

LA NUOVA STAGIONE  
DELL'ABUSO  
DI DIPENDENZA ECONOMICA

A CURA DI  
GIUSEPPE COLANGELO E VITTORIO MINERVINI

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

## INDICE

Prefazione, <i>di Roberto Rustichelli</i>	p. 7
Introduzione, <i>di Giuseppe Colangelo e Vittorio Minervini</i>	11
I. Abuso di dipendenza economica e teoria del contratto, <i>di Andrea Zoppini</i>	13
II. L'abuso di dipendenza economica rilevante per la concorrenza e il mercato, <i>di Vittorio Minervini</i>	37
III. L'abuso di dipendenza economica nelle varie legislazioni, <i>di Alessandra Tonazzi</i>	91
IV. Il contributo della comparazione giuridica nello studio dell'abuso di dipendenza economica, <i>di Philipp Fabbio</i>	115
V. L'abuso di dipendenza economica e la concorrenza. Analisi economica di un ibrido?, <i>di Andrea Pezzoli</i>	137
VI. <i>Dormientibus iura succurrunt</i> : la riscoperta dell'abuso di dipendenza economica, <i>di Cristoforo Osti</i>	157
VII. Dipendenza economica e mercati digitali, <i>di Giuseppe Colangelo</i>	197
Conclusioni, <i>di Mario Libertini</i>	213
Gli autori	225

## CAPITOLO PRIMO

### ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E TEORIA DEL CONTRATTO

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 di una specifica disciplina.

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 regolatore comune le tecniche di «compensazione» della parità violata e quelle volte a reprimere gli «abusi» dell'autonomia contrattuale.

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 – 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.

In esito, è possibile verificare se, e poi in che misura, i risultati interpretativi conseguiti concorrono a integrare la disciplina del contratto in generale ovvero, e alternativamente, definiscono i tratti del *diritto privato dell'impresa*.

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

*Questo capitolo è di Andrea Zoppini*

in dubbio insegnamenti ritenuti del tutto pacifici: 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.

Mi proverò a offrire una risposta o forse più modestamente a proporre una traccia di riflessione ponendomi nella prospettiva della categoria dei contratti *tra* imprese e della disciplina concorrenziale.

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. Ciò che determina nella materia del diritto dei contratti una singolare contraddizione e più di 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.

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*) e, soprattutto, individuano una pluralità di fattispecie che autorizzano il giudice a valutare e poi a ridisegnare l'equilibrio normativo ed economico del contratto.

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 [...] 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.lgs. 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.

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*.

Non intendo sottrarmi all'impegno teorico che gli 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 gli 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 della convenzione sui diritti fondamentali, le regole delle direttive europee in materia contrattuale.

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.

Da un lato, il tentativo di recuperare le problematiche connesse all'asimmetria del potere contrattuale attraverso gli 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.

In tale prospettiva, antecedente dell'«abuso», e poi dell'intervento del giudice, è il fatto che la «forza» contrattuale di 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.

Si tratta di una lettura che, sul piano della fattispecie, devalorizza il possibile rilievo di vicende o dati non riconducibili all'agire negoziale delle parti 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.

In punto di ricostruzione sistematica, l'esistenza di 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.

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'approfitamento che, invece, oggettivamente manca nella fattispecie descritta dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, ove si prescinde dalla disparità di forza contrattuale.

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 di un contratto anche in radice diverso da quello originariamente voluto.

Questa prospettiva compone, con varia consapevolezza, spinte e proposte eterogenee: insieme, talune tensioni assiologiche di stampo solidaristico, gli orientamenti del diritto giurisprudenziale favorevoli ad affievolire la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità 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).

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. 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 – gli interessi impliciti e non esplicitati nel regolamento contrattuale. 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 di una regola del contratto espressamente voluta dalle parti ovvero imporre un obbligo a concludere il contratto.

3. Nella riflessione nazionale, talora scarsamente o punto consapevole della dimensione europea del dibattito, è possibile sperimentare – per quanto si tratti di una riflessione *in itinere* – una duplice insoddisfazione sul piano del metodo. 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 – 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.

Dall'altro lato, verso le proposte, dichiaratamente innovative, che mirano 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 di una vuota idolatria per i concetti storicamente affermatasi, con cui si confonde la «natura delle cose». 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 '60 e '70 del '900 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).

Nella seconda, invece, sono evidenti le prospettive anti-formalistiche 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 antitetici, 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 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.

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.

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.

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. 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.

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;

*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.

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.

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 di una logica che si risolve nel nesso atto-diritto soggettivo e che, di conseguenza, prescinde da qualsiasi considerazione funzionale della struttura della relazione contrattuale. Ciò 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 gli 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 di 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.

Non a caso, il problema cui si fa cenno si è posto, esemplarmente, per i contratti di durata, nei quali le parti negoziano rappresentandosi vicende incerte, legate al trascorrere del tempo e, soprattutto, per quei contratti – che 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).

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).

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 (mentre una diversa autonomia è stata acquistata, sulla spinta del diritto comunitario, dai contratti in cui all'impresa si contrappone il consumatore).

In particolare, ci si è chiesti se nel sistema tutt'ora residuo 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. 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 propri 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).

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.

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. Tenta, 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 di 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;

*ii)* che a tali indici possa assegnarsi un valore «segnalatico» delle peculiarità della contrattazione tra imprese e, quindi, la relativa disciplina proponga regole *transtipiche*, (*se e*) in quanto espressione di 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 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.).

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.

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, 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).

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'impresе 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).

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. 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.lgs. 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, gli 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 (artt. 2497 ss. c.c.). 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.).

c) Il singolo contratto dev'essere qualificato alla luce di 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 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 obiettivamente antieconomici.

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.lgs. 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 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 di un illecito contrattuale o pre-contrattuale, né sono (necessariamente) l'esito di un approfittamento della parte dominante sull'impresa dipendente – di 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 di 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.

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 di un contratto *già* concluso ed efficace: si pensi all'ingresso di 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 seguito intervenute sul lato dell'offerta. Ovvero il determinarsi di una dipendenza economica per l'effetto cumulativo di più intese indipendenti che produca un blocco nell'accesso al mercato.

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

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.

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. 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.

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 di 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.

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. 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 ovvero l'avversione concettuale nei confronti dell'invalidità sopravvenuta.

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, 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 buona fede – è offerto dal contesto del mercato, 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»; 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 si è tentato sin qui di argomentare autorizza – seppure con la riserva della necessità di 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 (artt. 1469-*bis* ss. c.c., ora art. 33 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo).

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, codice del consumo).

Nella logica dei contratti con i consumatori, il senso di 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 di 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 codice del consumo).

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.

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 quello che sarebbe ove esso operasse in un regime di effettiva concorrenza). Al contrario il controllo 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 di 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, di una normalità insita nel modello prefigurato dal legislatore.

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; tuttavia, l'elevare la disciplina dei contratti del consumatore a paradigma della strutturale disparità, normativamente riconosciuta e corretta, trova nei processi argomentativi di 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* codice del consumo, secondo la scelta confortata dal giudice delle leggi e più volte ribadita, da ultimo nella disciplina che concerne la tutela all'acquirente degli immobili da costruire, l'art. 1, comma 1, lett. *a*, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). 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 intraprendere 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. 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.

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 meta-individuale e all'organizzazione economica è intrinsecamente incongruo. 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 dipendenza 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, di 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 alle parti del rapporto e, segnatamente, alla parte asseritamente «debole».

b) 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 contrattuale e altrimenti non re-



cuperabili sul mercato di riferimento, sempre cioè che non sia possibile reperire sul mercato «alternative soddisfacenti».

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. 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. Dunque, la stessa analisi del mercato concorrenziale al fine della qualificazione degli atti si risolve in una valutazione, 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.