

civile
OP

Obbligazioni e contratti

Abuso del diritto e dipendenza economica

Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale (*)

di Roberto Pardolesi

Una meditata sentenza resa dalla Corte di legittimità a fine 2009 ha rilanciato il dibattito, mai davvero sopito ma neppure giunto alle soglie di una definizione davvero soddisfacente, sull'abuso del diritto: presentato, in questa 'nuova' versione, come esplicitazione dell'obbligo di buona fede/solidarietà sociale e declinato in chiave di proporzionalità. Successivamente, nel volgere di un paio di anni, due interventi eccentrici del legislatore hanno tracciato specificazioni "regionali" di un abuso presumibilmente inteso nei termini di approfittamento indebito di una situazione di subalternità economica, nel segno presuntivo del 'terzo contratto'. Vien fatto di chiedersi se e in quale misura queste tecniche incidano sull'inerzia di un dibattito risalente quanto estenuato e si propongano come itinerari (convergenti? alternativi?) intesi a propiziare il radicamento di un approccio quanto mai controverso: se valgano, in definitiva, a far uscire di minorità l'abuso del diritto.

1. Eterni ritorni

A volte ritornano. Così intitolavo¹, giusto un paio d'anni addietro, il commento a una sentenza con cui la Cassazione, facendo leva sulla clausola generale della buona fede, rispolverava la figura dell'abuso del diritto in materia contrattuale e la lucidava a nuovo, conferendole un risalto mai osservato sino ad allora in quest'ambito.

Il gioco degli eterni ritorni rischia di riuscire stucchevole², poco più che una sollecitazione stanca per un dibattito frusto oltre ogni dire³. E, in effetti,

(*) Il testo, con qualche integrazione, riproduce la relazione tenuta al 25° Congresso dell'Associazione internazionale Giuristi Lingua Italiana (AIGLI), Santa Margherita Ligure, 21-23 settembre 2012.

¹ A. Palmieri-R. Pardolesi, *Della serie: "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95.

² L'immagine alternativa, suggerita a suo tempo da Guido Alpa con riguardo, appunto, all'abuso del diritto, è quella dell'araba fenice, che risorge puntualmente dalla sue ceneri. Il senso di estenuazione non cambia.

³ *Absit iniuria*: il celebre saggio di Pietro Rescigno del 1965 è stato ripubblicato più di trent'anni dopo - P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 - col semplice supporto di una sobria postfazione. Cambiati i riferimenti normativi, non la sostanza del confronto.

il dibattito c'è stato, (ardente in superficie e) inconcludente come si conviene. Solo che questa volta alla sortita giurisprudenziale, non la sola - ripetiamo - ma per certo la più risoluta di cui si abbia memoria, si sono uniti altri contributi, di provenienza legislativa (alludo, nemmeno a dirlo, all'art. 10 della l. n. 180/2011, sullo statuto delle imprese, e l'art. 62 del c.d. decreto "Cresci Italia"). L'apparente convergenza dei due formanti e il tanto cicalare sfuggente della dottrina potrebbero indurre a chiedersi se, come mi capita di sostenere da tempo, i mitici Signori del diritto, tre nell'immaginario accreditato di *civil law*, non si siano ridotti a due. Ma questa è un'altra storia, che sarà il caso di approfondire in una sede diversa. Qui e ora conviene, piuttosto, riguardare più da presso i fatti che promettono di sottrarre questo eterno ritorno al suo destino d'impotenza. Subito dopo, e sulla base di una siffatta ricognizione, sarà opportuno rimontare al dibattito storico, per cercare di capire che cosa ci sia di davvero nuovo sotto il sole e come lo si possa ragionevolmente introiettare nel sistema, se e nei limiti in cui residua ancora margine per immaginare una qualche tensione dell'ordinamento verso un'interna coerenza. Infine, sarà tempo di porsi le domande che contano.

Risposte certe non se ne daranno, ma proporre gli interrogativi giusti è già la metà dell'opera.

2. Un florilegio di novità

I fatti, dicevamo. A partire da Cass. n. 20106/2009, vero *blockbuster* della letteratura privatistica di casa nostra negli ultimi due anni⁴.

2.1. Uno scenario noto, una prassi radicata

Scenario di distribuzione di autoveicoli, sconvolto dalla decisione del concedente, una casa costruttrice d'oltralpe, di: a) attuare una strategia di profonda ristrutturazione della propria rete sul territorio italiano; e b) troncane i rapporti con numerosi concessionari, avvalendosi all'uopo della facoltà di recesso *ad nutum* attribuita da un'esplicita previsione contrattuale⁵. Si tratta, dunque, di un settore su cui ha (ancora) un forte impatto, anche sul versante contrattuale, la disciplina antitrust comunitaria, che sin dal 1985 ha previsto un'esenzione per categoria. Si sono avvicinati quattro regolamenti volti a coprire tali forme di intese verticali e non sono mai mancate, nell'ambito delle misure volte a garantire i distributori, regole *ad hoc* sul recesso del fornitore nei contratti conclusi a tempo indeterminato. Inizialmente la disciplina s'incentrava essenzialmente sul termine minimo per il preavviso: la prima versione lo conteneva di norma in un anno. Nella seconda (regolamento del 1995), veniva incrementato a un biennio, fatto salvo il suo dimezzamento nel caso di riorganizzazione della rete. Con la formulazione del 2002 (vigente al tempo della nostra pronuncia), ferma l'ampiezza dei predetti termini, si è preteso che il fornitore comunicasse per iscritto la sua intenzione di terminare il rapporto, specificandone i motivi in maniera particolareggiata, obiettiva e trasparente⁶. Gli atti contro cui hanno reagito i

concessionari "revocati" (così qualificati dalla sentenza in discorso) si collocano a cavallo tra il primo e il secondo dei regolamenti di esenzione. Nondimeno, da questo rapido *excursus* si evince come la necessità di ristrutturare il sistema distributivo rappresenti un fattore suscettibile di spianare la strada all'interruzione (purché non dall'oggi al domani) del rapporto⁷, e non v'è motivo di credere che non lo fosse anche prima di essere nominativamente preso in considerazione. Del resto, in una fattispecie analoga, vagliata alla stregua del divieto di dipendenza economica, il tribunale capitolino aveva escluso il carattere arbitrario del recesso notificato con il dovuto anticipo, innestato in una «logica aziendale dettata dall'esigenza oggettiva di sopravvivenza»⁸: responso confermato, val la pena di aggiungere, in una pronuncia recente dello stesso collegio⁹.

La reazione dei concessionari "revocati", imperniata sull'evocazione dell'abuso del diritto, non trovava eco in prime cure e nemmeno nel successivo grado di giudizio. La Corte d'appello di Roma, anzi, aveva ampiamente motivato l'infondatezza della richiesta, osservando che:

1) il giudice non ha alcuna possibilità di controllo sull'atto di autonomia privata;

cogenti per ritagliare, all'interno del perimetro dei contratti di distribuzione alla luce della normativa antitrust, una disciplina specifica per i rivenditori di automobili: dopo aver riconosciuto, in un Rapporto del 28 maggio 2008, che le norme dettate dal regolamento di esenzione, in deroga al calco generale fissato dal Reg. 2790/1999, erano «esageratamente restrittive, troppo complesse e/o ridondanti», la Commissione, in una comunicazione del luglio 2009, aveva anticipato le mosse a venire, col dire che «the application of the general block exemption to single-branding obligations in the motor vehicle sector represents a balanced solution». Guai, però, a coltivare troppe aspettative! La timidezza istituzionale, all'atto del varo del Reg. 461/10, ha indotto a dilazionare nel tempo il riassorbimento della disciplina di settore, che per la parte 'protezionistica' (quella che qui interessa) continuerà ad operare sino al 2013, nel presupposto, sia pure poco convinto e convincente, che la prolungata transizione consenta ai concessionari il recupero dei capitali investiti.

⁷ Nell'interpretazione della corte comunitaria, presupposto imprescindibile è l'esigenza di una modifica significativa, sul piano sia sostanziale che geografico, delle strutture di distribuzione del fornitore interessato, che deve essere giustificata in maniera plausibile con motivi di efficacia economica basati su circostanze obiettive interne o esterne all'impresa del fornitore, le quali, tenuto conto del contesto concorrenziale nel quale opera tale fornitore, potrebbero (in mancanza di una riorganizzazione rapida della rete di distribuzione di quest'ultimo), pregiudicare l'efficacia delle strutture esistenti (cfr. Corte giust. 30 novembre 2006, cause riunite C-376 e 377/05, *Brünsteiner*, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Unione europea*, n. 1112; 7 settembre 2006, causa C-125/05, *Vulcan Silkeborg*, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 1165).

⁸ Trib. Roma 5 novembre 2003, ord., in *Foro it.*, 2003, I, 3440.

⁹ V. pronuncia menzionata *supra*, nt. 5.

⁴ La *moral suasion* esercitata dalla decisione potrebbe essere ridotta dall'ambiente, presumibilmente non del tutto pacifico, in cui essa è maturata: a riprova il fatto che il giudice relatore, Urban, sia diverso dall'estensore, Vivaldi; e che le conclusioni del P.M. Destro fossero difformi. Nondimeno, gli echi giurisprudenziali, in via di rapida crescita, presentano numerose sfumature, che vanno dall'apologetico all'entusiastico. Valga, per tutte e in attesa di una ricognizione più puntuale, la menzione di Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, che valorizza i *dicta* del pronunciamento precedente per accreditare un controllo di ragionevolezza sulle modalità di esercizio del potere contrattuale.

⁵ La facoltà di recesso *ad nutum* corrisponde alla prassi di settore: cfr., indicativamente, Trib. Roma 29 novembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, 870, con nota di L. Miotto, *Recesso ad nutum, abuso e ragioni dell'impresa*.

⁶ Solo di recente è sorto il dubbio che non esistessero ragioni

- 2) la previsione contrattuale del recesso *ad nutum* dal contratto non consente il sindacato, da parte del giudice, su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perché un tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato;
- 3) la società concedente non doveva tenere conto anche dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto;
- 4) l'insussistenza di un'ipotesi di recesso illegittimo comporta la non pertinenza del richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c.;
- 5) i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti;
- 6) non sono presenti nel caso in esame i principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di abuso del diritto; e ciò perché «[l]a sussistenza di un atto di abuso del diritto (speculare ai cosiddetti atti emulativi) postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri»;
- 7) «Il mercato, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica (garantita dalla Costituzione), presuppone l'esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione e cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte d'impresa ad essi formalmente imputabili. La nozione di mercato libero presuppone che il gioco della concorrenza venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi»;
- 8) alla libertà di modificare l'assetto di vendita, da parte della società automobilistica concedente, conseguiva che il recesso *ad nutum* rappresentasse, per il titolare di tale facoltà, il mezzo più conveniente per realizzare tale fine: da qui l'insussistenza dell'abuso;
- 9) l'impossibilità di ipotizzare «un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifici come attuare tale astratta tutela», produce, come effetto, quello dell'introduzione di «un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso; al che consegue una valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto»;
- 10) l'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e,

particolarmente, «in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela» fa sì che «[s]olo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della autonomia privata».

Una motivazione serrata, che però non impressiona i giudici di legittimità. Essi ricordano l'onnipresenza del principio di correttezza e buona fede, da declinare come espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale, consistente nel dovere, per chi sia coinvolto in un rapporto contrattuale, di preservare gli interessi di controparte. E spiegano:

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. I suoi elementi costitutivi - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti:

- 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
- 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico;
- 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Insomma: l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

Riversate sul caso di specie, queste argomentazioni comportano che l'atto di autonomia possa/debba essere interpretato dal giudice, applicando il canone della buona fede (non più, verrebbe fatto di aggiungere, cerniera fra le norme d'interpretazione soggettiva ed oggettiva, come s'insegnava ai miei tempi, ma vero architrave del sistema), e contemperando gli opposti interessi. Di qui la possibilità di rilevare l'abuso, non già sulla base del

riscontro di un *animus docendi*, ma in ragione dell'obiettivo proporzionalità dei mezzi usati: quanto dire che il collegio d'appello «avrebbe dovuto valutare - e tale esame spetta ora al giudice del rinvio - se il recesso *ad nutum*, previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti». Il tono è perentorio. La Cassazione sembra voler mettere in chiaro che, in materia, niente sarà più come prima.

2.2. La “termination” dei contratti di distribuzione

Un chiosa, di scorcio, che spiega l'ispirazione (ma non per questo rivaluta la coerenza) degli interventi comunitari. La materia dei contratti di distribuzione, alla cui esplorazione ho apportato un modesto contributo, ha individuato per tempo, quale momento nevralgico, quello della *termination*. Il soggetto che abbia operato investimenti non riciclabili si trova in una situazione di *hold-up* monopolistico, che lo mette alla mercé di controparte. Si ha un bel dire, come certamente farebbero i cultori dell'ortodossia Chicagoan, che il pericolo era evidente ancor prima di entrare nel rapporto, quando, cioè, al potenziale *franchisee* si schiudevano allettanti alternative che avrebbero stemperato ogni pressione e propiziato scelte ben ragionate e adeguatamente cautelative. L'economia comportamentale ci ha insegnato che l'eccesso di ottimismo (certe cose accadono agli altri, non a me ...) giuoca un ruolo pesante; e accade così che il contratto *sine die*, con i toni dell'idillio di lungo periodo, possa esser troncato col mero rispetto di un qualche termine di preavviso. La consapevolezza della minaccia ha portato per tempo all'elaborazione di un approccio che, oltre Atlantico, ebbe a prendere dapprima il nome di *Missouri doctrine* e poi quello, più asettico, di *recoupment doctrine*. Alle corti: lo scioglimento senza giusta causa di un contratto di distribuzione a tempo indeterminato, prima che fosse trascorso il tempo necessario al distributore per recuperare i *sunk costs* (costi idiosincratichi e non recuperabili) connessi al contratto, avrebbe comportato responsabilità per danni del concedente. Ovvio che una siffatta impostazione non potesse trovare immediata applicazione nel caso di specie, posto che i contratti interessati recavano, come esplicitamente permesso dall'art. 1373 c.c., una clausola di recesso *ad nutum*. Ma una contenuta attività di manipolazione analogica, dando per scontato che tra le parti sussista un vincolo di

dependenza economica, avrebbe potuto avvalorare la conclusione, pur significativa, che la facoltà così prevista non poteva essere esercitata nel periodo critico di recupero dei capitali investiti. Che cosa sarebbe rimasto della previsione nuda e cruda di recesso *ad nutum* è argomento da esplorare. Ma non vale la pena di farlo, perché l'itinerario prescelto dalla Corte di legittimità è tutt'altro e per nulla incline al compromesso.

Infatti, la sentenza 20106/2009 ambisce ad una soluzione di respiro ben più ampio, tale da abbracciare l'intera platea delle relazioni contrattuali. E qui, nella sua aspirazione a imporre un nuovo corso, stanno il suo fascino e la sua debolezza, sui quali avremo modo di tornare più oltre.

3. Il legislatore e il “terzo contratto”

Veniamo al primo intervento legislativo cui si faceva cenno in apertura. Per comprenderne il rilievo ai nostri fini, occorre un piccolo *detour*. Alla volta del “terzo contratto”.

3.1. La terra di mezzo

Il terzo contratto denuncia, proprio con la provocatoria articolazione numerica, l'impraticabilità, ai limiti dell'ipocrisia, di qualsivoglia teorizzazione del contratto in generale. La trama codicistica è largamente influenzata dal modello tradizionale del contratto fra operatori consapevoli dei rischi connessi alle loro iniziative economiche e arbitri dei propri destini: soggetti per i quali il dispiegarsi dell'autonomia privata scandisce tempi e modi del cimento di mercato. Si tratta, però, di una sfera minoritaria (anche se proporzionalmente cospicua quanto a misura delle risorse movimentate) rispetto alla massa - il 95% per cento, ipotizzava un commentatore statunitense - di rapporti contrattuali che fanno capo al consumatore, alle prese con una quotidianità che gli impedisce di riscattare l'asimmetria informativa nei confronti del professionista: di qui il fallimento di mercato che si traduce nella deriva comunitaria di tutela di un soggetto che non sa e, in fondo, non potrà mai essere recuperato a un piede di autentica parità sostanziale. Il profilarsi di queste due indiscusse polarità schiude un'alternativa: tra apertura, in nome del perdurante anelito di unitarietà, alla possibilità che l'una provincia informi di sé l'altra, cannibalizzandola variamente e propiziando risultati ai limiti del paradossale, e approccio rassegnato alla constatazione che la Pangea del contratto non esiste più e, quindi,

propenso a esplorare la terra di mezzo, per verificare se, fra gli estremi contrapposti, vi sia margine per un'aggregazione concettuale all'insegna della tutela per un imprenditore dimidiato. La suggestione del terzo contratto nasceva, appunto, dal riscontro dell'agglutinarsi di previsioni normative non sempre coerenti ma certamente intese a riscattare un professionista da una situazione di sudditanza, o comunque di esposizione all'altrui prepotere contrattuale¹⁰.

Orbene, la proposta del terzo contratto può destare, come ha destato in effetti, reazioni molto contrastanti¹¹, che varrà la pena di raccogliere ed esaminare in qualche dove. Ma, a meno di non voler procedere per metonimie, (comprende per certo ma davvero) non si riduce a una caratterizzazione da *hold up* in ragione di costi irrecuperabili. La formula magica è quella dell'abuso di dipendenza economica, introdotta, fra mille ripensamenti, nella l. n. 192/1998 sulla subfornitura industriale con vocazione di clausola generale specialistica, sorta di abuso del diritto a danno di imprenditori deboli, che però non ha mai trovato la forza per decollare operativamente (i.e., nelle aule di giustizia). Ci si tornerà tra un momento.

3.2. Abuso di dipendenza in difetto (di prova) della dipendenza

Proprio in vista di queste resistenze mette conto sottolineare come la produzione - disordinata oltre ogni dire, ma non di meno tangibile - di indici

¹⁰ Doveroso il rinvio ai contributi raccolti nel volume curato da G. Gitti-G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

¹¹ Un inventario al volo, tutt'altro che completo: S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 166 ss.; R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica - Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; A. Mastroianni, *L'abuso del diritto e il terzo contratto (nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in questa *Rivista*, 2010, 347; D. Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509; E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I Contratti*, 2009, 493; A. Gianola, *Terzo contratto [aggiornamento-2009]*, in *Dig. civ.*, Torino, 570; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, 121; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 847; P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in P. Perlingieri-L. Ruggieri, *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, 401; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529.; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751; A. Bregoli, 2008, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, 140; V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669.

legislativi atti a suffragare l'ipotesi sia venuta intensificandosi (non a caso) in tempi di crisi. Va menzionato, intanto, il c.d. Statuto delle imprese (l. 11 novembre 2011, n. 180, espressamente adottata sulla scorta della Comunicazione della Commissione europea 394 del 25 giugno 2008, recante «una corsia preferenziale per la piccola impresa - alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa»), che evoca la nozione di “microimpresa” di estrazione comunitaria: per poi affidare al governo una delega affinché sia rafforzata la disciplina contro il ritardo dei pagamenti, contrastando gli effetti negativi della posizione dominante di un'impresa sui propri fornitori o sulle imprese sub-committenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese. Da subito, però, si provvede a integrare la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, configurandone la ricorrenza pur in difetto di dipendenza, in presenza di violazioni ripetute e reiterate delle disposizioni sui termini di pagamento.

Il senso di vertigine è notevole. Ma, in attesa di saperne di più (posto che i termini della delega sollevano interrogativi di problematica risoluzione), la strategia dello struzzo non giova. Sia pure in un contesto ridotto, e con paletti piuttosto cogenti, il legislatore è disposto a lasciar cadere i presupposti della clausola generale di settore, puntando risolutamente alla deterrenza di comportamenti individuati come scopertamente abusivi.

3.3. “Buying power” e Grande Distribuzione Organizzata

Giusto un passo più in là, ma su una traiettoria assai prossima, c'è da prendere atto dell'ulteriore intervento normativo cui si accennava in esordio: il decreto legge sulle liberalizzazioni (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante “disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 27), che non solo avvalorava la nozione di microimpresa quale possibile destinataria di pratiche commerciali scorrette (mercé la modifica in parte qua del Codice del Consumo), ma, al comma 2 dell'art. 62, scardina il quadro delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, perché - oltre a imporre prescrizioni in tema di forma e fissare principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata¹² - detta una fitta serie di

¹² È così previsto che i contratti aventi ad oggetto la cessione di

divieti, la cui formulazione assume quale punto di riferimento la normativa antitrust, l'abuso di dipendenza economica e la disciplina del ritardo nei pagamenti.

Questa norma, in particolare, appare per molti versi ondivaga e sfilacciata: eccessiva quanto ai poteri di apprezzamento rimessi al giudice, discriminatoria nel prevedere interventi con riguardo a un solo settore in cui si esercita la nuova dimensione del *buying power* della grande distribuzione, scriteriata nella misura in cui sovrappone con disinvoltura competenze giurisdizionali divaricate. Ma non è la fattura della disposizione a rilevare (ci viene anticipato che il parere del Consiglio di Stato sul regolamento di attuazione, di prossima pubblicazione, potrebbe fortemente contribuire a riportare il cuore ... di qua dall'ostacolo), quanto il messaggio ch'essa veicola. Un messaggio, piaccia o no, scritto nella lingua del terzo contratto.

4. Dove siamo e, soprattutto, dove andiamo?

A voler tracciare un bilancio interlocutorio, la conclusione parrebbe obbligata: è in atto una tendenza destinata a spezzare la catena degli eterni ritorni, a far uscire di minorità l'abuso del diritto, a radicarlo come pietra angolare del sistema, qualcosa di molto prossimo alla "new emperor's clause".

Sulla tendenza, in effetti, non c'è margine per contestazioni. Molto meno scontato, invece, che la tendenza esprima, di là dalla superficiale omologazione degli obiettivi, una reale convergenza. A veder bene, sono diverse le tecniche. La Cassazione punta alla validazione definitiva della clausola generale, alla sua utilizzazione a tutto campo. Il legislatore, viceversa, ritaglia gli ambiti d'incidenza e definisce, anche se non sempre con la dovuta proprietà, le condizioni di esercizio dell'intervento correttivo. È mia convinzione che non si tratti di dettagli di scarso rilievo. Al contrario, vi potrebbero essere sottese filosofie assai diverse. Proviamo a delinearle.

prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, debbano essere stipulati obbligatoriamente in forma scritta e debbano indicare, a pena di nullità (che come tale può essere rilevata d'ufficio dal giudice), la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, nonché le modalità di pagamento e di consegna. Viene altresì stabilito che i medesimi contratti debbano essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca (*sic!*) corresponsabilità delle prestazioni. Resta nel vago la conseguenza della violazione di tali principi: di quale rimedio si avvarrà il giudice che ritenga di riscontrare difetto di corresponsabilità?

5. Abuso del diritto vivificato dalla solidarietà sociale?

Basta l'aggancio costituzionale al principio di solidarietà sociale - sostegno che non potrebbe comunque essere sottostimato, a dispetto della sua trama sin troppo larga -; basta, dicevamo, il richiamo a quel principio a scandire una soluzione di continuità rispetto all'elaborazione pregressa? L'interrogativo, all'evidenza provocatorio, vale ad evidenziare come gli argomenti utilizzati dalla Corte di legittimità, con la sola esclusione, appunto, di quello costituzionale, siano gli stessi che in passato avevano finito col relegare la teorica dell'abuso del diritto nel limbo dei concetti suadenti ma, in pratica, inutilizzabili.

5.1. L'abuso del diritto nel quadro delle clausole generali

L'abuso del diritto s'iscrive a pieno titolo fra le clausole generali, emerse agli onori della cronaca (e, come suggerisce Federico Pedrini, dell'onomastica¹³) giuridica tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del secolo breve, durante il quale avrebbero per tempo posto il problema della loro centralità (famosa la formula di Hedemann sulla "Flucht in die Generalklauseln"). Contraddistinte dall'indeterminatezza, dal rinvio al metagiuridico, dal necessario apporto valutativo dell'interprete per definirne i contenuti (con tassi diversi di "discrezionalità delegata"), le clausole generali s'incaricavano, nella ricostruzione di Engisch, di assicurare la rispondenza del sistema alle sollecitazioni provenienti dalla società e di rendere "più plastico" l'ordinamento (oggi, nel linguaggio dell'analisi economica del diritto, diremmo: per attrezzarlo ad affrontare e gestire la sua ineluttabile incompletezza). Nella sostanza, si propongono come tecnica normativa che si vorrebbe contrapposta al metodo casistico, anche se non posseggono una struttura propria: alle corti, frammenti di fattispecie normativa, costituiti da concetti indeterminati (ma normativi, posto che richiedono all'interprete una valutazione, sia pure vincolata da uno standard metagiuridico, con esclusione della discrezionalità pura).

Un tempo riguardate come pericolose per il diritto e per lo Stato, vengono, nelle impostazioni più recenti, valorizzate come elementi strutturali (e perciò ineliminabili), capaci di promuovere,

¹³ F. Pedrini, *Clausole generali e costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 285, 286 e *passim*.

attraverso la mediazione del giudice, il pluralismo normativo, senza porre, in sede d'interpretazione problemi diversi da quelli sollevati da qualsiasi altra norma (anche se, ammonisce Rodotà, la specificità, in termini di "specie di indeterminatezza", resta e pesa persino in un universo di concetti giuridici indeterminati). A conti fatti, ciò ha progressivamente portato a un'utilizzazione allargata delle clausole generali. Sotto questo profilo, la parabola della buona fede è emblematica. Io c'ero quando si poteva toccare con mano come, di fronte al profluvio di indici codicistici che l'evocavano a ogni piè sospinto, la prassi giudiziaria, in ciò condizionata da una fiera ostilità della dottrina a ogni sussulto di *Richterrecht*, la utilizzasse, nella sostanza, in doppia motivazione, sulla scorta, cioè, di una motivazione formatasi altrove. Oggi il clima è cambiato in maniera radicale. Talora - penso al caso della rilevanza d'ufficio dell'eccessività della penale, esaltata dai più come perla di una giurisprudenza ispirata, laddove io colgo segni di fraintendimento ... - troppo radicale. Non solo si segnala che la funzione delle clausole generali potrebbe non essere più quella "omeostatica", tesa al «mantenimento della sintonia del diritto con il mutamento temporale», ma di salvaguardia della «coerenza del diritto in una società multietnica, multiculturale, multireligiosa, incorporando questa volta non il futuro, ma la diversità»¹⁴; ma se ne scopre l'indole di «strategie cognitive di tipo adattivo» con cui l'ordinamento si propone di adeguare i propri effetti, «in guisa da essere all'altezza della complessità sociale che intende regolare, anche quando questa complessità si presenti indefinibile *ex ante* e/o in rapida crescita»¹⁵. Il tutto, in ogni caso, amalgamato dall'orgogliosa rivendicazione della giurisprudenza, massime di legittimità, di contribuire alla costruzione di un assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

5.2. Sostrati ideologici

Alla traiettoria propria delle clausole generali

¹⁴ Lo sottolineava con forza (e notevole 'twist' rispetto alle posizioni espresse in precedenza) già nel 1967, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83, 107. Per una ricognizione degli svolgimenti più recenti, cfr. C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, 17.

¹⁵ Per questa prospettiva cfr. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede fra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 15 e *passim*.

l'abuso del diritto aggiunge, di suo, una forte connotazione ideologica. Mentre in Francia la giurisprudenza s'incaricava di tracciare la via al riconoscimento che le facoltà concesse al privato nell'esercizio della sua autonomia possono essere utilizzate in modo discordante rispetto al calco originario, e in Germania il § 226 BGB metteva al bando l'esercizio volto al solo scopo di arrecare danno ad altri (ancor più plateale l'art. 2 del codice svizzero del 1907, con la sua sconfessione dell'"abuso manifesto"), l'Italia si spingeva sino a formulare l'art. 7 del progetto di libro primo del codice civile, in cui s'intimava che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Slancio, peraltro, subito rientrato per le obiezioni sollevate circa la legittimazione, per questa via, di un vaglio giudiziario che avrebbe messo a repentaglio la certezza del diritto. Più tardi, la dottrina dominante avrebbe giustificato la mancata inserzione della norma nel testo definitivo del codice col dire che, in realtà, il tema era di teoria generale e, per conseguenza, difficile a tradursi in termini precettivi. Prevalse, dunque, la logica strutturale, che ha cominciato a mostrare segni di debolezza solo intorno agli anni Settanta del secolo scorso, quando più forti e intrecciate si sono fatte le spinte verso dimensioni funzionali.

Su questo quadro di fondo ha inciso l'insegnamento di un Maestro da poco scomparso, che ha fatto della rivendicazione del primato della *jurisdictio* sulla *legislatio* (e, allora, un solo Signore del diritto?) la bandiera di un'attività ricostruttiva straordinariamente provvida. Non a caso, è alla sua elaborazione che fa capo la più volte citata Cass. n. 20106/2009; ancor meno sorprendente è che Francesco Galgano figurasse nel collegio difensivo dei concessionari.

5.3. Pro e contro il rilancio giudiziale dell'abuso del diritto

Nel saggio pubblicato a commento della pronuncia¹⁶ (una fra le ultime testimonianze di una produzione giuridica vastissima, ma sempre assai lucida), Galgano osservava come la Cassazione avesse fornito, in linea con i tempi e con un'elaborazione sempre più coesa, una testimonianza di «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale», tutt'altro che esposta alla critica di minare l'ambito di esplicazione

¹⁶ F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311.

dell'autonomia privata, posto che nella circostanza lo scrutinio verteva sulla legittimità di una clausola sul recesso *ad nutum* e concorrevano, pertanto, a rafforzare la vincolatività del vincolo. Appena al di là di questo fragile virtuosismo retorico, emergeva il disegno di una valutazione sempre più sensibile del contratto, così come articolato nelle sue singole clausole, alla stregua di una prospettiva imperniata su un'indagine penetrante circa l'effettiva giustificazione causale dell'atto. Il precetto di autonomia che fosse risultato irrispettoso dell'equilibrio degli interessi contrapposti (la proporzionalità cui si richiama la sentenza), proprio perché viziato sul piano causale, non sarebbe da riguardare come illecito, produttivo di responsabilità risarcitoria, ma come atto invalido (sì che, nel caso di specie, l'abusivo esercizio del diritto di recesso sarebbe dovuto risultare *tamquam non esset*, lasciando in vita il rapporto sottostante). L'impostazione testé riassunta ha suscitato un autentico subisso di critiche, riserve, resistenze. Il contro-argomento più importante, complesso nel suo svolgimento, è però lineare nelle conclusioni: le ragioni di opportunità che avevano, all'epoca dell'elaborazione del codice, suggerito di lasciar cadere il già cennato art. 7 del progetto di libro primo - ragioni che si risolvono nel timore di un potere incontrollabile in capo al giudice di riscrivere il contratto a suo piacimento - campeggiano ancora a tutto tondo. È stata per tempo dismessa l'idea che la discrezionalità del giudicante potesse essere contenuta dalla necessità di ricercare una «condotta del creditore destinata ad aggravare la posizione debitoria senza una utilità oggettivamente valutabile come degna di essere individualmente perseguita e dall'ordinamento tutelata»¹⁷ e, quindi, dalla imprescindibile concorrenza di un elemento oggettivo, appunto l'assenza di utilità per il soggetto che esercita il diritto, e di uno soggettivo, il proverbiale *animus nocendi* (secondo lo schema della disciplina degli atti emulativi, che, nell'interpretazione avallata a tutto tondo dalla Cassazione, integra gli estremi del «teorema della stupidità» di Carlo Maria Cipolla e condanna l'art. 833 c.c. al ruolo di mero oggetto di riflessione didascalica). Si è guardato, piuttosto, all'«utilizzo alterato dello schema formale del diritto, finalizzato al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore». Sino a postulare, senza dichiararla,

¹⁷ La formula è utilizzata da P. Rescigno, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 747.

l'idea che l'autonomia privata sia soggetta a giudizio di funzionalizzazione¹⁸: legittima solo in quanto persegua la finalità consentita dall'ordinamento, altrimenti abusiva.

Sulla pretesa che il dispiegarsi dell'autonomia privata avvenga in regime di libertà limitata non spenderò una sola parola: libero ognuno di trarre le conclusioni che ritiene più opportune. Piuttosto, preme rimarcare come l'impraticabilità del preteso controllo causalistico risulti, invece, di tutta evidenza: il legislatore non suole spiegare perché assegna una facoltà, gli economisti chioserebbero che assegnarla, definendo con chiarezza il titolo, è molto più importante che spiegare le ragioni della scelta. Si staglia, sullo sfondo, la 'filosofia' di un penetrante intervento sui modi di svolgimento dell'autonomia privata, diviso da un legislatore incline a subordinare l'*enforcement* del contratto a una valutazione di meritevolezza di tutela per l'interesse perseguito; ma è una filosofia oppressiva la sua parte e, per quanto qui interessa, impraticabile, semplicemente perché il legislatore non è in grado di stabilire ad ogni snodo cos'è coerente e cosa no rispetto alla finalità perseguite (a loro volta ragionevolmente nebulese). Sicché, alla fine della fiera, l'unico modo per dare consistenza alla verifica della corrispondenza dell'esercizio del diritto alla sua matrice primigenia è quello, tutto circolare, di affidarsi ad una clausola generale, quella di correttezza e buona fede, che promette di consentire valutazioni di proporzionalità alla luce degli interessi contrapposti. Per questa via, però, il disegno espansivo perseguito dalla Cassazione nella sentenza in parola si espone alla sempiterna obiezione di dar vita ad un duplicato non particolarmente proficuo¹⁹, salvo il fatto -quale che

¹⁸ Di «graduale trapasso dalla figura del diritto soggettivo a quella della potestà intesa come una situazione di potere funzionale caratterizzata dalla presenza di limiti, vincoli, oneri, obblighi, ovvero una situazione di diritto-dovere» parlava già, come (criticabile) linea di tendenza, A. Lener, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 640. Dopo di lui, il diluvio...

¹⁹ Ricorda, ad es., S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, I, 8, come in diverse occasioni «il richiamo del principio appare sostanzialmente inutile, in quanto il caso avrebbe potuto trovare corretta soluzione - come in effetti si riscontra guardando al di là dei termini utilizzati - unicamente in base all'applicazione della norma sul principio di correttezza». La duplicazione non è solo superflua: essa minaccia di incrinare la tenuta residua del sistema. Come dianzi segnalato nel testo, si vorrebbe, dai fautori dell'abuso di potere contrattuale, che i rimedi si ponessero a livello di validità dell'atto. Ecco, allora, che l'abuso, presentato - si ricorderà - come criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede (con conseguenze sul piano dell'efficacia), aspira a traversare le linee e ad attivare rimedi in chiave di validità (Villa). Vero è che quella faticosa frontiera è stata messa in crisi

sia il giudizio al riguardo- che parlare senza mezzi termini di abuso del diritto incrementa il livello di potenziale ingerenza, posto che la qualificazione in termini di abusività si presta ad un'operazione di completo sovvertimento dell'attribuzione legale di una situazione soggettiva²⁰.

dall'emergere della nullità di protezione: ma di qui a picconarla senza remore, ne corre. Quel che più conta, non hanno inteso farlo le Sezioni unite della Cassazione. Alludiamo a due importanti sentenze rese nel 2007 in materia di contratti di investimento e di violazione degli obblighi di informazione posti a carico degli intermediari finanziari (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 6725 e n. 6724). In tale ambito, come noto, la legge, oltre a prevedere espressamente che l'intermediario deve «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati» (art. 21, comma 1, lett. a, del D.Lgs. n. 58/1998, c.d. TUF), pone a suo carico specifici doveri di informazione sempre più accentuati e analitici, ma non sancisce espressamente la nullità dei contratti o delle clausole conclusi in violazione di tali canoni di comportamento e doveri (cfr. l'art. 6 della l. n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del D.Lgs. n. 58 del 1998, sino al recentissimo D.Lgs. n.164 del 2007 che attua le c.d. Direttive MIFID). Sul punto la giurisprudenza, anche di legittimità, negli anni precedenti aveva mostrato orientamenti divergenti circa gli effetti derivanti dal comportamento in qualche modo scorretto dell'intermediario finanziario. Una prima sentenza di Cassazione, infatti, aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità. Una successiva ordinanza aveva rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento sia sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024). Le Sezioni Unite, intervenendo sul contrasto pretorio appena sintetizzato, riaffermano la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, ma con una precisazione importante: la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità. Essa, tuttavia, può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sull'intermediario. A tale conclusione la Corte perviene dopo aver ribadito «il valore di principio immanente dell'intero sistema giuridico» delle clausole generali di buona fede e correttezza ricavato dal dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione. E dopo aver sostenuto che la violazione di tali clausole generali si può riflettere in casi specifici sugli effetti dell'atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), e senz'altro può produrre conseguenze risarcitorie (di natura precontrattuale, extracontrattuale o contrattuale, a seconda dei casi) anche a prescindere da tali effetti, ma non produce mai nullità radicale, pur avendo le previsioni normative in parola carattere imperativo. Ciò in quanto «il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

²⁰ Fuori dai denti: contestare l'esercizio del recesso *ad nutum* previsto in contratto è operazione di estrema delicatezza, plausibilmente attuabile solo laddove un nucleo argomentativo come quello cennato poc'anzi, e predicato sulla minorità/dipendenza di una parte rispetto all'altra, limiti l'altrimenti devastante prospettiva di un contratto riscritto dall'esterno.

Con una duplice aggravante. La considerazione della posizione di forza relativa delle parti non funge da discriminare per l'operatività del controllo invasivo, ma da criterio di valutazione, di talché la ricostruzione prospettata non sembra concentrarsi soltanto su aree caratterizzate da uno squilibrio endemico. Pur essendo presenti tutti gli elementi di quadro - dipendenza economica, tipologia contrattuale (distribuzione commerciale) connotata dal prepotere strutturale di una parte sull'altra -, il tema non si riduce a quello dei “nuovi soggetti deboli”, in cui si sostanzia la proposta ricostruttiva del “terzo contratto”. L'indicazione odierna va, invece, nella direzione dell'analisi individualizzata, che però, come sempre avviene quando si discuta di ineguaglianza di potere contrattuale (e della sottesa aspirazione, di carattere pre-giuridico, a denervare la vincolatività di una promessa ‘estorta’, anche se in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso), sconta difficoltà cogenti. A partire dalla percezione, diffusa e di buon senso, che la disparità di forza negoziale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale: senza *bargaining power*, che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili ed affatto occasionali, le parti non sarebbero indotte a contrarre. Senza tacere, poi, delle insidie implicite in un “paternalismo benevolente” che, rivisitando *ex post* le opzioni contrattuali, le ridisegni in funzione di apprezzamenti esterni e (suppostamente) oggettivi, deresponsabilizzando le parti in sede programmatica, salvo astringerle ad un contratto mai voluto. La formula magica dell'abuso appare allora sdruciolevole, perché il suo accertamento individualizzato -passaggio obbligato perché dall'asimmetria di potere contrattuale possa farsi discendere la decisione di negare efficacia ad un contratto o a suoi particolari risvolti - è esposto a vistosi rischi di incoerenza e arbitarietà: la complessità e la natura dinamica del fenomeno esasperano oltre ogni limite di tollerabilità il pericolo di “falsi positivi”.

Per di più, nella prospettiva destrutturata che la sentenza mira a privilegiare, si corre il rischio di sorvolare sulla presenza di un non trascurabile grado di utilità per chi esercita il diritto, in caso di “sproporzione ingiustificata” tra beneficio del titolare e sacrificio della controparte. Affermazione ragionevole, si direbbe, se non fosse per il fatto ch'essa collide frontalmente col precetto economico che predica l'impraticabilità del confronto tra le

utilità personali. Per non dire delle difficoltà insite nello stabilire il perimetro delle utilità da valutare: per esempio, per restare nell'area arata dalla Cassazione, quali voci mettere nel conto quando sia in discussione il ritiro dal mercato di un marchio cui fa capo una rete distributiva?²¹

5.4. Lo spettro dell'abuso dell'abuso

L'abuso del diritto porta seco i segni, gli aneliti e le suggestioni di un'attrazione fatale irrisolta. Si danno frangenti - la cui lista, riproposta enfaticamente ad ogni piè sospinto, sarà qui data per scontata - in cui la giurisprudenza ne sembra aver metabolizzato l'impatto. E altri se ne potrebbero aggiungere, magari pescando in esperienze transnazionali destinate a ripercuotersi nel nostro sistema: penso alla teorica, assai elaborata, dell'abuso di tutela brevettuale, che riconosce al titolare del diritto la possibilità di sfruttare sino in fondo il privilegio monopolistico che gli è stato concesso in cambio della pubblicazione dell'informazione, ma gli nega la possibilità di servirsene per estendere il privilegio oltre quell'ambito (ad es., per paralizzare l'altrui innovazione o, in campo farmaceutico, per ritardare l'ingresso dei genericisti). Quando, però, dall'approccio 'pointillista' - e decisamente episodico - si passa all'ambizioso disegno della clausola a compasso allargato, le certezze svaporano e i dubbi tornano a farsi paralizzanti. La ragione non va cercata lontano: sta tutta nell'incapacità di individuare un criterio affidante di controllo della discrezionalità che sarebbe così rimessa ai giudici. Non poteva risultare utile, all'uopo, il richiamo all'*animus nocendi*, posto che la ricerca dell'intento soggettivo appare da sempre condannata a perdersi nell'insondabile. E neppure la sua versione oggettiva, che propone di confrontare il vantaggio sortito dal soggetto che abusa col pregiudizio apportato alla vittima dell'eccesso. E ciò perché, da un lato, la pretesa oggettività della valutazione sconta l'impossibilità, per il giudice, di apprezzare valori idiosincratici, che minacciano di segnare un profondo distacco

dalla realtà; e, dall'altro, perché il tentativo di allargare il quadro alle dimensioni soggettive si arena nelle secche dell'incomparabilità delle utilità soggettive. Col risultato, in ogni caso, di rendere indecifrabile il percorso e arbitrario il verdetto (giusto il rischio cui si vorrebbe porre rimedio mercé l'introduzione di un qualche criterio di controllo). I contributi più recenti, cui ci riferiamo in queste pagine, pescano a piene mani nell'armamentario della buona fede/correttezza costituzionalizzata alla stregua del principio di solidarietà sociale; e puntano, alternativamente (o anche coassialmente) alla proporzionalità e alla ragionevolezza. La prima sembra funzionare quando alla modalità contestata di esercizio del diritto se ne giustapponga altra che avrebbe consentito lo stesso esito senza infliggere pregiudizio a (o, comunque, riducendo il disagio di) controparte²². Fuori da questo quadro, però, la proporzionalità torna a misurare grandezze incommensurabili; e annega nelle riserve di cui si diceva dianzi. La seconda, la ragionevolezza (talora riadattata in termini di razionalità), è inficiata da almeno due inconvenienti. L'uno denuncia, a livello d'inquadramento, il totale assorbimento nella problematica della correttezza/buona fede, con rinnovati dubbi sulla superfluità dell'idea stessa di abuso del diritto. L'altro mette a nudo la circolarità del tentativo di dettare un criterio di controllo, per un concetto giuridico indeterminato, consistente, a sua volta, in un concetto giuridico indeterminato²³. C'è quanto basta, credo, per concludere che, a dispetto dell'entusiasmo di taluni commentatori²⁴, l'abuso del diritto come "substantive parameter" di applicazione generalizzata «whereby to implement proportionality and fairness among different contractual interests» sia, per il profilo qui esplorato, ancora destinato a rimanere *wishful thinking*.

6. Percorsi legislativi

La strategia del patchwork, cui - come su cennato - il legislatore ha fatto ricorso anche in tempi recenti, appare più promettente. Intanto, le *black letters* della legge elidono, com'è ovvio, qualsiasi

²¹ Emblematica, al riguardo, la vicenda consumatasi, all'inizio del millennio, col ritiro del marchio Oldsmobile e la conseguente *termination* di 2800 rivenditori: v., per i necessari approfondimenti, L. Feller, *The Case for Federal Preemption of State Dealer Franchise Laws: Lessons Learned from General Motors' Oldsmobile Litigation and Other Market Withdrawals*, 11 Penn. J. Bus. L. (2009). Sulla riorganizzazione d'impresa come giustificazione idoneativa del recesso e sui limiti del sindacato giudiziale (i.e., preclusione di ogni apprezzamento di merito sulle scelte d'impresa), v. Miotto, cit., specie 888.

²² È la situazione tratteggiata da Cass. n. 13208/2010, cit.

²³ Ricorrono, nel testo, gli argomenti opposti dalla corte d'appello, specie alle voci nn. 9 e 10. A riprova del fatto che il dibattito è rimasto dov'era. Eterni ritorni, appunto.

²⁴ Cfr., indicativamente, M. Farina-D. Maltese, *Abuse of rights and freedom of contract in comparative perspective: a legal and economic analysis*, in *Opinio juris in comparatione*, 2/2012, *pa-per* n. 2

problema di praticabilità: tutto sommato, il legislatore può far piovere l'acqua per insù e all'interprete non resta che prenderne atto. In secondo luogo, la settorialità degli interventi rende più agevole, se non sdrammatizza, il problema del controllo giudiziario²⁵. In fin dei conti, la pluralità, alquanto sconnessa, potrebbe lasciar intravedere un filo comune, magari proprio l'esigenza di tutela di un imprenditore esposto allo strapotere di un altro imprenditore, e schiudere le porte a una non velleitaria ricostruzione in chiave di 'terzo contratto'.

6.1. Origini e modelli

La traiettoria legislativa muove da due norme tra loro prossime e tuttavia distanti: i divieti di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica.

Il primo rimbalza nella l. n. 287/1990 dalla matrice comunitaria. La lettera della disposizione è alquanto sgranata, ma segna comunque un solco entro il quale è venuta sviluppandosi, fra non poche difficoltà, una prassi applicativa assai sofisticata. Sottesa a quest'elaborazione l'idea che l'impresa 'padrona' del mercato sia gravata da una "speciale responsabilità", in ragione della quale le sono precluse attività che sarebbero perfettamente legittime se attuate dai concorrenti.

La seconda nasce come gemmazione (sofferta) della prima, tant'è che in Germania la si ricostruisce in termini di abuso di dominanza relativa. Come l'altra, quindi, guarda all'equilibrio del mercato, salvo ricostruirlo per metonimia all'interno della dimensione contrattuale, quale tessera del complessivo mosaico del mercato stesso. Solo che, per la difficoltà di far transitare nella monade del contratto paradigmi che guardano alla galassia del mercato, l'abuso di dipendenza economica ha finito per l'assumere una connotazione spiccatamente privatistica. Non sarà qui il caso di ripercorrere le tormentate vicende di aggiustamento normativo, e neppure le applicazioni giurisprudenziali (per lo più andate a vuoto), che altri ha sapientemente e diffusamente ricostruito²⁶. Preme piuttosto

rimarcare come la (contrastata) vocazione dell'art. 9 l. n. 192/1998 a sottrarsi al ghetto della subfornitura industriale risulti oggi avallata (dal buon senso e) dall'autorità dei *dicta* della Cassazione²⁷; ciò che vale, per l'appunto, a corroborare la sensazione di trovarsi alle prese con una (nuova) clausole generale, fondata su coordinate indeterminate, ma pur sempre nel calco, per certi versi più agevole a verificarsi, di una dipendenza attestata dall'assenza di alternative e destinata a manifestarsi in un eccessivo squilibrio tra le parti. Non a caso, proprio da questa novella clausola generale ad applicazione settoriale e collegata a riscontri strutturali ed economici, muove la riflessione intesa a vagliare la possibilità di riconoscere un ulteriore nucleo di aggregazione della disciplina contrattuale, di là dai poli del contratto tra pari e di quello del consumatore: ossia, come si è anticipato, la teorica del terzo contratto.

Se l'art. 9 corrisponda, o non, alle aspettative di quanti vi ravvisano il nucleo centrale di un'aggregazione disciplinare ispirata alla tutela dell'imprenditore debole, è questione aperta. Ma è ragionevole convenire che i recenti interventi del legislatore s'ispirino, pur fra molte incongruenze tecniche, a una *ratio* contermine e sin anche coincidente. Piaccia o no, il fronte del terzo contratto si allarga.

6.2. Candore e approssimazione

La 'coda' aggiunta dalla Statuto delle imprese al comma 3-*bis* dell'art. 9 l. n. 192/1998 è, per certi versi, sconcertante. Come osservato da Marisaria

rapporto (non ovvio, vista l'inclinazione della dottrina prevalente), con la nozione di buona fede, v. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, 244 ss.

²⁷ In questo senso si segnala Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 298 (con nota di V.C. Romano, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*), la quale, esprimendosi su un regolamento di giurisdizione, si pone, tuttavia, esclusivamente un problema di qualificazione della domanda risarcitoria avanzata dall'imprenditore che lamenta l'altrui abuso di dipendenza economica e risolve la questione affermando la natura contrattuale della relativa responsabilità. Nella motivazione dell'ordinanza, rispetto al tema che qui interessa, si legge esclusivamente che: «L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998».

²⁵ La direzione indicata fa il paio col suggerimento, di Villa con riguardo al percorso seguito dalla Cassazione nella sentenza n. 20106, di appurare se, «anziché operare sul piano elastico e meno controllabile della buona fede, si possa pervenire al medesimo punto d'arrivo inquadrando il tema sulla base di norme più specifiche», ivi comprese «altre clausole generali che, pur conservando come tali rilevanti margini di adattabilità, individuano ambiti di applicazione più puntuali» (G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., 48, 58 ss.).

²⁶ Per una ricostruzione a tutto campo, che sonda anche il

Maugeri²⁸, «la circostanza che si faccia riferimento a una violazione diffusa e reiterata ai danni delle imprese (e non dell'impresa) e la collocazione della proposizione all'interno dell'art. 3-bis indurrebbero a ritenere che possano prescindere dall'accertamento della dipendenza economica solo l'AGCM, nel valutare se l'abuso abbia o non rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, nel comminare le sanzioni, e le associazioni nel proporre in giudizio le azioni a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale e quelle a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti, mentre nei rapporti intersoggettivi sarebbe comunque necessario provare la dipendenza economica». Ma la stessa a. rileva che «[n]on avrebbe senso alcuno [...] attribuire alle associazioni che agiscano, ad esempio, a tutela di interessi omogenei più di quanto sia attribuito al soggetto titolare di tale interesse».

Per quanto qui interessa, peraltro, occorre convenire che l'intenzione del legislatore è ovvia: rafforzare una disciplina, quella dei termini di pagamento, che non ha dato ancora - ne è riprova l'accanimento europeo - i risultati sperati. La modalità scelta per propiziare tale risultato è più discutibile, visto che consiste nel postulare l'abuso di dipendenza economica senza che sia necessario dimostrare la sua esistenza. A veder bene, però, l'espedito è nel segno del candore: il legislatore avverte i troppi lacci e laccioli che hanno sin qui paralizzato l'operatività della norma e pensa bene di tagliare il nodo gordiano. Ma è ovvio che, fuori dai casi di crisi dell'impresa, a poter dilazionare i termini di pagamento è il soggetto forte del rapporto: senza dipendenza, non ci sarebbe l'abuso.

6.3. Prepotere d'acquisto

Come già ricordato, l'art. 62 del decreto "Cresci Italia" fissa, per i contratti della filiera agroalimentare diversi da quelli intercorrenti col consumatore finale, criteri di una rigidità inusitata, col giudice facoltizzato a verificare la reciproca (lo confesso: mi riesce davvero inaccettabile...) corrispettività delle prestazioni. Inoltre, chiama in causa l'AGCM per sovrintendere al divieto di condotte commerciali sleali, individuate attraverso un'elencazione largamente ispirata alle condotte vietate in materia di abuso di posizione

²⁸ In un lavoro - *La subfornitura* - di prossima pubblicazione in un volume, *I contratti per l'impresa*, per i tipi del Mulino curato dalla stessa Maugeri, G. Gitti e M. Notari.

dominante²⁹. Ecco il catalogo:

- i) imposizione diretta o indiretta di condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- ii) applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti;
- iii) subordinazione della conclusione ed esecuzione dei contratti, nonché della continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali all'esecuzione di prestazioni che, per la loro natura e secondo gli usi commerciali non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre;
- iv) conseguimento di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali.

Per non lasciare nulla d'intentato, la disposizione stabilisce anche un termine perentorio entro il quale devono essere pagati i corrispettivi per i contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari, prevedendo l'immediata decorrenza degli interessi moratori in caso di ritardo.

Al dunque. Per chi creda nella possibilità di recuperare il sistema a una qualche misura di coerenza, l'art. 62 è, probabilmente, l'ultima spiaggia. Ma non è di questa Caporetto che si vuole qui ragionare. Di là dalle approssimative scelte tecniche del legislatore, interessa, piuttosto, la logica che lo muove. E non ci vuol molto per rendersi conto che l'urgenza dell'intervento è dettata dalla constatazione di un forte sbilanciamento a favore del soggetto a valle della filiera, cioè la GDO. L'analisi delle dinamiche contrattuali denota, infatti, un'oggettiva e strutturale asimmetria dei rapporti tra domanda e offerta nel mercato dell'approvvigionamento di prodotti alimentari³⁰, che sogliono costituire una quota importante del fatturato di ciascun fornitore. Al contrario, l'incidenza degli acquisti riconducibili a un singolo produttore rappresenta ben poca cosa rispetto al totale degli acquisti effettuati dal singolo distributore. Inoltre, la GDO esprime una domanda molto elastica nei confronti della quasi totalità dei

²⁹ Il comma 10 fa salve le azioni di danno e inibitorie, col che si allarga la sfera di competenza concorrente di G.O. e AGCM. Tenere insieme il tutto equivale alla proverbiale "mission: impossible". Ma tant'è, così vuole il legislatore ...

³⁰ Tale asimmetria, peraltro, non riguarda solo le relazioni della GDO con le piccole e medie imprese, ma emerge anche in relazione ai rapporti commerciali con grandi produttori, talvolta fornitori di beni "must stock". Si pensi, ad esempio, al fatto che il fatturato di Barilla è pari a circa un terzo di quello realizzato da Coop; sul punto, cfr. Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Paper)* - *La Grande Distribuzione Organizzata e l'industria alimentare in Italia*, n. 119, marzo 2012.

prodotti alimentari - unica, reale eccezione, i prodotti *must-stock* - in quanto dispone di un elevato numero di alternative di acquisto e può quindi sostituire uno specifico prodotto con molta facilità.³¹ Insomma, come rileva Luciano Divia³², il presupposto da cui partire nell'analisi della filiera agroalimentare, o meglio dei rapporti negoziali tra distribuzione moderna e i produttori dell'industria alimentare, è scandito da una sperequazione delle relazioni commerciali tra siffatte categorie di operatori, imputabile a fattori oggettivi. Un altro modo di proporre, appunto, la dipendenza economica e il problema dell'imprenditore prigioniero di un contratto che rischia di opprimerlo. Non a caso, uno dei più delicati interrogativi che si pongono riguardo all'art. 62 è se esso vada a coprire un'area già presidiata dalla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e costituisca, dunque, un'inutile superfetazione (salvo recuperarne il senso sulla base di valutazioni di politica del diritto circa i mancati riscontri applicativi dell'art. 9 l. n. 198).

7. Riassuntivamente

La "Flucht in die Generalklauseln" può dirsi fatto compiuto anche nel nostro sistema. La frammentazione che ne deriva incontra resistenze sempre più fioche, soprattutto in ragione dell'incapacità di proporre alternative funzionali praticabili. La parabola della buona fede è, sotto questo profilo, indicativa. I tentativi di riportarla in un qualche solco sono falliti, di qua e di là dall'Atlantico. Per l'esperienza di *common law* statunitense, torna utile la contrapposizione fra Summers e Burton. Mentre il primo elenca le circostanze, in tutto sei (ma senza pretesa di esaustività), in cui far operare la clausola generale, negando in radice ogni margine per un'ulteriore dilatazione (condannata, a suo dire, ad essere risucchiata nelle spire di una vacua generalità o ingessata da una restrittiva specificità), Steven

Burton saggia il terreno alla ricerca di un principio operativo a largo raggio e ritiene di trovarlo, stante la discrezionalità che l'esecuzione del contratto lascia al promittente, nella tentazione, per quest'ultimo, di sfruttare l'ambito di manovra a lui dischiuso per riappropriarsi delle opportunità consapevolmente perse con l'assunzione dell'impegno contrattuale. Il confronto è accessissimo, ma superato dal fatto che la descrittività dell'un approccio e la rastremazione dell'altro finiscono col condurre un inseguimento senza speranza ad una realtà refrattaria a schemi chiusi. Analoga difficoltà in *civil law*: il tentativo di ricostruire *Fallgruppen* di applicazione del § 242 BGB naufraga proprio sulla *openendness* della clausola di buona fede e sulla sua irriducibilità al metodo casistico. Se, dunque, l'abuso del diritto viene declinato come specificazione del principio di buona fede, il confronto si riduce a una mera questione terminologica. Innocua per chi non abbia a cuore il rasoio di Occam.

Laddove, invece, gli si vogliono attribuire i tratti di una "ontologia regionale autonoma" - magari immaginando che alla buona fede competa la verifica dei comportamenti delle parti nella prospettiva della lealtà e della solidarietà, mentre l'abuso opera sul piano della ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche subietive: sempre ammesso, ma non concesso, che la distinzione distingua qualcosa ... -, i dubbi s'infittiscono. Massime quando si pretenda, come si è ipotizzato in margine a Cass. 20106/09, che la valutazione di abusività valga a travolgere la disposizione contrattuale in chiave di validità³³. Sembra meno problematica una strategia di slittamenti progressivi, dettati - più o meno accertamente - da un legislatore consapevole di fallimenti di mercato destinati a tradursi in pesanti compromissioni contrattuali. Un profilo certamente più basso, ma meno esposto alla contestazione di arbitraria sconfessione dell'autonomia privata e, comunque, foriero di importanti direttive d'indagine.

³¹ Infatti, come evidenziato dalla letteratura economica che ha analizzato le interazioni tra industria e GDO, «in caso di rottura dei rapporti, [l'industria] perde tutto il fatturato che realizza con il cliente, mentre [il distributore] può non registrare alcuna contrazione di vendita se il consumatore si sposta su marche sostituibili». Ciò, peraltro, in una situazione in cui, come rilevato dall'Antitrust, «gli altri canali di vendita non rappresentano un potenziale sbocco alternativo altrettanto interessante economicamente, in quanto assorbono generalmente una percentuale ridotta delle vendite complessive delle imprese produttrici. [...]»: cfr. AGCM, caso I-414 *Coop Italia/Distribuzione*.

³² Anche qui anticipo, in virtù della cortesia dell'a., una pubblicazione a venire in *Mercato, concorrenza, regole*.

³³ Valga il monito di R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, 217, 220: «chi cerca il contratto abusivo trova, in realtà, il contratto illecito. La figura dell'abuso del diritto non dà aiuto».