

PREMIO RICERCA «CITTÀ DI FIRENZE»

– 3 –

COLLANA PREMIO RICERCA «CITTÀ DI FIRENZE»

Commissione giudicatrice, anno 2011

Giampiero Nigro (Coordinatore)

Maria Teresa Bartoli

Maria Boddi

Franco Cambi

Roberto Casalbuoni

Cristiano Ciappei

Riccardo Del Punta

Anna Dolfi

Valeria Fargion

Siro Ferrone

Marcello Garzaniti

Patrizia Guarnieri

Giovanni Mari

Mauro Marini

Marcello Verga

Andrea Zorzi

Francesca Lucchesi

**Contratti a lungo termine
e rimedi correttivi**

Firenze University Press
2012

Contratti a lungo termine e rimedi correttivi /
Francesca Lucchesi. – Firenze : Firenze University
Press, 2012.

(Premio Ricerca «Città di Firenze» ; 3)

<http://digital.casalini.it/9788866552734>

ISBN 978-88-6655-294-9 (print)

ISBN 978-88-6655-273-4 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc
Immagine di copertina: © Rifkhas | Dreamstime.com

© 2012 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
<http://www.fupress.com/>
Printed in Italy

Sommario

Introduzione	IX
Capitolo 1	1
Il problema ed il fenomeno dei contratti a lungo termine	1
1. Inquadramento del fenomeno	1
1.1. Il caso <i>Oglebay Norton CO. V. Armco Inv</i>	3
2. La struttura e la funzione	5
2.1 La struttura	5
2.2 La funzione	7
2.3 Il paradigma del contratto di durata: la somministrazione	9
3. Il contratto a lungo termine come strumento di organizzazione nelle reti di imprese	11
3.1 I recenti interventi normativi in tema di reti di imprese	20
3.1.1 Il contratto di rete	26
3.2 Alcune considerazioni in merito alla necessità di un intervento normativo sul contratto di rete	29
4. L'analisi economica del diritto	31
4.1 La rilevanza dei costi transattivi	32
4.2 I contratti di lunga durata: vantaggi e limiti posti in luce dall'analisi economica del diritto	33
5. L'abuso di dipendenza economica	36
5.1 La fattispecie di abuso dell'interruzione arbitraria delle relazioni in atto	39
5.2 La dipendenza economica	42
5.2.1 Dipendenza da assortimento	43
5.2.2 Dipendenza da penuria	45
5.2.3 Dipendenza da rapporti commerciali	47
5.2.4 Dipendenza per causa di forza d'acquisto	50
5.3 L'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi	53
5.4 L'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato	55
5.5 I rimedi	63
5.6 L'azione inibitoria	66
5.7 Tutela risarcitoria	70
5.8 Il comma <i>3bis</i> dell'articolo 9	72
5.9 Il ricorso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato	73
6. Il <i>Franchising</i>	74
7. La disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali	77

8.	Il problema delle sopravvenienze	82
8.1	La fase esecutiva dei contratti a lungo termine	82
Capitolo 2		85
La gestione del rischio delle sopravvenienze		85
1.	I rimedi contrattuali ablativi ed estintivi previsti dal codice civile	85
1.1	Insufficienza del paradigma tradizionale fondato sul binomio validità/invalidità	85
1.2	Inadeguatezza del modello risolutorio	86
1.3	Il modello della risoluzione per eccessiva onerosità <i>ex art. 1467 c.c.</i>	88
1.3.1	I presupposti eccezionali della norma	89
2.	Le discipline tipiche in tema di sopravvenienze	91
2.1	Il Contratto di rete	93
2.2	La somministrazione	97
2.3	L'appalto	102
2.3.1	Appalto di somministrazione	106
2.4	Altre ipotesi legislative di adeguamento	106
3.	Le tecniche convenzionali di gestione del rischio	107
3.1	Meccanismi convenzionali finalizzati all'adeguamento o ride-	
	terminazione in via automatica	107
3.1.1	Le clausole di indicizzazione	108
3.1.2	Altri meccanismi di rideterminazione automatica del prezzo	110
3.1.3	Meccanismi convenzionali che rimettono la determinazione delle prestazioni ad un terzo: l'arbitraggio	111
3.1.4	Meccanismi convenzionali che rimettono la determinazione delle prestazioni ad una parte: <i>ius variandi</i>	114
3.2	La presupposizione	116
3.3	Pattuizioni intese a gestire gli effetti delle sopravvenienze (clausole di <i>hardship</i>)	118
3.3.1	Clausole di rinegoziazione	118
3.3.2	La prospettiva comparatistica ed europea	119
3.3.3	L'abuso del diritto	134
Capitolo 3		143
I rimedi correttivi		143
1.	Alla ricerca del rimedio correttivo più efficiente rispetto al regolamento di interessi pattuito dalle parti	143
1.1	Le regole sul contratto in genere: deroghe per i contratti di cui sia parte un'impresa	145
2.	Insufficienza delle forme convenzionali di gestione del rischio rispetto ai comportamenti opportunistici	147
3.	Il rimedio risarcitorio	149
3.1	Buona fede, equità e responsabilità precontrattuale	149
3.1.1	Il <i>quantum</i> del danno risarcibile nella responsabilità pre-	

	trattuale	151
	3.2 Violazione della buona fede nella fase esecutiva del contratto e risarcimento dei danni da inadempimento	153
4.	La rinegoziazione	156
	4.1 Fonti transnazionali della rinegoziazione	158
	4.2 Le fonti dell'obbligo di rinegoziazione	162
	4.2.1 Effetto legale della fattispecie di cui all'art. 1467, comma 3 c.c.	162
	4.2.2 Equità	163
	4.2.3 Interpretazione secondo buona fede	164
	4.2.4 La buona fede come fonte dell'obbligo di rinegoziazione	165
5.	Interpretazione estensiva e analogica nel terzo contratto	172
	5.1 Il terzo contratto, la disciplina dei termini di pagamento e del divieto di abuso di dipendenza economica	172
	5.2 Interpretazione estensiva, analogica o tassativa del potere di intervento del giudice previsto dall'art. 7 d.lg. 231/2002	173
	5.2.1 Art. 7 d.lg. 231/2002 e analogia	175
6.	Il ruolo della parte generale e della parte speciale del diritto dei contratti	178
	6.1 La correzione del regolamento da parte dell'Autorità giudiziaria»	183
7.	L'esecuzione in forma specifica	187
	7.1 Il concreto adempimento dell'obbligazione come evento condizionante	188
	7.2 L'azione per la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa	190
	Bibliografia	195

Introduzione

La ricerca affronta il tema dei rimedi correttivi nei c.d. «contratti a lungo termine», caratterizzati per loro natura da un intenso rapporto fiduciario, da longevità e dalla presenza di investimenti specifici, assieme ad un alto grado di incompletezza del contratto.

Le tutele previste dal sistema delineato dal codice civile oscillano tra risoluzione e adempimento e si rivelano inadeguate innanzi ad eventi che integrano una sopravvenienza. Ciò perché al vantaggio che può derivare ad una parte dall'adempimento si affianca, nei contratti di durata, l'interesse alla prosecuzione del rapporto su basi diverse.

L'evoluzione delle fonti pone in luce, in particolare, due discipline con interessanti novità rispetto al passato.

Il rimedio risarcitorio e l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto prevista nell'art. 2932 c.c.

Il risarcimento dei danni assume da sempre la funzione di conservare l'operazione economica, e di riequilibrare il contratto. Ma dopo il recente indirizzo della Cassazione¹, la violazione della clausola di buona fede durante lo svolgimento delle trattative può essere promossa anche in presenza di un contratto concluso e valido. Se dunque si può ritenere che le parti avrebbero concluso il contratto a condizioni diverse, meno svantaggiose per la parte danneggiata, il risarcimento assume una funzione correttiva del contratto, in quanto consente di riequilibrare le conseguenze svantaggiose che derivano ad un contraente da un contegno scorretto.

D'altra parte sempre più convincente è l'idea che fonda la rinegoziazione sul dovere di buona fede (art. 1375 c.c.). Proprio considerando il profondo mutamento che negli ultimi anni ha assunto sia in dottrina che in giurisprudenza il ruolo della clausola generale, emerge la possibilità per il giudice, in alternativa o in conseguenza dell'annullamento di parte del contenuto, di operare, se richiesto, le modifiche in

¹ Cass. s.u. 19 dicembre 2007 n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss.

modo conforme a quanto le parti avrebbero potuto convenire nel rispetto della buona fede e della correttezza.

Sulla tecnica con la quale, il giudice può apportare tali correzioni, appare adeguata l'azione di esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c. che consente ad una parte di rivolgersi al giudice per chiedere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso qualora ciò sia possibile e non escluso dal titolo.

Si traggono argomenti in tal senso nella prassi che consente al promittente acquirente di esperire assieme allo strumento previsto dall'art. 2932 c.c., l'azione per la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa. Basta pensare che nella ricostruzione della giurisprudenza la sentenza costitutiva deve essere considerata non come strumento di realizzazione degli effetti di un assetto di interessi preformulato e intangibile, ma «nella prospettiva di conformare il contenuto della decisione al risultato cui mira il precetto negoziale predisposto dalla volontà contrattuale». A tal fine devono essere riconosciuti al giudice «poteri di integrazione, di adeguamento ma anche di specificazione, analoghi a quelli previsti per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare». Deve quindi ritenersi implicito «nel disposto dell'art. 2932 c.c. un meccanismo volto ad evitare l'alterazione dell'equivalenza delle prestazioni..assunte dalle parti ad oggetto del programma precettivo»².

Il rimedio che si analizza nella ricerca deve essere, certo, temperato da alcuni limiti individuati ancora dalla giurisprudenza. L'azione volta ad ottenere l'eliminazione dei vizi o delle difformità o la riduzione del prezzo, è possibile purché tali difformità non riguardino la struttura o la funzione del bene e dunque non incidano sulla identità dell'oggetto. Ciò significa che è escluso dalla correzione il nucleo essenziale del contratto.

Dalla tecnica risarcitoria e specifica, insomma, emergono fatti giuridicamente rilevanti che giustificano la correzione del contratto. Il che consente di utilizzare tecniche di tutela efficienti per la massima realizzazione dell'interesse protetto.

² Cass. 16 luglio 2001 n. 9636, in *Foro it.*, 2002, c. 1080 ss

Capitolo 1

Il problema ed il fenomeno dei contratti a lungo termine

1. Inquadramento del fenomeno

L'espressione «contratti a lungo termine», variante terminologica di contratti di durata, individua un tema riconducibile alla più ampia area dei contratti d'impresa ove il tempo costituisce un elemento di struttura, in quanto il bisogno e l'interesse delle parti è soddisfatto attraverso la prosecuzione o la reiterazione della esecuzione del contratto. Le parti hanno di mira un risultato che può essere perseguito soltanto attraverso un'operazione negoziale più o meno complessa. Ne discende che il rapporto contrattuale è necessariamente destinato a durare nel tempo.

L'approccio della dottrina continentale ai contratti a lungo termine è sorto a seguito del dibattito fiorito negli Stati Uniti nel secondo dopoguerra sui contratti relazionali³, quale reazione a quella concezione del diritto contrattuale che gli studiosi di *common law* definivano classico e neoclassico⁴.

³ La dottrina nord-americana dei *relational contracts* ha elaborato un modello negoziale più duttile rispetto a quello pensato per i rapporti di scambio. Il fondatore e maggior esponente della teoria dei contratti relazionali è senz'altro Macneil tra i cui scritti si vedano: I.R. MACNEIL, *The new social contract*, New Haven, 1980; ID., *Contracts: adjustment of Long-term economic relations under Classic, Neoclassical and relational contracts Law*, in 72 *NW.U.L. Rev.*, 1983, p. 340; ID., *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Challenges and queries*, in 94 *NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 877. In quest'ultimo scritto Macneil si pone l'obiettivo di chiarire ed approfondire il lavoro che ha condotto sui contratti relazionali sin dalla metà degli anni '60. L'A. preferisce però utilizzare l'espressione «*Essential contract theory*» rispetto a «*relational contract theory*» per la confusione che potrebbe ingenerare quest'ultima terminologia.

La maggior parte degli scritti sono raccolti in I.R. MACNEIL, D. CAMPBELL, *The relational theory of contract, select works of Ian Macneil*, London, 2001. Tra gli altri esponenti si ricordano: M.A. EISENBERG, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Relational Contracts Floating in a Sea of Customs: Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bemstein*, in 94 *NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 775 ss.; J. M. FEINMAN, *Relational contract theory in context*, in 94 *NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 737 ss.; R. E. SCOTT, *The case for formalism in relational contract*, in 94 *NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 845 ss.; R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil, The characteristic and challenges of Relational contracts*, in 94 *NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 823 ss.

⁴ Così: R. MACNEIL, *Relational contract theory: challenges and queries*, cit.

La locuzione «contratti relazionali» indica quella serie di forme contrattuali radicate in relazioni particolarmente complesse, le cui caratteristiche principali sono l'incompletezza e la longevità⁵.

La dottrina dei contratti relazionali si fonda su alcuni assunti principali. Si osserva che ogni contratto è inserito in una relazione complessa e che è necessario considerare tutti gli elementi della relazione. Si segnala che l'analisi combinata e contestuale di ogni contratto richiede la ricognizione e la considerazione di tutti gli elementi essenziali della relazione che potrebbero influire in modo significativo sulla stessa. Infine si riconosce la maggiore efficienza e la maggiore completezza dell'analisi combinata del singolo contratto e della relazione.

La dottrina nordamericana sintetizza i caratteri dei contratti relazionali in tre elementi. Innanzitutto si rileva la necessità che la relazione si estenda oltre un periodo di tempo determinato. Sul punto si inserisce la distinzione tra *relational contracts* e *spot contracts*, ovvero tra contratti relazionali e contratti di breve durata. Il secondo elemento è direttamente collegato alla durata del contratto, la quale impedisce alle parti di definire tutti i termini e le clausole contrattuali in modo preciso al momento della stipula. Da ciò consegue che l'apertura dei termini contrattuali costituisce un requisito dei contratti relazionali, i cui contraenti intenzionalmente lasciano clausole aperte o pattuiscono in modo esplicito che su tali aspetti si accorderanno in futuro. Con riguardo al profilo del termine la questione viene spesso affrontata attraverso la predisposizione di clausole che prevedono la durata minima del contratto o che danno ad una parte il potere di porre fine al contratto dandone preavviso all'altra.

Infine, il terzo elemento è rappresentato dalla interdipendenza delle parti. In presenza di termini contrattuali aperti o flessibili il cambiamento generato da eventi o circostanze esterne alla relazione renderà necessario che le parti cooperino nella prevenzione dei rischi o compiano gli aggiustamenti necessari. A tal fine si inseriscono frequentemente nei contratti clausole con cui si prevede il ricorso alla conciliazione o ad un arbitrato in caso di fallimento dell'accordo⁶.

⁵ Caratteristiche sintetizzate efficacemente da A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *J. Legal Stud.*, 1992, p. 271.

⁶ Le lacune in tema di rimedi della dottrina dei contratti relazionali e la proposizione di un modello sono state ben esposte da Y. ADAR E M. GELBARD, *Long term contractual relationships – A relational theory of contract remedies*, nella relazione svolta al convegno internazionale tenutosi a Firenze il 5 e il 6 giugno 2009, presso l'Altana di Palazzo Strozzi, organizzato da Secola (Society of European Contract Law) con la collaborazione dell'Associazione Persona e Mercato, del Dipartimento di diritto privato e processuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, dell'Istituto Universitario Europeo e dell'Istituto Italiano di Scienze Umane. Da segnalare il riferimento attuale al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) il quale, pur non facendo esplicita menzione dei contratti relazionali, contiene – si precisa – un numero di «*relational notions*» quali solidarietà, cooperazione e validità contrattuale delle norme di comportamento.

Le relazioni indicate sono spesso accompagnate da investimenti specifici che tendono a distanziare lo scambio dal mercato, incrementare i costi e accrescere gli incentivi a preservare il contratto. Al contempo la presenza di meccanismi volti a conferire flessibilità e consentire aggiustamenti al contratto riducono la possibilità di comportamenti opportunistici ad opera di una parte e tendono a preservare la relazione⁷.

Per meglio inquadrare il fenomeno descritto, è utile ricordare una controversia concernente una relazione con un alto grado di relazionalità: il caso *Oglebay Norton CO. V. Armco Inv.*

1.1 Il caso *Oglebay Norton CO. V. Armco Inv.*

La vicenda alla base della controversia pone un'interessante sfida⁸ alla moderna dottrina che si occupa di diritto contrattuale.

Alla base della disputa vi è un contratto di fornitura avente ad oggetto una quantità di navi di cui *Armco* si sarebbe servita per trasportare minerale ferroso dalle miniere ai propri stabilimenti nella Regione dei Grandi Laghi.

Nel contratto si riserva alla discrezionalità di una o di entrambe le parti la decisione in ordine alla quantità di merci da trasportare per mare e si prevedono termini flessibili. Per quanto concerne il prezzo si stabilisce un meccanismo primario ed uno secondario di determinazione del medesimo.

Il contratto originariamente stipulato nel 1957, subì ben quattro modifiche nell'arco di ventitrè anni. L'ultima ne estese la durata sino al trentun dicembre del duemiladieci.

A fronte della profonda crisi di cui fu investita l'industria dei metalli e che coinvolse anche *Armco*, le parti non pattuirono, però, alcuna modifica o riduzione delle prestazioni stabilite al suo interno.

Nel 1983 *Armco* rifiutò di pagare la somma richiesta da *Oglebay* pari ad \$ 7.66 per il 1984, pretendendo una riduzione dell'ammontare a \$ 5. In seguito le parti non riuscirono a trovare un accordo per il prezzo che *Armco* avrebbe dovuto pagare per il 1985. Come conseguenza nell'aprile del 1986, *Oglebay* chiese alla Corte di dichiarare eseguibile il contratto e dunque di riconoscere il prezzo annuo di \$ 7,41 annuo o di dichiarare una ragionevole rata per la prestazione di *Oglebay*.

⁷ Per queste considerazioni si veda: R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: the characteristic and challenges of Relational contracts*, in 94 NW.U.L Rev., 2000, p. 823 ss.

⁸ Così: R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory*, cit., che riporta la vicenda *Oglebay Norton CO. V. Armco Inv.*

A fronte della richiesta avanzata da *Oglebay, Armco* eccipì il fallimento del primo e del secondo meccanismo di determinazione del prezzo previsto nel contratto ed a fronte di un tale fallimento ritenne che le parti non fossero più vincolate al medesimo, nonostante le pretese di *Oglebay* di considerare il contratto ancora in vigore.

Tre le principali lacune nel programma contrattuale.

Nessuna clausola del contratto prevedeva un termine per la relazione, né un compenso per gli specifici investimenti effettuati da *Oglebay*, nell'ipotesi in cui il contratto fosse terminato per ragioni diverse dall'inadempimento.

Del pari nel contratto non erano previste né clausole relative alla risoluzione di controversie, né meccanismi conciliativi, nel caso in cui le parti non si fossero accordate per la determinazione del prezzo per il trasporto. Nulla, infine, si disponeva in ordine alle conseguenze che sarebbero derivate dal fallimento dei meccanismi di determinazione del prezzo.

Nel caso di specie la Suprema Corte dell'*Ohaio* ritenne che in base alle norme contrattuali e all'art. 2 dell'U.C.C., le parti avevano manifestato l'intenzione di rimanere vincolate al contratto anche nell'ipotesi in cui entrambi i modi di determinazione del prezzo fossero falliti ed in tal caso sarebbe spettato alla Corte determinare una rata ragionevole.

La vicenda descritta si pone come paradigma del fenomeno e delle problematiche enucleate dalle teorie relazionali sviluppatasi nel Nord America fin dal 1960.

Proprio le teorie relazionali hanno sollecitato l'attenzione verso i contratti di durata anche nell'antico continente, ove peraltro si è scoperto un dibattito antico. L'ordinamento italiano, infatti, è stato tra i primi ad essersi interrogato sulla peculiarità dei contratti commerciali e sulla idoneità del tipo contrattuale della vendita a disciplinarli idoneamente. I frutti di quella riflessione sono stati considerati come modelli dalla Germania che si apprestava ad interrogarsi sulla possibilità di ammodernare il BGB in ordine all'adeguamento del contratto a lungo termine⁹.

In Italia già nella metà del secolo scorso, un illustre studioso, precorrendo i tempi, rilevava non solo l'opportunità di un approccio metodologico idoneo ad affrontare il tema dei contratti di durata, ma anche la necessità di verificare regole e principi operanti con riferimento alla realtà di tali contratti, la cui «fortuna è dovuta più alla

⁹ Per una sintesi si v. C. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 22. L'A. (*op. cit.*, p. 60) ha cura di precisare che «il rapporto tra contratti di durata e contratto relazionale non è..di corrispondenza biunivoca. I due sistemi non coincidono: sebbene tutti i contratti di durata presentino una componente fortemente relazionale, anche in ragione della esposizione al tempo, non è vero che tutte le fattispecie relazionali siano anche di durata nel senso qui inteso».

concisione che alla proprietà della formula», poiché «non è il contratto ma il rapporto che è di durata»¹⁰.

E se all'utilizzo della locuzione «contratti di durata» che se ne fa a livello descrittivo non corrisponde una «categoria ontologica dai contorni definiti» «ovvero un'istanza di ripensamento delle discipline generali del contratto»¹¹, occorre approfondirne tratti strutturali e funzione.

2. La struttura e la funzione

2.1 La struttura

Dal punto di vista strutturale la peculiarità di questo genere di contratti è la intensa relazione che si instaura tra il contratto e il tempo, il quale non configura una mera coordinata ma assurge ad elemento di struttura, rappresentandone la vera e propria «nota individuatrice»¹². Nei contratti di durata il bisogno e l'interesse delle parti è soddisfatto attraverso la prosecuzione o la reiterazione dell'adempimento e dunque dalla esecuzione del contratto protratta nel tempo. Ne consegue che in queste fattispecie la dimensione della relazione contrattuale assume una immediata preminenza rispetto al momento genetico. Ciò che individua la fattispecie contrattuale è dunque «la prosecuzione o la reiterazione della sua esecuzione in maniera proporzionale e funzionale al fabbisogno di una delle parti» e non «la distanza del tempo in sé tra conclusione ed esecuzione»¹³. Il contratto viene a costituire una struttura giuridica che consente di pianificare l'attività d'impresa per perseguire un «risultato di interesse comune»¹⁴ dei contraenti, le cui vicende economiche e giuridiche risultano legate. I cui interessi perseguono l'obiettivo di organizzare e continuare l'impresa comune, al fine di produrre nuova ricchezza¹⁵, e non solo per massimizzare l'utilità immediata di ciascuna delle parti. La continuità della relazione contrattuale che si instaura tra le parti attribuisce al rapporto il carattere della singolarità, a causa del ruolo di insostituibilità che viene ad assumere il partner.

Da quanto sopra si trae che la reciprocità e la solidarietà si pongono come elementi fondamentali dei contratti a lungo termine.

¹⁰ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 143 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss.

¹¹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 22 ss.

¹² G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 207 ss.

¹³ C. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 32.

¹⁴ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 57.

¹⁵ R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, 1999, Napoli, p. 43.

La reciprocità, d'altra parte, non costituisce un requisito dei soli contratti di scambio.

Nelle operazioni di tipo relazionale la reciprocità rappresenta un chiaro indice del fatto che le azioni o le omissioni compiute a beneficio di controparte producono un vantaggio anche a favore dell'agente.

La solidarietà, poi, si manifesta nella fiducia riposta su altri soggetti in quanto sia necessaria per consentire la continuazione del rapporto¹⁶. Con la conseguenza che ciascuna parte matura un interesse a continuare la relazione di scambio anche per il futuro «e che perciò manterrà le promesse fatte e si asterrà per lo meno da violazioni clamorose della buona fede»¹⁷.

I contraenti, i cui rapporti risultano dunque improntati alla reciprocità e al valore giuridico della solidarietà, confidano nella prosecuzione del rapporto, e conseguentemente l'oggetto del contratto si presenta necessariamente incompleto¹⁸.

All'interno dell'incompletezza contrattuale occorre distinguere il contratto «deliberatamente incompleto», ovvero il contratto il cui contenuto presenta una lacuna perché le parti hanno attribuito il potere di determinare successivamente l'elemento mancante ad un terzo, ad una di esse o a un loro futuro accordo. Da un'altra forma di incompletezza «non deliberata», che pone interrogativi in ordine al problema di determinare le modalità con le quali l'ordinamento consente di completare l'accordo lacunoso¹⁹.

Il completamento del contratto può avvenire sia in via convenzionale che legale. Si distingue l'ipotesi in cui le parti abbiano rinviato ad una loro successiva attività la determinazione del contenuto del contratto da quella in cui la lacuna, non prevista dalle parti, sia colmata²⁰ facendo ricorso alle tecniche di costruzione del regolamento contrattuale: interpretazione, qualificazione e integrazione del contratto²¹.

L'oggetto dei contratti di durata può essere costituito da cose o servizi. I contratti aventi ad oggetto servizi possono distinguersi a loro volta in contratti aventi ad oggetti servizi tipici o atipici a seconda che siano o meno disciplinati dalla legge²².

¹⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 61- 62.

M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995, p. 315. L'A. ne trae la conseguenza che «fin dove sussiste quell'interesse sussiste il principio *honesty is the best policy* che naturalmente non è affatto dotato di una universale certezza razionale e perciò possiede anche una validità empirica oscillante: essa naturalmente sarà massima per le imprese nazionali con una data cerchia di clientela stabile».

¹⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 60.

¹⁹ V. A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, pp. 1 ss. e 23 ss., L'A. rileva come il contratto incompleto sia una «fattispecie potenzialmente idonea a regolare diverse operazioni economiche. Sul profilo dell'integrazione del contratto incompleto torneremo nel terzo capitolo».

²⁰ A. FICI, *Il contratto incompleto*, cit., p. 62 ss.

²¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 462.

²² R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 3. L'A. ritiene che siano maturi i tempi «per la ricostruzione di una disciplina generale del contratto di durata avente ad oggetto prestazioni con-

2.2 La funzione

In un contesto in cui gli attori economici non operano in modo occasionale, ma risultano legati da vincoli stabili e in cui il contratto non è solo strumento di scambio ma di organizzazione dell'impresa, la logica dello scambio finisce per cedere il posto a quella associativa²³, segnando il passaggio «dallo scambio all'organizzazione»²⁴. All'interno del quadro delineato emerge con forza l'insufficienza di un modello contrattuale incentrato sullo scambio di ricchezza e sul paradigma della compravendita, su cui è permeata la dottrina del negozio giuridico e in via prevalente la disciplina del contratto del codice civile, pensato come negozio giuridico bilaterale.

Proprio dalla constatazione che nei contratti a lungo termine l'interesse delle parti è soddisfatto dal perdurare della relazione contrattuale, si trae che la durata attiene alla funzione del contratto e ne colora il profilo causale, distinguendo tali fattispecie da quelle in cui alla durata corrisponde il semplice frazionamento dell'esecuzione di una prestazione (esecuzione ripartita).

In queste ultime ipotesi le parti perseguono la soddisfazione di un interesse istantaneo, anche se attraverso l'esecuzione frazionata, e non di un interesse durevole, in quanto hanno bisogno di ottenere la prestazione in momenti determinati e non di averla continuativamente²⁵. La durata delle prestazioni così come l'abbiamo intesa, distingue i contratti oggetto di questa ricerca dal contratto sottoposto a termine, in cui le prestazioni sono differite nel tempo.

D'altra parte sempre dalla considerazione che la durata è funzionale al soddisfacimento di un interesse o di un bisogno durevole delle parti discende che «la durata è

tinuative o periodiche di servizi atipici i quali non trovino nel codice civile una disciplina nominata (es. trasporto, contratti bancari, agenzia, deposito, assicurazioni, ecc.)». L'A. considera come esempio di contratti aventi ad oggetto servizi atipici l'art. 1677 c.c. in tema di appalto, il quale dispone che «se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione».

²³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 57.

²⁴ G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obb. e contr.*, 2009, 5, pp. 390 ss.

Sullo svolgimento dell'attività di impresa cfr. anche il bel saggio di G. CONTE, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, p. 679 ss.

²⁵ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 207 ss. e p. 242. Si precisa (ID., *op. cit.*, p. 210): «la durata è correlativa alla continuità di un interesse e alla sua soddisfazione». Secondo questa impostazione sia il frazionamento che la periodicità delle prestazioni attengono alla fase di formazione del contratto e vengono attuati in fase di esecuzione.

Secondo un diverso orientamento il discrimine tra somministrazione e vendita a consegne ripartite risiederebbe nel fatto che mentre nella somministrazione ogni singola prestazione è distinta e autonoma rispetto alle altre, nella vendita a consegna ripartite la prestazione sarebbe una sola, e la ripartizione delle consegne atterrebbe al momento esecutivo del rapporto. Cass. 4 luglio 1991, n. 7380, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Somministrazione*, n. 5. In tal senso cfr. anche: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1943, p. 36 secondo cui «il frazionamento dell'unica prestazione ha luogo in sede di esecuzione, non di formazione, del contratto».

elemento causale e non modalità accessoria del contratto: la causa consiste nell'assicurare la ripetizione di una prestazione per una certa durata o la prestazione di un'attività continuativa, come tale, del debitore per una certa durata».

Più specificamente, la durata dell'adempimento concerne la causa del contratto «nel duplice senso che questo non adempie alla funzione economica cui è preordinato se la sua esecuzione non si prolunga nel tempo, e che l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo»²⁶. Sicché «la determinazione della prestazione in funzione del tempo è non solo caratteristica dei rapporti di durata ma anche esclusiva di tali rapporti»²⁷.

Si è anche utilmente distinto tra obbligazioni la cui durata è determinata dallo scopo (*zielbestimmte Dauerverpflichtung*) e quelle la cui durata è determinata solo dal tempo (*zeitbestimmte Dauerverpflichtung*)²⁸.

Nella prima ipotesi la durata non corrisponde di per sé alla soddisfazione di un interesse, ma è volta al soddisfacimento di uno scopo. Nella seconda, la durata è stabilita in funzione del tempo e dunque è determinata in funzione di sé e di per sé è utile e rilevante.

La dimensione temporale caratterizza a tal punto la causa del contratto che autorevole dottrina ha posto in relazione durata del contratto e tipo, rilevando che esistono «tipi indifferenti alla durata della prestazione», altri tipi comprensivi di distinte sottospecie, esplicitamente previste, a seconda dell'essere la prestazione istantanea o di durata». Ma «vi sono anche tipi considerati esclusivamente ovvero quali ad esecuzione istantanea, ovvero quali di durata: per essi si deve ritenere che la modificazione del profilo temporale della prestazione (nei casi in cui è logicamente configurabile) non incida sul tempo»²⁹.

Argomentando dal contratto di somministrazione, paradigma dei contratti di durata, si è tuttavia reputato che i caratteri della periodicità e della ripetitività delle prestazioni durante la fase della esecuzione del contratto non implicino l'individuazione di un nuovo tipo legale, non incidendo sulle singole prestazioni³⁰.

²⁶ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 248 ss.

²⁷ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 242.

²⁸ Cfr.: HENLE, *Lehrbuch des n. R. II*, 1934, p. 341, richiamato da G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 222.

²⁹ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 107. L'A. ritiene «che il sistema dei tipi contrattuali non è statico; potrà muoversi in ritardo rispetto all'evoluzione socio economica, ma certo evolve» (ID., *op. cit.*, p. 173).

Per le fattispecie riconducibili all'ambito di applicazione dei contratti di durata cfr. LUMINOSO A., *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2010, p. 501 ss.

³⁰ L. MOSSA, *Il Contratto di somministrazione*, Sassari, 1914, p. 137. L'A. cui si deve la prima compiuta monografia sul contratto di somministrazione, sottolinea i caratteri della periodicità e della ripetitività delle prestazioni che gravano sul somministrante, caratteri che segnano il distacco rispetto alla figura del contratto di compravendita.

2.3 Il paradigma del contratto di durata: la somministrazione

Il referente più immediato dei contratti a lungo termine è costituito dal contratto di somministrazione considerato dalla dottrina come paradigma dei contratti di durata, ovvero «contratto con causa di durata, avente ad oggetto obbligazioni ad esecuzione continuata o periodica»³¹.

Significativa è la vicenda che ha visto consolidarsi la fattispecie del contratto di somministrazione nel nostro ordinamento. Originariamente la somministrazione è considerata un atto oggettivo di commercio dell'impresa di fornitura. Nel sistema previgente alla emanazione del codice civile del '42, la somministrazione era disciplinata all'art. 3 n. 6 del codice di commercio del 1882, secondo il modello del codice di commercio francese del 1808. Il codice napoleonico non conteneva alcun riferimento al contratto di somministrazione, ma disciplinava l'«*enterprise de fourniture*». Per cui la somministrazione, attività caratteristica del mercato fiorentino, è entrata nel codice italiano del 1865 come prestazione da eseguirsi in una pluralità di volte dietro il pagamento di un corrispettivo, ovvero come atto di commercio oggettivo, «sotto le spoglie dell'impresa di somministrazione»³². Sicché «il contratto di somministrazione non trovava cittadinanza nel nostro ordinamento» in quanto si considerava l'attività economica svolta e non la natura giuridica del contratto posto alla fonte concluso dal somministrante in esecuzione del quale si è svolta l'attività economica³³.

Originariamente assorbita nell'orbita dei contratti d'impresa come atto di commercio, la somministrazione è stata ricondotta alla locazione d'opera oppure al contratto di vendita o di locazione³⁴ a seconda che l'oggetto fosse costituito dalla presta-

³¹ v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 108 ed *ivi* sul contratto di somministrazione la bibliografia citata: R. CORRADO, *Somministrazione (Contratto di)*, in *Noviss. Digesto Italiano*, vol. XVII, 1970, p. 882; L. MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914; R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, cit.; P. BOERO, *La somministrazione*, in *Contratti commerciali*, a cura di G. Cottino, in *Tratt. Comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 237; M. NUZZO, voce *somministrazione (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLII, 1990, p. 1270; M. D'AMELIO, *Contratto d'acquisto e contratto di somministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 587; VIVANTE, *Somministrazione*, in *Nuovo dig. It.*, Torino, 1939, vol. XII, parte I; R. ZINGARELLI, *Somministrazione (contratto di)*, in *Digesto Italiano*, vol. XXII, parte I, Torino, 1899, p. 22 ss. C. MUCIO, *La somministrazione: problemi di qualificazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 75, A. MOLITERNI, *La garanzia per vizi e le due anime del contratto di somministrazione*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1854.

³² Per queste considerazioni si v. R. BOCCHINI, *La somministrazione*, cit., p. 113.

³³ R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, cit., p. 115, il quale cita MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 cod.comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 437: «Il codice nostro, non meno di quello francese, non si è preoccupato delle figure contrattuali, ma ha guardato al fatto economico e complesso di un'impresa costituita allo scopo di assumere ed eseguire somministrazioni».

³⁴ Conformemente al modello francese, che individuava nella somministrazione un sottotipo della locazione o della vendita. La dottrina tedesca assumeva una posizione analoga a quella francese, da cui si discostava, però per escludere la somministrazione per le locazioni in relazione alle disposizioni del proprio codice di commercio. Cfr.: M. NUZZO, voce *somministrazione (contratto di)*, cit., p. 1271.

zione di un servizio o da un bene³⁵. Il diritto comune ha poi proceduto ad accomunare locazione e vendita, «non già per fondere i due tipi e crearne uno nuovo dai loro elementi, bensì per armonizzare la natura di contratto di durata della somministrazione con la sua naturale struttura di vendita»³⁶. Infatti nella alternativa qualificazione del contratto di somministrazione tra locazione d'opera o vendita, la prima si sarebbe rivelata inadeguata per le ipotesi in cui il contratto avesse avuto ad oggetto la dazione di una cosa, mentre la vendita avrebbe assunto carattere assorbente rispetto alla dimensione relazionale³⁷.

Nella fattispecie attuale del contratto di somministrazione a connotarne la causa e la dimensione relazionale, è il carattere ripetuto delle prestazioni nel tempo che sono volte a soddisfare il bisogno della parte che ha diritto ad ottenere la somministrazione.

Di tale aspetto risulta sintomatica la disciplina prevista all'art. 1564 c.c., eccezionale rispetto a quella generale sulla risoluzione per inadempimento, la quale dispone che «in caso di inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti». Dalla norma si trae che l'inadempimento della singola prestazione rileva in quanto capace di ripercuotersi sul rapporto e dunque sulla durata intaccando il valore relazionale della fiducia nei futuri adempimenti³⁸.

Altro elemento che caratterizza la somministrazione è il carattere commerciale determinato dall'organizzazione imprenditoriale³⁹, che rende le prestazioni approssimative e suscettibili di divenire cogenti soltanto allorché, durante lo svolgimento, vengano identificati i bisogni delle parti. Ciò perché la prestazione di cose può essere giustificata da una pluralità di cause. Ne consegue che la somministrazione costituisce una fattispecie legale da cui emerge una struttura negoziale incompleta che necessita della integrazione delle parti al fine di individuare una funzione ulteriore rispetto a quella descritta dalla norma, senza la quale sarebbe priva di una disciplina completa ed idonea a produrre gli effetti giuridici⁴⁰.

³⁵ R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, cit., p. 117.

³⁶ L. MOSSA, *Il contratto*, cit., pp. 97-98.

³⁷ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 98 ss.

³⁸ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 112.

³⁹ Cfr. L. MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 83: «Il contratto di somministrazione è di per sé commerciale e il suo modo di esistere adduce questa particolarità, frutto precipuo della periodicità nelle prestazioni».

⁴⁰ M. NUZZO, voce *somministrazione (contratto di)*, cit., p. 1276.

La dimensione di durata del contratto di somministrazione ha posto un'ulteriore questione che concerne il profilo relativo alla disciplina di alcune patologie che possono incidere sul rapporto⁴¹.

3. Il contratto a lungo termine come strumento di organizzazione nelle reti di imprese

I contratti di durata costituiscono la forma di alcuni modi di organizzazione della rete⁴² di imprese.

I peculiari caratteri riconducibili alla struttura e alla funzione dei contratti a lungo termine, rendono, infatti, il contratto di durata uno strumento particolarmente idoneo per la gestione di alcune forme di organizzazione della rete di imprese, ovvero di «quell'insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga dunque un'esigenza di coordinamento alla quale la rete risponda ricorrendo a strumenti di governo diversi, formali e informali, contrattuali e non»⁴³.

L'idea di rete «attrae l'attenzione di politologi e sociologi i quali identificano in essa un concetto antinomico a quello di gerarchia, atta ad esautorare una realtà piramidale imperniata sul comando ed a sostituirla con una fenomenologia astrattamente – ma non funzionalmente – diversa, dominata dall'interconnessione collaborativa fra i soggetti e posizioni, da un intreccio di reciproci condizionamenti e integrazioni»⁴⁴.

⁴¹ Per queste considerazioni si v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 112-115.

⁴² La rete è «una metafora» «applicata anche alle infrastrutture e alle opere pubbliche». La rete costituisce un attributo simbolico evocativo, non una realtà materiale, che diventa realtà giuridica quando il legislatore la inserisce nei testi normativi. L'ingresso delle reti nel diritto dovrebbe far parlare di cultura delle reti (cfr. F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Milano, 2008, che sul punto richiama: PREDIERI, *Le reti transeuropee nei trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. UE*, 3/97, p. 288). La rete è concetto autonomo rispetto alle componenti materiali in quanto costituisce l'elemento unificante di beni e servizi. Con riferimento al servizio la rete consiste in «una struttura di interconnessione che mette in relazione tutti i possibili fornitori e gli utilizzatori di determinati beni e servizi».

A livello comunitario il concetto di reti fisiche come fattore essenziale dello sviluppo economico competitivo e di coesione economica e sociale e come elemento di integrazione dei mercati compare solo alla fine degli anni '80 del XX secolo. Deve essere, invece, fatta risalire ad un secolo prima la vicenda di realizzazione delle reti (ad esempio di trasporto, postale) e di cooperazione per la gestione e l'incremento degli scambi transfrontalieri fra reti nazionali. Così: F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit., p. 10 ss.

Manca nel Trattato CE una definizione di rete che compare solo nel diritto derivato.

⁴³ La definizione è di P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, cit., p. 128.

⁴⁴ C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, 2008, p. 109.

La formazione delle reti di imprese nel tessuto geografico italiano conosce il suo sviluppo nella fase post fordista.

La grande impresa fordista, affermatasi nel secondo dopoguerra, si caratterizza per una crescita di dimensioni delle imprese più dinamiche, che tendono a concentrare al loro interno le diverse fasi dei processi produttivi, organizzano l'innovazione con le strutture di ricerca e di sviluppo, sfruttano in modo crescente le economie di scala e dominano i mercati dei beni di consumo. Quando negli anni '70 il modello dell'impresa fordista inizia ad entrare in crisi a causa di alcuni fattori, tra cui la concorrenza dei Paesi emergenti che producono a costi inferiori, la saturazione del mercato dei beni di consumo, le difficoltà di ordine economico e sociale, compaiono nuove esperienze di organizzazione produttiva che fanno riemergere le piccole e medie imprese⁴⁵.

Si affermano così modelli di imprese più dipendenti dal contesto territoriale, che ricercano una maggiore flessibilità sia nel senso di ristrutturazione che di apertura a collaborazioni esterne e danno origine a reti di imprese o distretti, ad agglomerazioni di piccole e medie aziende localizzate in territori ed a grandi o medie imprese rete⁴⁶.

Si tratta di sistemi locali di piccole e medie imprese che collaborano tra loro nel processo produttivo, il cui sviluppo è favorito dalla crescente domanda di beni meno standardizzati, alimentata dall'incremento dei redditi, dalla sperimentazione di nuove tecnologie legate agli sviluppi dell'informatica, che consentono di ridurre i costi di produzione per volumi ridotti dei beni⁴⁷.

Sul punto è necessario distinguere le forme di aggregazione costituite dalle reti, e all'interno di quest'ultime diverse tipologie di rete, rispetto ai distretti.

I distretti sono stati oggetto di numerosi interventi legislativi.

Di recente la l. 23 dicembre 2005 n. 266 è intervenuta disponendo l'applicazione ai distretti produttivi di norme di carattere amministrativo, fiscale e finanziario, alla luce della *ratio* del complessivo intervento legislativo, di approntare una serie di misure per favorire la crescita economica del Paese.

L'obiettivo perseguito è stato quello di predisporre un rimedio ad alcuni profili negativi correlati alle ridotte dimensioni che caratterizzano in grandissima parte le imprese italiane. Si è pensato di conseguire tale obiettivo attraverso un intervento mirato a «valorizzare la specificità del nostro sistema produttivo», tale da rendere i «distretti la piattaforma di sviluppo e «tenuta» delle nostra economia»⁴⁸, in quanto «ritenuti idonei a permettere l'integrazione dell'offerta di beni e servizi da parte di impre-

⁴⁵ Cfr. C. TRIGILIA, *Sviluppo locale - Un progetto per l'Italia*, Bari, 2007, p. 49.

⁴⁶ Cfr. C. TRIGILIA, *Sviluppo locale - Un progetto per l'Italia*, cit., p. 12.

⁴⁷ Cfr. C. TRIGILIA, *Sviluppo locale - Un progetto per l'Italia*, cit., p. 50.

⁴⁸ Così, la Relazione al disegno di legge.

se che svolgono attività complementari e comunque connesse, in definitiva a favorire condizioni di maggiore competitività»⁴⁹. Con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali» (art. 1, comma 366).

In linea con la *ratio* perseguita, l'art. 1 comma 366⁵⁰ definisce i «distretti produttivi» quali «libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali». Sempre l'art. 1, comma 368, lett. b), numeri 1 e 2, stabilisce la disciplina applicabile ai distretti produttivi in materia amministrativa, attribuendo loro la facoltà di «intrattenere rapporti con le pubbliche amministrazioni e con gli enti pubblici» anche per «facilitare l'accesso ai contributi erogati a qualunque titolo», avvalendosi appunto della «attività di consulenza ed assistenza» che i distretti produttivi potranno loro fornire. Al comma 368, lett. d), si disciplina la costituzione e l'organizzazione dell'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione. Al comma 369 si prevede che le disposizioni concernenti i distretti produttivi si applichino anche ai distretti rurali e agro-alimentari di cui all'art. 13 del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228⁵¹, ai sistemi produttivi, ai sistemi produttivi locali, distretti industriali e della pesca e consorzi di sviluppo industriale definiti ai sensi dell'art. 36 della legge 5 ottobre 1991, n. 317⁵², nonché ai consorzi per il commercio estero di cui alla legge 21 febbraio 1989, n. 83⁵³.

Dal contenuto delle norme emerge la facoltà dei distretti produttivi di agire in rappresentanza delle imprese nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, perseguendo dunque una finalità resa ancor più chiara dalla previsione della ulteriore facoltà dei distretti produttivi «di stipulare, per conto delle imprese, negozi di diritto privato secondo le norme in materia di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile»⁵⁴.

⁴⁹ Corte Cost., 11 maggio 2007 n. 165, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3.

⁵⁰ Il comma è stato modificato dall'articolo 1, comma 889, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e successivamente dall'articolo 6-bis, comma 3, lettera a), del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

⁵¹ Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57.

⁵² Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese.

⁵³ Interventi di sostegno per i consorzi tra piccole e medie imprese industriali, commerciali ed artigiane.

⁵⁴ Corte Cost., 11 maggio 2007, n. 165, cit., che richiama l'art. 368 lett. b, n.3.

La normativa ha suscitato forti perplessità⁵⁵. La legislazione contrasta con quella dei sistemi produttivi locali, dei distretti industriali e con la precedente normativa regionale, in quanto colloca i distretti nell'ambito delle organizzazioni intermedie, stimolandone una forte «politicizzazione»⁵⁶. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del provvedimento citato, ha tracciato la diversa *ratio* delle discipline, precisandone la diversità di oggetto⁵⁷.

Le reti di imprese concernono grandi o piccole imprese, prescindono dalla territorialità e sono volte a realizzare economie di complementarietà piuttosto che di agglomerazione e dunque forme di aggregazione di mero carattere funzionale. Inoltre i contesti organizzativi in cui si inquadrano le reti possono avere un carattere diverso da quello economico, come accade per le reti sociali. Da ciò consegue un diverso rilievo della disciplina che comporta la necessità di «riconoscere alle reti un profilo civilistico ed al contratto di rete una posizione rilevante nell'ambito dei contratti di impresa»⁵⁸.

Occorre distinguere le reti di imprese dalle imprese a rete.

Entrambi i fenomeni risultano costituiti da un modello reticolare, ma struttura e modalità operative differiscono. Nel primo caso la formazione della rete avviene «tramite l'incremento e la stabilizzazione di processi collaborativi tra piccole e medie imprese». Nel secondo «la costituzione è dovuta a fenomeni di decentramento produttivo della grande impresa», connessi a forme di esternalizzazione⁵⁹. La rete è diventato il modo corrente di pensare «molte cose diverse», che si collocano «fra grandi organizzazioni e imprese disperse, fra coordinamento gerarchico-organizzativo e coordinamento di puro mercato» e che «nella loro varietà», si presentano come modi di coordinamento adatti all'età dell'elasticità, che ha bisogno sia di impegni di più lungo periodo, sia di far fronte a scadenze ravvicinate e mutevoli»⁶⁰.

Un profilo intrinseco al modello della rete, in cui il contratto assume una funzione di tipo organizzativo, è costituito dall'interdipendenza, che rappresenta la caratte-

⁵⁵ F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009, p. 12.

⁵⁶ F. CAFAGGI (a cura di), *op. loc. cit.*

⁵⁷ Corte Cost., 11 maggio 2007 n. 165, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3. La Corte ricorda tra le normative volte a favorire lo sviluppo economico del sistema, quella concernente i sistemi produttivi locali, definiti come «contesti produttivi omogenei, caratterizzati da una elevata concentrazione di imprese, prevalentemente di piccole e medie dimensioni, e da una peculiare organizzazione interna», nel cui ambito costituiscono un particolare sottoinsieme i «distretti industriali», «caratterizzati da una elevata concentrazione di imprese industriali nonché dalla specializzazione produttiva di sistemi di imprese» (art. 36 della legge n. 317 del 1991, nel testo sostituito dall'art. 6 della legge 11 maggio 1999, n. 140).

⁵⁸ F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete*, cit., p. 11.

⁵⁹ M. FLICK, *Il contratto nelle «reti di imprese»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 340.

⁶⁰ A. BAGNASCO – E. RULLANI, *Ragioni e contenuti del libro: guida alla lettura*, in *Reti d'impresa oltre i distretti. Nuove forme di organizzazione produttiva, di coordinamento e di assetto giuridico*, a cura di AIP, Il Sole 24 ore, 2008, p. 2.

ristica principale dei contratti bilaterali collegati e dei contratti plurilaterali⁶¹. In questi contesti l'interdipendenza si coniuga con l'autonomia giuridica ed economica delle imprese, ma anche ad una tendenziale stabilità delle relazioni che consente di remunerare gli investimenti specifici. A ciò si aggiunge la cooperazione strategica, la complementarità delle risorse e degli investimenti specifici necessari a produrle⁶².

⁶¹ H. COLLINS, *The Weakest Link: Legal Implications of the Network Architecture of Supply Chains*, in M. Amstutz e G. Teubner, 2009, pp. 187-210.

⁶² Si veda la lucida e amplissima analisi condotta nel volume F. CAFAGGI – P. IAMICELI (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007, p. 21. Gli Autori (F. CAFAGGI, *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 17), partendo da un'analisi empirica, si sono posti una pluralità di obiettivi tra cui verificare l'esistenza delle reti di imprese nel Nord-Est Italia, esaminare le caratteristiche principali della rete, gli elementi distintivi delle forme di coordinamento, l'esistenza di modelli alternativi in assenza di reti.

In sostanza ci si è posti l'obiettivo di verificare quali modelli reticolari di coordinamento tra imprese siano impiegati nella regione del Nord Est italiano sotto il profilo delle forme organizzative. La ricerca ha anche cercato di capire quali siano gli ostacoli di ordine normativo o istituzionale che si frappongano alla formazione di questi sistemi e quali correttivi si possano indicare per la loro rimozione. Si riportano di seguito alcune considerazioni emerse dalla ricerca (cfr. F. CAFAGGI, *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit.), condotta esplorando i contesti dello *sportsystem* di Montebelluna, del settore vitivinicolo veronese, del distretto orafa di Vicenza, del distretto del legno arredo del Livenza e Quartier del Piave.

1) Le reti sono un fenomeno «qualitativamente significativo ma quantitativamente meno rilevante rispetto alle relazioni di mercato». Le reti vengono utilizzate soprattutto per la produzione di beni di alta gamma.

2) Tra reti e distretto non c'è un rapporto univoco. In alcuni casi, il distretto, caratterizzato da relazioni informali, ostacola la formazione di reti che hanno un più elevato livello di formalizzazione. Altre volte le trasformazioni di distretti favoriscono la costituzione di reti contrattuali gerarchiche. Le reti, dunque, piuttosto che essere coeve alla nascita dei distretti, costituiscono un loro esito quando vengano parzialmente meno concentrazione territoriale e specializzazione. E se l'internazionalizzazione del distretto riduce il numero di reti, al contempo ne consolida l'intensità.

Si è constatato che sistemi non distrettuali rivelano «un'alta propensione alla formazione di reti».

La risposta alla concorrenza nei distretti è offerta spesso dalla combinazione di reti e relazioni di mercato.

3) Nelle reti prevale la forma contrattuale. Le reti combinano anche modelli contrattuali e societari.

Le reti contrattuali sono organizzate per lo più con contratti bilaterali collegati. Più rari i contratti plurilaterali. I contratti sempre più spesso sono conclusi per iscritto. Nelle reti (con riferimento alle reti locali piuttosto che quelle transnazionali) sono rilevanti anche i contratti verbali. Prevalentemente i contratti non sono né standardizzati, né redatti dai professionisti, ma predisposti dagli imprenditori.

4) Le reti si sviluppano più tra imprese medie che tra piccole, con proiezione sui mercati internazionali. Risultati maggiori si ottengono nelle reti verticali (riguardano fasi diverse della catena produttiva) piuttosto che in quelle orizzontali (reti concorrenti).

5) Le reti sviluppano anche una dimensione regolativa con riferimento alle comunità locali in cui prevalentemente operano.

Le reti regolative di tutela proteggono la reputazione collettiva e si sviluppano prevalentemente quando la natura del prodotto dipende dal territorio di provenienza (es. settore vitivinicolo).

6) Le reti transnazionali si distinguono a seconda che operino nell'est europeo, in Asia o in Sud America. Le reti transnazionali hanno prodotto una modificazione delle reti nazionali, oggi più corte e dense rispetto al passato. Spesso si verificano anche «tentativi di esportare il modello locale su quello internazionale o di importare quello internazionale sul piano locale». Tali fenomeni sono detti «trapianti».

7) È presente «una correlazione tra modelli di istituzioni socioeconomiche operanti a livello locale ed assetti di mercato». Associazioni di categoria, banche e enti intermedi offrono servizi alle imprese e «costituiscono fattore strategico della loro crescita». Mentre il mercato si rivela spesso limitato ed inefficiente

L'elemento della cooperazione, che si manifesta soprattutto nel campo della ricerca, sviluppo e sfruttamento delle tecnologie, si giustifica considerando che l'impegno finanziario «in relazione ai tempi, spesso assai lunghi, di esecuzione e di sfruttamento», e l'elevato rischio di insuccesso dell'iniziativa, «inducono alla «ripartizione» di oneri e rischi tra più imprese»⁶³.

Tali caratteri denotano la particolare attitudine dei contratti di durata a gestire alcune forme di organizzazione della rete di imprese.

La scelta tra le diverse forme organizzative è influenzata da una molteplicità di fattori, tra cui un ruolo primario assumono i costi transattivi, ma anche la possibilità di realizzare maggiori economie di scala attraverso l'integrazione, l'entità dei costi amministrativi, di monitoraggio delle fasi di produzione o distribuzione integrata, l'imposizione fiscale, il costo del fattore lavoro⁶⁴. Le reti, infatti, rappresentano «una

rispetto ai servizi offerti alle PMI. Le associazioni di categoria hanno anche stimolato l'aggregazione, assumendo «il chiaro ruolo di attori delle politiche industriali».

8) Le banche svolgono una funzione rilevante, che va oltre l'erogazione del credito. I modelli di intervento variano anche in base agli accordi di Basilea II. Concorrono a «disegnare politiche industriali sul territorio» anche se spesso non sono dotate di strumenti sufficientemente idonei a monitorare i sistemi produttivi locali.

9) Il ruolo delle professioni giuridico-economiche è rilevante per la definizione di forme organizzative. Spesso reti informali di professionisti scambiano informazioni e svolgono una funzione di diffusione di modelli. Ma l'offerta di servizi e le proposte concernenti l'innovazione sono inadeguate.

Si è altresì rilevato che le reti di imprese hanno forma contrattuale e societaria, con prevalenza delle prime. Il modello consortile è poco diffuso e ha mostrato problemi sul piano della governance (in particolare per le reti orizzontali tra soggetti concorrenti). Si avvicina alla rete complessa quella particolare forma di rete societaria costituita dal modello cooperativo.

Le reti contrattuali presentano un grado diverso di formalizzazione rispetto a quelle societarie e spesso costituiscono un'evoluzione di quelle contrattuali o un loro complemento, volto a stabilizzare legami produttivi attraverso forme limitate di integrazione proprietaria. Ciò distingue la rete societaria dalle ipotesi di integrazione attraverso fusione. L'allocazione paritaria e non gerarchica del potere decisionale costituisce il principale elemento di distinzione tra reti societarie e gruppo.

Dalla ricerca è altresì emerso che le reti cooperative costituiscono una buona risposta quando il tessuto produttivo è molto frammentato ed il coordinamento produttivo è associato all'erogazione di servizi alle imprese (cfr.: F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in F. Cafaggi – P. Iamici (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 413 ss.).

Sul fenomeno delle reti di imprese si veda inoltre: F. CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Milano, 2004; *Reti di imprese, scenari economici e giuridici*, a cura di A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino, Torino, 2007; F. CAFAGGI, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, in ERCL, 2008, p. 496.

⁶³ Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465 in *Bollettino trib.*, 2009, p. 485. La Suprema Corte ha attribuito espressa legittimazione all'utilizzo della rete quale strumento organizzativo della complementarietà delle risorse. D'altra parte, argomenta, la Suprema Corte, «una operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obbiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile ed integra gli estremi del comportamento abusivo qualora e nella misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione tenuto conto sia della volontà delle parti implicata che del contesto fattuale e giuridico in cui la transazione stessa viene posta in essere».

⁶⁴ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 164-165.

forma ibrida di organizzazione a metà tra un'architettura generata da legami di tipo contrattuale ed enti di natura associativa o societaria».

Il modello reticolare, poi, quale strumento organizzativo complementare al mercato e ai gruppi consente di ridurre i costi e aumentare le economie di scala e di scopo, contribuendo ad incentivare la competitività delle singole imprese e la produzione di beni collettivi. Inoltre, stimolando la produzione di conoscenza e impiegando in modo più efficace le tecnologie dell'informazione e comunicazione, la rete consente alle imprese di ricevere una tutela maggiore rispetto a quella conseguibile tramite singoli rapporti. Non solo. Rispondendo meglio alle variazioni di mercato, può operare come strumento per la condivisione del rischio, predisporre modalità efficienti di monitoraggio al fine di garantire sicurezza e qualità dei beni prodotti.

Sicché la rete promuove la collaborazione tra imprese che operano lungo la stessa filiera produttiva, stimola l'innovazione organizzativa e industriale. Riduce l'opportunità post-contrattuale causato da alti livelli di investimenti specifici e agevola le transazioni coi terzi esterni alla rete. Da tutto ciò si trae che il modello reticolare presenta notevoli vantaggi rispetto ai contratti bilaterali di durata⁶⁵.

Dal punto di vista della funzione regolativa inoltre, la rete consente di definire regole contrattuali condivise e di ridurre i costi di negoziazione. Tuttavia la rete conosce costi di governo superiori al gruppo rispetto a cui presenta una maggiore instabilità, e vincoli più intensi del mercato⁶⁶.

All'interno delle reti caratterizzate da stabilità, durata e coordinamento, si distinguono reti contrattuali istituite mediante la conclusione di contratti plurilaterali o bilaterali «per lo più interessati da fenomeni di collegamento negoziale» in cui le cause dei singoli contratti rimangono distinte; reti organizzative strutturate secondo la forma degli enti giuridici «promossi e partecipate da imprese-nodo». Si parla, inoltre, di reti complesse che combinano strumenti contrattuali e organizzativi di coordinamento.

In caso di contratti collegati si crea un collegamento soggettivamente eterogeneo, perché la rete è costituita da imprese giuridicamente indipendenti. Dal punto di vista morfologico le reti si presentano con una struttura a raggiera, con il centro costituito dall'impresa leader e i nodi collegati da contratti bilaterali oppure a filiera: in queste ipotesi il ciclo produttivo si svolge attraverso rapporti sequenziali funzionalmente connessi tra loro⁶⁷.

⁶⁵ F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in F. Cafaggi –P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 426.

⁶⁶ Per queste considerazioni si v. F. CAFAGGI, *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., pp. 31-32.

⁶⁷ F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in F. Cafaggi –P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., pp. 427-428.

In caso di contratti plurilaterali con funzione di coordinamento assume un'importanza centrale il consorzio, in cui il ruolo di coordinamento è svolto dal mandato collettivo.

Il contratto nelle reti di imprese assume un «preciso ruolo come strumento di sviluppo alternativo alla struttura societaria o alla crescita interna all'impresa e come atto dotato di funzioni diverse»⁶⁸.

Le imprese che ne costituiscono i nodi perseguono un interesse comune di organizzazione e continuazione dell'impresa. Ne consegue che le condotte delle parti risultano improntate a principi di cooperazione, fiducia e solidarietà, che assicurano flessibilità temperando il rischio di relazioni opportunistiche⁶⁹.

Sotto il profilo degli strumenti di coordinamento si parla di reti c.d. proprietarie, per indicare, anche se al di fuori del gruppo societario, le reti fondate su un assetto particolare di partecipazione al capitale. Con riguardo a questo ambito si è soliti distinguere tra reti paritetiche e reti gerarchiche, anche considerando forme di dipendenza economica, allocazione dei poteri decisionali e di diritti di proprietà.

Inoltre, sul presupposto che la diversità della natura e delle funzioni della rete richiede diversi strumenti giuridici di coordinamento, si è distinto tra «reti inerenti la fase di produzione (es. reti di subfornitura), reti inerenti la produzione e gestione di conoscenza innovativa (es. reti tra un *licensor* di brevetto e diversi *licensees*), reti inerenti la fase di distribuzione (es. *franchising*), reti per la produzione e distribuzione di servizi (finanziari, amministrativi), reti per la produzione e salvaguardia di beni collettivi locali»⁷⁰. Nelle reti di subfornitura e di *franchising* i rapporti sono regolati da contratti bilaterali, redatti dal committente o dal *franchisor*. Il coordinamento è condotto dall'impresa in posizione di dominanza e dal *franchisor* che provvedono ad inserirvi apposite clausole contrattuali.

Si è, inoltre, soliti individuare reti verticali «che corrono lungo la filiera coordinando diverse fasi della produzione ovvero produzione e distribuzione (reti interfase), e reti orizzontali con imprese operanti nella stessa fase in posizione di concorrenza, almeno potenziale»⁷¹.

⁶⁸ Dalla funzione di coordinamento produttivo o distributivo ad una funzione di ristrutturazione e di risanamento sino a strategie di collaborazione. Così: G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, cit.

⁶⁹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 164 ss.

⁷⁰ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Premessa*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., pp. 24 -25.

⁷¹ F. CAFAGGI, *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 53.

Ci si è interrogati sul rapporto tra reti di imprese e concorrenza e se sia compatibile con la disciplina antitrust supportare le reti di imprese. Sul punto occorre ricordare quanto precisato da una lucida dottrina⁷².

Tra intervento pubblico e tutela della concorrenza sussiste un forte legame⁷³.

La giurisprudenza più recente e la legislazione hanno superato l'idea della netta separazione tra contratto e concorrenza, quali referenti contrapposti del rapporto e del mercato. Ciò perché «il fatto contrattuale può essere oggetto di una pluralità di valutazioni che integrano la sua disciplina in presenza di un rapporto fra imprese che operino nello stesso mercato e non ha alcuna giustificazione separare la normativa del contratto e la normativa dell'atto di concorrenza». Si deve, d'altra parte constatare che «la disciplina del mercato in cui i contraenti operano non è affatto indifferente alla valutazione dell'assetto negoziale, il quale non può essere inteso come fatto isolato, ma come frammento di un'attività dell'impresa la cui valutazione è strettamente connessa con il contesto economico e con la struttura del mercato»⁷⁴.

Se ne trae anche l'ulteriore conseguenza, confermata dai casi *Courage* e *Manfredi*, della concorrenza fra rimedi a tutela del mercato e del contratto e del ruolo fondamentale che il rimedio risarcitorio ha assunto nell'antitrust continentale⁷⁵.

Da ciò deriva la necessità di verificare quali effetti in concreto la rete potrà produrre sul funzionamento della concorrenza⁷⁶ ed esaminare le reciproche interferenze.

È opportuno, infine, precisare che le reti di imprese si sono poste al centro dell'attenzione non soltanto degli studiosi italiani ma anche della dottrina internazionale⁷⁷. In questo ambito ci si è ad esempio interrogati sul profilo della crisi e del fallimento delle reti di imprese, cercando di enucleare i rimedi più appropriati⁷⁸.

⁷² G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 203ss. ed oggi in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 187 ss.

⁷³ ID., *op. loc. cit.* che richiama L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 11 ss.

⁷⁴ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 203ss. ed oggi in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 187 ss.

⁷⁵ ID., *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ In tal senso cfr. anche M. R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali. Non minor virus est tueri et perficere rem inventam...quam reperire*, in *Obb. e contr.*, 12, 2009, p. 951 ss. L'Autrice constata che anche il diritto antitrust ha attribuito una giuridica rilevanza alle reti di imprese. Il considerando n. 6 del Regolamento CE n. 2790/1999 ha espressamente considerato gli accordi verticali tra imprese quali fenomeni idonei a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti, consentendo altresì alle imprese di raggiungere un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite. Il considerando dispone infatti che «gli accordi verticali rientranti nella categoria definita al presente regolamento possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, essi possono contribuire a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti e possono altresì consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite».

⁷⁷ Si segnala, a proposito, il convegno di carattere internazionale dal titolo *Exchange to cooperation – Networks and Long Term Relationship in European Contract Law*, tenutosi a Firenze il 5 e il 6 giugno 2009,

3.1 I recenti interventi normativi in tema di reti di imprese

Un primo espresso riferimento normativo alle reti di imprese è stato operato dall'art. 6bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 contenente «disposizioni urgenti per lo sviluppo economico e la competitività»⁷⁹, il cui fine di politica economica è individuato nella promozione dello «sviluppo del sistema delle imprese attraverso azioni di rete che ne rafforzino le misure organizzative, l'organizzazione per filiera, lo scambio e la diffusione delle migliori tecnologie di servizi di sostegno e collaborazione tra realtà produttive anche appartenenti a ragioni diverse».

La normativa sancisce l'applicabilità della disciplina relativa ai distretti produttivi di cui all'art. 1 commi 366 e seguenti della legge 23.12.2005 n. 266 come modificata dal d.l. 112/2008, «alle reti, di livello nazionale, delle imprese e alle catene di fornitura, quali libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza nei mercati internazionali». La normativa rinvia ad un successivo decreto del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, affinché stabilisca «le caratteristiche e le modalità di individuazione dei distretti produttivi, quali libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo i principi di sussidiarietà».

Con legge 33/2009 il legislatore è intervenuto⁸⁰, pur in assenza del previsto decreto del Ministro dello Sviluppo di concerto con quello dell'Economia e delle Finanze, convertendo con modifiche il decreto legge 10 febbraio 2009 n. 5.

presso l'Altana di Palazzo Strozzi, organizzato da Secola (Society of European Contract Law) con la collaborazione dell'Associazione Persona e Mercato, del Dipartimento di diritto privato e processuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, dell'Istituto Universitario Europeo e dell'Istituto Italiano di Scienze Umane.

⁷⁸ Cfr. G. TEUBNER, «*And if I by Beelzebub cast out Devils...*»: *An Essay on the Diabolic of Network Failure*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 4, 2009, p. 395 ss. A seguito dei fallimenti delle reti, la dottrina propone una alternativa tra un ritorno alla gerarchia e la decentralizzazione. Il risultato è una sterile oscillazione tra due poli egualmente non attraenti: «*Devil or Beelzebub?*».

Sul profilo rimediabile torneremo nel terzo capitolo del lavoro.

⁷⁹ Si tratta del d.l. 112/2008 convertito in L. 6.8.2008 n. 133. Sul punto v. C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come «contratti di rete»*, in *Obbl. e contr.*, 3, 2009, p. 200 ss.

⁸⁰ Auspicava l'introduzione di un contratto transtipico di rete F. CAFAGGI, *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 437 ss. L'A. aveva segnalato la necessità di introdurre nel nostro ordinamento un contratto transtipico di rete con funzione di coordinamento interimprenditoriale, comprendente anche una funzione regolativa, in grado di coordinare fase di produzione e di distribuzione.

Nell'*Avant project* francese (si tratta dell'*Avant project de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis au Garde de Sceaux par le professeur Pierre Catala* che ha interessato gli artt. 1101-1386 *Code civil*) si è proposto di modificare l'art. 1172 del codice civile introducendo una disciplina dell'interdipendenza contrattuale. In questa prospettiva «si considerano interdipendenti i contratti la cui

Il provvedimento normativo ha introdotto una normativa sul contratto di rete in parte lacunosa, inserita in un contesto privo di sistematicità, che ha dato luogo a problemi interpretativi⁸¹.

L'intervento ha esteso a chi stipula un contratto di rete le sole disposizioni c.d. amministrative previste dall'art. 1 comma 368 lett. b) della legge 23 dicembre 2005 n. 266 e non dunque tutte le facilitazioni previste dall'art. 6 bis della legge 266/2005.

Successivamente l'art. 1 della legge 23 luglio 2009 n. 99, la cui rubrica recita «Disposizioni per l'operatività delle reti di imprese», ha modificato l'art. 3 commi 4 *ter*, 4 *quater* e 4 *quinquies* del decreto legge 10 febbraio 2009 n. 5, così come riformato dalla legge 9 aprile 2009 n. 33, ed ha abrogato l'art. 6-*bis* del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112⁸².

Di recente il legislatore è intervenuto ancora una volta sul tema con la l. 122/2010 che ha convertito il decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, apportando significative modifiche ai commi 4-*ter* e 4-*quater* sopra indicati.

A seguito delle modifiche legislative succedutesi, la disciplina attuale sul contratto di rete si presenta come segue.

Il contratto di rete viene definito come il contratto «con cui più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato ed a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme ed in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la

esecuzione è necessaria per la realizzazione di un'operazione economica unitaria». Si tratta di un profilo generale che non si applica ai soli contratti d'impresa. La norma non è limitata ai contratti d'impresa, ma si collega all'art. 1342 del codice civile francese in cui si consente il cumulo della responsabilità extracontrattuale con quella contrattuale. Si riconosce l'effetto di propagazione della nullità del contratto principale «nell'ambito del *groupe de contract*»; al contempo si ammette che tale effetto non sia automatico, ponendo il giudice valutare la presenza di interessi alla conservazione degli altri contratti anche in ipotesi di caducità del contratto principale. Per queste considerazioni cfr. F. CAFAGGI, *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., pp. 437-438.

⁸¹ Sul contratto di rete in dottrina si veda G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, cit., p. 390 ss. L'A. richiama l'attenzione «non tanto alla configurazione di un tipo ma ai principi regolatori della materia». F. CAFAGGI - P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obb. e contr.*, 7, 2009, p. 595 ss., ID., *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, in *nelMerito.com*, 24 aprile 2009; C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come «contratti di rete»*, cit.; M. R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit., p. 951 ss.; M. FLICK, *Il contratto nelle «reti di imprese»: problemi e prospettive*, cit.; S. MEUCCI, *La nuova normativa sui contratti di rete (Legge 33/2009) ed il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Persona e Mercato, Rivista periodica on-line*, 1, p. 42 ss., consultabile su www.personaemercato.it

⁸² Cfr. M.R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit., p. 951 ss.

nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso».

Con riguardo alla forma, si stabilisce che ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-*quater*, il contratto deve essere redatto come atto pubblico o come scrittura privata autenticata, e deve contenere l'indicazione degli elementi che di seguito si indicano.

Il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale degli aderenti alla rete, partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva (art.3 comma 4-*ter*, lett. a). Nonché gli obiettivi strategici e le attività comuni poste a base della rete, «che dimostrino il miglioramento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi e della competitività sul mercato» (art.3 comma 4-*ter*, lett. b).

Il contratto deve, altresì, contenere l'individuazione di un programma di rete (art. 3 comma 4-*ter*, lett. c), in cui devono essere enunciati i diritti e gli obblighi assunti da ciascuna impresa partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune, la misura ed i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo. Se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-*bis*, comma1, lett. a c.c. Viene sancita l'applicabilità al fondo patrimoniale comune, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 c.c.

Significativa la previsione della necessità di indicare la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, nel caso in cui siano state pattuite, le relative cause facoltative di recesso anticipato nonché le condizioni per l'esercizio del relativo diritto. Resta ferma in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo.

Nel contratto devono inoltre essere indicate, se ne è prevista l'istituzione, «il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto». La legge stabilisce inoltre che, in assenza di una diversa previsione, tale organo agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché

all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza.

Devono altresì essere indicate le regole «per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo».

Nella residua disciplina contenuta nella norma in esame, si prevede che le disposizioni di attuazione del comma 4-ter, lett. e) per le procedure attinenti alle pubbliche amministrazioni devono essere adottate con «decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro dello sviluppo economico».

Inoltre, si stabilisce che nelle forme previste dal comma 4-ter.1, si deve procedere alla ricognizione di interventi agevolativi previsti dalle vigenti disposizioni applicabili alle imprese aderenti al contratto di rete, interessate dalle procedure di cui al comma 4-ter, lettera e), secondo periodo. E si precisa la residua competenza regionale per le procedure di rispettivo interesse.

Con riferimento alla pubblicità, il comma 4-quater stabilisce che il contratto di rete deve essere iscritto nel registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari.

L'art.3, comma 4-quinquies, infine, dispone l'applicabilità alle reti di impresa delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 368, lett. b) c) e d) della legge 23 dicembre 2005 n. 266 come successivamente modificata⁸³, «previa autorizzazione rilasciata con

⁸³ Si tratta delle disposizioni di cui all'art. 1 co. 368 della legge 266/2005, c.d. amministrative, finanziaria e per la ricerca e lo sviluppo, che dispongono quanto segue.

"b) amministrative:

1) al fine di favorire la massima semplificazione ed economicità per le imprese che aderiscono ai distretti, le imprese aderenti possono intrattenere rapporti con le pubbliche amministrazioni e con gli enti pubblici, anche economici, ovvero dare avvio presso gli stessi a procedimenti amministrativi per il tramite del distretto di cui esse fanno parte. In tal caso, le domande, richieste, istanze ovvero qualunque altro atto idoneo ad avviare ed eseguire il rapporto ovvero il procedimento amministrativo, ivi incluse, relativamente a quest'ultimo, le fasi partecipative del procedimento, qualora espressamente formati dai distretti nell'interesse delle imprese aderenti si intendono senz'altro riferiti, quanto agli effetti, alle medesime imprese; qualora il distretto dichiara altresì di avere verificato, nei riguardi delle imprese aderenti, la sussistenza dei presupposti ovvero dei requisiti, anche di legittimazione, necessari, sulla base delle leggi vigenti, per l'avvio del procedimento amministrativo e per la partecipazione allo stesso, nonché per la sua conclusione con atto formale ovvero con effetto finale favorevole alle imprese aderenti, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici provvedono senza altro accertamento nei riguardi delle imprese aderenti. Nell'esercizio delle attività previste dal presente numero, i distretti comunicano anche in modalità telematica con le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici che accettano di comunicare, a tutti gli effetti,

con tale modalità. I distretti possono accedere, sulla base di apposita convenzione, alle banche dati formate e detenute dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabilite le modalità applicative delle disposizioni del presente numero;

2) al fine di facilitare l'accesso ai contributi erogati a qualunque titolo sulla base di leggi regionali, nazionali o di disposizioni comunitarie, le imprese che aderiscono ai distretti di cui al comma 366 possono presentare le relative istanze ed avviare i relativi procedimenti amministrativi, anche mediante un unico procedimento collettivo, per il tramite dei distretti medesimi che forniscono consulenza ed assistenza alle imprese stesse e che possono, qualora le imprese siano in possesso dei requisiti per l'accesso ai citati contributi, certificarne il diritto. I distretti possono altresì provvedere, ove necessario, a stipulare apposite convenzioni, anche di tipo collettivo con gli istituti di credito ed intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385, e successive modificazioni, volte alla prestazione della garanzia per l'ammontare della quota dei contributi soggetti a rimborso. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze sono stabilite le modalità applicative della presente disposizione;

3) i distretti hanno la facoltà di stipulare, per conto delle imprese, negozi di diritto privato secondo le norme in materia di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile;

c) finanziarie:

1) al fine di favorire il finanziamento dei distretti e delle relative imprese, con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro delle attività produttive e la CONSOB, sono individuate le semplificazioni, con le relative condizioni, alle disposizioni della legge 30 aprile 1999, n.130, applicabili alle operazioni di cartolarizzazione aventi ad oggetto crediti concessi da una pluralità di banche o intermediari finanziari alle imprese facenti parte del distretto e ceduti ad un'unica società cessionaria;

2) con il regolamento di cui al numero 1) vengono individuate le condizioni e le garanzie a favore dei soggetti cedenti i crediti di cui al numero 1) in presenza delle quali tutto o parte del ricavato dell'emissione dei titoli possa essere destinato al finanziamento delle iniziative dei distretti e delle imprese dei distretti beneficiarie dei crediti oggetto di cessione;

3) le disposizioni di cui all'articolo 7-bis della legge 30 aprile 1999, n.130, si applicano anche ai crediti delle banche nei confronti delle imprese facenti parte dei distretti, alle condizioni stabilite con il regolamento di cui al numero 1);

4) le banche e gli altri intermediari che hanno concesso crediti ai distretti o alle imprese facenti parte dei distretti e che non procedono alla relativa cartolarizzazione o alle altre operazioni di cui alla legge 30 aprile 1999, n.130, possono, in aggiunta agli accantonamenti previsti dalle norme vigenti, effettuare accantonamenti alle condizioni stabilite con il regolamento di cui al numero 1);

5) al fine di favorire l'accesso al credito e il finanziamento dei distretti e delle imprese che ne fanno parte, con particolare riferimento ai progetti di sviluppo e innovazione, il Ministro dell'economia e delle finanze adotta o propone le misure occorrenti per:

5.1) assicurare il riconoscimento della garanzia prestata dai confidi quale strumento di attenuazione del rischio di credito ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali degli enti creditizi, in vista del recepimento del Nuovo accordo di Basilea;

5.2) favorire il rafforzamento patrimoniale dei confidi e la loro operatività; anche a tal fine i fondi di garanzia interconsortile di cui al comma 20 dell'articolo 13 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, possono essere destinati anche alla prestazione di servizi ai confidi soci ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385;

5.3) agevolare la costituzione di idonee agenzie esterne di valutazione del merito di credito dei distretti e delle imprese che ne fanno parte, ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali delle banche nell'ambito del metodo standardizzato di calcolo dei requisiti patrimoniali degli enti creditizi, in vista del recepimento del Nuovo accordo di Basilea;

5.4) favorire la costituzione, da parte dei distretti, con apporti di soggetti pubblici e privati, di fondi di investimento in capitale di rischio delle imprese che fanno parte del distretto;

d) per la ricerca e lo sviluppo:

decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, da adottare entro sei mesi dalla relativa richiesta e successive modificazioni». La norma richiama, pertanto, non solo le sole disposizioni di carattere amministrativo ma anche quelle di carattere finanziario e relative alla promozione della ricerca e dello sviluppo previste al comma 368 lett. c) e d)⁸⁴.

- 1) al fine di accrescere la capacità competitiva delle piccole e medie imprese e dei distretti industriali, attraverso la diffusione di nuove tecnologie e delle relative applicazioni industriali, è costituita l'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione, di seguito denominata «Agenzia»;
- 2) l'Agenzia promuove l'integrazione fra il sistema della ricerca ed il sistema produttivo attraverso l'individuazione, valorizzazione e diffusione di nuove conoscenze, tecnologie, brevetti ed applicazioni industriali prodotti su scala nazionale ed internazionale;
- 3) l'Agenzia stipula convenzioni e contratti con soggetti pubblici e privati che ne condividono le finalità;
- 4) l'Agenzia è soggetta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei ministri che, con propri decreti di natura non regolamentare, sentiti il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle attività produttive, nonché il Ministro per lo sviluppo e la coesione territoriale ed il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, se nominati, definisce criteri e modalità per lo svolgimento delle attività istituzionali. Lo statuto dell'Agenzia è soggetto all'approvazione della Presidenza del Consiglio dei ministri».

⁸⁴ Rimane, pertanto, esclusa l'applicabilità alle reti di imprese delle sole disposizioni c.d. fiscali previste dalla lettera a) della legge 266/2005, che dispongono quanto segue:

- «1) le imprese appartenenti a distretti di cui al comma 366 possono congiuntamente esercitare l'opzione per la tassazione di distretto ai fini dell'applicazione dell'IRES;
- 2) si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute negli articoli 117 e seguenti del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n.917, relative alla tassazione di gruppo delle imprese residenti;
- 3) tra i soggetti passivi dell'IRES di cui all'articolo 73, comma 1, lettera b), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, sono compresi i distretti di cui al comma 366, ove sia esercitata l'opzione per la tassazione unitaria di cui ai commi da 366 a 372;
- 4) il reddito imponibile del distretto comprende quello delle imprese che vi appartengono, che hanno contestualmente optato per la tassazione unitaria;
- 5) la determinazione del reddito unitario imponibile, nonché dei tributi, contributi ed altre somme dovute agli enti locali, viene operata su base concordataria per almeno un triennio, in base alle disposizioni dei numeri seguenti;
- 6) fermo il disposto dei numeri precedenti, ed anche indipendentemente dall'esercizio dell'opzione per la tassazione distrettuale o unitaria, i distretti di cui al comma 366 possono concordare in via preventiva e vincolante con l'Agenzia delle entrate per la durata di almeno un triennio il volume delle imposte dirette di competenza delle imprese appartenenti da versare in ciascun esercizio, avuto riguardo alla natura, tipologia ed entità delle imprese stesse, alla loro attitudine alla contribuzione e ad altri parametri oggettivi, determinati anche su base presuntiva;
- 7) la ripartizione del carico tributario tra le imprese interessate è rimessa al distretto, che vi provvede in base a criteri di trasparenza e parità di trattamento, sulla base di principi di mutualità;
- 8) non concorrono a formare la base imponibile in quanto escluse le somme percepite o versate tra le imprese appartenenti al distretto in contropartita dei vantaggi fiscali ricevuti o attribuiti;
- 9) i parametri oggettivi per la determinazione delle imposte di cui al numero 6) vengono determinati dalla Agenzia delle entrate, previa consultazione delle categorie interessate e degli organismi rappresentativi dei distretti;
- 10) resta fermo da parte delle imprese appartenenti al distretto l'assolvimento degli ordinari obblighi e adempimenti fiscali e l'applicazione delle disposizioni penali tributarie. In caso di osservanza del concordato, i controlli sono eseguiti unicamente a scopo di monitoraggio, prevenzione ed elaborazione dei dati necessari per la determinazione e l'aggiornamento degli elementi di cui al numero 6);

Il legislatore si è infatti posto l'obiettivo di incrementare l'efficienza diminuendo i costi attraverso il supporto di elementi di tipo finanziario e normativo.

Attraverso i primi si consente alle imprese che partecipano ai contratti di rete di godere *ex lege* dei benefici fiscali. Con riferimento ai secondi, si prevedono requisiti di forma e di contenuto del contratto di rete, tra cui obiettivi strategici, attività comune, mezzi patrimoniali di perseguimento, durata del contratto, recesso e organo comune⁸⁵.

3.1.1 Il contratto di rete

Il legislatore ha configurato il contratto di rete come un accordo che due o più imprenditori pongono in essere al fine di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, assumendosi obbligazioni di carattere ed intensità diversa.

Il contratto può infatti aver ad oggetto l'esercizio in comune di una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali. La collaborazione in forme ed in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese. Oppure il solo scambio di informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica. Tutto ciò sulla base di un programma di rete, che deve essere indicato nel contratto, nel quale vengono enunciati anche i diritti e gli obblighi che ciascuna impresa partecipante si assume, le modalità di realizzazione dello scopo comune che le imprese perseguono, nonché «la misura ed i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo».

11) i distretti di cui al comma 366 possono concordare in via preventiva e vincolante con gli enti locali competenti per la durata di almeno un triennio il volume dei tributi, contributi ed altre somme da versare dalle imprese appartenenti in ciascun anno;

12) la determinazione di quanto dovuto è operata tenendo conto della attitudine alla contribuzione delle imprese, con l'obiettivo di stimolare la crescita economica e sociale dei territori interessati. In caso di opzione per la tassazione distrettuale unitaria, l'ammontare dovuto è determinato in cifra unica annuale per il distretto nel suo complesso;

13) criteri generali per la determinazione di quanto dovuto in base al concordato vengono determinati dagli enti locali interessati, previa consultazione delle categorie interessate e degli organismi rappresentativi dei distretti;

14) la ripartizione del carico tributario derivante dall'attuazione del numero 7) tra le imprese interessate è rimessa al distretto, che vi provvede in base a criteri di trasparenza e parità di trattamento, sulla base di principi di mutualità;

15) in caso di osservanza del concordato, i controlli sono eseguiti unicamente a scopo di monitoraggio, prevenzione ed elaborazione dei dati necessari per la determinazione di quanto dovuto in base al concordato».

⁸⁵ A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 89.

Il contratto consente, pertanto, di creare regole dispositive derogabili dalle parti attraverso cui le imprese realizzano progetti comuni e accrescono la loro capacità e competitività⁸⁶.

Lo scopo comune può essere perseguito attraverso l'istituzione di un fondo comune o attraverso la costituzione da parte di ciascun contraente di un patrimonio destinato all'affare ai sensi dell'art. 2447 bis, comma 1, lett. a) c.c. Ciò perché il legislatore ha configurato la possibilità che la rete sia o meno dotata di un patrimonio.

Nell'ipotesi in cui si scelga di dare esecuzione alla rete attraverso patrimoni separati, di cui si richiama la disciplina ma si omette di operare un opportuno coordinamento, si costituiranno tanti patrimoni quanti sono i partecipanti, attribuendo al contratto di rete il compito di definire le modalità di coordinamento dei patrimoni e all'organo comune il compito di gestirli al fine di realizzare il programma di rete.

La previsione di un organo dotato di poteri rappresentativi e di un fondo patrimoniale, nonché l'esercizio in comune di un'attività, consentono al contratto di rete di fondere elementi propri del contratto ad elementi propri delle organizzazioni con una struttura associativa. Al contempo, però, la normativa tace in ordine all'indicazione della sede o della denominazione dell'ente associativo e non configura le attività poste a base della rete come oggetto del contratto in senso proprio⁸⁷.

Da segnalare il recente intervento normativo che ha disposto l'applicabilità alla rete «in quanto compatibili» degli artt. 2614 e 2615 del codice civile concernenti la disciplina del fondo consortile e della responsabilità verso i terzi dei consorzi con attività esterna.

L'art. 2615 c.c., la cui rubrica recita «responsabilità verso i terzi», stabilisce che, per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere le loro pretese sul solo fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati sono questi ultimi, invece, a rispondere, ma in solido col fondo consortile. Si prevede inoltre che, in ipotesi di insolvenza nei rapporti tra consorziati, il debito si ripartisca tra tutti in proporzione delle quote. Ciò implica le conseguenze che di seguito si indicano.

⁸⁶ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, p. 1 ss.

⁸⁷ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, cit., p. 598.

Si sottolinea, inoltre, come anche il termine «conferimento» evochi la disciplina societaria.

Gli autori dubitano che il legislatore abbia inteso conferire alla rete la qualità di ente dotato di soggettività esterna, argomentando dall'assenza di una disciplina in materia di autonomia patrimoniale e dal rinvio operato dal richiamato art. 1 comma 368 lett. b) della L. 266/2005 agli artt. 1703 c.c. sul mandato, ha fatto prevalere l'interpretazione volta ad attribuire alla rete natura meramente contrattuale, con esclusione della rilevanza esterna nei confronti dei terzi.

Gli aderenti alla rete non potranno chiedere la divisione del fondo per la durata del contratto di rete.

I creditori dei singoli aderenti non potranno far valere i loro diritti sul fondo.

La responsabilità subirà una limitazione entro i limiti del fondo consortile per le obbligazioni assunte in nome della rete ovvero, accogliendo la tesi della assenza di soggettività della rete, assunte in nome degli aderenti quali aderenti alla rete per attuare il programma di rete.

Per quanto concerne le obbligazioni assunte dall'organo comune per conto dei singoli, pur sempre nell'ambito dell'attuazione del programma di rete, si viene a creare una forma di solidarietà tra gli aderenti⁸⁸.

Il testo della norma, inoltre, come di recente novellato, dispone che l'organo incaricato di eseguire il contratto di rete agisce in rappresentanza delle imprese anche individuali che aderiscono al contratto in tutta una serie di procedure, quali la programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni; le procedure inerenti gli interventi di garanzia per l'accesso al credito; quelle relative all'utilizzo di strumenti di promozione e tutela dei prodotti italiani, nello sviluppo del sistema interimpresitoriale nei processi di internazionalizzazione e innovazione previsti dall'ordinamento; nella utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza. Tutto ciò purché il contratto di rete non disponga diversamente.

Quanto alla forma, come anticipato, si prevede che il contratto debba essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e debba indicare i seguenti dati: il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale delle imprese che aderiscono alla rete. L'individuazione degli obiettivi strategici e delle attività poste a base della rete. Il programma di rete. La durata del contratto, le modalità di adesione da parte di altre imprese e le relative ipotesi di recesso; l'organo comune incaricato di eseguire il programma di rete, i poteri, anche di rappresentanza, e le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo. Si fa salva l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo.

L'iscrizione nel registro delle imprese ove hanno sede i contraenti, è, invece, richiesta ai fini di pubblicità.

Si è opportunamente rilevato che la norma, prevedendo che le imprese aderenti alla rete possano esercitare le sole attività economiche rientranti nei loro oggetti sociali, riduce la possibilità di costituire reti con funzione di coordinamento primaria o

⁸⁸ Per queste considerazioni svolte sull'emendamento attualmente recepito dalla legge, si veda ancora F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, cit., p. 601.

secondaria. Non solo. La necessità di rispettare il limite dell'esercizio di un'attività rientrando nell'oggetto sociale delle singole imprese costituisce un serio ostacolo alla possibilità per le stesse di svolgere assieme ciò che non avrebbero fatto singolarmente⁸⁹.

Tra le maggiori lacune della normativa si segnala, oltre all'assenza di una regolazione del divieto di abuso di dipendenza economica⁹⁰, anche la mancanza di una disciplina sulle conseguenze delle ipotesi di recesso⁹¹, strumento positivamente menzionato dalla legge.

Si rilevano, altresì, lacune per quanto concerne il coordinamento col tema della gestione dei diversi patrimoni separati e l'assenza di regole di default necessarie per garantire ai privati il più alto livello di autodeterminazione⁹².

Discussa anche la natura del contratto di rete. In dottrina si privilegia la tesi del contratto transtipico. Ciò consente di integrare la disciplina del regolamento contrattuale con quella prevista per i tipi previsti dalla legge⁹³ e con i principi regolatori dell'operazione, coniugando regole della concorrenza e del mercato⁹⁴.

3.2 Alcune considerazioni in merito alla necessità di un intervento normativo sul contratto di rete

Una lucida dottrina ha espresso una nota di insoddisfazione per l'intervento del legislatore che si auspicava più incisivo «non limitato al contratto di rete», ma esteso alla «introduzione generale di una disciplina sulle reti di imprese, di cui le reti con-

⁸⁹ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, cit., p. 598.

⁹⁰ F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, cit., p. 441.

Sul punto si osserva, però, che non vi è alcun ostacolo a ritenere applicabile la disciplina che pone il divieto di abuso di dipendenza economica anche al contratto di rete. Così: M. R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit., p. 951 ss.

Sulla disciplina che pone il divieto di abuso di dipendenza economica si veda *infra* il paragrafo 5) e i successivi sottoparagrafi.

⁹¹ ID., *op. loc. cit.*

Sotto il profilo del recesso, la norma si mostra interessante in quanto contiene la esplicita menzione di un rimedio, il recesso appunto, in grado di conferire flessibilità al rapporto. Il recesso è uno strumento idoneo a porre fine a rapporti non funzionali al perseguimento di determinate strategie e a stimolare meccanismi competitivi, che possono sussistere nelle reti (per queste considerazioni v. P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, cit., p. 125 ss. L'A. mette in guardia dalla possibilità che chi recede ponga in essere comportamenti opportunistici, da controllare con lo strumento del divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della L. 192/1998). Dello stesso A. cfr. anche P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009.

La fattispecie delineata dalla L. 33/2009 è un'ipotesi tipica, in relazione alla quale si può discutere se sia suscettibile di applicazione analogica a tutti i contratti a lungo termine.

⁹² M.R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit., p. 951 ss.

⁹³ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, cit., p. 598.

⁹⁴ G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, cit., p. 393.

trattuali ed il contratto di rete costituissero perno essenziale»⁹⁵. Non solo. Se il legislatore avesse espressamente inserito un riferimento «alla collaborazione e al coordinamento quali elementi causali determinanti», sarebbe emersa una «più ampia e chiara definizione del contratto e del suo scopo economico-sociale». Il legislatore avrebbe, insomma, potuto cogliere l'occasione per disciplinare anche il collegamento contrattuale, fenomeno di fonte giurisprudenziale, che conosce soltanto alcuni referenti normativi (cfr. art. 34 Codice del consumo), senza essere disciplinato in via generale.

In quest'ottica si osserva che il contratto di rete, così come attualmente configurato, difficilmente potrà costituire un valido strumento per svolgere forme di collaborazione tra imprese e tra imprese e terzi. Tra i limiti posti dalla disciplina si segnalano le difficoltà poste dall'espressione «esercizio in comune dell'attività» che evoca quella contenuta nel contratto di società⁹⁶. Meglio sarebbe stato inserire un esplicito riferimento alla collaborazione tra imprese, secondo diversi schemi graduabili dal puro coordinamento all'integrazione dell'attività⁹⁷.

Altri rilevano che il collegamento negoziale è uno strumento insufficiente a far emergere le operazioni economiche reali ed a regolare i problemi derivanti da comportamenti opportunistici. Sicché si auspica un intervento del legislatore su un piano diverso da quello del contratto plurilaterale, volto ad individuare il tipo di collegamento rilevante tra contratti bilaterali e il piano di rilievo del collegamento⁹⁸.

Sul punto si ritiene di condividere l'opinione di autorevole dottrina che richiama l'attenzione degli interpreti sulla necessità di dedicare grande attenzione ai «principi regolatori dell'operazione»⁹⁹. In tal senso si osserva che, se da un lato il diritto dei contratti non sempre è adeguato «a regolare fenomeni di interdipendenza contrattuale in cui coesistono cooperazione e competizione», dall'altro non sempre è configurabile un'autonomia concettuale ed operativa del contratto di impresa o di un terzo contratto, né è generalizzabile un'astratta categoria di tutela del contraente debole. La strada tracciata è diversa. Si ripercorre ciò che è avvenuto negli anni '60, a fronte della diffusione di forme contrattuali quali il *leasing*, il *franchising*, l'*engineering*¹⁰⁰, di cui il legislatore si è limitato a disciplinare in modo puntuale alcuni aspetti senza interveni-

⁹⁵ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, cit., p. 602.

⁹⁶ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *op. ult. loc. cit.*

⁹⁷ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009, p. 146.

⁹⁸ Per questi riferimenti cfr. M.R., *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit., che richiama G. TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, consultabile all'indirizzo SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1233545>, 2; C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come «contratti di rete»*, cit., p. 209.

⁹⁹ G. VETTORI, *Il contratto nello sviluppo e nella crisi dell'impresa*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 188.

¹⁰⁰ Sul punto si richiama G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 346 ss.

re sul tipo per la tendenziale completezza del modello anglosassone. E si argomenta la necessità non di una tipizzazione, ma di interventi che vietino «un risultato economico e un ampio ricorso a norme imperative di principio come le norme costituzionali, i diritti ed i principi»¹⁰¹.

Dello stesso avviso anche chi ritiene non necessario un intervento normativo che disciplini in generale il collegamento negoziale, in base alla considerazione per cui le norme del nostro ordinamento sono già di per sé sufficienti a disciplinare le relazioni reticolari già esistenti. Così, si argomenta, i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362-1369 c.c. offrono gli strumenti per interpretare il contratto inserito in una rete di imprese. Dall'art. 1362 c.c. si trae, infatti, che ogni contratto deve essere interpretato tenendo in considerazione gli altri contratti inseriti nella rete¹⁰².

Sotto il profilo della limitazione di responsabilità patrimoniale, sarebbe stato opportuno distinguere reti contrattuali con responsabilità illimitata delle singole imprese e reti associative con forme di limitazione della responsabilità, ottenuta graduando il ruolo del fondo patrimoniale comune e la struttura di *governance*, anche al fine di tutelare i terzi¹⁰³.

4. L'analisi economica del diritto

Struttura e funzione del contratto a lungo termine meglio si comprendono considerando il profilo dell'analisi economica del diritto¹⁰⁴.

L'analisi economica dimostra che la durata del contratto è proporzionalmente correlata, da un lato, al rischio che si verifichino comportamenti opportunistici e, dall'altro, alla perdita di flessibilità. Da qui si prefigura l'opportunità per le parti di scegliere uno schema contrattuale che presenti un grado di duttilità tale da consentire loro di gestire le modificazioni dell'assetto originariamente pattuito¹⁰⁵.

¹⁰¹ G. VETTORI, *Il contratto nello sviluppo e nella crisi dell'impresa*, cit., p. 187.

¹⁰² M.R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, cit. L'A. osserva che in tal senso, in Francia una parte della dottrina ha rilevato la inutilità della disposizione di cui all'art. 153 del progetto di riforma del diritto dei contratti, concernente i contratti interdipendenti. Sul punto si richiama S. BROS, *Les Contracts interdépendants: actualité et perspectives*, in *Recueil Dalloz*, 2009, n. 14, p. 965.

¹⁰³ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 145.

¹⁰⁴ SANTINI, *Il commercio, saggio di economia del diritto*, Bologna, 1999, p. 363, ha rilevato che: «il modo di ragionare dei giuristi continentali dovrà in parte mutare, divenendo più pragmatico..e abbandonando la pretesa di utilizzare sempre e comunque gli schemi del diritto civile, frutto di una dogmatica più raffinata, ma anche troppo sofisticata rispetto ai risultati che rende possibile..occorre allora abbandonare il dato di partenza logico- astratto fornito dal nostro sistema giuridico e dai miti che l'accompagnano..e partire direttamente dal dato economico ricercando di volta in volta la norma..che regola il fenomeno».

¹⁰⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 24 ss.

Gli studi di microeconomia pongono in luce che ai fini della scelta tra «*make*» e «*buy*», nell'alternativa tra internazionalizzazione, intesa come sviluppo all'interno dell'azienda di tutti i processi per la produzione dei beni o servizi, ed acquisto dei medesimi al di fuori dell'azienda, un ruolo determinante è svolto dai costi transattivi. Ovvero dai costi connessi allo svolgimento delle trattative, tra cui quelli per l'accesso alle informazioni o al controllo sulla conservazione del rapporto¹⁰⁶.

4.1 La rilevanza dei costi transattivi

La scelta contenuta nell'alternativa enunciata non può prescindere da un'analisi che tenga conto dei costi e dei benefici che si traggono in un caso o nell'altro.

In un contesto in cui i costi tendono a zero, la soluzione ideale è rappresentata da scambi decentrati di mercato¹⁰⁷.

In presenza invece, di costi elevati, si rende necessario il ricorso a formule organizzative, le quali possono implicare vari gradi di accordo tra le imprese. Si consideri che la direzione unitaria della produzione e la centralizzazione delle decisioni consentono di ridurre drasticamente i costi di transazione¹⁰⁸. In questo contesto le reti di imprese raccolgono i vantaggi della alternativa tra il modello integrato e gerarchico dell'impresa e il modello relazionale, del contratto, perché «tendono a creare attraverso rapporti contrattuali una stabile ma duttile organizzazione dell'attività economica sia tratti di produzione o distribuzione, con specifici rapporti di scambio e quindi di sinergia ma anche di partecipazione a costi e profitti»¹⁰⁹.

Ad una tale conclusione si giunge considerando che i rischi di opportunismo contrattuale e di abuso di dipendenza economica si insidiano allorché un'impresa decide di esternalizzare una fase del proprio processo produttivo ricorrendo al mercato per la ricerca di una controparte affidabile. Assumono rilevanza in queste relazioni il grado di specificità degli investimenti, i costi di commutazione, la frequenza dei con-

¹⁰⁶ cfr. O. WILLIAMSON, *Transaction-cost-Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *22 Jour. Law & Econ.*, 1979.

¹⁰⁷ Cfr. sul punto il parere dell'AGCM, in cui emerge la preoccupazione che un intervento troppo incisivo nell'autonomia privata possa pregiudicare il decentramento produttivo.

¹⁰⁸ L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 150-151 riporta l'opinione di Klein, Crawford e Alchian (B. KLEIN - R.G. CRAWFORD - A.A. ALCHIAN, *Vertical integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J. L. & Econ.* 297, 1978) per i quali i costi di transazione deriverebbero dallo «spreco di risorse legato ai tentativi di creare e sfruttare l'*hold-up* della controparte nella negoziazione e rinegoziazione dei contratti». «Nel passaggio dal contratto all'impresa si realizza una transizione da una struttura di governo bilaterale della relazione a una struttura unificata. All'interno dell'impresa i problemi di *hold-up* sono ridotti perché il surplus non deve essere condiviso», rimanendo all'interno della stessa unità decisionale. Cfr. L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 150-151.

¹⁰⁹ A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 87.

tratti, la specializzazione e la dimensione dell'impresa, l'ampiezza della domanda, il livello di informazioni sui rischi e sugli aspetti giuridici del contratto.

Conscia della rilevanza di questi elementi, la riflessione dei teorici dell'onerosità delle transazioni critica la visione neoclassica del mercato come meccanismo automatico e privo di costi e «profilo non solo un'ipotesi di fallimento di mercato, ma anche di fallimento del diritto»¹¹⁰. Si deve ad Oliver Williamson l'approfondimento della natura e delle cause dei costi di transazione e l'acquisizione di uno studio di tipo dinamico. Rispetto all'impostazione di Coase¹¹¹, il «dilemma del *trade off* è riproblematizzato tenendo in considerazione il fatto che il componente da acquisire possa non essere più un bene semplice, prodotto in modo standardizzato, ma un bene molto specifico che solo pochi fornitori sanno produrre»¹¹². Williamson rileva come in un ambiente «perfettamente statico» l'alternativa tra l'internalizzazione dell'attività e la negoziazione di un contratto valido sia del tutto indifferente. La diversa realtà dei mercati induce, invece, ad inserire nell'analisi, considerazioni di ordine dinamico. In particolare si devono considerare le dimensioni critiche che caratterizzano le transazioni, quali l'incertezza, la frequenza con cui ricorre la transazione e l'ammontare degli investimenti in beni durevoli specifici di una transazione¹¹³. Ciò considerando anche che non è possibile attuare in concreto la contrattazione *ex ante* dell'assegnazione dei frutti degli investimenti, che configura la migliore soluzione in astratto¹¹⁴.

4.2 I contratti di lunga durata: vantaggi e limiti posti in luce dall'analisi economica del diritto

Nella difficile scelta tra *make* e *buy* occorre prendere in esame quelle forme contrattuali che, diversamente dai contratti ad efficacia istantanea, sono così articolate da configurarsi come intermedie tra mercato e impresa.

¹¹⁰ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 23.

¹¹¹ Cfr. O. WILLIAMSON, *Transaction-cost-Economics*, cit. ID., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in 36 *Administrative Science Quarterly*, 1991, p. 282. R.COASE, *The nature of the Firm*, in *Economia*, 1937, tr. It. *La natura dell'impresa*, 1937, p. 79, che può leggersi oggi nell'antologia di ID., *Impresa mercato e diritto*, a cura e con introduzione di M. Grillo, Bologna, 1995, p. 80.

¹¹² R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 60.

¹¹³ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 60 ss. L'A. rileva che l'idea di base è che quanto maggiori sono i «costi connessi a questo fenomeno, tanto maggiore è la spinta delle imprese verso forme più o meno accentuate di integrazione verticale». Anche i «fallimenti transattivi» osservati nel funzionamento del mercato dei beni intermedi potrebbero consigliare di scegliere il metodo dell'integrazione verticale. L'internalizzazione (ovvero la sostituzione delle transazioni di mercato con un'organizzazione interna) costituirebbe, pertanto, un mezzo efficace per abbattere i costi transattivi.

¹¹⁴ L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., p. 134.

Un rimedio ipotizzato dagli studiosi dell'analisi economica del diritto è costituito proprio dai contratti di lunga durata. Tali schemi contrattuali riducono la pressione concorrenziale sulle parti, le quali, però, essendo portatrici di una razionalità limitata, non sono in grado di adattare i termini del contratto al mutare delle circostanze esterne. Ogni contratto si presenta, pertanto, necessariamente incompleto. Si considerino, a tal fine, limiti intrinseci alla prevedibilità umana e gli alti costi transattivi, probabilmente superiori ai benefici, che deriverebbero da una esplicita allocazione dei rischi¹¹⁵.

Williamson amplia questo quadro con una ulteriore riflessione. Proprio nelle relazioni economiche complesse di lunga durata, c.d. *relational contracts*, si insinua la probabilità che si verifichino comportamenti opportunistici, a causa dell'alto grado di specificità degli investimenti (c.d. *asset specificity*)¹¹⁶. Ricondotta la questione in questi termini, il problema per il produttore rimane quello di scegliere tra un contratto di lunga durata, che riduce i costi e «l'ammontare delle quasi rendite attraverso l'internalizzazione degli investimenti specifici, ma accresce i rischi di *hold-up*», per la incapacità di far fronte alle contingenze future¹¹⁷, ed uno di breve durata (c.d. *spot contracts*), soggetto a periodici rinnovi. Quest'ultima soluzione «elude i costi di una flessibilità ridotta e dei comportamenti opportunistici», ma si trova a dover fronteggiare un problema diverso, quello del numero limitato di *partners* commerciali qualificati, «tra i quali poter scegliere in occasione della rinegoziazione dei contratti»¹¹⁸. All'interno di tali considerazioni Williamson osserva come rivesta un ruolo centrale il concetto di *asset specificity*. Infatti, la parte che deve effettuare un investimento specifico rispetto ad una relazione economica, chiederà che le sia garantita una durata sufficientemente lunga del contratto, tale da ammortizzarne nel tempo il costo, pur sapendo che, a causa della razionalità limitata, tale contratto sarà necessariamente incompleto. Allorché i costi dei beni strumentali siano «totalmente o parzialmente irre recuperabili (c.d. *sunk costs*), perché il bene non è utilizzabile in un'altra relazione se non a costi di riconversione proibitivi (c.d. *switching costs*), nessun operatore economico sceglie di stipulare una serie di *spot contracts*»¹¹⁹. Tale forma contratt-

¹¹⁵ R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 274 ss., F. MACARIO, in *Trattato Roppo*, Rimedi II, 2008.

¹¹⁶ Cfr. ancora R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 62.

¹¹⁷ R. COASE, *La natura dell'impresa*, cit., p. 79 ss. ritiene che «più lungo è il periodo contrattuale di fornitura della merce o del servizio, meno possibile e in verità meno desiderabile è per l'acquirente specificare cosa ci si aspetta dall'altra parte contrattuale».

¹¹⁸ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 24. L'A. richiama O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, 1975.

¹¹⁹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, cit., pp. 63-64.

tuale «pone seri problemi di disincentivazione all'investimento quando si tratta di attività idiosincratice»¹²⁰.

Il contratto a lungo termine comporta, però, altre ricadute economiche che non possono essere ignorate, poiché tende a ridurre una situazione concorrenziale in una forma di monopolio bilaterale. Si è in tal senso rilevato che sebbene nel momento iniziale «sia possibile osservare una concorrenza basata su grandi numeri, nel caso delle transazioni idiosincratice la relazione tra acquirente e fornitore, in seguito si trasforma rapidamente in un monopolio bilaterale»¹²¹. Neppure la scelta del *relational contracting* assicura una parte contro comportamenti opportunistici dell'altra, perché gli studi empirici dimostrano che l'incapacità di governare relazioni economiche di lunga durata cagiona comportamenti opportunistici tra le parti, che propendono ad approfittare delle possibilità lasciate aperte dall'incompletezza del contratto¹²². La predeterminazione delle prestazioni in funzione della durata del contratto, se da un lato determina la necessaria prosecuzione del rapporto, dall'altro crea una dipendenza per tutta la durata dello stesso.

La razionalità limitata delle parti e l'opportunismo fanno sì che il contrante che effettua un investimento specifico venga a pagare i costi di una flessibilità ridotta, in quanto non è in grado di collocarne altrove i prodotti. La parte viene, così, a trovarsi «intrappolata» nella relazione (*locked-in*), ed esposta al potere negoziale della controparte, senza avere alcuna garanzia in ordine al fatto che possa beneficiare dei frutti¹²³. Sicché la disparità del potere contrattuale delle parti si pone all'origine di condotte improntate all'opportunismo, che danno luogo ad un vero e proprio abuso della libertà contrattuale perpetrato da parte dell'impresa più forte a danno di quella più debole. Avvalendosi della maggiore forza economica, una parte induce l'altra ad accet-

¹²⁰ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, cit., p. 64 cita: O. WILLIAMSON, *Transaction-cost-Economics: The Governance of Contractual Relations*, in 22 *jour. Law & Econ.*, 1979, in ID., *L'organizzazione economica*, Bologna, 1991, p. 146. Questa motivazione si aggiunge a quella di Coase, secondo cui nelle scelte dell'impresa «deve inoltre essere preso in considerazione il costo di negoziare e concludere un contratto separato per ogni scambio sul mercato»: R. COASE, *The nature of the Firm*, in *Economia*, 1937 (tr. It. *La natura dell'impresa*, 1937, p. 79, che può leggersi oggi nell'antologia di ID., *Impresa mercato e diritto*, a cura e con introduzione di M. Grillo, Bologna, 1995, p. 80).

¹²¹ O. WILLIAMSON, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in 36 *Administrative Science Quarterly*, 1991, p. 282.

¹²² R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 64.

R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole*, cit., p. 224 osservano che le parti di un contratto devono decidere fra allocazione *ex ante* dei rischi (ovvero delle perdite future considerate dalle parti al momento della conclusione del contratto) e allocazione *ex post* delle perdite (ovvero delle perdite che si materializzano effettivamente dopo la conclusione del contratto). La negoziazione dei rischi determina costi notevoli per le parti. Se invece i contraenti lasciano una lacuna, ciò determinerà probabilmente costi transattivi. Le parti saranno portate a lasciare una lacuna tutte le volte che il costo di negoziazione di determinate clausole ecceda quello necessario ad effettuare gli interventi necessari per colmarla. Si parla in queste ipotesi di «lacune razionali».

¹²³ L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., p. 134.

tare clausole contrattuali per essa decisamente sfavorevoli; pone in essere rifiuti ingiustificati di vendere o di comprare, rompe il rapporto di durata in modo immotivato o non rinnova il contratto.

Gli elementi descritti, quali incompletezza del contratto, imperfezioni informative e rischio di «*hold-up*» definiscono una situazione di dipendenza economica¹²⁴. Tale situazione si verifica, appunto, quando, a seguito della difficoltà di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, una delle parti matura un interesse talmente elevato a rimanere all'interno del rapporto contrattuale, che l'interruzione improvvisa determinerebbe per la stessa la perdita di gran parte degli investimenti effettuati, che diverrebbero così irrecuperabili. Da tutto ciò consegue la potenziale esposizione all'altrui comportamento opportunistico, definito «*hold-up*».

5. L'abuso di dipendenza economica

Come accennato nel paragrafo che precede, la disparità di potere contrattuale dà origine ad alcune condotte opportunistiche, all'imposizione di condotte contrattuali discriminatorie e gravose da parte del contraente più forte. Quando il potere contrattuale di una parte sopravviene durante lo svolgimento del rapporto, ciò può dar luogo a comportamenti minacciosi volti a consentire la modifica di contratti esistenti o a far accettare durante la vita del rapporto condizioni non pattuite precedentemente. A ciò si aggiunge il rifiuto di vendere o di comprare.

Il rischio che si verifichi una dipendenza dal potenziale utilizzatore emerge anche considerando il profilo della alta specificità degli investimenti effettuati nei rapporti contrattuali a lungo termine che richiede una durata del contratto tale da consentire di recuperare l'investimento realizzato.

Le problematiche che risultano preordinate a comportamenti di abuso relativo, considerate dagli economisti in termini di «*hold up*» iniziano a trovare un riconoscimento anche a livello giuridico.

Dal quadro delineato si trae una intima connessione tra contratti di durata e la fattispecie che pone il divieto di abuso di dipendenza economica¹²⁵, disciplinata

¹²⁴ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 23.

¹²⁵ Amplicissima è la letteratura in tema di abuso di dipendenza economica. Tra gli altri si veda: M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, p. 449; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; F. BORTOLOTTI, *I contratti di su-*

dall'art. 9 della L. 192/1998,¹²⁶ previsione non limitata al solo rapporto di subfornitura¹²⁷, ma avente portata tendenzialmente estesa a tutti i rapporti tra imprese.

bfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali, Padova, 1999; A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in *Contr.*, 1999, p. 95 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto, in Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, I, p. 9 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389 ss.; CERIDONO, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 429 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge «antitrust»*, in *Giur. comment.*, 1998, p. 833; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, p. 9 ss.; A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, nota a Trib. Roma, 12 settembre 2002, Trib. Roma 16 ottobre 2002, Trib. Bari, 2 luglio 2002, Trib. Roma, 20 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3210 ss.; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 213 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 191.

¹²⁶ L'articolo 9 l. 18.6.1998, n. 192 sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive ha introdotto nell'ordinamento italiano il divieto di abuso di dipendenza economica.

Ai sensi di quest'articolo:

1. «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti o di obblighi. La dipendenza è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.»
 2. «L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria della relazioni commerciali in atto.»
 3. «Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.»
- 3 bis. «Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi e a seguito dell'attivazione dei propri poteri d'indagine, procedere alle diffide e alle sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso».

¹²⁷ Le vicissitudini che hanno accompagnato la genesi del nuovo istituto che in base al progetto originario doveva trovar posto come art. 3-bis, nella L. 287/90 in materia di concorrenza e mercato e successivamente collocato all'interno della legge 192/98 sulla subfornitura, sono state alla base della nascita di una profonda ambiguità intorno al suo ambito di applicazione, che hanno reso l'art. 9 della l. 192/98 una norma «sospesa tra diritto civile e diritto antitrust» (così V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto tra diritto civile e diritto antitrust»*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389). Dopo le prime incertezze interpretative tese a circoscrivere la fattispecie ai soli rapporti di subfornitura, una molteplicità di elementi quali il tenore letterale della disposizione, i lavori preparatori, norme corrispondenti previste in altri ordinamenti cui il legislatore italiano si è ispirato, il parere reso al testo del disegno di legge 192/98 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la novella operata dall'art. 11 della L. 57/2001 che ha aggiunto all'art. 9 il comma 3 bis, hanno fatto prevalere sia in dottrina che in giurisprudenza l'interpretazione che estende a tutti i rapporti tra imprese l'ambito di applicazione della norma.

In giurisprudenza per l'applicazione generalizzata della fattispecie che pone il divieto di abuso di dipendenza economica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, cfr.: Trib. di Catania, 05 gennaio 2004; Tribunale Trieste, 21 settembre 2006. Il Tribunale Roma, sez. III, 05 febbraio 2008 n. 2688 (tutte in *De jure*, Giuffrè) ha precisato che: «La disciplina in tema di abuso di dipendenza economica si applica a tutte le

Se ciò comporta, da un lato, che la norma non è destinata a trovare applicazione in via esclusiva ai contratti di durata, dall'altro conferma il ruolo del divieto di abuso di dipendenza economica come clausola generale di abuso di potere contrattuale delle relazioni contrattuali tra imprese che la dottrina ha da sempre rilevato¹²⁸.

Da sottolineare il rilievo che il fenomeno del divieto di abuso di dipendenza economica può assumere nella rete, in cui possono verificarsi fenomeni di «abuso nella rete» e di «abuso della rete» per il diverso potere contrattuale delle imprese che ne fanno parte.

Il divieto di abuso di dipendenza economica non ha, però, trovato una espressa menzione all'interno della disciplina predisposta dal legislatore per il contratto di rete. Sarebbe, invece, stato proficuo specificare la «peculiarità dei sistemi di rete che certo richiedono maggiore flessibilità rispetto alle relazioni di mercato e dunque parametri diversi per la valutazione dell'esistenza e delle conseguenze dell'abuso»¹²⁹.

I requisiti della fattispecie sono l'abuso e la dipendenza economica.

Le condizioni di rilevanza della dipendenza economica sono, da un lato, la possibilità per un'impresa di imporre un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi nei rapporti commerciali con un'altra impresa, dall'altro, che l'impresa che subisce l'abuso non sia in grado di reperire alternative soddisfacenti sul mercato¹³⁰.

situazioni di dipendenza economica tra imprese che, come la subfornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo ad una integrazione «verticale» delle rispettive attività. Ne deriva che i contratti, come quelli bancari, non riconducibili alla dinamica di tali rapporti, rimangono estranei all'ambito di applicazione dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 e non possono, quindi, dar luogo alla sanzione di nullità da tale norma comminata». Trib. Roma, 30-11-2009 in *Foro it.*, 2011, I, c. 256: «La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso l'appalto di servizi distributivi». *Contra*: Trib. Torino, sez. III, 08 novembre 2006 (Redazione Giuffrè 2007) secondo cui «I rapporti negoziali che non siano riconducibili alla tipologia del contratto di subfornitura non ricadono nella sfera di applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998». Trib. Roma (pronunce 05.05.2009; 24.09.2009; 19.02.2010 in *Foro it.*, 2011, I, c. 256; 17.03.2010 in *Foro it.*, 2011, I, c. 255) secondo cui: «La disciplina dell'abuso di dipendenza economica non è applicabile a rapporti contrattuali differenti dalla subfornitura produttiva».

Con specifico riferimento alla disciplina del *Franchising* cfr. Trib. Bari, 22-10-2004, il quale ha precisato che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso il *franchising*.

¹²⁸ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 276.

¹²⁹ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 145.

¹³⁰ Così secondo l'interpretazione che riteniamo di accogliere, condivisa da gran parte della dottrina tra cui v.: G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, I, p. 44; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 221; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 139; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sui contratti di subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, cit., p. 145; FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 331; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura*, cit., p. 833; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 47; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 405; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, cit., p. 191.

5.1 La fattispecie di abuso dell'interruzione arbitraria delle relazioni in atto

Il comportamento di abuso non è descritto, ma solo esemplificato attraverso il ricorso ad un elenco di ipotesi, dal rifiuto di vendere o di comprare, all'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, all'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Queste dovrebbero essere le manifestazioni più gravi e diffuse dell'abuso, ma non le uniche. L'uso della congiunzione «anche» fa pensare che l'elencazione non sia esaustiva¹³¹: l'interprete è abilitato a trovarne altre,¹³² giacché sarà il mercato a stabilire cosa è abusivo e cosa non. L'art. 9 individua, dunque, una clausola generale in grado di comprendere al suo interno un'eterogenea gamma di possibili estrinsecazioni dell'abuso, relative tanto alla fase della determinazione del contenuto del contratto quanto alla condotta esecutiva dello stesso. Il loro comune denominatore è individuato dalla dipendenza di un'impresa la quale genera, *per relationem*, una condizione di potere suscettibile di essere abusata. Nell'interpretare la norma occorre fare riferimento ai parametri elaborati in relazione a quella disciplina, cosicché il comportamento tenuto dall'impresa in posizione di dominanza dovrà essere considerato abusivo se differente da quello praticato su mercati geograficamente diversi avente uguale struttura, ma su cui operi la concorrenza, anche imperfetta. Invece non avrà alcuna rilevanza né l'eventuale inefficienza

Un altro orientamento ritiene che la sola condizione di rilevanza della disposizione sia l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato (v. CERIDONO, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 436).

Altri segnalano la difficoltà di individuare parametri diversi dal requisito dell'assenza di alternative soddisfacenti, anche se il legislatore riconosce tale possibilità (Cfr. V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 405).

Un altro filone ritiene che un'interpretazione letterale della norma porterebbe ad escludere che l'esistenza di idonee alternative debba essere considerata requisito essenziale della dipendenza economica, con la logica conseguenza di concedere tutela anche se l'imprenditore, al quale siano state imposte condizioni contrattuali eccessivamente gravose, avesse potuto reperire altrove alternative di mercato soddisfacenti (Cfr. D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in G. DE NOVA (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1998, p. 80; A. RENDA, *Esito di contrattazione economica e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta «pie in the sky?»*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, p. 300, secondo il quale «riguardo alla problematica delle alternative disponibili sul mercato...l'impressione di fondo è comunque che si tratti di un refuso mal digerito appartenente ai disegni di legge precedenti, nei quali emergeva l'intenzione di portare il disposto dell'articolo 9 a integrazione e modifica del contenuto dell'articolo 3 della L. n. 287 del 1990»). Del tutto eventuale sembrerebbe, in quest'ottica, il riferimento alla situazione del mercato, la cui mancata menzione creerebbe un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alle normative vigenti in altri Stati europei.

Secondo un'altra impostazione la congiunzione «anche» indica che il criterio dell'assenza di alternative soddisfacenti non è l'unico requisito su cui fondare la dipendenza economica (cfr. A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 329).

¹³¹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 126.

¹³² V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 927.

dell'impresa forte, né servirà un'enorme sproporzione perché l'abuso possa dirsi integrato.

Tra le forme di abuso, l'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali costituisce l'ipotesi più frequente nel settore dei rapporti di lunga durata di cui ci stiamo occupando.

Si tratta di un'ipotesi di interruzione reale del rapporto specularmente a quella dell'imposizione di condizioni inique. Che le due ipotesi siano strettamente connesse è confermato, del resto, dalle pronunce giurisprudenziali, che hanno messo in luce come, nelle concrete dinamiche interimpreditoriali, l'interruzione delle relazioni commerciali si realizzi proprio tramite il *refusal to deal*¹³³⁻¹³⁴

Il valore normativo della previsione si risolve nell'esclusione della pura facoltà di recedere nei rapporti tra imprese, laddove una delle parti versi in uno stato di dipendenza economica.

Come ipotesi di abuso, l'interruzione dei rapporti rileva in quanto arbitraria: da qui la necessità di identificare questo termine. L'ambito applicativo della regola sarà circoscritto alle ipotesi in cui la parte dipendente abbia effettuato investimenti idiosincratici, ovvero che a causa della specificità tecnica della destinazione, importano costi di riconversione molto elevati. Tale ipotesi è particolarmente rilevante nei rapporti di subfornitura industriale e nel *franchising*. Nella maggior parte dei casi, soprattutto in presenza di rapporti di durata senza previsione di un termine finale, la valutazione in merito all'abusività del recesso sarà assorbita da un giudizio di congruità del termine di preavviso adottato. Rispetto a questo giudizio può considerarsi abusivo il recesso intimato prima di un decorso temporale idoneo a permettere alla controparte di recuperare l'esposizione finanziaria, cui è stata indotta dalla prospettiva della durata nel tempo del rapporto e che lo scioglimento dello stesso rende irrecuperabile, sempre che non ricorra una giusta causa. Nei casi in cui rilevino motivazioni legate all'esistenza di fattori determinanti o di una giusta causa, sembra attuale l'insegnamento che collega il recesso con l'inesigibilità e in particolare l'affermazione secondo cui «si ha abuso quando non ricorrono ragioni che rendono oggettivamente insostenibile la continuazione del rapporto», insistendo sulla necessità «di valutare il carattere giusto, o non, del motivo di scioglimento, e di valutarlo attraverso un'indagine legata all'organizzazione, alla struttura e alla conservazione del particolare rapporto che si vuole, con dichiarazione unilaterale, risolvere»¹³⁵.

¹³³ V. ad esempio, Trib. Bari, 6 maggio 2002 e 2 luglio 2002, in cui l'interruzione delle relazioni si è consumata attraverso la mancata fornitura di capi d'abbigliamento.

¹³⁴ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 139.

¹³⁵ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 123.

Volendo esemplificare le ipotesi che si possono verificare si possono indicare i casi in cui il contratto ha un termine finale e l'interruzione avviene prima della scadenza; il contratto è a tempo indeterminato; il contratto è già scaduto¹³⁶.

Nel primo caso ogni recesso non giustificato rileva alla stregua di un comune inadempimento, la cui disciplina è dettata dalle norme sulla responsabilità contrattuale. Può assumere una notevole rilievo l'esperienza giurisprudenziale maturata negli ultimi anni con riguardo al recesso *ad nutum* dai contratti di apertura in conto corrente, al fine di far dichiarare l'inefficacia dell'atto di esercizio del recesso.

La seconda ipotesi offre l'ambito di applicazione più vasto per il tipo di abuso in esame, soprattutto quando il contratto è riconducibile al *franchising*¹³⁷.

L'ultimo caso è quello in cui ad essere lanciati su un mercato ancora inesplorato sono i *franchisees*, mentre i *franchisors* sono protetti dal rischiare in proprio¹³⁸.

L'interruzione del rapporto può costituire un mezzo utilizzato dagli affilianti per finanziare una nuova attività senza sopportarne il rischio. Gli estremi dell'abuso di dipendenza economica verranno integrati soltanto se il *franchisee* dimostri che il recesso è stato dettato dall'unica ragione economica di trovare nuovi *partners* in grado di apportare liquidità alle casse del *franchisor*¹³⁹.

¹³⁶ Cfr. *amplius*: R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 141. Proprio in materia di interruzione delle relazioni commerciali in atto, il Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007 (vedila in *De Jure*, Giuffrè) ha deciso che «In caso di condizione di dipendenza economica, l'impresa dominante può rifiutarsi di contrarre o di interrompere le relazioni commerciali purché tale azione corrisponda ad un apprezzabile interesse economico dell'impresa dominante (mutamento delle strategie di espansione commerciale, variazione di prodotto, necessità di adeguamento dei livelli qualitativi dei prodotti) e non sia arbitrario o finalizzato a danneggiare commercialmente l'impresa in condizioni di dipendenza economica)».

¹³⁷ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 142 ss. osserva che rilevano le ipotesi in cui i *franchisees* sono obbligati ad acquistare beni prodotti da società controllate dal *franchisor*, cosicché l'affiliato viene utilizzato per perseguire una politica di gruppo, che va oltre il legittimo interesse a tutelare l'immagine della rete distributiva. La fine del rapporto può costituire un modo per punire il *franchisee* che non abbia perseguito tale politica, perché non gli avrebbe portato un tornaconto economico. Avrà particolare rilievo l'indagine sulle ragioni che spingono l'affiliante ad indicare agli affiliati i fornitori presso cui reperire i prodotti, l'analisi del prezzo pagato agli stessi e la verifica sul se questi ultimi siano soggetti economici controllati dai *franchisors*. Solo se verrà accertato che l'indicazione dei fornitori è stata strumentale rispetto all'interesse economico non cooperativo del *franchisor*, si potrà ritenere arbitraria l'interruzione del rapporto ai sensi dell'art. 9 della legge sulla subfornitura.

¹³⁸ v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 142 ss.

¹³⁹ In entrambe le ipotesi lo strumento del *franchising* non viene utilizzato in senso cooperativo, bensì allo scopo di finanziare gli affilianti tramite lo sfruttamento della dipendenza economica degli affiliati: in tal modo l'istituto in esame viene ad essere un mezzo di condivisione della *ratio* che, secondo la migliore dottrina, informa la recente disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Significative le considerazioni di L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 80, secondo cui quando il debitore del prezzo è la parte forte del contratto, può accadere che questi «allo scopo di autofinanziarsi gratuitamente o a basso tasso d'interesse, abusi dello stato di dipendenza economica della controparte per imporle termini eccessivi di pagamento o la tolleranza di ritardi prolungati».

Nel caso, invece, in cui il contratto sia a tempo determinato, scaduto e non rinnovato, posto che non può ravvisarsi in capo ad una parte un diritto ad un automatico rinnovo del contratto, non sembra sufficiente riferirsi al solo grado di specificità degli investimenti, per legittimare una continuazione del rapporto. In particolare, sarà legittimo constatare se esso sia supportato da una valida motivazione, alla luce degli investimenti fatti dalla controparte e dell'aspettativa alla prosecuzione del rapporto così suscitata¹⁴⁰.

L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, pur non essendovi menzionata, si reputa contemplata anche nell'art 3 della L. n. 287/90, visto che è in grado di realizzare «una delle forme più pericolose di abuso, giacché un rifiuto di contrarre può rappresentare uno strumento di rarefazione dell'offerta, in quanto realizza una limitazione o impedimento della produzione (art. 3 cit., comma 1, lett. b) o addirittura costituire una forma estrema di discriminazione (lett. c), in quanto non arbitrariamente opposto dall'imprenditore alla generalità dei probabili contraenti»¹⁴¹.

5.2 La dipendenza economica

La dipendenza può scaturire da diverse circostanze: da un lato vi sono quelle esterne alle condizioni delle parti e legate alle caratteristiche del bene o del servizio in oggetto o alle condizioni del mercato; dall'altro vi sono quelle connesse alle qualità soggettive dell'impresa dipendente¹⁴². Appartengono alla prima categoria la dipen-

¹⁴⁰ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 142 ss. distingue due fattispecie, astrattamente riconducibili all'ambito applicativo del divieto di abuso di dipendenza economica.

Nella prima oltre ad un'alta specificità degli investimenti sostenuti ed all'affidamento nella prosecuzione del contratto aldilà della sua durata formale, ricorre anche il concorso di un comportamento attivo dell'altra parte, come nell'ipotesi in cui il *franchisor*, durante le trattative per il rinnovo, successive alla comunicazione della disdetta, permetta che il *franchisee* faccia nuovi investimenti sul presupposto della prosecuzione del rapporto.

La seconda ipotesi riguarda il caso in cui in una relazione commerciale di lunga durata, scanditasi attraverso una serie ripetuta di rinnovi taciti, una parte intenda porre fine al rapporto e proseguire la relazione commerciale con un altro *partner* ritenuto migliore. Il rispetto dell'obbligo di buona fede potrebbe determinare il riconoscimento di un diritto di prelazione alla parte debole del rapporto e correlativamente imporre alla parte che intende uscire dalla relazione di rendere note all'altra le condizioni contrattuali offerte. Ciò trova conferma anche nel Reg. CE n. 1400 del 2002, il quale con riferimento agli accordi verticali e le pratiche concordate nel settore automobilistico prevede quanto segue: «il fornitore che intenda recedere da un accordo ne debba dare notizia per iscritto e specificare i motivi particolareggiati, obiettivi e trasparenti del recesso».

¹⁴¹ F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comment.*, 1997, 2, pp. 179-181.

¹⁴² A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, cit., sottolinea che la legge 192/98 si rivolge al subfornitore «come soggetto debole economicamente e contrattualmente» e più precisamente al subfornitore che si trovi in una posizione di «minorità economica e tecnologica..nella specifica produzione «dedicata» al committente».

denza da assortimento e quella da penuria; fanno parte della seconda la dipendenza da rapporti commerciali e quella del fornitore o per causa di forza d'acquisto¹⁴³.

5.2.1 Dipendenza da assortimento.

Tale situazione si verifica allorché il bene in questione sia largamente diffuso tra il pubblico e si tratti di un articolo di marca che ha acquistato una tale notorietà, da formare oggetto di una domanda specifica e individualizzata da parte dei clienti, per cui il rivenditore che non sia in grado di soddisfare la domanda del prodotto in questione, subisce una diminuzione della propria immagine di mercato e il rifiuto del produttore di rifornirlo può essere considerato abusivo. Perché ciò si verifichi, occorre che la marca in questione sia considerata insostituibile o in modo assoluto, perché nella prospettiva dell'utilizzatore non è fungibile con alcun altro prodotto, o in maniera relativa, qualora l'intermediario debba offrire una varietà di prodotti di determinate marche, e non possa approvvigionarsi di essi nella loro molteplicità.

L'impresa che, lamentando di trovarsi in stato di dipendenza economica, debba fornire la prova della non sostituibilità del prodotto (tra i cui elementi da considerare assume una rilevanza notevole la forza del marchio), ha un compito tutt'altro che facile da assolvere. Emblematico in tal senso, è il caso «*Trivial*», dove, la valutazione della non sostituibilità del prodotto effettuata dal Consiglio della Concorrenza, tenendo conto della forza attrattiva del marchio, è stata ribaltata in Appello e in Cassazione, poiché si è ritenuto che il grado di specificità del noto gioco di società non fosse tale da escludere l'esistenza di sostituti, di conseguenza i grossisti avrebbero potuto approvvigionarsi altrove, pur ammettendo che il cambiamento avrebbe causato loro difficoltà transitorie o piccole perdite di guadagno¹⁴⁴.

In Germania la c.d. *Sortimentsbedingte Abhängigkeit*, ha trovato varie applicazioni tra cui significativo, in tal senso, è il caso *Rossignol*¹⁴⁵, dove nonostante la quota di mercato detenuta dalla casa produttrice non superasse l'8%, del mercato, la Corte Su-

¹⁴³Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 482. Per la casistica descritta nei paragrafi che seguono si farà costante riferimento a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 116 e ss. M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., pp. 50 ss, cui si rinvia per un approfondimento.

¹⁴⁴Cass. com., 2 giugno 1992, n. 90-18.224, in *Bull. Civ. IV*, n. 224, p. 157.

¹⁴⁵BGH 20. 11. 1975, in *WuW/E*, BGH 1391. Vedi anche il caso «*Adidas*» (BGH, 30.6.1981, in *WuW/E*, BGH 1985) in cui fu riconosciuto lo stato di dipendenza economica rispetto alla nota marca di prodotti sportivi, di un magazzino con sezione specifica dedicata agli articoli sportivi; la decisione «*Asbach Fachgrosshändlervertrag*» (BGH, 24.2.1976, in *WuW/E*, BGH 1429) nella quale alla molto conosciuta marca di brandy, che deteneva il 12% del mercato, fu riconosciuta la capacità di determinare svantaggi competitivi nei confronti di alberghi e ristoranti che fossero sprovvisti della suddetta marca. Per i casi citati cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 116. M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 50 ss.

prema Federale ha individuato una situazione di dipendenza economica derivante dall'immagine di successo della marca, che era stata ottenuta grazie ad un'intensa campagna pubblicitaria unitamente a significativi eventi sportivi. Poiché la notorietà del marchio, aveva determinato svantaggi competitivi per i commercianti privi dei prodotti *Rossignol*, la Corte ha riconosciuto che questi si trovavano in uno stato di dipendenza economica.

La sentenza è significativa perché ha considerato che la necessità di fornire una marca determinata per essere competitivi, può discendere da un particolare livello qualitativo del prodotto, ma anche dalla presenza di altri fattori, quali per esempio una campagna promozionale particolarmente efficace che genera un livello di domanda nel pubblico, molto alto. La dottrina tedesca ha anche specificato che in questo caso la dipendenza economica può configurarsi anche rispetto ad un singolo prodotto, senza che sia necessario che l'attività dell'impresa ne risenta, potendo, anzi, essere elevata la sua redditività.

All'interno della tipologia della dipendenza da assortimento, la giurisprudenza germanica distingue tra la dipendenza da un prodotto in «testa» (c.d. *Spitzenstellungsabhängigkeit*) e quella da gruppi di prodotti in «testa» (c.d. *Spitzengruppenabhängigkeit*). La prima ricorre quando un prodotto occupi una posizione di preminenza assoluta, come nel caso *Rossignol*. La seconda quando più fabbricanti si trovino nella situazione di poter avere prodotti in testa", ma «tutti rifiutino di vendere». In tal caso si può configurare «una dipendenza economica nei confronti di tutti i produttori». La Suprema Corte ha affermato che in queste circostanze l'impresa dipendente potrà chiedere il bene a ciascun produttore, senza la necessità che venga rispettato l'ordine gerarchico¹⁴⁶.

Il criterio della notorietà del marchio (che tiene conto del prezzo, della qualità e della promozione pubblicitaria dispiegata in ordine al bene di cui si tratta), è fra quelli generalmente inclusi negli indici di valutazione della dipendenza economica anche in Francia, dove il Consiglio della Concorrenza, per verificare l'effettiva sussistenza di uno stato di dipendenza da assortimento, si è basato sulla notorietà del marchio e sulla sostituibilità del prodotto.

Il *Conseil de la concurrence*, in particolare, ha negato il riconoscimento dello stato di dipendenza economica ad un venditore rispetto ad un produttore, perché il bene in esame (whisky scozzese) era stato ritenuto sostituibile con altri, in quanto detentore di una percentuale inferiore al 5% del mercato. Del resto la ricorrente aveva potuto far ricorso ad un prodotto sostitutivo senza essere costretta a stravolgere i propri cir-

¹⁴⁶ M.R.MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p.51.

cuiti commerciali e senza dover sostenere costi proibitivi, nonostante il mercato del whisky scozzese occupasse il 50% del suo volume d'affari¹⁴⁷.

Oltre all'esistenza dei requisiti della notorietà del marchio e della sostituibilità del prodotto, come si può evincere dalle sentenze enunciate, nell'ordinamento francese ai fini del riconoscimento della sussistenza della dipendenza economica si deve anche tener conto dell'importanza del fornitore nel volume d'affari del rivenditore e della parte di mercato che questi detiene.

5.2.2 Dipendenza da penuria

La dipendenza da penuria può verificarsi laddove l'impresa dipendente venga improvvisamente ed imprevedibilmente privata di una fonte di rifornimento, che non sia in grado di sostituire in tempi convenientemente brevi e in modo soddisfacente da un punto di vista commerciale, purché, ovviamente il rivenditore non possa rivolgersi ad altri fornitori a costi e sforzi non eccessivi¹⁴⁸.

La c.d. *Mangelbedingte Abhängigkeit*, si realizza in corrispondenza di crisi nella produzione o nella fornitura di materie prime, con la conseguenza che l'impresa dipendente viene improvvisamente privata di una fonte di approvvigionamento che non è in grado di sostituire in tempi opportunamente brevi e in modo adeguato,

¹⁴⁷ C.A. Paris, 30 marzo 1992, *S.té Macallan Glenlivet*, in *JCP éd. E*, n. 19, p. 186, 564.

Analogamente nel caso di una nota casa automobilistica, il Consiglio ha ritenuto che il marchio non rivestisse, però, una notorietà superiore a quella di altri concorrenti, rilevando anche che la percentuale detenuta dalle varie produttrici di automobili nel mercato, era soggetta a facili mutamenti e che il venditore avrebbe potuto cambiare marca senza sostenere costi eccessivi. Così Cons. conc., déc. 2 maggio 1989, caso *Mercedes*, in *Gaz. Pal.*, n. 2, 1992.

Sulla stessa linea la Corte d'Appello di Parigi, chiamata a pronunciarsi su un ricorso presentato da un'impresa che si riteneva in stato di dipendenza economica nei confronti di una casa produttrice di un noto marchio di telecamere, sviluppa le argomentazioni fatte dal Consiglio della concorrenza, che aveva negato l'esistenza di tale stato di dipendenza, perché, nonostante la notorietà del marchio JVC, nel mercato delle telecamere, la notevole fluttuazione nel volume d'affari della ricorrente, costituiva un chiaro indice del fatto che la stessa fosse riuscita a sfruttare le soluzioni equivalenti esistenti. La Corte ebbe anche modo di precisare che il peso nel volume d'affari in base a cui verificare l'esistenza dello stato di dipendenza economica, andava riferito non a tutti i beni di quella marca, ma soltanto a quelli non sostituibili, la cui incidenza nel caso di specie, non poteva dirsi rilevante.

L'esistenza della possibilità di disporre di soluzioni equivalenti, costituisce, dunque, un fattore per respingere sia la domanda di dipendenza per causa d'assortimento, fondata sull'argomentazione della necessità per un rivenditore di quella categoria di dover essere in grado di offrire articoli JVC, sia quella in base alla quale, secondo le regole della concorrenza, un rivenditore dovrebbe poter accedere a tutti i prodotti delle marche disponibili. Così Cons. conc., déc. N. 90 - D- 23, 3 luglio 1990, *S.té JVC Vidéo France*, in *Rapp. Cons. conc., per il 1990*, p. 78; confermata C.A. Paris 12 ottobre 1993, in *Gaz. Pal.*, 4 aprile, pag. 227; Cass. com., 12 ottobre 1993, in *JCP éd E*, p. 430, n. 1348.

¹⁴⁸ V. la prima ordinanza emessa in Italia in materia di abuso di dipendenza economica: Trib. Bari, 20 maggio 2002.

mentre l'impresa che detiene il bene di cui vi è scarsità riesce a controllarne in modo forte l'allocazione.

Tipico caso è quello dell'improvviso impoverimento dei rifornimenti di carburante a seguito della contrazione dell'offerta decisa dai produttori di petrolio in seno all'OPEC. In tal senso è significativo il caso AGIP II¹⁴⁹, per il quale la Corte, in seguito alla crisi petrolifera del 1973, ha ritenuto che un'impresa non possa privilegiare i compratori interni al proprio gruppo o la propria rete a scapito dei distributori indipendenti, soprattutto se legati a questa da rapporti di lunga durata. In base a questo principio la Corte ha considerato abusivo il rifiuto di fornitura opposto, in un periodo di penuria, ad una stazione di servizio in posizione di dipendenza economica nei confronti di una società, da cui aveva acquistato per un determinato periodo di tempo alcuni prodotti petroliferi.

Con riferimento alla giurisprudenza francese il Consiglio della concorrenza ha confermato la fondatezza del requisito dell'inesistenza di soluzioni alternative equivalenti, la cui mancanza ha portato la Corte a respingere il ricorso in più casi. In uno di questi è stato respinta l'istanza di un'impresa che lamentava di trovarsi in stato di dipendenza economica rispetto ad una cooperativa de *La Réunion*, perché, a giudizio della Corte, avrebbe potuto rifornirsi agevolmente da altri produttori dell'isola.¹⁵⁰

Quale esempio di «abuso del prodotto» ci possiamo riferire alla decisione della Commissione europea ABG-Imprese petrolifere in Olanda del 19 aprile 1977¹⁵¹, che in assenza di una normativa specifica, aveva trattato la fattispecie della dipendenza economica alla stregua delle norme in materia di posizione dominante, ritenendo che si fosse in presenza nel caso specifico, di posizione dominante individuale di ogni società in rapporto ai suoi clienti. La crisi petrolifera del 1973 aveva causato uno stato di penuria, per cui i distributori indipendenti nei Paesi Bassi «avevano perduto di fatto

¹⁴⁹ Kammergericht, 4 luglio 1974, in *WuW/E*, OLG, 1499 citato da MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 55 e da G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra discipline della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 115 ed *ivi* il richiamo a C. OSTI, *Mercato, conc. regole*, cit., p. 15 secondo cui: «l'oggetto della norma non è quello di proteggere quegli imprenditori che abbiano compiuto una scelta sbagliata, ma piuttosto di consentire una "valutazione degli interessi" contrapposti, l'affermazione degli interessi fondamentalmente sociali protetti dalla legge».

¹⁵⁰ V. Cons. conc., déc. N. 98-D-32, 26 maggio 1998, SARL *Parfum Vanille*, in *Lamy, droit économique*, Paris, 2001, n. 930, 352. Nello stesso senso, il Consiglio della concorrenza ha respinto il ricorso di un rivenditore volto a far dichiarare l'esistenza di un abuso dello stato di dipendenza economica da parte della *Philips*, poiché il ricorrente avrebbe potuto rifornirsi da altri fornitori sia nazionali che stranieri: Cons. conc, déc. 88-D-47, 6 dicembre 1988, *S.té Philips Electronique Domestique*, confermata dalla CA Paris, 28 giugno 1989, in *BOCCRF*, 14 luglio.

¹⁵¹ *ABG - Imprese petrolifere olandesi* del 19 aprile 1977, in *G.U.* n. L 117, del 9 maggio 1977. La decisione è stata annullata dalla sent. del 29.06.1978, sul presupposto che il cliente fosse occasionale e che pertanto non si potesse rimproverare al fornitore di avergli riservato, in periodi di crisi, un trattamento meno favorevole rispetto altri clienti. D'altra parte le autorità olandesi avevano preso delle misure in favore degli acquirenti di prodotti petroliferi per fronteggiare le difficoltà derivanti dal periodo di crisi.

ogni facoltà reale di approvvigionarsi altrove presso società che disponevano di capacità di raffinazione nei Paesi Bassi» (punto II, A).

Si può presentare anche una situazione rovesciata, caratterizzata da un mercato in cui vi è saturazione dell'offerta. Laddove la situazione di dipendenza si verifichi nei confronti della generalità dei fornitori, che si rifiutano di cedere beni o servizi, il rapporto andrà imputato alla generalità di essi, piuttosto che allo specifico fornitore che intrattiene i rapporti con l'impresa in questione. Le norme non trovano applicazione, invece, nel caso in cui la situazione possa risolversi rivolgendosi ad altro fornitore.

5.2.3 Dipendenza da rapporti commerciali

Nelle relazioni contrattuali di lunga durata è frequente la c.d. dipendenza da rapporti commerciali¹⁵².

In questo tipo di rapporti il rischio che si verifichi un abuso di dipendenza economica deriva non soltanto dalla presenza di investimenti specifici, ma anche dalla lacunosità e incompletezza delle previsioni contrattuali. Le parti si trovano in una condizione di razionalità limitata, determinata dalla condizione di simmetrica imperfezione informativa in cui si trovano rispetto alle contingenze future, proiettate dal tempo all'interno del rapporto, che impediscono loro di prevedere tutte le possibili condizioni in grado di influenzare la struttura del contratto e delle obbligazioni contenute all'interno dello stesso.

In concreto la situazione in questione può verificarsi allorché il fornitore abbia impostato il proprio processo produttivo, in via più o meno esclusiva, per soddisfare la domanda dell'impresa relativamente dominante, o abbia affidato la propria produzione ad un'unica impresa di distribuzione, tanto più se questa distribuisca con il proprio marchio.

L'impresa risulta strettamente legata, ai fini della propria sopravvivenza commerciale, al flusso di commesse della controparte o alla continuazione del rapporto con la stessa, perché le alternative presenti sul mercato diverrebbero impraticabili a causa degli elevati costi di conversione dell'attività svolta. L'assenza di alternative si configura, in queste ipotesi, come successiva e non originaria all'effettuazione degli investimenti necessari per l'instaurazione del rapporto.

Proprio queste ipotesi si verificano frequentemente nei contratti a lungo termine in cui i lunghi rapporti instaurati dalle parti espongono l'impresa che ha effettuato investimenti specifici al rischio che l'altra ponga in essere comportamenti opportuni-

¹⁵² La letteratura economica riconduce i rapporti caratterizzati da investimenti specifici, altamente idiosincratici e difficilmente riconvertibili, se non ad altissimi costi, nel caso di interruzione del rapporto, a quelli suscettibili di essere sottoposti al rischio di *hold-up*, di cui viene a godere la controparte.

stici, soprattutto in relazione al momento della modifica delle condizioni contrattuali originariamente pattuite ed alla stessa prosecuzione del rapporto. La specificità di tali rapporti si coglie ancor più da un confronto con i contratti ad esecuzione istantanea, caratterizzati dalla scarsa rilevanza della identità delle parti all'interno del rapporto (*discreteness*) e dalla capacità di pianificare lo sviluppo del rapporto al momento della contrattazione (*presentation*)¹⁵³.

Nella *c.d. Unternehmensbedingte Abhängigkeit*, la dipendenza discende tipicamente e specificatamente dal singolo rapporto, tale per cui non è ricostruibile al di fuori dello stesso. Nelle prime due tipologie, invece, la dipendenza deriva da una situazione oggettiva, che può prescindere da specifiche relazioni intercorse tra le parti. Questa ipotesi si verifica sia nel caso dell'impresa unica produttrice di una parte di un bene complesso, sia in quella opposta di un produttore di parti di un bene complesso che può essere offerto esclusivamente ad un'impresa. Può anche ricorrere nei rapporti tra centrali di acquisto o la grande distribuzione ed un produttore di beni finiti, che li fornisce per la quasi totalità della sua produzione¹⁵⁴.

Più difficile è distinguere la dipendenza a causa di relazioni d'impresa da quella da penuria, qualora si riconosca rilevanza alla durata della relazione: i due tipi di dipendenza non possono che essere considerati assai simili.

Al fine di evitare una considerazione eccessivamente puntuale del caso concreto e conseguentemente per evitare di interferire eccessivamente nel rapporto contrattuale, la giurisprudenza germanica ha elaborato il criterio di valutazione della «situazione tipica» dell'impresa dipendente, «interpretata da una prospettiva detta significativamente oggettivo-generalizzante».¹⁵⁵

Le Corti germaniche hanno, però escluso l'applicazione della norma in esame, laddove la situazione di dipendenza si sia determinata anche a causa della mancanza di volontà dell'impresa dipendente di tutelarsi dalla possibilità del verificarsi dell'evento in questione, come è accaduto nel caso *Freundschaftswerbung*¹⁵⁶. In questo

¹⁵³ Tra i maggiori esponenti della categoria del contratto relazionale ricordiamo SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in 21 *Journ. Legal Stud.*, 1992, p. 271; C.J. GOETZ - R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, 1981, p. 1089; MACNAIL, *Contracts: adjustments of longterm relations under classical, neoclassical and relations contract law*, in 72 *N.W. Univ. Law Rev.*, 1978, p. 854, il quale si rimprovera di non aver fornito una chiave di lettura in materia di contratti relazionali. Nei contributi precedentemente citati, invece, gli autori interrogatisi su quale debba essere l'attività interpretativa del giudice volta a colmare le lacune di questi contratti, hanno trovato un punto di incontro sul criterio che permette di massimizzare i benefici congiunti delle parti, secondo un approccio volto ad individuare l'assetto di interessi che le parti avrebbero voluto realizzare, al di là di quella che sia stata la scelta effettuata dalle stesse.

¹⁵⁴ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 53 ss.

¹⁵⁵ C. OSTI, *ult. op. cit.*, p. 15; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 114.

¹⁵⁶ In WuW/E BGH 2360, 2366.

caso la Corte Suprema Federale ha constatato che la mancata diversificazione del rischio di una risoluzione a breve termine del rapporto contrattuale, è dipesa dal fatto che il dipendente non ha saputo utilizzare correttamente il tempo per diversificare i propri sbocchi o il proprio accesso.

Spesso, poi, la presenza di un rapporto contrattuale porta ad una sovrapposizione delle norme in materia di abuso di dipendenza economica con quelle relative alle intese restrittive della concorrenza, con quelle dettate in materia di buona fede, di responsabilità precontrattuale o di negozi contrari al buon costume. Ciò risulta anche dall'applicazione da parte della Corte di Giustizia delle CE dell'art. 85 ad una fattispecie che l'Autorità nazionale aveva risolto attraverso la sussunzione del caso concreto all'interno dell'art. 20 GWB¹⁵⁷.

Una parte isolata della dottrina, proprio in relazione alla c.d. *Unternehmensbedingte Abhängigkeit*, ha ritenuto che nel § 20 assuma un rilievo fondamentale la salvaguardia in sé della relazione commerciale bilaterale a favore delle imprese dipendenti, accogliendo l'idea che lo scopo principale del legislatore sia quello di offrire tutela all'impresa debole. Da questa nozione di relatività si è tratta la impossibilità di sussumere quest'ipotesi nella fattispecie prevista dal legislatore antitrust, riferita al mercato piuttosto che alla singola impresa economicamente dipendente¹⁵⁸.

La maggioranza della dottrina, invece, seguita da parte della giurisprudenza, preoccupata del modo in cui una lettura del § 20 in chiave di tutela dell'impresa debole potesse influire sull'intera disciplina, ha ritenuto di «ridimensionare l'utilizzabilità del paragrafo in questione ai fini della soluzione dei conflitti generati dalla c.d. *Unternehmensbedingte Abhängigkeit*»¹⁵⁹. Sul punto si è ribadita la funzione della norma, volta ad estendere il divieto di discriminazione a situazioni cui non avrebbe potuto applicarsi il divieto di abuso di posizione dominante. Il timore che, si potesse concretizzare, attraverso l'attribuzione di rilevanza alla dipendenza da rapporti commerciali, il rischio di trasformare il § 20 in una disposizione di protezione sociale per piccole imprese, per mezzo del prolungamento a tempo indefinito del contratto concluso, ha portato la maggioranza della dottrina a prospettare una limitazione dell'applicazione della norma, garantendo al più un periodo transitorio.

¹⁵⁷ Cfr. il caso *Bundeskartellamt c. Volkswagen e VAG Leasing*, in causa C-266/93, del 24 ottobre 1995.

¹⁵⁸ Secondo i lavori dell'economista Arndt, ciò che caratterizza il rapporto bilaterale di dipendenza economica è sia la circostanza genetica per cui esso conosce la propria origine («Ursache») nel particolare rapporto tra due i due contraenti, sia l'indifferenza, ai fini dell'individuazione del rapporto di dipendenza, delle condizioni di concorrenza del mercato di riferimento; v. H. ARNDT, *Markt und Macht*, ubingen (Mohr), 1973, p. 1315 e 141-151.

¹⁵⁹ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 55.

Si deve concludere l'analisi dell'esperienza tedesca, precisando che i casi in cui è stata riconosciuta tutela al soggetto in stato di dipendenza economica non sono cospicui.

La nozione di dipendenza da rapporti commerciali ha conosciuto un'applicazione relativamente estensiva nel sistema francese, in casi relativi a rapporti tra le case automobilistiche e le concessionarie, la cui dipendenza è accentuata dalla necessità di mantenere un servizio di assistenza e riparazione specializzato, o tra gestori di impianti per il rifornimento di benzina e la specifica casa petrolifera. Rientrano in questa categoria anche i contratti di *franchising*, sia per i penetranti controlli subiti nell'organizzazione (la stessa Corte di Cassazione francese ha approvato le decisioni dei giudici di merito che avevano rinvenuto un abuso di dipendenza economica da parte della *Honda-France*¹⁶⁰ rispetto ad una concessionaria). Sia per il forte potere di indirizzo operato dal *franchisor*: le Corti francesi hanno ammesso a più riprese l'esistenza di uno stato di dipendenza economica attuato dall'impresa dominante attraverso comportamenti finalizzati a costringere l'impresa dipendente ad interrompere il rapporto contrattuale.

Tra gli altri ricordiamo il caso «*Société Lobypar et autres C. Société La Croissanterie, inédit*», su cui si è pronunciata la Corte d'Appello¹⁶¹.

Nel caso di specie, i *franchisees* ricorrenti domandano la risoluzione del contratto di distribuzione che avevano stipulato con il *franchisor*, il quale non solo non avrebbe adempiuto la sua obbligazione di prestare assistenza tecnica, ma si sarebbe comportato anche come il vero proprietario dei fondi, inibendo le iniziative dei concessionari. La Corte, dopo aver messo in luce gli effetti negativi di una politica troppo dirigista, rileva che la *Croissanterie*, attraverso l'imposizione delle tariffe di fornitura e rivendita dei prodotti, aveva annientato l'iniziativa imprenditoriale di gestione dei *franchisees*, senza ottenere un loro preventivo accordo e disconoscendo le obbligazioni risultanti dal contratto. Con la conseguenza che il *franchisee* si era trovato in «*une situation de dépendance économique incompatible avec la nature même du contract dans le quel le franchisé demeure un commerçant indépendant*».

5.2.4 Dipendenza per causa di forza d'acquisto

Si ritiene che il § 20 GWB possa trovare applicazione anche all'ipotesi di dipendenza per causa di forza d'acquisto (la c.d. *Nachfragebedingte Abhängigkeit*).

¹⁶⁰ Cons. conc., 8 giugno 1993, *S.té Honda-France*, in *Contrats, conc. consom.*, 1992, n. 153, obs. Vogel.

¹⁶¹ Tra le altre v. CA Paris, 10 marzo 1989, in *RTD civ.*, 1989, p. 536, obs. Mestre.

In Germania, in passato, si è avuto un lungo dibattito sulla possibilità in generale di sottoporre la c.d. *Nachfragemacht* alla disciplina antitrust. Oggi sembra pacifico che la posizione di dominanza possa manifestarsi nei rapporti a monte e in quelli a valle, tutelando, la disciplina della concorrenza, sia l'offerta che la domanda¹⁶². Tuttavia rimangono pochi i casi in cui la giurisprudenza ha individuato una posizione di forza d'acquisto, ancorché relativa¹⁶³.

Questo dipendenza si verifica dal lato della domanda, allorché il fornitore abbia impostato la propria produzione in via più o meno esclusiva per soddisfare la domanda di un produttore determinato, o abbia affidato la propria produzione ad un'unica impresa di distribuzione, tanto più se la stessa venda la merce con il proprio marchio. L'elemento che assume maggiore rilevanza in quest'ipotesi, ai fini dell'accertamento dello stato di dipendenza economica, sembra essere la quota di fatturato realizzata dall'impresa economicamente debole con quella dominante, ravvisandosi la dipendenza nel fatto che il produttore di beni finiti li fornisca almeno per una rilevante porzione della sua produzione o commercio ad un unico acquirente, come nel caso delle centrali d'acquisto o delle imprese di grande distribuzione.

La giurisprudenza tedesca, ai fini della delimitazione della soglia oltre la quale tale posizione assuma rilevanza per l'applicazione della norma, ha spesso fatto riferimento alla presenza di acquirenti verso i quali si indirizzi una parte corrispondente a circa la metà della produzione dell'impresa dipendente, mentre la dottrina ha richiesto la soglia del 10% del suo fatturato¹⁶⁴.

Questo fenomeno trae origine da una serie di possibili cause, relative anche al potere di mercato dell'acquirente, ad una produzione specializzata dei prodotti per i quali non esiste una domanda diffusa, oppure dalla necessità del venditore di essere rappresentato nell'assortimento di alcuni punti vendita appartenenti a determinati acquirenti distributori. Determinano l'acuirsi di questi fenomeni una sempre crescente concentrazione di potere d'acquisto nelle mani di alcuni grandi gruppi distributivi, le cui catene sono in grado di ottenere dai produttori condizioni contrattuali assai favorevoli¹⁶⁵. Caratteristica di questi casi è la forte disparità di mercato tra

¹⁶² Cfr. A. FRIGNANI- M. WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 234.

¹⁶³ Per ovviare ai problemi di prova delle piccole imprese poste dinanzi a soggetti in posizione di forza d'acquisto, il legislatore ha realizzato le modifiche relative alla presunzione di dipendenza di cui al § 20 Abs. 2 e al divieto di utilizzare la posizione di forza per obbligare le altre imprese ad accordare condizioni preferenziali ingiustificate; così M. PEDAMON, *La protection de la libre concurrence en Répyblique Fédérale d'Allemagne*, in *J.C.P.*, 1984, p. 458.

¹⁶⁴ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 115. v. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 16.

¹⁶⁵ Si osserva, per inciso, come questo sia il caso che più degli altri è in grado di essere letto sotto il profilo antitrust, nell'ipotesi in cui la posizione di potere relativo sia detenuta congiuntamente da alcune imprese e siano riprodotte le condizioni della posizione di dominanza collettiva.

l'impresa acquirente e il produttore: spesso il singolo gruppo distributivo rappresenta il 20-25% del giro d'affari del produttore, il quale, instaura rapporti commerciali con tre o quattro gruppi che rappresentano anche l'80% dei propri d'affari complessivi, mentre per l'impresa acquirente il rapporto con il singolo produttore, rappresenta spesso soltanto una piccola percentuale dell'attività.

Il tipo di dipendenza sopra descritto si realizza frequentemente nella subfornitura, nel settore pubblico, poiché la Pubblica Amministrazione è spesso acquirente pressoché esclusivo di taluni beni e servizi (quali quello di rimozione degli autoveicoli o in genere quelli destinati ad ospedali e case di cura) e nei rapporti fra grandi magazzini.

Nell'ordinamento francese ha ricevuto particolare attenzione il potere di mercato delle centrali d'acquisto, in relazione al quale la Commissione della Concorrenza, rispondendo alla richiesta del Governo di rendere un parere sul tema, ha ritenuto che il caso dovesse essere sottratto alle norme sulla concorrenza, in quanto fuori sia dalla definizione di concentrazione, sia da quella di posizione dominante. Ciò ha portato all'introduzione, in quell'ordinamento, della nozione di dipendenza in esame, poi ripresa nell'ordinanza del 1986.

Una particolare forma di dipendenza del fornitore viene ravvisata nella situazione inversa a quella della dipendenza da assortimento, generalmente conosciuta come dipendenza «da avviamento». In tale situazione non assume un particolare rilievo la quota rappresentata dall'attività dell'impresa dominante rispetto a quella dell'impresa dipendente. Rileva, piuttosto, la quota di mercato assoluta dell'acquirente, in quanto influisca sull'incisività dell'immagine che si può consolidare attraverso tale canale. Questo tipo di dipendenza si verifica, infatti, quando la mancanza di un prodotto di marca di un certo fornitore dall'assortimento di un certo grossista o distributore è in grado di determinare, a scapito del primo, una perdita di immagine nei confronti degli utilizzatori e consumatori, e quindi di avviamento. Pensiamo, per esempio, al caso in cui una quota particolarmente rilevante di utilizzatori si rifornisca abitualmente presso grandi distributori, e non vi siano possibilità alternative di commercializzazione diretta, oppure quando l'inclusione nell'assortimento di un determinato rivenditore abbia particolare rilevanza per l'attività del fornitore, in ragione della particolare importanza ed efficacia dell'attività promozionale da lui svolta.

Peraltro c'è chi sostiene¹⁶⁶ che a queste quattro categorie descritte, debba anche aggiungersene un'altra: quella della «dipendenza reciproca». Infatti, prima che la quinta novella della legge tedesca specificasse il limite di applicazione della norma alle imprese di dimensione medio-piccole, i tribunali germanici avevano accolto

¹⁶⁶ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 17.

l'opinione che anche l'impresa dotata di potere di mercato si potesse venire a trovare, nei confronti dell'impresa dominante, in posizione di dipendenza con riguardo ad un certo bene o servizio.

Quando la condizione di dipendenza è reciproca, l'instaurazione del rapporto contrattuale dà luogo ad un c.d. «monopolio bilaterale». Il rapporto, in tal caso si caratterizza per la presenza di un duplice rischio. Da una parte, il contraente che effettua investimenti specifici e difficilmente riconvertibili, si espone al rischio di uno sfruttamento opportunistico della propria condizione di dipendenza da parte della controparte, la quale d'altro canto, si espone al rischio di una condotta della prima, definito dalla letteratura nordamericana, di *free riding*. Spesso (il caso si pone con particolare evidenza nei rapporti di *franchising*¹⁶⁷) la salvaguardia del marchio e della qualità dell'immagine di una parte dipende dallo standard qualitativo con cui la controparte conduce i propri affari, laddove quest'ultima, per massimizzare i profitti, sarà portata ad adottare una strategia che le permetta di eguagliarli ai costi marginali, ignorando le percussioni che questa modalità di agire possa produrre sulla controparte e su eventuali altri soggetti con cui detenga rapporti.

5.3 L'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.

Per il legislatore condizioni di rilevanza della dipendenza economica sono non soltanto l'assenza di alternative soddisfacenti per la parte che subisce l'abuso, ma anche la possibilità per un'impresa di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi nei rapporti commerciali con un'altra impresa, che è proprio il primo elemento che incontriamo nella descrizione della fattispecie. Per capire quale sia il contenuto di questo parametro è utile, ancora una volta, ricorrere al dato comparatistico.

L'esperienza tedesca e francese ha prestato attenzione alla posizione dell'impresa forte, che contribuisce a creare la situazione di dipendenza, o attraverso l'acquisizione di potere di mercato o attraverso la stipulazione di contratti precedenti. Così il legislatore italiano, al pari degli ordinamenti presi a modello, attribuisce rilievo alla partecipazione dell'impresa in posizione di dominanza alla costruzione dello stato di dipendenza. Non è plausibile ritenere che il legislatore abbia voluto solo descrivere la situazione complementare a quella in cui versi l'impresa, cui manchino le alternative soddisfacenti. Ha senso, invece, ritenere che abbia voluto attribuire rilevanza alla partecipazione dell'impresa forte, cosicché la norma dovrebbe essere letta come «situa-

¹⁶⁷ Cfr. *amplius*: G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 50 ss.

zione in cui un'impresa si sia messa in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi»¹⁶⁸.

Per prima cosa, si tratta di capire se lo squilibrio abbia natura soltanto normativa o anche economica. L'incertezza è stata determinata in gran parte dal dettato del 1469bis, oggi confluito nell'art. 33 del Codice del consumo, che, sebbene, non coincidente per il riferimento ad uno squilibrio «significativo», anziché «eccessivo», ha suscitato in dottrina proposte tendenti a far coincidere le due locuzioni¹⁶⁹. Con riferimento allo squilibrio all'interno dei contratti business to consumer, sono molti coloro che escludono la rilevanza della valutazione del profilo economico, nonostante l'entrata in vigore della L. 281/1998, anch'essa recepita nel codice del consumo, che riconosce in via generale ai consumatori e agli utenti il diritto «fondamentale» «alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi»¹⁷⁰. Occorre poi sottolineare quanto sostenuto da una lucida dottrina¹⁷¹, che osserva quanto sia riduttivo sostenere che lo squilibrio sia soltanto normativo, poiché i diritti e gli obblighi non sono posizioni asettiche, ma spesso hanno un costo o possono avere un prezzo. Si scopre, così, che il confine tra squilibrio giuridico ed economico è molto più evanescente di quanto appaia ad un esame superficiale.

Se si comparano le due norme emerge anche una differenza concettuale, essendo riferite a due situazioni ontologicamente diverse: il significativo squilibrio di cui al 1469bis c.c., oggi art. 33 Codice del consumo, concerne il momento di valutazione dell'abusività di un contratto stipulato da un soggetto istituzionalmente debole, mentre lo squilibrio di cui all'art. 9 serve a definire il potere dell'impresa. Un'altra diversità è data dal fatto che la disciplina consumeristica fa riferimento ad uno squilibrio reale, che si è già verificato attraverso la conclusione del contratto. Nel caso della dipendenza economica, invece, rileva lo squilibrio potenziale e la possibilità per l'impresa che si trova in posizione più forte di determinarlo. L'art. 9: «descrive la di-

¹⁶⁸ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., pp. 140-141.

¹⁶⁹ Tra questi R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 113, che, al pari della normativa consumeristica, ritiene che anche per la dipendenza economica, rilevi il solo squilibrio normativo: «contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente dottrina, dunque, a nostro modo di vedere l'eventuale «sproporzione economica» sancita dal contratto, se non dovuta a circostanze genetiche che abbiano coartato la libertà negoziale di una parte è giuridicamente irrilevante: insomma «se si vuole la libertà di contratto si deve pur ammettere che una parte possa perdere e l'altra guadagnare» (citazione di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, p. 19). D'altra parte «non è mai la sproporzione di per sé a giustificare la tutela, ma il fatto che essa sia stata determinata da fattori esterni e quindi non sia il frutto di una libera scelta. L'equivalenza per le prestazioni non è mai un valore essenziale per il sistema». Così R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol XV, Varese, 1989, p. 128, citato da R. NATOLI, *op. loc. cit.*

¹⁷⁰ Cfr. sul punto: S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 135 ss.

¹⁷¹ V. ROPPO, *op. ult. cit.*

pendenza economica come la situazione in cui un'impresa è in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, mentre il 1469bis c.c. parla di clausole che determinano un eccessivo squilibrio»¹⁷².

Nei contratti tra imprenditori occorre anche considerare che sono le disparità di ordine economico a rivestire un ruolo primario, e che è lo stesso legislatore a qualificare come economica la dipendenza de qua. Lo squilibrio assume un significato che non si estende al solo profilo normativo, ma che comprende anche la componente economica. Un primo elemento da considerare è il criterio di valutazione della dipendenza economica costituito dalla impossibilità per un'impresa di reperire «alternative soddisfacenti» sul mercato. Ciò implica che il giudice sia chiamato non soltanto a verificare l'esistenza della presenza di ulteriori *partners* contrattuali, ma anche a verificare se le condizioni negoziali possano offrire un'alternativa vantaggiosa, che dovrà attenere necessariamente alla determinazione del contenuto contrattuale. Così anche nella prospettiva dell'ulteriore elemento necessario per l'individuazione della fattispecie de qua (ovvero l'abuso), assume rilevanza al comma 2, tra le pratiche vietate, «l'impostazione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose», tradizionalmente riferite alle condizioni di prezzo o ad ogni altra pattuizione che non trovi giustificazione di ordine tecnico. Ciò significa che il giudice dovrà valutare se il sacrificio imposto all'impresa in condizioni di dipendenza sia ragionevole non soltanto da un punto di vista del bilanciamento dei diritti e degli obblighi, ma anche da quello dell'adeguatezza tra le prestazioni¹⁷³.

5.4 L'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato

Da quanto sopra esposto è emerso che i contratti a lungo termine costituiscono un esempio paradigmatico di un rapporto contrattuale in cui spesso una delle parti è priva di alternative soddisfacenti sul mercato e per questo si viene a trovare imprigionata nel contratto ed esposta al volere della controparte. Per tali ragioni, rilevanza centrale assume l'elemento dell' «assenza di alternativa soddisfacenti sul mercato». Il requisito, la cui previsione si spiega in un'ottica di continuità tra diritto dei contratti e mercato¹⁷⁴, impone di verificare se la parte cui sono imposte condizioni tanto gravose, non disponga altresì di soluzioni alternative egualmente soddisfacenti sul mercato, mentre non si ritiene sufficiente un concetto di dominanza relativa in sé. Non po-

¹⁷² V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica* «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 394-395.

¹⁷³ G. CRESCI, *I contratti di subfornitura* (Legge 18 giugno 1998, n. 192), in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 725.

¹⁷⁴ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 286.

trebbe considerarsi costretta l'impresa dipendente che disponga di alternative soddisfacenti sul mercato, perché essa ha operato liberamente una scelta, non sindacabile da un terzo, pena un'illegittima compressione dell'autonomia privata.

La rilevanza di un tale requisito emerge chiaramente anche dal confronto con gli ordinamenti della Francia e della Germania in cui la dipendenza economica, sorta per estendere la disciplina prevista per l'abuso di posizione dominante alle ipotesi di dominanza relativa, ha conosciuto i primi albori.

Particolare rilevanza assume il requisito dell'esistenza di alternative equivalenti nella fattispecie presente nell'ordinamento germanico¹⁷⁵, che, dettando il modello di riferimento per tutta l'Europa, in seguito alla modifica del 1973, ha esteso con il § 20 del GWB, alle imprese o raggruppamenti di imprese dominanti, ai cartelli autorizzati e alle imprese che autorizzano prezzi di rivendita, il divieto di porre in essere un iniquo impedimento (*Unbillige Behinderung*) e un differente trattamento privo di causa obiettiva (*Ungleichbehandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund*), qualora non sussistano alternative sufficienti (*ausreichende*) e accettabili (*zumutbare*) di rivolgersi ad altre imprese.

Questa definizione del legislatore tedesco impegna l'autorità giudicante in una difficile operazione interpretativa imperniata su due parametri essenziali. Uno di carattere soggettivo, legato ad una valutazione sulla capacità competitiva dell'impresa, cioè basato sull'esame dell'esistenza di alternative di mercato «ragionevoli» (*zumutbare*), nel senso di economicamente sostenibili rispetto ai canali di distribuzione o di acquisto di cui abitualmente si serve, tale per cui, dopo il cambiamento, l'impresa dovrà presumibilmente sopportare una lesione della propria competitività sul mercato. L'altro di tipo oggettivo, riguardante l'esistenza di alternative «sufficienti» (*ausreichende*), nel senso di domande od offerte di beni sul mercato sostituibili con quelli oggetto della relazione commerciale, coincidente quindi con la possibilità di accedere ad altri canali.

Dall'analisi di questo modello si evince che gli svantaggi contro i quali la norma offre protezione, sono quelli in grado di determinare «uno stato di inferiorità competitiva nei confronti delle imprese concorrenti»¹⁷⁶.

Ai fini della dichiarazione di dipendenza sembra, inoltre, sia richiesto non solo che le alternative siano *ausreichende* e *zumutbare*, ma anche che l'impresa forte abbia partecipato a creare una condizione precedente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ v. *amplius*: M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 50 ss., p. 23 ss; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, un'analisi economica e comparata*, p. 113 ss., Torino, 2004, ai quali si farà costante riferimento in questo paragrafo.

¹⁷⁶ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 57.

La disciplina dell'abuso di dipendenza economica prevista in Germania ha trovato una significativa conferma nell'ordinamento francese¹⁷⁸, dove la Commissione ha suggerito di adottare una tecnica analoga a quella utilizzata nel diritto tedesco, occupatosi dei comportamenti delle imprese o dei gruppi di imprese che si presentano come dei *partners* obbligati per i fornitori o per i clienti, pur senza rivestire una posizione dominante sul mercato. La scelta è stata quella di dettare la disciplina dell'abuso di dipendenza economica per colmare le lacune lasciate scoperte dalla norma sull'abuso di posizione dominante, che, avendo come presupposto il mercato geografico del bene in questione e dei beni sostituibili, non era in grado di coprire le ipotesi di semplice dominazione di un partner commerciale rispetto ad un altro, all'interno del loro rapporto contrattuale¹⁷⁹.

È stato, così, l'art. 8 n. 2, ordonnance 1.12.1986, n. 1243 a prevedere che, accanto allo sfruttamento abusivo della posizione dominante, fosse vietato anche «*l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique dans le quel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente*»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ I tribunali hanno negato l'esistenza di uno stato di dipendenza economica, in ipotesi in cui le imprese avevano distrutto la propria indipendenza senza la partecipazione dell'impresa dominante, considerando soddisfacente l'alternativa originaria. La giurisprudenza tedesca afferma che l'ordinamento deve tutelare coloro che si vengono a trovare in stato di dipendenza non a seguito di una libera scelta del soggetto con cui contrattare senza alcuna interferenza dell'impresa forte, ma solo quando sia il mercato ad imporre un partner che si presenta come una scelta obbligata. Tale orientamento è in contrasto con quanto affermato da parte della dottrina, che nel valutare se un'impresa abbia o meno alternative *ausreichende* e *zumutbare*, sostiene non si debbano considerare gli interessi dell'impresa forte, poiché altrimenti si anticiperebbe la discussione sull'abuso di posizione dominante. Le divergenze sono, in realtà, apparenti (M. R. MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 58), poiché sono diverse le fattispecie risolte attraverso l'utilizzo dell'un criterio o dell'altro, essendo stato richiamato il primo nei casi in cui l'impresa forte aveva esercitato pressioni nei confronti di una pluralità o di un singolo soggetto, ed il secondo, invece, in ipotesi in cui l'impresa forte non aveva né in alcun modo contribuito alla predisposizione di uno stato di dipendenza di tipo soggettivo, né si era posta essa stessa in condizioni tali da esercitare potere nei confronti di una molteplicità di soggetti.

¹⁷⁸ V. *amplius*: M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 50 ss.; G. COLANGELO, cit., 116 ss.

¹⁷⁹ S. BENUCCI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸⁰ La norma precisava anche che la condotta abusiva dello stato di dipendenza economica dovesse essere vietata in presenza delle stesse condizioni previste per il precedente art. 7, ossia qualora avesse per oggetto o per effetto di impedire restringere o falsare il gioco della concorrenza su un mercato e che poteva consistere nel «*refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées*».

Prima della riforma mancava, dunque, un riferimento esplicito all'abuso realizzato tramite l'imposizione di condizioni o prezzi iniqui. Poiché l'ingerenza del legislatore era diretta a rompere con la precedente logica dirigistica, il suo intervento poteva esser legittimato esclusivamente in relazione alle ipotesi in cui la pratica abusiva fosse tale da riverberare effetti negativi sulla concorrenza (*entrave à la concurrence*). In caso contrario poteva operare l'art. 36, una disciplina riguardante delle proibizioni in sé, a prescindere dal se esse fossero il frutto di intese o di abuso di posizione dominante o dell'altrui dipendenza economica, la cui violazione non comportava l'intervento del Conseil de la concurrence, bensì del giudice ordinario

Il progetto dell'*ordonnance* richiedeva, in realtà, l'assenza di «*solution alternative et compétitive*», e la modifica intervenuta durante i lavori preparatori aveva suscitato forte preoccupazioni sulle conseguenze cui un'interpretazione ampia avrebbe potuto portare, per cui si auspicava¹⁸¹ che la formula fosse comunque interpretata facendo riferimento al livello di competitività. Il suggerimento sembra sia stato effettivamente seguito sia dal Conseil de la concurrence sia dalle autorità giudiziarie¹⁸².

L'art. 8, nella sua formulazione originaria, è una norma rivolta alla tutela del mercato, che interviene quando viene fatto un uso distorto della libertà contrattuale in grado di restringere o falsare la concorrenza, trascurando l'aspetto contrattuale del rapporto¹⁸³. L'originaria distanza rispetto al contesto in cui opera la fattispecie delineata dall'art. 9 l. 18.6.98, n. 192, è stata attenuata grazie alla riforma operata nel diritto francese dalla l. 1.7.1996, n. 96-588 improntato alla tutela delle piccole imprese¹⁸⁴, e nel diritto italiano dalle modifiche della l. 5.3.2001, n. 57, che hanno svolto un ruolo di raccordo tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza¹⁸⁵.

Con la l.15.5.2001, n. 2001-420 «*Nouvelles régulations économiques*», il legislatore francese ha provveduto a modificare l'art. L 420-2 del *Code de commerce*, nel quale era confluito l'art. 8 della *ordonnance*, stabilendo che «è altresì vietato, laddove è suscettibile di influenzare il funzionamento o la struttura della concorrenza, lo sfruttamento abusivo, da parte di una società o di un gruppo di società, della condizione di dipendenza economica in cui si trova nei suoi confronti un'impresa cliente o fornitrice. Le condotte abusive possono consistere in un rifiuto di vendere, in *tied sales* o in pratiche discriminatorie di cui all'articolo L 442-6».

(cfr. ancora M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 50 ss.; G. COLANGELO, cit., 78 ss.).

¹⁸¹ Cfr. DECOCQ - PEDAMON, *L'ordonnance du 1^o décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence*, in *Juris-Class. Conc. Cons.*, numero speciale 1-bis 1987, richiamati anche da M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 72.

¹⁸² Nel caso «*Trivial Pursuit*», la Corte d'Appello di Parigi, ha ribaltato la soluzione del *Conseil de la Concurrence* con la quale era stato riconosciuto lo stato di dipendenza economica dei grossisti nei confronti della società produttrice, perché nonostante la specificità del gioco, non si sarebbe potuto ritenere che si fosse ristretta la capacità commerciale o di approvvigionamento dell'impresa ricorrente. In tal modo, si ammetteva implicitamente, l'esistenza di alternative tali da non far perdere alla ricorrente la competitività necessaria per rimanere sul mercato, il cui giudizio, secondo parte della dottrina, si sarebbe dovuto condurre tramite il riferimento ai tempi e ai costi di conversione.

¹⁸³ M. GLAIS, *L'état de dépendance économique au sens de l'art. 8 de l'ordonnance du 1^o décembre 1986*, in *Gaz. Pal.*, 1989, I, doct., p. 290 e ss.; *Les abus de domination*, in *Lamy, Droit économique*, Paris, 2001, nn. 886-934, p. 333 e ss.

¹⁸⁴ La norma ha modificato l'art. 36 dell'*ordonnance* del 1986, che conteneva alcune pratiche vietate a prescindere dal se discendessero o meno dall'abuso di posizione dominante o dall'altrui dipendenza economica, introducendo ipotesi di «*abuso in sé*» (cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 82). La riforma ha codificato un'evoluzione giurisprudenziale, tendente alla protezione delle imprese deboli.

¹⁸⁵ S. BENUCCI, *op. cit.*, p. 215.

L'intervento ha introdotto nel testo tre modifiche fondamentali nella definizione della dipendenza economica. Scompare ogni riferimento al ricorso alle alternative equivalenti¹⁸⁶. Dall'elenco delle condotte abusive viene eliminata l'ipotesi dell'interruzione delle relazioni commerciali in atto. L'abuso è vietato qualora sia suscettibile *d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence*, mentre prima della riforma si richiedeva che l'abuso avesse *pour object* o potesse avere *pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché*¹⁸⁷.

L'eliminazione della locuzione «*qui ne dispose pas de solution équivalente*» nell'art. l. 420-2 del Codice di Commercio, che ha connotato la fattispecie di una forte impronta dirigistica¹⁸⁸, ha destato particolari preoccupazioni per l'incertezza sull'interpretazione della norma cui ha dato luogo, essendo divenuto poco chiaro se la stessa dovesse essere interpretata nel senso di considerare ridondante il requisito dell'assenza di soluzioni equivalenti ai fini dell'esistenza dell'abuso di dipendenza economica o, invece, implicitamente contenuto nella sua definizione.

La necessità di procedere comunque all'accertamento della sussistenza delle soluzioni alternative sul mercato, formalmente cancellata dal legislatore è stata reintrodotta dalla giurisprudenza: il *Conseil de la Concurrence*¹⁸⁹, seguito dalla *Cour d'Appel*¹⁹⁰ (seppur in modo implicito) e da due sentenze della *Cour de Cassation*¹⁹¹, hanno sancito che non si possa ritenere che un'impresa versi in stato di dipendenza economica rispetto ad un'altra, se la prima avrebbe potuto rivolgersi altrove.

Nella prima delle suddette sentenze, intervenuta a pochissimo tempo dall'entrata in vigore della modifica della disciplina francese, l'elemento delle «alternative equiva-

¹⁸⁶ Sull'interpretazione data dal *Conseil de la concurrence* e dalla *Court de Cassation* v. il paragrafo dedicato alle alternative equivalenti.

¹⁸⁷ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 116 ss.

¹⁸⁸ Impronta dirigistica volta a proteggere le piccole e medie imprese, in quanto soggetti meglio in grado di garantire la produzione francese sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo.

¹⁸⁹ Cons. conc., déc. N. 2001-D-49, 31 agosto 2001, Soc. Sony, *BOCCRF*, 30 ottobre 2001: «*la dépendance économique, au sens de l'art. 420-2 du Code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans la quelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relation contractuelles qu'il a nouées, soit en qualité de client, soit en qualité de fournisseur, avec une entreprise*».

¹⁹⁰ *Cour d'Appel* di Paris, sent. 9 avr. 2002, préc., *BOCCRF* 24 juin 2002, p. 390.

¹⁹¹ Cass. Com., 9 avr. 2002, rimasta inedita, richiamata da E. CLAUDEL, *Abus de dépendance économique: absence de solution équivalente or not absence de solution équivalente?*, in *RTDcom*. 2003, janvier/mars, 77; Cass. Com., 3 mars 2004, n. 02-14.529, in *Foro it.*, 2005, IV, 278: «*l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de substituer à son ou à ses fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans de conditions techniques et économiques comparables*». La sentenza è richiamata da DAVID, *Abus de dépendance économique: retour sur la condition d'absence de solution équivalente*, in *Bulletin d'actualité - Lamy Droit Économique*, Parigi, 2004, p. 3; da E. CLAUDEL, *Abus de dépendance économique: la notion se précise*, in *RTDcom.*, juillet/septembre 2004, p. 463 ss.

lenti» è rimasto un requisito determinante al fine di stabilire l'esistenza dell'abuso di dipendenza economica¹⁹².

La ricorrente ha sostenuto che la nuova formulazione dell'articolo della l. 420-2, così come modificata dalla l. 15.5.2001, non facendo più espreso riferimento all'assenza di soluzioni equivalenti, ha soppresso, implicitamente, queste condizioni. Ha rilevato che la scomparsa di tali condizioni emerge dalla volontà del legislatore, dai dibattiti parlamentari, dalla volontà di proteggere le piccole e medie imprese. Che la dottrina, d'altra parte, in modo quasi unanime, è giunta alle medesime conclusioni della novella.

La ricorrente ha chiesto, dunque, che le fossero applicate le condizioni di vendita precedenti, invocando, implicitamente, una dipendenza per causa di assortimento.

La conclusione dell'abolizione implicita del riferimento alle soluzioni equivalenti, non ha affatto convinto il Consiglio della Concorrenza, il quale dapprima ha riepilogato i criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di individuare una dipendenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra¹⁹³, facendo riferimento alla notorietà del marchio del fornitore. All'importanza della porzione di mercato detenuta dallo stesso e a quella rivestita da quest'ultimo nella cifra d'affari del rivenditore¹⁹⁴, a condizione che ciò non discendesse da una libera scelta di politica commerciale del cliente.

Dopodiché, nel pronunciarsi sulla modifica apportata dalla l. 15.5.2001, ha considerato che, se dalle letture d'insieme risultanti dai dibattiti parlamentari era possibile

¹⁹² Nel caso di specie il *Conseil de la Concurrence* veniva adito da una società distributrice di prodotti audiovisivi (la *Concurrence*), che lamentava l'illegittimità della modifica delle condizioni di vendita da parte del suo fornitore (*Sony France*).

La società ricorrente si doleva del fatto che la controparte, mettendo in atto le nuove condizioni nel 2001, per incrementare l'ammontare dei ristorni e dei servizi fatturabili per mezzo dei distributori, la privava della possibilità di praticare prezzi bassi, con la conseguenza di provocare un allontanamento della clientela e di restringere la concorrenza sul mercato. La situazione di dipendenza economica in cui versava la società l'avrebbe costretta ad accettare queste nuove condizioni, contrarie alle regole di concorrenza, stabilite in modo repentino e senza una previa negoziazione. La ricorrente chiedeva che fosse riconosciuto il suo stato di dipendenza economica e l'adozione di opportune misure cautelari.

Per dimostrare l'esistenza della sua situazione di dipendenza economica, la società attrice invocava come argomenti la notorietà del marchio del suo fornitore e l'importanza che lo stesso rivestiva nella propria cifra d'affari, che stimava pari al 95% dei suoi acquisti: le condizioni imposte avrebbero costituito un attentato grave agli interessi della società, a quelli del mercato e dei consumatori, che non avrebbero più goduto di prezzi competitivi.

¹⁹³ Le ipotesi considerate dal Consiglio sono quelle relative alla dipendenza di un rivenditore nei confronti del fornitore; nel caso in cui, invece, si assuma una dipendenza del fornitore nei confronti dei propri clienti i parametri individuati dalla giurisprudenza sono: la quota del giro d'affari realizzata dal fornitore attraverso un determinato canale di distribuzione e l'importanza del distributore nella commercializzazione dei prodotti in questione.

¹⁹⁴ Cfr. *Conseil de la Concurrence* 27 dicembre 2002, n. 02-D-77, laddove si è considerato motivo sufficiente per non riconoscere lo stato di dipendenza economica la progressiva diminuzione nell'ambito di un triennio della cifra d'affari realizzata presso l'impresa che si assumeva egemone.

constatare che si era manifestata la volontà di permettere di sanzionare più facilmente lo sfruttamento abusivo di uno stato di dipendenza economica, il dibattito non aveva mai portato alla conclusione di abolire il criterio dell' «assenza di soluzioni equivalenti».

Lo stesso Consiglio ha considerato che le rammentate condizioni enucleate dalla giurisprudenza per individuare l'abuso di dipendenza economica, non sono altro che criteri in grado di determinare l'assenza o l'esistenza di soluzioni equivalenti, e che la soppressione legislativa di quest'ultimo riferimento non poteva dispensare colui che pretendeva di versare in stato di dipendenza economica dalla dimostrazione dell'esistenza di tale requisito.

Per le ragioni sopraelencate la conclusione cui perviene l'organo giudicante è che la dipendenza economica non può che risultare dall'impossibilità, nella quale si trovi un'impresa, di disporre di soluzioni tecnicamente e economicamente equivalenti, nelle relazioni contrattuali che ha allacciato sia in qualità di cliente, sia in qualità di fornitore di un'altra impresa¹⁹⁵.

Alla domanda del perché, allora, si fosse eliminata questa condizione dal testo, parte della dottrina¹⁹⁶ ha ritenuto di attribuire alla formale eliminazione del termine ad opera del legislatore, una rilevanza sul piano processuale, nel senso di considerarla rivelatrice di un'inversione dell'onere della prova, al fine di permettere a chi lamenti di versare in stato di dipendenza economica, di ottenere una tutela più efficiente¹⁹⁷. Secondo questa interpretazione, mentre prima della modifica di legge, chi proponeva domanda in giudizio doveva dimostrare che non disponeva più di soluzioni equivalenti, dopo l'intervento del legislatore, invece, sarà l'attore a dover apportare la prova dell'importanza delle sue relazioni con il fornitore e della porzione di mercato detenuta da quest'ultimo, mentre spetterà al convenuto dimostrare che l'impresa che si pretende vittima disponeva, di fatto, di soluzioni equivalenti¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Il Consiglio della Concorrenza ha ritenuto anche che, il fatto che il 95% delle vendite fossero tutti prodotti a marchio Sony, era dipeso da una politica commerciale della società, che avrebbe potuto, invece, diversificare le fonti di approvvigionamento: per ogni categoria di prodotti offerti dalla casa fornitrice esisteva, infatti, una marca la cui notorietà era equivalente, per cui non era dimostrabile che nella gamma di articoli elettronici di altre case produttrici non si trovassero prodotti tecnicamente intercambiabili. Il Consiglio, dunque, ha riconosciuto la coesistenzialità del requisito dell'assenza di soluzioni equivalenti all'interno della fattispecie discussa e ha negato il riconoscimento dello stato di dipendenza economica in capo alla società ricorrente.

¹⁹⁶ Cfr. PARLEANI-DE LEYSSAC, *Droit du marché*, Parigi, 2002, p. 922.

¹⁹⁷ A questo proposito, particolarmente significativa è l'esperienza inglese, dove nell'ambito dell'*equity* troviamo una soluzione che si collega al tema dell'abuso negoziale, ovvero il rimedio dell'*undue influence*, su cui v. *infra* par. 3.3.2.6 cap. II ed *amplius*: M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005.

¹⁹⁸ Questo orientamento raccoglie i frutti di una più marcata sensibilità della dottrina e non solo, verso quelle che sono esigenze di rango sostanziale, troppo spesso sopraffatte da una tutela soltanto formale. Spesso accade, infatti, che molti aspetti di carattere sostanziale, pur essendo presenti, non siano posti in

Questo tipo di ragionamento si fonda sulla presunzione che l'impresa che si proclama vittima dell'abuso non sia in grado di reperire alternative soddisfacenti, a meno che la controparte non offra prova contraria¹⁹⁹.

Una buona parte delle contestazioni relative al divieto di abuso di dipendenza economica provengono dai rapporti di *franchising*²⁰⁰, fattispecie connaturata da una strutturale disparità contrattuale che lo rende il luogo privilegiato di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica. Del resto, non è casuale che il legislatore, proprio al fine di tutelare l'affiliato, che all'interno del rapporto rappresenta la parte più debole, abbia deciso di intervenire con una normativa *ad hoc* per l'affiliazione commerciale²⁰¹.

termini sufficientemente chiari e che spesso siamo abituati ad utilizzare un metodo, sul presupposto che sia razionale, unitario, sistematico, in grado di offrire una risposta esatta, senza domandarci se esso non nasconda «la pluralità di possibili soluzioni, di interessi in gioco, di profili diversi, tra cui bisogna operare necessariamente una scelta» (così: M. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, a cura di G. Resta, tradotto da E. C. Zaccaria, Napoli; 2005, p. 57).

¹⁹⁹ Altri (CLAUDEL, *Nota a Cons. Conc., déc. N. 2001, Soc. Sony*, in *RTDcom*, 2003, p. 77) sollecitano, però, a non aderire completamente alla tesi dell'inversione dell'onere della prova. Nella decisione, infatti, il Consiglio della Concorrenza, dopo aver indicato che la dipendenza economica deve risultare dalla notorietà del marchio, dall'importanza che riveste quel fornitore nella cifra d'affari del distributore, e dopo aver specificato l'importanza che, a tal fine, assume la difficoltà per il distributore di procurarsi da altri fornitori prodotti equivalenti, aggiunge che queste condizioni devono essere «*simultanément vérifiées*». Secondo questo parere, salvo la sostituzione del vocabolo «*rapporté*» con «*vérifié*», segno molto flebile di uno scivolamento dell'onere della prova dall'attore al convenuto, ben sembrerebbe che tale affermazione sia indice della necessità che l'assenza di soluzioni equivalenti debba essere considerata cumulativamente alle altre al fine di dare la prova della dipendenza economica.

²⁰⁰ Si v. ord. Trib. di Taranto del 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3440 con nota di G. COLANGELO, *Circa l'abuso di dipendenza economica* nota a Ord. Trib. Taranto 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262; in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 430 con commento di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*, commento ad ordinanza; Trib. Taranto 22/12/2003, Trib. Catania 5/1/2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424.

²⁰¹ Per completezza espositiva, si ricorda che oggi il *franchising* non è più un contratto atipico, avendo trovato espressa disciplina nella legge 6 maggio 2004, n. 129- pubbl. In G.U. n. 120 del 24/05/2004- recante le «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale», il cui art. 1 recita: «1. L'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.

2. Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica.

3. Nel contratto di affiliazione commerciale si intende:

a) per *know-how*, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il *know-how*, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto, né facilmente accessibile; per sostanziale, che il *know-how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e sostanzialità;

b) per il diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale;

5.5 I rimedi

Sul piano dei rimedi la norma dispone la nullità del patto attraverso il quale viene perpetrato l'abuso di dipendenza economica. Siamo nel pieno campo delle «nullità speciali»²⁰² e il regime del contratto nullo per abuso di dipendenza economica non può non risentire della logica cui queste generalmente si ispirano. Così, anche in mancanza di un'indicazione legislativa espressa, si ritiene che la norma configuri una nullità necessariamente parziale e che la legittimazione ad invocarla sia riservata in via esclusiva alla parte che subisce l'abuso.

La nullità può riguardare l'intero contratto o singole clausole di esso. Può «colpire i contratti tra imprese dominanti e dipendenti, che costituiscono lo strumento diretto dell'abuso». Può anche configurarsi come strumento indiretto dell'abuso, ponendo la nullità riguardare anche contratti a monte fra soggetti diversi, ovvero l'accordo tra imprese dominanti che «convengono pratiche abusive da applicare alle imprese dipendenti, con cui saranno in relazione di mercato»²⁰³.

Non si possono neppure escludere abusi realizzati con negozi unilaterali, nonostante la norma parli di patti, quali una diffida ad adempiere o un recesso esercitato dall'impresa dominante in base alla disciplina legale del tipo.²⁰⁴

c) per *royalties*, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche;
d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegni dal nome dell'affiliante».

²⁰² Il lavoro che in modo più accurato ed esauriente ha trattato il tema delle nullità speciali è quello di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, al cui testo rimando per approfondire le problematiche che ruotano attorno alle figure di invalidità, la cui trattazione, in questa sede, può essere soltanto accennata. Con riferimento al divieto di abuso di dipendenza economica Cfr. anche C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 345; G. CERIDONO, *sub art. 9, Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192 - Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civ. comment.*, 2000, p. 429. Si è anche pensato ad un'estensione sistematica della disciplina dell'azione di annullamento a tutte le situazioni, positivamente definite, di invalidità di protezione poste dall'ordinamento come limitazioni del potere dell'impresa: così M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, relazione presentata al convegno su *I mobili confini dell'autonomia privata*, tenutosi a Catania il 12 - 14 settembre 2002, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 345. Altri ha ritenuto che l'art. 1419 c.c. si ponga in contrasto con le finalità di tutela che informano il divieto di abuso di dipendenza economica ed a tal fine si ipotizza una riduzione teleologica della norma: così A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1179. Altri ancora ha ritenuto di applicare direttamente il combinato disposto degli articoli 1339 e 1419, comma 2 c.c. e 9 della L. sulla subfornitura: M.R. MAUGERI, *Autonomia privata e abuso di dipendenza economica cit.*, e A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 297.

²⁰³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 2001, p. 927.

²⁰⁴ Se fosse un recesso convenzionale, sarebbe nulla già la clausola bilaterale che lo prevede, prima ancora dell'unilaterale atto di esercizio. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica - Zatti*, cit., p. 927.

Come appena accennato, la dottrina ha escluso in modo unanime che la norma preveda la nullità dell'intero contratto. Ciò sembra essere confermato anche dalla lettera della legge che, parla di nullità del patto e non dell'intero contratto.

Ciò che viene ad essere colpito dalla nullità deve essere selezionato a partire dallo scopo della norma, che è quello di evitare che le parti realizzino un abuso attraverso il contratto. Non vi è necessaria coincidenza tra singola disposizione contrattuale e patto, il quale può essere composto anche da più disposizioni. Spetta all'interprete individuare, in base allo scopo protetto dalla norma, le ipotesi in cui la nullità resta circoscritta alle singole pattuizioni che ne sono colpite, senza travolgere l'intero contratto.

La conclusione della nullità parziale è suffragata anche dal dato comparatistico, visto che nell'esperienza tedesca si ritiene che la nullità della singola clausola non travolga l'intero contratto non soltanto quando le parti avrebbero concluso lo stesso anche senza la clausola colpita da invalidità, ma anche quando il fine protettivo della norma violata «potrebbe essere raggiunto attraverso la mera nullità della singola clausola»²⁰⁵. Il dato risulta ancor più confortante se si considera che il § 139, diversamente dal nostro art. 1419 c.c., prevede la nullità totale e pone a carico della parte interessata al mantenimento del contratto l'onere di vincere la presunzione legale. La norma, nettamente in contrasto con il principio di conservazione del contratto, trova la sua spiegazione «nel convincimento, diffuso al tempo della redazione del BGB, della indivisibilità della volontà negoziale»²⁰⁶. Considerando tale regola, appare ancora più significativa l'interpretazione di autorevole dottrina, che ha ritenuto che il carattere parziale della nullità possa desumersi anche dalla *ratio* della norma che dispone la nullità per mezzo di una *teleologische Reduktion* del § 139 BGB²⁰⁷.

Proprio la finalità protettiva del divieto in questione, giustifica il carattere soltanto parziale della nullità e la conseguente integrazione del regolamento negoziale ove sia necessario, con la corrispondente disciplina dispositiva di legge, che finirà, quindi, per prevalere sulla diversa pattuizione privata. In questi casi l'estensione della nullità all'intero contratto, finirebbe per vanificare la tutela introdotta dall'art. 9, volta a proteggere un interesse particolare che rimarrebbe il più delle volte frustrato se l'invalidità si estendesse all'intero contratto.

²⁰⁵ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 62.

²⁰⁶ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1193, che richiama W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975.

²⁰⁷ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1193 che richiama K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, pp. 424-425.

La previsione di una nullità parziale trova le sue premesse nella destrutturazione della nullità come categoria unitaria²⁰⁸.

La nullità è stata concepita tradizionalmente come rimedio per interessi generali, che si estende all'intero contratto, azionabile d'ufficio e con legittimazione assoluta. È pur vero, però, che «una volta che siasi concretamente storicizzata la matrice logico-dogmatica delle disposizioni generali in tema di invalidità, riesce agevole e doveroso depurarne la effettiva *ratio legis* da ogni contingente opzione concettuale, irrilevante nella misura in cui non sia stata portata ad effetto in un sistema di norme con essa coerente». Si devono liberare i canoni di ermeneutica «dall'ottica deformante dello scorgere nella gradazione di fondamento e disciplina del contratto nullo una sorta di eccezionale deviazione dal rigore dei principi, se appaia condivisibile che proprio questi conducono a correlare la nullità al negozio rilevante e ad ammetterne la "elasticità", e così l'idoneità ad atteggiarsi, come si atteggia, in molteplici forme»²⁰⁹.

D'altra parte proprio l'art. 1419, comma 2, c.c. fonda la parzialità *ex lege* della nullità del contratto. La deroga al primo comma dell'art. 1419 viene ad assumere quell'ampia portata applicativa idonea a vanificare quelle esigenze di disciplina che hanno indotto la dottrina ad impiegare in luogo della nullità, le diverse tecniche della buona fede e dell'inefficacia, per la qualificazione delle conseguenze della violazione di norme poste a tutela di un contraente²¹⁰.

L'esigenza che si avverte, comune anche alla normativa di protezione del consumatore, è quella di garantire una tutela positiva, facendo tendenzialmente salvo il contratto, esigenza che fa parlare, dunque, di nullità «parziaria e necessaria», in quanto l'eliminazione della parte colpita da nullità, lascia valido il contratto per il resto.

Altro aspetto dubbio in ordine alla ricostruzione di questa nullità concerne la legittimazione ad agire e la rilevabilità o meno del vizio *ex officio*. La ricostruzione data dalla dottrina tradizionale della necessità che la nullità relativa sia comminata espressamente dal legislatore, in quanto eccezione rispetto alla regola generale che considera la nullità come vizio azionabile «da chiunque vi abbia interesse» e rilevabile d'ufficio dal giudice, non ha tenuto in debita considerazione l'apertura contenuta nella costruzione normativa che, all'art. 1421, recita: «salvo diverse disposizioni di legge», autorizzando il legislatore a prevedere meccanismi più duttili. Tali nullità relative si identificano generalmente con le c.d. nullità di protezione, disposte nell'interesse di una parte, in quanto esponente di una categoria sociale meritevole di particolare tute-

²⁰⁸ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.

²⁰⁹ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 164-165.

²¹⁰ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 227.

la nei confronti dell'altra, sottraendo a controparte e a chiunque altro la possibilità di scelta di decidere se mantenere o annientare il contratto²¹¹.

In base a quanto sopra esposto si può correttamente affermare che il regime del contratto nullo per abuso di dipendenza economica, non può non risentire della logica cui generalmente si ispirano le nullità speciali. Così pur in mancanza di un'espressa pattuizione di legge, la legittimazione ad agire spetta al solo imprenditore in posizione dipendente, ovvero a quest'ultimo e al giudice²¹².

La scelta di attribuire al solo imprenditore leso la legittimazione ad agire consente di rispettare la posizione di quest'ultimo, il quale sarà libero di valutare l'incidenza della pronuncia giudiziale dichiarativa dell'abuso sui successivi processi di contrattazione, anche in considerazione dei costi di negoziazione che ne discenderanno²¹³.

La rilevabilità d'ufficio della nullità relativa deve essere ammessa quando conduca ad accogliere il *petitum* della parte protetta, anche se per una causa *petendi* diversa da quella esposta. La rilevabilità d'ufficio dovrebbe invece essere esclusa in presenza di una domanda dell' "impresa debole", sostanzialmente incompatibile col risultato che discenderebbe dalla nullità relativa.

5.6 L'azione inibitoria

Le violazioni del divieto di abuso di dipendenza economica possono riguardare anche situazioni per le quali la sanzione della nullità si rivela insufficiente. Il bisogno di tutela preventiva si pone soprattutto laddove i rimedi a carattere repressivo non siano sufficienti a «compensare» il danno arrecato al titolare di un diritto. In queste ipotesi il rimedio inibitorio assume carattere essenziale ed ineliminabile a prescindere dalla sua espressa previsione ad opera del legislatore, dato che, in nome dell'art. 24 della Cost., si deve invocare, per ogni situazione soggettiva, il livello massimo di protezione dato dalla tutela soddisfattiva.

²¹¹ L'impostazione tradizionale ritiene che l'imprescrittibilità dell'azione di nullità ponga il contraente privo di legittimazione in una situazione di completa soggezione, perché «costretto a subire l'iniziativa della parte protetta e a versare lungo uno stato di incertezza, risolto solamente dal prescrivere delle azioni di ripetizione o dal compiersi dell'usucapione»: G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 124. Per gli argomenti richiamati nel testo al fine di superare la ricostruzione tradizionale cfr. ancora G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 227 ss.

²¹² Sul punto non mancano, però, opinioni diverse: cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata cit.*, p. 204, «secondo la quale se può avere un senso attribuire la legittimazione ad agire solo al contraente debole quando questi, presa coscienza (e conoscenza) dell'abuso subito possa comunque rivolgersi ad altri (abbia accesso al mercato) ne ha certo di meno quando il contraente si trovi in stato di dipendenza economica. In definitiva pare possa dirsi che la limitazione della legittimazione ad agire leda e non garantisca l'impresa dipendente (*rectius* che non è sul piano della legittimazione che si risolve il problema dell'effettività della tutela dell'interesse protetto dalla norma)».

²¹³ G. CERIDONO, *sub art. 9, Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 452.

Proprio per la constatazione della pressoché totale inattuazione della norma, il legislatore è intervenuto nel 2001, modificando l'art. 9 della legge 192/98²¹⁴, e prevedendo espressamente, oltre al rimedio risarcitorio anche l'azione inibitoria, che è diventata lo strumento cardine della normativa italiana, a causa della vasta estensione del suo ambito di operatività.

La espressa previsione dell'azione inibitoria si rivela significativa anche dal punto di vista sistematico per le seguenti ragioni. Avvalora sia la tesi della dottrina che aveva cercato di dimostrarne l'esperibilità generalizzata ogni qual volta si trattasse di conflitti interimprenditoriali, argomentando in via analogica dalla comunanza di *ratio* con l'art. 2599 c.c.²¹⁵. Sia la tesi di chi da tempo sostiene la generale esperibilità del rimedio, rintracciandone il fondamento giuridico nella disposizione sul risarcimento del danno in forma specifica²¹⁶.

Sul punto la dottrina non mostrava uniformità di vedute²¹⁷, nonostante parte della stessa fosse comunque pervenuta a riconoscere tale facoltà, sostenendo, per esempio, la possibilità di rendere disponibile l'azione inibitoria «sia nella fase formativa

²¹⁴ Modifiche introdotte dall'art. 11 della L. 5 marzo 2001, n. 57.

²¹⁵ L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani- R. Pardolesi- A. Patroni Griffi- L. C. Ubertazzi, 1993, vol. II, p. 1457 ss.

²¹⁶ M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comment.*, 1998, 1, p. 655; questa tesi è stata ripresa da M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000. Entrambe le tesi sono richiamate da R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 152.

²¹⁷ La dottrina classica si era interrogata sulla possibilità di isolare un'azione preventiva sotto il profilo della sua configurabilità come azione generale da affiancare ad altre azioni quali quelle di condanna, di accertamento e costitutive, riferita sia a prevenire un illecito, sia ad impedire il reiterarsi di una condotta già consumatasi. La dottrina ha negato la possibilità di riconoscere l'autonomia dell'azione preventiva, configurandola, invece, come azione che il legislatore può accordare in corrispondenza di determinate fattispecie sostanziali. Intorno agli anni '80 si è, invece, proteso per la tesi che ammette in generale la possibilità di esperire il rimedio inibitorio, sia per il vasto numero di ipotesi in cui è stata prevista dal legislatore, sia perché questa conclusione non contrasta con alcuna disposizione di legge in materia di condanna. L'opinione che sostiene l'atipicità della tutela in esame è stata, tuttavia, sempre contrastata da buona parte della dottrina che si oppone al riconoscimento dell'ammissibilità generale di tale forma di tutela, riferendosi, per esempio, alla natura necessariamente «costitutivo-determinativa» dell'ordine con cui il giudice impone vincoli al soggetto destinatario del provvedimento.

Sul dibattito ha influito senz'altro il clima di «accentuata giurisdizionalizzazione delle potenzialità di intervento del sistema giuridico sulla conflittualità che emerge a livello economico e sociale», in anni in cui i «nuovi diritti» (fra cui un ruolo primario era ricoperto da quelli dei consumatori) lottavano per ottenere una legittimazione sul piano sostanziale. Il pieno riconoscimento di questi diritti e la sempre più capillare previsione da parte del legislatore del rimedio inibitorio in fattispecie connesse col diffondersi di rapporti giuridici e sociali dell'economia di massa (si pensi all'art. 1469-sexies c.c. o all'art. 3 L. 30.07.98 n. 281) ha fatto convenire «sulla necessità che la riflessione sull'inibitoria sia condotta con maggiore relativismo». Diverso, e più restrittivo, l'orientamento della giurisprudenza soprattutto di legittimità. Per queste considerazioni e per un approfondimento cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente, situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 40 ss.

del contratto (tramite l'art. 1337 e 2599) sia nella fase esecutiva di esso (art. 1375 e 2599)²¹⁸».

Proprio perché il rapporto tra situazioni giuridiche soggettive e tutela giurisdizionale deve essere tale da assicurare al titolare del diritto ciò che avrebbe conseguito in assenza del fatto antiggiuridico, la tutela preventiva viene a rivestire un ruolo decisivo ed indispensabile accanto a quella repressiva.

È certo, infatti, che l'apparato dei diritti necessari, al fine di assicurare l'efficienza dei rimedi, «della cospicua iniezione di effettività della protezione giurisdizionale rappresentata dall'esperibilità di azioni preventive, a propria volta accompagnata dalla possibilità di dare concreta attuazione, mediante forme di esecuzione indiretta, ai provvedimenti inibitori in tal modo conseguiti»²¹⁹.

Il legislatore utilizza il termine inibitorie al plurale, rispecchiando l'idea dei giuristi continentali, secondo la quale il comando inibitorio possa essere variamente articolato²²⁰.

Il contenuto del provvedimento si mostra particolarmente duttile ed elastico, pronto a modellarsi sul comportamento che è stato realizzato. Si potrebbe pensare, ad esempio, che l'imprenditore che si proclama vittima di un abuso di dipendenza economica, possa rivolgersi al giudice, chiedendo l'adozione di un ordine che imponga alla controparte il divieto di porre in essere un comportamento ritenuto abusivo, ed al comando di eliminare l'abuso stesso, qualora fosse ancora in atto²²¹. Si potrebbe parlare, riferendosi alla distinzione accolta generalmente dalla dottrina, di inibitoria positiva qualora si ordini di raggiungere specifici obiettivi (con o senza l'individuazione degli accorgimenti da adottare), di inibitoria negativa quando si or-

²¹⁸ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 45.

²¹⁹ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente, situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 40.

²²⁰ In merito al *petitum* della domanda inibitoria, in particolare di quella cautelare, è molto acceso il dibattito della dottrina processual-civilistica. Una tesi sostiene che il ricorso debba indicare la misura cautelare che il giudice dovrà adottare, poiché altrimenti si derogherebbe al principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in questo senso: C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, pp. 138-139; F. TOMMASEO, voce «Provvedimenti d'urgenza», in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 870 ss. Un altro filone sostiene, invece, che sarebbe sufficiente, per la parte, precisare i fini dell'azione cautelare proposta, lasciando al giudice il compito di scegliere la misura che più ritiene opportuna, al fine di determinare in concreto il contenuto del provvedimento da emanare, così: I. PAGNI, *Il petitum cautelare e l'inibitoria in materia antitrust*, in *Corriere Giur.*, 2001, p. 377.

²²¹ In via esemplificativa si veda Tribunale Trieste, 21 settembre 2006 (vedila in *De Jure*, Giuffrè) «Posto che l'imposizione di una pattuizione negoziale eccessivamente gravosa, ai sensi della quale un cliente, che abbia l'esigenza di spostare il proprio impianto, è tenuto a rivolgersi solo alla società fornitrice, senza alcuna possibilità di contrattare i prezzi dei lavori e dei materiali, integra gli estremi dell'abuso di dipendenza economica va ordinato alla fornitrice di effettuare immediatamente gli interventi occorrenti per il trasloco, fatti salvi il diritto di quest'ultima ad ottenere il compenso nei tempi previsti dal contratto e quello del cliente di sindacarne eventualmente la congruità».

dini di cessare un'attività²²². L'azione inibitoria si caratterizza proprio per essere uno strumento di tutela preventivo, cioè per essere rivolto al futuro, la cui peculiarità è quella di reagire ad un illecito già perpetratosi, o in corso, inibendone la reiterazione o la prosecuzione e che consente di offrire tutela a situazioni giuridiche che, altrimenti non risulterebbero adeguatamente protette con il rimedio risarcitorio o restitutorio, proprio per l'esistenza di fattispecie lesive che non sono destinate a realizzarsi *uno actu*, ma contengono il pericolo di una loro ripetizione.

L'inserzione tra le sanzioni previste dall'art. 9 della legge sulla subfornitura, delle azioni inibitorie, proibendo il reiterarsi di comportamenti illeciti o potenzialmente tali, sembra indirizzarsi verso gli abusi di dipendenza economica antitrust. L'azione inibitoria rafforza l'apparato sanzionatorio dell'abuso di dipendenza economica che rileva ex art. 3 L. 287/90²²³, potendo gli stessi comportamenti integrare gli estremi dell'una quanto dell'altra fattispecie. Uno dei nodi da sciogliere della normativa antitrust è proprio quello che riguarda lo scarno apparato di tutele predisposto dalla legge, che non prevede l'inibitoria tra le azioni esperibili a tutela dalla parte danneggiata da comportamenti anticoncorrenziali. Ecco che oggi la lacuna può essere colmata in via sistematica: l'abuso di dipendenza economica può tradursi in una modalità di realizzazione della fattispecie vietata dall'art. 3 della legge antitrust, per cui è facile sostenere che, confinare l'azione inibitoria a questa sola forma di abuso di posizione dominante si tradurrebbe in una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni analoghe. Vengono, in tal modo, superate le critiche di chi riteneva che la rinuncia all'azione inibitoria fosse tanto più grave nel campo della legislazione antitrust, tenuto conto della strutturale inadeguatezza della misura risarcitoria a soddisfare le esigenze di tutela preventiva²²⁴.

L'azione inibitoria offre una tutela di tipo preventivo ed il provvedimento, emanato dal giudice a termine di un procedimento a cognizione piena, riveste caratteri di stabilità ed accerta definitivamente il diritto. Tale azione va, pertanto, distinta dai provvedimenti d'urgenza, che a loro volta possono avere contenuto inibitorio e funzione preventiva.

Quanto detto non esclude la possibilità di chiedere in via cautelare un provvedimento inibitorio: di ciò ci offrono testimonianza le pronunce che si sono susseguite in materia di abuso di dipendenza economica, tutte arroccate sul fronte della tutela d'urgenza.

²²² M.R. MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, pp. 506-507.

²²³ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, cit., pp. 152-153.

²²⁴ L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, cit., p. 1462.

Poiché la norma non contiene un riferimento alla tutela cautelare, si deve ritenere che i presupposti in base ai quali ammetterla siano quelli indicati dall'art. 700 c.p.c., che richiede l'esistenza di un «pregiudizio grave e irreparabile». Il silenzio del legislatore sul punto, segna una differenza rispetto alla analoga normativa in materia di consumatori, che prevede espressamente la possibilità per le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti (e indirettamente per i singoli), di agire in via cautelare solo in presenza di «giusti motivi d'urgenza».

5.7 Tutela risarcitoria.

L'art. 11 della legge 57/01 ha riconosciuto espressamente alla vittima dell'abuso di dipendenza economica, il diritto di ricorrere al giudice ordinario per essere risarcita dei danni subiti.

Anche prima dell'espressa previsione da parte del legislatore, la dottrina aveva ammesso la configurabilità del rimedio del risarcimento del danno. Ciò consentiva alla vittima dell'abuso di mantenere un contratto rettificato che la esonerasse, per mezzo dell'invalidità negoziale, dall'adempire gli obblighi assunti a condizioni abusive, e che le consentisse di ottenere il risarcimento del danno, derivatole dalla mancata conclusione di un contratto valido²²⁵.

Si sosteneva che non vi erano ragioni per negare l'accesso alla tutela risarcitoria, ove vi fossero i presupposti, quando la previsione della nullità avrebbe consentito di riparare le conseguenze pregiudizievoli del comportamento scorretto, perché non in grado di soddisfare integralmente gli interessi lesi. L'intervento legislativo non ha, tuttavia, risolto tutti i dubbi, essendo ancora difficile stabilire a quale delle categorie (contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale) ricondurre la natura della responsabilità in esame²²⁶.

²²⁵ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1197.

²²⁶ Si osserva che ricondurre all'una o l'altra delle categorie citate la responsabilità in esame e lo stabilire la stessa natura della responsabilità precontrattuale conserva un peso significativo soprattutto in relazione ai profili strumentali della prescrizione e degli «spazi d'iniziativa nel processo» (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 186). Il termine della prescrizione è infatti di cinque anni per la responsabilità extracontrattuale e di dieci per quella contrattuale. Per quanto riguarda l'onere della prova, nel primo caso, è chi lamenta di aver subito il danno ingiusto a dover provare il fatto dannoso, il danno, il dolo o la colpa del danneggiante (art. 2043); nel secondo, l'attore deve provare il titolo e la scadenza del debito, è, invece, il debitore a dover dimostrare di avere adempiuto diligentemente, o di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile (art. 1218). Muta anche la possibilità di *mutatio libelli* e di domanda nuova in appello: una pretesa risarcitoria titolata ex art. 1337 può successivamente titolarsi ex art. 2043, e viceversa. Non è ammissibile, invece, il passaggio dal titolo precontrattuale a quello contrattuale, e viceversa (V. ROPPO, *op. loc. cit.*).

La tesi prevalente in dottrina è che si tratti di responsabilità extracontrattuale, nel cui alveo si dovrebbero ricondurre i comportamenti illeciti che, pur non assumendo natura negoziale, ledano la situazione so-

Sulla responsabilità da abuso di dipendenza economica si è pronunciata di recente la Corte di Cassazione²²⁷, qualificandola di natura contrattuale.

Secondo la Suprema Corte la società che invoca la violazione di un abuso di dipendenza economica fa valere necessariamente alcuni squilibri tra diritti e obblighi di una relazione commerciale e dunque di un rapporto regolato da contratto.

Ciò perché l'espressione «controversie relative al contratto» è idonea a comprendere sia le controversie in cui il contratto assume la funzione di fonte della pretesa, sia quelle in cui il contratto è solo un fatto costitutivo della pretesa, congiunto ad altri. Da ciò deriva che «rientrano nelle controversie di natura contrattuale non solo quelle riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione di fonte negoziale», ma ogni controversia in cui l'attore lamenti la violazione di una «regola di condotta legata ad una relazione liberamente assunta» con la controparte.

D'altra parte la fattispecie in esame presuppone che i rapporti commerciali in cui si concretizza l'abuso siano regolati da contratto.

L'art. 9 l. 192/98 fa infatti espresso riferimento alla nullità del «patto» che realizza l'abuso di dipendenza economica.

Particolarmente complessa si presenta la determinazione del danno risarcibile, soprattutto in considerazione del fatto che è difficile rintracciare una perdita delle opportunità commerciali conseguenti all'abuso di dipendenza economica, dato che la stessa assenza di alternative valide sul mercato configura uno dei presupposti della dipendenza economica.

Si è pertanto ipotizzato di operare la determinazione del danno in via equitativa ai sensi dell'art. 2056 c.c.

stanziale di cui è titolare l'imprenditore vittima dell'abuso. Così V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica fuori dal contratto tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 45 ss., secondo il quale «la responsabilità da abuso di dipendenza economica può essere, dunque, inquadrata nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., di cui rappresenta un'applicazione specifica. In particolare, essa va collocarsi in un settore di illeciti (parallelo a quello tradizionale dei contatti accidentali), caratterizzato dalla preesistenza di «contatti giuridici speciali» tra soggetto attivo e passivo della condotta lesiva: sono nello specifico, relazioni di fonte non contrattuale, ma comunque idonee a creare quella dimensione relazionale che rappresenta il presupposto di operatività della regola della correttezza». V. anche D. MAFFEIS, *sub art. 9*, in *La subfornitura: Legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 81. Sussistono, però, sul punto autorevoli voci contrarie. Ciò che caratterizza, infatti, la responsabilità extracontrattuale è un'assoluta mancanza di un rapporto preesistente tra le parti; ma se, invece, le parti hanno avuto un contatto, hanno dato inizio ad un procedimento che comporta per entrambe, un obbligo di condotta, il cui parametro di riferimento è rappresentato dalla buona fede, non ha senso parlare di una responsabilità che al contempo è extracontrattuale, ma caratterizzata da un «contatto giuridico speciale». Questa argomentazione ci permette anche di ricondurre la responsabilità precontrattuale nei ranghi di quella contrattuale ²²⁷ Cass. civ. s.u. ord. 25 novembre 2011 n. 24906, in *Diritto & Giustizia*, 2011, p. 1. In precedenza la giurisprudenza di merito (Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262) aveva qualificato come extracontrattuale la fattispecie di abuso di dipendenza economica sottoposta al suo esame, relativa ad un'ipotesi di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali.

5.8 Il comma 3bis dell'articolo 9

La legge 57/2001 ha introdotto un'ulteriore modifica all'art. 9, riconoscendo espressamente, al comma 3bis, che in alcuni casi l'abuso di una situazione di dominazione relativa, possa costituire anche violazione del divieto di abuso di posizione dominante.

Il legislatore, in tal modo, sancisce espressamente che è impossibile scindere l'istituto in esame dal diritto della concorrenza, tradendo le aspettative di coloro che si facevano convinti promotori della netta contrapposizione tra le due discipline. La modifica del testo legislativo ci deve far prendere atto che «libertà di contratto e libertà di concorrenza debbono essere concepiti come istituti funzionalmente connessi da cui trarre principi comuni». Del resto oltr'Alpe il Consiglio della Concorrenza diviene sempre più spesso «*le juge du contract* perché tali norme hanno ripercussioni continue sul diritto comune dei contratti, di cui va colta l'evoluzione in presenza di un ordine pubblico del mercato che assume un ruolo peculiare nella classica distinzione fra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione»²²⁸.

Nel nuovo comma il legislatore fa salva l'applicabilità dell'art. 3 della L. 287/90 e precisa, al contempo, la competenza del «giudice ordinario competente», a differenza di quanto previsto dall'art. 33, comma 2 della legge antitrust, secondo il quale «le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte d'Appello competente per territorio». Proprio dalla possibilità che una fattispecie che integra un abuso di posizione dominante sia configurabile anche come abuso di dipendenza economica, scaturiscono problemi di coordinamento fra le due discipline.

Una prima interpretazione è quella di ritenere che il legislatore abbia voluto far prevalere la normativa antitrust in caso di sovrapposizione delle fattispecie. La competenza per le azioni di nullità, risarcimento del danno e ricorsi cautelari, spetterebbe, dunque, alla Corte d'Appello. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, poi, nel caso in cui la fattispecie che pone il divieto di abuso di dipendenza economica rivesta rilevanza anche per la tutela della concorrenza e del mercato, d'ufficio o su sollecitazione della vittima dell'abuso o di un terzo, potrà disporre delle diffide e sanzioni di cui all'art. 15 L. 287/90. Qualora, invece, l'illecito esaurisca i suoi effetti all'interno del contratto, la vittima di tale abuso potrà chiedere al giudice ordinario i rimedi prescritti dal terzo comma dell'art. 9²²⁹.

²²⁸ G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 3.

²²⁹ S. BENUCCI, *Note sulle prime pronunce in tema di divieto di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 512

Secondo una diversa interpretazione, si perviene alla risoluzione del problema solo se si cerca di capire se una disciplina formi un sottosistema esclusivo, tale che ammetterne il concorso con altre equivarrebbe a frustare lo scopo della stessa. Ovvero si dovrebbe verificare se la *ratio*, rispondente ad esigenze di celerità, che conduce ad individuare la Corte d'Appello come giudice competente, venga frustata qualora si ammetta la possibilità di rivolgersi contemporaneamente ad altro giudice. Si ritiene possibile il concorso fra le due normative, poiché attribuire alla parte che subisce l'abuso, la possibilità di valutare se risulti per lei più conveniente rivolgersi ad altro giudice di grado diverso, non sembra possa, in alcun modo, frustare la *ratio* della norma che attribuisce alla Corte d'Appello la competenza a pronunciarsi sulle azioni di nullità e risarcimento del danno²³⁰.

5.9 Il ricorso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'art. 9 consente alla vittima dell'abuso di ricorrere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in via indipendente e autonoma rispetto al giudice ordinario.

Nel caso di contemporaneo svolgimento del processo civile volto a sanzionare l'abuso di dipendenza economica e l'istruttoria amministrativa dell'*Authority* non si pongono problemi, dato che i provvedimenti adottati da questa non sono vincolanti per l'organo giudicante, il quale è libero di disattenderli o di tenerne conto ai fini della sua decisione. La procedura prevista dall'art. 14 della legge antitrust riveste, infatti, carattere meramente amministrativo e non giurisdizionale, non consente la sospensione del processo, che l'art. 295 c.p.c. prevede soltanto nei casi in cui una controversia amministrativa o civile sia pendente dinanzi ad autorità giurisdizionali.

Contro le decisioni dell'AGCM è ammesso ricorso al T.A.R. del Lazio.

Il legislatore, che ha modificato la norma anche con lo scopo di garantire una maggiore operatività della disposizione, attribuendo all'Autorità garante la possibilità di disporre di poteri di indagine molto penetranti, ha ampliato la tutela dell'imprenditore che si proclama vittima dell'abuso. Si tratta di una soluzione opportuna che consente all'organo di tutela della concorrenza di prevenire e di reprimere quei comportamenti abusivi di imprese che, singolarmente o in concorso con altre, siano in grado di falsare il gioco della concorrenza in un ambito settoriale, pur non disponendo di una quota rilevante di mercato. Ciò avvalendosi di poteri, strutture e competenze adeguate allo scopo e di cui non dispone il giudice ordinario. L'*Authority*, infatti, conoscendo molto bene le logiche del mercato, è in grado sia di intervenire

²³⁰ M.R. MAUGERI, *Le recenti modifiche sulla disciplina in materia di abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, cit., p. 507 ss.

contro quei comportamenti che provocano delle distorsioni sulla concorrenza sia di rilevare quelle soluzioni alternative cui l'imprenditore avrebbe potuto far ricorso.²³¹

La normativa italiana si allinea, in tal modo, ulteriormente alle disposizioni concernenti l'abuso di dipendenza economica adottate in Germania e in Francia, portando avanti quello che era il disegno originario del legislatore.

6. Il *Franchising*

L'analisi economica ha posto in luce come la struttura e la funzione dei contratti a lungo termine sia tale da favorire la possibilità che nel rapporto tra le imprese si realizzi un abuso di dipendenza economica.

All'interno dei contratti a lungo termine il fenomeno dell'abuso di dipendenza economica si verifica con maggiore frequenza nei contratti di distribuzione.

I contratti di distribuzione, come tutti i contratti utilizzati nel commercio industriale caratterizzati da periodicità e continuità delle prestazioni possono essere considerati di durata²³². In questo ambito il rapporto di *franchising* «si rivela un grande laboratorio per sperimentare le modalità di intervento sul potere, contrattuale e di mercato dei contraenti»²³³.

È significativo che, «per comune ammissione, l'idea di un contraente inchiodato alla sua scelta dalla carenza di sostituti e perciò esposto all'altrui *leverage* monopolistico trovi riscontro paradigmatico proprio nel *franchisee* che abbia impegnato capitali senza possibilità di riconversione: la necessità di ammortizzare gli investimenti lo renderà più che mai reattivo allo spettro del recesso unilaterale (o mancato rinnovo) del produttore»²³⁴.

La fonte dei contratti di distribuzione è costituita da un atto unilaterale di concessione di un privilegio e da un atto bilaterale di regolazione del rapporto. Dalla struttura del contratto emerge che tre sono i momenti in cui possono sorgere i potenziali conflitti: quando si stabilisce una regola, quando questa viene a modificarsi e quando chi vi aderisce viene ad essere privato della sua posizione²³⁵.

Attraverso il *franchising* un'impresa per decentrare la sua organizzazione aziendale, costituisce un «reticolato di rapporti associativi» accomunati dal medesimo

²³¹ S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 239.

²³² M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 202.

²³³ G. VETTORI, *I contratti di distribuzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 481 ss. Dello stesso autore si veda: *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

²³⁴ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.

²³⁵ G. VETTORI, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 482.

marchio²³⁶, che si presenta all'esterno come una grande ed uniforme impresa commerciale²³⁷.

Il conflitto d'interessi²³⁸ che permea il suddetto rapporto, indurrà la parte che si trova in una posizione di endemica debolezza a risparmiare sui beni e servizi offerti ai consumatori, per accrescere, diminuendo i costi, i propri profitti, senza rischiare di danneggiare l'immagine di un marchio che non le appartiene. Tale rischio si verificherà con più probabilità nei punti vendita in cui è difficile che lo stesso cliente si presenti due volte. Tale tentazione, in cui potrebbe scivolare il concessionario del marchio, è chiamata dagli economisti «*free-riding*»²³⁹. La controparte, d'altro canto, visto che il successo dell'intera operazione è messo in pericolo dal comportamento dei singoli *franchisees*, i cui effetti si ripercuotono sull'intera rete, sarà portata ad effettuare un controllo sulle scelte imprenditoriali dei concessionari del bene o del servizio, con il rischio di danneggiare gli stessi e i consumatori, distorcendo il gioco della concorrenza. A tal fine il *franchisor* ricorre a restrizioni di tipo verticale, volte a comporre il conflitto tra «l'introduzione di incentivi, affinché i distributori forniscano certi servizi e la parziale appropriazione da parte del produttore di parte dei profitti, potrà essere utile per conservare l'immagine del prodotto». L'utilizzo, invece, di sanzioni potrebbe essere importante per arginare il problema del *free-riding*. In tale ottica perfino clausole a prima vista vessatorie, potrebbero risultare legittime, se finalizzate ad

²³⁶ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. 49 ss.

²³⁷ Alcune pronunce hanno chiarito come i soggetti che hanno stipulato un contratto di affiliazione commerciale rimangano giuridicamente ed economicamente distinti. Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 09 febbraio 2006, n. 518 (in *De Jure*, Giuffrè): «Il contratto di franchising, secondo la l. 6 maggio 2004 n. 129, realizza una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know-how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti del franchisor. Ne consegue che se in una gara di appalto il concorrente-franchisor dichiara che talune prestazioni saranno eseguite dai franchisees, non fa riferimento alla propria organizzazione, ma a soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti. Pertanto il franchising rientra nella nozione di sub-appalto ai sensi e per gli effetti dell'art. 18 l. n. 55 del 1990, e dei divieti di subappalto ove previsti dall'ordinamento».

Cassazione civile sez. III 15 gennaio 2007 n. 647 (in *De Jure*, Giuffrè): «Posto che, anche per i rapporti antecedenti alla definizione legislativa del contratto di «franchising», il «franchisee», sebbene affiliato al «franchisor», restava un soggetto distinto ed autonomo, deve escludersi che abbia efficacia interruttiva della prescrizione di un credito del «franchisee» (nella specie, per somme dovute a titolo di provvigione per attività di intermediazione), la lettera indirizzata al debitore di quest'ultimo, con cui il pagamento viene richiesto in nome e per conto dei «franchisor».

²³⁸ La letteratura economica indica il conflitto di interessi che permea il contratto di franchising, con il nome di «*principal-agent dilemma*». Cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 53.

²³⁹ Tale rischio è più forte quando il prodotto offerto è un «*public good*», poiché in mancanza di una qualsiasi schermatura, i soggetti hanno un incentivo ad aspettare che siano gli altri ad addossarsi i costi di produzione, limitandosi a cogliere i benefici. Cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 53.

eliminare i comportamenti opportunistici, volti a mettere a repentaglio l'intera rete di distribuzione²⁴⁰.

Una volta messi in luce quelli che sono gli interessi del produttore e i rischi contro cui ha diritto di tutelarsi, occorre considerare la posizione di strutturale soggiogazione in cui si viene a trovare il distributore, ogni qual volta abbia sostenuto degli investimenti «idiosincratici» (non suscettibili, cioè, di rapida riconversione) e sforzi concentrati su una linea di prodotti di un solo marchio, la cui identità è assorbita da un'immagine collettiva e la sua politica commerciale eterodiretta. Il recesso *ad nutum* o la minaccia di porre fine immediatamente al rapporto, si fanno strumenti di conversione degli investimenti sostenuti in «*sunk costs*», sanzionando la definitiva dipendenza dell'impresa che rimane spostata al rischio del recesso unilaterale del produttore²⁴¹.

Non solo l'interruzione del rapporto ad opera di una decisione insindacabile del *franchisor* può far emergere questa situazione di endemica debolezza. Potrebbe configurare un'ipotesi di abuso di dipendenza economica anche l'inserimento di un nuovo *franchisee* nella zona di competenza di un ulteriore affiliato già esistente, a prescindere dalla previsione di un'espressa pattuizione di una zona di esclusiva a favore di quest'ultimo²⁴². Ciò perché con questo contratto una parte rinuncia alla propria autonomia imprenditoriale, in cambio della prospettiva di guadagno, derivante dalla circostanza di commercializzare in quella zona, un prodotto costituente un *unicum*. L'abuso si configurerà in presenza di una riduzione dei margini di profitto del distributore già affiliato, qualora l'inserimento non sia giustificato da un comportamento negligente di quest'ultimo, né prevedibile in base alle condizioni esistenti al momento della conclusione del contratto.

Tale strutturale soggezione di una parte nei confronti dell'altra emerge anche con riguardo dalla legge sull'affiliazione commerciale che all'art. 3 sancisce la necessità che le parti prevedano una durata tale da consentire l'ammortamento degli investimenti da parte dell'affiliato²⁴³. La norma è «ambigua»²⁴⁴, perché l'impegno dell'affiliante di garantire all'affiliato un tempo sufficiente all'ammortamento è sancito per i soli contratti a tempo determinato. Una parte della dottrina segnala

²⁴⁰ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 53 ss.

²⁴¹ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 55. R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 305.

²⁴² Sul punto cfr. il contributo di L. DELLI PRISCOLI, *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisees*, in *Giur. comment.*, 2001, p. 581.

²⁴³ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 278-279. L'A. rileva come il contratto di somministrazione presenti molti caratteri di relazionalità. Il legislatore per questo tipo di contratti, quando le parti non hanno stabilito la durata, ha introdotto un obbligo di preavviso per il recesso da comunicare nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi, o in mancanza in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

²⁴⁴ G. VETTORI, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 486.

l'opportunità di estendere la previsione normativa anche ai contratti a tempo indeterminato²⁴⁵. Altri ritengono che nei contratti di *franchising* a tempo indeterminato debba trovare applicazione la disciplina del recesso prevista nei contratti di somministrazione di cui all'art. 1569 c.c., il quale stabilisce che se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna parte può recedere dal contratto dandone preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o in mancanza in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

La considerazione di questi elementi svela la natura complessa di questo contratto, che non solo vive su un substrato di interessi opposti e configgenti, ma è al contempo terreno e frutto di mutuo scambio, ovvero riconducibile ai c.d. «*relational contract*», tanto da essere stato definito un «matrimonio»²⁴⁶, formato da una coppia perfetta: un partner esperto dotato di un ricco *know-how*, ed una neofita che, piena di speranze, si affaccia nel complicato mondo degli affari.

7. La disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Un inquadramento del tema dei contratti a lungo termine non può trascurare la disciplina posta dal d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231²⁴⁷ sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La normativa ha recepito la direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000 che si propone di «proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore» nel caso in cui «un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore» (considerando n. 19). La disciplina, secondo una *ratio* propria anche della fattispecie che pone il divieto di abuso di dipendenza economica, mira a «proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore» e dunque a tutelare l'imprenditore ed al contempo salvaguardare la trasparenza e il buon funzionamento del mercato.

Si segnala che la direttiva 2000/35/CE è destinata ad essere sostituita dalla direttiva UE n 7/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, pubblicata il 23 febbraio 2011 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, serie L/48 ed

²⁴⁵ A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, 2004, p. 82.

²⁴⁶ L'espressione è dell'allora presidente del *Kentucky Fried Chicken*, richiamato da G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 56.

²⁴⁷ In Italia la direttiva comunitaria sui ritardi nei termini di pagamento è stata attuata con un decreto legislativo apposito, che va ad integrare la legislazione speciale post-codicistica di derivazione comunitaria. Non in tutti i Paesi, però, si è fatta la stessa scelta: questo è ciò che è avvenuto in Germania, dove l'attuazione è avvenuta mediante ricorso alla novellazione del BGB, nell'ambito della riforma del diritto delle obbligazioni entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Per un approfondimento ed una sintesi cfr.: A.C. CIACCHI, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. B) Germania, in Europa e dir. priv.*, 2004, p. 197 ss.

entrata in vigore il 15 marzo 2011. La Direttiva 7/2011, cui gli Stati membri dovranno uniformarsi entro il 16 marzo 2013²⁴⁸, è stata adottata a seguito della posizione assunta dal Parlamento il 20 ottobre 2010 sulla proposta di direttiva della Commissione²⁴⁹.

L'ambito applicativo della normativa si estende ad ogni pagamento effettuato «a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale» e dunque coinvolge senza dubbio i contratti a lungo termine di cui ci stiamo occupando. Per transazioni commerciali si intendono i contratti comunque denominati tra imprese ovvero tra imprese o pubbliche amministrazioni, che comportano in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo (art. 1, d.lgs. 231/2002)²⁵⁰.

Dal punto di vista dei limiti soggettivi la disciplina sui ritardi nei termini di pagamento trova applicazione soltanto se la «transazione commerciale» sia stipulata tra «imprenditori» o conclusa da un «imprenditore» con una «Pubblica Amministrazione». Il termine imprenditore deve essere riferito tanto agli imprenditori individuali quanto ai liberi professionisti, che abbiano stipulato il contratto per scopi riconducibili all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. Nonché agli enti *non profit* che svolgono un'attività imprenditoriale, in relazione a tutti i rapporti contrattuali che instaurano nell'esercizio di detta attività²⁵¹.

L'art. 3 del d.lgs. 231/2002 dispone che «il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli artt. 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Il legislatore ha introdotto un'ipotesi di mora *ex re*. Si prevede, infatti, che, scaduto il termine entro il quale la prestazione doveva essere eseguita, il debitore cade automaticamente in mora senza che si renda necessaria alcuna apposita dichiarazione o il compimento di una qualsiasi formalità da parte del creditore²⁵².

²⁴⁸ Ai sensi dell'art. 12 direttiva 7/2011, gli Stati membri potranno mantenere in vigore o adottare disposizioni più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla direttiva.

L'art. 13 dispone inoltre l'abrogazione con effetto dal 16 marzo 2013 della direttiva 2000/35/CE, la quale però continua a trovare applicazione ai contratti conclusi prima di tale data, in forza dell'art. 12 che consente agli Stati membri di decidere se escludere i contratti conclusi prima del 16 marzo 2013.

²⁴⁹ Emendamenti del Parlamento alla proposta della Commissione 13.10.2010, A7-0136/000.

²⁵⁰ L'art. 1 del testo della direttiva 7/2011 consente agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione «i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito».

²⁵¹ Si precisa che per gli scopi non strettamente connessi a quelli della direttiva, gli Stati membri non sono obbligati a considerare imprese, le professioni liberali.

²⁵² A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 123.

Quando le parti non hanno inserito nel contratto una clausola che stabilisca il termine di pagamento del corrispettivo²⁵³, il contratto deve essere adempiuto nel termine seguente, che risulta dal meccanismo previsto dall'art. 4. Trascorsi trenta giorni dal ricevimento della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Trascorsi trenta giorni dal ricevimento delle merci o del servizio, qualora non sia certa la data della fattura o della richiesta di pagamento ovvero se la data risulti anteriore all'arrivo delle merci o alla prestazione del servizio. Trascorsi trenta giorni dall'accettazione o dalla verifica della prestazione nel caso in cui ciò fosse previsto dalla legge o dal contratto, se il debitore ha ricevuto la fattura o la richiesta di pagamento prima di tale data²⁵⁴.

La disposizione trova applicazione solo «se il termine di pagamento non è stabilito nel contratto» (art. 4 comma 2) ma la libertà di deroga incontra limiti stringenti.

L'art. 7 del decreto legislativo consente al giudice di dichiarare la nullità dell'accordo «sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento», qualora risulti «gravemente iniquo» nei confronti del creditore, avuto riguardo ad una serie di circostanze di fatto, quali la corretta prassi commerciale, la natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, la condizioni dei contraenti e i rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ogni altra circostanza²⁵⁵.

Dichiarata anche d'ufficio la nullità dell'accordo derogatorio²⁵⁶, il giudice è chiamato a ricostruire il regolamento contrattuale o applicando i termini legali o ricon-

²⁵³ G. DE CRISTOFORO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 7.

²⁵⁴ G. SPOTO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia, in Europa e dir. priv.*, 2004, p. 169.

²⁵⁵ Pochi i provvedimenti giudiziari in materia di ritardo nei termini di pagamento. Di seguito si indicano alcune pronunce: T.A.R. Roma Lazio, sez. III, 22 dicembre 2008, n. 12229 (in *De Jure*, Giuffrè): «Sussiste la grave iniquità di cui all'art. 7 d.lg. n. 231 del 2002 delle clausole di contratto inserite dalle strutture sanitarie negli atti di gara per pubbliche forniture per la mancanza di qualsiasi giustificazione che renda costantemente e reiteratamente possibili termini di pagamento, decorrenza degli interessi moratori e saggio degli interessi diversi da quelli stabiliti negli art. 4 e 5 d.lg. n. 231 del 2002».

T.A.R. Brescia Lombardia, 26 ottobre 2006, n. 1349 (in *De Jure*, Giuffrè): «In materia di appalti pubblici, la rinuncia integrale agli interessi di mora costituisce clausola non solo vessatoria ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c., ma anche gravemente iniqua, perché vanifica senza giustificazioni oggettive gli strumenti dissuasivi adottati a livello comunitario contro i ritardi nei pagamenti ed espone le imprese a rilevanti oneri finanziari e organizzativi ed al rischio di insolvenza; di conseguenza detta clausola deve considerarsi nulla (ai sensi dell'art. 7 comma 3, d.lg. n. 231 del 2002, di recepimento della direttiva 29 giugno 2000 n. 2000/35/Ce) ed irrilevante ai fini della partecipazione alla gara».

Consiglio Stato sez. V 12 aprile 2005 n. 1638 (in *De Jure*, Giuffrè): «È illegittima, per contrarietà agli art. 4 e 7 d.lg. n. 231 del 2002, la clausola, inserita in una lettera d'invito a presentare la migliore offerta per la fornitura di prodotti medicinali, con cui un ente pubblico impone, a pena di esclusione, l'aumento dei termini per il pagamento sino a novanta giorni (rispetto ai trenta giorni fissati dal decreto), in quanto introduce un indebito vantaggio per l'amministrazione predisponente».

²⁵⁶ Si deve precisare che il giudice può essere chiamato a sindacare la validità della sola clausola che fissa un termine più lungo o un tasso d'interesse più basso rispetto a quelli legali. Estranei al giudizio sono,

ducendo ad equità il contratto. L'art. 7 attribuisce al giudice un potere in più rispetto all'art. 9 della legge sulla subfornitura. A fronte della nullità non si dischiude una lacuna, ma una sostituzione della clausola ed una conseguente integrazione del contenuto del contratto con altra, mutuata dalla disciplina legale dispositiva ovvero dalla riconduzione del contratto ad equità da parte del giudice²⁵⁷.

Ricondurre ad equità significa che il giudice è chiamato a realizzare l'«equo contemperamento degli interessi delle parti»²⁵⁸, che in questo contesto significa «corretta prassi commerciale»²⁵⁹.

L'art. 7 del decreto non stabilisce una precisa gerarchia tra le alternative concesse al giudice di riequilibrare il contratto o di applicare i termini legali. Qualora in base alle circostanze del caso concreto sia preferibile fissare termini diversi da quelli legali, il giudice dovrà far riferimento ai criteri indicati dalla norma per stabilire il diverso termine di pagamento o saggio degli interessi moratori²⁶⁰. Sarà, invece, tenuto ad applicare i termini di legge qualora non sia possibile estrapolare dalla prassi e da altre circostanze i criteri cui ancorare la fissazione di un termine.

A tal fine, occorre sottolineare che il nostro ordinamento non conosce il principio dell'equivalenza delle prestazioni e non consente al giudice di intervenire, «in ogni caso e per ragioni equitative», sull'accordo stipulato dalle parti. L'autorità giudiziaria «non può pertanto dettare una regola sostitutiva che conformi il contenuto del contratto, a meno che non sia la legge stessa a prevederlo. Sicché nel silenzio della legge non si può ritenere che il giudice sia legittimato a riscrivere il contenuto contrattuale tutte le volte in cui il contratto sia squilibrato».

invece, tutti gli altri accordi o clausole che regolano diversi aspetti del pagamento e che non rientrano nella sfera di applicazione dei termini legali.

²⁵⁷ Occorre considerare che nell'art. 7 si prescinde totalmente dallo stato di bisogno di una parte del qual l'altra ha approfittato per trarne vantaggio e si trascura anche la dimensione della lesione di cui al comma 2 dell'art. 1448. Anche se sono presenti elementi propri dei rapporti contrattuali rescindibili: il venire contro la corretta prassi commerciale; la riconduzione ad equità del contenuto dell'accordo; l'elemento soggettivo dell'approfittamento ricorrente nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 7. Cfr. E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 492.

²⁵⁸ Anche l'art. 1371 c.c., in materia di regole finali di interpretazione del contratto all'«equo contemperamento degli interessi delle parti». È interessante segnalare come il legislatore tedesco abbia omesso completamente di attuare l'art. 3, co. 3 della direttiva, indicante, appunto tutte le circostanze da considerare per decidere quando una pattuizione possa definirsi gravemente iniqua.

²⁵⁹ Si è osservato che «una volta che si passi dal momento *destruens* del rilievo della manifesta iniquità a quello *costruens* della rideterminazione equa del rapporto, il compito del giudice divenga arduo, quante volte sul mercato manchino ragionevoli alternative per il contraente che resterà, dopo l'esecuzione della propria prestazione, creditore del corrispettivo»: G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*. in *I contratti*, n. 12, 2002, p. 1162.

²⁶⁰ Il giudice si troverebbe dunque «ad attribuire giuridicità, con il giudizio equitativo, ad una regola economica»: M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83.

Il fatto che l'art. 1374 c.c. individui fra le fonti di integrazione del contratto la legge, gli usi e in mancanza l'equità significa che il giudice può intervenire in via equitativa nel fissare un elemento o un aspetto del contenuto del contratto nei soli casi ammessi dalla legge²⁶¹. La previsione del potere correttivo del contratto di cui all'art. 7 d.lgs. 231/2002 è giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse pubblico economico²⁶², poiché accordi gravemente iniqui sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento possono determinare l'insolvenza delle imprese di piccola o media dimensione con conseguente perdita dei posti di lavoro²⁶³.

La nullità prevista dall'art. 7 è riconducibile alle c.d. nullità di protezione il cui regime si presenta come derogatorio rispetto a quello tradizionale.

Gli interessi legali iniziano a decorrere dal giorno della mora e indipendentemente dalla prova del creditore di aver subito un danno a causa del ritardo.

L'art. 6 del decreto legislativo riconosce al creditore il diritto al risarcimento dei costi sostenuti per recuperare le somme non tempestivamente pagate dal debitore, determinabili in base alle tariffe forensi in materia stragiudiziale, purché siano corrispondenti ai «principi di trasparenza e di proporzionalità».

Al creditore è anche consentito agire per il risarcimento del maggior danno subito in conseguenza del ritardo nel pagamento, purché ne offra in giudizio la prova, e sempreché «il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile» (art. 6). Il diritto al risarcimento del maggior danno, non presente nel testo della direttiva, si sarebbe, comunque, potuto evincere dall'art. 1224, comma 2, c.c., secondo cui «al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento». Si precisa, infatti, che l'art. 6, comma 2 della direttiva 2000/35/CE consente agli Stati membri di lasciare in vigore le norme che risultino più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla direttiva²⁶⁴.

²⁶¹ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 87 ss.

²⁶² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 90 che richiama: S. MAZZAMUTO, *Autonomia negoziale e ruolo del giudice*, Relazione al 2° Convegno Nazionale (SISDIC), tenutosi a Capri il 18-19-20 aprile 2006, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, il quale rileva come le clausole che prevedono tassi esigui o dilazioni eccessive alterino la ragione economica del contratto con il quale il debitore (contraente forte) si procura beni o servizi, perché determinano un finanziamento commerciale celato a spese del creditore (contraente debole). Conformemente cfr.: A. GORGONI, *sub. Art. 33 comma 2 lett. m*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

²⁶³ Occorre segnalare che nel testo della direttiva 7/2011 è scomparso ogni riferimento alla possibilità per il giudice di ricondurre ad equità il contratto. L'art. 4 si limita, infatti a prevedere quanto segue: «gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell'interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto ad un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore».

²⁶⁴ L'art. 8 del d. lgs 231/2002 attua la disposizione di cui all'art. 3, comma 5, della direttiva 2000/35/CE, prevedendo che le «associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi». Nell'ambito

8. Il problema delle sopravvenienze

8.1 La fase esecutiva dei contratti a lungo termine

Si è visto come nei contratti di durata tra imprese si ponga di frequente il problema dell'allocazione dei rischi non previamente disciplinati nel contratto. E l'analisi economica del diritto spiega il perché.

La continuità della relazione che si viene ad instaurare tra le parti determina una esposizione del rapporto a continue modifiche ad opera di circostanze esterne idonee ad incidere sul sinallagma contrattuale. Ciò significa che è nella fase esecutiva del contratto che si pone il problema delle sopravvenienze, ossia di quei «fatti, eventi o circostanze non considerate dai contraenti e incidenti sull'esecuzione (di almeno una) delle due prestazioni», che si ascrivono al più generale problema del rischio contrattuale²⁶⁵.

Proprio per i vantaggi reciproci che le parti ricevono dalla cooperazione nello svolgimento dell'affare, in questo tipo di rapporti, la soluzione di mantenere il contratto si rivela preferibile rispetto al suo scioglimento.

Del resto la flessibilità che caratterizza i contratti a lungo termine, il cui oggetto si presenta necessariamente incompleto per la stessa volontà delle parti, determina la propensione del contratto all'adeguamento e alla modificazione. Da qui la necessità di analizzare l'ampio ventaglio di rimedi esperibili in caso di sopravvenienze.

Si pone l'ulteriore interrogativo di stabilire se il sistema rimediale disegnato per i contratti di breve durata (c.d. *spot contracts*), incentrato sull'alternativa tra rimedi invalidanti o risolutivi, possa essere applicato anche ai contratti a lungo termine. O se, invece, sia preferibile che l'approccio ai problemi sia affrontato attraverso l'applicazione di rimedi correttivi che consentano alla relazione contrattuale di adattarsi in corrispondenza del mutare delle circostanze esterne che incidono sul contratto, di reagire al verificarsi di eventi imprevedibili e straordinari, ma anche di gestire il rischio di opportunismo contrattuale.

dell'articolo 11, d.lgs. n. 231/2002, avente ad oggetto le norme transitorie, il legislatore ha inserito un ultimo comma, in forza del quale «La riserva della proprietà di cui all'art. 1523 del codice civile, preventivamente concordata per iscritto tra l'acquirente ed il venditore, è opponibile ai creditori del compratore se è confermata nelle singole fatture dalle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili».

²⁶⁵ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, in *Le sopravvenienze*, Rimedi II, a cura di F. Macario, Capitolo I, *Le sopravvenienze e i rimedi nella gestione del rischio contrattuale*, p. 495 ss.

In questo ambito assumono particolare rilievo anche le soluzioni di gestione del contratto escogitate dall'autonomia privata, che ha introdotto meccanismi convenzionali volti a riequilibrare il meccanismo sinallagmatico.

Capitolo 2

La gestione del rischio delle sopravvenienze

1. I rimedi contrattuali ablativi ed estintivi previsti dal codice civile

1.1 Insufficienza del paradigma tradizionale fondato sul binomio validità/invalidità

Negli studi tradizionali, il diritto dei contratti ha una finalità esclusivamente interna al rapporto¹. Da qui scaturisce la estraneità rispetto al medesimo di tutto ciò che è esterno al contratto. Il contratto viene considerato come vicenda istantanea chiusa dal punto di vista degli effetti, e i rimedi previsti dal sistema delineato dal codice civile oscillano tra risoluzione e adempimento. All'interno del codice civile «le norme sono tutte ispirate al tipo di prestazione unica, che avviene nella vendita pura»². Considerando, invece, il contratto in una ottica diacronica, è imprescindibile fare riferimento alle vicende esterne che incidono sul medesimo³.

La mancanza di una distinzione tra contratto di scambio e contratto di organizzazione dell'attività di impresa ha delle implicazioni a livello di disciplina⁴.

Il protrarsi nel tempo del rapporto contrattuale fa sorgere la necessità di verificare nei contratti di durata la razionalità delle regole rimediali contro l'abuso, le cui conseguenze possono verificarsi proprio nella fase di esecuzione del contratto⁵. Da qui si trae l'opportunità di ripensare l'intero apparato rimediale, non essendo l'asimmetria di potere contrattuale interamente governabile tramite le regole di validità disposte dal legislatore che incidono sull'atto di autonomia. Ciò implica il superamento delle vecchie concezioni fondate sulla priorità e non esclusività del paradigma validità/invalidità della pattuizione al fine di sindacare la legittimità dei comportamenti contrattuali. L'alternativa validità/invalidità pensata per gestire pattuizioni che concernono manifestazioni di volontà costitutive del vincolo appare, infatti, poco idonea sul piano rimediale a conciliare la fase di formazione dell'accordo in cui avviene l'allocatione dei rischi con quella delle sopravvenienze.

¹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 71.

² MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914, p. 131.

³ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 71 ss.

⁴ F. MACARIO, relazione al convegno *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, dei civilisti italiani, tenutosi a Trento il 22-23 maggio 2009, sessione *Il rischio del running the business giurisprudenziale*.

⁵ F. MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, p. 181.

Anche con riferimento alla genesi del contratto di somministrazione, che, come accennato nel primo capitolo, viene considerato il paradigma del contratto di durata, si è ritenuto che «il punto di vista della compravendita» sia «insufficiente a cogliere l'essenza del fenomeno» in quanto la sua strutturale istantaneità collide «con i dati caratterizzanti della durata del rapporto e periodicità delle prestazioni»⁶.

1.2 Inadeguatezza del modello risolutorio

I rimedi predisposti dal codice civile per i contratti sono detti ablativi in quanto tendono a porre nel nulla gli effetti del contratto.

Ponendosi in una prospettiva storica del pensiero emerge il frequente ricorso da parte dei contraenti alle clausole di forza maggiore e ad altri rimedi concernenti vizi genetici tra cui l'errore bilaterale. È palese la inadeguatezza del rimedio previsto per il vizio genetico, che concerne una circostanza esistente al momento della conclusione e scoperta a breve distanza di tempo⁷, rispetto ad eventi che integrano una sopravvenienza che si manifesta a distanza di molto tempo dalla conclusione del contratto quando il ripristino dello *status quo* non sembra la strada più conveniente da percorrere⁸.

In presenza di un contratto a lungo termine, l'interesse di una delle parti alla continuità delle prestazioni fa emergere l'insufficienza dell'alternativa contenuta nell'impianto tradizionale del codice del '42 tra adempimento e risoluzione. A tal fine occorre considerare l'interesse che ha la parte di un tale contratto a proseguire il rapporto su basi diverse⁹.

Proprio la prevalenza dell'interesse di una parte al mantenimento del contratto, rende preferibile la soluzione della prosecuzione del rapporto rispetto alla possibilità di porre fine al medesimo e al conseguente scioglimento. Sicché in tale realtà l'adeguamento del rapporto rappresenta la soluzione da perseguire in caso di conflitti insorti tra i contraenti¹⁰. L'assunto trova conferma nell'esperienza della contrattazione internazionale¹¹.

La giurisprudenza della fine dell'ottocento e dell'inizio del novecento nel sistema precedente a quello del '42, ha fatto riferimento ai contratti a lungo termine, categoria non codificata dal diritto positivo ma usata dalle Corti. Sulla base della clausola *rebus sic stantibus*, la giurisprudenza ha ritenuto che il verificarsi di sopravvenienze avrebbe potuto indurre la modificazione o la risoluzione del contratto¹². Non solo. In dot-

⁶ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 166.

⁷ Si è osservato in dottrina come, tuttavia, proprio le norme in tema di risoluzione assicurino la tutela del contraente attraverso l'adeguamento. Lo dimostrerebbero «tutte le norme che mantengono l'equilibrio anche quando non consentono la risoluzione in senso stretto». Ci si riferisce, in particolare, all'estensione analogica dell'art. 1464 c.c. nella parte in cui consente di ridurre proporzionalmente la controprestazione e al caso dell'inadempimento parziale. Così A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 37.

⁸ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 303 ss.

⁹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 325, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 284.

¹⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 16.

¹¹ Su cui v. *infra* § 3 e ss.

¹² F. MACARIO, relazione al convegno *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, dei civilisti italiani, tenutosi a Trento il 22-23 maggio 2009, sessione *Il rischio del running the business giurisprudenziale*. L'A.

trina e in giurisprudenza si è tentato di individuare un nucleo di regole e principi volti a costruire una disciplina di risolubilità del vincolo contrattuale anziché ad estinguere un'obbligazione e garantire il mantenimento in vita del rapporto contrattuale¹³ rispettando l'interesse espresso al momento del contratto, una volta codificata la regola nel codice¹⁴.

I primi segnali di apertura da parte del legislatore sui rimedi contro la eccessiva onerosità sopravvenuta cominciano a comparire a partire dai primi cinquanta anni del XX secolo. Il codice civile italiano introduce una norma *ad hoc* contro le sopravvenienze: l'art. 1467 c.c., lasciando ai giuristi il compito di individuare il fondamento dell'istituto¹⁵.

Nel codice civile del '42 sono presenti anche altri interessantissimi spunti da cui si trae, da un lato, l'inadeguatezza del modello risolutorio quale rimedio esperibile in caso di contratti a lungo termine e, dall'altro, il rilievo all'interno di tali rapporti di fatti che incidono sulla relazione contrattuale, modificandola.

In base a queste considerazioni, prima di procedere alla fase ricostruttiva del presente lavoro, che cercherà di individuare quali siano nei contratti a lungo termine i rimedi più efficienti esperibili in caso di sopravvenienze, appare imprescindibile analizzare il fenomeno dell'adeguamento del contratto, partendo dall'esame delle forme convenzionali di adeguamento per poi passare alla verifica dei rimedi contro le sopravvenienze più idonei al tema qui trattato.

Il punto da cui la riflessione cercherà di muovere non potrà che essere il modello legale generale, e il confronto tra regole di *default* del codice civile, tecniche convenzionali e legali in cui si alternano rimedi estintivi o ablativi e manutentivi. Precisando che la predisposizione *ex ante* di meccanismi per l'adeguamento del contratto non sempre è preclusiva delle controversie in materia di gestione del rischio¹⁶.

rileva come nell'ordinamento tedesco si sia seguita una strada meno forte rispetto a quella italiana. Nel BGB si è inserito il § 313 che costituisce un precipitato dell'evoluzione tedesca che ha seguito la strada dell'adeguamento del contratto in linea con la giurisprudenza che opera in assenza di una disciplina come quella di cui all'art. 1467 c.c.

¹³ Si è sottolineato come il tema dell'adeguamento nella disciplina dei contratti di durata sia autonomo rispetto alle vicende che tendono a salvare la validità del contratto. In tal senso si è opportunamente rilevato come al regime delle nullità parziali sia sotteso il principio di conservazione del negozio giuridico. Il tentativo di ricondurre ad unità le diverse problematiche in un sistema unitario di disciplina dell'effettività o operatività del contratto, «potrebbe risultare persino fuorviante, se si accetta che discorrere di conservazione degli effetti degli atti (e dei contratti) significa affrontare un problema di ricostruzione della volontà in base ai diversi canoni ermeneutici». Senza considerare, poi, che la questione della modificazione/adeguamento degli interessi, concernendo il riassetto del riequilibrio economico, presuppone di verificare la giustificazione dell'attribuzione patrimoniale. Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 141.

¹⁴ Per un'ampia disamina delle pronunce della giurisprudenza nel settore del gas naturale nel sistema prevalente a quello del codice civile, cfr.: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 32 ss. L'A. cita BARSANTI, *Risolubilità del contratto a lungo termine, pel successivo mutamento dello stato di fatto*, 1899, Archivio giuridico Filippo Serafini, p. 23 ss, tra gli Autori che hanno sostenuto l'ipotesi di inserire all'interno del codice la regola della clausola *rebus sic stantibus*.

¹⁵ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 307.

¹⁶ F. MACARIO, *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, p. 181.

Nell'ottica prospettata si ritiene opportuno analizzare innanzitutto la figura della risoluzione per eccessiva onerosità, per poi passare al vaglio le diverse tipologie contrattuali che contengono un modello risolutorio che opera in presenza di presupposti diversi e più rigidi rispetto a quelli enunciati nel codice civile.

Ricostruiti i limiti di applicazione dell'art. 1467 c.c., dai modelli descritti per le diverse tipologie contrattuali riferibili a rapporti contrattuali caratterizzati da una relazione molto intensa tra le parti, emerge la necessità di attribuire rilievo all'esigenza che il contratto prosegua con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi che si possono verificare. Occorrono, pertanto, rimedi non ablativi, ma manutentivi e di adeguamento, in quanto consentano di salvaguardare il contratto adeguandolo alle circostanze sopravvenute¹⁷.

Diverse sono le tipologie rimediali prospettabili e diversi ancora gli strumenti ipotizzati dall'autonomia privata. Nell'ambito di questi ultimi è possibile rintracciare una pluralità di meccanismi di adeguamento che operano nei confronti di una eterogeneità di fattori. Si avranno, così, fattori obiettivi della realtà su cui l'adeguamento opera in modo automatico alla stregua delle clausole di indicizzazione. In altre ipotesi è il terzo attraverso un arbitraggio a determinare il contenuto del contratto. In altre ancora le parti affidano ad una delle parti l'obbligo di integrare il contratto. Infine le parti possono accordarsi per rinegoziare i punti del rapporto investiti dalle sopravvenienze attraverso le clausole di rinegoziazione¹⁸. Di tutte queste tipologie di clausole si cercherà di dar conto.

1.3 Il modello della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c.

La risoluzione del contratto, rimedio estintivo che consente di sciogliere il rapporto contrattuale, opera in presenza di contratti a prestazioni corrispettive o sinalgmatici, allorché venga meno la reciproca dipendenza delle prestazioni che costituisce la giustificazione causale che intercorre tra le obbligazioni che sorgono dal contratto, determinando il diritto di una parte ad essere sciolta dal vincolo che la lega all'altra qualora ricorrano i requisiti stabiliti dalla legge¹⁹.

Per i contratti ad esecuzione istantanea ma differita oppure per i contratti ad esecuzione continuata o periodica²⁰, l'art. 1467 c.c. predispose la tutela della risoluzione

¹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042.

¹⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1045-1046.

¹⁹ Sulla risoluzione per eccessiva onerosità, cui in questa sede è possibile dedicare solo qualche cenno, cfr. *amplius* P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467- 1469, in codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006; ID., *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Il diritto - Enc. Giur.*, Milano, 2007, vol. XIII, p. 668 ss.

²⁰ L'espressione contratti di durata colma «lo scarto lessicale esistente tra definizione dottrinale e terminologia legislativa» di contratti ad esecuzione continuata o periodica. Cfr. S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., p. 11. L'A. sottolinea che «la risoluzione è retroattiva pure nei contratti di durata. Semplicemente, siccome l'esatto adempimento delle singole *tranches* del rapporto fondamentale già determina, all'atto del suo svolgersi, una vicenda ablativa dei rapporti singoli, la retroattività non si spinge ad elidere quel che prima è stato» Così S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., p. 118.

per eccessiva onerosità²¹. Il rimedio opera allorché il sopravvenire di avvenimenti straordinari e imprevedibili rende il rapporto tra le prestazioni nella fase dell'esecuzione sproporzionato rispetto al momento in cui è stato concluso il contratto²².

1.3.1 I presupposti eccezionali della norma

Come anticipato, l'ambito di applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità è circoscritto ai contratti a prestazioni corrispettive in cui ciascuna obbligazione trova la sua giustificazione nella controprestazione. Sicché sono esclusi dall'ambito di applicazione i contratti a titolo gratuito.

All'interno della norma occorre differenziare la fattispecie del contratto ad esecuzione continuata o periodica e quella del contratto ad esecuzione differita. Solo nel primo caso potranno trovare applicazione i principi sui contratti di durata in quanto nella tipologia dei contratti ad esecuzione differita, sebbene vi sia un lasso di tempo tra la formazione del consenso e l'esecuzione, è venuto meno l'interesse delle parti a «preservare la continuità del rapporto nel tempo»²³.

Il rimedio opera solo allorché si verifichi un evento tra la fase della conclusione del contratto e quella di esecuzione delle prestazioni.

La norma, come risulta dalla relazione al codice del 1942, presenta un chiaro riferimento al principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla regola *rebus sic stantibus* e alle sopravvenienze²⁴. Si deve, peraltro, rilevare come la disposizione riconosca rilevanza alle sole sopravvenienze che incidono sull'equilibrio economico del contratto²⁵.

Diversi i fondamenti che si sono attribuiti all'istituto. Si oscilla dalla presumibile volontà delle parti secondo la visione soggettivistica, alla mancata realizzazione della funzione economica assegnata al contratto secondo la teoria causalistica. Si ricerca il presupposto ora nella equivalenza economica delle prestazioni, dalla cui rottura scaturirebbe un vizio del contratto, ora nelle vicende dell'obbligazione divenuta eccessivamente onerosa e nella analogia tra sopravvenuta onerosità e sopravvenuta impossibilità della prestazione, secondo la dottrina atomistica²⁶. Autorevole dottrina ha pre-

²¹ Perché il rimedio della risoluzione possa operare è sufficiente che l'esecuzione sia differita anche per una sola parte.

²² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 712.

²³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 284.

²⁴ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, in *Rimedi II, Le sopravvenienze*, a cura di F. Macario, Capitolo VI, *La risoluzione per eccessiva onerosità fattispecie particolari*, p. 627.

²⁵ Molto interessante la ricostruzione di M. ZACCHEO, *Sopravvenienze*, seminario tenuto all'interno delle lezioni del dottorato dell'Università di Firenze, il 6 novembre 2009, che rileva come il legislatore italiano abbia inserito all'interno del codice civile l'art. 1467 c.c. facendo riferimento alla teoria economica dell'inflazione che si era sviluppata in quegli anni, proprio grazie ad un Italiano, dopo la grande crisi del 1929. L'assenza di una tale norma nel codice tedesco, entrato in vigore in epoca anteriore alla crisi di quegli anni, avrebbe favorito l'inserimento da parte del legislatore della norma sull'adeguamento del contratto.

²⁶ Per una rassegna dei diversi orientamenti citati e per una lettura critica sul punto si v. R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, 697.

cisato come il legislatore con l'art. 1467 c.c. abbia inteso dare rilevanza al valore economico della prestazione oltreché al contenuto. Il legislatore ha distribuito i rischi concernenti le variazioni della prestazione dovuta considerando entità e segno della variazione, della previsione fatta dalle parti, della prevedibilità della prestazione stessa. Con tale norma il legislatore avrebbe insomma compiuto una «normale distribuzione dei rischi e l'ha compiuta e elaborata in modo "equo", cioè integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro valore»²⁷.

Il primo comma dell'art. 1467 c.c. definisce il limite dell'alea normale del contratto. Il contratto è di per sé oneroso e tale onerosità individua il sacrificio richiesto alle parti che è anche il criterio che governa la corrispettività del contratto. Il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità opera allorché venga superata la misura della soglia che segna la eccessività. Ciò si verifica allorché prevedibilità e normalità vengano superate e non rientrino nel contenuto del contratto²⁸.

Attorno al parametro di riferimento costituito dall'alea normale del contratto, previsto nel secondo comma dell'art. 1467 c.c., ruotano gli elementi della straordinarietà e imprevedibilità degli eventi.

La straordinarietà e la imprevedibilità dell'evento sono presupposti che devono essere presenti entrambi ed accertati in concreto²⁹.

Il profilo della straordinarietà indica un criterio oggettivo che il giudice è tenuto ad applicare. Il limite della prevedibilità deve essere stabilito in riferimento al secondo comma dell'art. 1467 c.c.,³⁰ che individua nell'alea normale del contratto un criterio legale di distribuzione del rischio contrattuale.

Il presupposto dell'eccessiva onerosità si verifica dunque in presenza di una alterazione da cui consegue il superamento della corrispettività tra le prestazioni stabilita originariamente dai contraenti. Ovvero dell'onerosità che corrisponde al sacrificio sopportato da ciascuna delle parti, indipendentemente dal fatto che la sopravvenienza incida direttamente sul valore della prestazione dovuta dal contraente che invoca il rimedio o, indirettamente, causando una diminuzione notevole dell'utilità della controprestazione. Ne consegue che l'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c. deve essere intesa come l'ulteriore sacrificio richiesto al debitore in seguito all'alterazione dell'assetto economico del contratto e dell'equilibrio fissato in origine tra le prestazioni. E non solo nel senso di ostacolo all'adempimento della prestazione dovuto ad una perturbazione dell'equilibrio patrimoniale delle prestazioni, i cui parametri di comparazione sono costituiti dai costi della medesima prestazione³¹.

Sempre con riferimento alla eccessiva onerosità, è necessario che la circostanza non sia dovuta ad eventi riconducibili al comportamento della parte che intende avvalersene, né al contraente che con la propria condotta ha dato origine all'inadempimento di controparte.

²⁷ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 698. Gli autori rilevano che la norma è posta a tutela non di un semplice contraente ma di un debitore che è tale in virtù del contratto.

²⁸ Trib. Monza 29.03.1993 in *Foro it.*, 1994, I, 916 richiamato da F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 631.

²⁹ R. SACCO - G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 711.

³⁰ M. ZACCHEO, *Le sopravvenienze*, cit.

³¹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, in *Rimedi II, Le sopravvenienze*, a cura di F. Macario, Capitolo VI, p. 631.

Si è così precisato che la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere fatta valere dalla parte che, col suo inadempimento, abbia ritardato l'esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso della parte adempiente alla tutela giudiziaria³².

Occorre rilevare, infine, come la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità di cui agli artt. 1467 c.c. ss. presenti un profilo peculiare. Il terzo comma dell'art. 1467 c.c. disciplina l'offerta di riduzione ad equità del contratto divenuto eccessivamente oneroso, che consente alla parte che non ha subito l'evento straordinario, contro cui viene chiesta la risoluzione, di offrire di modificare equamente le clausole del contratto, evitando in tal modo la risoluzione³³.

Lo scioglimento del contratto a causa della risoluzione per eccessiva onerosità è una risposta concessa dall'ordinamento a fronte di avvenimenti imprevedibili e straordinari. In presenza di sopravvenienze atipiche, che si verificano nei contratti che per loro natura o per scelta delle parti spiegano effetti per un periodo di tempo medio-lungo, la norma non è, invece, in grado «di soddisfare le aspettative e le ragioni dell'economia del contratto»³⁴. Tali sopravvenienze, in quanto non integranti gli estremi dell'art. 1467 c.c., costituiscono i presupposti per la produzione di una regola rivolta in preferenza alla modificazione correttiva del contratto³⁵.

Si osserva, inoltre, che la norma di cui all'art. 1467 c.c. «è sicuramente un esempio dell'inadeguatezza (o, se si preferisce, della non totale inadeguatezza) degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze»³⁶. La norma consente, infatti, solo alla parte che ha meno interesse a riequilibrare il contratto, ovvero alla parte svantaggiata, di chiedere la revisione del contratto divenuto iniquo. Al contempo, però, l'art. 1467 c.c. costituisce un esempio della preferenza che il nostro ordinamento riconosce alla revisione e conseguentemente alla rinegoziazione del rapporto. La stessa preferenza alla conservazione del rapporto che emerge anche dalle discipline previste per alcuni contratti tipici di cui di seguito si dà atto³⁷.

2. Le discipline tipiche in tema di sopravvenienze

Una disciplina speciale in tema di sopravvenienze si rintraccia in alcuni tipi contrattuali, espressamente disciplinati dal legislatore.

Le espresse disposizioni normative invitano l'interprete a domandarsi se sia effettivamente configurabile una regola modello riconducibile all'art. 1467 c.c. e, a fianco

³² Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, p. 523. Cfr. anche Cass., 28 febbraio 1985, n. 1739, in *Rep. Foro it.*, 1985 voce «Contratto in genere», c. 286, Cass., 14 novembre 1981, n. 6034, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce cit., 347; Cass., 22 novembre 1985, n. 5785, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce cit., c. 285, tutte citate da F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 628.

³³ ID., *op. ult. cit.*, p. 626. V. anche la sentenza ivi citata: Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661 in *Foro it.*, 2001, I, c. 3245.

³⁴ P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 545.

³⁵ F. MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 206.

³⁶ P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, cit., p. 545.

³⁷ P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, cit., p. 545.

di quel modello, norme speciali derogatorie secondo il tradizionale paradigma regola – eccezione.

È possibile suddividere i modelli legali in due gruppi di norme.

Da una parte quelle espresse dalle disposizioni che predispongono «un'alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto». Si pensi alla disciplina della determinazione del prezzo nell'appalto di cui all'art. 1657 c.c., che stabilisce che se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarlo, questa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi e in mancanza è determinata dal giudice.

Del pari l'art. 1560 c.c. in tema di entità della somministrazione stabilisce che nel caso in cui quest'ultima non sia determinata, si intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto.

Si precisa altresì che qualora le parti abbiano stabilito un termine massimo e uno minimo per l'intera somministrazione o per singole prestazioni, è l'avente diritto alla somministrazione che deve stabilire il quantitativo nei limiti dovuti.

Se, invece, l'entità della somministrazione deve essere determinata in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo.

L'altro gruppo di norme è costituito da quelle che fissano «presupposti e modalità di modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite» al fine di consentire una esecuzione del rapporto contrattuale corretta.

Così nelle variazioni al progetto ordinate dal committente nel contratto di appalto l'art. 1661 c.c. detta una disciplina che contiene l'indicazione in termini quantitativi più o meno precisi in ordine all'ammontare delle variazioni del progetto.

Di sicuro rilievo si presenta anche l'art. 1490 c.c. comma 1 che in materia di compravendita, ai fini della risolubilità del contratto, ritiene sufficiente che la cosa presenti vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano il valore in modo apprezzabile.

Il secondo comma dell'art. 1710 c.c. in materia di mandato stabilisce che il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato. La norma implica che ogniqualvolta l'esecuzione dell'incarico risulti pregiudizievole per il mandante a causa di circostanze sopravvenute note al mandatario, questi è tenuto a segnalare al mandante tali circostanze, oppure, qualora ciò non sia possibile, di astenersi o di modificare le modalità di esecuzione del mandato alla situazione di fatto al fine di salvaguardare l'interesse del mandatario³⁸.

Si pensi inoltre all'art. 1623 c.c. in materia di affitto che disciplina l'ipotesi in cui a causa di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità, il rapporto contrattuale si presenti modificato a tal punto che le parti ne risentano una perdita o un vantaggio. In queste ipotesi, prevede la norma, può essere chiesto un aumento o

³⁸ Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 284, ricordando una massima diffusa in giurisprudenza.

una diminuzione del fitto ovvero secondo le circostanze lo scioglimento del contratto.

Inoltre, all'interno della legislazione speciale, la già ricordata legge 18 giugno 1998 n. 192 sulla subfornitura, all'art. 3 comma 5 sancisce che, ove nel corso dell'esecuzione del rapporto vengano apportate significative modifiche o varianti che comportino aumenti dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto.

In altri casi si richiamano criteri di giustizia sostanziale quali proporzionalità e equità della determinazione affidata dal giudice in assenza di accordo tra le parti³⁹. In tal senso si vedano gli artt. 1660 e 1664 c.c. che disciplinano l'ipotesi di variazione del progetto resasi necessaria per eseguire a regola d'arte l'opera e quella di aumento o diminuzione nel costo di materiali o di mano d'opera che cagionino un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto.

Nella prima ipotesi si prevede che spetti al giudice determinare le variazioni e le correlative variazioni di prezzo. Si precisa, altresì, che se l'importo della variazione supera il sesto del prezzo convenuto l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere un'equa indennità secondo le circostanze.

Se le variazioni sono di notevole entità il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a versare un equo indennizzo.

Nella seconda ipotesi si prevede la possibilità per l'appaltatore o il committente di ottenere una revisione del prezzo. La revisione, si precisa, non può eccedere il decimo. Nel caso in cui, poi, nel corso dell'opera si verificano difficoltà di esecuzione che derivano da cause geologiche idriche e simili non previste dalle parti che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore questi ha diritto a un equo compenso.

Di particolare rilievo la recente disciplina sul contratto di rete.

2.1 Il Contratto di rete

Nel contratto di rete, si è visto, devono essere indicati gli obiettivi strategici, le attività comuni poste a base della rete e un programma di rete con un'analitica enunciazione dei diritti e obblighi di ciascuna impresa. L'adesione alla normativa legislativa implica la necessità di istituire un fondo patrimoniale comune o di avvalersi di un patrimonio destinato all'affare, al fine di realizzare lo scopo della rete. E di individuare un organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, che agisca in rappresentanza delle imprese. Si conferisce flessibilità alle relazioni contrattuali, attraverso la indicazione nel contratto delle ipotesi in cui è possibile il recesso. I requisiti del contratto di rete previsti nella normativa dettata dal legislatore presuppongono in modo chiaro l'esistenza di rapporti fondati sulla interdipendenza e complementarietà delle relazioni tra imprese, configurando la disciplina del contratto di rete come strumento di allocazione dei rischi relativi all'attività o ad una prestazione svolta nell'ambito di una filiera.

L'allocazione del rischio dell'inadempimento può avvenire sulla base dello schema predisposto dal legislatore ovvero attraverso forme convenzionali che riallocano il

³⁹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit.

rischio tra i contraenti. Si pensi alle clausole di limitazione della responsabilità di alcuni contraenti o a quelle che definiscono *ex ante* le modalità di gestione di rischi derivanti da inadempimento di una delle parti e quelle che selezionano i rimedi o ne definiscono una gerarchia nonché quelle di rinegoziazione.

Al fine di valutare la gravità dell'inadempimento nei rapporti tra le imprese della rete, occorre considerare che in una struttura reticolare, il contratto tende a realizzare una funzione economica peculiare: «un collegamento non tra i singoli atti ma tra due distinte serie teleologicamente coerenti, di comportamenti».

I complessi intrecci negoziali tra imprese ciascuna titolare, attuale o potenziale di una attività specifica ed autonoma manifestano la frammentazione del ciclo economico produttivo. Il contratto rappresenta lo schema che consente di attribuire rilevanza giuridica alla individualità dei soggetti (imprenditori) e la correlazione tra le attività imputabili alle parti della fattispecie o del regolamento di interessi. «L'organizzazione da presupposto endogeno all'impresa apparato esprime in questo caso una componente esogena alle innovate forme di articolazione dell'esercizio imprenditoriale». L'atto non si contrappone all'attività ma diviene criterio di valutazione della coerenza dei comportamenti a fronte del modello prefigurato⁴⁰.

In una siffatta ipotesi l'interesse leso si riferisce all'insieme dei contraenti. Si tratta, pertanto, dell'interesse collettivo riflesso nella comunione di scopo, interesse che può condurre ad una definizione della valutazione della gravità diversa e conseguentemente ad un equilibrio diverso tra risarcimento e risoluzione⁴¹.

Nel silenzio delle parti la valutazione della gravità va operata non in riferimento all'interesse individuale dei partecipanti, ma all'interesse collettivo all'esecuzione del contratto di rete. In tale ottica è idoneo ad integrare il requisito della gravità, l'inadempimento che sia tale da far venir meno il vincolo fiduciario nei confronti di una parte. Si pensi ad esempio alla ipotesi in cui vengano posti in essere inadempimenti non gravi ma ripetuti, oppure ad un inadempimento la cui gravità sia tale da arrecare pregiudizio rispetto alla strategia inizialmente programmata.

Con riferimento alla essenzialità, che costituisce attributo della prestazione, la valutazione opera tra le parti adempienti, in relazione al contributo concreto che la prestazione inadempita produce sul perseguimento dello scopo comune e alla lesione che il suo venir meno cagionerebbe sull'interesse collettivo. Sono indici di essenzialità il grado di interdipendenza e di complementarietà della prestazione inadempita rispetto alle altre prestazioni valutate nel quadro degli obiettivi strategici della rete e del grado di fungibilità della stessa in relazione alle alternative disponibili sul mercato.

La essenzialità deve essere valutata con riferimento alla complementarietà delle prestazioni e alla specificità degli investimenti compiuti.

Seguendo questo iter argomentativo, la risoluzione dovrà essere esclusa nella ipotesi in cui l'inadempimento produca effetti rilevanti su una o più parti del contratto di rete, ma non pregiudichi né ostacoli in modo significativo il raggiungimento dello scopo collettivo configurato dallo scopo comune.

⁴⁰ Per queste considerazioni cfr.: C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, cit.

⁴¹ Per queste considerazioni cfr. ancora F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete, Commentario*, cit., p. 96 ss.

La tutela dell'interesse collettivo richiede una disciplina puntuale di rimedi che consenta di prevenire e di riparare il pregiudizio derivante dall'inadempimento del singolo partecipante, considerando sia le conseguenze all'interno della rete che quelle concernenti i terzi. Ne consegue che, pur in presenza di un nesso tra gravità dell'inadempimento della singola prestazione ed estromissione, occorre differenziare tra rimedi contro l'inadempimento della singola prestazione e rimedi concernenti la partecipazione alla rete. Entrambe riflettono esigenze diverse: da un lato il conseguimento dello scopo, dall'altro il mantenimento di una relazione fiduciaria tra i componenti la rete⁴².

Da tutto quanto sopra precisato, si può evincere che il contratto di rete esige una «preferenza per le tutele in forma specifica coordinandole con sistemi di flessibilità quando sia ammessa la sostituibilità della prestazione»⁴³.

Proprio con riferimento al rimedio risolutorio è possibile distinguere diverse ipotesi di reazione all'inadempimento.

Lo scioglimento dell'intero contratto potrà conseguire soltanto al venir meno di una prestazione essenziale determinata dalla estromissione di una parte. Ciò perché consentire ad una parte di risolvere l'intero contratto significa impedire alle altre parti non inadempienti di continuare l'attività comune in seguito all'inadempimento con la conseguenza che l'interesse individuale finirebbe per essere anteposto a quello generale. Il principio di conservazione del contratto che emerge dall'art. 1459 c.c. esige che il contratto si sciogla solo quando l'estromissione o il recesso di una parte determinino il venir meno di una prestazione essenziale o allorché la decisione unanime dei contraenti non inadempienti non consenta di raggiungere l'oggetto comune o lo scopo che la rete si era preposta.

In altre ipotesi le parti potranno accordarsi nel senso che l'estromissione dalla rete del membro inadempiente non determini anche la risoluzione dell'intero contratto ma una sola risoluzione *pro quota*.

L'estromissione sarà consentita nelle sole ipotesi in cui l'inadempimento sia di tale gravità tale che la permanenza all'interno della rete pregiudicherebbe l'interesse della stessa⁴⁴.

Tra i rimedi con funzione risolutoria si annovera anche il recesso dalla rete.

Il recesso sottolinea la tensione tra l'aspirazione ad estendere forme di tutela reale agli imprenditori che, pur formalmente autonomi, sono in realtà economicamente dipendenti da altre imprese e, al contempo la necessità di garantire la mobilità nel, e

⁴² ID., *op. cit.*, p. 146.

⁴³ ID., *op. loc. cit.*

⁴⁴ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 102.

L'A. rileva che in tema di consorzi senza distinguere consorzi con attività interne e consorzi con attività esterna, l'esclusione opera solo laddove sia prevista nel contratto, dovendosi nelle altre ipotesi fare riferimento alla risoluzione giudiziale per inadempimento e alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta (MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, p. 69). Secondo altri, invece, tale principio dovrebbe trovare applicazione alle sole ipotesi di consorzi con attività interna. Nei consorzi con attività esterna l'esclusione «risulterebbe assorbente rispetto alla risoluzione *pro quota*» (F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 103).

del mercato, consentendo agli operatori economici di selezionare le condizioni più efficienti del loro agire negoziale⁴⁵.

L'art. 3 co. 4^{ter} prevede che le parti debbano indicare le modalità di recesso dal contratto di rete. Precisato che il verbo dovere deve essere letto come un onere e non come un obbligo, è necessario considerare che la gravità dell'inadempimento deve essere valutata con riferimento all'interesse collettivo. Ciò implica che l'inadempimento deve essere tale da far venire meno i «vincoli di fedeltà e lealtà interni alla rete»⁴⁶.

Il recesso consente di attribuire flessibilità alle relazioni contrattuali a lungo termine, permettendo agli attori che operano nella rete di porre fine a rapporti che risultano essere poco funzionali al perseguimento di determinate strategie e alimentare i meccanismi competitivi che trovano spazio anche all'interno della rete⁴⁷.

In tal modo si garantisce al contratto quella flessibilità che si traduce nella «capacità del medesimo di rispondere alla logica delle sopravvenienze» e l'attitudine ad adattarsi a circostanze non prevedibili al momento della conclusione. Con una immagine suggestiva si è sottolineato che tali meccanismi decisionali attivabili nel corso della relazione in presenza delle circostanze e secondo i criteri definiti nel contratto, rendono il contratto «tendenzialmente leggero», lontano dall'idea di contratto inteso come scambio isolato, e vicino allo schema delle organizzazioni complesse, che stabiliscono le regole in base alle quali devono essere prese le decisioni.

Il recesso consente, inoltre, di definire l'oggetto del contratto in via progressiva con l'avanzamento del medesimo⁴⁸. Sotto quest'ultimo profilo si consideri che il recesso produce un effetto conformativo del rapporto sia dal punto di vista normativo, in quanto consente di determinare in via definitiva le prestazioni reciproche e la durata della relazione, sia con riguardo al profilo economico voluto dalle parti, posto che la durata rappresenta un elemento rilevante al fine di stabilire il tipo di investimento reciproco effettuato dalle parti⁴⁹. La mancanza di un termine, infatti, non corrisponde alla effettiva volontà delle parti di attribuire carattere perpetuo al vincolo negoziale, ma indica piuttosto la necessità di definire il *quantum* della prestazione. In tale contesto il recesso consente di integrare e conseguentemente determinare l'oggetto del contratto, in origine solo determinabile, in maniera funzionale al dispiegarsi del rapporto nel tempo⁵⁰, almeno per quanto concerne il profilo del *quantum*

⁴⁵ A. ZOPPINI, *Analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti – G. Villa, Milano, 2008, p. 223 ss.

⁴⁶ Si distingue così il recesso con funzione risolutoria da quello derivante da altre cause, quale quello ammesso in caso di perdita della qualifica di imprenditore». F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 106. L'A. nega la possibilità di recedere *ad nutum* quando ciò non sia esplicitamente previsto dalle parti nel contratto di rete. Si consideri, inoltre, che qualora il recesso coinvolga tutte le parti del contratto si verifica il totale scioglimento del medesimo.

⁴⁷ P. IAMICELI, *Modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, *Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004, p. 159.

⁴⁸ F. CAFAGGI – P. IAMICELI, *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007.

⁴⁹ A. ZOPPINI, *Analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti – G. Villa, Milano, 2008, p. 223 ss.

⁵⁰ C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.

della prestazione⁵¹. Residuano le problematiche sulle conseguenze del recesso, e ci si interroga sulla possibilità di applicare norme già previste per altri tipi contrattuali, come per il contratto di appalto.

L'esigenza è ancora una volta, quella di salvaguardare gli investimenti effettuati e conservare in capo ai contraenti gli incentivi che consentano di eseguire correttamente il rapporto. Ciò anche alla luce della considerazione che, nei contratti di rete, in molti casi gli investimenti sono di lungo periodo e presentano costi iniziali molti elevati, la cui proficuità è condizionata alle caratteristiche di quel determinato contraente, con la conseguente difficoltà di ripristinare la stessa iniziale combinazione di fattori.

Proprio la mancanza di una espressa disciplina sulle conseguenze del recesso, all'interno dell'intervento legislativo che ha introdotto il contratto di rete nel nostro ordinamento, è stato valutato come elemento di criticità da parte della dottrina più attenta, che, se da un lato ha sottolineato l'utilità di un tale strumento, dall'altro ha colto la presenza di una lacuna nella assenza di un'apposita disciplina delle conseguenze che deriverebbero dall'esercizio del recesso⁵².

2.2 La somministrazione

Nel precedente capitolo ci si è soffermati sul contratto di somministrazione, il quale, si è detto, costituisce il paradigma dei contratti di durata.

⁵¹ In continuità logica con queste premesse, si giunge ad affermare che nei contratti di durata a tempo indeterminato, al fine di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio nel rispetto del criterio di correttezza e buona fede, ciascuna delle parti può recedere dal rapporto anche in assenza di una specifica clausola contrattuale. In giurisprudenza cfr: Cass., 18 settembre 2007, n. 19351, in *Guida al dir.*, 2007, p. 77 ss; Cass., 4 agosto 2004, n. 14970 in *Giust. Civ.*, Mass, 2004, p. 7-8, la quale ha affermato che «Il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondendo all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, la quale è in sintonia con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto»; Cass., 1 luglio 1998, n. 6427, in *Giust. Civ.*, 1999, I, c. 1793. In dottrina V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica, Milano, 2001, p. 551. Cfr. da ultimo C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss. Con la precisazione che il recesso non produce effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione ex art. 1373, co. 2, c.c. e la conseguente esclusione della possibilità di richiedere la restituzione delle prestazioni già eseguite. Si parla in queste ipotesi di recesso determinativo. Ne costituiscono ipotesi esemplificative alcune disposizioni normative espresse, quali il recesso previsto nel contratto di somministrazione a tempo indeterminato ex art. 1569 c.c. e nel contratto di società di persone stipulato a tempo indeterminato ex art. 2285 co. 1 c.c. (G. GABRIELLI - F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, 1988, p. 29, citati da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009).

L'efficacia del recesso determinativo è subordinata alla preventiva comunicazione del preavviso, che deve ritenersi sempre richiesto. Sicché il recesso diviene efficace soltanto trascorso un determinato lasso di tempo (F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno ed E. Gabrielli, Tomo II, p. 1386, citati da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 673 ss.). Si consideri, in via esemplificativa, come il legislatore ha disciplinato il recesso in uno dei contratti di durata per eccellenza. L'art. 1589 c.c. in materia di somministrazione prevede che nel caso in cui non sia stabilito dagli usi, ciascuna parte possa recedere dal contratto dando un preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

⁵² Cfr. F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, cit., p. 441 e quanto già esposto sul punto nel primo capitolo.

Da quanto si è precedentemente illustrato si trae che la somministrazione può essere definita come il «contratto contraddistinto dalle prestazioni reiterate di cose che, a loro volta, si distinguono non tanto per la loro natura, quanto per lo speciale atteggiarsi della loro durata (ad intervalli periodici o continuativamente) e che attribuiscono, in ogni caso, al creditore, dietro corrispettivo di un prezzo determinato, il possesso di cose determinate»⁵³.

L'essenza del contratto si concretizza nel fatto che il somministrante si impegna a soddisfare bisogni futuri del somministrato, il quale si assume su di sé non solo l'obbligo di apprestare i mezzi necessari per l'adempimento, ma anche i rischi della fornitura, costituendo questa l'alea normale del contratto che deriva dal proiettarsi delle prestazioni in futuro. Nel tipo contrattuale della somministrazione, l'interesse delle parti è indicato dalla durata del rapporto. L'avente diritto alla prestazione deve poter contare sulla regolarità e continuità delle prestazioni ed il somministrante nell'adempimento della controprestazione, in modo tale che entrambi possano confidare che il rapporto continui a svolgersi in conformità ai loro bisogni e aspettative. Ne consegue che l'elemento fiduciario che caratterizza questo tipo contrattuale non potrà che indicare l'aspettativa e la continuità che le parti maturano ad ottenere le prestazioni. Tale aspettativa viene ad essere compromessa allorché le condizioni in cui versa il somministrante lascino temere che il bisogno dell'avente diritto alla somministrazione non sarà soddisfatto in avvenire. Ciò significa che la prestazione e la controprestazione non troveranno più giustificazione se per il venir meno del rapporto tra le reciproche prestazioni gli effetti del contratto non corrisponderanno più alla iniziale volontà delle parti⁵⁴.

Le norme che più sono indice del rapporto fiduciario che intercorre tra il somministrato e il somministrante sono l'articolo 1560 c.c. la cui rubrica si intitola «Entità della somministrazione», l'art. 1561 «Determinazione del prezzo» e soprattutto gli artt. 1563 e 1564 c.c. rubricati rispettivamente «Scadenza delle singole prestazioni» e «Risoluzione del contratto».

La disposizione di cui all'art. 1560 c.c. distingue due ipotesi. La prima è quella in cui l'entità della somministrazione non è stata in alcun modo determinata. In questo caso si intenderà pattuita quella corrispondente «al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto». Il criterio attraverso cui si individua in concreto la misura della prestazione è rappresentato dal parametro del normale fabbisogno, che deve essere determinato non arbitrariamente dalla parte che deve ricevere la prestazione, bensì in relazione alla situazione esistente al momento della conclusione del contratto. Una tale formulazione ha consentito al legislatore di tutelare entrambe le parti che hanno aderito al contratto. Il riferimento al momento della conclusione del contratto consente al somministrante di limitare la propria prestazione a ciò che sarebbe stato prevedibile al momento della conclusione senza consentire al somministrato di modificare arbitrariamente l'entità della som-

⁵³ C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu – Messineo, Milano, 1974.

⁵⁴ C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, cit., p. 216 ss.

ministrato. Il «normale fabbisogno», da intendersi in senso oggettivo⁵⁵, dovrebbe costituire un parametro cui fare riferimento anche nel caso non espressamente disciplinato dal codice, in cui le parti si accordino affinché sia il somministrato a determinare l'entità della prestazione⁵⁶.

L'altra ipotesi è quella in cui le parti abbiano stabilito il termine massimo e minimo della intera prestazione o delle singole prestazioni. La norma dispone che, in questo caso, spetti all'avente diritto la prestazione stabilire il quantitativo dovuto.

Nella prospettiva dell'adeguamento del rapporto la disciplina del contratto di somministrazione rileva anche sotto altri profili. Si pensi alla disciplina di determinazione del prezzo e del termine.

L'art. 1561 c.c. stabilisce che se il prezzo deve essere determinato ai sensi dell'art. 1474 c.c., ovvero il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo né hanno convenuto come determinarlo, né è stabilito per atto della pubblica autorità oppure si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, il prezzo si determina avendo riguardo «al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui queste devono essere eseguite».

Si è sottolineato come la norma, sebbene sia specificamente volta a disciplinare la fattispecie della determinazione del prezzo nel contratto di somministrazione a carattere periodico, esprima il criterio generale di determinazione del prezzo «nei rapporti di durata intesi a coprire un lungo arco di tempo, indipendentemente dal carattere periodico o continuativo della prestazione dedotta in obbligazione»⁵⁷. Si ritiene anche che la determinazione del corrispettivo debba esser fatta con riferimento al tempo e al luogo stabiliti per l'esecuzione del contratto, in modo che sia assicurata la variabilità del contratto in corso di esecuzione.

Di sicuro rilievo è la norma prevista all'art. 1563 c.c. È proprio in virtù della prima parte di questa disposizione laddove statuisce che «il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell'interesse di entrambe le parti», che si è affermato che la disciplina della somministrazione «costituisce l'archetipo di riferimento più immediato nell'indagine sull'esecuzione dei contratti a lungo termine»⁵⁸. Come ampiamente argomentato, proprio l'interesse delle parti all'esecuzione prolungata del contratto in vista del perseguimento dell'obiettivo che i contraenti si sono posti, individua uno dei tratti caratterizzanti i contratti di durata.

⁵⁵ G. COTTINO, *Contratto estimatorio. Somministrazione*, in *Commentario*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1970, 132. Secondo l'A. il riferimento alla normalità deve essere inteso in senso oggettivo come ciò che generalmente si pratica in un luogo determinato, alla stregua di altre locuzioni che vengono utilizzate nel codice civile, quali «natura dell'affare», «natura della prestazione».

⁵⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 105.

L'A. rileva che il normale fabbisogno potrebbe costituire un parametro di soluzione dei conflitti insorti a seguito di una richiesta del somministrato in grado di causare disfunzioni all'impresa di produzione del somministrante.

⁵⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 107 -108.

L'A. ritiene che per la somministrazione di energia, caso paradigmatico del rapporto di fornitura continuativa, si riscontri la *ratio* della variabilità del prezzo nel corso del rapporto.

⁵⁸ ID. *op. loc. ult. cit.* L'art. 1563 c.c. stabilisce inoltre che «Se l'avente diritto alla somministrazione ha la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni, egli deve comunicare la data al somministrante con un congruo preavviso».

Con riferimento al profilo della risoluzione nel contratto di somministrazione, si precisa che non è sufficiente che l'inadempimento della prestazione sia di notevole importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte come sancito dall'art. 1455 c.c. Si richiede, invece, che l'inadempimento sia tale da menomare la fiducia nella esattezza delle successive prestazioni, e conseguentemente compromettere la fiducia nella capacità a far fronte alle successive obbligazioni. Le due condizioni devono ricorrere cumulativamente⁵⁹. Si trae che la disciplina fissata dalla legge per il contratto di somministrazione è più complessa di quella dettata in via generale dall'art. 1455 c.c. che indica come unico elemento di rilevanza la circostanza che il grado dell'inadempimento sia di non scarsa importanza⁶⁰.

Dall'art. 1564 c.c. che detta la norma di riferimento in tema di risoluzione del contratto di somministrazione, si evince che l'inadempimento dell'obbligo di rispettare il termine, se non si presenta di «notevole importanza» e «tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti» può determinare l'obbligo dell'inadempiente di adeguarsi alle condizioni del rapporto su richiesta dell'altra parte⁶¹. Il principio di cui all'art. 1455 c.c., che richiede la gravità dell'inadempimento avuto riguardo agli interessi della controparte, mal si concilia con la *ratio* sottesa ai contratti di durata e dunque anche al contratto di somministrazione, in cui occorre valutare in che termini l'inadempimento incida sul rapporto di fiducia che intercorre tra le parti⁶².

Il rispetto del principio di cooperazione fra i contraenti non rende applicabile la disciplina del termine essenziale, le cui conseguenze sancite dal codice poco rispondono sia all'interesse dei contraenti, coincidente con il perseguimento di un risultato che richiede lo svolgimento prolungato nel tempo del rapporto contrattuale, sia con la *ratio* dei contratti di durata⁶³.

La norma di cui all'art. 1564 c.c. deve essere considerata regola generale per tutti i contratti di durata, sicuramente applicabile anche alla concessione di vendita⁶⁴. Ovve-

⁵⁹ A. LUMINOSO, *La somministrazione*, in *I contratti tipici e atipici*, in *Commentario al codice civile*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, p. 241; O. CAGNASSO, *La somministrazione*, *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, p. 424; G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2003, p. 131.

⁶⁰ Si è così ritenuto che giustifichi la risoluzione del contratto di somministrazione la violazione della clausola di esclusiva a favore del somministrante inserita in un contratto di somministrazione di merci (Trib. Cagliari, 21 gennaio 1991) o la mancata osservanza da parte del somministrato della clausola che gli impone di curare la conservazione e l'integrità degli apparecchi di misurazione (App. Catanzaro 1 aprile, 1996). Le pronunce sono citate da G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, cit., p. 132.

⁶¹ C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, cit., p. 315.

⁶² ID., *op. cit.*, p. 320.

⁶³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 113.

⁶⁴ La natura e la qualificazione del contratto di concessione di vendita è stata oggetto di una accesa disputa in dottrina e in giurisprudenza mai sopita. La giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del codice civile era solita ricondurre lo schema della concessione di vendita all'interno del contratto misto di cui avrebbe condiviso gli elementi della compravendita e del mandato. Ma i contratti di rivendita non sono stipulati dal distributore per conto del produttore. La tesi proposta dall'indirizzo giurisprudenziale ha il torto di «risalire al mandato attraverso un elemento – l'attività di cooperazione – che è certamente presente nel tipo previsto dall'art. 1703 c.c., ma non basta ad individuarlo. La tesi si fonda su un'assonanza piuttosto che su una solida base dogmatica» (così: R. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur. Treccani*,

ro a quel «contratto di distribuzione con il quale un soggetto (il concessionario)», inseritosi nella rete distributiva del concedente, «agendo in veste di acquirente-rivenditore assume stabilmente l'incarico di curare la commercializzazione in una determinata zona dei prodotti di un fabbricante (il concedente), in cambio di una posizione privilegiata nella rivendita»⁶⁵. Si tratta di una figura contrattuale che «nasce» dalla «somministrazione fra produttore e rivenditore con esclusiva a favore del somministrante», che consente al produttore di assicurarsi il vantaggio di programmare la quantità di beni da produrre e di conseguire il «controllo della rete di distribuzione dei suoi prodotti senza assumere il rischio dell'attività distributiva»⁶⁶. Con la concessione di vendita si vengono, in tal modo, a regolare tutte le vendite effettuate in una zona determinata tra produttore o industriale ed un imprenditore commerciale, il

p. 6). Altre tesi sono quelle che riconducono il contratto di concessione a quello di agenzia o al tipo misto i cui elementi sono riconducibili sia al contratto di somministrazione che a quello di agenzia.

Con il contratto di agenzia ha in comune la presenza dell'obbligo promozionale, ma il concessionario, a differenza dell'agente, diventa proprietario delle merci che si obbliga a rivendere (cfr.: L. D'ALESSANDRO, *Concessione di vendita: descrizione del fenomeno e profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 85).

Con riguardo al contratto misto parte della dottrina (G. COTTINO, *Della somministrazione*, commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 97) ha ritenuto si fosse addirittura in presenza di una incompatibilità strutturale tra contratto di agenzia e contratto di somministrazione. Altra parte ha rilevato come difficilmente potrebbero trovare applicazione fuori del contratto di agenzia alcuni aspetti legati alla subordinazione dell'agente (F. BORTOLOTTI, *Concessione di vendita (contratto di)*, in *Nss. Digesto Italiano, App. II*, 1980, p. 227).

La tesi più seguita è stata quella che ha ricondotto il contratto di concessione di vendita nello schema della somministrazione, causa l'espressa previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 1568 c.c. della possibilità di inserire in questo tipo contrattuale una clausola di esclusiva a favore del somministrato e un obbligo per il medesimo di promuovere le vendite. Le principali obiezioni mosse a questa ricostruzione sono le seguenti. Nella concessione di vendita spesso difetta l'impegno a eseguire prestazioni periodiche o continuative e prevale un'attività di collaborazione nella distribuzione cui si rileverebbe limitativa l'applicazione della sola disciplina della somministrazione. Si è anche sostenuto che il contratto di concessione di vendita sia riconducibile a quello di somministrazione «qualora sia stato assunto dal concedente l'obbligo di una fornitura continuativa o periodica di cose; mentre acquisisca una connotazione autonoma, tale da giustificare la denominazione di concessione di vendita, quando il contratto faccia sorgere un semplice impegno a vendere e a comprare, ossia un rapporto giuridico avente ad oggetto la stipulazione periodica di altrettante future compravendite» (Così: L. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 88). Analogamente si è escluso che siano riconducibili alla somministrazione alcune ipotesi di concessione ove sia presente unicamente la vendita continuativa di cose ai fini della rivendita, e si è specificato come sfugga alla disciplina lo schema del franchising e della concessione nelle sue articolazioni più complesse (G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 27). Infine per la tesi «di un contratto atipico, volto a disciplinare da un lato le modalità della collaborazione tra le parti nella distribuzione, e dall'altro - quale *pactum de non contraendo* - una serie di vendite future»: cfr. F. BORTOLOTTI, *Concessione di vendita (contratto di)*, cit. Recentemente la giurisprudenza con riferimento ai contratti di compravendita di auto, ha ritenuto che siffatto genere di contratti rivesta «carattere atipico e fa sorgere effetti obbligatori tra le parti in virtù dei quali il concessionario rivenditore assume l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti che vengano acquistati mediante la stipulazione (alle condizioni predeterminate dal contratto normativo) di singoli contratti d'acquisto» (così: Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2002, n. 14891, in *Giur. civ.*, 2003, I, p. 2479).

⁶⁵ La definizione è di: F. BORTOLOTTI, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁶⁶ F. GALGANO, volume secondo *Le obbligazioni e i contratti*, tomo secondo *I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999 e Padova 2004, p. 37.

concessionario di vendita, che si grava del rischio imprenditoriale nella vendita a terzi di cui esonera il primo⁶⁷.

Il contratto di concessione di vendita, qualificabile al pari degli altri contratti di distribuzione⁶⁸ come «strumento di organizzazione della produzione»⁶⁹, è un contratto di durata al cui interno si è soliti distinguere il contratto-quadro dai successivi contratti di compravendita, posti in adempimento dell'obbligo che sorge dal primo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dal concedente, e la cui conclusione è, almeno in parte, resa obbligatoria dalla fonte originaria del rapporto⁷⁰. I singoli contratti a valle stipulati alle condizioni prefissate dal primo, realizzano il programma del contratto concluso a monte, privo di efficacia dispositiva autonoma⁷¹, rispetto al quale si presentano in una posizione di strumentalità e dipendenza. In queste ipotesi siamo di fronte a casi di integrazione tra imprese che si attuano attraverso «lo strumento contrattuale con cui si realizza una progressiva uniformazione di intenti e strategie economiche» e non attraverso la proprietà unica o la partecipazione societaria⁷².

All'interno di questo rapporto complesso possono verificarsi inadempimenti di diverso grado. La collaborazione volta a perseguire il comune interesse di commercializzare un prodotto che caratterizza il rapporto di durata nel contratto della concessione di vendita, porta a ritenere che per consentire la risoluzione del rapporto l'inadempimento deve essere tali da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi inadempimenti, come stabilito dall'art. 1564 c.c.⁷³.

Per le stesse ragioni si ritiene che debba trovare applicazione anche al contratto di concessione di vendita il principio sancito dall'art. 1565 c.c. in tema di somministrazione, il quale, al fine di evitare una interruzione improvvisa del rapporto, dispone che se l'inadempimento della parte che ha diritto alla somministrazione è di scarsa entità, il somministrante non può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare un congruo preavviso.

2.3 L'appalto

Un altro tipo contrattuale da cui emerge l'interesse delle parti all'esecuzione prolungata del contratto in vista del perseguimento dell'obiettivo che i contraenti si sono posti è costituito dall'appalto⁷⁴, in cui la durata costituisce addirittura una «necessità giuridica se si vuole appagare quell'interesse del creditore»⁷⁵.

⁶⁷ R. BALDI, *Il concessionario di vendita in esclusiva*, in *I contratti della distribuzione commerciale, la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno*, Milano, 1993, p. 403 ss.

⁶⁸ Con la locuzione «contratti di distribuzione» ci si intende riferire «ad ipotesi in qualche modo attinenti al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano le distanze tra distribuzione e consumo». Così: R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 2.

⁶⁹ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 21.

⁷⁰ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 38 che richiama G. OPPO, *Contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1943, pp. 38 ss.

⁷¹ Cfr.: F. BOCHICCHIO, *Il contratto quadro nell'ambito dei contratti d'impresa*, *Il dir. fallim. delle società comm.*, 2002, 5, p. 889.

⁷² G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 17.

⁷³ In tal senso si veda G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, cit., p. 235.

⁷⁴ Si è precisato che l'appalto è un contratto ad esecuzione prolungata appartenente ad un «*tertium genus*» che si colloca tra i contratti ad esecuzione istantanea e ai contratti di durata. Si osserva, infatti, che mentre

La disciplina che il legislatore ha dettato per questo tipo di contratto è indice della *ratio* secondo cui nei contratti di durata l'adeguamento del contratto è soluzione preferibile allo scioglimento.

Depongono in tal senso sia le norme sull'oggetto del contratto che quelle sul corrispettivo. Sotto il primo profilo rileva il fatto che non cagiona nullità l'indeterminatezza dell'oggetto, il quale ai sensi dell'art. 1655 c.c., può essere costituito dal compimento di un'opera o di un servizio, a patto che non risulti indefinita la funzione dell'opera o del servizio⁷⁶. La successiva determinazione ad opera di una delle parti o all'accordo delle stesse non è contraria «alla natura dell'appalto, ma è anzi conforme all'autonomia che questo lascia all'assuntore, e trova piena rispondenza anche nella prassi». Si tratta infatti di «un margine più o meno ampio quasi sempre lasciato in origine per essere poi riempito nella fase dell'esecuzione, e non solo in ordine alle modalità esecutive, ma anche per quanto riguarda proprio la determinazione dell'opera»⁷⁷.

Per quanto concerne il corrispettivo, la mancata determinazione del prezzo non è causa di nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto e non è nemmeno un elemento decisivo per escludere che il contratto si sia perfezionato⁷⁸, in quanto è lo stesso legislatore a prevedere dei meccanismi che consentano di determinarne la misura. Nell'ipotesi in cui le parti non hanno né stabilito la misura del corrispettivo né previsto dei meccanismi che consentano di determinarne la misura, quest'ultima viene calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi. In mancanza la determinazione è fatta dal giudice.

Il profilo della necessità di far prevalere per questo tipo di contratti il principio dell'adeguamento del contratto in corso di esecuzione emerge ancora con maggiore chiarezza dalla norma sulla revisione dei prezzi di cui all'art. 1664 c.c.⁷⁹. La disposi-

nel contratto di durata l'adempimento si protrae con continuità o si ripete in modo continuativo nella sua efficacia, nell'appalto l'interesse del committente è rivolto al perseguimento di un risultato, mentre l'interesse dell'appaltatore è di conseguire un'opera indipendentemente dal tempo necessario a produrla. In tal senso si veda: C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. Cicu - F. Messineo, proseguito da L. Mengoni, Milano, 1977, p. 14 ss.

Secondo l'A. mentre nei contratti di durata l'obbligazione del debitore si estingue progressivamente man mano che si realizza l'adempimento, nell'appalto non si ha adempimento parziale tra conclusione ed esecuzione dell'opera. Ne deriva che quando nei contratti di durata si venga a verificare una causa di estinzione del rapporto, gli effetti della risoluzione e dell'avveramento della condizione non si estendono alle prestazioni già eseguite, mentre nell'appalto non potrebbe negarsi l'efficacia retroattiva della risoluzione, qualora non ricorra una delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

⁷⁵ RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, p. 295 ss. L'A. rileva come nel contratto d'appalto il decorso del tempo costituisca un'esigenza pratica e non solo giuridica in quanto «l'interesse del committente in ordine al tempo...è di ottenere l'opera il più presto possibile (l'ideale sarebbe di averla subito), e il decorso di un certo tempo viene da lui semplicemente subito».

⁷⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 116.

⁷⁷ D. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, p. 154.

⁷⁸ C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 112.

⁷⁹ In giurisprudenza la Corte d'Appello di Salerno, 4 settembre 2003, in *Corti salernitane*, 2006, p. 25, con nota di Carcavallo ha stabilito che «Gli istituti disciplinati dall'art. 1664 c.c., che correggono i rigori dell'alea contrattuale dell'appalto, riversando anche sul committente le conseguenze di determinate sopravvenienze, rivestono carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. e sono insuscettibili di applicazione analogica ad eventi sopravvenuti diversi da quelli considerati dalla norma; è, peraltro, ammissibile

zione «costituisce un'applicazione particolare del principio generale della sopravvenienza» facendo «eccezione alla regola generale dell'invariabilità del prezzo in due ipotesi»⁸⁰. Vediamo come.

Nei due commi dell'art. 1664 c.c. si disciplinano due ipotesi diverse⁸¹ che rispondono entrambe «all'unica esigenza di assicurare al contratto l'equilibrio delle prestazioni e con esso il rapporto di corrispettività»⁸².

La prima delle ipotesi delineata dall'art. 1664 c.c. è quella secondo cui l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo, qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o nella mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto.

La seconda circostanza che può verificarsi è quella per cui nel corso dell'opera si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore. In tal caso l'appaltatore ha diritto ad un equo compenso.

Dalle norme citate si trae che il verificarsi di circostanze sopravvenute che determinano uno squilibrio contrattuale legittimano l'appaltatore e il committente, nella prima ipotesi, e il solo appaltatore nella seconda, a chiedere la revisione del prezzo.

L'art. 1664 c.c. offre «una applicazione specifica del principio contenuto nell'art. 1467 c.c.»⁸³ in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, anzi «ribalta la regola generale»⁸⁴ sancita dalla norma, perché è volto ad «ovviare alla risoluzione di un contratto come quello di appalto, in vita, tanto nell'interesse particolare dei contraenti quanto in quello economico generale»⁸⁵. Si offre così tutela all'appaltatore nel caso in cui si verificano alcune modificazioni dell'oggetto sotto il profilo della maggiore durata del contratto e per l'incidenza delle sopravvenute difficoltà di realizzazione derivanti da cause di origine geologica, idrica o simili che rendano la prestazione dell'appaltatore più onerosa⁸⁶. La *ratio* del principio di revidibilità del prezzo può essere ricondotta sia a ragioni di giustizia concreta e al principio di solidarietà, sia alla circostanza che il valore dell'opera è posto in funzione dei valori dei materiali e della mano d'opera. Sicché la variazione del prezzo dell'opera, risponde all'esigenza di lasciare immutato

l'interpretazione estensiva della norma, che, nel 2° comma, prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per le difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, che rendono più onerosa la sua prestazione, nel senso che devono ritenersi comprese nella previsione normativa tutte le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali e cioè tutte quelle che presentino le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso che provochino effetti diversi o analoghi, come il fatto del terzo e il *factum principis*, le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 c.c.».

⁸⁰ C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 126.

⁸¹ CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

⁸² P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità e appalto*, Milano, 1983, p. 119.

⁸³ C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 128.

⁸⁴ Così F. MACARIO, *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, p. 186.

⁸⁵ Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Foro it.*, Rep., 1987, voce Appalto, n. 46.

⁸⁶ Si è ritenuto che la revisione del contratto d'appalto costituisca attuazione e specificazione del principio generale stabilito dall'art. 1467 c.c. terzo comma, nel senso che attraverso la revisione vengono ricondotte ad equità le condizioni contrattuali alterate dalla sopravvenienza di circostanze imprevedibili. Così: R. TOMMASINI, voce *Revisione*, in *Enc. del diritto*, Milano, p. 112.

il margine di guadagno che l'appaltatore si era prefigurato al momento della conclusione del contratto⁸⁷.

Si è deciso che in ipotesi di impossibilità da parte dell'impresa di ultimare i lavori nel termine pattuito, l'appaltatore maturerebbe un diritto al prolungamento del termine tale da consentire a quest'ultimo di chiedere il ristoro dei maggiori oneri sostenuti in dipendenza del prolungamento dei lavori⁸⁸.

Si è osservato come dalla regolamentazione del contratto di appalto si possano trarre alcuni caratteri, come di seguito sintetizzabili.

Nel contratto di appalto la revisione costituisce un rimedio che consente di garantire le posizioni delle parti durante la fase di esecuzione innanzi al verificarsi delle variazioni in aumento o in diminuzione del costo della mano d'opera e dei materiali. La revisione, pur concernendo circostanze che si inseriscono nella fase di esecuzione e che sono successive alla stipulazione del contratto, prescinde dalla imprevedibilità delle circostanze che sono causa dello squilibrio. Il diritto alla revisione è un effetto legale che trova applicazione anche in assenza di una espressa previsione delle parti, le quali, tuttavia sono in grado di determinarne il regolamento. La revisione opera in garanzia della corrispettività e costituisce specifica applicazione degli strumenti a fronte dell'eccessiva onerosità sopravvenuta⁸⁹.

Nella panoramica delle norme ricordate non si può omettere il richiamo all'art. 1668 comma secondo c.c., che attribuisce al committente il diritto di chiedere la risoluzione del contratto soltanto se le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione.

Dalla norma deriva che la risoluzione del contratto potrà essere chiesta soltanto qualora l'opera appaltata considerata nella sua unicità e complessità risulti totalmente inadatta alla destinazione naturale e allo scopo perseguito e dichiarato dal committente⁹⁰ o quando i vizi di cui risulta affetta si rivelino di particolare rilevanza avuto riguardo alla intenzione delle parti e all'economia del contratto. Sicché una volta che l'opera sia stata consegnata al committente, la possibilità di risolvere il contratto risulta fortemente limitata. La risoluzione potrà, infatti, essere domandata soltanto quando l'opera presenti vizi che la rendano del tutto inadatta alla destinazione e non anche quando l'idoneità possa essere realizzata eliminando difformità e vizi a spese dell'appaltatore⁹¹. Anche perché, come ha precisato la giurisprudenza, l'inidoneità di cui all'art. 1668 comma 2 c.c. si verifica «quando le difformità o i vizi importano una situazione non reversibile senza il totale rifacimento dell'opera, cioè senza la sostituzione di essa con un'altra del tutto diversa»⁹².

Resta fermo il fatto che la disciplina prevista in via generale per la risoluzione sarà nuovamente applicabile laddove non ricorrano i presupposti specificamente previsti dalla norma.

⁸⁷ Cfr. Relazione al codice, n. 702; D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 490 ss.

⁸⁸ Coll. Arb. 23 dicembre 1986, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1987, 1155; 3 maggio 1989, *id.*, 1990, p. 295 citato da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 118.

⁸⁹ R. TOMMASINI, voce *Revisione*, in *Enc. del diritto*, Milano, p. 114.

⁹⁰ Cass., 29 ottobre 1976, n. 3981, richiamata da C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit.

⁹¹ F. GALGANO, in *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 66.

⁹² Cass., 30 giugno 1982, n. 3944, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, C. 178 richiamata da F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

2.3.1 Appalto di somministrazione

Qualora l'appalto abbia ad oggetto la prestazione continuativa o periodica di servizi si parla di appalto somministrazione. In questo caso ai sensi dell'art. 1677 c.c. si applicano in quanto compatibili le norme sull'appalto e sulla somministrazione⁹³.

La giurisprudenza⁹⁴ di recente ha ritenuto che l'art. 1597 secondo comma c.c., nel disporre che «la nuova locazione è regolata dalle stesse condizioni della precedente» introduce una disposizione di «valore normativo generale». Ne consegue, ha statuito la Suprema Corte⁹⁵, che nei contratti di durata, e nella specie nel contratto di somministrazione, «qualora le parti convengano che, in caso di mancata disdetta, il rapporto si protrae nel tempo per il periodo da esse predeterminato (c.d. *pactum renovandi*), la rinnovazione è effetto della clausola contrattuale ed il rapporto prosegue, alle condizioni inizialmente stabilite, per effetto dell'originaria volontà contrattuale». Qualora, invece, manchi la predetta clausola, «ma ciò nonostante le parti, dopo la scadenza, manifestano per fatti concludenti la volontà di continuare il rapporto, questo prosegue per tacito accordo, secondo il principio generale, codificato negli art. 1597, 1677, 1899 c.c. e nell'art. 2097 c.c. previdente». Se ne trae che la rinnovazione tacita di un contratto di durata implica che il nuovo contratto sia regolato dalle stesse clausole contenute nell'originaria convenzione, salvo per quelle escluse o dalla volontà espressa dalle parti, o dalla legge, o per incompatibilità o per esaurimento della loro funzione.

2.4 Altre ipotesi legislative di adeguamento

Per completezza si segnalano altri esempi di discipline dettate con riferimento a schemi contrattuali tipici che prevedono l'adeguamento, rintracciabili nella rinegoziazione del canone di locazione, nella modificazione del rischio nel contratto di assicurazione e nella modificazione del tasso d'interesse nei contratti bancari.

La legge 392/1978, c.d. legge sull'equo canone, all'art. 24, oggi abrogato dall'art. 14 comma 4 L.9 dicembre 1998, n. 431, stabiliva i parametri di riferimento per l'adeguamento annuale del corrispettivo a carico del conduttore di immobili ad uso abitativo, estesi dalla giurisprudenza ai rapporti di locazione di alloggi costruiti da enti pubblici con il contributo dello Stato.

Le norme stabilite dagli artt. 1897 e 1898 c.c. in materia di contratto d'assicurazione regolano le ipotesi di mutamenti che causano la diminuzione o l'aggravamento del rischio, disciplinandone le conseguenze.

In caso di diminuzione del rischio che, se esistente al momento della stipula del contratto avrebbe comportato il pagamento di un premio minore, l'assicuratore alla scadenza del premio o della rata del premio successivo alla comunicazione non può esigere che il minor premio con facoltà di recedere dal contratto nel termine di due

⁹³ F. GALGANO, in *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 71. L'A. osserva come la disposizione abbia un rilievo che va oltre il tema specifico. La stessa rileverebbe, infatti, che i contratti con causa mista sono regolati secondo il principio del concorso delle discipline e non come contratti atipici con causa mista secondo il principio della causa prevalente.

⁹⁴ Cass. civ., 28 luglio 2005, n. 15797, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8

⁹⁵ Cass. civ., 28 luglio 2005, n. 15797, cit.

mesi dal giorno in cui la comunicazione è stata fatta. In ipotesi di aggravamento del rischio, invece, si prevede l'obbligo del contraente di informare l'assicuratore in ordine ai mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più alto nel caso in cui tale rischio fosse esistito al momento della stipula del contratto. La legge consente all'assicuratore di recedere dal contratto dandone comunicazione all'assicurato per iscritto entro un mese dal giorno in cui ha avuto conoscenza dell'aggravamento del rischio.

Si veda, infine, l'art. 33 co. 2 lett. m) del Codice del consumo, il quale consente ad una sola parte del contratto di modificare unilateralmente il regolamento contrattuale. Dalla norma si trae che si considera valida la clausola che consente al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto o le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nello stesso.

La legge con questa disposizione ha introdotto un significativo esempio di legittimità dello *ius variandi* convenzionale⁹⁶.

3. Le tecniche convenzionali di gestione del rischio

3.1 Meccanismi convenzionali finalizzati all'adeguamento o rideterminazione in via automatica

Nei contratti di durata l'esempio più frequente di determinazione successiva rimessa all'autonomia privata concerne l'adeguamento del prezzo ovvero del corrispettivo in denaro.

Il prezzo della prestazione, infatti, riflette fattori che solo in parte sono controllabili dalle parti, e dunque presenta un grado di incertezza maggiore rispetto all'elemento quantità, il quale, invece, costituisce un fattore riconducibile al controllo delle parti⁹⁷.

Per quanto concerne il prezzo, le parti possono porre in essere due tipi di strategie che consistono nel ricorrere ad un prezzo fisso o ad un prezzo variabile⁹⁸.

Il ricorso al prezzo variabile rappresenta un elemento costante dei contratti di durata, mentre le clausole che prevedono un corrispettivo fisso costituiscono una scelta non frequente in tali contratti, in cui lo scambio non si esaurisce in un momento determinato.

Per redigere una clausola di prezzo variabile le parti possono rendere il prezzo rideterminabile e dunque flessibile attraverso varie tecniche. Oppure possono accordarsi in modo che il verificarsi di alcune condizioni predeterminate nel contratto consenta loro di procedere alla rinegoziazione del prezzo.

⁹⁶ Ovvero della «locuzione che indica il potere, previsto dal contratto e attribuito ad una sola parte del potere di incidere sul rapporto contrattuale». Così A. GORGONI, commento *sub* art. 33 comma 2, lett. m), in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 281 ss. Sul punto cfr. par. 2.1.4.

⁹⁷ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 238 ss.

⁹⁸ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 239, che richiama H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford University Press, 1999, p. 165.

Nel primo caso è possibile individuare meccanismi di rideterminazione che fanno costante riferimento al prezzo di mercato, c.d. «a salire» o di indicizzazione. Molto diffuse nella prassi sono le clausole di adeguamento automatico del prezzo. Il limite delle clausole di indicizzazione deriva, però, dalla loro predisposizione *ex ante*, al momento della stipulazione del contratto e dalla conseguente impossibilità per le parti di avvantaggiarsi della migliore situazione informativa in cui si verrebbero a trovare successivamente, al momento del verificarsi della causa che determina la necessità di aggiornamento.

La rinegoziazione ha il vantaggio di consentire alle parti di procedere alla modificazione del prezzo nel momento in cui sono in possesso delle informazioni, ma ha il limite di esporre le parti a comportamenti opportunistici, soprattutto allorché una delle parti sia soggetta al rischio del mancato rinnovo⁹⁹.

3.1.1 Le clausole di indicizzazione

Le clausole di indicizzazione sono clausole di adeguamento automatico del contratto, che consentono alle parti di determinare o rideterminare le prestazioni durante la fase di esecuzione e dunque in un momento successivo alla conclusione del medesimo, attraverso criteri a tal fine predeterminati.

Le clausole di indicizzazione pongono a carico del debitore l'alea delle variazioni nel potere di acquisto della moneta, che costituisce il parametro di riferimento del corrispettivo in denaro del contratto.

Tali clausole costituiscono un «sistema di ripartizione del rischio relativo al decorso del tempo» da esaminare «nella prospettiva di un procedimento affidato per intero all'autonomia privata, da accertare perciò nelle diverse configurazioni in cui si presenta..e da assoggettare alla valutazione dell'ordinamento in relazione agli effetti prodotti sull'equilibrio contrattuale soltanto in casi particolari»¹⁰⁰.

Le clausole di indicizzazione, da un lato, consentono al creditore di ottenere il rispetto del valore della prestazione pecuniaria quale effettivo corrispettivo dell'obbligazione dedotta in contratto e rendere l'equilibrio fra le prestazioni impermeabile alle variazioni del potere d'acquisto della moneta. Dall'altro, permettono di utilizzare i parametri più idonei a garantire il risultato della stabilità monetaria e conseguentemente del contratto¹⁰¹.

⁹⁹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 243 ss.

¹⁰⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 174-175.

¹⁰¹ In Germania la Corte Suprema tedesca, grazie anche alla posizione assunta dalla dottrina, ha assunto un atteggiamento liberale nei confronti delle clausole monetarie nonostante le difficoltà poste dal § 3 WähG (*Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens, WährungsgG*) volto ad assicurare l'operatività del principio nominalistico e a scoraggiare le spinte inflazionistiche. Si sono riconosciute una pluralità di clausole esenti dal procedimento di autorizzazione (c.d. *Genehmigungsfreiklauseln*).

Nel sistema francese, invece, nel 1959 si vietava il riferimento ad indici generali ovvero al prezzo dei beni o servizi che non avevano una relazione diretta con l'oggetto dello statuto o della convenzione o con l'attività di una delle parti. Per questa panoramica sugli ordinamenti diversi di quello italiano, si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 172 ss., che richiama tra gli altri: SAVATIER, *La nouvelle législation des indexations*, in *Dalloz*, 1959, p. 63; PEDAMON, *Le régime contemporain des clauses nonétaires*, id., 1958.

Con le clausole di indicizzazione le parti realizzano ciò che avevano voluto al momento della stipulazione del contratto. Sicché non si pone il problema di controllare gli esiti dell'applicazione delle pattuizioni. Va precisato, però, che si potrebbero verificare delle sopravvenienze che non sono assorbite dalle clausole indice e che dunque il meccanismo di adeguamento delle prestazioni impone in questo caso di considerare tutti i possibili rimedi¹⁰².

Le clausole di indicizzazione sono frequenti nella fenomenologia dei contratti di fornitura continuativa o periodica, ricollegabili al tipo della somministrazione, ai contratti di finanziamento e all'appalto per la realizzazione di un'opera complessa o la fornitura di servizi. E si è rilevato come la incidenza delle clausole di adeguamento automatico si accresca in modo proporzionale alle difficoltà di ricorrere alla tutela giurisdizionale predisposta per il debitore che lamenti la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione¹⁰³. Nei contratti di fornitura di servizi, la rivalutazione del prestito costituisce una reintegrazione del valore dell'importo mutuato e dunque si pone un problema di rideterminazione successiva dell'oggetto della prestazione in riferimento ad un parametro che garantisce la determinabilità e dunque la validità del contratto in base al combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c.

Al contrario, nell'appalto, il diritto ad ottenere l'adeguamento del prezzo opera soltanto in via eccezionale in quanto l'appaltatore si assume il rischio dei mutamenti dei costi in corso d'opera.

Nell'appalto privato la norma di riferimento è costituita dall'art. 1664 c.c., ai sensi del quale l'adeguamento del prezzo è consentito soltanto qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificate aumenti o diminuzioni nel corso del costo di materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto. E si precisa che la revisione può essere accordata solo per la parte che eccede il decimo.

Nel contratto di appalto di opere pubbliche, invece, il problema dell'adeguamento automatico del corrispettivo si colloca all'interno della disciplina della revisione dei prezzi. Sicché il problema dell'adeguamento si sposta dall'area delle tecniche convenzionali a quella della disciplina legale. Si consideri, infatti, che la rideterminazione del prezzo è fondata sul riferimento ad un sistema parametrico che

¹⁰² F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., p. 196, cita un caso deciso dalla Suprema Corte C. 29.06.1981 n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132 con nota di PARDOLESI. La Cassazione ha confermato la sentenza della Corte d'Appello che aveva ammesso la risoluzione per eccessiva onerosità di un contratto quindicennale di fornitura di naftalina. Nel contratto si prevedeva un prezzo regolato da una clausola di adeguamento semestrale, ma la crisi petrolifera degli anni settanta che aveva provocato un aumento del 70% del prezzo del petrolio, aveva determinato un aumento del prezzo di gran lunga superiore alla copertura della clausola di adeguamento. Con la sentenza citata la Cassazione ha riconosciuto che la gestione dell'alea del contratto non era idonea ad escludere la rilevanza giuridica delle sproporzioni intervenute nel rapporto tra prestazioni e circostanze sopravvenute in misura esorbitante rispetto alla clausola perequativa predisposta dai contraenti.

Secondo la Suprema Corte, dunque, l'art. 1467 c.c. svolge nel nostro ordinamento una funzione di «barriera» contro l'alea non governabile dai contraenti e rimedio sempre fruibile per i contraenti, a meno che le parti del contratto non esprimano una preventiva ed esplicita rinuncia in tal senso (Cfr. F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, n. 3, 2005, p. 119 ss.).

¹⁰³ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*.

si fonda su indici prestabiliti, quali il costo della mano d'opera, i materiali e i trasporti¹⁰⁴.

Le parti possono decidere di determinare successivamente anche prestazioni di carattere non pecuniario, quali la consegna di beni o la fornitura di servizi in base a parametri previamente individuati. In tal caso si può far riferimento ad un indice definito o ad uno più sfumato. Altre volte, come nel caso del *franchising*, la modifica della prestazione è legata a fattori connessi allo sviluppo tecnologico del settore di mercato.

Frequenti sono, inoltre, le clausole di proroga del termine di esaurimento del rapporto anche con riferimento ad eventi che comportano il prolungamento automatico del medesimo¹⁰⁵.

3.1.2 Altri meccanismi di rideterminazione automatica del prezzo

Nei contratti di durata sono molto frequenti alcune clausole che sono in grado di contenere il prezzo dei beni in corrispondenza di quantità minime. Si indicano di seguito alcuni meccanismi di gestione del contratto escogitati dall'autonomia privata¹⁰⁶.

Sono diffuse nella pratica le clausole con cui le parti pattuiscono un quantitativo minimo che deve essere acquistato nel periodo di riferimento, secondo il modello di cui all'art. 1560 c.c. relativo al normale fabbisogno del somministrato¹⁰⁷. Si tratta della clausola del c.d. obbligo di acquisto minimo.

Un altro esempio è costituito dalla c.d. clausola «*Take or pay provision*», in base alla quale l'avente diritto si obbliga a prelevare il quantitativo minimo o a pagare l'equivalente rispetto al quantitativo minimo di acquisto fissato nel contratto nei periodi di riferimento. Il meccanismo introduce un'obbligazione alternativa con cui il somministrato adempie la propria obbligazione acquistando in base a quanto pattuito, ma può liberarsi effettuando la prestazione pecuniaria. In tal modo si protegge l'affidamento della controparte, la quale è incentivata ad effettuare gli investimenti necessari per continuare la prestazione.

Nel caso in cui il fabbisogno non possa essere soddisfatto attraverso il contratto di fornitura principale, è possibile ricorrere ad accordi di riserva (cfr. le c.d. clausole *Stand by charges*).

Un'altra clausola è la c.d. *Walk-away provisions* che consente al fornitore di rifiutare l'ordine e recedere dal contratto, se colui che ha diritto alla somministrazione non ha raggiunto il quantitativo minimo fissato per i periodi di riferimento.

Vi sono clausole che vengono utilizzate per stabilire se il recesso esercitato da una parte sia giustificabile avuto riguardo alla clausola generale della buona fede. Si tratta della c.d. *Meeting competition clause*, ovvero della clausola con cui le parti subordinano la continuazione del rapporto e degli acquisti alla condizione che il prezzo del for-

¹⁰⁴ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 177 ss.

¹⁰⁵ F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., p. 181 ss.

¹⁰⁶ Per un'ampia e più approfondita disamina delle clausole indicate cfr.: C. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 245 ss., cui si farà costante riferimento in questo paragrafo.

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 1560 c.c. se «l'entità della prestazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il limite minimo».

nitore rimanga a livelli competitivi rispetto a quello praticato in media dai fornitori concorrenti. Del tutto simile a quest'ultima, ma con maggiori garanzie contro la possibilità che si verifichino comportamenti opportunistici è la *Most favored nation clause*. Questa clausola impone ad una delle parti di aumentare o adattare il prezzo di acquisto sino al livello pagato dalla parte ad altri contraenti in una determinata area geografica. In tal modo si consentono tempestivi adeguamenti del prezzo rispetto ai mutamenti nelle condizioni di mercato che si verificano lungo la vita del contratto.

La c.d. *Two part pricing clause* è una clausola con cui si stabilisce che una parte del prezzo salga in corrispondenza di quantitativi maggiori, in presenza di un prezzo unitario del bene oggetto di fornitura, alto. Il meccanismo di funzionamento della clausola consente di proteggere gli investimenti della controparte.

Per aumentare la sicurezza della fornitura a garanzia dell'avente diritto alla somministrazione, le parti possono inserire nel contratto delle clausole c.d. *fixed quantity/fixed price clause*. Si ritiene, infatti, di attribuire adeguati incentivi all'investimento se i contraenti stabiliscono un prezzo fisso (salva la possibilità di porre in essere rinegoziazioni dovute alla verifica della desiderabilità dell'affare) e si accordano per comminare con il risarcimento per equivalente o in forma specifica l'inadempimento di una parte.

Infine si ricorda il frequente utilizzo delle clausole di esclusiva, ovvero delle clausole con cui le parti si mettono al sicuro dal rischio che si verifichino possibili abusi di *hold-up* nella misura in cui una o entrambe non possano rivolgersi ad un terzo.

3.1.3 Meccanismi convenzionali che rimettono la determinazione delle prestazioni ad un terzo: l'arbitraggio

Oltre alle cause di determinazione automatica del prezzo occorre considerare i meccanismi convenzionali con cui si domanda la determinazione della prestazione ad una delle due parti o ad un terzo. In quest'ultimo caso saremo in presenza di un arbitraggio. L'ambito interessato è quello della determinazione dell'oggetto del contratto.

Si ha arbitraggio allorché «il contratto *per relationem* indica nella valutazione di un terzo, appositamente incaricato, l'elemento che renderà determinabile l'oggetto attualmente solo determinabile»¹⁰⁸.

Occorre cioè che le parti abbiano affidato al terzo l'incarico e che egli svolga il proprio compito proprio in relazione a questo.

Le parti possono affidare all'arbitratore l'incarico di svolgere la sua valutazione in base all'equo apprezzamento o al mero arbitrio.

In mancanza di espressa pattuizione tra le parti, il terzo deve procedere con equo apprezzamento, cioè in base a criteri obiettivi, controllabili in base alla motivazione che l'arbitratore deve esplicitare.

Le parti possono anche stabilire che il terzo proceda secondo mero arbitrio. Questa scelta autorizza l'arbitratore a decidere anche con valutazioni che non seguono un percorso logico e razionale.

Se la determinazione deve essere fatta con equo apprezzamento, può essere impugnata qualora sia manifestamente iniqua o erronea.

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit.

Se la determinazione deve essere fatta con mero arbitrio può essere impugnata provando la mala fede.

Il riferimento all'equità contenuto nel codice deve essere interpretato, considerando che la determinazione equitativa dell'arbitratore si caratterizza per la sua natura di *relatio* e per la necessità di una rispondenza della scelta operata dal terzo ai criteri di valutazione fissati dalle parti che hanno conferito preventivamente l'incarico.

In questa prospettiva la decisione dell'arbitratore sarà tanto più vicina all'equo apprezzamento quanto più rispondente all'aspettativa dei soggetti che gli hanno conferito l'incarico¹⁰⁹.

L'ultimo comma dell'art. 1349 c.c., inoltre, prevede che nel determinare la prestazione «il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia fatto riferimento». Ciò implica che il terzo arbitratore debba riferirsi a criteri di «normalità economica» e non di «eccezionalità equitativa»¹¹⁰.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹¹, l'equo apprezzamento con cui l'arbitratore procede nell'espletare il proprio incarico si traduce nella integrazione di un rapporto giuridico patrimoniale incompleto mediante la determinazione della prestazione. Tale determinazione deve essere effettuata «secondo un criterio di equità contrattuale, ispirato alla ricerca di un equilibrio economico, di un rapporto di corrispettività e proporzionalità mercantile. Come, in situazioni già affette da squilibrio, l'equità contrattuale è chiamata a svolgere una funzione riequilibratrice (mediante la riconduzione ad equità del contratto: ad es. artt. 1450, 1467 c.c.), così, in via preventiva, la determinazione della prestazione con equo apprezzamento da parte dell'arbitratore è volta ad assicurare, nel momento del completamento del contenuto del contratto, l'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte, la perequazione degli interessi economici in gioco».

In base a questa configurazione l'equo apprezzamento, e in ciò si distaccherebbe dal mero arbitrio, «non si risolve in valutazioni latamente discrezionali, in quanto tali insindacabili, bensì in valutazioni che sia pur scontando un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive (come è dato desumere dal riferimento alle condizioni generali della produzione di cui al comma 3), in quanto tali suscettivi di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione»¹¹².

¹⁰⁹ CRISCUOLO, in *Enc. del diritto, Aggiorn.*, 2000, p. 60.

¹¹⁰ Cfr. ancora CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, che richiama S. RODOTÀ, *Quale equità*, in *L'equità*, Milano, 1975, p. 52.

¹¹¹ Cfr. Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *De Jure*, Giuffrè.

¹¹² Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, *cit.*

Di particolare rilievo si presenta anche l'approfondimento della Corte in ordine alla distinzione dell'arbitraggio rispetto alla figura giurisprudenziale della perizia contrattuale. Si riportano di seguito, i passaggi più significativi. «[...] Presenta taluni aspetti che la rendono assimilabile all'arbitraggio la perizia contrattuale. [...] Ciò che distingue l'arbitraggio dalla perizia contrattuale è il criterio di valutazione al quale debbono rispettivamente attenersi l'arbitratore nell'arbitraggio, e l'arbitro-perito nella perizia contrattuale. Come già rilevato, l'arbitratore è chiamato ad esprimere una valutazione ispirata al criterio dell'equità mercantile e volta a perseguire la perequazione degli interessi in gioco ricercando la giustizia immanente del contratto. L'arbitro-perito non è in alcun modo chiamato a compiere valutazioni ispirate alla ricerca dell'equilibrio economico tra prestazioni contrapposte, secondo un criterio di equità mercan-

Si consideri che anche con l'arbitrato le parti si affidano all'intervento di un terzo. In questa ipotesi, però, l'attività svolta dal terzo sarà di tipo processuale e non negoziale, in quanto all'arbitro è demandato il compito di risolvere i conflitti insorti in ordine all'adeguamento del contratto¹¹³.

La giurisprudenza¹¹⁴, sottolineando la distinzione rispetto alla perizia contrattuale, ha precisato che con l'arbitrato «rituale o irrituale le parti tendono (in diversi mo-

tile, ma deve attenersi a norme tecniche, ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la constatazione, l'accertamento, la valutazione che è stato incaricato di compiere».

La Cassazione esclude «nel caso di perizia contrattuale, l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349.

L'impugnazione della determinazione dell'arbitratore per manifesta iniquità presuppone una determinazione compiuta con equo apprezzamento, in vista del perseguimento dell'equilibrio economico tra le prestazioni: solo una valutazione condotta secondo criteri equitativi può sconfinare nella iniquità, qualora realizzi una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte. Ed una valutazione siffatta è propria dell'attività dell'arbitratore, in sede di arbitraggio, mentre è del tutto assente nell'attività dell'arbitratore-perito, in sede di perizia contrattuale.

L'arbitratore-perito non compie valutazioni discrezionali ispirate a criteri equitativi, ma si limita ad applicare norme tecniche, ad utilizzare criteri tecnico-scientifici obiettivi. La determinazione dell'arbitratore-perito non può, per sua intrinseca natura, essere equa o iniqua, ma soltanto esatta o inesatta secondo i parametri tecnici applicati.

Alla perizia contrattuale non può pertanto applicarsi l'impugnazione, prevista dall'art. 1349, per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, che presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale, di un equo apprezzamento secondo criteri di equità mercantile. ed è quindi inconciliabile con l'attività strettamente tecnica dell'arbitratore-perito.

Il sistema delle impugnazioni esperibili nei confronti della determinazione dell'arbitratore-perito va quindi desunto esclusivamente dalle regole generali del codice civile che determinano le cause di invalidità dei negozi giuridici. La perizia contrattuale potrà quindi essere impugnata soltanto nel caso di errore, dolo o violenza».

Significative le considerazioni di un'illustre dottrina che sul punto ha osservato quanto segue. «La giurisprudenza distingue l'arbitraggio rispetto alla perizia contrattuale quale accertamento tecnico che le parti deferiscono ad un terzo per determinare un elemento della prestazione dedotta in contratto. In realtà non sembra che la perizia contrattuale costituisca un'autonoma figura, in quanto il carattere tecnico dell'operazione deferita al terzo non toglie che l'atto sia comunque diretto a determinare il rapporto contrattuale altrui o a comporre la controversia. Nel primo caso si tratterà di un arbitraggio, nel secondo di un arbitrato irrituale. La figura della perizia contrattuale è richiamata spesso nelle ipotesi in cui le parti stabiliscono preventivamente che l'importo di un indennizzo sarà determinato da un esperto o collegio di esperti. Qui si avverte come l'atto del perito incida direttamente – per la preventiva accettazione delle parti – sul rapporto contrattuale e abbia quindi il significato e la natura dell'arbitraggio». Così, M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, pp. 330-331.

¹¹³ Cass., sez. II, 26 aprile 2002, n. 6087 ha tracciato una distinzione tra arbitrato e perizia contrattuale rilevando quanto segue: «È configurabile un arbitrato irrituale quando la volontà delle parti è diretta a conferire all'arbitro il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole, conciliativa o transattiva, o mediante un negozio di mero accertamento, riconducibili alla volontà delle parti, mentre è configurabile una perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, o terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva».

¹¹⁴ Cass., sez. I, 29 ottobre 1999, n. 12155. La Suprema Corte ha ritenuto nullo il compromesso «con il quale si domandi agli arbitri la decisione in ordine ad una questione tecnica anziché ad un rapporto giuridico (nella specie, la Cassazione, decidendo nel merito, ha dichiarato la nullità del lodo per nullità della clausola arbitrale che aveva demandato ad un collegio arbitrale la rinnovazione della verifica, già deman-

di) alla definizione di una controversia giuridica», mentre l'arbitraggio ha «ad oggetto l'incarico di determinare uno degli elementi del negozio in via sostitutiva della volontà delle parti».

3.1.4 Meccanismi convenzionali che rimettono la determinazione delle prestazioni ad una parte: *ius variandi*

Le parti possono inserire nel regolamento contrattuale clausole che conferiscono ad una parte il potere di modificare unilateralmente l'efficacia di un contratto. Si tratta del c.d. *ius variandi* che consente ad un contraente di incidere in modo significativo sull'accordo contrattuale¹¹⁵.

La clausola attribuisce alle parti la possibilità di configurare un equilibrato meccanismo che contempera in modo ragionevole gli interessi delle parti e «segnatamente l'interesse della parte che in apparenza lo subisce». Al contempo, però, l'inserimento nel testo contrattuale di tale clausola crea un rischio elevato di esporre un contraente al mero arbitrio di controparte¹¹⁶.

In base a questo aspetto una parte della dottrina ha dedotto la illiceità della clausola per contrarietà all'ordine pubblico. Si sono posti a fondamento di questa tesi alcuni indici normativi che di seguito si enunciano.

Le clausole che introducono nel contratto uno *ius variandi*, nonostante presentino indubbi aspetti di onerosità, non sono inserite all'interno dell'elenco di cui all'art. 1341 c.c., ovvero di quelle clausole considerate dal legislatore particolarmente onerose per una parte e che pertanto necessitano di specifica approvazione per iscritto per produrre effetti. Se ne potrebbe dedurre la nullità, secondo un orientamento avallato anche dalla Cassazione. E, d'altra parte, la espressa previsione nel nostro ordinamento giuridico del rimedio della nullità nei confronti di clausole volute dalle parti, esprime la volontà di difendere l'autonomia privata e la libertà contrattuale anche contro se stessa¹¹⁷.

La liceità in linea generale delle clausole di *ius variandi* potrebbe invece dedursi in base ad un ragionamento *a contrario*, che prende le mosse da alcune previsioni normative contenute nelle discipline speciali¹¹⁸.

In tal senso l'art. 33 comma 2 let. m) del Codice del consumo costituisce un indice significativo della legittimità dello *ius variandi* convenzionale. Dalla norma in commento, infatti, si deduce che non si presume vessatoria, e dunque è astrattamente

data in prima istanza ad una commissione prevista dal contratto, dell'esito della sperimentazione realizzata da uno dei contraenti e dell'idoneità dei suoi risultati a giustificare la realizzazione di un impianto industriale e l'avviamento della produzione)».

¹¹⁵ Proprio questa è la ragione per cui nessuna clausola legittima in via generale lo *ius variandi* a differenza di quanto avviene per il recesso unilaterale.

¹¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 557.

¹¹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 557.

¹¹⁸ Per quanto concerne l'esercizio dello *ius variandi* da parte della pubblica amministrazione si veda Coll. Arb., 23 dicembre 1986 in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1987, p. 1281 secondo cui «Lo *ius variandi* può essere validamente esplicito dall'amministrazione soltanto attraverso gli organi cui è dalla legge devoluta l'espressione del potere contrattuale; pertanto, resta esclusa da tal ambito la direzione dei lavori i cui compiti risultano circoscritti alla rappresentanza tecnica dell'amministrazione ed al controllo della regolare esecuzione dei lavori e della loro rispondenza ai progetti originari ed ai preventivi di spesa».

valida¹¹⁹, la clausola che consenta al professionista di mutare il contenuto del contratto in presenza di un «giustificato motivo» che sia stato «indicato nel contratto stesso».

Nei rapporti di subfornitura l'art. 6 L. 192/98 prevede la nullità del patto tra subfornitore e committente che «riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura»¹²⁰. La norma dunque pone un divieto non generale, ma specifico, da cui si può dedurre la liceità in via di principio delle suddette clausole.

Argomenti si traggono anche dall'art. 2:102 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* che, «sulla scia del § 315 BGB», consente ad una parte di attribuire all'altra il potere di determinare l'oggetto della prestazione. La disposizione, sebbene concerna la fase formativa del contratto e dunque non pone in rilievo lo *ius variandi*, si rivela comunque significativa perché indice «di una più generale tendenza a superare il dogma della equiordinazione delle parti nella determinazione del contenuto del contratto»¹²¹.

Occorre in ogni caso porre dei limiti all'esercizio dello *ius variandi*.

In primo luogo la possibilità rimessa ad una parte di modificare unilateralmente il contratto non può incidere su elementi essenziali del negozio. Altrimenti si dovrebbe ritenere che l'oggetto del contratto è indeterminato. Sul punto è significativo che in tema di determinazione dell'oggetto del contratto da parte del terzo, si preveda che le parti non possano attribuire ad un terzo il potere di determinare integralmente la prestazione senza indicare almeno qualche elemento utile alla sua identificazione¹²².

Si è individuato un limite all'esercizio dello *ius variandi* nella clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, e più in generale nella figura dell'abuso del diritto, da intendere come divieto di esercitare un diritto derivante dal contratto stesso (lo *ius variandi*) per uno scopo diverso da quello per cui tale diritto è preordinato¹²³. È facile comprendere come il diritto di modificare il contratto rimesso unilateralmente ad una parte possa essere esercitato per fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli cui il diritto era preordinato.

Sulla base delle considerazioni svolte, occorre distinguere, si osserva, in base a rapporti e interessi diversi.

¹¹⁹ A. GORGONI, *sub art. 33 comma 2, lettera m)*, cit., p. 281 ss. Sul tema dello *ius variandi* cfr.: S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Persona e mercato*, 4/2010, rivista online, p. 289 ss.

¹²⁰ Si precisa, inoltre: «Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura».

¹²¹ L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 466 nota 3.

¹²² Cfr. A. GORGONI, *sub art. 33 comma 2, lettera m)*, cit., p. 281 ss., che richiama V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 351 e C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 330 ed ivi quanto di seguito sostenuto dall'Autore in relazione alla determinazione del terzo: «è, comunque, una determinazione parziale» altrimenti si avrebbe «un ingiustificato assoggettamento del contraente al potere altrui in violazione del principio della parità reciproca». Le parti devono determinare direttamente «la causa del contratto e la natura delle principali prestazioni».

¹²³ Sull'abuso del diritto confronta *infra*.

Si è rilevato come lo *ius variandi* si giustifichi proprio e soprattutto quando «la materia del contratto è fluida, soggetta ad evoluzioni e sopravvenienze che possono richiedere aggiustamenti successivi nell'interesse comune dei contraenti».

E d'altra parte la liceità dello *ius variandi* si modella sulla base dell'interesse coinvolto.

Si consideri in tal senso che se il potere di modificare unilateralmente il contratto è attribuito nell'interesse di controparte, la clausola dovrà considerarsi senz'altro lecita. Se, invece, il potere è attribuito nell'interesse della stessa parte che è autorizzata ad esercitarlo, la valutazione in ordine alla liceità del medesimo comporta la necessità di verificare in concreto i limiti che sono posti a quel potere e se questi si presentano in modo tale da contenere l'arbitrio del titolare. Solo in quest'ultimo caso la clausola dovrà considerarsi lecita¹²⁴.

Lo *ius variandi*, allora, deve «trovare giustificazione nella causa del contratto ed essere regolato in modo che il suo esercizio non determini un'alterazione arbitraria della posizione contrattuale della parte che lo subisce attraverso l'introduzione di obbligazioni o modalità di esercizio del diritto onerose e non controbilanciate»¹²⁵.

La clausola con cui si attribuisce ad una sola delle parti il potere di modificare unilateralmente il contratto sarà dunque ammissibile se e in quanto sia giustificabile in base ad esigenze di carattere obiettivo, che consentano di pervenire ad una ragionevole sistemazione degli interessi contrapposti¹²⁶.

3.2 La presupposizione

Una risposta elaborata dalla dottrina e del diritto vivente alla rigidità dei rimedi sanciti dal codice civile è costituita dalla figura della presupposizione¹²⁷.

Si è consolidata la definizione di presupposizione come «presupposto a cui le parti di un contratto a prestazioni corrispettive hanno subordinato, in modo indubbio e univoco, anche tacitamente, il loro consenso»¹²⁸. Il verificarsi dell'evento deve essere obiettivo ed esterno al contratto, del tutto indipendente dalla volontà delle parti¹²⁹. Può essere costituito da una situazione di fatto o di diritto. Sul punto si è rilevato che la equiparazione della situazione di diritto a quella di fatto, pone una difficoltà di coordinamento con il principio *error vel ignorantia legis non excusat*¹³⁰.

¹²⁴ Per queste considerazioni cfr. ancora V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 558. L'A. precisa che nel caso, invece, in cui la clausola sia tale da attribuire al titolare un potere illimitato, le soluzioni possibili oscillano tra la nullità della clausola per contrasto all'ordine pubblico o un'integrazione attraverso la clausola generale della buona fede. In quest'ultimo caso le clausole dovranno considerarsi lecite se in base ad un giudizio ex post le modifiche unilateralmente introdotte saranno conformi a buona fede.

¹²⁵ A. GORGONI, *sub art. 33 comma 2, lettera m)*, cit., p. 281 ss.

¹²⁶ C. RIZZUTO, *sub art. 1469 bis co. 3 n. 11*, in *Commentario al capo XIV- bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999, p. 340 e L. A. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *Commentario a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli*, cit., pp. 510-511.

¹²⁷ Cfr. *infra* quanto disposto dal BGB al § 313.

¹²⁸ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

¹²⁹ Il requisito della indipendenza dalla volontà delle parti è stato ribadito da ultimo da Cass., 06 febbraio 2009, n. 2997, in *Dir. famiglia*, 2009, 3, p. 1147. Cfr. anche Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554.

¹³⁰ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

Il presupposto che, si è detto deve, essere stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti¹³¹, deve, altresì, essere comune alle parti¹³².

L'evento, infine, deve essere stato presupposto dalle parti come valore determinante per la costituzione o la permanenza del vincolo contrattuale¹³³ e non deve essere stato espressamente regolato da una clausola espressa nel contratto.

La presupposizione può avere ad oggetto una situazione passata o presente, ben nota alle parti, oppure futura, ma in quest'ultima ipotesi di certa realizzazione. La presupposizione acquista rilievo nel momento in cui la situazione non si sia verificata nella prima ipotesi, oppure non si realizzi nel rapporto nella seconda, per fatto non imputabile alle parti¹³⁴.

Tradizionalmente la figura della presupposizione si intreccia con il tema delle sopravvenienze. In particolare, l'assunto per cui tra gli elementi negoziali si annoverano gli stati di fatto presupposti dalle parti, lega lo studio della presupposizione al dibattito sorto intorno alla clausola *rebus sic stantibus*, che sarebbe implicitamente apposta ad ogni contratto¹³⁵.

All'interno del quadro delineato, l'opinione prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza riconduce il fondamento legislativo della norma all'art. 1467 c.c.¹³⁶

L'indicazione del fondamento normativo della presupposizione nell'art. 1467 c.c., non esclude, come rilevato anche dalla giurisprudenza, una ricostruzione della figura «mediante una valutazione in chiave assiologia ovvero con il richiamo alla clausola generale della buona fede»¹³⁷.

In tale ottica emerge il duplice volto, soggettivo ed oggettivo della presupposizione. Se in base al primo profilo, si attribuisce rilievo ai requisiti individuati dalla giurisprudenza «che valorizzano gli atteggiamenti e le percezioni delle parti», la clausola generale della buona fede integra un criterio di valutazione di siffatti atteggiamenti e percezioni, consentendo di ricostruire «il piano di ripartizione dei rischi concordato fra le parti»¹³⁸ e di valutare in che rapporto si pone il presupposto rispetto al medesimo.

La Suprema Corte ha avuto cura di precisare che alla presupposizione può riconoscersi «autonomo rilievo di categoria unificante assumente specifico significato laddove nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto ad essa si riconducano, quali presupposti oggettivi, fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale». La

¹³¹ E in ciò, appunto, la presupposizione si differenzia dalla condizione.

¹³² Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 34; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1040, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 34; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I,1, p. 2210; Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 8.

¹³³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1039.

¹³⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

¹³⁵ Cfr. *amplius*: MACARIO, in *Rimedi II*, cit., Capitolo II, *La dottrina della presupposizione*. G. B. FERRI, in *Quadrimestre*, 1988, p. 54

¹³⁶ Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Giust. civ. Mass.*, 2006. Riconducono la presupposizione all'art. 1374 c.c.: BESSONE e D'ANGELO, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, p. 341.

¹³⁷ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

¹³⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1040-1041.

presupposizione non deve, dunque, essere riconducibile ad un rimedio già previsto dalla legge come l'errore, la condizione, la mancanza di causa, l'inadempimento o altro¹³⁹. Laddove, per ipotesi, la situazione presupposta «difetti già al momento della conclusione del negozio, si verifica un ipotesi di nullità del contratto, risolvendosi detto difetto in una mancanza di causa» in base a quanto disposto dall'art. 1418 c.c.¹⁴⁰.

Maggiori le incertezze sul piano rimediabile. A fronte dell'orientamento emerso in dottrina e in giurisprudenza che ammette la invalidità¹⁴¹ o la risoluzione del contratto nel caso in cui l'evento presupposto si riveli inesistente o venga meno in seguito, la Cassazione, di recente¹⁴², ha statuito che il mancato verificarsi della presupposizione legittima l'esercizio del recesso, assumendo quest'ultima valore determinante per le parti ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale¹⁴³.

Da un punto di vista strettamente processuale, la Suprema Corte ha, inoltre, affermato il principio per cui la presupposizione costituisce un fatto estintivo o impeditivo della domanda e pertanto integra un'eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio¹⁴⁴.

3.3 Pattuizioni intese a gestire gli effetti delle sopravvenienze (clausole di *hardship*)

3.3.1 Clausole di rinegoziazione

Le clausole di rinegoziazione o clausole di *hardship* secondo la più diffusa terminologia anglosassone, «fanno scattare meccanismi di adeguamento» in presenza di determinate sopravvenienze¹⁴⁵. Tali clausole consentono alle parti di superare le difficoltà di esecuzione causate dalle sopravvenienze. L'interesse per queste clausole è particolarmente significativo in quanto introducono rimedi con funzione adeguatrice.

¹³⁹ Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, p. 1134.

¹⁴⁰ «Ove invece la situazione presupposta venga successivamente meno nella fase esecutiva del contratto concluso, si verifica una risolvibilità del medesimo per fatto non imputabile alle parti»: Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p.1498 e Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, p. 511. Si è anche distinta la presupposizione dalla c.d. falsa presupposizione, che ricorre quando la situazione presupposta difetta già al momento della conclusione del contratto che determina errore comune sui motivi. Cass. 2878/72 in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 820.

¹⁴¹ Per la tesi della nullità relativa cfr.: V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 510 ss.; per la tesi dell'errore comune cfr. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 494

¹⁴² Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, 1134: «La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso 'esterna', che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra - valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso».

¹⁴³ Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, p. 1134.

¹⁴⁴ Cfr. Cass., 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro Pad.*, 2001, I, c. 55.

¹⁴⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, cit., p. 1045.

Di sicuro rilievo sono anche le circostanze considerate, diverse rispetto a quelle che danno origine ai rimedi legali, così come il profilo rimediabile con cui spesso si introducono rimedi più duttili e diversi rispetto a quelli previsti dalla legge¹⁴⁶.

Le parti che rinegoziano le clausole di un contratto danno vita ad un contratto diverso che modifica il contratto di base. Se una parte si rifiuta di rinegoziare, poiché si viola un obbligo previsto nel contratto, si avrà un inadempimento contrattuale.

L'obbligo di rinegoziazione deve poi essere senz'altro inteso come obbligo di rinegoziare in buona fede. Sicché incorrerà nella violazione della clausola anche la parte che solo in apparenza adempie all'obbligo di rinegoziare, ma che di fatto è inadempiente in quanto porta nella trattativa posizioni e pretese «così irragionevoli, pretestuose, esorbitanti da esporsi all'inevitabilmente dissenso dell'altra», impedendo, in tal modo il raggiungimento dell'accordo¹⁴⁷.

Sull'ammissibilità delle clausole di rinegoziazione si sono da sempre nutriti forti dubbi in dottrina e non solo nell'area italiana¹⁴⁸.

3.3.2 La prospettiva comparatistica ed europea

Spunti e riflessioni sul tema delle sopravvenienze provengono da testi e Principi che promanano da un organo, sopranazionale, sovraordinato allo Stato.

Tra questi i Principi *Unidroit*¹⁴⁹ e quelli della Commissione Lando¹⁵⁰ «conoscono l'obbligo di rinegoziare»¹⁵¹.

Il *Draft of Common Frame of Reference*¹⁵² contiene norme significative sul punto.

L'art. 22 del progetto italo francese di riforma delle obbligazioni ed oggi l'art. 1114 dell'*Avant project de reforme du droit des obligations et du droit* (progetto elaborato dalla Commissione presieduta da *Pierre Catala*) e l'art. 4:109 dei Principi Lando, ipotizzano un rimedio correttivo che disciplini la situazione di dipendenza e di bisogno di una parte che sia nota all'altra che ne ha tratto un iniquo profitto e non riferito ad un contraente tipicamente debole.

¹⁴⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1045.

¹⁴⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1046.

¹⁴⁸ Per una panoramica delle pronunce delle Corti europee sul tema della rinegoziazione cfr.: F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit., pp. 718 ss. cui si farà costante riferimento in queste pagine.

¹⁴⁹ Si tratta dei *Principles of International Commercial Contracts* pubblicati dall'*Unidroit* (Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, organizzazione intergovernativa fondata nel 1926 a Roma) nel 1994 e successivamente aggiornati nel 2004. L'*Unidroit* si pone l'obiettivo di uniformare a livello internazionale le norme di alcuni settori di particolare interesse quali i titoli di credito, il trasporto, i contratti di viaggio. Cfr. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., cap. I, Padova, 2009.

I Principi sono il risultato di un lavoro svolto da un gran numero di studiosi, operatori e funzionari nel corso di molti anni. Il testo dei Principi può essere consultato sul sito internet www.consiglionazionaleforense.it.

¹⁵⁰ Ai principi la Commissione ha lavorato fin dal 1980, basandosi sui principi delle tradizioni nazionali. Una prima parte dei Principi è stata pubblicata nel 1995. Una versione più completa è uscita nel 1999.

¹⁵¹ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, tomo II, Torino, 2004, p. 722.

¹⁵² Su cui cfr. *infra* il § 3.3.2.

V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law publishers, München, 2009.

Si tratta di una figura compatibile con il rilievo giuridico della «scorrettezza procedurale» della *common law*¹⁵³, il cui limite nel terzo millennio, si lamenta, è di non regolare le sopravvenienze¹⁵⁴.

Particolare significato per i contratti di durata assume nel progetto *dell'Avant-projet de réforme du droit des obligations* l'art. 1135, il quale prevede che in ipotesi di «*survenance d'un déséquilibre grave en cours d'exécution*» (art. 1135)¹⁵⁵ la parte che perde interesse alla contrattazione, possa chiedere al giudice di ordinare una nuova rinegoziazione.

Il par. 313 del BGB sancisce la possibilità per le parti di adeguare il contratto qualora le circostanze poste a fondamento del medesimo si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto a condizioni diverse se le avessero conosciute.

L'analisi dei testi e delle disposizioni citate si rivela, pertanto, imprescindibile per chiunque voglia approcciarsi allo studio e all'approfondimento del tema all'interno del panorama nazionale dell'adeguamento del contratto alle sopravvenienze. Sicché nei paragrafi che seguono si tenterà, in breve, di dar conto della prospettiva comparatistica ed europea.

I Principi di diritto europeo dei contratti e il Draft Common Frame of Reference

L'obbligo di rinegoziazione è disciplinato nei Principi di diritto europeo dei contratti e nei Principi *Unidroit*. Entrambi i testi optano in modo netto per la manutenzione del contratto.

L'art. 4:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla Commissione composta da giuristi provenienti dai diversi Stati dell'unione europea e presieduta da Ole Lando, rubricato «ingiusto profitto o vantaggio iniquo», attribuisce al giudice il potere di modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. Vediamo quali sono i presupposti e le circostanze in base ai quali opera la norma¹⁵⁶.

¹⁵³ In tal senso si veda R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, pp. 23 ss., 51 ss.; e M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23 ss, citati da G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 767 ss. e ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 98 ss.

¹⁵⁴ Cfr.: G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 767 ss. e ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 98 ss.

¹⁵⁵ L'art. 1135 così dispone: *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.*

A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre.

Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

¹⁵⁶ Significativo anche l'art. 4:110 che, prevedendo un controllo per tutte le clausole non negoziate (ampliando in tal modo l'ambito del controllo riservato alle clausole abusive nei contratti del consumatore) consente ad una parte di annullare la clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni

L'articolo attribuisce ad una parte il potere di chiedere l'annullamento del contratto, qualora al momento della conclusione si venga a trovare in una situazione di dipendenza o abbia una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovi in situazione di bisogno economico o abbia necessità urgenti, sia affetta da prodigalità, ignorante, priva di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrarre e, al contempo, l'altra parte, che è a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò, ha tratto dalla situazione in cui versava la prima un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto.

Descritta la fattispecie, la norma prevede che il giudice, su domanda della parte legittimata all'annullamento, possa modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto le parti avrebbero potuto convenire nel rispetto della buona fede e della correttezza. Analogamente si consente al giudice di modificare il contratto su domanda della parte cui è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, sempreché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire confidando nella comunicazione.

Sotto il profilo della tutela la norma consente alla parte svantaggiata che ha interesse a che il rapporto continui, ma a condizioni modificate, di chiedere al giudice che sostituisca la clausola iniqua, andando oltre l'annullamento parziale del contratto ai sensi dell'art. 4:116. Non solo. Il giudice ha il potere di modificare il contratto su domanda di una delle parti, se la domanda viene fatta prima che sia data esecuzione al contratto e solo se ritenga il rimedio adeguato al caso di specie.

L'articolo adotta il principio per cui il contratto può essere annullato o modificato su domanda della parte svantaggiata in presenza di alcuni presupposti descritti dalla norma, quali la situazione di debolezza o di bisogno in cui si trova una parte, la conoscenza della stessa da parte del contraente che ne ha approfittato traendone un ingiusto profitto¹⁵⁷ o un vantaggio iniquo¹⁵⁸.

L'interesse al mantenimento del rapporto emerge nei Principi di diritto europeo dei contratti anche con riferimento ad un altro articolo (9:401), rubricato, «Diritto alla riduzione del prezzo».

La norma prevede il rimedio della riduzione del prezzo ed opera in ipotesi di non conformità della prestazione rispetto alla quantità, qualità, tempestività dell'adempimento o ad altro profilo. La tutela opera soltanto se la parte che subisce l'inadempimento accetta la prestazione inesatta.

L'articolo in commento dispone, infatti, che «La parte che accetta una prestazione che non sia conforme al contratto può ridurre il prezzo. La riduzione deve essere

contrattuali delle parti a danno di detta parte, tenuto conto della natura della prestazione, delle altre clausole del contratto e delle circostanze al momento in cui il contratto è stato concluso.

Rimangono escluse dall'ambito di applicazione, la clausola che fissa l'oggetto del contratto, se formulata in modo chiaro e intelligibile; l'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto al valore delle obbligazioni dell'altra.

¹⁵⁷ Per ingiusto profitto si deve intendere il vantaggio conseguito da una parte è chiaramente eccessivo rispetto al prezzo normale o ad altro vantaggio conseguibile in contratti del medesimo genere. Cfr. *amplius: Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, p. 289 ss.

¹⁵⁸ Il riferimento è all'ipotesi in cui lo scambio non si presenta eccessivamente sbilanciato dal punto di vista economico e tuttavia il vantaggio iniquo è stato conseguito in altri modi: cfr. *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit.

proporzionata alla diminuzione di valore della prestazione al momento dell'adempimento rispetto al valore che in pari tempo avrebbe avuto una prestazione conforme¹⁵⁹. La norma trova un preciso riscontro nell'ordinamento italiano nel già citato art. 1668 c.c. in tema di riduzione del prezzo nel contratto di appalto, che consente al committente di chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito. Si fa salvo in ogni caso il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore.

Vi è poi un'altra norma dei Principi di diritto europeo dei contratti, l'art. 6:111, che conferisce al giudice ampi poteri, rubricata «Mutamento delle circostanze».

La disposizione stabilisce che se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa a causa del verificarsi del mutamento di circostanze, «le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: «il mutamento si verifichi dopo la conclusione del contratto, il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto e il rischio di mutamento di circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare». Qualora le parti non riescano a raggiungere un accordo in tempo ragionevole, il giudice «può sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite ed i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze».

Si è ritenuto che il meccanismo descritto dalla norma rifletta la «tendenza moderna a dare al Giudice un certo potere per moderare i rigori di una autonomia contrattuale intesa come intangibile»¹⁶⁰. Si precisa, però, che anche la norma citata, in ogni caso, consente la rinegoziazione solo in presenza di circostanze eccezionali. I presupposti della rinegoziazione vengono infatti individuati nella «eccessiva onerosità della prestazione», nella impossibilità per le parti di prendere in considerazione tali circostanze secondo un giudizio di ragionevolezza e nella necessità che tale mutamento sia successivo alla conclusione del contratto.

La disposizione attribuisce dunque, al giudice il potere di modificare il contratto, ma non di riscriverlo nel suo insieme, al fine di dare vita ad un nuovo contratto.

I lavori della commissione Lando sono stati ripresi nel *Draft Common Frame of Reference*. Si tratta di una bozza accademica di un Quadro comune di riferimento (DCFR) che si pone l'obiettivo di contenere definizioni, termini giuridici, «principi

¹⁵⁹ Si prevede inoltre che «La parte che può ridurre il prezzo in conformità al paragrafo precedente e che ha già pagato una somma superiore al prezzo ridotto può ripetere l'eccezione dall'altra parte». Inoltre:

«La parte che riduce il prezzo non può domandare anche il risarcimento del danno per la riduzione di valore della prestazione ma può pretendere il ristoro di ogni altra perdita subita, nella misura in cui questa sia risarcibile secondo quanto previsto dalla sezione quinta del presente capitolo». Sebbene l'esclusione del risarcimento del danno per il medesimo titolo per cui viene chiesta la riduzione del prezzo si presenti come una conseguenza logica, tuttavia spesso gli ordinamenti consentono alla parte insoddisfatta di ottenere il risarcimento dei danni per l'ulteriore perdita subita. Nell'ordinamento italiano si veda l'art. 1494 c.c. in tema di compravendita secondo il quale in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno se non prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa. Inoltre il venditore deve risarcire al compratore i danni che derivano dai vizi della cosa. Cfr. *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., sub art. 9:401.

¹⁶⁰ C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 362.

fondamentali e modelli concreti di regolamento contrattuale» che concernono tipologie generali di contratto e alcune tipologie più diffuse. Uno strumento, «fondato sull'*acquis* comunitario e sulle soluzioni migliori condivise dal diritto contrattuale degli stati membri» non vincolante, che si pone finalità concrete, indicate come capaci di porsi come linee guida nel momento di recepimento delle direttive»¹⁶¹.

Il testo del DCFR si pone obiettivi e finalità diverse dall'*acquis*. Non solo diritto dei contratti, ma anche del rapporto obbligatorio con un'estensione che comprende un lavoro che si avvicina al modello dei codici continentali. Si aspira ad un obiettivo più ampio, ad un *corpus* che possa definirsi come codice europeo di diritto privato.

Diverse le norme che si pongono nella logica del mantenimento del contratto. L'art. III - 3:102 stabilisce che i rimedi non incompatibili fra loro sono cumulabili, secondo una *ratio* che ammette, «in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica»¹⁶².

L'art. II-7:207¹⁶³ la cui rubrica recita «*Unfair exploitation*» prevede che il Giudice, in presenza di approfittamento di una circostanza soggettiva quale una difficoltà economica, necessità, ignoranza, inesperienza o diversa inabilità, possa adeguare il contratto in modo da renderlo conforme a quanto le parti avrebbero pattuito se avessero contrattato in buona fede e correttezza.

Ancora. L'art. II 7:302 DCFR dispone che se un contratto non è vietato dal precedente testo ma viola una norma imperativa sul contratto si producono, se possibile, gli effetti prescritti dalla norma imperativa. Al punto 2 la norma dispone che se la legge non prevede la nullità per contrasto a norme imperative il Giudice può dichiarare valido il contratto; vietare il contratto in tutto o in parte con effetti retroattivi; modificare il contratto o i suoi effetti.

Sempre all'interno del panorama europeo occorre menzionare il *Code européen des contracts*¹⁶⁴, il quale all'art. 157 del primo libro, stabilisce che qualora le parti non riescano a condurre a termine la rinegoziazione, il giudice dopo aver valutato le circostanze, tenuto conto degli interessi, dei requisiti e delle richieste delle parti, può, facendo eventualmente ricorso ad una perizia, modificare o risolvere il contratto nella sua totalità o nella sola parte cui le parti non hanno dato esecuzione, ed eventualmente, sempre che ciò sia richiesto, ordinare le reciproche restituzioni e condannare al risarcimento dei danni.

I Principi Unidroit

I Principi *Unidroit* contengono una disciplina dell'eccessivo squilibrio e della clausola di *hardship*, di cui definiscono contenuti ed effetti.

¹⁶¹ G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., p. 743 ss.

¹⁶² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009. Principio della cumulabilità dei rimedi affermato anche dalla nota sentenza *Courage* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, pt. 4, c. 75 con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni»*, in *Foro it.*, c. 76 ss.)

¹⁶³ Conforme a quanto previsto dall'art. 3:10 dei Principi *Unidroit*, su cui v. infra § 3.2.2.

¹⁶⁴ Si tratta del progetto redatto dal gruppo di studiosi condotto dall'italiano Giuseppe Gandolfi. Cfr. *Code européen des contracts*, Milano, 2001.

L'art. 3.10 rubricato, «Eccessivo squilibrio», con una norma del tutto analoga a quella prevista nel testo dei principi Lando, art. 4:109, descrive una fattispecie e individua due possibili rimedi. Uno di tipo invalidante (l'annullamento del contratto o di una singola clausola), l'altro manutentivo.

Il testo prevede che una parte possa annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare tra gli altri fattori i seguenti profili:

- a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e
- b) la natura o lo scopo del contratto.

La norma consente al giudice, su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, di adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

Si precisa, inoltre, che il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché ne informi prontamente l'altra dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento.

In base ai presupposti della fattispecie, i rimedi ivi previsti sono azionabili nella misura in cui al momento della conclusione del contratto esista già un eccessivo vantaggio. Se, invece, la eccessiva iniquità sopravvenga successivamente, il contratto, potrà essere modificato o risolto secondo le norme sull'*hardship* contenute nel capitolo 6¹⁶⁵, di cui si cercherà subito di dar conto.

L'art. 6.2.2, rubricato «Definizione di *hardship*», con una disposizione del tutto analoga a quella contenuta all'art. 6:111 dei Principi di diritto europeo dei contratti, precisa che ricorre l'*hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e gli eventi si verificano o divengono noti alla parte svantaggiata successivamente alla conclusione del contratto. Si precisa che, perché ricorra un'ipotesi di *hardship*, occorre che gli eventi siano tali che la parte svantaggiata non avrebbe potuto ragionevolmente prenderli in considerazione al momento della stipulazione del contratto. Occorre altresì che gli eventi si pongano al di fuori della sfera della parte svantaggiata, la quale non deve essersi assunta il rischio del loro verificarsi.

L'articolo 6.2.3. rubricato «Effetti dell'*hardship*» sancisce che in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere, senza giustificato ritardo e indicando i motivi su cui si fonda, la rinegoziazione del contratto. Si precisa che la richiesta non dà diritto alla parte svantaggiata di sospendere l'esecuzione.

Se le parti non raggiungono l'accordo in tempo ragionevole, ciascuna di esse può rivolgersi al giudice.

¹⁶⁵ Cfr. *amplius*: M. J. BONELL, *I Principi Unidroit nella pratica, casistica e bibliografia riguardanti i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, p. 188 ss.

Il testo dei Principi attribuisce al Giudice la possibilità di esercitare in via alternativa una delle seguenti facoltà. Accertata l'esistenza di un'ipotesi di *hardship* il giudice può, ove possibile, risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire. Oppure modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Le proposte dei testi dei Principi Lando, dei Principi *Unidroit* e del DCFR invitano a riflettere sulla possibilità di affermare un principio comune che metta in discussione l'assunto radicato in alcuni ordinamenti nazionali, secondo cui il contratto è un affare così privato da precludere al giudice qualsiasi intervento correttivo, a meno che il legislatore non preveda e disciplini in via eccezionale questo potere¹⁶⁶.

Il rilievo delle disposizioni espresse nei testi citati è tanto più interessante quanto più si consideri che le regole che si sono sopra indicate costituiscono il «condensato di un'attenta e corretta elaborazione in sede teorica dei rimedi più appropriati per la soluzione dei problemi di gestione del rapporto contrattuale che si protrae nel tempo»¹⁶⁷, come si può evincere dalle norme introdotte nei codici europei di cui si cercherà brevemente di dare atto nel paragrafo che segue.

Il modello tedesco

Dubbi sulla possibilità di adeguare il contratto alle sopravvenienze sono emersi in Germania, in cui si trova il più approfondito studio della pandettistica sull'obbligo di rinegoziazione. Sul punto un ruolo fondamentale lo ha svolto il § 242 BGB che disciplina l'obbligo di eseguire il contratto in buona fede. La norma è servita per gettare le fondamenta del successivo sviluppo della teoria della presupposizione.

In Germania a partire dall'applicazione del principio di esecuzione della prestazione secondo buona fede (§ 242 BGB) è maturata la teoria della presupposizione (*Voraussetzung*), elaborata da Windscheid, riconducibile al concetto pandettistico della «condizione non sviluppata»¹⁶⁸.

In occasione della riforma del BGB del 2002 (si tratta della *Schuldrechtsmodernisierung*), si è attribuito rilievo al c.d. «fondamento negoziale» nel senso di base su cui le parti si sono proposte di contrattare (*Geschäftsgrundlage*), dalla cui modifica dovrebbe necessariamente discendere un mutamento sugli effetti del contratto¹⁶⁹. Purché il mutamento delle circostanze sia a tal punto significativo (*Schwerwiegend*), che le parti, se lo avessero previsto non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero

¹⁶⁶ Per queste considerazioni cfr.: F. MACARIO, *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 185.

¹⁶⁷ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit., p. 727. L'A. ricorda che al tema è stata dedicata una significativa attenzione anche in testi di natura non legislativa. Si consideri che a tal fine già dal 1978 presso la Camera di commercio internazionale è stato istituito un Comitato permanente per la regolarizzazione delle relazioni contrattuali con il compito di nominare, su richiesta delle parti, una o tre persone cui affidare la revisione del contratto. A ciò si aggiunga il progetto di un codice di condotta delle società transnazionali presentato da parte del Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite nel 1990 in sede di sviluppo e cooperazione economica transnazionale in cui è previsto il «*réexamen et renégotiation des contrats et accords*» (Cfr. *Nations Unies, Conseil économique et social*. E/1990/94, 12 juin 1990, *Texte propose pour le projet de code de conduite des sociétés transnationales*).

¹⁶⁸ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 102.

¹⁶⁹ A. DI MAJO, *op. loc. cit.*

concluso a condizioni diverse¹⁷⁰. Con «un'attività creativa di diritto vivente che può senz'altro definirsi senza precedenti e assai difficilmente paragonabile ad altre esperienze giurisprudenziali in materia civilistica», si è affermato il principio dell'adeguamento giudiziale del contratto (*Vertragsanpassung*) alle mutate circostanze e le conseguenti riflessioni tra principio dell'adeguamento e sentenza costitutiva di nuovi obblighi contrattuali (*Gestaltungsurteil*)¹⁷¹.

La regola sull'adattamento del contratto (c.d. *Vertragsanpassung*) già conosciuta nella giurisprudenza e nella dottrina è stata generalizzata con una norma, il § 313, inserita nella disciplina generale del contratto, attraverso il richiamo ai concetti di imprevedibilità della modificazione e di inesigibilità della prestazione pattuita¹⁷².

La tutela concessa dal § 313 conferisce alla parte svantaggiata il diritto di ottenere l'adeguamento giudiziale, mentre la cessazione del vincolo contrattuale è subordinata alla impossibilità dell'adeguamento o alla inesigibilità della prestazione, avuto riguardo all'interesse della controparte.

L'adeguamento si rende necessario poiché, in base alla clausola generale della buona fede, non si può pretendere che il contraente svantaggiato rimanga vincolato alla prestazione nei termini originari. La buona fede viene configurata non nel significato tradizionale di fondamento normativo del rilievo delle sopravvenienze, ma «quale criterio di governo della «esigibilità» e/o inesigibilità di una prestazione a condizioni mutate»¹⁷³.

La nuova disposizione sancisce, infatti, che le parti possono adeguare il contratto qualora le circostanze poste a fondamento del medesimo si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto a condizioni diverse se le avessero conosciute. L'adeguamento è possibile se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e della ripartizione contrattuale o legale dei rischi, si verifica un mutamento imprevedibile tale per cui non sarebbe ragionevole «imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato»¹⁷⁴.

Mentre si ritiene ormai riconosciuta la possibilità di ammettere l'adeguamento coattivo ad opera del giudice. Il che costituisce un incentivo per le parti di definire le condizioni contrattuali al posto del giudice¹⁷⁵.

¹⁷⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 107. L'A. precisa che la dottrina del «fondamento negoziale» distingue l'ipotesi in cui si verifica una mutazione delle circostanze successivo al contratto, da quella in cui venga falsamente rappresentato un elemento ritenuto a fondamento del contratto.

¹⁷¹ F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale*, cit., che sul punto richiama HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *A cP* 181 (1981), p. 256. L. A. osserva che proprio ad Horn deve essere attribuito il merito di aver suscitato un acceso dibattito nella dottrina tedesca sui risvolti giuridici dell'obbligo di rinegoziare e in generale sulla disciplina dell'adeguamento dei contratti a lungo termine.

¹⁷² F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit., p. 720. Lo scioglimento del contratto, rileva invece l'Autore, è subordinato alla impossibilità o inesigibilità dell'adeguamento avuto riguardo all'interesse di controparte.

¹⁷³ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 107.

¹⁷⁴ Sul punto cfr.: P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, cit., pp. 539 ss.

¹⁷⁵ Sul punto si veda ancora: F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit., p. 726 ed *ivi* le posizioni contrapposte della dottrina tra cui: HORN, *Neuverhandlungspflicht* in *AcP*, 181, 1981, e in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 158, 1994, 425; H. EIDENMULLER, *Neuverhandlungspflichten, beim Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, 1063 ed in

In ogni caso nel dibattito dottrinario si fronteggiano posizioni diverse sull'esistenza nell'ordinamento tedesco di un obbligo di rinegoziazione.

Il modello francese e olandese

Aperture verso la rinegoziazione delle condizioni di contratto sono emerse nell'ordinamento francese, sia in giurisprudenza che nella c.d. dottrina della «*imprévision*»¹⁷⁶, grazie alla quale si è attribuito rilievo al mutamento di circostanze significative. Si è, così, riconosciuto un obbligo di rinegoziare le condizioni di contratto stipulato tra imprese, imponendo ai contraenti di rispettare la regola di buona fede in ipotesi di sopravvenienze o squilibri che intervengano durante il rapporto¹⁷⁷.

All'interno di una tradizione francese diffidente verso qualsiasi forma di tutela contrattuale predisposta contro il verificarsi delle sopravvenienze e tradizionalmente chiusa verso sistemi diversi da quelli fondati sul principio del *pacta sunt servanda*¹⁷⁸, la Cassazione, negli anni Sessanta, ha imposto alle parti di rinegoziare il contratto sotto il vigilante controllo di un «*observateur*». Ritenendo che la clausola di indicizzazione, nel caso di specie, fosse stata neutralizzata dalle sopravvenienze riconducibili ai conflitti consumatisi in Medio Oriente negli anni Settanta del Novecento¹⁷⁹.

In linea con questa apertura, di recente la Cassazione francese ha affermato l'esigenza di valutare, alla luce della clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, il recesso causato da sopravvenuti squilibri di natura finanziaria, qualora sia esercitato in maniera unilaterale ed improvvisa¹⁸⁰.

Nel sistema francese permangono, tuttavia, forti rigidità dovute al fatto che i giudici considerano la liberazione o la modificazione degli obblighi come evento ecce-

Jura, 2001, 829. Dopo la riforma PALNDT/HEINRICHES, in *BGB*, commento al § 313, 63 ed., Beck, 2004, n. 29; VON HASE, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2278 ss. In senso contrario MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichtigen-Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung*, in *AcP* 198, 1998 e dopo la riforma HEY, in *Festschrift Canaris*, 2002, 21, 39; ROTH, in *BGB Münchener Kommentar*, § 313, n. 93; RÖSLER, in *ZgesSchuldr.*, 2003, 383, p. 388.

¹⁷⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 102.

¹⁷⁷ F. MACARIO, *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 184. L'art. 6.2.3, come descritto, prevede che «in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto richiedere la rinegoziazione del contratto».

L'A. sottolinea anche l'approccio della dottrina e giurisprudenza statunitense che in sede contenziosa hanno offerto in materia soluzioni innovative.

¹⁷⁸ La dottrina più lungimirante in Francia aveva già indicato negli anni Sessanta le diverse alternative da adottare per ammettere la revisione del contratto ad esecuzione differita. In particolare si è rilevato che proprio in base all'«*esprit d'association*» che caratterizza le parti del contratto si può argomentare che non è assurdo sostenere che entrambe le parti devono cooperare per vincere la crisi che sopravvenga durante l'esecuzione del contratto. Così: J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Thémis – Presses Univ. France, 1963, p. 253 ss.

¹⁷⁹ Cfr. C.d.A. di Parigi 28 settembre 1976 in *Juris – Classeur Périodique (Semaine Juridique)* 1978, II, p. 18810 con nota di ROBERT.

¹⁸⁰ Cass. civ. Ire, 16.03.2004, in *Petites affiches*, 28.06.2004 n. 128, p. 18 con osservazioni di Gavoty e Edwards, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*, in *Revue Lamy Droit civil*, 2004, n. 6, p. 5, con nota di HOUTCIEFF, *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances. Quand la première Chambre civile manie l'art. de la litote*, in *Dalloz*, 2004, n. 25, p. 1754 con nota di MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de rénégotier*.

zionale, «con l'unico limite della *force majeure*»¹⁸¹. Ciò in difformità all'indirizzo elaborato dal Supremo Tribunale Amministrativo francese, il *Conseil d'Etat*, il quale, soprattutto per il settore dei contratti pubblici, ne ha ammesso la modifica, argomentando sul principio dell'interesse pubblico alla conservazione dei contratti, ritenuti essenziali per lo svolgimento della vita quotidiana.

Segnali interessanti provengono anche dal codice civile olandese del 1992, ove l'art. 258 BW del libro IV ha introdotto delle disposizioni che sanciscono la facoltà del giudice di modificare gli effetti del contratto o di pronunciare la risoluzione anche con effetto retroattivo come conseguenza del verificarsi di circostanze imprevedute che rendono inesigibile per un contraente in buona fede la prestazione che costituisce l'oggetto del contratto¹⁸².

Breve panoramica sulla giurisprudenza di oltre oceano

Voltando lo sguardo al panorama di oltre oceano, in giurisprudenza, tra le sentenze decisamente aperte al rimedio della rinegoziazione si ricorda la c.d. pronuncia «Alcoa»¹⁸³. Il caso sottoposto alla Corte statunitense prende le mosse dall'improvviso innalzamento, dovuto alla crisi petrolifera meridionale, del costo della prestazione di Alcoa obbligata a trasformare la materia prima costituita dall'alluminio in alluminio fuso, per poi rifornirla a Essex.

Si tratta di un contratto a lungo termine della durata di sedici anni.

Il prezzo della fornitura dovuto ad *Alcoa* veniva calcolato applicando una formula costituita da elementi variabili in base ad indici determinati. Seguirono alcuni eventi. La politica dell'Opec, i costi impreveduti dei controlli pubblici sull'inquinamento sul costo di produzione, dovuti in gran parte all'aumento del prezzo dell'energia, l'aumento più che proporzionale del prezzo di mercato dell'alluminio rispetto ai costi di produzione. Tutto ciò determinò un superamento del margine di copertura che comunque veniva garantito ad *Alcoa* dalla clausola indice, con un consequenziale aumento del margine di profitto di *Essex*.

Il caso presenta un particolare rilievo in quanto viene considerato da una prospettiva di tipo metodologico punto di riferimento ai fini di una lettura dei precedenti della Corte Suprema¹⁸⁴. Con questa pronuncia la Corte ha obbligato le parti a rinego-

¹⁸¹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 102. L'A. sottolinea come la dottrina della *imprévision* si sia cercato di estendere il concetto di *force majeure* anche al concetto di «mera difficoltà» oppure di limitare il risarcimento dei danni prevedibili attraverso l'art. 1150 c.c. che consente di risarcire i soli danni revedibili.

¹⁸² Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, cit., p. 725 ed *ivi* la bibliografia citata: HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, quaderni dell'Istituto di diritto comparato, Roma, 1992; ID., *Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 191 (1991), 396, spec. 405.

¹⁸³ *Alluminium Co. of America v. Essex Group*, in 499 *Fed. Suppl.* p. 53 (W.D.Pa. 1980) tradotto in italiano in *Foro it.*, 1981, IV, c. 363.

¹⁸⁴ Cass. civ. Ire, 16.03.2004, in *Petites affiches*, 28.06.2004 n. 128, p. 18 con osservazioni di Gavoty e Edwards, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*; in *Revue Lamy Droit civil*, 2004, n. 6, p. 5, con nota di HOUTCIEFF, *l'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances. Quand la première Chambre civile manie l'art. de la litote...*; in *Dalloz*, 2004, n. 25, p. 1754

ziare le condizioni contrattuali, ed a raggiungere un accordo modificativo che consentisse di riequilibrare il rapporto fra le prestazioni. Secondo la Corte l'adeguamento giudiziale deve considerarsi peggiore rispetto a quello cui possono pervenire le parti attraverso una negoziazione libera. Sicché l'adeguamento giudiziale del contratto deve considerarsi subordinato al mancato raggiungimento dell'esito auspicato con lo strumento della negoziazione rimessa alle parti.

D'altra parte, secondo la Corte, il caso di specie, a differenza di altri sottoposti all'attenzione delle Corti di oltre oceano, presentava aspetti peculiari sotto il profilo della gravità del danno subito dalla parte svantaggiata. E se si fosse pervenuti ad una diversa soluzione si sarebbe incorsi nel rischio che le parti, nella stipula di contratti a lungo termine, avrebbero stipulato clausole sempre più elaborate e sofisticate.

La vicenda si inserisce all'interno dell'evoluzione della giurisprudenza statunitense che sulla scia della teoria della *impracticability* ha sviluppato la dottrina della *frustration of contract*.

La c.d. *frustration* ha come presupposto la modifica radicale della prestazione contrattuale a seguito del verificarsi di circostanze sopravvenute che provocano una incongruità rispetto alla controprestazione pattuita¹⁸⁵. L'iter concettuale che ha condotto ad accogliere il concetto di *frustration* si è sviluppato a seguito del *leading case* «*Taylor versus Caldwell*» (1863). Con questa pronuncia si è affermato il principio secondo cui una parte non può più essere considerata vincolata alla sua promessa se l'inadempimento presuppone l'esistenza di un bene e questo sia perito per caso fortuito prima del termine per l'adempimento¹⁸⁶.

Il concetto di *impracticability* e l'idea di inesigibilità al medesimo collegata, si sono sviluppati in seno alla Corti statunitensi anche grazie all'approccio di tipo casistico adottato dalla giurisprudenza. I fatti da cui l'evoluzione di questi concetti ha preso le mosse sono da ricondurre alla crisi mediorientale sviluppatasi negli anni Settanta, che ha posto all'attenzione di pratici e studiosi la questione dell'allocazione del rischio contrattuale nei contratti di durata, fossero questi provvisti o meno di meccanismi di adeguamento.

La giurisprudenza, tuttavia, restando fedele ora al tradizionale principio del *pacta sunt servanda*, ora eccependo la mancanza di prevedibilità dei fatti collegati alla crisi petrolifera, ha negato il riconoscimento del principio dell'*impracticability* e la conse-

con nota di D. MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de rénegotier*. Per il rilievo metodologico della sentenza cfr.: J. GHESTIN, *L'interprétation d'un arrêt de la Court de cassation*, in *Dalloz*, 2004, n. 31, p. 2239.

¹⁸⁵ Sul punto si veda ancora: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 244 ed *ivi* la citazione di CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 389 ss. per una ricostruzione della dottrina e la giurisprudenza inglese sulla teoria della «*frustration*».

¹⁸⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 103 ss. L'A. rileva come il principio espresso nel *leading case* è stato esteso in altre direzioni. Nel caso *Krell v. Henry* del 1903 si è affermata l'inesigibilità del canone per la locazione del posto per osservare la sfilata organizzata per l'incoronazione di Edoardo VII, a seguito della cancellazione della parata. Nel medesimo anno, in un caso analogo (*Herne Bay Steamboat v. Hutton*), in cui le parti non avevano indicato lo scopo del contratto, consistente nell'assistere al corteo dell'incoronazione, il Tribunale decise di non intervenire, sul presupposto che lo scopo del contratto, tenuto presente dalle parti al momento della stipulazione, integrava un motivo unilaterale e non un fondamento del medesimo. Sebbene la parata della flotta di Edoardo VII non avesse avuto luogo, il locatario, impresa che per l'intero anno affittava le navi per scopi diversi, avrebbe comunque potuto intraprendere la crociera e mostrare la flotta ai propri passeggeri.

guente preclusione per le parti sia della possibilità di eccepire la prestazione originaria sia di pretendere il successivo aggiustamento del rapporto.

La sentenza *Alcoa* si è posta, dunque, come un importante punto di svolta all'interno del panorama d'oltre oceano brevemente tratteggiato. E anche se le sentenze successive non sono state in grado di proseguire sulla linea inaugurata dalla Suprema Corte, la pronuncia si è posta in dottrina alla base del successivo dibattito da cui sono scaturite opinioni divergenti che hanno richiamato a fondamento delle loro teorie ora il principio dell'assoluto rispetto dei patti contrattuali ora il «*new spirit of contract*» e il principio della relatività del vincolo rapportato alle condizioni esistenti al momento della conclusione del contratto.

L'esperienza inglese: la categoria della «inequality of bargaining power»

Attenzione particolare merita l'ordinamento inglese.

Spesso si è portati ad enfatizzare l'importanza che riveste la libertà di contratto nell'ordinamento anglosassone, il quale, si ritiene, pone alla propria base l'idea che i contraenti siano i migliori artefici dei loro interessi e tuttavia conosce eccezioni a tale regola, laddove la contrattazione sia caratterizzata da situazioni particolari che ingenerano approfittamento nella controparte, e che determinano un assetto di interessi fortemente squilibrato. Un esame più approfondito dei casi giurisprudenziali testimonia una predisposizione dei giudici al controllo del negozio, tanto che si è sviluppato un intenso dibattito sulla disparità di potere contrattuale, come formula in grado di riassumere «sotto un comune denominatore tutte le situazioni in cui sia possibile intervenire giudizialmente contro l'iniquità dello scambio»¹⁸⁷.

Il dibattito si è concentrato sulla possibilità di ricondurre alla *doctrine* della *inequality of bargaining power*, tutte le situazioni in cui ricorre lo sfruttamento di una situazione di vantaggio e l'imposizione di condizioni contrattuali inique. Il *leading case* in materia è rappresentato da *Lloyds Bank LTD. V. Bundy* (1975). Il caso, relativo ad una situazione di *fiduciary relationship* tra la banca ed un anziano cliente, è particolarmente significativo per l'opinione in esso espressa da Lord Denning, secondo il quale esisterebbe nel diritto contrattuale inglese un vero e proprio principio generale in grado di accogliere sotto l'unica *doctrine* della *inequality of bargaining power*, tutti i casi nei quali, per tutelare la parte debole del rapporto, è ammesso il sindacato sul contenuto del contratto. Lord Denning enuclea, pertanto, alcune situazioni, quali, *duress of good, unconscionable transactions, undue influence, undue pressure, salvage agreement*, che derogano alla regola secondo cui il diritto inglese non si interessa di *substantive fairness*.

Tale principio è stato però escluso dai commentatori, perché troppo generico e privo della individuazione dei limiti entro i quali sarebbe consentito al giudice di esercitare il potere correttivo. La disparità di potere contrattuale, da sola, non è stata dunque ritenuta una ragione sufficiente per poter attribuire rilevanza alla iniquità dello scambio, giungendo, così, ad esiti non diversi da quelli apprezzati nel nostro sistema giuridico.

¹⁸⁷ M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 26 ss., cui si rinvia per un'ampia riflessione sul tema e alla quale si farà costante riferimento in questo par.

Gli interventi giurisprudenziali più significativi in tema di abuso della libertà contrattuale, si trovano con riferimento all'area della imparzialità procedurale (*procedural fairness*), conseguenza del fatto che l'ordinamento inglese non distingue le problematiche relative al consenso viziato da quelle relative al contratto imposto in virtù del potere economico detenuto da una parte¹⁸⁸. Nel sistema inglese manca, infatti, una rigida teorizzazione unitaria dei vizi del consenso, così come quella che caratterizza il nostro ordinamento. È invece possibile distinguere rimedi di *common law* e di *equity*. Nell'ambito dei secondi troviamo il rimedio della *undue influence*. Nell'ambito dei primi le cause di invalidità del diritto inglese sono l'errore (*mistake*), l'inganno cagionato all'altro contraente in buona fede (*innocent misrepresentation*) o per colpa (*negligent misrepresentation*) ed la *duress* (violenza). Quest'ultimo rimedio, strettamente inteso in origine, come minaccia alla persona dell'altro contraente concernente la vita, la salute o la libertà è stato poi esteso anche ai beni (*duress to property*). L'ambito di applicazione del rimedio è stato poi ulteriormente ampliato fino a farvi rientrare situazioni di difficoltà, di cui la controparte del rapporto approfitti per trarne un vantaggio iniquo e che potrebbero avvicinarsi allo «stato di pericolo» previsto dal nostro ordinamento.

Si presenta inoltre significativo ai nostri fini, il concetto di *economic duress* sviluppatosi in materia di violenza, che riguarda situazioni in cui la minaccia «assume i toni del rischio di conseguenze economiche disastrose». Tale concetto ha fatto proliferare la casistica, arricchitasi al punto da contemplare sia ipotesi di *threat to lawful act*, materia assimilabile alla nostra «minaccia di far valere un diritto», ma soprattutto, la c.d. *threat to breach a contract*, che si verifica nelle ipotesi in cui uno dei contraenti, nella fase di esecuzione del contratto, tiene un comportamento, «in virtù del quale minaccia di interrompere il rapporto esistente per ottenere qualche vantaggio ulteriore e diverso da quello originariamente pattuito (e dunque impone una rinegoziazione)»¹⁸⁹.

La casistica¹⁹⁰ conferma che nell'ordinamento inglese vi sono aperture che assegnano ai rimedi una funzione più generale, di intervento a tutela della parte del rapporto che ha subito sopraffazioni ed abusi ad opera della controparte, che detiene un potere contrattuale più forte. Da essa si trae che i giudici hanno accordato tutela alla parte debole del rapporto in fattispecie riconducibili al divieto di abuso di dipendenza economica disciplinato nel nostro ordinamento, che può concretizzarsi

¹⁸⁸ Cfr. ancora M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 32 ss.

¹⁸⁹ Anche per questo aspetto si veda ancora M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 38 ss.

¹⁹⁰ Per la quale si veda M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 38 ss.: *Carillon Construction Ltd v. Felix (UK) Ltd* (2001) BLR 1, in cui un subappaltatore invocando il rimedio della *economic duress* ha ottenuto la restituzione di quanto aveva versato a seguito alla minaccia del subappaltante di non proseguire più la sua opera. *Atlas Exress Ltd v. Kafco Ltd* (1989) 1, QB 833, in cui si è affermato che il consenso di una parte (nel caso di specie una piccola impresa di distribuzione) è viziato da *economic duress*, laddove la stessa abbia accettato di rinegoziare in modo a lei sfavorevole le condizioni contrattuali, come conseguenza della minaccia di controparte di interrompere il rapporto.

nell'accettazione di un contratto squilibrato da parte di colui che è impossibilitato a reperire alternative soddisfacenti nel tempo intimato dalla controparte, che l'ha minacciato di porre fine al rapporto in ipotesi di mancata adesione alle modifiche dell'accordo. Le Corti inglesi non hanno infatti esitato a definire «apparente» il consenso della parte obbligata a rinegoziare in modo a lei sfavorevole i termini del contratto per evitare conseguenze ancor più pregiudizievoli, senza dare rilevanza alla qualificazione del contraente, non ritenendo cioè, che la presenza di un imprenditore, anziché di un consumatore, dovesse inibire l'intervento del giudice per il timore di ostacolare il libero scambio.

Un altro rimedio di cui si dà conto è quello dell'*undue influence*, emersa in seno all'*equity* per sopperire a quelle ipotesi di abuso negoziale non riconducibili al rimedio della *duress*. Nell'ordinamento di *common law* si ritiene possibile invocare la *undue influence* tutte le volte in cui la parte «debole» del rapporto «si sia determinata a manifestare il proprio consenso per effetto della pressione psicologica subita, e abbia ottenuto un risultato pregiudizievole dei propri interessi»¹⁹¹. La *undue influence* viene definita dalla giurisprudenza dando rilievo, da un lato, alla situazione psicologica in cui si trova il soggetto che manifesta la volontà e dall'altro, all'approffittamento di tale situazione di debolezza e soggezione di una delle parti del rapporto che aderisce al contratto, ma il cui consenso non è libero, perché esposto all'influenza della controparte che lo ha privato della libertà di giudizio. Quando si ritiene integrata un'ipotesi di *undue influence*, l'*equity* concede il rimedio dell'annullamento. Si tratta di un rimedio *plaintiff-sided*, ovvero «il convenuto per difendersi deve dimostrare che non vi è stata "dipendenza", cioè che la parte non ha subito il condizionamento derivante dall'esistenza di quel particolare rapporto, ma che ha prestato il proprio consenso in modo emancipato»¹⁹². Con la conseguenza che la *undue influence* viene presunta, a meno che non si dia la prova liberatoria dell'*independent advice*¹⁹³.

¹⁹¹ M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 56. Ai fini dell'operatività del rimedio la giurisprudenza esige il requisito del manifesto svantaggio, richiedendo che il comportamento scorretto cagioni un danno alla controparte.

¹⁹² Cfr. ancora M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 61.

¹⁹³ I giudici inglesi hanno distinto le ipotesi in cui la indebita influenza è stata effettivamente esercitata (*actual or expressed undue influence*), della quale si dovrà fornire in giudizio la prova, da quelle in cui, invece, la relazione tra le parti è tale da farne presumere l'esistenza (*presumed undue influence*). In questi ultimi casi non sarà necessario provare che è stata esercitata una indebita influenza. Una volta che si sia provata l'esistenza del rapporto di fiducia esistente tra le parti, passa sul convenuto l'onere di provare che l'attore è entrato liberamente nella transazione impugnata, per esempio, dimostrando che lo stesso si era determinato in modo indipendente. In effetti, la casistica ha riguardato maggiormente proprio le ipotesi in cui la *undue influence* doveva considerarsi presunta, avendo ad oggetto i rapporti di natura affettiva, con particolare riguardo alle relazioni tra coniugi e alla garanzia prestata dalla moglie per venire incontro alle difficoltà finanziarie del marito. L'analisi svolta dalle Corti si è spinta anche oltre, poiché ci si è posti il problema di contemperare le conseguenze che derivano dal ricorso al rimedio dell'*undue influence*, ovvero l'annullamento degli effetti, con le esigenze di tutelare l'affidamento nella validità dell'atto riposto dal terzo beneficiario, estraneo al rapporto di *trust* e *confidence*. La soluzione prospettata dalle Corti è che l'impegno può essere annullato «se il terzo beneficiario abbia avuto effettiva conoscenza (*actual notice*) o avrebbe dovuto avere conoscenza (*constructive notice*) del rapporto di fiducia preesistente». È sufficiente che l'obbligazione di un cliente sia garantita da un soggetto che non ha alcun interesse diretto nell'operazione, perché il creditore sia «*put on inquiry*». In questi casi, al fine di eliminare ogni dubbio sull'esistenza di un consenso viziato da indebita influenza, la banca deve adottare «*reasonable steps*»: «il creditore deve mettere al corrente la moglie dei rischi che corre e spronarla a formare un proprio convin-

Così ricostruito, il rimedio in esame ha una portata generale, è in grado di abbracciare ipotesi che non ricevono tutela nel nostro ordinamento, imperniato sulle norme dedicate alle incapacità speciali di stretta interpretazione, su tassative ed espresse ipotesi di vizio del consenso, su un rimedio, quello della rescissione, da sempre considerato norma eccezionale.

Diversi autori, inoltre, hanno rilevato come il diritto inglese abbia elaborato una serie di regole attraverso cui far fronte a problemi delicati, risolti negli ordinamenti di *civil law* mediante il ricorso all'abuso del diritto e soprattutto al concetto di buona fede, su cui, peraltro, la dottrina inglese ha sviluppato, negli ultimi anni, un ampio dibattito, specialmente a seguito degli influssi di alcuni atti normativi del diritto comunitario¹⁹⁴ e della discussione apertasi tra gli studiosi quanto alla possibilità di ricostruire uno *ius commune* europeo. La rottura con l'approccio tradizionale, che ha prodotto un eco straordinario in tutto il panorama europeo, si è avuta con il noto caso «*Courage*». In occasione del quale l'*High Court* e la *Court of Appeal* in Inghilterra¹⁹⁵, dando attuazione a quanto affermato dalla Corte di Giustizia innanzi alla quale era stato sollevato rinvio pregiudiziale¹⁹⁶, hanno introdotto una breccia nel brocardo «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» del diritto inglese¹⁹⁷, secondo cui un

cimento sulla base di un parere indipendente». Il rimedio dell'*undue influence* sembra che non richieda, ai fini della sua esperibilità, la necessità di rilevare la mala fede o l'approfittamento della controparte (M. Meli, *op. cit.*, p. 50ss).

La *common law* conosce anche la figura della *unconscionability*, rimedio improntato sulla *substantive unfairness* e sull'approfittamento dell'altrui posizione contrattuale, che presenta particolari affinità con quello della *undue influence*, di cui condivide non soltanto particolari analogie dal punto di vista degli elementi che la caratterizzano, ma anche la tecnica dell'inversione dell'onere della prova, quasi a significare che l'esigenza di tutela che si mostra sul piano sostanziale trovi correlativamente sul piano processuale un suo corollario, che ne assicuri una esplicazione più piena ed effettiva. Gli elementi in presenza dei quali può azionarsi il rimedio sono tre: «una parte deve trovarsi in una situazione di serio svantaggio rispetto all'altra; quest'ultima deve aver approfittato della situazione; il contenuto della contrattazione deve essere manifestamente iniquo» (cfr. *amplius* M. MELI, *op. cit.*, p. 68).

¹⁹⁴ Si pensi, in vi esemplificativa, alla direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, recepita mediante le *Unfair Terms in Contracts Regulations*, adottate nel 1994 - *Statutory Instruments* 1994 No. 3159- e nel 1999 sostituite da una nuova regolamentazione, la *Statutory Instruments* 1999 No. 2083.

¹⁹⁵ *High Court*, 26 giugno 2003 e *Court of Appeal*, 21 maggio 2004.

¹⁹⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee 20 settembre 2001, n. causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, pt. 4, c. 75 con note di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni»*, in *Foro it.*, 2002, c. 76 ss.; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, c. 84 ss.; G. ROSSI, «*Take Courage!* La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust», in *Foro it.*, 2002, c. 90 ss.

¹⁹⁷ Nel nostro sistema, il principio *in pari causa turpitudinis* è norma codificata nell'art. 2035 c.c., collocata nel titolo «*Del pagamento dell'illecito*», norma che dispone che: «chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato» e la prestazione eseguita in adempimento di un contratto illegale rientra nella previsione dell'art. 2033, sull'indebito oggettivo. L'interpretazione di questo articolo si deve integrare con la lettura che di esso ha dato la sentenza n. 985 della Corte di Cassazione del 29 aprile 1961 (che si può leggere in *Foro it.*, 1962, I, c. 765) la quale specifica che la premessa metagiuridica per applicare l'art. 2035 è data «da una violazione intrinsecamente di pari gravità dei precetti etici da parte di entrambi i contraenti». Il presupposto della violazione di pari gravità mancherebbe allorché «l'uno dei contraenti (*l'accipiens*) abbia stipulato da una posizione di libera determinazione, e psicologicamente ed economicamente dominante, mentre la volon-

contratto «oggettivamente» illecito per *statutory illegality*, oltre a non essere *enforceable*, non può fondare alcuna pretesa restitutoria, né risarcitoria, in tutti i casi in cui il contraente che domanda la ripetizione di quanto prestato, o il risarcimento danni, versi in *pari delicto*. Secondo questa impostazione, salvo rigide eccezioni, la corresponsabilità nell'illecito deriverebbe proprio dal fatto di assumere la mera qualità di parte all'interno di un tale contratto¹⁹⁸. La *Court of Appeal* e l' *High Court* hanno accolto l'interpretazione della Corte di Giustizia, che afferma l'incompatibilità con il diritto comunitario della *in pari delicto doctrine*, nella misura in cui impedisce ad un contraente di chiedere il risarcimento dei danni derivatigli dall'intesa illecita, per il solo fatto di esservi stato parte. Infatti «Il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza».

Con questi arresti, la Corte di Giustizia ed i giudici inglesi hanno espressamente riconosciuto la possibilità di cumulare il rimedio risarcitorio e quello invalidante tracciando un percorso che costituisce un segnale tangibile verso una «prospettiva evolutiva dei rimedi invalidanti nell'ordinamento interno e comunitario»¹⁹⁹.

3.3.3 L'abuso del diritto

La vicenda affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza sopra citata pone l'attenzione dell'interprete sul problema dell'abuso della libertà contrattuale, concetto che evoca il più ampio tema dell'abuso del diritto.

L'abuso del diritto ha attraversato con fasi alterne il palcoscenico giuridico italiano, tanto da assumere le sembianze, come si è ben detto con una suggestiva immagine, di «un'araba fenice»²⁰⁰. L'abuso del diritto viene individuato nel comportamento di un soggetto che esercita i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati. Riflette la sensazione che il formalistico rispetto del diritto o la sua applicazione, portata alle estreme conseguenze, possano allontanare dalla giustizia sostanziale del caso concreto, e-

tà dell'altro (del *solvens*) risulti coartata dalla pressione morale che la controparte abbia saputo svolgere nei suoi confronti sfruttando e valorizzando ai propri fini situazioni e difficoltà di pericolo economico e simili, sia pure dalla controparte stessa non create né volute...la norma dell'art. 2035...trova la sua premessa metagiuridica in una violazione intrinsecamente di pari gravità dei precetti etici da parte di entrambi i contraenti; il che certamente si verifica quando entrambi hanno liberamente voluto il negozio quale strumento o mezzo al fine del vietato mutamento della situazione giuridica». Come si può constatare, l'interpretazione che la Suprema Corte richiama l'attenzione sull'opportunità di non fermarsi alla constatazione della presenza di un'intesa formale, esprimendo, invece, la necessità di analizzare quelle che sono le posizioni sostanziali che le parti rivestono reciprocamente all'interno del rapporto, per sviscerare la presenza di un potere di mercato unilaterale, celato dai consensi solo apparentemente frutto di un eguale anelito volitivo.

¹⁹⁸ G. ROSSI, «Take Courage!» *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2002, c. 90.

¹⁹⁹ G. VETTORI, *L'Abuso del diritto - Distingue frequenter*, in *Obb. e contr.*, n. 3, 2010.

²⁰⁰ Così: G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, p. 76.

spresa dalla tesi del brocardo ciceroniano «*summum ius, summa iniura*»²⁰¹. Per questo la dottrina dell'abuso del diritto, cui è possibile dedicare solo qualche cenno in questa sede, può essere descritta come la storia dei tentativi di reagire e di superare la «progressiva disumanizzazione del rapporto giuridico, annunciata già dalla definizione del diritto come libertà di agire con effetto sull'altrui sfera giuridica e del rapporto giuridico come misura astratta di potere e di dovere»²⁰².

Un primo tentativo di recepire nel diritto scritto, la teoria dell'abuso del diritto, sia pure con riferimento al divieto di atti emulativi, si è avuto in Germania, il cui modello ha esercitato una considerevole influenza sull'ordinamento giuridico di altri Stati europei. Il BGB, ha, infatti, sancito al par. 226, che è inammissibile esercitare un diritto, quando questo è preordinato al solo scopo di nuocere ad altri. Nonostante la scarsa applicazione della norma, la giurisprudenza tedesca ha sviluppato un forte controllo sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, facendo leva su diversi tipi di norme contenute nel codice civile tedesco, quali il par. 826, che prevede l'obbligo di risarcire il danno causato dolosamente in modo contrario ai buoni costumi, ma soprattutto l'obbligo di buona fede, nel senso di «standard di condotta, al quale rapportare il comportamento del soggetto». Il materiale giudiziario è stato razionalizzato dalla dottrina, che ha provveduto all'elaborazione di una vera e propria casistica. Tra le ipotesi più significative si segnala il divieto di *venire contra factum proprium*, locuzione a cui sono state ricondotte una pluralità di fattispecie che spaziano dall'esercizio di un diritto, quando ciò risulti in contraddizione con un comportamento precedentemente tenuto dal titolare, alla rivendica di un diritto, quando ciò abbia già determinato un affidamento nella controparte, a causa dell'inerzia del titolare, che ha lasciato trascorrere un determinato periodo di tempo senza compiere alcun atto di esercizio, nonostante non sia trascorso il termine di prescrizione. Dalla rivendica di un diritto acquisito in modo disonesto al richiamo a vizi di forma in circostanze in cui ne deriverebbero conseguenze eccessive o all'esercitare un diritto senza prendere in considerazione gli interessi ragionevoli della controparte. Il pregio di

²⁰¹ Cfr. F. GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Le obbligazioni e i contratti*, Diritto civile e commerciale, Padova, 2004, pp. 640 ss.

²⁰² P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 129. A loro volta queste definizioni sono legate ai due principi istituzionali della società liberale e del positivismo giuridico: l'uguaglianza formale innanzi alla legge, da un lato, e l'esclusività dell'ordinamento statale e delle valutazioni di legittimità e illegittimità che lo stesso esprime, dall'altro. Non a caso, infatti, il problema dell'abuso nasce nella società liberale, proprio con riguardo a talune forme di esercizio delle libertà individuali e delle libertà corporative riconosciute nel sistema. È proprio alla crisi dei principi sopra enunciati dell'uguaglianza formale e dell'esclusività dell'ordinamento, che si è accompagnata la nascita e la fortuna della teoria dell'abuso del diritto, che ha cominciato a trovare cittadinanza in alcuni codici europei, quali quello tedesco, portoghese, spagnolo, olandese, svizzero e sovietico, ed ora anche nel Trattato europeo. Corrispondentemente, però, la difesa coerente dei principi medesimi, ha provocato la diffidenza e la condanna dell'abuso del diritto. Certo è difficile negare la suggestione della formula, oggi che «l'uguaglianza di fatto» dell'art. 3 della nostra Costituzione ha fatto scoprire l'insufficienza del principio dell'uguaglianza formale, e che «le formazioni sociali» dove l'uomo svolge la sua personalità di cui all'art. 2 della stessa, hanno fatto rivalutare le c.d. «formazioni sociali intermedie». Tutti gli aspetti enunciati determinano una difficoltà di sottrarsi al problema, non potendosi negare che la teoria dell'abuso del diritto presenti aspetti di problematicità e di ambiguità, collocandosi «ai limiti tra la più sottile arte ermeneutica e una pericolosa fuga dal giuspositivismo» (F. D. BUSNELLI- E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 178.).

aver proceduto a delle tipizzazioni è stato quello di salvaguardare «le esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali»²⁰³.

Rilievo primario ha assunto l'abuso del diritto nel sistema vigente in Grecia, dove l'art. 281 del Codice civile, adottato nel 1940, con una formulazione assai più ampia del BGB, stabilisce che l'esercizio del diritto è vietato, qualora ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica del diritto. Dalla formulazione emerge l'influsso che il legislatore greco ha subito nella redazione della norma, ad opera delle elaborazioni dottrinali e straniere sull'abuso del diritto²⁰⁴.

Una forte influenza del modello tedesco si è registrata anche in Portogallo, in cui la Corte ha fatto così tante volte riferimento alla figura in esame, da far dire²⁰⁵ che l'esperienza giurisprudenziale portoghese, è quella più significativa a livello europeo, dopo quella tedesca. Dall'esperienza germanica quella portoghese ha prima tratto ispirazione per la base del testo dell'art. 334 del codice civile del 1966, dedicato specificatamente all'abuso del diritto, il quale conferisce notevoli poteri al giudice, allorché stabilisce l'illegittimità dell'esercizio di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi o dallo scopo sociale o economico del diritto e, poi, la tendenza della letteratura a tipizzare i casi di applicazione concreta dell'abuso del diritto.

In Spagna la teoria dell'abuso del diritto aveva trovato forte sostegno in dottrina e giurisprudenza²⁰⁶, ancor prima che il principio trovasse un espresso riconoscimento nel codice civile, il cui inserimento si deve alla riforma delle disposizioni preliminari, in vigore dal 1974, dettata al fine di dare espressione ad alcuni principi generali, quali la buona fede, il divieto di abuso del diritto e la sanzione della frode alla legge. Nonostante la Suprema Corte spagnola abbia più volte affermato che le ipotesi di abuso devono considerarsi eccezionali, l'art. 7 contiene una formula molto ampia, che lascia al giudice «un vasto margine di apprezzamento quanto all'individuazione di un abuso nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva»²⁰⁷. La stessa stabilisce, infatti, un obbligo generale di esercizio dei diritti in modo conforme alle esigenze della buona fede, mentre il secondo paragrafo riporta l'affermazione per cui l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso non sono protetti dalla legge. La norma precisa anche che ogni atto od omissione che per l'intenzione dell'autore, per il suo oggetto o per la circostanze in cui si realizza, oltrepassi manifestatamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per un terzo, dia luogo a risarcimento «nonché all'adozione dei mezzi giudiziari ed amministrativi, che impediscono la persistenza dell'abuso». La dottrina ritiene che il «danno per il terzo», inserito in questa seconda parte della norma, non costituisca un elemento indefettibile per il prodursi

²⁰³ Così M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 26 ss. cui si farà ampio riferimento in questo paragrafo.

²⁰⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 29 ed *ivi* il richiamo alla dottrina citata.

²⁰⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Teoria General do Direito Civil*, vol. I, II ed., Lisbona, 1987-1988, p. 376, citato da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 3.

²⁰⁶ La svolta è dovuta ad una sentenza del Tribunale Supremo del 14 febbraio 1944, R. 293.

²⁰⁷ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit, p. 34.

dell'abuso, perché le ipotesi in cui non si verifica un danno attuale risultano coperte dalla prima parte della disposizione²⁰⁸.

Altro ordinamento che ha codificato il principio dell'abuso del diritto è quello olandese, dove il terzo libro del nuovo Codice civile, entrato in vigore nel 1992, all'art. 13, contiene un'esplicita previsione in materia di abuso del diritto. Nonostante la disposizione sia inserita nel libro terzo, dedicato ai diritti patrimoniali, si reputa che la stessa debba trovare applicazione anche ad altre aree del diritto privato in virtù della disposizione di rinvio di cui all'art. 3.15. Inoltre per le obbligazioni ed i contratti, disciplinati nel sesto libro del Codice, in assenza di una apposita normativa «la funzione del divieto di abuso e della tecnica della frode alla legge, si ritiene sia svolta dal principio per cui le parti di un rapporto obbligatorio devono comportarsi nelle loro relazioni conformemente all'esigenza della «ragione e dell'equità»²⁰⁹.

In Belgio e in Germania, invece, la dottrina dell'abuso del diritto si è sviluppata grazie al ruolo della giurisprudenza²¹⁰.

La teoria dell'abuso del diritto appartiene anche alla matrice comunitaria. Il principio affonda le radici nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (nota come CEDU), per poi snodarsi attraverso le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, passando, infine, per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel 2000, allegata al Trattato di Lisbona, di cui ha la stessa efficacia.

Il tema è stato affrontato più volte anche dalla Corte di Giustizia, pur senza riconoscere espressamente l'esistenza di un principio generale del diritto comunitario in materia. Nel noto caso *Van Binsbergen*²¹¹, la Corte ha affermato: «è giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 [oggi art. 49] allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione, la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione»²¹². E più specificamente nel caso *TV10*²¹³, in cui la Corte conclude nel senso che «uno Stato membro può legittimamente equiparare ad un ente radiotelevisivo nazionale, un ente radiofonico e televisivo stabilito in un altro Stato membro allo scopo di realizzare prestazioni di servizi dirette verso il suo territorio, in quanto, tale misura mira ad impedire che, avvalendosi delle libertà garantite dal Trattato, gli enti che si stabiliscono in un altro Stato membro possano illegittimamente sottrarsi agli obblighi posti dalla normativa nazionale, nella specie quelli relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi»²¹⁴.

²⁰⁸ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 31.

²⁰⁹ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 39 ss.

²¹⁰ Sul punto v. ancora: M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 40 ss.

²¹¹ CGCE, sentenza 3 dicembre 1974, causa 33-74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Racc.* p. 1299 ss., richiamata da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 54 ss.

²¹² Punto 13 della sentenza 3 dicembre 1974, causa 33-74.

²¹³ CGCE, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10 c. Commissariat voor de Media*, in *Racc.* p. I-4795 ss., richiamata da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 61 ss.

²¹⁴ Punto 21 della sentenza 5.10.1994 *TV10*, cit.

Più precise le affermazioni della Corte nelle sentenze *Kefalas*²¹⁵ e *Diamantis*²¹⁶, in cui si è stabilito che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno, che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo.

Nel caso *Halifax*²¹⁷ la Corte ha precisato che «atti e comportamenti delle parti nella loro reciproca connessione possono essere considerati abuso del diritto o di forme giuridiche» quando l'unica spiegazione delle operazioni va rintracciata nel mero conseguimento di vantaggi fiscali.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia si può dunque trarre che perché ricorra un abuso del diritto devono ricorrere i presupposti che di seguito si indicano.

Con riguardo all'elemento soggettivo, mentre la dottrina è divisa sulla necessità di accertare in concreto un tale intento elusivo, la Corte sembra richiedere la necessità che il Giudice accerti la volontà del soggetto interessato di sottrarsi alla norma concretamente aggirata (*animus fraudandi, animus nocendi*) sia che ciò si concretizzi in un interesse economico²¹⁸, sia si configuri come desiderio di nuocere ad altri²¹⁹. Il criterio oggettivo viene rintracciato nel fatto che il soggetto «evita l'applicazione di regole obbligatorie cui risulterebbe altrimenti sottoposto e al tempo stesso consegue il risultato che gli sarebbe precluso dalle regole stesse»²²⁰. Occorre, infine un ulteriore elemento: il criterio teleologico.

Nel valutare un comportamento i giudici nazionali «devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi»²²¹, perché occorre constatare se l'invocazione della norma comunitaria sia in contrasto con la *ratio* della

²¹⁵ CGCE, 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas e a.*, richiamata da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 148.

²¹⁶ CGCE, 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis/Dimosio e a.*, in *Racc.*, p. I-1705, richiamata da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 151.

²¹⁷ CGCE, 21.2.2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, in *Racc.*, 2006, I-1609, richiamata da M. G.

²¹⁸ Cfr. S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 2-3, 2003, p. 291 ss. che richiama il caso *General Milk* (CGCE, 3 marzo 1993, causa C-8/92, in *Racc.*, p. I-779, punti 21-22) dove la Corte ha negato che fossero dovuti all'esportazione degli importi compensativi nel caso di operazioni compiute non nel quadro di normali transazioni commerciali, ma «al solo scopo di beneficiare in maniera abusiva della regolamentazione summenzionata».

²¹⁹ Cfr. S. CAFARO, *L'abuso di diritto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 291 ss., la quale rileva che in alcune cause proposte da azionisti greci un argomento della difesa era proprio l'assenza di interesse economico dei ricorrenti, che avevano beneficiato del risanamento. La Corte precisa che l'abuso sarebbe stato altresì dimostrato, ove il ricorrente avesse scelto «tra i rimedi giuridici (...) quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato» (Corte di giustizia, 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*, in *Racc.*, p. I-1705, punto 43).

²²⁰ Spetta al giudice nazionale stabilire l'esistenza dell'elemento soggettivo e di quello oggettivo, la cui prova può essere fornita conformemente al diritto nazionale, purché ciò non pregiudichi l'efficacia del diritto comunitario (sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Staerke*, *Racc.* I, non pubbl.). Cfr.: L. FERRARI BRAVO- F. M. DI MAJO- A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

²²¹ Sentenza 9 marzo 1999, *Centros*, punto 25, richiamata da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 223.

stessa, con le sue finalità²²². La Corte ha, inoltre, fatto applicazione della nozione di abuso del diritto, anche in ipotesi in cui la questione sollevata dal giudice *a quo* non conteneva alcun esplicito riferimento alla nozione²²³.

Si è ritenuto, così, che la giurisprudenza comunitaria abbia finito per elaborare a tratti successivi una vera e propria dottrina generale dell'abuso del diritto, su cui fondare una tecnica del controllo dell'esercizio di prerogative individuali, quale espressione di un principio immanente alla funzione giurisdizionale, oltre che degli ordinamenti nazionali. Al punto che si è ritenuto che tale principio possa rappresentare «il comune sostrato giuridico nell'ordinamento integrato»²²⁴.

Non si può, inoltre, non ricordare che la fattispecie dell'abuso del diritto è codificato nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la cui rubrica recita «divieto di abuso del diritto», che ha acquistato piena efficacia giuridica con il completamento dell'iter di ratifica del Trattato di Lisbona²²⁵. Il testo della norma dispone che: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Emerge chiaramente che la forte ispirazione di questo articolo deriva dal modello contenuto nell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la cui formulazione poco differisce dall'art. 54 se non per un linguaggio che comunica la volontà di un «maggior rigore», che ha tradotto nella Carta comunitaria, un «non può essere» con «deve essere» e un «porre limitazioni» con «imporre limitazioni»²²⁶.

L'art. 17 CEDU ha come scopo «la salvaguardia dei diritti che la Convenzione enumera per la protezione del libero funzionamento delle istituzioni democratiche»²²⁷ e come obiettivo di impedire «che gruppi totalitari possano sfruttare a loro vantaggio i principi posti dalla Convenzione»²²⁸. L'art. 17 e l'art. 54 della Carta dei di-

²²² M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 223. Altri ritengono, invece, che questo terzo elemento sia ricompreso tanto in quello oggettivo (alterazione del fattore causale) che in quello soggettivo (consapevolezza di tale alterazione): cfr.: S. CAFARO, *L'abuso di diritto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 299. A proposito di questo elemento si vedano le pronunce con cui la Corte ha stabilito che l'applicazione di regolamenti comunitari non possa estendersi fino alla tutela di pratiche abusive di operatori economici (sentenza 11 ottobre 1977, causa 125/76, *Cremer*, *Racc. I*, p. 1593, punto 21) e quella con cui ha ritenuto che il fatto che determinate operazioni di importazione e esportazione non siano effettuate nell'ambito di operazioni commerciali normali, ma al solo fine di beneficiare della concessione di importi compensativi monetari positivi, possa ostacolare l'applicazione di detti importi (sentenza 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk Products*, *Racc. I*, p. 779 ss.).

²²³ CGCE, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Racc.* p. I-11569 e ss.

²²⁴ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale: dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza*, Torino, 2001, p. 221.

²²⁵ Sul punto cfr. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

²²⁶ S. CAFARO, *L'abuso di diritto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 291 ss.

²²⁷ Commissione, D 250/57, *Partito comunista (KPD) c. Repubblica Federale Tedesca*, Ann. 1, p. 222.

²²⁸ Commissione, D 8348 e 8406/78, *Glimmerveen e Hagenbeek*, DR 18, p. 187, spec. p. 205, la quale specifica anche che «per raggiungere tale scopo, non è necessario privare di tutti i diritti e di tutte le libertà garantiti dalla Convenzione gli individui di cui si constata la dedizione ad attività tendenti a distruggere uno qualunque di tali di tali diritti e libertà. L'art. 17 attiene essenzialmente ai diritti che permetterebbero, se invocati, di tentare di dedurre il diritto di dedicarsi effettivamente ad attività che mirano alla distru-

ritti svolgono una funzione diversa che dipende di diversi contesti in cui sono inseriti. Entrambe le disposizioni sono finalizzate ad impedire, attraverso l'esercizio di un diritto, la soppressione di altri diritti previsti dal catalogo di cui fanno parte, ma la portata dell'art. 54 è ben più ampia di quella dell'art. 17, seppure sia in grado di spiegare la stessa efficacia di quest'ultimo nella repressione di comportamenti antidemocratici²²⁹.

Sul rapporto tra la norma codificata nell'art. 54 e la prassi che ha preceduto la sua inserzione nella Carta fondamentale dei diritti, sembra si possa affermare che la figura dell'abuso del diritto tipizzata nella Carta individui un ambito di applicazione più stretto, nel senso che il fine deviante del diritto perseguito dal titolare della condotta, è la «compressione o distruzione di un altro diritto previsto dalla Carta»²³⁰. Questo significa che all'elemento oggettivo e soggettivo si deve aggiungere una qualificazione ulteriore: «l'alterazione del fattore causale e la condotta consapevole di chi se ne rende responsabile devono mirare alla distruzione e alla compressione di diritti e libertà previsti dalla Carta». È sufficiente che la lesione del diritto sia solo potenziale, purché oggettivamente accertabile. La norma consente, cioè, l'operare del divieto sempre e «solo a seguito di un test sulla compressione di altri diritti codificati nello stesso cata-

zione dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione». La Commissione osserva che «il nazional-socialismo è una dottrina incompatibile con la democrazia e i diritti dell'uomo e che i suoi seguaci perseguono incontestabilmente obiettivi del tipo menzionato all'art. 17» (Decisione di ricevibilità 12774/87, *Décisions et Rapports*, 62, p. 216, spec. p. 225). Nella Decisione di ricevibilità 15404/89, *Purcell e altri c. Regno Unito*, *Décision et Rapports*, 70, p. 262, spec., p. 295, la Commissione spiega che nell'autorizzare in base all'art. 10.2 «talune restrizioni all'esercizio della libertà di espressione, la Convenzione riconosce il principio secondo il quale nessun gruppo o individuo ha il diritto di dedicarsi ad attività tendenti alla distruzione dei diritti e delle libertà che essa riconosce».

²²⁹ S. CAFARO, *L'abuso di diritto nell'ordinamento comunitario cit.*, p. 299 ss., rileva che la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo «hanno fatto dell'art. 17 un uso prudente e molto specifico, utilizzando per impedire che libertà democratiche potessero essere invocate per perseguire finalità antidemocratiche». Vedi *inter alia* Commissione D 250/57, *Partito comunista (KPD) c. Repubblica Federale tedesca*, Ann. 1, p. 222 del 20 luglio 1957; D 8348 e 8406/78 *Glimmerveen e Hagenbeek*, DR 18, p. 178, dell'11 ottobre 1979; D 15404/89 *Purcell e altri c. Regno Unito*, DR 70, p. 262. Corte, *Lawless c. Irlanda* del 1° luglio 1961. L'A. reputa che l'art. 17 rifletta «l'esigenza, affiorata alla coscienza giuridica nell'ultimo dopoguerra, di mettere in grado la democrazia di difendere se stessa», necessità che trova espressione anche in alcune carte costituzionali europee tra cui quella della Repubblica federale tedesca. Si tratta di un'esigenza di natura prettamente pubblicista, che, se pur qualificabile come ipotesi specifica nell'ambito del *genus* abuso del diritto, «non ha nulla della flessibilità e della versatilità della nozione di abuso che affiora dalla giurisprudenza comunitaria o che è dato riscontrare nelle disposizioni di alcuni codici civili». L'A. rileva la diversità delle disposizioni, nonostante l'analoga formulazione, nella circostanza che la Convenzione europea «elena autentici diritti fondamentali, laddove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è anche il testo unico dei diritti comunitari, nella portata che risulta da una giurisprudenza cinquantennale, interpretativa e applicativa della Corte di Giustizia». Così la libertà di ogni cittadino di cercare lavoro non è un diritto fondamentale autentico, quanto un diritto soggettivo del cittadino comunitario, che, al pari degli altri diritti della Carta, è suscettibile di subire quelle modificazioni di legge, volte a tutelare interessi contrapposti e può essere soggetto ad eccezioni, come quelle dettate dall'ordine pubblico o dalla salute pubblica. Tali diritti possono essere assoggettati al divieto dell'abuso del diritto, utilizzato come «strumento interpretativo per valutare la reale estensione del diritto stesso». Il divieto non si pone come un limite «a posteriori all'esercizio del diritto, ma come modo di atteggiarsi del diritto stesso, conforme ad una sua corretta lettura teleologica e sistematica all'interno dell'ordinamento». Così S. CAFARO, *L'abuso di diritto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 299 ss.

²³⁰ S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario*, cit., p. 291 ss.

logo»: «si tratta di un diritto che viene esercitato abusivamente *per relationem*, a fronte di un diverso diritto che soffra di tale esercizio abusivo». «Resta fuori dall'ambito di applicazione previsto dall'art. 54, l'ipotesi dell'esercizio di diritti comunitari lesivo di diritti (o doveri) scaturenti dagli ordinamenti nazionali, in cui rientra il caso non infrequente della frode alla legge»²³¹.

Da tutto quanto sopra esposto emerge una difficoltà di interpretare in modo univoco la figura dell'abuso del diritto, di cui coesistono una «concezione di fonte giurisprudenziale, una definizione positiva solo parzialmente coincidente con la prima e dall'ambito di applicazione più limitato», che ha trovato espresso riconoscimento nella Carta dei diritti allegata al Trattato di Lisbona. A ciò si aggiungono le esperienze e le definizioni contenute nei singoli ordinamenti nazionali. Quale sia la reale portata di questo principio, così discusso, e quali le conseguenze che ne derivano, potrà risultare con maggiore chiarezza solo da un esame più accurato del dibattito che su di esso è fiorito nel nostro ordinamento.

La Corte di Cassazione di recente²³², è tornata ad occuparsi di abuso del diritto con una sentenza che applica il concetto dell'abuso del diritto e la buona fede oggettiva, al fine di valutare il contegno delle parti. I passaggi argomentativi richiamano il contemperamento degli interessi opposti delle parti, la disparità di forza dei contraenti, la «dipendenza anche economica», in modo non limpido, tale da peccare di un «eccesso di parole che unisce e avvicina regole e principi diversi per motivare un risultato esatto, ma avvolto in una crisalide troppo massiccia e sbrecciata che non consente di ricavare con precisione il principio di diritto cui il giudice di merito deve attenersi nel giudizio di rinvio»²³³. Della portata della sentenza e delle implicazioni che ne derivano sul piano rimediabile si cercherà di render conto nel capitolo seguente.

²³¹ ID., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 2-3, 2003, p. 317.

²³² Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. V. il commento di G. VETTORI, *L'abuso del diritto – Distingue frequenter*, in *Obb. e contr.*, n. 3, 2010, p. 166 ss.

²³³ G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 166 ss.

Capitolo 3

I rimedi correttivi

1. Alla ricerca del rimedio correttivo più efficiente rispetto al regolamento di interessi pattuito dalle parti

I meccanismi di adeguamento automatico predisposti dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata, come si è visto nel secondo capitolo, potrebbero risultare insufficienti a fronte del verificarsi di sopravvenienze che non riescono ad essere assorbite da clausole indice o comunque rivelarsi inadeguate a seguito di uno sviluppo patologico del rapporto.

In questo contesto, assume un particolare significato il fenomeno delle reti di imprese. Si è visto come nelle reti la funzione dei rimedi abbia come obiettivo quello di assicurare il perseguimento dello scopo comune e di consolidare la reputazione della rete rispetto ai terzi. Ne consegue che nella scelta dei possibili rimedi azionabili non può non considerarsi la tutela dell'interesse collettivo della rete, il quale travalica la stessa pluralità di interessi individuali diversificati e talvolta divergenti.

In questo contesto i rimedi convenzionali consentono di tutelare l'interesse collettivo meglio rispetto a quanto accadrebbe con i rimedi legali.

Nella prospettiva della rete di imprese, l'interesse collettivo si concretizza nella capacità di quest'ultima di conseguire i propri obiettivi strategici, di assicurare la necessaria cooperazione, di segnalare la propria affidabilità ai terzi con cui entra in contatto, di rispondere al rischio di opportunismo post-contrattuale derivante dall'*hold-up* associato ad una prestazione essenziale¹. Tutto ciò richiede rimedi flessibili che si conformino alla rete, e che, rispetto al ricorso al giudice, privilegino la risoluzione interna delle dispute che sorgono al suo interno².

Da questa premessa emerge la necessità di passare al vaglio le varie alternative rimediali, cercando il rimedio più efficiente rispetto al regolamento di interessi pattuito dalle parti. Considerando che lo strumento contrattuale si piega ad un utilizzo

¹ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 99.

² Si pensi alla previsione di clausole penali e di altre clausole diffuse in materia di consorzi, utilizzabili anche nei contratti di rete, che prevedono sanzioni quali la sospensione del godimento di alcuni benefici come l'utilizzazione di impianti comuni, la possibilità rifornirsi presso alcuni fornitori e di usufruire di ordini di vendita o assegnazione di materie prime.

Nelle joint venture sono altresì diffuse pratiche volte ad evitare l'insorgere di conflitti anche mediante l'intervento di organi in cui si precisano le modalità di adempimento delle obbligazioni assunte dalle parti. Cfr. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., p. 101.

nuovo: «rappresenta la forma (organizzativa) non tipica, né necessaria di regolamentazione e controllo, nel tempo e nello spazio, dell'agire imprenditoriale e, al contempo l'indice di concretizzazione idoneo a riempire di contenuti attuali la vocazione alla continuità qualificante la fattispecie delineata dall'art. 2082 c.c.»³.

È certo che i Principi Lando e il DCFR avviano una strada ambiziosa, anche più di quella delineata dal testo dell'*acquis communautaire*, che sceglie la linea delle clausole non negoziate. In questi testi la soluzione che fa riferimento al contratto ipotizza una linea che conferisce rilievo al vantaggio iniquo, all'approfittamento e al potere del giudice di modificare l'assetto contrattuale per renderlo conforme a quanto voluto dalle parti. Non tutti gli ordinamenti sono pronti, però, ad affrontare questo passaggio.

Guardando alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha acquistato pieno valore giuridico per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴, l'art. 16 riconosce la libertà di impresa, «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Nel commento alla norma, con un'osservazione di grande valore sistematico, si spiega che il riferimento all'impresa «trae origine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha riconosciuto tre libertà sottese al principio. La libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libertà di concorrenza»⁵.

Dai principi comuni in Europa sul tema delle libertà economiche e dei limiti al loro esercizio, dai riferimenti alla buona fede, alla ragionevolezza, al ruolo del giudice, emerge una funzione di distribuzione diversa dei rischi che derivano dall'esercizio dell'autonomia dei privati. Ciò implica che tali principi indicano «le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità».

Emerge un profilo comune che origina da un controllo fra atti e contegni secondo il modello tradizionale contenuto nei codici nazionali, per poi volgersi alla «ricerca della tutela più adeguata ed efficiente per l'interesse tutelato o il conflitto da risolvere in un complesso sistema di fonti»⁶. Attraverso una revisione dei modelli della nullità e della validità, cui si affiancano quello della rideterminazione del contenuto del contratto e il rimedio risarcitorio.

Dall'ordinamento interno e comunitario emerge il principio dell'abuso di un diritto o di una libertà. Il principio costituisce un criterio utile di valutazione ma «richiede per essere operativo la precisazione di una regola (non creata ma trovata nel sistema) e la individuazione dei rimedi, a volta a volta, esperibili nella fattispecie concreta»⁷.

³ C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, 2008, p. 80 ss.

⁴ Il testo definitivo del Trattato, elaborato dalla Conferenza Intergovernativa, è stato approvato durante il Consiglio europeo informale di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007. Dopo la ratifica da parte di tutti gli Stati membri, il Trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. A tal proposito cfr. G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, vol. 4, pp. 701-720 ss.

⁵ G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.; G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 674 ss.

⁶ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Persona e Mercato*, rivista on-line, n. 1, 2010, p.16 ss., consultabile sul sito www.personaemercato.it.

⁷ G. VETTORI, *L'Abuso del diritto - Distingue frequenter*, in *Obb. e contr.*, n. 3, 2010, p. 166 ss. L'abuso, infatti: «Reprime contegni illeciti e richiama, in tal caso, la teoria dell'illecito. Reprime intenti e risultati

Se è così: «emerge la necessità di riflettere e di costruire rimedi adeguati alla complessità di un sistema delle fonti complesse»⁸ ed un rimedio efficiente che «elabori un principio e individui una regola che sappia orientare»⁹.

Per tutte le ragioni indicate, partendo dal contenuto del contratto e dai limiti offerti dal diritto comunitario ci soffermeremo sul profilo rimediabile, tutto da ricostruire.

1.1 Le regole sul contratto in genere: deroghe per i contratti di cui sia parte un'impresa

Nella ricerca del rimedio più efficiente occorre considerare che la specialità del settore dei contratti di impresa emerge non soltanto dai tipi contrattuali disciplinati nel codice o nella disciplina di settore analizzati nei capitoli precedenti, ma anche da un gruppo di norme presente all'interno del codice civile, che dettano per la generalità dei contratti una disciplina specifica che si applica quando parte del contratto sia un imprenditore e quando il contratto «serva all'esplicazione dell'attività d'impresa»¹⁰. Tali norme enucleano un gruppo di regole speciali che comportano variazioni o integrazione della disciplina comune allorché una parte sia imprenditore o il contratto attenga all'impresa, da cui emerge la specificità del rapporto¹¹.

Si considerino¹² le disposizioni in materia di trasferimento d'azienda tra cui in particolare gli artt. 2112 e 2558 c.c. Quest'ultima norma stabilisce che i rapporti che derivano dai contratti di impresa sono liberamente trasferibili assieme al complesso aziendale senza necessità del consenso del contraente ceduto, purché non abbiano carattere personale.

Si prevede, inoltre, in deroga alle normali regole di cessione del contratto, che il contraente ceduto possa recedere entro tre mesi dalla notizia di trasferimento, in presenza di una giusta causa e sempre fatta salva la responsabilità dell'alienante.

Il rapporto fiduciario che caratterizza le relazioni imprenditoriali priva inoltre di giustificazione il richiamo a talune regole eccezionali fondate sulla spersonalizzazione delle vicende negoziali. L'operatività delle norme presuppone un attento bilanciamento di interessi da parte dell'interprete e richiede che la regola interpretativa si

elusivi attraverso la nullità di tali atti. Pone in luce approfittamenti e lesioni che sono racchiusi in rimedi contrattuali. Sanziona distorsioni della concorrenza con un rinvio a specifiche regole e competenze. Si sovrappone nella disciplina della libertà di contratto alla buona fede, duplicando, in modo pressoché totale, il contenuto precettivo della clausola» (ID., *op. loc. cit.*).

⁸ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, cit., p. 16 ss.

⁹ G. VETTORI, intervento in i «*Principi europei dei contratti fra libertà economiche e diritti fondamentali*», tenutosi il 27 novembre 2009, a Firenze, Aula Rossa, Villa Ruspoli, all'interno del ciclo di seminari *I diritti fondamentali nel nuovo sistema delle fonti*, organizzati con la partecipazione della Regione Toscana, l'Associazione Persona e Mercato, l'Associazione Galileo e il Dipartimento di diritto privato e processuale dell'Università di Firenze.

¹⁰ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 32. Cfr. anche V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 70 ss.

¹¹ Come rileva V. ROPPO, *Il contratto*, cit.: «Le regole scritte nel nuovo codice sono in gran parte tributarie di quelle che, nel vecchio codice di commercio, disciplinavano obbligazioni e contratti dei «commercianti».

¹² V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 121 ss.

conformi alla realtà del fatto oggetto di valutazione, in quanto «la qualifica imprenditoriale delle parti non consente una univoca regolamentazione giuridica»¹³.

In tale contesto occorre considerare il gruppo di disposizioni contenuto nel primo libro del codice relative all'esercizio dell'impresa da parte del minore o dell'inabilitato quali gli artt. 320, 371, 397, 425 c.c.¹⁴ Un'altra norma, l'art. 1368 c.c. in tema di interpretazione¹⁵ stabilisce che «le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa»¹⁶.

Sotto il profilo della conclusione del contratto, l'art. 1330 c.c. sancisce che la proposta e l'accettazione fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa non perde efficacia per morte o incapacità sopravvenuta del dichiarante. La *ratio* della disposizione è da rintracciare nel «distacco del contratto dalla sfera personale del dichiarante e la sua inerenza ad un'organizzazione autonoma e poco sensibile alle vicende personali del titolare». La norma a sua volta subisce una deroga. La proposta torna ad essere inefficace se l'imprenditore è piccolo in quanto la personalità della sua organizzazione nega la *ratio* come base della deroga. Così come torna la inefficacia anche per l'imprenditore non piccolo quando «natura dell'affare» o «altre circostanze» sconsigliano che il contratto sopravviva alla morte o alla incapacità del titolare dell'impresa. Tra queste ipotesi devono comprendersi senz'altro i rapporti fra imprese fondati su un particolare rapporto fiduciario o che comportano prestazioni infungibili dell'imprenditore¹⁷.

Si ricordano, inoltre, le norme sulla rappresentanza della impresa commerciale da parte dei suoi collaboratori aziendali institori, procuratori e commessi. La specifica disciplina dettata dal legislatore per il solo imprenditore soggetto a registrazione, e dunque con esclusione dell'imprenditore agricolo, contribuisce a definire lo statuto dell'imprenditore commerciale¹⁸.

¹³ ID., *op. cit.* L'A. rileva però come l'ambito di applicazione della norma risulti assai ristretto in quanto non potrebbe riferirsi alle fattispecie negoziali bilateralmente d'impresa, salvo che la sede sia la stessa.

¹⁴ L'art. 320 c.c. al quinto comma stabilisce che l'esercizio dell'impresa commerciale da parte del minore non può essere continuata se non con l'autorizzazione del Tribunale, previo parere del giudice tutelare. L'art. 371, comma 1 n.3 c.c., prevede che il giudice tutelare, dopo il compimento dell'inventario, debba deliberare anche sulla «convenienza di continuare ovvero alienare o liquidare le aziende commerciali che si trovano nel patrimonio del minore e sulle relative modalità o cautele».

L'art. 397 c.c., commi 1 e 3, legittima il minore emancipato ad esercitare l'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore ed a compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione, in presenza dell'autorizzazione del Tribunale.

L'art. 425 c.c. legittima l'inabilitato a continuare l'esercizio dell'impresa commerciale con l'autorizzazione del Tribunale, su parere del giudice tutelare.

¹⁵ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*, cit., p. 121 ss. il quale precisa che la norma è dettata in materia di interpretazione, ma va al di là della materia, assumendo un valore generale «in prò della perpetuazione della peculiare funzione degli usi commerciali» (L'A. richiama G. ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 2000, p. 100 e G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629 ss).

¹⁶ Il riferimento è agli usi interpretativi i quali si differenziano dalle pratiche individuali che difettano di quella generalità che è, invece, propria degli usi. Ancora diversi gli usi negoziali che non costituiscono un mezzo di interpretazione del contratto ma di integrazione del contratto.

¹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 149.

¹⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 314.

Dalle norme passate in rassegna si trae che le disposizioni applicabili ai soli contratti in cui sia parte un imprenditore, presentano il carattere della impersonalità e della ambulatorietà. La impersonalità indica che i contratti posti in essere dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa sono insensibili alle vicende personali dell'imprenditore. La ambulatorietà si riferisce alla possibilità, in conseguenza del trasferimento dell'azienda, di cedere il contratto al cessionario senza la necessità di ottenere il consenso del contraente ceduto¹⁹.

Alle norme del codice civile sopra elencate se ne aggiungono altre che disciplinano contratti nominati per i quali l'impresa costituisce un elemento della fattispecie contrattuale o un presupposto dell'atto, quali il contratto di appalto o al contratto di assicurazione. Ed altre norme ancora che disciplinano i contratti «naturalmente d'impresa», ovvero quei contratti che teoricamente potrebbero essere posti in essere da un qualsiasi soggetto di diritto, ma che vengono di norma posti in essere da un imprenditore, tra cui si ricordano il contratto di agenzia, di mediazione, di vendita²⁰. E di tali contratti tipici, si è illustrata, nel secondo capitolo, la disciplina speciale in tema di sopravvenienze.

Da quanto sopra si può trarre che la disciplina del codice riafferma l'idea, già emersa dall'analisi della disciplina di settore applicabile ai contratti d'impresa analizzati nel primo capitolo, del contratto come strumento che governa l'organizzazione e il funzionamento dell'impresa, la quale esige regole che valorizzino l'interdipendenza e la fiduciarità che connotano un tale tipo di rapporti.

La scelta del rimedio più efficiente deve tener conto di tutti gli aspetti enunciati.

2. Insufficienza delle forme convenzionali di gestione del rischio rispetto ai comportamenti opportunistici

Il diritto non prevede per i contratti di durata un sistema rimediale diverso. Si rende pertanto opportuno «teorizzare e organizzare procedure alternative per la soluzione delle relative controversie, più rispettose della dinamica relazionale»²¹.

Gli interventi normativi più significativi diretti come la norma sull'abuso di posizione dominante, la legge sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali e indiretti come la normativa sull'abuso di dipendenza economica, indicano che la locuzione «contratti di impresa» nella prospettiva del diritto contrattuale individua «uno dei nomi del caso di contrattazione ineguale»²².

Si tratta insomma di un profilo della «diversificazione della disciplina del contratto che può atteggiarsi diversamente a seconda che le parti siano un professionista e un consumatore (B to c), due professionisti (B to B), due soggetti che non operano non professionalmente (c to c) o due professionisti dotati di eguale (b to b) o di diverso potere contrattuale (B to b)»²³.

¹⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 102.

²⁰ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa*, cit., p. 121 ss.

²¹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 417.

²² A. FALZEA, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 4; ID., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 1 ss.

²³ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.

Un rimedio di tipo correttivo efficiente in questi contratti è costituito senz'altro dall'art. 9 sull'abuso di dipendenza economica, dalla normativa sui termini di pagamento, e dalla normativa sull'affiliazione commerciale²⁴.

La relazionalità esige di ricorrere ad un «rimedio che sia..rispettoso del ruolo comunque centrale che la volontà delle parti ha nella dinamica negoziale, ma che allo stesso tempo prevenga o curi le forme di opportunismo che rappresentano la negazione della direttiva di comportamento ispirata alla massimizzazione dell'utilità congiunta delle stesse». In tale ottica si rivela insufficiente sia un approccio di tipo esclusivamente *ex ante*, che legittima un limitato intervento del giudice sul contratto, sia ipotizzare che il giudice sia sempre limitato ad un intervento *ex post* di tipo modificativo. La mera adesione all'una o all'altra opzione è insoddisfacente. Si tratta piuttosto di valutare all'interno di un procedimento giudiziale, se le parti hanno rispettato il dovere di buona fede durante la negoziazione; la presenza di cause che impediscono l'adeguamento del rapporto nonostante la volontà di proseguire la relazione; il tentativo di rimuovere le cause che ostano all'accordo. Occorre altresì sanzionare la parte che pone in essere comportamenti opportunistici e «attendere l'aggiustamento spontaneo»²⁵.

In questa visione si ritiene che la sanzione del giudice sia «un indispensabile passaggio nella vicenda complessa che porta alla soluzione delle controversie relative ai contratti di lunga durata». La prospettiva di un intervento dall'esterno rende, infatti, più concreta la possibilità che le parti cooperino cercando di comporre amichevolmente la controversia. D'altra parte il timore che il giudice riscriva il contratto è «fondato, soltanto fino a che ciò avviene, per così dire, a mano libera; non quando norme e principi accuratamente studiati dettano presupposti, modalità e tempi di un intervento». Ed allora se le parti non saranno in grado di risolvere la controversia, sarà il giudice ad imporre una soluzione. Il fondamento di tale intervento potrà essere individuato, secondo alcuno, non sempre nella buona fede, ma anche nella «natura equitativa dei procedimenti in alcune controversie»²⁶. La buona fede, in ogni caso pone in capo alle parti un dovere di cooperare per consentire alla relazione di adeguarsi. Sicché la regola diviene il criterio che ispira «l'esecuzione del contratto prima, la sua integrazione progressiva ad opera delle parti ed il supporto giudiziario, successivamente. In ciascuno dei tre momenti essa conserva il significato a suo tempo derivato dalla ricostruzione dei contratti di durata nella prospettiva dell'integrazione verticale»²⁷. Si ritiene che anche gli investimenti effettuati in vista dell'adempimento possono imporre un'esigenza di aggiustamento e di prosecuzione del rapporto, circostanze e soluzioni alternative che dovranno essere valutate dal giudice. E se la strada dei risarcimenti e degli indennizzi non può essere percorsa «l'intervento in aggiustamento è pressoché indispensabile»²⁸.

Sulla correzione del regolamento da parte del giudice occorre soffermarsi, precisando una diversità di piani.

²⁴ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit.

²⁵ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., pp. 421-423.

²⁶ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 425. Sul punto cfr. il paragrafo successivo.

²⁷ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 426.

²⁸ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., p. 427.

3. Il rimedio risarcitorio

3.1 Buona fede, equità e responsabilità precontrattuale

Innanzitutto occorre fare chiarezza su equità e buona fede, il cui ruolo, in tutte le fasi del contratto, formazione interpretazione ed esecuzione, risulta profondamente mutato.

Una nota sentenza a sezioni unite della Corte di Cassazione²⁹ sul tema della responsabilità precontrattuale ha fatto chiarezza e rafforzato la tesi per cui la buona fede è una «regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto»³⁰.

Si trattava di individuare all'interno del sistema il rimedio esperibile innanzi a norme che sanciscono un obbligo senza precisare le conseguenze derivanti dalla loro violazione. La Cassazione traccia una strada chiara. Riprendendo la tradizionale distinzione tra norme di validità e di comportamento, statuisce che la conseguenza sarà la nullità nella prima ipotesi e la responsabilità nella seconda.

Nella sentenza si stabilisce che l'azione di responsabilità può essere promossa anche in presenza di un contratto concluso e valido³¹. Ciò perché, prosegue la Suprema Corte, il giudice è tenuto a ripristinare non solo l'interesse negativo ma l'interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non «essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente». In questa ipotesi il risarcimento deve essere commisurato al «minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte».

La buona fede ha dunque una valenza che «va al di là dei limiti entro cui tradizionalmente sono confinate le conseguenze dannose del contratto non concluso». Da ciò consegue che, in coerenza con autorevole dottrina e «con i principi attestati in ambito europeo» (*Principles of European Contract Law*, art. 2301 c.c., comma 2), «la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase anteriore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all'obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto»³².

²⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p.104 ss.; in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss. con nota di Scoditti. La pronuncia conferma Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 vedila con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p.892 ss.

³⁰ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, cit., p. 16 ss.

³¹ M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295 ss, p. 299, commento a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024.

³² Cass. 11 giugno 2010, n. 14605 (estensore Rordorf), p. in *Guida al diritto* 2010, 29, p. 35.

La buona fede è, dunque, una regola che «valuta contegni, reprime abusi, è fonte di diritti e doveri (mentre l'equità corregge modifica, integra il regolamento)»³³. Esprime un «ordine rimediabile che si sovrappone al programma contrattuale»³⁴ e concerne la «costruzione della norma contrattuale»³⁵. La buona fede restringe «la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità del comportamento incidendo direttamente sul contenuto dell'atto», sicché si pone come «una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322 c.c.»³⁶.

L'equità, invece, non è fonte di diritti e di obblighi per le parti, ma «un criterio di giudizio che non può essere adoperato in relazione a qualsiasi profilo del contratto, ma unicamente per far assumere rilevanza regolamentare a talune circostanze di esso». L'equità non pone un problema di concorrenza tra fonti, ma si concretizza «in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti»³⁷.

Si è pertanto correttamente ritenuto che la buona fede, quale strumento di repressione dell'abuso, costituisce «il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità»³⁸ «senza fare della buona fede lo strumento di un giudizio equitativo»³⁹.

L'intervento correttivo del giudice con lo strumento dell'equità è ammissibile solo nei casi previsti dalla legge, estensibili con l'analogia *legis* e *iuris*. Infatti l'equità non costituisce un principio regolativo autonomo, in quanto può essere impiegata soltanto dove una norma espressamente la chiami in causa. Sicché l'equità non è nella disponibilità del giudice⁴⁰.

L'ambito di applicazione della clausola generale della buona fede non può essere limitato alla ipotesi dell'ingiustificata rottura delle trattative. Il valore di clausola generale della buona fede comporta che il suo contenuto non possa essere predeterminato in maniera precisa, implicando «il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alle parti ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile».

L'ambito della buona fede, dunque, si presenta senza dubbio più ampio rispetto a quello dell'equità sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo. Ne consegue che l'equità si pone «come criterio residuale di integrazione del contratto solo quando il legislatore abbia espressamente fatto ad essa riferimento». L'equità opera infatti «soltanto sul piano del contenuto economico dello scambio fra le prestazioni, ma non

³³ G. VETTORI, *Commento sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 416.

³⁴ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 354.

³⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 246.

³⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 177-178.

³⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 176.

³⁸ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.

³⁹ NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da Galgano, Padova, 1988, p. 149.

⁴⁰ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., che richiama S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225.

può comportare la nascita di diritti che l'accordo non abbia già previsto e, normalmente, neppure può comportare l'inefficacia di clausole»⁴¹.

Ciò troverebbe conferma anche nelle norme presenti nel testo dei principi *Unidroit* esaminati nel secondo capitolo, che non menzionano mai l'equità.

Da tutto ciò si può dedurre che la violazione della clausola generale della buona fede legittima colui che è stato coinvolto in una trattativa sconveniente ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Si tratta di verificare come debba essere concretizzato tale risarcimento⁴².

3.1.1 Il *quantum* del danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale

La violazione di obblighi che precedono la stipulazione del contratto produce responsabilità di tipo precontrattuale.

La responsabilità precontrattuale è normalmente associata alla tutela dell'interesse negativo della parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno. L'interesse negativo pone la parte «nella stessa posizione o in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovata se non avesse cominciato la trattativa»⁴³.

Le ragioni principali per cui tutti gli ordinamenti riconoscono che la responsabilità precontrattuale è diretta al ristoro dell'interesse negativo della parte che ha subito il fallimento delle trattative possono essere sintetizzate come segue.

La trattativa fallisce prima che siano determinati tutti gli elementi del futuro contratto.

Tra condotta ed evento dannoso manca il nesso di causalità perché la legge consente, nelle forme dalla stessa previste, il recesso dalle trattative fino alla conclusione del contratto. Nel caso in cui il recesso sia, però, esercitato illecitamente, si potrebbe ipotizzare che il risarcimento debba essere commisurato all'interesse positivo. Ma tale soluzione deve essere esclusa perché condurrebbe al risultato inaccettabile di privare di significato la distinzione tra fase precedente e successiva alla conclusione del contratto. Con la conseguenza di ostacolare in modo inaccettabile l'esercizio del diritto di recesso in qualsiasi momento della trattativa sino al momento della conclusione del contratto. D'altra parte riconoscere il ristoro dell'interesse positivo a favore della par-

⁴¹ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 1999, pp. 83 ss. Fanno eccezione, precisa l'Autore, gli artt. 1384 e 1526 comma 2 c.c. ma si tratta di eccezioni volute dal legislatore.

⁴² Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, cui si farà costante riferimento in questo paragrafo.

⁴³ L'interesse positivo è l'interesse della parte alla conclusione e alla regolare esecuzione del contratto. La parte viene posta nella stessa posizione o in una posizione equivalente a quella in cui la stessa si sarebbe trovata se il contratto fosse stato concluso e avesse avuto regolare esecuzione. ID., *op. cit.*, p. 70. L'A. richiama per le definizioni di interesse positivo e di interesse negativo G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, vol. V, Milano, 2006; P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 637 ss; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487 ss. Altro criterio per misurare il danno risarcibile è quello del danno emergente e del lucro cessante.

In relazione all'interesse negativo, il danno emergente consiste nelle spese inutilmente sostenute durante la trattativa o confidando nella futura conclusione del contratto ed il lucro cessante nelle occasioni alternative perse a causa delle trattative non andate a buon fine.

te che subisce il recesso dovuto a colpa della parte che determina il fallimento della trattativa, equivarrebbe al riconoscimento di una pena privata e porrebbe la vittima in una posizione migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza di un illecito.

L'applicazione di una sanzione più elevata, si potrebbe, invece ipotizzare nell'ipotesi in cui il recesso sia imputabile non a semplice colpa ma a dolo della parte che determina il fallimento delle trattative⁴⁴, qualora la controparte che invoca la tutela subisca un danno grave.

Tutte le ipotesi illustrate concernono casi in cui il contratto non è stato ancora concluso.

La Corte di Cassazione⁴⁵ va oltre. Afferma che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido⁴⁶, ma pregiudizievole a causa del comportamento contrario a buona fede di una delle parti⁴⁷. In siffatta ipotesi l'interesse da risarcire si concretizza nell'interesse della parte vittima del comportamento in mala fede a non «essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente» ed il risarcimento deve essere commisurato al «minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte».

La dottrina ha meglio precisato l'indicazione fornita dalla giurisprudenza sul *quantum* del danno risarcibile nel caso in cui le trattative condotte in mala fede conducano comunque alla conclusione di un contratto.

Innanzitutto occorre distinguere le ipotesi in cui la violazione dell'obbligo di informazione consente alla parte che ne sia vittima di pretendere l'annullamento del contratto e il risarcimento del danno o solo il risarcimento del danno⁴⁸.

Nel primo caso, la parte potrà chiedere il risarcimento del danno subito per aver confidato senza colpa nella validità del contratto ai sensi dell'art. 1338 c.c. La parte potrà, perciò, chiedere il risarcimento delle spese sostenute e delle perdite subite e, a titolo di lucro cessante, il risarcimento di quanto avrebbe guadagnato se avesse concluso con un terzo lo stesso o un altro contratto.

⁴⁴ Osta a questa tesi il fatto che l'art. 1338 c.c. obbliga a risarcire il solo danno da affidamento sia che il convenuto abbia agito con dolo che con colpa.

⁴⁵ Cfr. Cass., s.u., 26724/2007, cit.; Cass., 19024/2005, cit.

⁴⁶ M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 299.

⁴⁷ Si cita a supporto la sentenza della Corte di Giustizia 10 aprile 1984 causa C-14/83 *von Colson e Kamann c. Land Nordrhein - Westfalen*, in *Racc.*, 1984, 1891e 10 aprile 1984, causa C- 79/83, *Harz c. Deutsche Tradax*, in *Racc.*, 1984, p. 1921 citate da G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 129. Nelle sentenze citate, la Corte di Giustizia, in tema di discriminazione in base al sesso, ha escluso il risarcimento del solo interesse negativo a favore della parte che aveva subito il rifiuto dell'assunzione da parte del datore di lavoro per ragioni discriminatorie. L'A. si interroga sulla possibilità di ammettere il risarcimento dell'interesse positivo nella ipotesi di riserva di futuro accordo su un elemento essenziale del contratto. Ritiene ragionevole la soluzione che ammette l'interesse positivo della controprestazione, utilizzando come base di calcolo il prezzo maggiormente favorevole alla parte tra tutti quelli cui avrebbe potuto condurre la trattativa se non fosse stata interrotta. Tale soluzione si fonda sul principio che vieta il comportamento contraddittorio, c.d. *venire contra factum proprium*, utilizzato per valutare le conseguenze giuridiche della responsabilità.

⁴⁸ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008; G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Milano, 2009.

È però possibile che la parte indotta in errore non chieda l'annullamento del contratto, perché non può o non vuole⁴⁹. In questa eventualità si distinguono conseguenze diverse in relazione al fatto che la vittima della violazione dell'obbligo di informazione, una volta conosciuto l'effettivo stato delle cose, avrebbe concluso o meno il contratto oppure lo avrebbe concluso a condizioni diverse.

Alcun risarcimento sarà dovuto a titolo di danno diretto a favore della parte indotta in errore, che avrebbe comunque concluso il contratto alle stesse condizioni.

Se, invece, in assenza di una alterazione della rappresentazione della realtà, la parte non avrebbe concluso alcun contratto, il danno risarcibile dovrà essere considerato equivalente alla differenza tra il valore del bene ed il prezzo.

Se, poi, la vittima delle informazioni non corrette avrebbe concluso il contratto ma a condizioni diverse, e riesce a provare a quali diverse condizioni lo avrebbe concluso se fosse stata correttamente informata, il danno risarcibile sarà equivalente alla differenza tra le condizioni ipotetiche e quelle reali.

Difficilmente, però, la vittima delle false informazioni riuscirà a provare a quali diverse condizioni avrebbe contrattato se fosse stata correttamente informata.

In questo caso si prospettano soluzioni diverse, costruite sul presupposto che ad essere tratta in inganno sia la parte falsamente informata. In base a queste ipotesi si risarcisce la differenza tra il valore reale del bene ed il prezzo. La differenza tra il prezzo pagato e un nuovo prezzo calcolato in funzione del rapporto tra valore reale e valore ipotetico del prezzo secondo quanto avviene per l'*actio quanti minoris*. In base alla terza soluzione si affida al giudice la possibilità di valutare il danno secondo equità ex art. 1229 c.c. senza che sia obbligato ad applicare una formula predefinita.

Si è sottolineato come soltanto la prima delle soluzioni prospettate risulti coerente con l'interesse negativo, che vieta di porre la vittima in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso alcun contratto. Tale soluzione consente, infatti, di porre le parti in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso alcun contratto⁵⁰.

3.2 Violazione della buona fede nella fase esecutiva del contratto e risarcimento dei danni da inadempimento

Il medesimo orientamento si riscontra durante la fase esecutiva del contratto. La giurisprudenza è netta nell'affermare che la violazione del dovere di comportamento che discende dalla clausola generale di buona fede determina di per sé inadempimen-

⁴⁹ Si consideri che il rimedio dell'annullamento del contratto in molte circostanze può rivelarsi inadeguato e che per effetto dell'annullamento le parti sono tenute a restituire le prestazioni ricevute.

⁵⁰ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit.

L'A. precisa che la prima soluzione è quella tradizionalmente accolta nel diritto inglese. Come esempio della seconda soluzione riporta il seguente fatto. Si consideri il caso in cui il compratore ha acquistato una partecipazione sociale il cui valore reale è pari ad € 500.000 al prezzo di € 800.000 in base al presupposto che il valore reale fosse pari ad 1 milione di euro (valore ipotetico). Il danno risarcibile viene calcolato considerando il danno corrispondente alla differenza tra € 800.000 e € 400.000, ovvero tra il prezzo pagato e il prezzo calcolato in funzione del rapporto tra valore ipotetico e valore reale del bene.

L'A. precisa che quando il valore del bene oggetto del contratto è soggetto a variazioni periodiche nel tempo, occorre stabilire quale sia il valore reale del bene al momento della conclusione del contratto.

to e conseguentemente obbliga al risarcimento dei danni che discendono da tale violazione. La clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto costituisce, infatti, un dovere giuridico autonomo che grava sulle parti del contratto, imponendo a ciascuna di esse di agire «in modo da preservare gli interessi dell'altra»⁵¹, in attuazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione, secondo quanto affermato da una massima costante e consolidata della Suprema Corte⁵². Si è così affermato che la costituzionalizzazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza è ormai pacifica, proprio per il rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che «a quella clausola generale attribuisce forma normativa e ricchezza di contenuti»⁵³. Proprio in applicazione del canone generale della buona fede in *executivis*, «in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost» ed il principio del giusto processo, la Suprema Corte⁵⁴ ha, per esempio, affermato la presenza nel nostro ordinamento di un divieto di agire per l'adempimento frazionato, contestuale o sequenziale di un credito unitario scaturente da un unico rapporto obbligatorio.

La giurisprudenza ha elaborato un rimedio generale per reprimere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento chiamato «*exceptio doli generalis seu praesentis*». Si osserva che il rimedio è strumentale rispetto allo scopo di paralizzare l'efficacia dell'atto o di giustificare la reiezione della domanda giudiziale fondata sul medesimo. E che di tale rimedio si è effettuata una applicazione «in chiave di oggettivo contenimento di azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui», utilizzato anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate⁵⁵.

Si è così individuato il rimedio della *exceptio doli generalis seu praesentis* nella circostanza in cui l'attore si sia reso colpevole di frode per aver taciuto nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso⁵⁶. O nella ipotesi fattuale del contratto autonomo di garanzia nel caso di richieste di pagamento

⁵¹ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2885, in *Giur., it.*, 2005, p. 1810.

⁵² cfr da ultimo Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2010, n. 654, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, consultabile in *De Jure*; Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, p. 345, Cassazione civ., sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182, in *De Jure*, 2009, 5, p. 707.

⁵³ Cass. civ., sez. III, 05 marzo 2009, n. 5348, in *Guida al diritto*, 2009, 14, p. 60.

⁵⁴ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514.

⁵⁵ Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6, p. 697, con nota di FESTI. La Suprema Corte rileva che non sussistono opinioni concordi sul fondamento dell'istituto. Si osserva, in particolare, quanto segue. «Secondo un orientamento, detta eccezione costituirebbe espressione del criterio della buona fede; un differente indirizzo l'ha invece ricondotta al divieto di abuso del diritto; un altro orientamento rinviene il suo fondamento congiuntamente nel divieto di abuso del diritto e nella violazione del criterio di correttezza; un ulteriore indirizzo reputa che il rimedio condivida con la buona fede oggettiva e con l'abuso del diritto la medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela, che giustifica e legittima il sindacato del giudice sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento e con le finalità insite nel loro normale esercizio». Per una rassegna della giurisprudenza sul tema cfr. G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, Padova, 2009.

⁵⁶ Cass., 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, p. 139, con nota di LAMANUZZI.

risultanti *prima facie* abusive o fraudolente⁵⁷, ovvero abbia contravvenuto al divieto di venire *contra factum proprium*⁵⁸, fermo restando il limite oggettivo della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Se dunque l'*exceptio doli generalis seu praesentis* può essere identificato come dolo attuale, commesso nel momento in cui viene intentata l'azione nel processo, diverso è il rimedio della «*exceptio doli specialis seu praeteriti*» con cui si individua «il dolo commesso al tempo della conclusione del negozio»⁵⁹, diretto a far valere l'esistenza di raggiri impiegati per indurre un soggetto a porre in essere un determinato negozio al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero, qualora la parte sia convenuta per l'esecuzione del medesimo, a far valere il vizio in via di eccezione, allo scopo di paralizzare la pretesa della controparte. Devono inoltre ricondursi alla violazione dell'*exceptio doli specialis seu praeteriti* le deduzioni con le quali la ricorrente invoca il dolo incidente e dunque «la reticenza del contraente (...) quale tipico fenomeno di dolo omissivo», in cui l'attività ingannatrice abbia influito su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato, se non fosse stata fuorviata dal raggio, con la conseguente domanda di risarcimento danni⁶⁰.

Il rimedio risarcitorio sia nella fase precontrattuale che in quella di esecuzione del contratto, si rivela uno strumento particolarmente idoneo nei rapporti a lungo termine, in cui, come esposto nei capitoli precedenti, si verificano con frequenza comportamenti opportunistici che determinano una perdita di flessibilità del contratto.

Le regole di validità, d'altra parte «non esauriscono ogni altra valutazione sui contegni posti in essere nella fase formativa». Da tale considerazione si può dedurre «che a fianco delle norme sui vizi del consenso e la rescissione coesiste ed opera una regola duttile e primaria che impone di informare, di non approfittare, di non porre in essere pratiche sleali e ingannevoli»⁶¹. Tale orientamento è conforme alla tendenza emersa in senso all'ordinamento nazionale e sovranazionale a conservare il contratto ed a riequilibrare l'operazione economica con il risarcimento in presenza di comportamenti scorretti. Tendenza che, si è visto, trapela nelle fonti, ad ogni livello, ed è confermata dalla Corte di Giustizia Europea, la quale nel già trattato caso Courage ha ammesso il cumulo del rimedio risarcitorio e di quello invalidante, in presenza di una domanda risarcitoria avanzata da chi era parte di un contratto nullo⁶².

⁵⁷ Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. notariato*, 1999, p. 1271; Cass., 6 aprile, n. 3552 del 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 502 con nota di BARBERI; Cass., 18 novembre 1992, n. 12341, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1535, con nota DI COSTANZA, DE VITIS, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2765, con nota di CASSERA.

⁵⁸ Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2050, in materia di contratto di assicurazione; Cass., 19 settembre 2000, n. 12405, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2326 in tema di dichiarazione di fallimento; Cass., n. 13190 del 2003, in materia di rapporti di lavoro; cfr. anche Cass., n. 15592 del 2000, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3274.

⁵⁹ Cass., 7 marzo 2007, n. 5273 in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 6, p. 697, con nota di FESTI.

⁶⁰ I danni in questa ipotesi devono essere commisurati al minor vantaggio e al maggior aggravio economico subito dalla parte che ne è rimasta vittima, salvo che sia dimostrata l'esistenza di danni ulteriori, collegati a tale comportamento da un nesso di consequenzialità diretta. Cfr. ancora G. VETTORI, *Contratto e Rimedi*, cit., p. 318 ss.

⁶¹ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 295 ss.

⁶² Si tratta del notissimo caso Courage. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, pt. 4, c. 75 con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chieda i danni»*, in *Foro it.*, c. 76 ss. Per una analisi più dettagliata v. capitolo II.

Il rimedio risarcitorio ha un ruolo determinante in quanto consente di conservare l'operazione economica, la validità dell'accordo e riequilibrare il contratto giungendo così a configurare un «*mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto*», come espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità nella nota sentenza della Cassazione italiana, in tema di responsabilità precontrattuale precedentemente illustrata⁶³.

Se dunque si può ritenere che le parti avrebbero concluso il contratto, ma a condizioni diverse, meno svantaggiose per la parte danneggiata, il risarcimento assume una funzione correttiva del contratto.

Tale indirizzo si configura come espressione della tendenza alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell'affare «sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto»⁶⁴

4. La rinegoziazione

La risposta al bisogno di tutela sempre nell'ottica di manutenzione del regolamento contrattuale deve essere ricercata anche in una impostazione che considera non solo la dimensione della responsabilità del contraente in termini risarcitori. Infatti anche l'adattamento del contratto a situazioni sopravvenute può essere da solo sufficiente a garantire la realizzazione piena degli interessi dei soggetti del rapporto o dei titolari delle relative posizioni soggettive⁶⁵.

Si è osservato che se l'istituto della presupposizione ha rappresentato una «formula magica»⁶⁶ che è servita ai giudici per trovare soluzioni non governabili con le tecniche di regolazione predisposte dal codice, l'istituto della rinegoziazione⁶⁷ costituisce «un efficace «rimedio», orientato alla manutenzione del contratto nei termini nuovi che esso presenta» e ciò al di là del fatto che si ritenga giustificabile in base al

⁶³ V. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 e il commento di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295 ss.

⁶⁴ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit.

⁶⁵ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. diritto*, XIV, Milano, 1965, pp.460 ss.

⁶⁶ BELFIORE, voce *Presupposizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Bessone, IX, 4, p. 70 ss.

⁶⁷ Sulla rinegoziazione cfr.: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, in *Rimedi II*, cit., p. 495 ss., ID, *Sopraevenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, p. 118, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, pp. 539 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 472 ss V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Zatti e Iudica, Milano, 2001; SACCO - DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, tomo II, Torino, 2004, 722; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1023 ss.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 667; P. GALLO, *Sopraevenienza contrattuale e problemi di gestione del rapporto*, Milano, 1992; ID., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Digesto disc. Priv.*, VII, Torino, 1991; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano, Inadempimento, adattamento, arbitrato*, in AA.VV., Milano, 1992. Per l'analisi economica del diritto: P. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, in *Rev. of Law and Economy*, 1991, p. 63.

principio di buona fede o nei termini di un diritto pretesa ad ottenere la collaborazione dell'altro contraente (par. 313 BGB). «Solo ove codesta collaborazione dovesse venir meno o palesarsi eccessivamente difficile potrà intervenire il giudice per ridefinire i termini del contratto, così da garantire un nuovo equilibrio conforme al tipo contrattuale delle parti prescelto e al piano dei «rischi» in esso rappresentato»⁶⁸. Ciò che è certo è che la rinegoziazione deve essere letta all'insegna (della ripresa) del programma collaborativo dei contraenti, così come enunciato anche nei testi transazionali. Con la precisazione che «se il rimedio indica, per così dire, il «distacco» dalla fattispecie all'insegna di soluzioni che in essa non rientrano, la sua «onda lunga» non può perpetuarsi anche verso l'obiettivo di una ridefinizione dei termini contrattuali alla luce degli eventi sopravvenuti»⁶⁹.

La dottrina che critica tale impostazione «indubbiamente coglie nel segno della «incompletezza» della fattispecie», rilevando che, in tal modo, si prospettano soluzioni o schemi contrattuali «incompleti» non garantiti né dalle parti né dall'ordinamento. Al contempo tale critica «non contrasta la possibilità che, anche in via di autointegrazione delle discipline legali, si abbiano a fornire risposte al fenomeno esaminato. Che l'esito non possa essere definito a priori è anche possibile ma questo è il segno della presenza di una tutela per via rimediale che è in grado di enunciare sicuramente il mezzo impiegato ma non il risultato»⁷⁰.

Anche in assenza di precedenti con esplicita condanna alla rinegoziazione, in giurisprudenza si riscontrano alcune pronunce significative tra cui una sentenza del TAR che, pur senza riconoscere, in generale, un obbligo di rinegoziazione per le parti del rapporto, precisa la funzione conservativa del negozio e l'utilità per le stesse della revisione⁷¹.

⁶⁸ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 109. In tal senso rileva l'A. è inutile «sforzarsi di qualificare in termini di causa e/o di fondamento negoziale o di condizione non sviluppata l'incidenza delle sopravvenienze laddove si è portati a riconoscere che codesta incidenza prospetta un differenziato bisogno di tutela e che ad esso va a dare risposta».

⁶⁹ ID., *op. loc. cit.*

⁷⁰ cfr. ancora A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 109.

⁷¹ TAR Napoli Campania, 4 marzo 2005 n. 1625, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, p. 783: «La revisione, disciplinata da norme speciali di settore per gli appalti pubblici e dall'art. 1664 c.c. per quelli privati, ha la specifica funzione di recuperare l'originario equilibrio del sinallagma nelle ipotesi in cui venga a determinarsi un'alterazione tra il valore delle reciproche prestazioni di un contratto a prestazioni corrispettive a cui non potrebbe che conseguire la risoluzione del rapporto per eccessiva onerosità; del resto, lo stesso comma 3 dell'art. 1467 c.c. introducendo in tal senso un principio generale, nel disciplinare tale ultima fattispecie di scioglimento dal vincolo contrattuale, contempla la possibilità di recuperare il sinallagma attraverso una modifica del regolamento contrattuale tale da restituirgli le originarie condizioni di equità. Si tratta, quindi, di un intervento che, sebbene formalmente modificativo del precedente assetto di interessi, in realtà assolve ad una funzione conservativa del negozio evitando di esporlo ad una possibile risoluzione. In coerenza del richiamato principio generale di conservazione di cui all'art. 1467 comma 3, c.c., discende che, in presenza di una proroga non coattiva ed anzi effettuata previa rinegoziazione, le citate esigenze di tutela e di conservazione del rapporto devono ritenersi salvaguardate; infatti, non va dimenticato che - e ciò vale anche per i rapporti contrattuali con la p.a. - in fase di esecuzione contrattuale, rispetto a quella di formazione del vincolo, si assiste ad una riespansione dell'autonomia negoziale, nel senso che le parti, ove la normativa di settore ne consenta la possibilità, si avvalgono di istituti volti a disciplinare il rapporto in posizione di sostanziale parità e quindi sopportando anche le conseguenze delle loro scelte e comportamenti».

Meritano attenzione anche alcune pronunce in tema di abuso di dipendenza economica, le quali hanno accolto la domanda cautelare con cui veniva chiesto al giudice di mantenere in vita il rapporto commerciale, che si assumeva essere stato ingiustificatamente interrotto.

Significativa in tal senso una pronuncia cautelare con cui il giudice, ha imposto il mantenimento del rapporto contrattuale, statuendo la ripresa della relazione commerciale, ed ordinato il ripristino dell'entità delle commesse richieste al subfornitore, con l'obbligo di mantenere il rapporto commerciale per alcuni anni, alle stesse condizioni⁷².

In questa pronuncia, il giudice di merito ha provveduto ad adottare un rimedio che, pur non essendo riconducibile alla rinegoziazione, consente di mantenere in vita la relazione tra le parti che si assume interrotta arbitrariamente, secondo quella *ratio* di conservazione del rapporto contrattuale, che si è visto essere propria dei contratti tra imprese a lungo termine.

Rimane da verificare se, come anticipato, sia possibile ricavare dal sistema il rimedio della rinegoziazione quale rimedio correttivo che, in mancanza di una specifica previsione di legge, rilevi come strumento di tutela di una parte⁷³.

A ciò occorre fare una premessa.

A fondamento di nuove misure di protezione non può porsi un concetto di giustizia contrattuale⁷⁴, che risulterebbe privo di oggettivi dati di riferimento⁷⁵. Né un principio di efficienza del mercato in cui consumatore ed impresa debole risulterebbero solo agenti di razionalità⁷⁶, perché un tale principio inverte l'ordine dei valori «nel momento in cui accredita la tutela dei consumatori come il falso scopo dell'obbiettivo vero che sarebbe costituito dalla salvaguardia del mercato»⁷⁷.

4.1 Fonti transnazionali della rinegoziazione

Dall'esame dei testi e della giurisprudenza affrontata nel secondo capitolo è emerso che l'obbligo di rinegoziazione è disciplinato in fonti convenzionali soggette a ratifica internazionale prodotti da organi e istituzioni che intervengono per promuovere un diritto uniforme a livello sia europeo che mondiale e in testi e Principi che promanano da un organo, sopranazionale, sovraordinato allo Stato. Come si è visto,

⁷² Trib. Catania, 9 luglio 2009, in *Danno e resp.*, 2009, con nota di G. COLANGELO, *Subfornitura, dipendenza economica e obbligo di contrarre*, nota a Trib. Catania-Bronte, 9 luglio 2009, in *Danno e resp.*, 2009, p. 997 ss.

⁷³ Rimangono i problemi legati all'ambito di autonomia che residua in capo ai contraenti nell'ipotesi in cui vogliano escludere la rinegoziazione, anche in caso in cui si assista ad una sostanziale modifica delle circostanze di fatto, quale quella dovuta all'impatto economico delle prestazioni. Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 314.

⁷⁴ Vedi G. VETTORI, *Rimedi di terza generazione*, in *Diritto Privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 258; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.

⁷⁵ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, pp. 56-58.

⁷⁶ S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 534; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 93 ss.

⁷⁷ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 423.

si tratta dei Principi *Unidroit* (3:10 - 6:102), dei Principi di diritto europeo dei contratti (art. 4:109 - 6:111), e del *Draft Common Frame of Reference*, di cui si richiamano brevemente le norme più significative ai nostri fini⁷⁸.

Nel testo dei Principi di diritto europeo dei contratti la buona fede si presenta come un obbligo generale che grava sulle parti e che si specifica in disposizioni particolari che impongono loro «di non svolgere trattative contrattuali in mancanza di una volontà reale di raggiungere un accordo» (2:301), di «non rivelare informazioni confidenziali fornite all'altra parte» (2:302) di non «trarre vantaggio iniquo dalla dipendenza, dalle difficoltà economiche o altra debolezza dell'altra parte» (4:109). In altre disposizioni, l'obbligo di buona fede fa emergere «clausole implicite» del contratto (6:102). Crea per il creditore insoddisfatto di una obbligazione non pecuniaria il diritto all'adempimento in natura oltre alla correzione dell'inadempimento inesatto (9:102). Al giudice è consentito modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto le parti avrebbero potuto convenire nel rispetto della buona fede e della correttezza (4:109).

Anche nel testo dei Principi *Unidroit*, come in quello dei Principi di diritto europeo dei contratti, la buona fede «consente di valutare contegni ma anche di «rimediare alla incompletezza» del contratto»⁷⁹. In presenza, infatti, di un contratto o di una clausola che attribuiscono ingiustificatamente ad una parte un vantaggio eccessivo e qualora ricorrano gli altri elementi richiesti dalla fattispecie, il giudice su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

L'art. 30 del Codice di diritto europeo dei contratti sancisce l'invalidità del contratto nel caso in cui alla sproporzione delle prestazioni si affianchi l'abuso. La norma stabilisce, infatti, che è rescindibile il contratto con il quale una parte, abusando dello stato di pericolo, di necessità, di incapacità di intendere e volere, di inesperienza, di soggezione economica o morale della controparte, fa promettere o dare a sé o a terzi una prestazione, o altri vantaggi patrimoniali, manifestamente sproporzionati rispetto alla controprestazione da lei data o promessa». Sul piano rimediabile l'art. 156 prevede, però, che la rescissione del contratto non abbia luogo se il contenuto di esso viene ricondotto ad equità in base all'accordo delle parti stesse o, su istanza di una di esse, da un provvedimento del giudice».

E ancora il DCFR⁸⁰, le cui fonti sono essenzialmente riconducibili ai Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) e al diritto comunitario esistente.

⁷⁸ Nello stesso senso si veda anche l'art. 157 del *Code Européen des Contrats* coordinato da G. Gandolfi. Significativo anche il progetto preliminare francese di riforma delle obbligazioni su iniziativa di Pierri Catala, il quale prevede che il giudice possa ordinare una nuova rinegoziazione del contratto.

⁷⁹ G. VETTORI, *La buona fede*, in *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 159.

⁸⁰ Sono note le tappe del processo di uniformazione in corso.

Sono tre le Risoluzioni iniziali che riguardano tutto il diritto privato europeo. Il 26 maggio 1989 si sollecitano iniziative di armonizzazione. Il 6 maggio 1994 si concentra l'attenzione su alcuni aspetti del diritto privato degli Stati membri. Il 15 novembre 2001 si parla espressamente di avvicinamento dei diritti civili e commerciali (vedili in *GUCE*, 1989, C 158/400; *GUCE*, 1994, C205/518; *GUCE*, 2001, C 140 E/538).

Nel 2003 con l'*Action Plan* (COM72003 68 def.) si individuano le linee da seguire per l'uniformazione con due obiettivi: migliorare la disciplina dei contratti dei consumatori in base alla considerazione che la disciplina di attuazione non è identica, ed uniformare gli strumenti.

Il documento menzionato, in un contesto che abbraccia i Pecl, i *Principi Unidroit* e la Convenzione di Vienna, si impone come modello ai legislatori del mondo intero e come possibilità per le persone che intendono concludere un contratto commerciale anche grazie all'art. 3 e al considerando 13 del Regolamento Roma I⁸¹.

L'art. 7:207 prevede che la parte cui spetta il rimedio dell'inefficacia e dell'annullamento del contratto concluso a vantaggio della parte che ha abusato della propria superiorità, possa chiedere di modificare il contratto secondo quanto le parti avrebbero stabilito se avessero operato con equità e buona fede. E l'art. II 7:302 attri-

Dopo l'*Action Plan* del 2003, la Commissione si era posta l'obiettivo di migliorare l'*acquis communautaire* e di definire un Quadro Comune di riferimento contenente principi e modelli di regole comuni.

Provvedimenti del 2004 e del 2005 chiariscono questi obiettivi in cui si precisa che la funzione principale del *Common frame of Reference* come mezzo per migliorare il corpo delle direttive e di «futuri strumenti giuridici nel settore del diritto contrattuale» attraverso «definizioni chiare di termini giuridici, principi fondamentali e modelli coerenti di regole di diritto contrattuale», da riprodurre in un testo da tradurre in tutte le lingue ufficiali e da pubblicare, entro il 2009 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione (v. Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio sul Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro dell'11 ottobre 2004 in GUCE del 20 gennaio 2005, p. 6).

Negli anni successivi (2006-2007), si attribuisce priorità alla revisione del diritto dei consumatori con la pubblicazione di un libro verde sulla revisione delle otto fondamentali direttive sul consumo con l'obiettivo di predisporre una «direttiva orizzontale civilistica in un contesto settoriale» (Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 8/10/2008, 2008/0196 COD).

Nel 2010 la nuova Commissione Europea insediatasi, mostra la volontà di procedere al perfezionamento del Quadro Comune e di dare riconoscimento giuridico al testo.

Si consideri che nel Libro Verde adottato dalla Commissione il 1 luglio 2010 COM (2010) 348 definitivo, «*Sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*», si individua un duplice obiettivo consistente nel prospettare «possibili strategie per consolidare il mercato interno facendo progredire il settore del diritto europeo dei contratti, e lanciare una consultazione pubblica in proposito». Cfr. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 13 ss.

Si veda anche G. ALPA – G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 2, p. 141 ss.

⁸¹ Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Il considerando n. 13 dispone che «Il presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale. Il presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale.

L'art. 3 «Libertà di scelta» stabilisce quanto segue. «Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso. 2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza per effetto di una scelta anteriore effettuata ai sensi del presente articolo o per effetto di altre disposizioni del presente regolamento. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non ne inficia la validità formale ai sensi dell'articolo 11 e non pregiudica i diritti dei terzi. 3. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente. 4. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. 5. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile sono disciplinate dagli articoli 10, 11 e 13».

buisce al giudice il potere di dichiarare valido il contratto; vietare il contratto in tutto o in parte con effetti retroattivi; modificare il contratto o i suoi effetti, se la legge non dispone la nullità per contrasto a norme imperative.

Inoltre l'art. III 1:110 contiene una disposizione per l'adeguamento del contratto nel caso in cui a causa di circostanze successive, l'inadempimento sia divenuto talmente oneroso che sarebbe ingiusto per il debitore costringerlo ad adempiere. In entrambe le ipotesi, si rileva, occorre considerare se l'erogazione della prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il debitore⁸².

Il metodo della comparazione ci invita a volgere lo sguardo ad altri ordinamenti.

Nel modello tedesco con la riforma si è provveduto ad inserire nel BGB il § 313, il quale prevede che le parti possano adeguare il contratto qualora le circostanze poste a fondamento del medesimo si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto a condizioni diverse se le avessero conosciute. L'adeguamento è possibile se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e della ripartizione contrattuale o legale dei rischi, si verifica un mutamento tale per cui non sarebbe ragionevole imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato⁸³.

Aperture verso la rinegoziazione delle condizioni di contratto sono emerse sia nella dottrina che nella giurisprudenza francese⁸⁴. Ed il progetto dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* suggerisce di introdurre una norma per l'ipotesi di «*survenance d'un déséquilibre grave en cours d'exécution*» (art. 1135)⁸⁵.

Nell'ordinamento italiano, si osserva che nell'ambito delle fattispecie tipiche di contratti a prestazioni corrispettive esaminate nel secondo capitolo, la *ratio* del processo di modificazione giuridica della prestazione determinato da circostanze sopravvenute al contratto risponde alla necessità di «conservare la corrispettività contrattuale» ed a «garantire la compiuta attuazione del rapporto in alternativa alla risoluzione»⁸⁶.

Dal quadro delineato emerge che la ricerca di rimedi che rispondano alla logica contrattuale e, più nello specifico, il tema dell'adeguamento del contratto sia una tu-

⁸² M. STÜRNER, *Il diritto all'esatto adempimento ed i suoi limiti nel diritto privato europeo*, consultabile sul sito www.personaemercato.it.

⁸³ Sul punto cfr.: P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, pp. 539 ss.

⁸⁴ F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 179 ss. L'art. 6.2.1. stabilisce che «in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto richiedere la rinegoziazione del contratto».

⁸⁵ L'art. 1135 così dispone: *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.*

A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre.

Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

⁸⁶ R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, p. 118.

tela ampiamente riconosciuta⁸⁷ a testimoniare una tendenza «ad adeguare i «dati formali» alle «esigenze concrete e reali» che di volta in volta vengono in emergenza»⁸⁸. Ma occorre chiedersi se, al di là delle ipotesi in cui la revisione trova la fonte in un atto di autonomia, il dovere di revisione possa avere una portata generale e in caso di risposta positiva in base a quali norme⁸⁹. Giacché le condizioni in presenza delle quali deve essere ammesso un obbligo di rinegoziazione non risultano ben definite neppure dalla teoria della *relational contract*, dal cui modello emerge la prospettiva di un tale obbligo⁹⁰. L'obbligo legale di revisione dovrebbe, poi, essere interpretato sia come impegno a trattare che come obbligo a concludere il contratto modificativo⁹¹.

Sotto un altro punto di vista, ciò implica una verifica della incidenza delle discipline specifiche dei singoli, diversi tipi di rapporto obbligatorio ai fini della determinazione della disciplina generale del medesimo rapporto⁹².

4.2 Le fonti dell'obbligo di rinegoziazione

4.2.1 Effetto legale della fattispecie di cui all'art. 1467, comma 3, c.c.

Lo scenario che si sta consolidando nel panorama nazionale ed europeo, induce a verificare se nel nostro ordinamento possa dirsi vigente un obbligo di rinegoziazione⁹³.

⁸⁷ Numerosi soprattutto i contributi della dottrina tedesca, in cui è sorto un vivace dibattito proprio sui diversi obblighi di rinegoziare e sulla disciplina dell'adeguamento dei contratti a lungo termine. Tra i più rilevanti cfr.: HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *A cP* 181 (1981), Martinek, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik...und Ablehnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 198, (1998), 329; HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, Mohr Siebeck, 2003; KAMANABROU, *Vertragliche Anpassungsklauseln*, Back, 2004.

⁸⁸ R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, cit., p. 108 ss.

⁸⁹ A proposito si consideri che si è ritenuto che al di là della diversa fonte di diritti e obblighi, il ruolo della revisione sia unitario: R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, cit., p. 119. L'A. rileva, inoltre, che sia non contestabile la legittimità del principio della revisione del rapporto, desunto da inequivoche disposizioni del nostro diritto positivo. «Né è da credere che ad esso sia da negare un'ampiezza che trascenda l'ambito delle singole figure legislativamente disciplinate». A sostegno dell'assunto si richiama proprio il sempre maggiore utilizzo che ne fa in tal senso il legislatore nei rapporti di durata o ad esecuzione periodica al fine di conferire stabilità al rapporto e trovare il giusto temperamento degli opposti interessi delle parti.

⁹⁰ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 472 ss.

⁹¹ F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 8.

⁹² G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 491 ss, citato anche da F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, cit.

⁹³ Secondo alcuno non può mettersi in dubbio nel nostro ordinamento l'esistenza di un principio giuridico della revisione del rapporto. Piuttosto sarebbe discutibile la vigenza nel nostro sistema se tale principio venga in conflitto con il rimedio generale della risoluzione. E se conseguentemente ciò si traduca in un'erosione dei principi fissati dall'art. 1467 c.c. o si risolva in una proposta di politica legislativa o in consigli per la stesura dei contratti contemplati dalla norma. Si v. sul punto F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, cit., p. 43.

Un orientamento prospetta la tesi che l'obbligo di rinegoziazione, laddove non costituisca l'effetto dell'accordo originario, costituisca «un effetto legale della fattispecie, un obbligo nascente direttamente dalla legge, nell'ipotesi prevista dall'art. 1467, 3° comma»⁹⁴. Si precisa, poi, che «la fonte dell'obbligo risiede nella legge, mentre il rapporto contrattuale ne costituisce il necessario filtro, posto che è la configurazione negoziale come contratto a lungo termine a giustificare l'applicazione della norma in al senso»⁹⁵.

L'obbligo legale di rinegoziare si innesta, secondo questa tesi, nel giudizio promosso per la risoluzione del contratto.

La locuzione verbale «può» riferita alla possibilità della parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni di contratto, individuerebbe in capo alla parte beneficiaria il diritto soggettivo ad evitare la risoluzione. Un eventuale rifiuto da parte del destinatario dell'offerta di aprire le trattative, potrebbe configurare, invece, una violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.⁹⁶.

4.2.2 Equità

Secondo un'altra tesi l'obbligo di rinegoziazione scaturirebbe non dalla comune intenzione dei contraenti, ma dalla norma che attribuisce all'equità una funzione integrativa del contratto. Si perviene, pertanto, ad una estensione dei rimedi verso un rischio contrattuale unificato, che trae fondamento nell'equità⁹⁷. In questo caso la clausola implicita descritta costituirebbe un effetto legale derivante dall'integrazione del contratto secondo equità. Ne consegue che in questa seconda ricostruzione, diversamente dalla prima, l'obbligo di rinegoziazione opererebbe automaticamente. Come si è cercato di argomentare in precedenza, osta a questa ricostruzione il limite per cui l'equità integrativa non è fonte di diritti e obblighi e non è di per sé idonea a creare regole nuove non rinvenibili nel diritto codificato né dal medesimo ricavabili. Da ciò discende che l'equità non è nella disponibilità del giudice e non si traduce in un am-

⁹⁴ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 296.

⁹⁵ ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 298.

⁹⁶ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 293 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 11.

⁹⁷ Si deve dare atto che Autorevole dottrina, R. SACCO - DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, tomo II, Torino, 2004, p. 722, ha ricondotto l'obbligo di rinegoziare all'equità anziché alla clausole generale di buona fede. Si è in particolare ritenuto che «L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga...si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno. Se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'interprete completamente senza aiuto». In caso di sopravvenienze, infatti, «l'equità vuole che i contraenti, se sorpresi dalla sopravvenienza, se appena la cosa è possibile riscrivano il contratto, rinegoziandolo; salva la decisione del giudice sul merito se l'accordo delle parti non è raggiunto...La sopravvenienza tipica non deve essere lasciata priva di un rimedio...I Principi *Unidroit* e quelli della Commissione Lando conoscono l'obbligo di rinegoziare». Secondo gli illustri Autori, infatti: «L'art.1374 c.c. scatena tutte le conseguenze che gli si confanno in base all'idea di equità».

pliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti⁹⁸.

Da tutto ciò sembra, a parere di chi scrive, che l'equità non possa costituire la fonte dell'obbligo di rinegoziazione.

4.2.3. Interpretazione secondo buona fede

Un altro filone, attraverso un'estensione dell'intenzione dei contraenti in base alla clausola della buona fede ex art. 1366 c.c., ha ricondotto l'obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata all'art. 1467 c.c., da cui si potrebbe ricavare una clausola volta a rimettere alle trattative dei contraenti la gestione di tutte le sopravvenienze, a prescindere dal requisito della eccessiva onerosità⁹⁹.

Si potrebbe sostenere, infatti, che l'intenzione delle parti di un contratto a lungo termine, indipendentemente dal verificarsi delle condizioni di eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c., sia quella di adeguare l'assetto contrattuale al variare delle situazioni di fatto al momento in cui non rispondano più alla logica che le parti avevano considerato al momento della conclusione del contratto.

In particolare, in base ai diversi orientamenti dottrinali si indicano due diverse strade per far emergere l'obbligo di rinegoziare in base alla clausola di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c.

In un caso l'interpretazione concerne la singola dichiarazione contrattuale. Sicché l'effetto conservativo del negozio si ricollega al verificarsi di eventi sopravvenuti. Nell'altro, l'interpretazione riguarda l'accordo nel suo complesso e la buona fede costituisce un mezzo di ricostruzione dell'intesa¹⁰⁰.

Proprio facendo ricorso all'art. 1366 c.c., l'autorità giudiziaria ha ritenuto che un contratto di impresa a lungo termine, in cui una parte aveva invocato la tutela del divieto di abuso di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 1366 c.c., dovesse essere interpretato «nel senso di adeguarlo al significato sul quale le parti potevano e dovevano fare affidamento e di evitare interpretazioni cavillose in contrasto con la causa del contratto e con lo spirito dell'intesa»¹⁰¹.

Certo, l'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1366 c.c. rappresenta per l'interprete una sfida difficile, ponendo «da sempre dubbi e interrogativi soprattutto nell'identificare quali soluzioni siano conformi alla buona fede»¹⁰².

⁹⁸ F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 541. Cfr. *supra* paragrafo 3.1 con il richiamo a G. VETTORI, *Commento sub art. 39*, in *Codice del consumo*, cit. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 83 ss. G. VETTORI, *Commento sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 416.

⁹⁹ F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto Privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, 1998, p. 193 ss.

¹⁰⁰ F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 14 ss.

¹⁰¹ Trib. Isernia, 13 aprile 2006, in *Giur. Merito*, 2006, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela di mercato*, in *Giur. Merito*, p. 2153 ss.

¹⁰² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, II ed., Padova, p. 344 che richiama R. SACCO, *Il contratto*, cit. p.410. Osserva l'A. che le definizioni più risalenti riferivano l'interpretazione secondo buona fede alla intenzione delle parti. Da qui la critica che la fedeltà alla volontà comune è già richiesta dall'art. 1362 c.c. Si è poi, attribuito alla clausola il significato di «reciproca lealtà di condotta», senza però, ancora aggiungere niente

Da qualche tempo si formulano letture «più impegnative» dell'art. 1366 con cui si ipotizza un suo ruolo nel caso di effetti dannosi e imprevisi, e conseguentemente si introduce il tema della revisione o ripetizione del contratto, senza alterare rischio e oneri predisposti dalle parti.

In questa ottica si è valutata la possibilità di utilizzare l'art. 1366 c.c. per «rettificare i dettagli di un negozio, cancellandone quanto inserito grazie all'abuso di disagio (debolezza, ingenuità, timidezza) o della momentanea mancanza di discernimento della controparte»¹⁰³. La norma può inoltre essere utilizzata per consentire di recuperare le promesse non incluse nel testo contrattuale e tuttavia presentate nel corso delle trattative. Sicché, considerato che «se le parti avessero saputo, avrebbero disposto», si arriva a ritenere che l'autorità giudiziaria potrebbe «sponsorizzare l'allocazione dei rischi impreveduti, fino alla rilevanza della sovrapposizione».

Si è anche precisato che la buona fede è strumento di interpretazione della volontà negoziale e di protezione dell'affidamento del destinatario della dichiarazione, in quanto consente di andare «oltre la volontà dei contraenti e di vincolarli al significato oggettivo delle loro dichiarazioni contrattuali»¹⁰⁴.

Un significato più completo della buona fede interpretativa sembra si debba trarre da una recente pronuncia giurisprudenziale, la quale ha precisato che la «volontà delle parti non può essere integrata con elementi ad essa estranei, e ciò anche quando sia invocata la buona fede come fattore di interpretazione del contratto, la quale deve intendersi come fattore di integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello - diverso - della determinazione delle rispettive obbligazioni, come stabilito dall'art. 1375 c.c.»¹⁰⁵. Da ciò si ricava che l'art. 1366 c.c. impone di tener conto che gli artt. 1337 e 1375 ampliano diritti e obblighi delle parti ed «indica all'interprete la necessità di fissare il contenuto del contratto e di ricercare il senso più rispondente ad un'attività corretta dei contraenti»¹⁰⁶.

4.2.4 La buona fede come fonte dell'obbligo di rinegoziazione

La tesi che qui si ritiene di condividere, fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'art. 1375 c.c. che riconosce il dovere di correttezza contrattuale, da intendersi non solo come clausola generale «destinata a regolare l'intero rapporto contrattuale, ma anche

al significato dell'art. 1366 c.c. E poi l'idea di Grassetti (C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983) secondo cui «data una dichiarazione che la controparte aveva il diritto di intendere in un dato senso» «questo senso sarà rilevante per il diritto e il dichiarante non potrebbe invocare un significato diverso» per cui interpretare secondo buona fede una dichiarazione significa, secondo questa tesi, «mettersi nella disposizione di chi debba prenderne cognizione». A questa interpretazione si è replicato però che «il contratto non è l'isolata dichiarazione di una persona ad un'altra ma un ceppo di dichiarazioni reciproche: un testo unitario a cui portano la loro adesione entrambe le parti. Non c'è un dichiarante e un destinatario i due contraenti partecipano delle due qualità» (R.SACCO, *op. cit.* p. 408 ss.)

¹⁰³ R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, p. 408 ss.

¹⁰⁴ P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 261 in tema di revisione giudiziale del rapporto e non dell'obbligo legale di rinegoziare, citato da F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 14.

¹⁰⁵ Cass., 12 aprile 2006 n. 8619 in *Obb. e contr.*, 2007, 2, p. 121, con nota di COREA.

¹⁰⁶ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 347.

come fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 sub specie di legge»¹⁰⁷. Si tratta, infatti, di un obbligo legale non previsto contrattualmente. Con la conseguenza che il meccanismo che lo inserisce *ex lege* nel regolamento contrattuale è l'integrazione e «specifica fonte integratrice è la buona fede»¹⁰⁸.

Con la precisazione che la buona fede assume una funzione di autointegrazione del regolamento e dell'equilibrio e non una funzione eteronoma, in quanto la clausola «coopera con la volontà delle parti per far emergere l'assetto che avrebbero scelto se vi avessero potuto provvedere da sé»¹⁰⁹.

Occorre, infatti, sempre considerare che tra «contraenti, il potere di imporre all'altro le mutazioni gradite a sé, e il diritto di fiutare ogni mutazione necessaria alla controparte funzionano sempre con il limite della lealtà, chiamata dal legislatore italiano, e da altri legislatori, buona fede»¹¹⁰.

In queste ipotesi l'obbligo di rinegoziare risulta svincolato dall'offerta di riduzione ad equità di cui al comma 3 dell'art. 1467 c.c. e si traduce in una modalità di attuazione del rapporto obbligatorio¹¹¹. Con la conseguenza che proprio dal dovere di ese-

¹⁰⁷ G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001; MARASCO, *op. ult. cit.*

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047. L'A. precisa che la buona fede non è richiamata dall'art. 1374 c.c. che disciplina l'integrazione del contratto. Tuttavia la norma cita la legge tra le fonti di integrazione e proprio la legge stabilisce all'art. 1375 c.c. che il «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede». L'art. 1375 c.c. costituisce, dunque, la base del ruolo della buona fede come fonte d'integrazione del contratto (ID., *op. ult. cit.*, p. 493).

¹⁰⁹ L'osservazione relativa alla buona fede nel testo dei Principi Lando è di C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XL., citato da G. VETTORI, *La buona fede*, cit., p. 159, ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 159. Si osserva, ancora, che tale finalità consente di «rimodellare il contratto» di fronte a situazioni non previste o in ipotesi di squilibrio (art. 4:105, 6:111). Tale modo di operare non filtra i valori dell'ordinamento ma espande la logica «impressa dalle parti al loro atto e la proietta su ciò che il contratto non risulta aver regolato» (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, XL), con un'operatività diversa dal criterio di ragionevolezza.

¹¹⁰ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, cit., p. 309 ss; ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 217 ss. L'A. osserva che in un sistema che ha avuto cura di insediare il criterio di buona fede in tutti i crocicchi strategici del diritto delle obbligazioni e dei contratti, che ha affidato alla buona fede il compito di ritagliare i contorni dei diritti, che ha sancito la nullità del contratto compiuto per motivi illeciti, è prevista la possibilità di dilatare l'applicazione della regola agli atti unilaterali - artt. 1345 e 1234 c.c. it. - l'intervento di un divieto d'abuso volto a regolamentare le modalità di esercizio di quei diritti, sarebbe virilmente superfluo; né renderebbe più idoneo il sistema o più convincente la logica del diritto».

¹¹¹ La tesi che individua nella buona fede la fonte dell'obbligo rinegoziativo pone problemi di coordinamento con l'art. 1467 c.c.

La prima ipotesi prospettata è che le disposizioni da cui si ricava l'obbligo di rinegoziare si sovrappongono alla disciplina delle sopravvenienze, in quanto regolano il medesimo fenomeno.

L'altra ipotesi è, invece, quella per cui le disposizioni vengono a regolare fenomeni diversi, con ambiti di applicazione diversi e non comunicanti.

E' preferibile la seconda delle tesi prospettate. Se venisse accolta la tesi per cui l'art. 1467 c.c. esaurisce ogni ipotesi di sopravvenienza, tutte le fattispecie concrete finirebbero per confluire nell'art. 1467 c.c. Con la conseguenza che resterebbe precluso ogni eventuale ulteriore rimedio ed ogni spazio alla equità e alla buona fede.

Si argomenta questa conclusione in base ad una lettura autonoma dei commi 1 e 2 dell'art. 1467 c.c. Ovvero si ritiene che il primo comma individui l'alea normale nella prevedibilità dell'evento o nella dimensione non eccessiva dell'onerosità sopravvenuta. Oltre il limite del normale adempimento maturerebbero,

guire il contratto in buona fede, discende l'obbligo per i contraenti di instaurare le trattative e di rinegoziare il contratto.

Tutto ciò richiede una precisazione ancora.

L'affermazione per cui la clausola generale della buona fede nei contratti di durata può costituire la fonte di un diritto-dovere di rinegoziare, deve essere intesa nel senso che la clausola generale configura un obbligo per i contraenti di cooperare affinché sia possibile modificare il contratto quando la «parte interessata a mantenere in essere un contratto ragionevolmente aderente alla concreta realtà del mercato inviti l'altra a rinegoziare»¹¹².

In queste ipotesi il diritto alla cooperazione che deriva dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede impone alle parti di ricorrere al rimedio manutentivo, allorché le condizioni di mercato rendano l'uscita molto costosa o perché gli investimenti specifici sono molto elevati o perché le alternative di mercato sono limitate, pur in presenza di investimenti specifici bassi. Il rifiuto di rinegoziare da parte del contraente più forte configurerebbe un abuso nei confronti della parte più debole che ha maturato un interesse talmente elevato a rimanere all'interno del rapporto contrattuale, che l'interruzione improvvisa determinerebbe per la stessa la perdita di gran parte degli investimenti effettuati.

Il dovere di cooperare si colloca in tal modo sul piano rimediale, come rimedio alla incompletezza del contratto.

Si è osservato che la cooperazione è molto frequente nel settore delle costruzioni, tra più subappaltatori legati all'appaltatore da contratti indipendenti. Ciascun subappaltatore ha un obbligo di cooperazione legato alla prestazione di altri soggetti. Il dovere di cooperazione impone obblighi di coordinamento e obblighi di «conformazione o adattamento» quando la prestazione degli altri subappaltatori renda più difficile la propria¹¹³. Si è osservato che simili doveri sorgono anche nell'ambito delle filiere produttive, dove una pluralità di imprese è coinvolta nella produzione di un bene complesso per il quale è richiesta la cooperazione tra i produttori di parti componenti ed i progettisti. In questi contratti «l'incompletezza non viene mai risolta definitivamente e la cooperazione è funzionale alla gestione dell'incertezza non alla sua eliminazione»¹¹⁴.

invece, i presupposti per la risoluzione per eccessiva onerosità. In questa prospettiva rimarrebbero esclusi anche i momenti antecedenti al prodursi della fattispecie di cui all'art. 1467 c.c., comma 1. Per queste considerazioni cfr. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 17 ed *ivi* il richiamo a A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, pp. 416-420,448; M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Dir. impr.*, 1986, p. 189.

¹¹² P. F. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, cit., p. 550 - v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320. *Contra*: G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1023 ss.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 667; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 487.

¹¹³ F. CAFAGGI, *I doveri di cooperazione nei contratti: un'agenda di ricerca*, in *Le reti di impresa e i contratti*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 376. L'A. sul punto per gli USA cita M.G.M. *Construction Corp.*, *A New Jersey corporation, Plaintiff, v. New Jersey Educational Facilities Authority*, 532 A. 2d 764. E M. GULATI - W.KLEIN, *Economic Organization in the Construction Industry: A Case Study of Collaborative Production under High Uncertainty*, Duke Law Faculty Scholarship, Paper, 1305, 2004.

¹¹⁴ Cfr. F. CAFAGGI, *I doveri di cooperazione nei contratti: un'agenda di ricerca*, cit., p. 377.

Nell'ipotesi, poi, di impossibilità sopravvenuta della prestazione, nel caso in cui le parti non abbiano previsto meccanismi convenzionali di rinegoziazione, l'obbligo di rinegoziazione si estende anche alla cessazione del rapporto contrattuale. In queste ipotesi il diritto alla cooperazione impone di ricorrere ad un rimedio manutentivo ed è tanto più intenso quanto più l'impresa creditrice sia priva di alternative soddisfacenti sul mercato, pur in presenza di investimenti specifici bassi, le condizioni di mercato rendono l'uscita molto costosa, gli investimenti specifici sono molto elevati¹¹⁵.

I testi e principi emersi in ambito comunitario ed internazionale¹¹⁶, contengono un chiaro richiamo alla buona fede ricostruita in questo senso, come strumento non solo di valutazione di contegni ma anche di rimedio alla incompletezza del contratto. Tali testi, seppur fonti non vincolanti, meritano attenzione in quanto si presentano come «un sistema di principi e di linee direttrici in grado di disciplinare una materia che..difficilmente si presta a restare imprigionata nel chiuso di un rigido apparato di norme»¹¹⁷. Ad analogo processo si assiste sul piano pubblicistico in cui il diritto amministrativo europeo risulta destinato a condizionare sempre più quello nazionale, anche con riferimento a figure giuridiche utilizzate nell'ambito dei controlli di natura amministrativa sul commercio¹¹⁸.

E non solo. Occorre considerare tutta una altra serie di norme relative ad alcuni tipi, per i quali il codice prevede una disciplina particolare. Ciò testimonia che già nel codice esiste un rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore. E questo tratto accompagna da sempre il diritto contrattuale in ogni epoca storica.

Rilevano in questo senso tutte le norme contenute nella disciplina dei contratti tipici, analizzate nel secondo capitolo di questo lavoro improntate da un principio di adeguamento del contratto, contenute in materia di appalto (art. 1657 c.c.), somministrazione (art. 1474 c.c.), vendita (art. 1492 c.c. in tema di garanzia per vizi della cosa venduta). E l'altro gruppo di norme relative a presupposti e modalità di modificazione delle condizioni prestabilite anch'esse previste in materia di appalto, (artt. 1661, 1664, 1660 c.c.), di affitto (l'art. 1623), di mandato (l'art. 1710). E ancora le disposizioni conservative contenute nelle già esaminate discipline in materia di subfornitura

L'A. propone l'esempio tipico della BIM (*building information modeling*). La BIM, consente di ridefinire la progettazione, costringendo a rivedere la tipica segmentazione della contrattazione nel settore delle costruzioni dove il progetto veniva consegnato dal professionista al committente e poi successivamente realizzato dall'appaltatore. Una tale tecnologia suggerisce lo scambio tra le parti, «costringendo a ripensare il confine tra determinazione e attuazione del regolamento contrattuale e le modalità di cooperazione tra le diverse imprese contraenti».

¹¹⁵ Cfr. F. CAFAGGI, *I doveri di cooperazione nei contratti: un'agenda di ricerca*, cit., p. 382.

L'A. richiama i Principi del diritto europeo dei contratti (art. 6:111), come esempio di un'esplicita previsione dell'oggetto dell'obbligo di rinegoziazione non limitato alla manutenzione ma esteso anche alla cessazione del rapporto contrattuale. La norma definisce bene anche i poteri del giudice, il quale può condannare le parti al risarcimento del danno, in caso di rifiuto di trattare o di irragionevole durata delle trattative «restando impregiudicati i rimedi giuridici che sostituiranno quelli convenzionali che le parti avrebbero dovuto concordare».

¹¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Zatti e Iudica, Milano, 2001, p. 1047.

¹¹⁷ Così, a proposito del *Code Européen des contrats*, G.B. FERRI, *Validità e patologie nel Code Européen des contrats*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 928.

¹¹⁸ O. ROSELLI, voce «Commercio» (*profili amministrativi*), in *Enc. dir. Agg.*, Milano 2010, p. 179.

(l. 192/98) e la legge che disciplina il ritardo nei termini di pagamento (d.lg. 231/2002).

E vi sono altre norme ancora nel codice civile che consentono di salvare il contratto mediante l'adeguamento. Si tratta delle fattispecie relative all'errore di calcolo, che non dà luogo ad annullamento ma a rettifica, da cui consegue che ogni contratto viziato da errore non dà luogo ad annullamento se viene rettificato.

La riduzione ad equità impedisce la risoluzione del contratto rescindibile per lesione e di quello risolubile per eccessiva onerosità.

In ipotesi di impossibilità parziale della prestazione, la parte creditrice può recedere oppure chiedere una proporzionale riduzione della propria prestazione e il conseguente mantenimento del contratto.

Nelle fattispecie elencate l'adeguamento scatta in modo automatico. Altre volte costituisce la conseguenza dell'iniziativa di una parte. Il contenuto dell'adeguamento è determinato a volte dalla parte, altre dal giudice, altre volte ancora risulta già predefinito. Da queste ipotesi emerge comunque, decisamente, una «macro *ratio*» di «adeguare il contratto per salvarlo». In una logica di flessibilità che sfugge alla rigida alternativa tra cancellazione del contratto e mantenimento del medesimo consentendo al contratto di adattarsi flessibilmente «per ovviare alle circostanze che lo rendono difettoso»¹¹⁹.

Si cita ancora l'orientamento giurisprudenziale che, in ipotesi di bene che il promissario acquirente scopra affetto da vizi, ha ammesso la possibilità per quest'ultimo di chiedere ed ottenere una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. per l'attribuzione del bene ad un prezzo giudizialmente ridotto ex art. 1492 c.c.¹²⁰. Un tale orientamento conferma quello già precedentemente emerso in giurisprudenza che aveva esteso la revisione del contratto al preliminare di vendita di bene futuro ancora da realizzare, quando questo risulti difforme da quanto ipotizzato dalle parti qualora si presenti in concreto di dimensioni, qualità o valore inferiore o superiore a quanto pattuito¹²¹.

¹¹⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1044 ss.

¹²⁰ Più di recente Cass. civ., sez. II, 16 luglio 2001, n. 9636 in *Contr.* 2002, p. 444 con nota di BESOZZI, in *Riv. notariato* 2002, p. 441 con nota di VOCATURO, in *Vita not.*, 2002, p. 152 con nota di INDOLFI, la quale ha stabilito che: «Nel contratto preliminare di compravendita, qualora la cosa pattuita risulti difforme o alterata o presenti comunque vizi, il promittente acquirente può, in sede di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, domandare, oltre alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c., la riduzione del prezzo pattuito o in alternativa la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi; l'ammissibilità di tali rimedi di carattere generale, previsti per i contratti sinallagmatici, discende dalla violazione dell'impegno traslativo assunto dal promittente venditore col preliminare, costituente la sola fonte dei diritti e degli obblighi contrattuali delle parti, la quale esige che il bene oggetto del contratto sia trasferito in conformità alle previsioni e senza vizi». L'orientamento è costante nella giurisprudenza. Cfr. da ultimo: Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *Foro online*.

¹²¹ P. GALLO, voce «Revisione del contratto» in *Digesto priv./civ.*, VII, Torino, 1998, p. 442. L'A. cita Cass., 27 febbraio, 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 1630-1640 con nota di A. DI MAJO, su cui si tornerà successivamente, la quale ha stabilito che «Con riguardo al preliminare di vendita di immobile da costruire, e per il caso in cui detto bene venga realizzato con vizi o difformità, che non lo rendano oggettivamente diverso, per struttura e funzione, ma incidano solo sul suo valore, ovvero su secondarie modalità di godimento, deve ritenersi che il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore, non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, ma può esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, a norma dell'art. 2932 c.c., chiedendo, contestualmente e cumulativamente,

In un noto lodo¹²², il collegio arbitrale, in base ad un'interpretazione in senso integrativo della buona fede ha espressamente riconosciuto un obbligo di rinegoziazione ai sensi dell'art. 1375 c.c., in caso di sopravvenuto squilibrio delle posizioni contrattuali rispetto all'assetto originario.

Da tutto quanto sopra esposto e da una lettura congiunta del diritto privato generale nazionale ed europeo, anche giurisprudenziale¹²³, e delle novità derivanti dai diritti secondi si trae l'esigenza di un rimedio efficiente che si sostanzia in una pretesa ad ottenere strumenti adeguati di tutela. Si scopre, così, che «nel sistema esistono già le basi per affermare il vigore di nuovi istituti di parte generale, quali..l'obbligo di rinegoziazione dei termini del contratto nei rapporti a lungo termine, concepito in

la riduzione del prezzo, tenuto conto che il particolare rimedio offerto dal citato art. 2932 c.c. non esaurisce la tutela della parte adempiente, secondo i principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive, e che una pronuncia del giudice, che tenga luogo del contratto non concluso, fissando un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare, configura un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente». E con riferimento a un preliminare di permuta di cosa presente contro cosa futura in ipotesi in cui il permutante promissario abbia costruito un immobile avente una superficie maggiore di quella prestabilita ma che non sia radicalmente diverso da quello promesso: Cass., 29 marzo 1982, n. 1932, in *Foro it., Rep.* 1982, Contratto in genere, n. 135, la quale ha ammesso il diritto «di ottenere, a norma degli art. 1537 e 1538 c.c., una rettificazione del contratto preliminare, con possibilità per il giudice di determinare il supplemento di prezzo dovuto, contestualmente alla pronuncia costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., con la quale si dispone il trasferimento del diritto in caso di inadempimento dell'altro promissario permutante».

¹²² Si tratta del lodo emesso dal collegio arbitrale formato da G. Alpa, presidente, L. Nanni e G. Sbisà, arbitri, del 15 luglio 2004, p. 539 ss., che può leggersi in *Contr. e impr.*, 2005, con commento di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, cit., p. 539 ss.

La controversia trae origine dalla compravendita di un pacchetto azionario che prevedeva la corresponsione del prezzo in due parti di cui una, fissa, da pagarsi al momento della girata delle azioni. Un'altra da determinarsi in misura variabile secondo uno schema disciplinato nel regolamento contrattuale. Si operava un distinguo in base alla quotazione o meno della società, prevedendo nella prima ipotesi la corresponsione di un prezzo ulteriore proporzionale al valore IPO -capitalizzazione post offerta, inclusa *green shoe* sulla base del prezzo di collocamento-. Nella seconda la corresponsione di un prezzo ulteriore in misura fissa. La società non veniva quotata e conseguentemente il venditore chiedeva all'acquirente il pagamento della seconda tranche di corrispettivo in misura fissa. A fronte del rifiuto dell'acquirente di pagare la seconda tranche di corrispettivo, sul presupposto della diminuzione di valore del bene ceduto, il venditore attivava procedura arbitrale rituale di diritto, per ottenere la condanna della società acquirente al pagamento del corrispettivo residuo. L'acquirente si opponeva alle richieste dell'avversario, eccependo la eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, chiedendo al Collegio, in via subordinata, per effetto di un tentativo dell'acquirente di rinegoziare il contenuto del contratto, di modificare equamente le condizioni di contratto. Affermato l'obbligo di rinegoziazione, il Collegio ha proceduto alla riduzione del prezzo del contratto per adeguarlo ai valori attuali del mercato.

F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 76 precisa che il lodo sarebbe discutibile in ambito nazionale, mentre si considera corretto nell'ambito dell'arbitrato internazionale in cui si fanno salvi gli usi del commercio, la *lex mercatoria*, applicata ad integrazione del diritto nazionale.

¹²³ Si ricorda la vicenda relativa al caso Courage descritta nel capitolo secondo, terminata con la sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 76. In Italia Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296 (caso *Fiuggi*). La sentenza sulla riduzione d'ufficio della clausola penale: Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida al diritto*, n. 28, 2005, p. 34 ss.

chiave ben più ampia e stringente rispetto alla riduzione ad equità del contratto di cui agli artt. 1450 e 1467 c.c.»¹²⁴.

Tutto ciò senza scalfire il limite per cui al giudice non è consentito «giungere alla modifica *tout court* del contenuto del contratto a vantaggio di una parte perché considerata in una situazione sfavorevole rispetto all'altra dotata di maggiore forza contrattuale»¹²⁵. Una tale conclusione, d'altra parte, non può trarsi neppure dalla normativa sui ritardi di pagamento, in quanto neppure questa legge riconosce al giudice «un potere autonomo», essendo il legislatore che individua «i parametri necessari ad orientare e governare l'opera di aggiustamento negoziale»¹²⁶.

La configurazione della clausola generale della buona fede, così come ricostruita nel presente lavoro, non esclude che il giudice possa intervenire sul regolamento contrattuale per apportare le modifiche necessarie per rendere il contratto conforme a quanto le parti avrebbero dovuto stipulare rinegoziando nel rispetto della buona fede e della correttezza.

In queste ipotesi l'intervento dell'autorità giudiziaria non deriva, però, dall'applicazione diretta al caso di specie della equità, il cui ricorso da parte dell'autorità giudiziaria, si è detto, deve essere limitato alle ipotesi espressamente previste dalla legge, non esistendo nel nostro ordinamento una norma che attribuisce al giudice un potere perequativo generale da esercitare in via officiosa. Il potere di intervento del giudice risulta invece mediato dall'accertamento nel caso di specie della violazione di una regola, il dovere di buona fede, che le parti erano tenute a rispettare e che imponeva loro di rinegoziare le condizioni contrattuali divenute gravose a seguito del verificarsi di sopravvenienze.

Così ricostruito, l'intervento del giudice risulta rigorosamente ancorato alla verifica di precisi presupposti quali l'esistenza di un contratto a lungo termine, l'inadempimento di una parte dell'obbligo di rinegoziare conseguente alla violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede.

Si è osservato che la prospettazione della buona fede quale fonte dell'obbligo di rinegoziare fa emergere nello scambio di mercato, dalla struttura complessa del rapporto obbligatorio, per sua funzione, «il segno di una nuova eccedenza di senso» e dota «tale eccedenza di energia giuridica»¹²⁷.

¹²⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. Nella stessa ottica una tale lettura può condurre a considerare l'eccessiva onerosità «come limite dell'inadempimento in natura ulteriore rispetto all'impossibilità della prestazione di cui all'art. 1256 c.c.» o ancora «*l'exceptio doli generalis* quale rimedio derivante dall'ennesima funzione di carattere generale della buona fede oggettiva».

¹²⁵ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit.

¹²⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit.

¹²⁷ Così con riferimento sia alla buona fede che all'equità, F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, cit., p. 52. ID., *ibidem*: «Nell'obbligo legale di rinegoziare, l'attività discorsiva e conoscitiva che trova, nel protrarsi del rapporto nel tempo, la propria ragione sociale, varca la soglia del diritto e penetra nel rapporto; così da stringere autonomia e solidarietà, scambio e dono, in un legame inestricabile. Come il dono induce uno scambio, una trama di rapporti obbliganti ed obbligati, così il vincolo, la cui energia è dalle parti estesa nel tempo, contiene l'eccedenza di una fiducia che si fa dialogo: dialogo in tanto più fitto e propositivo in quanto quel rapporto è insidiato o compreso, nei suoi elementi di equilibrio, da un evento inatteso».

5. Interpretazione estensiva e analogica nel terzo contratto

5.1 Il terzo contratto, la disciplina dei termini di pagamento e del divieto di abuso di dipendenza economica

Nel primo capitolo sono state illustrate le discipline in materia di contratti di impresa, del divieto di abuso di dipendenza economica e del ritardo nei termini di pagamento nelle transazioni commerciali.

All'interno di quest'ultima normativa si è visto come assuma particolare rilievo la norma prevista all'art. 7 che consente al giudice di dichiarare la nullità dell'accordo «sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento», qualora risulti «gravemente iniquo» nei confronti del creditore, avuto riguardo ad una serie di circostanze di fatto, quali la corretta prassi commerciale, la natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, la condizioni dei contraenti ed i rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ogni altra circostanza.

Dichiarata anche d'ufficio la nullità dell'accordo derogatorio, il giudice o applica i termini legali o riconduce ad equità il contratto.

L'art. 7, infatti, attribuisce al giudice il potere di sostituire una clausola e di integrare il contenuto del contratto con altra, mutuata dalla disciplina legale dispositiva o di ricondurre il contratto ad equità.

Un'analoga previsione non è, invece, prevista dall'art. 9 del d.lg. 192/98, che si limita a sanzionare con la nullità il contratto frutto di un abuso di dipendenza economica o dall'art. 6 comma 3 della legge sulla subfornitura industriale, che dispone la nullità del patto con cui il subfornitore dispone dei diritti di privativa industriale o intellettuale a favore del committente e senza un congruo corrispettivo.

Come si è efficacemente affermato, l'art. 6 comma 3 del d.lgs. 192/98 «sottopone in modo assolutamente frontale e diretto a sindacato l'equilibrio economico del contratto»¹²⁸ aprendo in modo inequivocabile al controllo giudiziale l'adeguatezza dei termini economici dello scambio.

Sulla portata della norma di cui all'art. 7 d.lgs. 231/2002 si sono confrontati teorici e studiosi del diritto.

Si precisa, infatti, che l'ambito di applicazione dell'articolo coincide con quello della normativa sui ritardi nei termini di pagamento, la quale si applica alle transazioni commerciali, ovvero ai contratti comunque denominati tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni. E il richiamo all'equità opera nell'ambito del determinato contesto individuato dal legislatore, che prevede in modo preciso gli indici in base ai quali valutare l'iniquità del contratto.

Occorre, allora, indagare se sia possibile, ed in caso di risposta affermativa entro quali limiti, riconoscere un potere perequativo in via officiosa del giudice, al di fuori dell'ipotesi espressamente disciplinata dal legislatore.

A tal fine è utile premettere alcuni cenni sulle diverse forme in cui può essere interpretato il potere di intervento del giudice.

¹²⁸ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milano, 2001.

5.2 Interpretazione estensiva, analogica o tassativa del potere di intervento del giudice previsto dall'art. 7 d.lg. 231/2002

Parlando di interpretazione analogica occorre distinguere l'*analogia legis*¹²⁹ dall'*analogia iuris*.

È noto, infatti, che si ha analogia *legis* in presenza di una norma che detta una disciplina per un caso analogo o una materia analoga, allorché ricorrano i seguenti requisiti.

Il caso non è previsto.

Esiste un elemento di identità fra il caso previsto e quello non previsto.

Deve esserci identità di *ratio* ovvero identità dell'elementi in vista dei quali il legislatore ha formulato la regola che disciplina il caso previsto. Perché coerenza impone che situazioni che presentano gli stessi elementi rilevanti siano sottoposte alla stessa regola.

Conseguentemente, l'applicazione analogica si traduce nella «applicazione di una norma ad una fattispecie da essa non prevista, ma tuttavia simile a quella da essa prevista»¹³⁰. E la somiglianza risiede nella corrispondenza tra gli elementi sostanziali rilevanti per la regola giuridica.

Da quanto esposto si trae che il ricorso all'analogia consiste in un «processo logico per risalire dalle norme espresse e particolari al principio che le governa, per accertare se in questo rientri anche il caso non previsto»¹³¹.

Il procedimento analogico può riguardare anche le regole che disciplinano una materia analoga, da intendere come settore autonomo dell'attività economica o della vita sociale. Possono considerarsi materie analoghe anche quelle che presentano in gran parte una problematica comune¹³². Anche in tali ipotesi, occorre, comunque, avere riguardo alla somiglianza dei casi regolati, per cui il criterio fondamentale per l'applicazione analogica è costituito pur sempre dalla somiglianza dei casi regolati.

A chiusura del sistema, qualora non esistano casi simili o materia analoghe, l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile dispone che, sebbene non sia possibile ricorrere all'*analogia legis*, il giudice individua la regola in base ai principi ricavati

¹²⁹ Cfr. sul punto Tribunale Bari, 17 novembre 2004, in *Giur. locale - Bari*, 2004 il quale ha ritenuto che si debba ricorrere ad «un'operazione interpretativa di *analogia legis* (art. 12 prel.), non solo non vietata, ma anzi doverosa, come in ogni altro caso in cui, ravvisandosi una capacità espansiva della norma oggetto di richiamo analogico per via della comunanza di "*ratio*", sia possibile porre rimedio a una lacuna legislativa altrimenti determinante una situazione normativa di contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, cost. (nella specie, è stato evocato analogicamente il disposto dell'art. 5 d.lg. 9 luglio 2003 n. 216, essendosi rilevata, da un lato, la sussistenza di un'obiettiva affinità di materia con la normativa generale dei diritti delle persone handicappate, soprattutto sotto il profilo, ritenuto decisivo in tema di interpretazione analogica, della comunanza della "*ratio legis*"; mentre, per altro verso, non è stata ravvisata alcuna ragione giuridicamente plausibile per giustificare la possibilità che, a fronte di un identico genere di lesione - alla dignità della persona ed al complesso dei valori umani ad essa facenti capo - allo studente portatore di handicap non debba essere riconosciuta una protezione risarcitoria estesa al danno non patrimoniale, invece espressamente riconosciuta dalla legge al lavoratore portatore di handicap)».

¹³⁰ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, p. 435.

¹³¹ M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 2002.

¹³² M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 2002.

dal diritto positivo, in cui sono impliciti¹³³. Attraverso tale operazione di analogia *iuris*, l'interprete ricorre all'applicazione di un principio di diritto.

L'art. 14 disp. prel. individua però un limite molto importante all'applicazione analogica, statuendo che non è ammessa l'estensione analogica delle leggi penali e di quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi, le quali non possono applicarsi al di fuori dei casi e tempi nelle stesse considerate. Limite ribadito dall'art. 25 della Costituzione per il divieto di estensione analogica delle leggi penali.

Il divieto dell'estensione analogica delle norme eccezionali si fonda sulla necessità di non derogare alla disciplina generale oltre le ipotesi in cui la deroga risulti giustificata da una valutazione svolta dal legislatore e di evitare, conseguentemente, un «arbitrario allargamento» delle eccezioni consentite dalla legge. Si osserva, tuttavia, che il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione impone di interpretare un tale divieto nel senso che la norma eccezionale non deve essere applicata ai casi in cui il ricorso ad una norma diversa non risulta razionalmente giustificato. Poiché se la deroga implica la formulazione di una regola generale per un rapporto diverso, si potrebbe proporre una legittima applicazione ai casi simili¹³⁴.

Al fine di interpretare il significato della disposizione si precisa che il termine «eccezionale» viene ad indicare «la norme che dettano regole che derogano ai principi cardine del nostro ordinamento», la cui estensione al di là dei limiti fissati dalla legge causerebbe contraddizioni all'interno del sistema. Devono considerarsi tali le norme che pongono limitazioni ai principi fissati dalla Costituzione, e le norme dettate in conseguenza di situazioni contingenti o inerenti la materia tributaria (art. 23 Cost.). Da tutto ciò deriva che il divieto di cui all'art. 14 concerne le sole norme eccezionali¹³⁵. Mentre il «duplice grado di analogia» descritto all'art. 12 si applica anche alle norme speciali¹³⁶. La ricerca della norma applicabile si svolge secondo un procedimento selettivo volto a verificare la somiglianza tra il caso non regolato e le caratteristiche delle singole norme, muovendo dal piano speciale a quello generale, dalle norme con maggiore comprensione a quelle con minore comprensione¹³⁷.

Diversa ancora l'interpretazione estensiva. Se con l'estensione analogica si regolamentano casi non contemplati dalla norma, cui l'interprete può far ricorso in presenza di «somiglianza o affinità tra alcuni elementi (giuridici e di fatto) della fattispecie regolata e quelli della fattispecie non regolata»¹³⁸, l'interpretazione estensiva consente di pervenire a tutte le ipotesi disciplinate dalla norma, che soltanto apparente-

¹³³ Tali principi, precisa F. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 62, devono essere integrati con i «principi più generali del sistema» che possono essere tratti dalla Costituzione e da testi quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la Convenzione europea dei diritti umani.

¹³⁴ M. BIANCA, *op. ult. cit.* L'A. cita come esempio la norma che dichiara invalida la rinuncia del lavoratore ai propri diritti (art. 2113 c.c.), la quale enuncia una diversa regola generale che vige nel diritto del lavoro.

¹³⁵ Secondo un orientamento per norma eccezionale deve intendersi «ogni norma che non sia riconducibile ai principi generali o fondamentali dell'ordinamento giuridico, ma che faccia eccezione ai principi». Con la conseguenza che nel nostro ordinamento solo pochissime norme non conoscerebbero eccezioni e la disposizione in esame «equivarrebbe (quasi) ad un divieto assoluto di analogia» (Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit.).

¹³⁶ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 89 ss.

¹³⁷ ID., *op. loc. cit.*

¹³⁸ Così Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2000, n. 4793, in *Foro Amm.*, 2000, c. 9.

mente ne sono estranee, in quanto non espressamente menzionate. Da ciò discende che l'interpretazione analogica si distingue da quella estensiva per le seguenti ragioni.

Deve mancare una norma espressa che regoli la materia oggetto di indagine.

Attraverso l'interpretazione si conosce ciò che il legislatore ha pensato, con l'analogia quello che avrebbe pensato il legislatore se avesse previsto il caso.

L'analogia scopre nuove norme, «mentre ciò non avviene per l'interpretazione estensiva nella quale si ha la scelta di un significato più comprensivo tra i vari possibili risultati di una interpretazione». Da ciò discende che, diversamente dall'analogia, l'interpretazione estensiva deve essere ammessa anche per le norme eccezionali.

5.2.1 Art. 7 d.lg. 231/2002 e analogia

Come anticipato, ci si interroga sulla possibilità di applicare analogicamente la fattispecie descritta dall'art. 7 del decreto che disciplina le conseguenze che derivano dal ritardo nei termini di pagamento nelle transazioni commerciali. La norma sancisce la possibilità per il giudice di applicare i termini legali o di ricondurre ad equità il contratto che, in base alle circostanze indicate, risulti «gravemente iniquo» nei confronti del creditore e di cui venga dichiarata anche d'ufficio la nullità dell'accordo «sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento».

Prendere in esame la possibilità di considerare l'ipotesi di estendere analogicamente la norma di cui all'art. 7 d.lg. 231/2002, presuppone che l'interprete sgombri previamente il campo dalla possibilità di configurare una tale disposizione come norma eccezionale.

A fronte dell'orientamento dottrinario che attribuisce natura eccezionale all'art. 7 d.lg. 231/2002¹³⁹, sembrano più convincenti gli argomenti addotti a sostegno della tesi che nega natura eccezionale alla norma in esame. Si è infatti osservato che la *ratio* della norma non è una «ingerenza particolarmente marcata sull'autonomia privata, quanto quella di una spiccata importanza attribuita al rimedio correttivo inteso come criterio che, da un lato certamente è in grado di proteggere il contraente debole in virtù del riferimento ad un modello di contrattazione corretta, e per un altro verso, può al meglio bilanciare gli interessi di ambo le parti, poiché considera un parametro più vicino in senso lato all'autonomia privata rispetto ad una fonte puramente eteronoma»¹⁴⁰. E se l'art. 7 individua uno strumento di tutela il più possibile aderente agli interessi delle parti in conformità al principio di effettività di tutela che certo non può dirsi estraneo al nostro ordinamento, ne consegue che deve essere esclusa una valutazione in termini di eccezionalità della norma contenuta nell'art. 7 d.lg. 231/2002.

¹³⁹ Cfr. in tale senso G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti - G. Villa, Bologna, 2008, p. 128. L'A. oppone tre osservazioni di ordine economico alla possibilità di estendere analogicamente la combinazione «nullità parziale + rideterminazione prevista dall'art. 7 a fattispecie analoghe, ma nelle quali il potere di riequilibrio non è stato previsto dalla legge, ed in particolare alla situazione generale dell'abuso di dipendenza economica». Cfr. anche E. RUSSO, *Le transazioni commerciali, commento teorico-pratico al decreto legislativo n. 231/2002 sulla repressione nei ritardi di pagamento*, Padova, 2005.

¹⁴⁰ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Milano, 2008, p. 325.

Esclusa la natura eccezionale della norma prevista dal d.lg. 231/2002, occorre analizzare se la fattispecie sia suscettibile di *analogia legis* o di *analogia iuris*, e dunque se l'articolo contenga un principio di diritto comune o costituisca soltanto una norma particolare.

Si è criticata la possibilità di ricorrere all'*analogia legis*, in quanto l'applicazione di un tale metodo alle norme speciali non consentirebbe né di enucleare un principio generale né di assolvere ad un compito di astrazione¹⁴¹.

E d'altra parte un'operazione di *analogia legis* determinerebbe «ricadute di ordine sistematico che non è legittimo trascurare»¹⁴².

Sul punto si osserva quanto segue. Senza generalizzare in astratto la possibilità di ammettere o negare l'estensione con l'*analogia legis* dell'art. 7 della disciplina sui termini di pagamento, la possibilità di estendere analogicamente le discipline di settore deve essere ammessa ogniqualvolta ricorrano nel caso concreto i requisiti previsti dalla legge, ovvero vi sia una lacuna nell'ordinamento giuridico e ricorrano «casi simili o materie analoghe», e dunque nel solo settore dei contratti tra imprese, con esclusione anche dei contratti conclusi tra professionista e consumatore.

Non sembra sia possibile richiamare in questa sede la tesi del contratto asimmetrico, proposto da una lucidissima e finissima dottrina¹⁴³. Tale prospettiva guarda ad «un orizzonte più vasto di quello definito dalla categoria dei consumatori in senso stretto». Ed osserva come la *market regulation* si diriga oggi per gran parte ai rapporti B2B, in cui la parte meritevole di protezione non è un consumatore ma un'impresa che, «per asimmetrie informative o altri fattori di “debolezza” soffre strutturalmente di un deficit di forza contrattuale nel rapporto con un'impresa dominante». Si cita la normativa sulla subfornitura (d.lg. 192/98) e sul piano della legislazione europea le direttive sugli agenti di commercio (1986/653) e sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (2005/35). Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle ob-

¹⁴¹ F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 1, p. 41 ss. che cita, con richiamo alle teorie aristoteliche G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958. Per il problema dell'applicazione analogica delle norme speciali il richiamo è a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 42.

¹⁴² L'osservazione è di S. MAZZAMUTO (in *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2010, p. 610 ss.). La valutazione delle ricadute che comporterebbe l'*analogia legis* parte dalla considerazione che in queste ipotesi «tutto l'ambito dei contratti tra imprese sarebbe governato dal principio della protezione del soggetto contrattualmente più debole» così come «il diverso comparto dei contratti dei consumatori». L'A. osserva come si ponga il dubbio «che l'assioma dell'astratta e formale parità delle parti presupposta dal diritto generale dei contratti, e sostanzialmente applicabile in ogni caso ai soli contratti tra consumatori, sia stato sostituito o per lo meno affiancato dal principio antagonista della valutazione caso per caso dell'operazione contrattuale? Una valutazione preordinata a verificare se vi siano stati abusi di potere contrattuale ed eventualmente a compiere interventi correttivi finalizzati al riequilibrio sostanziale del rapporto».

¹⁴³ Cfr. V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2010, p. 7 ss. ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, pp. 769 ss, ora anche in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*. 2° ed., Torino, 2005, p. 23 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 669 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.; ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a trend in European contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.

bligazioni contrattuali (n. 593/2008), in cui il considerando 23 indica fra le politiche centrali del Regolamento la protezione della parte debole nei rapporti asimmetrici; e il considerando 24 precisa che la protezione si indirizza ai contratti dei consumatori, senza esaurirsi nell'area dei rapporti B2C. Il risultato dell'analisi condotta da questa dottrina legge negli «sviluppi della legislazione» una tendenza a collocare la tutela del 'cliente' «sempre di più al centro delle politiche di regolazione del mercato; a proteggere la parte debole delle relazioni asimmetriche di mercato non perché è un consumatore, ma perché è, appunto, un cliente».

Come conferme di un tale orientamento sul piano del diritto comunitario, questa dottrina indica le seguenti direttive. La direttiva generale sui servizi (2006/123), le direttive sull'assicurazione vita (2202/83) e non vita (1988/357, 1992/49) e la direttiva sui servizi della società dell'informazione (2000/31). Da ciò emergerebbe l'indifferenza verso lo stato soggettivo del cliente, il quale può essere persona fisica o ente organizzato.

L'orientamento che pone al centro la tutela del 'cliente', anziché la tutela del consumatore, coglie una linea di tendenza in atto nella normativa e nel pensiero della dottrina. Si ritiene, tuttavia, che un passaggio di regole dirette fra diritti speciali, quali sono il diritto dei consumatori e dei contratti di impresa, non possa essere ammesso se non a seguito di una previa «verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale»¹⁴⁴. Si osserva che la disciplina positiva è volta alla repressione di abusi e squilibri in presenza di una situazione di disagio di una parte e non è certo ispirata ad un criterio oggettivo di proporzionalità delle prestazioni. Si segnala come le leggi di attuazione delle direttive ed il codice di consumo hanno seguito il diverso indirizzo di «una funzionalizzazione dell'agire del singolo», sia esso consumatore od impresa debole all'interesse più generale della «regolazione del mercato»¹⁴⁵.

Si è esclusa la teorizzazione di un unico paradigma teso ad abbracciare sia la disciplina dei consumatori che quella delle imprese anche in base ad argomentazioni che fanno leva sul quadro economico di riferimento¹⁴⁶. Una tale lettura mette in luce la diversità della realtà economica sottesa alla normativa della disciplina dei consumatori rispetto a quella della contrattazione tra imprese. La lettura in chiave economica pone ancora una volta al centro dell'analisi l'importanza che riveste per i contratti d'impresa il concetto di 'rete', in cui l'asimmetria deve essere considerata un aspetto fisiologico e non patologico. Ed ancora. La rete, come si è ampiamente argomentato, implica l'instaurazione tra le parti di rapporti a lungo termine che comportano «una componente di condivisione o di utilizzazione coordinata di risorse...irriducibile al paradigma dello scambio»¹⁴⁷. Il rapporto posto in essere tra professionista e consumatore si esaurisce, invece, in un contratto di scambio istantaneo. Sicché l'estensione analogica dovrebbe essere consentita solo per i contratti tra imprese.

¹⁴⁴ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406.

¹⁴⁵ In tal senso G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 801 ss.

¹⁴⁶ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 549 ss.

¹⁴⁷ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese.*, cit.

Certo, si osserva, la precisa e analitica indicazione da parte del legislatore degli indici cui risulta subordinata la valutazione da parte del giudice dell'iniquità dell'accordo, limita di fatto le ipotesi in cui in concreto potrà effettivamente riscontrarsi, anche nel solo settore dei contratti tra imprese, una «caso simile» a quello presupposto dall'art. 7 d.lg. 231/2002, su cui fondare l'*analogia legis*.

Più complesso è il discorso sull'*analogia iuris*. Se, infatti, è vero che le norme di settore non esprimono da sole principi generali *tout court* ed, in tal senso, sono estensibili «solo in base all'*analogia legis* e non *iuris*»¹⁴⁸, ci si è chiesti se sia possibile ricorrere all'*analogia iuris* in una prospettiva più ampia. Tale percorso coordina la norma sancita dall'art. 7 d.lg. 231/2002 unitariamente ad altri indici interpretativi sia interni al contratto B2b operatore non sofisticato sia dedotti da altri contratti asimmetrici, con la clausola generale di buona fede oggettiva¹⁴⁹. Più precisamente, la norma di cui all'art. 7 d.lg. 231/2002 costituirebbe un «supporto ad un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo», un indizio insieme ad altri, ed in correlazione con la clausola di buona fede, per costruire un rimedio correttivo che, in mancanza di una specifica previsione di legge nel senso della rilevabilità d'ufficio, «rileva solo come strumento di tutela di una parte e, dunque, deve ritenersi affidato esclusivamente alla legittimazione di chi subisce l'abuso del contratto iniquo»¹⁵⁰.

L'analisi di questo passaggio implica la necessità di approfondire ancora altri profili, per verificare in che termini possa essere in concreto ricostruito il rimedio correttivo, con una considerazione. Ciò che senza dubbio emerge dall'analisi che si è fin qui condotta, è che le discipline speciali assumono valore generale imponendosi «nel sistema generale attraverso una osmosi che deve essere attentamente verificata attraverso le strutture dogmatiche del discorso giuridico»¹⁵¹.

Su quest'ultimo profilo sono utili alcune considerazioni.

6. Il ruolo della parte generale e della parte speciale del diritto dei contratti

Dall'analisi fin qui condotta è emerso che all'interno dei contratti di impresa un correttivo efficiente è costituito dall'art. 9 in tema di divieto di abuso di dipendenza economica, dall'art. 7 contenuto nella normativa sui termini di pagamento, applicabili anche nei limiti dell'*analogia legis*, ove ricorrano i requisiti richiesti dalla legge.

Dalla normativa di derivazione comunitaria delle invalidità si trae che il legislatore comunitario «non ha prodotto semplicemente una deregolamentazione in senso liberistico, ma una deregolamentazione-riregolamentazione», procedendo alla regolazione del mercato come istituzione di utilità sociale, che assicura la tutela della con-

¹⁴⁸ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2008, p. 771 ed ora anche in G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009. Cfr. anche C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 421.

¹⁴⁹ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Milano, 2008, p. 325. Secondo l'A.: «Tale interpretazione, oltretutto, evita il paradosso di un eventuale intervento correttivo del giudice applicabile contro una disposizione convenzionale che riproduca il dato normativo».

¹⁵⁰ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Milano, 2008, p. 325.

¹⁵¹ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit.

correnza e la garanzia della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali¹⁵². La legislazione europea anche di derivazione comunitaria avrebbe, così, portato a compimento «il processo di derivazione genetica della categoria», con il conseguente trapasso della nullità europea da strumento essenzialmente demolitorio a tecnica invece costruttiva di graduazione della efficacia del contratto, variamente modulandola sia in estensione che in intensità con la predisposizione di regimi contrattuali duttili ed elastici che vanno dall'esclusione di ogni effetto, come nel caso di intese vietate, sino all'attribuzione di effetti pieni e completi sebbene rimovibili, come nelle ipotesi di nullità disposte a vantaggio e a favore di una sola parte e come tali operanti, anche se rilevabili d'ufficio, entro siffatti confini¹⁵³.

Le novità normative, emerse sia a livello comunitario che nazionale, ed illustrate in questo lavoro inducono a riflettere sul «ruolo» della parte generale e della parte speciale del diritto dei contratti. Attenzione meritano anche le Risoluzioni del Parlamento europeo «che indicano come prioritaria la definizione di regole flessibili applicabili a diverse tipologie e la creazione di una base di norme e Principi coerenti con il modello sociale europeo»¹⁵⁴. Il diverso regime pensato dal diritto interno e comunitario per il diritto dei consumatori, diritto delle imprese e diritto civile rende imprescindibile confrontare disciplina generale e disciplina di settore. Considerare la complessità delle fonti, i principi e le regole che mutano allontanandosi dal modello generale e astratto illuministico, l'espandersi della legislazione speciale post-codicistica di matrice comunitaria, di cui i codici di settore costituiscono un segno¹⁵⁵, la disciplina dei tipi che, si osserva, assume un sempre maggiore ruolo sistematico¹⁵⁶.

Si puntualizza che la questione non è nel «codice/fuori dal codice», ma «disciplina generale/disciplina speciale», norme singolari o norme che costituiscono «epifania di un principio». Tale precisazione impone un «confronto critico, alla luce del diritto italiano, con modelli contrattuali alieni»¹⁵⁷.

¹⁵² L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione, in Banca Borsa e titoli di credito*, 1997, p. 20.

¹⁵³ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 471. La nullità avrebbe pertanto una funzione costituente ovvero di «vera e propria costruzione e determinazione del regolamento contrattuale». Tale nullità è «funzionale commisurata e in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi pattuito dalle parti e come tale direttamente vertente sullo stesso». Cfr. V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 242.

Ciò è quanto accade nei casi previsti dall'art. 7 del d.lg. 231/2002 in cui il giudice procedente dovesse ritenere infondata la richiesta del debitore in ordine alla dichiarazione di grave iniquità dell'accordo sul termine di pagamento e sulle conseguenze patrimoniali del mancato pagamento.

¹⁵⁴ V. le Risoluzioni del Parlamento europeo del 23 marzo 2006 e 7 settembre 2006 e le Comunicazioni della Commissione COM (2004) 0651 e (2005) 0456.

¹⁵⁵ F. MACARIO e N. MILETTI, in *Presentazione, in Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. Macario e N. Miletto, Milano, 2006, precisano che il contenuto di tali codici si presenta «incerto e circoscritto».

¹⁵⁶ G. DE NOVA, *Sul rapporto fra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, *ivi*, 1988, p. 334.; ID., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro IV c.c. nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2006, p. 345 ss., richiamato da G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 133 ss.

¹⁵⁷ G. DE NOVA, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p.7 ss.

Sempre di più si rafforza un «nuovo diritto dei contratti» che ammette una «ricchezza di discipline al suo interno» per «favorire il progresso dell'intero ordine giuridico e il suo adeguamento ai tempi»¹⁵⁸.

Tali puntualizzazioni conducono a ritenere che il diritto privato generale non possa più essere concepito come «complesso di regole localizzato esclusivamente nel codice civile», così come non si può continuare ad accreditare l'idea del «diritto privato generale» come corpo di norme dai confini perfettamente definiti. Il «perimetro del diritto privato generale è, dunque, tutto da ricostruire e compete all'interprete di verificare la portata delle singole norme per saggiarne il valore generale o meno, quale che ne sia la fonte o la collocazione»¹⁵⁹.

Nello stesso senso si muovono le osservazioni di chi pone in luce la tendenza alla convergenza del diritto dei contratti, del diritto societario e di materie regolatrici sempre più integrate nel diritto contrattuale.

Considerazioni che implicano la necessità di osservare il diritto privato sotto il profilo dell' «autonomia privata e del quadro regolatore che mantiene le condizioni necessarie perché quest'uso sia libero per tutte le parti coinvolte». Alla luce della dualità che «forma il *proprium* del diritto privato», occorre ripensare al nucleo del diritto privato, il quale non sarebbe più costituito dal diritto civile classico e dal diritto delle obbligazioni. E la constatazione scaturisce proprio dalla considerazione che il «nostro mondo» «è caratterizzato da una società di servizi (con moltissimi contratti a lungo termine) e di reti di contratti». Perciò il diritto dei contratti deve essere regolamentato «in modo tale che trovino il loro "luogo" adeguato il contratto a lungo termine, la rete dei contratti, la prospettiva di un quadro regolatore e un certo numero di tipi di contraenti differenti»¹⁶⁰.

Tutto ciò pone la necessità di esaminare se e dove la parte generale del contratto¹⁶¹ possa ancora costituire un «serbatoio dal quale alimentare il diritto secondo¹⁶² in tutto ciò che non è specificamente oggetto di disciplina ad opera della legge». In particolare dove il diritto speciale, come il diritto comunitario, sia privo di un contesto generale. Tutto ciò perché il sistema «non è dato una volta per tutte» e, tantomeno, si deve ritenere che si identifichi con il codice civile. Al contrario, il sistema «cresce ed evolve» attraverso «un confronto continuo e diretto con il codice (il quale, a sua volta,

¹⁵⁸ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, p. 54, p. 157 ss.

¹⁵⁹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, cit., p. 601 ss.

¹⁶⁰ S. GRUNDMANN, *L'unicità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, parte I, 2010, p. 585 ss.

¹⁶¹ Si vedano le osservazioni di S. MAZZAMUTO, *Postfazione* in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, p. 277 ss.

¹⁶² L'espressione diritto secondo deve essere intesa nel senso di diritto derivato «e, per giunta, derivato per contrapposizione», ossia «quale diritto discostatosi dal ceppo originario e centrale del diritto civile per l'esigenza di elaborare regole specifiche connotate da una duplice caratteristica: l'essere una concretizzazione di una regola generale modellata sulle esigenze concrete della materia da disciplinare oppure l'essere una regola informata ad una logica diversa e, per l'appunto speciale, rispetto a quella che anima le norme generali». Così: S. MAZZAMUTO, *Postfazione* in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, p. 277 ss.

si modifica di pari passo con l'intero sistema)»¹⁶³. Occorre indagare «ciò che il diritto generale è ancora in grado di dire al diritto secondo e ciò che quest'ultimo è capace di suggerire al primo per farlo procedere nella contemporaneità». Si deve precisare se il diritto speciale si può configurare come sistema o sottosistema ai fini dell'applicazione analogica di regole «sia all'interno dei singoli diritti secondi sia tra l'uno e l'altro di essi»¹⁶⁴.

E appare chiaro che il vero nodo è costituito dal rapporto della disciplina generale nel trattamento di fattispecie ineguali. Si è lucidamente rilevato¹⁶⁵, a tal proposito, che la proliferazione di codici di settore consentita dal legislatore con L. 29 luglio 2003 n. 229, al fine di semplificare la normativa, di adattare e aggiornare la raccolta ai sensi e in conformità alla disciplina comunitaria¹⁶⁶, ha indotto gli interpreti ad interrogarsi sulla *ratio* della legge.

Si sono delineati diversi orientamenti che hanno letto il processo di decodificazione sviluppato negli ultimi anni come perdita di centralità del codice all'interno delle fonti privatistiche¹⁶⁷ e la sopravvivenza del codice di diritto comune come disciplina residuale¹⁶⁸. Considerata la frantumazione delle diverse discipline, si dà atto che esiste un diritto del consumo e si identifica come 'terzo contratto' l'ipotesi della contrattazione tra imprese¹⁶⁹.

A ciò si potrebbe replicare che se è vero che oggi «il c.d. diritto speciale mette in discussione il contenuto del diritto generale, in un contesto di comunicazione continua tra i due ambiti», tuttavia «sarebbe del tutto arbitrario assumerne una portata eversiva e quindi esaustiva di sé fino al punto da assegnare al diritto generale soltanto una funzione residuale»¹⁷⁰.

Secondo una visione di segno opposto i codici di settore determinerebbero addirittura un recupero della centralità del codice¹⁷¹. Sicché mai come oggi sarebbe «tempo di diritto privato generale»¹⁷².

¹⁶³ S. MAZZAMUTO – L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1992, p. 533.

¹⁶⁴ Per questi interrogativi v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406.

Cfr. anche C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 569- 577.

¹⁶⁵ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore, in diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

¹⁶⁶ G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio, in Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso 25-26 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n.6, p. 351 ss.

¹⁶⁷ N. IRTI, 'Codici di settore': *compimento della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 132 ss.; e G. ALPA, *o.c.*, p. 354.

¹⁶⁸ N. IRTI, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁹ Uno dei primi convegni in cui si è iniziato a parlare di «terzo contratto», è l'incontro di studio «Il terzo contratto» tenutosi a Milano, Università Statale, il 10 febbraio 2006. Sul terzo contratto cfr.: *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Villa – Gitti, Bologna, 2008.

¹⁷⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., p. 601 ss.

¹⁷¹ G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 355.

¹⁷² Ciò perché «è necessario elevarsi dalla nuda materia dei diritti secondi e delle loro logiche settoriali per sottoporre a continua verifica la parte generale e registrarne le mutazioni» S. MAZZAMUTO, *Postfazione* in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, p. 277 ss.

E non si deve neppure incorrere nel pregiudizio di ritenere «la coppia linguistica “generale/speciale”..atta ad introdurre surrettiziamente un messaggio..per cui tutto ciò che è “speciale” val meno di ciò che è “generale”» con la conseguente esclusione di interpretazioni giuridiche espansive, «tali da ridurre la norma generale ad un ruolo soltanto residuale»¹⁷³.

Occorre, invece, un «*mix* sapiente tra una disciplina orizzontale e una disciplina di settore»¹⁷⁴. Sicché tra gli opposti orientamenti, senza schierarsi per l'una o l'altra tesi, si ritiene sufficiente rimarcare l'utilità di un rimedio correttivo che si riferisca alla situazione di dipendenza di una parte e all'apportamento di un'altra che ne trae un iniquo profitto¹⁷⁵.

È lo studio del contratto, d'altra parte, che contribuisce alla «concettualizzazione del rimedio, e ciò in forza dell'insegnamento di *common law* che individua nei rimedi contrattuali le risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell'affare nel rinnovato quadro del contratto». In questa ottica il contratto si inquadra non soltanto come fonte di effetti ma anche come «programma negoziale costellato di rimedi, che si propongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell'esecuzione del rapporto»¹⁷⁶.

Si sottolinea che in ambito europeo «il rimedio contrattuale, in tutte le sue sfaccettature, mira a coinvolgere il contratto e le parti nella realizzazione di un fine più ampio prefissato dal legislatore comunitario nell'ambito della sua policy di mercato»¹⁷⁷. E tale «spiccata coloritura funzionalistica del diritto privato europeo» non può e non deve intendersi come «rinuncia alla ricostruzione sistematica», seppure nella

¹⁷³ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (Appunti per una discussione)*, *Diritto civile e diritti speciali*, in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008, p. 275.

¹⁷⁴ V. F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 160. L'A. precisa che ciò esige un'adeguata disciplina delle condizioni generali di contratto, come è avvenuto in Germania (v. par. 305 e 310 BGB) e in Spagna con la legge del 1998.

¹⁷⁵ V. ancora G. VETTORI, *op. ult. cit.*, che individua questa soluzione come quella indicata dall'art. 22 del progetto italo francese di riforma delle obbligazioni, nella proposta di cui all'art. 4:101 dei Principi Lando e all'art. 1114 dell'*avant projet* di riforma del *code civil*, compatibile anche con la scorrettezza procedurale della *common law*. L'A. constata che il codice acquista nuovo impulso dal coordinamento con la normativa costituzionale. Si può, infatti, constatare che «emerge un nucleo precettivo espresso nel riconoscimento, indivisibilità e tutela dei diritti fondamentali, civili e sociali, previsti in tutte le Carte del novecento».

¹⁷⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., p. 601 ss. Rileva l'A. che «Il diritto europeo inaugura una nuova tecnica normativa che si può ancora una volta definire rimediale, ma in un'accezione assai più ampia, che riporta il rimedio a ridosso non più esclusivamente del bisogno di tutela, ma addirittura dell'interesse primario normalmente formalizzato in un diritto soggettivo, anche se le tecniche utilizzate molto spesso si presentano con il volto del rimedio in senso proprio (come ad es. le c.d. nullità di protezione)».

¹⁷⁷ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. L'A. si sofferma ancora sul rimedio per sottolineare che «il rimedio del diritto comunitario rivela una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie, mutandone la dinamica effettuale o contemplandone correttivi esterni..ed assai meno di frequente intaccandone il cuore: il rimedio di diritto comunitario è, in altri termini, un correttivo della fattispecie che ne presuppone necessariamente l'alterazione della struttura. E, dunque, al cospetto di tali scenari normativi ci si potrebbe domandare in che misura sia ancora consentito utilizzare il termine “rimedio”».

ridotta prospettiva del sottosistema, né la assolutizzazione della portata di materiali normativi speciali in cerca di principi scarsamente credibili¹⁷⁸.

Occorre dunque, ancora una volta, richiamare l'importanza del ruolo dell'interprete cui spetta vagliare la portata delle nuove norme all'interno del sistema al fine di valutarne la portata e riconsiderare la configurazione del diritto generale¹⁷⁹.

6.1 La correzione del regolamento da parte dell'Autorità giudiziaria

Di queste nuove norme si è già esaminato l'art. 7 d.lg. 231/2002, la cui *ratio* – si è detto – attribuisce una spiccata importanza al rimedio correttivo e alla protezione di una parte, e l'art. 9 della L. 192/98 che pone il divieto di abuso di dipendenza economica.

Una tale prospettiva risulta confermata anche all'interno del codice del consumo di cui si deve tener conto anche ai nostri fini, considerate le recenti direttive comunitarie¹⁸⁰, la linea di tendenza in atto nella normativa e nel pensiero della dottrina, in cui sempre più perde centralità la figura del consumatore¹⁸¹, e si pone come punto di riferimento un soggetto di mercato che risulta coinvolto in una relazione asimmetrica.

L'art. 2 del codice del consumo garantisce i diritti anche in forma collettiva e associativa. Alla lettera c) dell'art. 2 si sancisce il diritto «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali». L'art. 140 comma 1 attribuisce ai soggetti indicati all'art. 139 la legittimazione a chiedere al Tribunale non solo di «inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti», ma anche

¹⁷⁸ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. Osserva ancora l'A. (v. S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, cit., p. 282 ss.) che «Il diritto privato europeo non ragiona nel rispetto della distinzione tra diritto generale e diritto speciale, non perché ne sconosca le nozioni, ma perché il legislatore europeo non si pone neppure il problema della portata generale o speciale delle norme che elabora rispetto al diritto dei singoli Paesi membri in cui esse sono destinate ad inserirsi...Rispetto alle norme di origine comunitaria perde quindi qualsiasi significato la concezione formale della contrapposizione tra diritto generale e diritti speciali sulla base della mera collocazione all'interno o all'esterno del codice civile. E' noto, infatti, che il legislatore nazionale non compie valutazioni, non filtra le disposizioni normative comunitarie attraverso il prisma della coerenza sistematica e dell'ossequio al patrimonio concettuale».

¹⁷⁹ S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, cit., p. 282 ss. Osserva ancora l'A. che in altri termini, oggi più di ieri il c.d. diritto speciale mette in discussione il contenuto del diritto generale, in un contesto di comunicazione continua tra i due ambiti.

¹⁸⁰ Occorre a tal fine segnalare la recente Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo del Consiglio. Al considerando n. 13 la Direttiva prevede che gli Stati membri mantengono la propria competenza «conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione». Viene così lasciata alla scelta degli Stati membri la possibilità di estendere le norme della direttiva «alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori, quali le organizzazioni non governative, le *start-up* o le piccole e medie imprese».

In tal senso è significativa anche la direttiva 2007/64/CE in materia di servizi di pagamento nel mercato interno, attuata in Italia con d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11, entrato in vigore il 1° marzo 2010, che all'art. 2, rubricato «ambito di applicazione», equipara le microimprese ai consumatori.

¹⁸¹ Cfr. quanto detto sopra con riferimento alla figura del cliente ed ivi il richiamo agli ascritti di V. Roppo.

di «adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate» e se è utile a contribuire ad un tale effetto, anche «la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale». Le norme citate non implicano che nel codice del consumo vi sia un riconoscimento di un generico diritto all'equità¹⁸² o alla giustizia o proporzionalità del contratto, ma una disposizione generale che attribuisce un diritto soggettivo al consumatore.

A ben vedere, valutando l'equità nel contesto in cui opera, anche in questo caso emergono gli elementi in base ai quali valutare l'equità dello specifico rapporto contrattuale. Si pensi in particolare all'art. 35 del Codice del consumo, che esclude che la valutazione della vessatorietà di una clausola debba riguardare l'oggetto del contratto o la determinazione del corrispettivo dei beni e dei servizi, a meno che non siano individuati in modo chiaro e comprensibile, in tal caso tornando ad operare il giudizio di vessatorietà. Sicché il sindacato di vessatorietà opera solo qualora oltre allo squilibrio vi sia anche un abuso. Proprio avendo riguardo al contesto in cui la clausola generale opera, si può rilevare come l'iniquità continui a derivare da un comportamento contrario a buona fede, e che l'enunciazione di un diritto all'equità non dia rilievo al contratto iniquo al di là delle ipotesi previste dalla legge. Ciò significa che «il diritto all'equità nei rapporti contrattuali non instaura alcuna pretesa ad un'oggettiva proporzione delle prestazioni fra le parti, ma rafforza quelle disposizioni generali (art. 1374 c.c.) e speciali che attribuiscono al giudice di integrare il contenuto del contratto». L'art. 2, dunque, considera la buona fede un parametro di valutazione dello squilibrio e rafforza le disposizioni che consentono al giudice di integrare il contenuto del contratto.

La giurisprudenza applica la norma affermando la possibilità per il giudice di concedere «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti pregiudizievoli delle violazioni dei diritti dei consumatori»¹⁸³, come rimedio che rafforza tali diritti.

Nella normativa di settore è dunque possibile rintracciare una pluralità di disposizioni da cui si può trarre un «ordine pubblico di settore, portatore di propri principi, retti da una coerenza interna»¹⁸⁴ tra cui si ritiene sussista anche un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo. Tale sistema coerente di norme speciali di protezione che si contrappongono all'insieme delle norme generali, si presenta tuttavia capace «di giustificare deroghe ulteriori alla disciplina generale», la quale subisce «un'incisiva rielaborazione sistematica»¹⁸⁵. Le discipline speciali assumono, dunque, un valore generale imponendosi «nel sistema generale attraverso una osmosi che deve essere attentamente verificata attraverso le strutture dogmatiche

¹⁸² G. VETTORI, commento *sub* art. 1, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

Si è sostenuto che «nei contratti del consumatore non vi è bisogno di un'indagine sull'equità economica del contratto, poiché a quest'ultima il consumatore può far fronte semplicemente rivolgendosi ad altri migliori offerenti». Così: E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Milano, 2008, p. 320.

¹⁸³ Trib. Milano, 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1627 con nota di BECHI - A. PALMIERI; Trib. Palermo, 20 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2008, I, 2475 con nota di A. PALMIERI.

¹⁸⁴ G. PASSAGNOLI, commento agli artt. 36 e 38, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 370 ss.; G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 154 ss.

¹⁸⁵ G. PASSAGNOLI, commento agli artt. 36 e 38, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 370 ss.; G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., p. 154ss.

del discorso giuridico»¹⁸⁶ ed armonizzata con il dettato costituzionale, i cui principi da sempre orientano l'interprete, e con il profondo mutamento che negli ultimi anni ha assunto il ruolo della buona fede.

Dall'art. 3 della Costituzione si può inferire «un principio di ordine pubblico che vieta atti o patti discriminatori anche in contratti diversi dal contratto di lavoro»¹⁸⁷.

Non si può trascurare, inoltre, che i diritti fondamentali fungono da parametri valutativi per interpretare le clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale, quali le clausole dell'ordine pubblico e del buon costume che con riferimento agli atti di autonomia privata prescrivono limiti di liceità ulteriori a quelli derivante da specifiche norme proibitive; l'obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.); la buona fede precontrattuale, che regola il comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.); il principio della buona fede nella interpretazione e nella esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375)¹⁸⁸.

Della clausola generale della buona fede nella fase della formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto si è detto. Ma occorre soffermarsi ancora più da vicino sul mutamento del ruolo che ha avuto in giurisprudenza la buona fede, sottolineando anche il significato diverso e sempre più pregnante che assumono nelle sentenze più recenti i comportamenti delle parti e le circostanze di fatto.

Sia in dottrina che in giurisprudenza si è affermato un orientamento consolidatissimo che afferma che la buona fede costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti del rapporto obbligatorio a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge fede. La buona fede si declina in «prestazioni imposte dalla legge» (ai sensi dell'art. 1374 c.c.), secondo una regola di esecuzione in buona fede (ex art. 1375 c.c.) ed «aggiunge tali obblighi a quelli convenzionali quale impegno di solidarietà (ex art. 2 cost.)», così imponendo a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, a «prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte». La buona fede assume dunque la veste di un «fattore di integrazione del contratto sul piano della determinazione delle rispettive obbligazioni delle parti come stabilito dall'art. 1375 c.c.»¹⁸⁹. Da ciò deriva che la buona fede impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra¹⁹⁰ anche nella fase della patologia del rapporto, «e quindi, primo tra tutti, l'interesse alla conservazione del vincolo»¹⁹¹.

In base ad una tale interpretazione della clausola generale buona fede, la Giurisprudenza è giunta ad affermare che il «criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi». E proprio in un'ottica manutentiva del contratto si è esclusa la legittimità di disporre di un potere qualora nella situazione data «la patologia del rapporto può essere superata

¹⁸⁶ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit.

¹⁸⁷ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, 1, p. 1 ss.

¹⁸⁸ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, op. loc. cit.

¹⁸⁹ Cass., 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbl. e contr.*, 2007, p.120 con nota di Corea.

¹⁹⁰ cfr. Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *De Jure*.

¹⁹¹ Cass., 31 maggio 2010, n. 13208 in *De Jure*, ed ivi il richiamo a Cass. civ. 16 ottobre 2003, n. 15482.

facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato»¹⁹². Per cui i principi di buona fede e correttezza non solo impongono alle parti di adempiere gli obblighi necessari per preservare gli interessi della controparte, anche se non espressamente previsto, ma, afferma la giurisprudenza «consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto»¹⁹³.

Ed alla luce di tali canoni di correttezza e lealtà anche gli atti di autonomia devono essere interpretati. Poste tali premesse, considerato anche che la buona fede è ritenuta in Italia e in Europa «una regola di governo della discrezionalità del potere dei contraenti» ed è idonea ad integrare, in certi casi, le stesse norme di validità, «non è affatto azzardato affermare che il giudice possa, in alternativa o in conseguenza dell'annullamento di parte del contenuto, operare quelle modifiche conformi alla intrinseca razionalità dell'operazione voluta dalle parti e rese obbligatorie dalla necessità di un agire corretto in quel determinato contesto»¹⁹⁴. E, conseguentemente, rendere il contratto conforme a quanto le parti avrebbero potuto convenire nel rispetto della buona fede e della correttezza, secondo la logica da loro impressa¹⁹⁵.

Ed in tale prospettiva si è anche affermata la possibilità di utilizzare l'art. 1366 c.c. «per rettificare i dettagli di un negozio, cancellandone quanto inserito grazie all'abuso del disagio (debolezza ingenuità timidezza) o della momentanea mancanza di discernimento della controparte»¹⁹⁶.

Ad un risultato non molto distante da quello ipotizzato, si è arrivati anche nell'ordinamento tedesco, con cui occorre confrontarsi. La comparazione assume in questa sede un rilievo fondamentale perché consente di misurare i risultati cui pervengono i diversi ordinamenti giuridici, di valutare la regola più efficiente e l'influenza che può esercitare. Il § 313 inserito nel BGB con la riforma del 2002, prevede che le parti possano adeguare il contratto qualora le circostanze poste a fondamento del medesimo si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione tanto che le stesse non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto a condizioni diverse se le avessero conosciute. Si stabilisce che è possibile l'adeguamento se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e della ripartizione contrattuale o legale dei rischi, si verifica un mutamento tale per cui non sarebbe ragionevole imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato.

D'altra parte il riconoscimento di un rimedio correttivo, come sopra individuato¹⁹⁷, non scalfisce l'autodeterminazione delle parti che non deve essere intesa come

¹⁹² Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 con nota di R. PARDOLESI – A. PALMIERI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*.

¹⁹³ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

¹⁹⁴ G. VETTORI, *commento sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Commentario al codice del consumo, Padova, 2007, pp. 418-419. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 239.

¹⁹⁵ «Svolgimento..realizzato attraverso l'imposizione di atti e modalità esecutive conformi a quanto la prassi consolidata degli affari ritiene corretto e perciò dovuto»: P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli 1996, p. 360.

¹⁹⁶ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 408

¹⁹⁷ Il rimedio descritto si avvicina la modello delineato all'art. 4:119 nei Principi di diritto europeo dei contratti in base al quale il giudice, su domanda della parte legittimata all'annullamento può «modificare

«potere di influire sul contenuto dell'accordo ottenendo condizioni vantaggiose o almeno oggettivamente equivalenti», bensì come «libera decisione di stipulare il contratto a certe condizioni sulle quali la controparte concorda». In base a tale ricostruzione è la legge che autorizza il giudice attraverso la clausola generale della buona fede a determinare i limiti di disponibilità pattizia di un diritto fondamentale¹⁹⁸.

Resta da vedere con quale tecnica il giudice può apportare le correzioni necessarie per rendere il contratto conforme ad un agire delle parti rispettoso della correttezza e della buona fede.

7. L'esecuzione in forma specifica

Sulla tecnica con la quale il giudice può apportare tali correzioni, si ritiene adeguata l'azione di esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c., che consente ad una parte di rivolgersi al giudice per chiedere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso qualora ciò sia possibile e non escluso dal titolo.

Nel secondo comma si precisa anche che nell'ipotesi di contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, l'accoglimento della domanda è subordinato all'esecuzione o all'offerta di esecuzione, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

In questo contesto, lo strumento previsto nell'art. 2932 c.c. consente alla parte di un rapporto contrattuale a lungo termine che conserva un interesse a mantenere in vita il vincolo giuridico, di agire in giudizio, per ottenere una sentenza che produca gli effetti del regolamento contrattuale non concluso nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza.

Tale soluzione è stata sostenuta da autorevole dottrina con riferimento all'ipotesi in cui venga violato l'obbligo di rinegoziazione, perché una parte si rifiuta di rinegoziare oppure rinegozia contro buona fede¹⁹⁹. Anche in questo caso la risoluzione del contratto o il risarcimento condurrebbero al risultato che le parti avevano voluto evitare e che consiste nella distruzione del contratto.

Il rimedio dell'esecuzione in forma specifica sebbene possa essere considerato una soluzione «audace», si presenta al contempo rigorosa e coerente con i principi del nostro ordinamento. In tale prospettiva l'obbligo di rinegoziare si configura come «obbligo di contrarre le modifiche del contratto-base, suggerite da ragionevolezza e

il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza».

¹⁹⁸ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, op. loc. cit.

¹⁹⁹ Favorevole alla eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di rinegoziazione V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1047; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 419 ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit. II, p. 686 i quali traggono argomenti a favore, dall'esistenza nel nostro ordinamento della clausola generale di buona fede, dalla figura del contratto imposto e dal disvalore che l'ordinamento giuridico ricollega all'atto emulativo. A proposito del quale si considera che la trattativa libera può essere condotta speculando sul disagio della controparte più che misurando il proprio tornaconto, e il « malumore per la trattativa astuta non riuscita può veicolare il sabotaggio emulativo della rinegoziazione». *Contra*: M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 92.

buona fede». Sicché la parte che non ottiene il contratto modificativo può chiedere al giudice che lo costituisca con sentenza²⁰⁰. Se, poi, di fatto controparte non adempierà alle nuove condizioni contrattuali, in caso di rifiuto sarà possibile commisurare su di esse il danno risarcibile.

In questa prospettiva, l'azione prevista nell'art. 2932 c.c. consente di attribuire «continuità ed efficienza ad un fenomeno che, altrimenti, pur assumendo, nella forma dell'obbligo di risarcire il danno, diversa rilevanza giuridica, resterebbe privo della vicenda conclusiva verso cui, sin dall'origine aspirava»²⁰¹.

D'altra parte, si precisa, se il giudice deve emettere una sentenza modificativa delle condizioni contrattuali di cui si lamenta l'eccessiva onerosità, si deve ammettere che lo stesso giudice possa pronunciare una sentenza costitutiva nel caso di violazione dell'obbligo a contrarre nascente dal contratto anziché dalla legge ai sensi dell'art. 1467 comma 3 c.c.²⁰²

Ancora, si rileva, le modificazioni apportate durante l'esecuzione del contratto riguardano un contesto contrattuale diverso da quello relativo alla formazione del consenso e alla trattativa diretta alla maturazione del consenso. Pertanto non si pongono problemi all'obiezione secondo la quale la trattativa non obbliga alla conclusione del contratto²⁰³.

In continuità con quanto sopra, si ritiene che tale tutela possa essere richiesta da un contraente quando l'altro rifiuti di modificare il regolamento contrattuale nel senso richiesto da un agire conforme a buona fede e correttezza.

Si traggono argomenti in tal senso dalla prassi che consente al promittente acquirente di esperire assieme allo strumento previsto dall'art. 2932 c.c., l'azione per la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa, e da quella che riconosce la possibilità per le parti di prevedere l'adempimento o l'inadempimento quale evento condizionante l'efficacia del contratto in senso sospensivo o risolutivo. Vediamo come, iniziando ad esaminare il secondo profilo.

7.1 Il concreto adempimento dell'obbligazione come evento condizionante

A lungo si è discusso in dottrina della possibilità di condizionare l'effetto reale al pagamento del prezzo da parte del compratore²⁰⁴.

²⁰⁰ D'altra parte sottolinea V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047, la tesi prospettata non conduce ad un risultato così eversivo: «equivale a dare alla parte gravata dalla sopravvenienza quello stesso potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato che già spetta in relazione ai contratti gratuiti, e che nei contratti onerosi spetta a controparte (sicché, più che un rimedio nuovo, si configurerebbe un semplice allargamento della legittimazione a un rimedio già previsto)».

²⁰¹ F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 10.

²⁰² Cfr. ancora F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 433 con riferimento alla ammissibilità dell'azione prevista nell'art. 2932 c.c. per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare.

²⁰³ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 424.

²⁰⁴ Per la soluzione favorevole cfr. F. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub art. 1376-1377, Bologna-Roma, 1993 che ammette tale possibilità argomentando sulla meritevolezza dell'interesse e sulla convenienza del compratore a pagare il prezzo. C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 573 e R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 53, i quali considerano tale possibilità confor-

Dopo un primo percorso «incerto»²⁰⁵, la Corte di Cassazione con due sentenze del 2003 ed una del 2006²⁰⁶ ha ammesso la possibilità per le parti di prevedere l'adempimento o l'inadempimento quale evento condizionante l'efficacia del contratto in senso sospensivo o risolutivo.

In una delle sentenze del 2003 si precisa che il comportamento della parte che non esegue la prestazione non può essere invocato «come illecito contrattuale, ma come legittimo esercizio di una potestà convenzionalmente attribuita, in quanto costituente l'evento espressamente dedotto in condizione risolutiva potestativa per concorde volontà d'entrambe le parti». Ed il principio è ribadito in quella più recente del 2006, in cui le parti avevano previsto che la mancata corresponsione di due rate di vitalizio comportasse l'automatica risoluzione del rapporto con la conseguente retrocessione del bene in capo al cedente²⁰⁷.

La prima pronuncia del 2003²⁰⁸ origina da una fattispecie che concerne una opposizione a due decreti ingiuntivi, per una somma pagata a titolo di fideiussione, emessi nei confronti del soggetto chiamato a rispondere in manleva per le obbligazioni contratte da una società in favore di due istituti di credito. Il Tribunale revoca i decreti ingiuntivi e ritiene non operante tale garanzia, in quanto inerente un contratto di cessione di azioni della società sottoposte alla duplice condizione del pagamento del prezzo e del rilascio di una controgaranzia bancaria e assicurativa per le obbligazioni del venditore nei confronti dei terzi. Evento quest'ultimo non verificatosi.

La Corte d'Appello riformula la sentenza ritenendo che il versamento del prezzo ed il rilascio della controgaranzia non realizzino due condizioni ma le prestazioni del contratto di cessione.

La Suprema Corte cassa con rinvio la sentenza, rilevando la necessità di stabilire se i cedenti delle azioni fossero o meno tenuti a realizzare l'effetto traslativo, anche in difetto della pattuita loro liberazione, da parte del chiamato in manleva, dalla fideiussione prestata a favore della Società. E se, tra il chiamato in manleva ed i debitori principali - venditori, fosse rimasto il rapporto di provvista, quale causa del credito dai secondi vantato verso il primo, in caso di inefficacia del contratto traslativo delle azioni.

La Corte di Appello nel giudizio riassunto a seguito di cassazione con rinvio, accerta che l'intendimento perseguito dalle parti non fosse di attuare una vendita senz'altro traslativa della proprietà dei titoli azionati, ma di attribuire al soggetto chiamato a rispondere in manleva un diritto alla loro effettiva acquisizione, con efficacia subordinata alla attuazione dell'obbligo di pagamento del prezzo e di prestazione della garanzia esterna per le fideiussioni.

me alla vendita con effetti obbligatori. *Contra* A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, p. 77 ss. Tutti richiamati da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 424 ss.

²⁰⁵ Cfr. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 425 e le pronunce ivi richiamate: Cass., 20 gennaio 1983, n. 573 in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 1; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1431, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 2; Cass., 4 novembre 1994, n. 9062, in *Rep. Foro it.*, 1994.

²⁰⁶ Cass. 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 215 ss con nota di B. COLOSIMO; Cass., 25 marzo 2003, n. 4364, in *Gius. Civ. Mass.*, 2003, p. 593 ss., Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Riv. not.*, 2004, p. 528 ss. con nota di C. UNGARI TRASATTI.

²⁰⁷ Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 215 ss con nota di B. COLOSIMO.

²⁰⁸ Cass., 25 marzo 2003, n. 4364, in *Gius. Civ. Mass.*, 2003, p. 593 ss.

La Corte di Cassazione conferma che l'effetto traslativo doveva considerarsi subordinato al pagamento del prezzo e alla prestazione della garanzia.

Definisce «senza pregio» l'eccezione per la quale nei contratti ad effetti reali non può essere dedotta in condizione una prestazione essenziale, stante il principio consensualistico.

Valuta tale possibilità non contraria alla disciplina della compravendita, la quale può non produrre i propri effetti fino a quando non sia realizzata la condizione sospensiva.

Nella pronuncia esaminata la Suprema Corte con una «valutazione del contratto condotta con criterio logico-giuridico corretto», interpreta i contratti oggetto del suo sindacato come fattispecie negoziali condizionate all'adempimento della prestazione, avendo riguardo alla volontà delle parti e alla meritevolezza degli interessi coinvolti. L'adempimento è qualificato come evento condizionante integrante una legittima condizione potestativa e non come condizione meramente potestativa²⁰⁹. Così, la Cassazione, interpretando il mancato pagamento del prezzo non come illecito inadempimento del contratto, ma come legittimo esercizio di una potestà convenzionalmente riconosciuta, opera un significativo intervento sul regolamento contrattuale condotto alla luce della volontà negoziale, in chiara funzione riequilibrativa delle prestazioni delle parti.

7.2 L'azione per la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa

Significativi argomenti a favore della possibilità, qui ipotizzata, di ritenere l'azione prevista nell'art. 2932 c.c. strumento adeguato al fine di ottenere una correzione del regolamento contrattuale conforme alle regole di buona fede e correttezza, qualora ciò sia possibile e non escluso dal titolo, si traggono dalla prassi che consente al promittente acquirente di esperire assieme allo strumento previsto dall'art. 2932 c.c., l'azione per la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa.

La sentenza costitutiva, secondo la ricostruzione fornita da un consolidato orientamento giurisprudenziale, deve essere considerata non come strumento di realizzazione degli effetti di un assetto di interessi preformulato e intangibile, ma «nella prospettiva di conformare il contenuto della decisione al risultato cui mira il precetto negoziale predisposto dalla volontà contrattuale». A tal fine devono essere riconosciuti al giudice «poteri di integrazione, di adeguamento ma anche di specificazione, analoghi a quelli previsti per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare»²¹⁰. Sicché con la sentenza emessa ex art. 2932 c.c., è anche consentito al giudice attraverso «un intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, fissare un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare»²¹¹.

Deve quindi ritenersi «innucleato nel disposto dell' art. 2932 c.c. un meccanismo volto ad evitare l'alterazione dell'equivalenza delle prestazioni..assunte dalle parti ad oggetto del programma precettivo»²¹². Una tale operazione non significa che al giudi-

²⁰⁹ Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Riv. not.*, 2004, p. 528 ss. con nota di C. UNGARI TRASATTI.

²¹⁰ Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, c. 1080 ss.

²¹¹ Cass., 2 luglio 2003, n. 10454, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, pp. 7-8.

²¹² Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, c. 1080 ss.

ce è consentito sostituirsi alla parte inadempiente e perfezionare in tal modo il contratto definitivo. Anzi «la riduzione del prezzo» consente che la volontà dei contraenti «sia fedelmente riprodotta negli stessi termini qualitativi e quantitativi, al momento della stipula del definitivo» e di adattare l'esecuzione alla situazione reale «al fine di assicurare al creditore la stessa prestazione alla quale aveva diritto»²¹³.

E ciò si rafforza se si considera che la disposizione codicistica non contiene alcuna prescrizione, né espressa, né tacita, di necessaria ripetizione nella sentenza costitutiva dello stesso contenuto precettivo stabilito con il preliminare». In conformità alla *ratio* della sentenza costitutiva che «deve essere finalizzata alla produzione di effetti sostanzialmente e non solo formalmente conformi a quelli voluti e predisposti dalle parti»²¹⁴.

E d'altra parte, la giurisprudenza ha ribadito il principio per cui in presenza di difformità non sostanziali e di vizi incidenti non sull'effettiva utilizzabilità del bene secondo le previsioni contrattuali, negare al promissario acquirente la pronuncia costitutiva equivale a consentire al venditore di sottrarsi all'osservanza degli obblighi assunti, soprattutto laddove ritenga più conveniente lo scioglimento del vincolo, anche se con il risarcimento dei danni. L'esecuzione del preliminare nonostante i vizi palesatesi, produrrebbe il risultato opposto di un regolamento definitivo sostanzialmente difforme dallo schema previsto e voluto dalle parti. Per cui, afferma la Suprema Corte, «inesattezze e difformità della cosa non ostano all'applicazione dell'art. 2932 c.c., tranne che..siano tali da rendere radicalmente diverso il bene rispetto a quello pattuito»²¹⁵.

Il principio della corrispondenza tra bene promesso in vendita e bene oggetto della domanda di esecuzione specifica deve essere inteso nel senso che il giudice non può sostituirsi alla parte inadempiente e perfezionare il contratto definitivo. Ma ciò non accade nelle pronunce richiamate in cui – si è detto - non si tratta di integrare una volontà carente e inespressa nel preliminare, «bensì di dichiarare un effetto legale dell'atto, a rettificazione dei dati non rispondenti alla realtà concreta del rapporto»²¹⁶.

L'azione prevista dall'art. 2932 c.c., «mezzo di tutela di carattere generale», consente, dunque, di mantenere l'equilibrio del rapporto economico di scambio previsto dai contraenti, con la funzione di un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse di una parte «alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente venditore»²¹⁷.

D'altra parte quando «è la stessa situazione di squilibrio fra le prestazioni, determinata dalla presenza di vizi nel bene, ad esigere un adeguamento del sinallagma»

²¹³ Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Contr.*, I, 2002, p. 444 con nota di BESOZZI.

²¹⁴ Cass., 2 luglio 2003, n. 10454, cit.

²¹⁵ Cass., s.u., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, c. 1697 ss. La fattispecie concerne un preliminare di vendita di cosa da costruire.

²¹⁶ Cass., 29 marzo 1982, n. 1932, in *Foro it.*, 1983, c. 1058 ss. La pronuncia concerne un caso di esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di permuta di area edificabile contro un appartamento da costruirsi sulla stessa area. La Cassazione ha espresso il principio richiamato con riguardo agli artt. 1537 c.c. «Vendita a misura» e 1538 c.c. «Vendita a corpo».

²¹⁷ Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, cit.

non si possono porre ostacoli «all'ammissibilità di una pronuncia, accessoria a quella sostituiva del consenso, che ristabilisca l'equilibrio contrattuale»²¹⁸.

Dalla motivazione e dalla sostanza degli interventi giurisprudenziali richiamati, si trae che attraverso lo strumento individuato dall'art. 2932 c.c. si è operata una effettiva correzione del regolamento contrattuale, al fine di mantenere l'equilibrio del rapporto di scambio nei termini pattuiti dai contraenti. E ciò sembra coerente con la possibilità, qui ipotizzata, di ricorrere all'azione prevista nell'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una correzione del regolamento contrattuale conforme alle regole di buona fede e correttezza.

Il rimedio che si sta analizzando deve essere, certo, temperato da alcuni limiti individuati ancora dalla giurisprudenza.

Occorre precisare che l'esperibilità dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c. cumulativamente e contestualmente all'azione volta ad ottenere l'eliminazione dei vizi o delle difformità o la riduzione del prezzo è ammessa purché tali difformità non riguardino la struttura o la funzione del bene e dunque non incidano sulla identità dell'oggetto²¹⁹. Ciò significa che è possibile la correzione sul valore economico o sulle modalità di godimento o su altri aspetti non sostanziali, ma non sul nucleo essenziale del contratto.

Tutto ciò non esclude, ovviamente, la possibilità di chiedere in sede di esecuzione in forma specifica, il riconoscimento di un danno subito a causa dell'inadempimento della controparte²²⁰.

La soluzione prospettata appare conforme al principio enunciato da Giuseppe Chiovenda e oggi di piena attualità, per cui «il processo deve dare a chi ha ragione tutto quello e proprio quello che gli è riconosciuto dalla legge sostanziale»²²¹. Perché

²¹⁸ Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, c. 1080 ss.

²¹⁹ Cass., 14 gennaio 2010, n. 477; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1562; Cass., 2 luglio 2003, n. 10454; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236; Cass., 17 aprile 2002, n. 5509; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, in *Contr.*, 2004, p. 785. Con riferimento ad un immobile da costruire cfr. Cass., 8 ottobre 2001, n. 12323.

²²⁰ Cass. s.u. 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.

²²¹ Non può essere omissis, anche se in questa sede è possibile solo un cenno, che il legislatore con un provvedimento che entrerà in vigore nel mese di marzo 2011 (d.lg. 4 marzo 2010 n. 28), ha introdotto la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale, configurandola come condizione di procedibilità della domanda per alcune materie espressamente indicate oppure qualora sia inserita una clausola all'interno del contratto o dello Statuto. In tutti gli altri casi la scelta di ricorrere alla mediazione è rimessa alla libera scelta delle parti. Da ciò consegue che, nelle controversie tra imprese, il tentativo di conciliazione è obbligatorio solo nella ipotesi in cui la relativa clausola sia inserita nello Statuto o nel contratto da cui sorge la controversia. Si è rilevato come, invece, la previsione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale avrebbe potuto contribuire a diffondere uno strumento efficiente di risoluzione delle controversie anche nelle relazioni tra imprese ed in particolare nella 'rete', in cui la cooperazione fra le unità produttive rappresenta l'elemento chiave del proprio funzionamento. Ciò perché uno strumento di natura negoziale, che si fonda su un nuovo accordo tra le parti, consente di comporre la lite favorendo la continuazione del rapporto commerciale, rafforzando la fiducia e la stabilità del rapporto, e stimolando flessibilità e competitività della rete. Per queste osservazioni cfr. P. LUCARELLI, *sub art. 5 comma 1,2 e 5, in La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali, commento al d.lg. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Brandini-Soldati, Milano, 2010.

Da tutto quanto sopra esposto - osserva l'A. - deriva che: «Acquistano così rilevanza le potenzialità della negoziazione come strumento per un approccio costruttivo che mira a temperare e risolvere, in via preventiva o successiva, gli inevitabili conflitti tipici di tutte le relazioni di lungo periodo».

un sistema giurisdizionale deve provvedere «non soltanto all'accertamento di chi ha ragione o di chi ha torto, ma anche alla soddisfazione concreta dei diritti»²²². Nella stessa direzione si muove il diritto europeo, che può essere considerato «rimediale come metodo e come oggetto», in quanto «orientato ai rimedi più che alla attribuzione astrattizzante dei diritti», e mira a raggiungere istanze concrete. D'altra parte il legislatore europeo non descrive le fattispecie in modo compiuto e ritiene «assolto il proprio compito quando riesce a far convivere il massimo di efficienza ed effettività con il minimo di generalizzazione»²²³.

²²² Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2803

²²³ S. MAZZAMUTO – C. CASTRONOVO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 12, richiamato anche da G. VETTORI, *Diritto contrattuale europeo, Rimedi di terza generazione e diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, p. 207 ss.

Bibliografia

- Afferni G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.
- Afferni G., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Milano, 2009.
- Albanese A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1179.
- Alpa G. - Conte G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 2, p. 141 ss
- Alpa G., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001. p. 723 ss.
- Alpa G., *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 2000.
- Alpa G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso 25-26marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n.6, p. 351 ss.
- Alpa G., *I principi generali*, Milano, 1993.
- Bagnasco A. - Rullani E., *Ragioni e contenuti del libro: guida alla lettura*, in *Reti d'impresa oltre i distretti. Nuove forme di organizzazione produttiva, di coordinamento e di assetto giuridico*, a cura di AIP, Il Sole 24 ore, 2008.
- Baldi R., *Il concessionario di vendita in esclusiva*, in *I contratti della distribuzione commerciale, la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno*, Milano, 1993.
- Barba A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998.
- Barcellona M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 472 ss.
- Barcellona M., *Diritto privato e società moderna*, Napoli 1996.
- Belfiore, voce *Presupposizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IX, tomo IV, Torino, 2001.
- Benedetti G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997.
- Benedetti G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 801 ss.
- Benucci S., *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 213 ss.
- Benucci S., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 135 ss.
- Benucci S., *Note sulle prime pronunce in tema di divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Concorrenza e mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 415 ss.
- Bertolotti A., *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- Bessone e D'Angelo, *Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.

- Bianca M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000.
- Bianca M., *La norma giuridica – I soggetti*, in *Diritto civile*, vol. I, Milano, 2002.
- Bocchini R., *La somministrazione di servizi*, Napoli, 1999.
- Bohicchio F., *Il contratto quadro nell'ambito dei contratti d'impresa*, *Il dir. fallim. delle società comm.*, 2002, 5, p. 889 ss.
- Boero P., *La somministrazione*, in *Contratti commerciali*, a cura di G. Cottino, in *Tratt. Comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 237.
- Bonell M.J., *I Principi Unidroit nella pratica, casistica e bibliografia riguardanti i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2002.
- Bortolotti F., *Concessione di vendita (contratto di)*, in *Nss. Digesto Italiano, App. II*, 1980, p. 227.
- Bortolotti F., *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1999.
- Bros S., *Les Contracts interdépendants: actualité et perspectives*, in *Recueil Dalloz*, 2009, n. 14, p. 965.
- Buonocore V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.
- Buonocore V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006.
- Busnelli F.D. - Navarretta E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 171 ss.
- Busnelli F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.
- Busnelli F.D., *Conclusioni*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 160.
- F. Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, in *ERCL*, 2008, 496.
- Cafaggi F. – Iamiceli P., *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obb. e contr.*, 7, 2009, p. 595 ss.
- Cafaggi F. – Iamiceli P., *Premessa*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa, Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007.
- Cafaggi F. (a cura di), *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009, p. 12.
- Cafaggi F. Iamiceli P. (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007.
- Cafaggi F. (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Milano, 2004.
- Cafaggi F., *Il contratto di rete: uno strumento per la crescita?*, in *nelMerito.com*, del 24 aprile 2009.
- Cafaggi F., *I doveri di cooperazione nei contratti: un'agenda di ricerca*, in *Le reti di impresa e i contratti*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 376.
- Cafaggi F., *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa, Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007, p. 413 ss.
- Cafaggi F., *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in F. Cafaggi – P. Iamiceli (a cura di), *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa, Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007, p. 17 ss.
- Cafaro S., *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 2-3, 2003, p. 291 ss.
- Cagnasso O., *La somministrazione, Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, p. 424.
- Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.
- Camardi C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.
- Camardi C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

- Camardi C., *I contratti di distribuzione come "contratti di rete"*, in *Obbl. e contr.*, 3, 2009, p. 200 ss.
- Camardi C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 572 ss.
- Carbonnier J., *Théorie des obligations*, Thémis – Presses Univ. France, 1963, pp. 253 ss.
- Castronovo C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001.
- Castronovo C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.
- Castronovo C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- Castronovo C., *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XL.
- Ceridono G., *sub art. 9, Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192 – Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civ. comment.*, 2000, p.429 ss.
- Cian, G. *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluriarietà degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 491 ss.
- Claudiel E., *Abus de dépendance économique: absence de solution équivalente or not absence de solution équivalente?*, in *RTDcom.* 2003, janvier/mars, p. 75 ss.
- Claudiel E., *Abus de dépendance économique: la notion se précise*, in *RTDcom.*, juillet/septembre 2004, p. 463 ss.
- Coase R., *The nature of the Firm*, in *Economia*, 1937, tr. It. *La natura dell'impresa*, 1937.
- Colangelo G., *Circa l'abuso di dipendenza economica*, nota ad ordinanza Trib. Taranto 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262.
- Colangelo G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.
- Colangelo G., *Subfornitura, dipendenza economica e obbligo di contrarre*, nota a Trib. Catania-Bronte, 9 luglio 2009, in *Danno e resp.*, 2009, p. 997 ss.
- Colangelo G., *Circa l'abuso di dipendenza economica*, nota ad Ord. Trib. Taranto 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262.
- Collins H., *Regulating contracts*, Oxford University Press, 1999, p. 165.
- Collins H., *The Weakest Link: Legal Implications of the Network Architecture of Supply Chains*, in M. Amstutz e G. Teubner, 2009, pp. 187-210.
- Colombi Ciacchi A., *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. B) Germania*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 197 ss.
- Consolo C., *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998.
- Conte G., *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, p. 679 ss.
- Cooter – Mattei – Monateri – Pardolesi - Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.
- Coraggio F., *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comment.*, 1997, 2, p. 179 ss.
- Corrado R., *Somministrazione (Contratto di)*, in *Noviss. Digesto Italiano*, vol. XVII, 1970, p. 882.
- Cottino G., *Contratto estimatorio. Somministrazione*, in *Commentario*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1970, p. 132.
- Cottino G., *Della somministrazione*, commentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 97.
- Crea C., *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, 2008.
- Cresci G., *I contratti di subfornitura (Legge 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 720 ss.
- Criscuoli G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990,

- Criscuolo F., *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn., Milano, 2000, p. 60.
- D'Alessandro L., *Concessione di vendita: descrizione del fenomeno e profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 85
- D'Amelio M., *Contratto d'acquisto e contratto di somministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 587;
- De Cristoforo G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento di corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1 ss.
- De Marzo G., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*. in *I contratti*, n. 12, 2002, p. 1158 ss.
- De Nova G. (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1998.
- De Nova G., *Sul rapporto fra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327.
- De Nova G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro IV c.c. nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista, Treviso, 23-24-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2006, p. 345 ss
- De Nova G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- De Nova G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, p. 449 ss.
- De Nova G., *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p.7 ss.
- Decocq - Pedamon, *L'ordonnance du 1^o décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence*, in *Juris-Class. Conc. Cons.*, numero speciale 1-bis 1987, 10.
- Del Vecchio G., *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958.
- Delli Priscoli L., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela di mercato*, in *Giur. Merito*, 2006, p. 2153 ss.
- Delli Priscoli L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge "antitrust"*, in *Giur. comment.*, 1998, p. 833
- Delli Priscoli L., *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisees*, in *Giur. Civ. comment.*, 2001, p. 581.
- Di Majo A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.
- Di Majo A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.
- Di Majo A., *Una dottrina unitaria dell'obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 234;
- Di Porto F., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Milano, 2008.
- Eidenmuller H., *Neuverhandlungspflichten, beim Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, 1063; in *Jura*, 2001, p. 829.
- Eisenberg M.A., *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Relational Contracts Floating in a Sea of Customs: Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bemstein*, in *94 NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 775 ss.
- Fabbio, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 331;
- Falzea A., *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, p. 4;
- Falzea A., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 1 ss.
- Falzea A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. diritto*, XIV, Milano, 1965, pp.460 ss.
- Feinman J.M., *Relational contract theory in context*, in *94 NW.U.L. Rev.*, 2000, p 737 ss.
- Ferrari Bravo L.- Di Majo - F.M.- Rizzo A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.
- Ferri G.B., *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadri-mestre*, 1988, p. 54.
- Fici A., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.

- Flick M., *Il contratto nelle "reti di imprese": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 339 ss.
- Franzoni L.A., *Introduzione all' economia del diritto*, Bologna, 2003.
- Franzoni M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.
- Franzoni M., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295 ss. commento a V. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024
- Frignani A.- Pardolesi R. - Patroni Griffi A.- Ubertazzi L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287, vol. II, Bologna, 1993.
- Frignani A.- Waelbroek M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.
- Frignani A., *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004.
- Gabrielli G.- Padovini F., *Recesso (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, 1988, p. 29.
- Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, tomo I secondo *I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, Padova, 1999 - Padova 2004.
- Galgano F., *Gli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, sub art. 1376-1377, Bologna-Roma, 1993.
- Galgano F., *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Le obbligazioni e i contratti, Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004.
- Galgano F., volume secondo *Le obbligazioni e i contratti*, tomo secondo *I singoli contratti, gli atti unilaterali e i titoli di credito, i fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazione, la tutela del credito*, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999.
- Gallo P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 239 ss.
- Gallo P., Voce "Eccessiva onerosità sopravvenuta", in *Digesto priv./civ.*, VII, Torino, 1991, p. 234 ss.
- Gallo P., *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, op. 487 ss .
- Gallo P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rapporto*, Milano, 1992.
- Gallo P., voce "Revisione del contratto" in *Digesto priv./civ.*, VII, Torino, 1998, p. 431 ss.
- Gambino A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 416 ss.
- Gambino F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.
- Gambino F., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 1, p. 41 ss.
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.
- Gentili A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 667 ss.
- Gentili A., *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 87.
- Gestri M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.
- Ghestin J., *L'interprétation d'un arrêt de la Court de cassation*, in *Dalloz*, 2004, n. 31, p. 2239.
- Giannattasio C., *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. Cicu - F. Messineo, proseguito da L. Mengoni, Milano, 1977, p. 14 ss.
- Giannattasio C., *La permula, il contratto estimatorio, la somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu - Messineo, Milano, 1974.
- Glais M., *L'état de dépendance économique au sens de l'art. 8 de l'ordonnance du 1^o décembre 1986*, in *Gaz. Pal.*, 1989, 1, doct., p. 290 e ss.
- Glais M., *Les abus de domination*, in *Lamy, Droit économique*, Paris, 2001, nn. 886-934, p. 333 e ss.
- Goetz C.J.- Scott R.E., *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, 1981, p. 1089.
- Goode R., *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003.

- Gorgoni A., *sub art. 33 comma 2, lettera m)*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 281 ss.
- Grande Stevens F., *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998.
- Granieri C., *Il tempo e il contratto, itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.
- Grillo M. (a cura di), *Impresa mercato e diritto*, a cura e con introduzione di M. Grillo, Bologna, 1995.
- Grundmann S., *L'unicità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, parte I, 2010, p. 585 ss.
- Guastrini R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993.
- Gulati M. – Klein W., *Economic Organization in the Construction Industry: A Case Study of Collaborative Production under High Uncertainty*, Duke Law Faculty Scholarship, Paper, 1305, 2004.
- Hartkamp, *Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 191 (1991), 396, spec. 405.
- Hartkamp, *Judicial Discetion under the New Civil Code of the Netherlands*, quaderni dell'Istituto di diritto comparato, Roma, 1992.
- Hase, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, pp. 2278 ss.
- Henle, *Lehrbuch des n. R. II*, 1934, p. 341.
- Hesselink M.W., *La nuova cultura giuridica europea*, a cura di G. Resta, tradotto da E. C. Zaccaria, Napoli, 2005.
- Hey, in *Festschrift Canaris*, 2002, 21, 39.
- Horn, *Neuverhandlungspflicht* in *AcP* 181, 1981, e in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 158, 1994, 425.
- Houtcieff D., *l'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances. Quand la première Chambre civile manie l'art. de la litote*, in *Dalloz*, 2004, n. 25, p. 1754.
- Iamiceli P., *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali, Nuove sfide per diritto ed economia*, Milano, 2004, p. 125 ss.
- Irti N., 'Codici di settore': *compimento della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 131 ss.
- Irti N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.
- Klein B. – Crawford R.G.- Alchian A.A., *Vertical integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J. L. & Econ.* 297, 1978.
- Libertini M., *Alla ricerca del "diritto privato generale" (Appunti per una discussione)*, *Diritto civile e diritti speciali*, in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008.
- Libertini M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, relazione presentata al convegno su *I mobili confini dell'autonomia privata*, tenutosi a Catania il 12 – 14 settembre 2002, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 345.
- Libertini M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comment.*, 1998, 1, p. 655.
- Lipari M., *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Dir. impr.*, 1986, p. 187 ss.
- Longu T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 345.
- Lopes A. - Macario F. – Mastroberardino P., *Reti di imprese, scenari economici e giuridici*, a cura di A, Torino, 2007.
- Lorenz S. *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2010, p. 93 ss.
- Lucarelli p., *sub art. 5 comma 1, 2 e 5*, in *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civile e commerciali, commento al d.lg. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Brandini-Soldati, Milano, 2010.

- Luminoso A., *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995.
- Luminoso A., *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2010, p. 501 ss.
- Luminoso A., *La somministrazione*, in *I contratti tipici e atipici*, in *Commentario al codice civile*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, p. 241.
- Macario F. e Miletto N. (a cura di) *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006.
- Macario F. e Miletto N. (a cura di), *Presentazione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006.
- Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- Macario F., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, in *Rimedi II*, Milano, 2006, p. 493 ss.
- Macario F., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, n. 3, 2005, p. 119 ss.
- Macario F., *Sopravenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008.
- Macneil I.R. – Campbell D., *The relational theory of contract, select works of Ian Macneil*, London, 2001.
- Macneil I.R., *Contracts: adjustment of Long-term economic relations under Classic, Neoclassical and relational contracts Law*, in 72 *NW.UL. Rev.*, 1983, p. 340
- Macneil I.R., *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Challenges and queries*, in 94 *NW.UL Rev.*, 2000, p. 877.
- Macneil I.R., *The new social contract*, New Haven, 1980.
- Maffei D., *Abuso di dipendenza economica*, in G. De Nova (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1998, p. 80.
- Maffei D., *sub art. 9*, in *La subfornitura: Legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 81.
- Marasà, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990.
- Marasco P.G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice*, in *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 539 ss.
- Marella M.R., *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000.
- Martinek M., *Die Lehre von den Neuverhandlungspflicht-Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung*, in *AcP*, 198, 1998.
- Maugeri M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.
- Maugeri M.R., *Le recenti modifiche sulla disciplina in materia di abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, p. 455 ss.
- Maugeri M.R., *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali. Non minor virus est tueri et perficere rem inventam...quam reperire*, in *Obb. e contr.*, 12, 2009, p. 951 ss.
- Mazeaud D., *Du nouveau sur l'obligation de rénegotier*, in *Dalloz*, 2004, n. 25, 1754.
- Mazzamuto S. – Castronovo C., *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.
- Mazzamuto S. – Nivarra L., *Principi generali e legislazione speciale:attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1992, p. 533.
- Mazzamuto S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2010, p. 601 ss.
- Mazzamuto S., *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 523 ss.
- Mazzamuto S., *L'attuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 520 ss.
- Mazzamuto S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 51 ss.
- Mazzamuto S., *Postfazione* in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008.
- Meli M., *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005.
- Menezes C., *Teoria General do Direito Civil*, vol. I, II ed., Lisboa, 1987-1988, p. 376.
- Mengoni L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1 ss.

- Mengoni L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.
- Mengoni L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.
- Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 1943.
- Meucci S., *La nuova normativa sui contratti di rete (Legge 33/2009) ed il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Persona e Mercato, Rivista periodica on-line*, 1, p. 42 ss., consultabile su: www.personaemercato.it
- Moliterni A., *La garanzia per vizi e le due anime del contratto di somministrazione*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1854.
- Montessori, *Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 cod.comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 437.
- Mora A., *Subfornitura e dipendenza economica*, in *Contr.*, 1999, p. 95 ss.
- Mossa L., *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914.
- Mucio C., *La somministrazione: problemi di qualificazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 75 ss.
- Nanni, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da Galgano, Padova, 1988.
- Natoli R., *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.
- Navarretta E., *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti - Villa, Milano, 2008, p. 320.
- Nicolussi A., *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 843 ss.
- Nivarra L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 463 ss.
- Nivarra L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani-R. Pardolesi- A. Patroni Griffi- L. C. Ubertazzi, 1993, vol. II, p. 1457 ss.
- Nuzzo M., voce *somministrazione (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLII, 1990, p. 1270 ss.
- Oppo G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 143 ss.
- Oppo G., in *Scritti giuridici*, vol. III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss.
- Oppo G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629.
- Osti C., *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, p. 9.
- P. Iamiceli (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009.
- Padovini F., *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno ed E. Gabrielli, Tomo II.
- Pagliantini S., *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.
- Pagliantini S., *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006.
- Pagliantini S., *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Il diritto - Enc. Giur.*, Milano, 2007, vol. XIII, p. 668.
- Pagliantini S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Persona e mercato*, 4/2010, rivista online, p. 289 ss.
- Pagni I., *Il petitum cautelare e l'inibitoria in materia antitrust*, in *Corriere Giur.*, 2001, p. 377.
- Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente, situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004.
- Palmieri A.-Pardolesi R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni»*, in *Foro it.*, 2002, c. 76
- Palmieri A., *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*, commento ad ordinanza Trib. Taranto 22/12/2003, Trib. Catania 5/1/2004, in *Danno e resp.*, 2004, p. 424.
- Palmieri A., *Abuso di dipendenza economica dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, nota a Trib. Roma 12/9/2002, Trib. Roma 16/10/2002, Trib. Bari 2/7/2002, Trib. Roma 20/5/2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3210 ss.
- Palndt/Heinriches, in *BGB*, commento al § 313, 63 ed., Beck, 2004, n. 29.

- Pardolesi R., *Contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, postilla di aggiornamento 2006, vol. IX.
- Pardolesi R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.
- parleani-de leyssac, *Droit du marché*, Parigi, 2002.
- Passagnoli G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.
- Passagnoli G., commento agli artt. 36 e 38, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pp. 370 ss
- Pedamon M., *Le régime contemporain des clauses nonétaires*, *id.*, 1958.
- Pietrobon V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 510 ss.
- Pilia C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.
- Pinto V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto anti-trust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389 ss.
- Predieri, *Le reti transeuropee nei trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. UE*, 3/97, p. 288ss.
- Renda A., *Esito di contrattazione economica e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky?"*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, p. 243 ss.
- Rescigno P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.
- Rescigno P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano, Inadempimento, adattamento, arbitrato*, in AA.VV., Milano, 1992.
- Restivo C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.
- Rizzuto C., *Sub. art. 1469 bis co. 3 n. 11*, in *Commentario al capo XIV- bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova.
- Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- Roppo V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2010, p. 7.
- Roppo V. (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006.
- Roppo V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, pp- 769 ss,
- Roppo V. *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p.892 ss.
- Roppo V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.
- Roppo V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a trend in European contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.
- Roppo V., *Il contratto del duemila*, Milano, 2001.
- Roppo V., *Il contratto del duemila. 2° ed.*, Torino, 2005.
- Roppo V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica, Milano, 2001.
- Roppo V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.
- Roselli O., voce "Commercio" (profili amministrativi), in *Enc. dir. Agg.* 2010, Milano.
- Rösler, in *ZgesSchuldr.*, 2003, 383, 388.
- Rossi G., «Take Courage»! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2002, c. 90.
- Roth H., in *BGB Münchener Kommentar*, § 313, n. 93
- Rubino, *L'appalto*, in *Trattato*, diretto da Vassalli, Torino, 1980, p. 295 ss..
- Russo E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 445 ss.
- Russo E., *Le transazioni commerciali, commento teorico-pratico al decreto legislativo n. 231/2002 sulla repressione nei ritardi di pagamento*, Padova, 2005.
- Sacco R, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo, cit.*, p. 309 ss.

- Sacco R.- De Nova G., *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, tomo II, Torino, 2004.
- Sacco R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, 1997, III, p. 217 ss.
- Santini, *Il commercio, saggio di economia del diritto*, Bologna, 1999.
- Savatier, *La nouvelle législation des indexations*, in *Dalloz*, 1959, p. 63.
- Scalisi V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459ss.
- Scalisi V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 242.
- Scarano L.A., *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in Commentario a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, cit., pp. 510-511.
- Schwartz A., *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *J. Legal Stud.*, 1992, p.271.
- Scott R.E., *The case for formalism in relational contract*, in *94 NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 845 ss.
- Sicchiero G., *Rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1023 ss.
- Speidel R.E., *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil*, *The characteristic and challenges of Relational contracts*, in *94 NW.U.L. Rev.*, 2000, p. 823 ss.
- Spolidoro M.S., *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 191 ss.
- Strozzi G., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale: dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza*, Torino, 2001.
- Tartaglia, *Eccessiva onerosità e appalto*, Milano, 1983.
- Terranova C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467- 1469, in *codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.
- Teubner G., "And if I by Beelzebub cast out Devils,...": *An Essay on the Diabolic of Network Failure*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 4, 2009, p. 395 ss.
- Teubner G., *Networks as Connected Contracts*, consultabile all'indirizzo SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1233545>, 2
- Tommaseo F., voce "Provvedimenti d'urgenza", in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 870 ss.
- Tommasini R, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, vol. XL.
- Trabucchi F., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007.
- Triglia C., *Sviluppo locale – Un progetto per l'Italia*, Bari, 2007.
- Trimarchi P., *Commercial Impracticability in Contract Law*, in *Rev. of Law and Economy*, 1991, p. 63.
- Trimarchi P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 637 ss.
- Vettori G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.
- Vettori G. (a cura di), *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007.
- Vettori G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983.
- Vettori G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rv. dir. priv.*, 2000, I, p. 21 ss.
- Vettori G., *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 674 ss.
- Vettori G., commento sub art. 1, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007. p. 3 ss.
- Vettori G., *Commento sub art. 39*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 396 ss.
- Vettori G., *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005.
- Vettori G., *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obb. e contr.*, 2009, 5, p. 390 ss.
- Vettori G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009.
- Vettori G., *Diritto dei contratti e costituzione europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005.
- Vettori G., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

- Vettori G., *I contratti di distribuzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Milano, 2006, 481 ss.
- Vettori G., *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Persona e Mercato*, rivista on-line, n. 1, 2010, p.16 ss., consultabile sul sito www.personaemercato.it.
- Vettori G., *Il contratto nello sviluppo e nella crisi dell'impresa*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 180 ss.
- Vettori G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2008, p. 771.
- Vettori G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 133 ss.
- Vettori G., *L'Abuso del diritto – Distingue frequenter*, in *Obb. e contr.*, n. 3, 2010, p. 166 ss.
- Vettori G., *La buona fede*, in *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 159.
- Vettori G., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, vol. 4, p. 701 ss.
- Vettori G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743 ss.
- Vettori G., *Libertà di contratto e disparità di potere* in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 98 ss.
- Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.
- Vettori G., *Rimedi di terza generazione*, in *Diritto Privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 248.
- Vettori G., *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 1 ss.
- Villa G. – Gitti G. (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.
- Villa G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- Villa G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, vol. V, Milano, 2006.
- Villa G., *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti – G. Villa, Bologna, 2008.
- Vivante, *Somministrazione*, in *Nuovo dig. It.*, Torino, 1939, vol XII, parte I.
- Weber M., *Economia e società*, Milano, 1995.
- Williamson O., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *36 Administrative Science Quarterly*, 1991, p. 282 ss.
- Williamson O., *L'organizzazione economica*, Bologna, 1991.
- Williamson O., *Transaction-cost-Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *22 jour. Law & Econ.*, 1979.
- Zanelli P., *Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, 4-5, p. 951 ss.
- Zingarelli R., *Somministrazione (contratto di)*, in *Digesto Italiano*, vol. XXII, parte I, Torino, 1899.
- Zoppini A., *Analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti – G. Villa, Milano, 2008.
- Zuddas G., *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2003.

PREMIO RICERCA «CITTÀ DI FIRENZE»

Titoli pubblicati

1. Romolini M., *Commento a La bufera e altro di Montale*, 2011
2. Venturini F., *Profili di contrattualizzazione a finalità successoria*, 2011
3. Lucchesi F., *Contratti a lungo termine e rimedi correttivi*, 2011

