'accordo in ordine alla data del pagamento o alle conseguenze del ritardato pagamento può escludersi in ragione dagli effetti compensativi che derivano dal complesso dei « rapporti commerciali » in essere tra le parti (art. 7, comma 1°, d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231). Del pari nella disciplina dell'affiliazione commerciale a questo fenomeno (*mi*) sembra alludere la norma quando considera e attribuisce rilevanza ad ogni forma di corrispettivo « diretto o indiretto » e così alla « capacità di sviluppo della rete » (rispettivamente artt. 2 e 1, comma 3°, l. 6 maggio 2004, n. 129).

Ciò che assume giuridica rilevanza, in questi casi, è il rapporto d'integrazione economica oggettivamente in essere tra le parti, in quanto i vantaggi compensativi possono avere riguardo a scambi e rapporti che sottendono operazioni del tutto autonome e tra loro per nulla collegate. Merita insistere su questo aspetto: il criterio di qualificazione sia dell'abuso della posizione dominante sia dell'invalidità dell'accordo sul termine del pagamento si ricava da un elemento *esterno* al singolo contratto, ciò che implica la necessità per il

<sup>(60)</sup> Nel senso ormai consolidato nella convenzione linguistica e dogmatica, su cui si v. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in questa *Rivista*, 2003, I, p. 93 ss.

<sup>(61)</sup> Tema sul quale vedi gli studi che hanno preso avvio dal saggio di P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *G. comm.*, 1995, I, p. 710 ss., prospettiva come noto poi fatta propria dal legislatore societario del 2003.

giudice di accertare, sul piano prettamente oggettivo, se alla luce del complesso dei rapporti tra le parti non siano giustificabili squilibri pure eccessivi che sia dato riscontrare in un singolo rapporto o programma contrattuale.

d) Infine, nella qualificazione dei contratti di impresa lo squilibrio del regolamento normativo ed economico del contratto rileva quale *fatto*.

Infatti, l'abuso di dipendenza economica ovvero l'abuso nella pattuizione in ordine alle modalità di pagamento non operano (esclusivamente) sul presupposto dell'esistenza d'un illecito contrattuale o precontrattuale, né sono (necessariamente) l'esito d'un approfittamento della parte dominante sull'impresa dipendente — d'un « abuso » dell'autonomia contrattuale della parte che sfrutta a proprio vantaggio il « fallimento » del mercato —, ma possono aversi anche per effetto di vicende, oggettive e/o sopravvenute, non intenzionali.

In taluni casi è la dinamica effettuale, come tale estranea agli elementi richiesti per superare il vaglio formale di validità e comunque successiva al tempo dalla conclusione del contratto, l'antecedente d'una regola che opera sul piano della nullità, che è tale appunto « per effetto » (come recita l'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287). Così che è il risultato indesiderabile in termini concorrenziali che si produce nel mercato a riflettersi nell'illiceità funzionale da cui discende la nullità <sup>(62)</sup>.

In altri casi, è il successivo modificarsi dell'offerta o della domanda per il prodursi di modificazioni strutturali del mercato a connotare in senso abusivo talune previsioni d'un contratto *già* concluso ed efficace <sup>(63)</sup>: si pensi all'ingresso d'uno o più competitori nel mercato monopolistico o oligopolistico, ciò che può connotare in senso abusivo le clausole che impongono una durata particolarmente lunga del rapporto contrattuale, impedendo alla parte « dipendente » di sfruttare a proprio vantaggio le modificazioni in séguito intervenute sul lato dell'offerta <sup>(64)</sup>. Ovvero il determinarsi d'una dipendenza economica per l'effetto cumulativo di più intese indipendenti che produca un blocco nell'accesso al mercato <sup>(65)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> M. MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti di carattere negoziale: il caso Telepiù*, in *G. comm.*, 2002, I, p. 318 ss.

<sup>(63)</sup> Cfr. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., p. 199 ss., a p. 211; cfr. anche G. GUZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito (ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 437 ss.

<sup>(64)</sup> Si v. esemplarmente la delibera Aeg 78/1999 che ha accordato, in tale situazione, un diritto di recesso ai clienti idonei; soluzione che — come ha sottolineato G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, p. 366 — mira a « garantire il corretto funzionamento del mercato elettrico, piuttosto che a tutelare tale categoria di utenti ».

<sup>(65)</sup> Come ad es. previsto dal Reg. CE 2790/1999, su cui v. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in corso di pubblicazione in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Bari 2008.

E merita qui sottolineare che si dà anche il contrario: l'evoluzione del mercato può determinare una sorta di convalida « legale » d'una clausola originariamente abusiva, e quindi nulla, in ragione del venir meno della situazione di dipendenza economica <sup>(66)</sup>.

7. — L'analisi svolta perviene a risultati coerenti con l'idea che si debba distinguere l'autonomia d'impresa dall'autonomia dei privati e induce a cogliere la peculiarità del contratto tra imprese nella circostanza che la qualificazione del fatto, nonché il significato oggettivo dello scambio derivano da elementi ulteriori rispetto alla fattispecie contrattuale, formalmente intesa. Ciò autorizza a dubitare che il fenomeno dei contratti tra imprenditori possa essere adeguatamente compreso e rappresentato nei termini della *fattispecie produttiva di effetti*.

L'affermazione, necessita taluni chiarimenti che — almeno in questa sede — è possibile solo sommariamente offrire <sup>(67)</sup>.

Il problema cui si fa cenno si chiarisce se si muove dalla considerazione in ordine alla quale lo schema della fattispecie produttiva di effetti ha storicamente costituito lo strumento di comprensione del reale giuridico coerente e funzionale a una prospettiva di tipo individualistico, in quanto ordinata sul presupposto della relazione atto-diritto soggettivo <sup>(68)</sup>. E, nella logica « pandettistica », il nesso strutturale tra atto e diritto soggettivo è assicurato dalla teoria della volontà, che collega il diritto soggettivo — quale potere della volontà — e il negozio giuridico, inteso come dichiarazione di volontà.

Se si considera, in questa luce teorica, la fattispecie produttiva di effetti quale strumento conoscitivo, storico e quindi relativo, di comprensione del reale giuridico è possibile apprezzarne il senso e i limiti: essa porta a negare un valore del fatto che possa dirsi autonomo e distinto rispetto all'effetto che ne deriva, in quanto la rilevanza del fatto è risolta in termini di mera alterazione della realtà giuridica, di cui diviene una componente essenziale <sup>(69)</sup>.

<sup>(66)</sup> Parla di « convalida ope legis » M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss., a p. 245. Sul problema si v. in part. S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino 2007, p. 47 ss., nonché taluni utili spunti seppure in termini generali alle p. 253 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale. Tratt. Rescigno-Gabrielli*, t. II, Torino 2006, p. 1407 ss., a p. 1532 s.; v. altresì N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, II, Milano 2003, p. 1342 ss.

<sup>(67)</sup> Il tema della perdita della fattispecie è tema ricorrente, indagato anche da altri punti prospettici, si v. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 199 ss., *Id.*, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 459 ss., *Id.*, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., p. 843 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 619 ss.

<sup>(68)</sup> In questi termini espressamente P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 130.

<sup>(69)</sup> P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 131; sui rapporti tra fatto e norma nella prospettiva della teoria del negozio giuridico si v. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*

Ciò comporta che la qualificazione e gli effetti del fatto si pongono, necessariamente, su un piano che è autonomo e che, perciò, prescinde dall'agire negoziale dei soggetti.

L'interrogativo che intendo porre è se il fenomeno dei contratti tra imprese si lasci integralmente comprendere all'interno d'una prospettiva teorica di cui la fattispecie produttiva di effetti è parte integrante. Ciò perché elementi *esterni* rispetto alla struttura formale del contratto o anche cronologicamente successivi al suo perfezionarsi assumono il ruolo di antecedente di regole che operano sul piano della validità, dell'efficacia, del sorgere di obbligazioni risarcitorie <sup>(70)</sup>.

Questo è ben dimostrato dal fatto che la dipendenza economica è definita in funzione del *potere* di mercato: ciò che entra nella struttura definitoria della fattispecie è il potere dell'impresa in posizione di forza <sup>(71)</sup>. (E non è d'altra parte casuale, proprio nella prospettiva della fattispecie produttiva di effetti, la problematica collocazione del potere all'interno della logica delle situazioni giuridiche soggettive <sup>(72)</sup> ovvero l'avversione concettuale nei confronti dell'invalidità sopravvenuta <sup>(73)</sup>).

Se così è, si deve verificare per i contratti tra imprese la possibilità di connettere la comprensione del fenomeno a una diversa e alternativa prospettiva conoscitiva, che implica la priorità dell'attività <sup>(74)</sup>, intesa come fenomeno organizzato, la cui valutazione avviene in funzione di dati che si pongono al di fuori del fatto e segnatamente in ragione della rilevanza di dati che appartengono all'organizzazione dell'attività economica e, quindi, al mercato di riferimento.

In più semplici termini, nel fenomeno che qui interessa la qualificazione e la determinazione degli effetti del contratto si determinano in relazione a dati estrinseci rispetto al regolamento contrattuale. Parimenti, lo stesso paradigma di razionalità — e ciò particolarmente rileva al fine della concretizzazione della clausola generale di buone fede — è offerto dal contesto del mercato,

*nella teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958, p. 32 ss.; A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in (*Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 941 ss., ed ora in) *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 329 ss.

<sup>(70)</sup> V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 459 ss.

<sup>(71)</sup> S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, cit., p. 515 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica « fuori dal contratto » tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 399; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 151 ss.

<sup>(72)</sup> Ne dà testimonianza A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in (*Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 432 ss., ed ora in) *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 1997, p. 1 ss.

<sup>(73)</sup> Sul quale v. ora le condivisibili conclusioni cui perviene A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1445 ss.

<sup>(74)</sup> Il riferimento è ancora alla prospettiva di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 206 ss.

dalle caratteristiche della domanda e dell'offerta, dall'effettiva possibilità di trovare sostituti nello stesso.

Così, ad esempio, al fine di valutare la sussistenza dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192) rileva la « reale possibilità [...] di reperire sul mercato alternative soddisfacenti » <sup>(75)</sup>; parimenti, elementi di qualificazione del fatto e del suo svolgimento si traggono dall'evoluzione del rapporto tra l'impresa e il mercato, come ben dimostra l'esempio della nullità sopravvenuta (e così pure del « sanarsi » della nullità per effetto del venire meno della dipendenza economica).

Da tutto ciò deriva una duplice alternativa in termini teorici: *i*) o si amplia e si deforma la fattispecie per ricomprendere nell'effetto elementi del fatto, secondo il tentativo percorso da chi ha inteso a tal fine valorizzare la prospettiva del « programma contrattuale »; *ii*) oppure, e forse preferibilmente, si considera che il fenomeno nel suo complesso debba essere compreso e rappresentato all'interno della relazione *atto-attività*.

8. — Già quanto s'è tentato sin qui di argomentare autorizza — seppure con la riserva della necessità d'ulteriori validazioni — a trarre talune conclusioni.

Non mi sembra meriti accoglimento la proposta interpretativa — formulata da una voce autorevole della dottrina civilistica — in ordine alla possibilità di ravvisare nell'asimmetria di potere contrattuale una categoria interpretativa unitaria e/o il presupposto del controllo sul contenuto del contratto affidato al giudice. E, segnatamente, che possa funzionalmente coordinarsi sul piano degli interessi tutelati il vaglio giudiziale sotteso all'« abuso » dell'autonomia contrattuale nei contratti tra imprese e la disciplina imperativa dei contratti del consumatore (art. 1469 *bis* ss. c.c., ora art. 33 ss. d. legisl. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo) <sup>(76)</sup>.

Infatti, il tipo d'intervento che l'ordinamento legittima nella disciplina del contratto dei consumatori è ancorato a presupposti che si esauriscono nella valutazione del singolo atto (ovvero, al più, della singola operazione complessivamente realizzata) e muovono, quale condizione necessaria e sufficiente, dalla qualificazione formale delle parti, in quanto il contratto dev'essere concluso tra « il consumatore e il professionista » (art. 33, comma 1°, c. consumo).

<sup>(75)</sup> V. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 58 s.

<sup>(76)</sup> Cfr. anche G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 625 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di « abuso dell'autonomia contrattuale »)*, cit., p. 285 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti « reticolari »*, cit., p. 552 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 28 ss. E per talune repliche si v. *Id.*, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., p. 679 ss.

Nella logica dei contratti con i consumatori, il senso d'uniformare il contenuto contrattuale mira, in sostanza, a eliminare un'asimmetria informativa in ordine alla disciplina del regolamento, per concentrare sul prezzo il confronto delle offerte presenti sul mercato, atteso che le differenze di prezzo rispetto al medesimo bene possono scontare diversità rilevanti in termini di tutele e di garanzie offerte all'acquirente.

Ciò mi pare ulteriormente confermato dal fatto che *i*) l'ordinamento richiede che lo scambio avvenga nell'alveo d'un determinato regolamento contrattuale, ma non reagisce di per sé di fronte all'acquisto di un bene di consumo a un prezzo intrinsecamente e « trasparentemente » squilibrato, se il contratto è « chiaro e comprensibile », e *ii*) la negoziazione individuale rimuove, in ogni caso, la vessatorietà della clausola (art. 34 c. consumo) <sup>(77)</sup>.

Con la conseguenza, ulteriore, che tale disciplina prospetta un assetto di interessi e una modalità di protezione *individuale* del singolo contraente e, come tale, disponibile nella forma della revisione pattizia e concordata del regolamento — secondo il modello della negoziazione individuale, appunto — e della natura relativa del rimedio invalidatorio <sup>(78)</sup>.

Al contrario, per i contratti d'impresa il fenomeno rileva in termini concettualmente diversi sin dai presupposti, atteso che per questi l'indagine ha a oggetto il trattamento giuridico da riservare a un regolamento contrattuale negoziato tra parti informate e rispetto alle quali acquista rilievo la collocazione del contratto nel quadro delle reciproche relazioni economiche e delle dinamiche di mercato.

Così pure il parametro correttivo che guida l'intervento del giudice espone differenze rilevanti.

Nei contratti tra imprese il controllo sul contenuto contrattuale assume quale paradigma di riferimento il mercato *concorrenziale* (dunque: non necessariamente il mercato di riferimento, ma a quello che sarebbe ove esso operasse in un regime di effettiva concorrenza) <sup>(79)</sup>. Al contrario il controllo-

<sup>(77)</sup> S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, 2<sup>a</sup> ed. provv., Milano 2004.

<sup>(78)</sup> Cfr., seppure in termini non coincidenti, F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e « aurea aequitas » (orvero delle convergenze parallele)*, estratto dal *F. it.*, 2004, I, c. 475 ss., e alle cc. 479 ss. v. anche G. GUZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela del consumatore. Una relazione ancora da esplorare*. Sui problemi connessi alle nullità relative si v. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano 1995; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002; e per una valutazione critica si cfr. G. VILLA, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in F. MACARIO-M. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 413 ss. Sul tema merita di essere segnalato R.M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz. Partebezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen 1998.

<sup>(79)</sup> Fermo restando che lo stesso concetto di mercato concorrenziale è suscettibile di una pluralità di decodificazioni, cfr. esemplarmente M.R. MAUGERI, *Abuso di posizione dominante e validità del contratto: sull'esperienza tedesca*, in G. VETTORI (a cura di), *Concor-*

sul contenuto nei contratti con il consumatore, e poi eventualmente del contratto individuale concluso dal non professionista, presuppone un modello del fatto che possa assumersi a stregua d'una normalità socialmente accettata, operazione cui soccorrono — secondo le analisi più consapevoli del tema — le norme dispositive, quale indice segnaletico, seppure con valore solo presuntivo, d'una normalità insita nel modello prefigurato dal legislatore <sup>(80)</sup>.

9. — V'è, peraltro, un ulteriore punto che merita d'essere considerato e attiene alle differenze *assiologiche* sottese alle proposte interpretative di cui qui si discute.

Non v'è dubbio che la disciplina dei contratti del consumatore descriva un segmento della disciplina comunitaria del mercato unico <sup>(81)</sup>; tuttavia, l'elevare la disciplina dei contratti del consumatore a paradigma della strutturale disparità, normativamente riconosciuta e corretta, trova nei processi argomentativi d'una parte della giurisprudenza teorica e così nel diritto giurisprudenziale una giustificazione e un fondamento nell'esigenza di tutela del contraente debole, che è « la *persona fisica* che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale » (cfr. art. 3, comma 1°, lett. a) c. consumo, secondo la scelta confortata dal giudice delle leggi e più volte ribadita, da ultimo nella disciplina che concerne alla tutela all'acquirente degli immobili da costruire, l'art. 1, comma 1°, lett. a), d. legisl. 20 giugno 2005, n. 122) <sup>(82)</sup>. Intendo con questo dire che il controllo sul contenuto del contratto che estende analogicamente la *ratio* dei contratti dei consumatori (*può*) sottende(re) un problema di tutela della persona, che non si pone e che, anzi, è del tutto estranea all'impresa e all'imprenditore.

Non escludo, infatti, che sia possibile anche nel nostro ordinamento in-

---

renza e mercato. *Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, cit., p. 559 ss. e EAD., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., *passim*.

<sup>(80)</sup> Sul ruolo dei *naturalia negotii* nel controllo sul contenuto del contratto, cfr. J. OECHSTER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschverträge*, cit., p. 315 ss. V. sul tema delle regole dispositive A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 1 ss.; R. PARDOLESI, *Regole di « default » e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto*, in *R. crit. d. priv.*, 1996, p. 451 ss., a p. 465 s.; e diffusamente si v. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova 2000.

<sup>(81)</sup> La tesi è convincentemente argomentata da P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 800 ss.; ma sostanzialmente v. anche A. SOMMA, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 1998, p. 161 ss., e Id., *Il diritto dei consumatori è un diritto d'impresa*, in *Pol. d.*, 1998, p. 679 ss.

<sup>(82)</sup> E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in Id. e E. MINERVINI (a cura di), *I contratti del consumatore*, t. I, Torino 2005, p. 5 ss.; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *F. it.*, 2003, I, c. 340 ss.

traprendere la strada che il controllo sul contenuto del contratto ha percorso in Germania, in cui si è estesa la *Inhaltskontrolle* dal contratto di serie al contratto individuale « imposto » e, infine, a quello che è negoziato tra le parti in condizioni di patente squilibrio <sup>(83)</sup>. Proprio quell'esperienza, a leggere le argomentazioni che sorreggono l'evoluzione giurisprudenziale, dimostra tuttavia che la *ratio* che autorizza a estendere il controllo sul contenuto del contratto, dai contratti di massa ai contratti negoziati individualmente, si ravvisa nel fatto che il regolamento contrattuale pregiudica il realizzarsi della persona umana, quale valore costituzionale preminente.

In sostanza, l'estensione analogica del potere del giudice fa leva sulla tutela della dignità della persona umana, nella duplice declinazione che l'art. 2 Cost. consente: quale principio di autodeterminazione della persona e di garanzia della sua libertà; quale sistema di valori che individuano l'ambito esistenziale della persona fisica giuridicamente intangibile <sup>(84)</sup>.

Al contrario, il problema della dignità e del libero sviluppo della persona umana non può essere predicato per l'impresa o per i soggetti impersonali, in quanto l'autodeterminazione individuale costituisce un sistema di valori rispetto ai quali il riferimento al soggetto metaindividuale e all'organizzazione economica è intrinsecamente incongruo <sup>(85)</sup>. Solo dell'essere umano può predicarsi dignità e autodeterminazione, mentre l'agire dei soggetti impersonali che esercitano l'impresa è conformato dai principî della libertà d'iniziativa economica e dal regime concorrenziale.

10. — Nelle norme che per i contratti tra imprese autorizzano un sindacato sul contenuto economico o normativo del contratto — a iniziare dall'abuso di dipendenza economica — e poi la correzione del regolamento, ciò che si protegge non è (*solo*) l'impresa dominata. (Non a caso nella stessa di-

<sup>(83)</sup> Il riferimento è a BVerfG 19 ottobre 1993, in *NJW*, 1994, p. 36 ss. sulla quale cfr., oltre al commento di K. ADOMEIT, *Die gestörte Vertragsparität — ein Trugbild*, ivi, p. 2467 ss., la nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1995, I, p. 202 ss., mentre il testo si rinvia in traduzione italiana *ivi*, p. 197 ss.; si veda anche *Id.*, *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, p. 101 ss.; cfr. anche BVerfG 6 febbraio 2001, ed il commento di E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in questa *Rivista*, II, 2003, p. 57 ss.

<sup>(84)</sup> V., in prospettive non coincidenti F.D. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in G. VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Padova 2005, p. 59 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in questa *Rivista*, 2002, II, 801 ss.; G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento secolare*, in *R. crit. d. priv.*, 2007, p. 7 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, *ivi*, p. 67 ss.

<sup>(85)</sup> Cfr., volendo, il mio *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in questa *Rivista*, I, 2002, p. 851 ss. e v. già P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Napoli 1991, p. 328.

pendenza economica, come si è già detto, ci si riferisce piuttosto al potere di mercato dell'impresa dominante e nella disciplina dei ritardi di pagamento manca qualsiasi riferimento alla disparità strutturale del rapporto).

Si tratta, piuttosto, d'una disciplina *oggettiva* delle relazioni tra imprese in funzione della regolazione del mercato e, quindi, di norme poste a garanzia della struttura concorrenziale del medesimo.

Da questa conclusione faccio discendere almeno quattro conseguenze.

a) Le norme dettate per i contratti tra imprese, se lette nella prospettiva sistematica del diritto della concorrenza, devono essere intese a proteggere *anche* i consumatori finali e il corretto funzionamento del mercato. Il che significa che l'obiettivo che esse perseguono è quello di garantire un grado di concorrenzialità in senso dinamico, tale da assicurare un flusso continuo di proposte innovative, apprezzabile in termini di contenuti tecnologici, di prezzi al consumatore finale, di capacità innovativa delle modalità contrattuali o organizzative della produzione e dello scambio dei beni e dei servizi.

Di conseguenza, l'interprete non è autorizzato ad argomentare dall'asimmetria del potere contrattuale il carattere relativo della nullità, ma dovrà valutare per ciascuna disciplina se l'invalidità è posta *anche* a tutela di interessi superindividuali, non disponibili dalle parti del rapporto e, segnatamente, alla parte asseritamente « debole » <sup>(86)</sup>.

ii) Dal fatto che la tutela si rivolge al dinamismo concorrenziale e non al singolo imprenditore, ne deriva la centralità del rischio d'impresa e della mobilità nel mercato. Pertanto, proprio perché a tale stregua la stabilità del rapporto contrattuale riveste un valore intrinseco, la sua correzione o la sua cancellazione per effetto della sentenza del giudice devono intendersi come rimedi possibili, ma tuttavia eccezionali e comunque operanti sulla base dei principî di proporzionalità e adeguatezza.

Parimenti, la tutela risarcitoria accordata all'impresa « dominata » — che l'art. 9, comma 3°, l. 18 giugno 1998, n. 192, prevede insieme all'azione di nullità — ne risulta significativamente limitata, perché essa non si rivolge alla possibilità di permanere sul mercato, in quanto può essere invocata nel limite degli investimenti specifici non ancora recuperati nella relazione con-

<sup>(86)</sup> M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 157 ss., e EAD., *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidatorio o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. V, Milano 2007, 249 ss.; e per una diffusa analisi e ricostruzione, seppure con risultati non coincidenti, v. Ph. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 481 ss.; cfr. anche M. LIBERTINI-M.R. MAUGERI, *Infringments of Competition Law and Invalidity of Contracts*, in *ERCL*, 2/2005, p. 260 ss. Ad opposti risultati si giunge se si interpretano tali norme come disciplina di protezione della parte debole e v. infatti G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di « abuso dell'autonomia contrattuale »)*, cit., p. 300 s.; così, ad esempio, per la riduzione teleologica di quanto disposto dall'art. 7, comma 3°, d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, ove si prevede la rilevanza dell'ufficio della nullità cfr. A.M. BENEDETTI, *Abuso di libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., p. 130 ss.

trattuale e altrimenti non recuperabili sul mercato di riferimento, sempre cioè che non sia possibile reperire sul mercato « alternative soddisfacenti » <sup>(87)</sup>.

c) È al mercato concorrenziale e alle dinamiche ad esso proprie che dovrà aversi riguardo al fine d'individuare i comportamenti consentiti e quindi *leciti*.

Così, ad esempio, al fine di considerare il prezzo *iniquo* dovrà guardarsi alla struttura economica dell'impresa dominante, che potrebbe giustificare il prezzo elevato in ragione dei costi di investimento in ricerca e sviluppo <sup>(88)</sup>. Parimenti, la libertà di (o *di non*) concludere il contratto discende essenzialmente dalla posizione dominante occupata sul mercato e dall'insussistenza di motivazioni commerciali che possano sorreggere il rifiuto <sup>(89)</sup>. Dunque, la stessa analisi del mercato concorrenziale al fine della qualificazione degli atti si risolve in una valutazione <sup>(90)</sup>, che può dar luogo, nel provvedimento del giudice come anche in quello dell'amministrazione, ad una violazione di legge, come tale sindacabile in sede di gravame.

d) Infine, il controllo sulla discrezionalità del giudice e sul ricorso alle clausole generali — ad iniziare dalla buona fede — impone nel processo di concretizzazione un'analisi in ordine all'assetto effettivo del mercato in cui operano le imprese, che deve trovare adeguato riscontro nella motivazione del provvedimento. Il che significa che deve darsi analisi puntuale, come indici di valutazione della conformità tra il regolamento contrattuale e il mercato, a dati quali esemplificativamente la posizione occupata dalle parti e dai concorrenti, il livello della catena commerciale in cui essi operano, la natura del prodotto, le eventuali barriere all'entrata e il grado di maturità del mercato.

---

<sup>(87)</sup> Si tratta dei risultati già conseguiti da R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli 1979 (e cfr. l'omonima voce in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988, p. 1 ss.) che con riguardo specifico al tema dei contratti di distribuzione, aveva argomentato che il contratto, alla luce d'un'interpretazione informata a buona fede, dovesse assicurare un congruo termine di preavviso e che la legittimità del recesso dovesse essere vagliata in relazione alle possibilità di recuperare gli investimenti strumentali alla prestazione.

<sup>(88)</sup> V. MELI, *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, cit., p. 264 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 248.

<sup>(89)</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., p. 152 ss.; D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *R. d. priv.*, 2006, p. 281 ss., in part. 290 ss.

<sup>(90)</sup> Molto chiaramente C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari 2002, p. 133. Cfr., anche, L. VOGEL, *Les limites du marché comme instrument de droit de la concurrence*, in *JCP*, 1994, *I-Doct.*, n. 3737, p. 73 ss.

