



A PROPOSITO DI ABUSO DI AUTONOMIA CONTRATTUALE DI IMPRESA.

CRISTINA DALIA

SOMMARIO: 1. Le esigenze di unitarietà nella repressione dell'abuso della libertà contrattuale d'impresa – 2. Le ragioni del sacrificio dell'autonomia negoziale dell'aderente nell'ottica del codice civile del '42 – 3. I limiti degli artt. 1341 e 1342 c.c. nella inibizione generale dell'esercizio illegittimo del potere di predisposizione unilaterale del contratto – 4. Il controllo del potere di autonomia contrattuale d'impresa nei contratti del consumatore attraverso il “non uso” di clausole vessatorie – 5. Il divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. n. 192/1998 come confine del potere contrattuale d'impresa – 6. Segue: e come principio generale del divieto di abuso di autonomia contrattuale nella contrattazione asimmetrica tra imprese - 7. La teoria dell'esercizio abusivo del diritto quale duplicato imperfetto del principio che vieta l'esercizio illegittimo del potere negoziale d'impresa.

1. La contrattazione che si svolge all'interno del mercato – ormai sempre più caratterizzato dal diverso ruolo e dal differente “potere” dei contraenti - risulta oggi prevalentemente assoggettata a regole di settore che tendono a “proteggere”, in maniera più o meno soddisfacente, la parte che verte in una posizione di debolezza giuridica rispetto all'altra, sanzionando eventuali “abusi” contrattuali.

¹ Il fenomeno dell'abuso del diritto negli ultimi tempi si è imposto prepotentemente all'attenzione degli interpreti, chiamati ad affrontare quelle situazioni disparate, accomunate solo dalla circostanza di essere sprovviste di una disciplina soddisfacente, nel tentativo di individuare un rimedio generale in grado di sanzionare comportamenti non altrimenti repressibili, ovvero repressi in maniera inadeguata. Ma se le forme attraverso cui può estrinsecarsi una condotta illegittima si presentano innumerevoli e variegate, appare evidente la difficoltà di una ricostruzione unitaria della categoria dell'abuso che ha inevitabilmente diviso quanti si sono occupati della questione. Il tema, infatti, investe non solo le ipotesi di abuso espressamente disciplinate dal codice civile (artt. 330, 833, 1015, 1175, 1375, 2793), ma anche e soprattutto quelle emerse dall'applicazione giurisprudenziale, prevalentemente in tema di: comunione e condominio, rapporti di lavoro, esercizio dell'impresa, riduzione della penale, rapporti societari, rapporti bancari, esercizio del diritto di credito; abuso di o nel processo, abusi in materia tributaria, esercizio abusivo del diritto di recesso, e via discorrendo.

Sull'abuso del diritto in generale si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 862 ss.; M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, p. 832 ss.; AA.VV., *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, a cura di G. Merone, Napoli, 2014; A. CONVERSO, *Note minime in tema di abuso del diritto*, in *Giur. merito*, 6, 2013, 1314 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2013, 75 ss.; G. VILLANACCI, *I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2013, 158 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2012, 313 ss.; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2, 2011; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2011, 491 ss.; R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionediritto.civile.it, 2010; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 5, 2010, pag. 834; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*,



Com'è noto, la tecnica del codice civile, nel progetto di unificazione dei due codici ottocenteschi, ha preferito guardare “alla parte e non alle persone dei contraenti”², in ossequio al principio di uguaglianza formale, riportando l'atto al centro della disciplina ed eliminando ogni distinzione soggettiva. Ma questa realtà è destinata a cedere il passo ad un'importante inversione di tendenza che segna una nuova stagione del contratto, orientata verso la differenziazione delle discipline contrattuali in ragione della qualifica soggettiva dei contraenti, dotati di differenti poteri negoziali.

Il panorama delle fonti del moderno diritto dei contratti, costantemente arricchito dal proliferare di leggi speciali³ destinate ad attuare i principi e le regole di diritto contrattuale comunitario, ha dunque suggerito all'interprete di ragionare per “tipologie” o meglio per “categorie contrattuali”⁴.

Si tratta di un problema non di poco conto se si pensa che le suddivisioni possibili sono molteplici, a seconda che si utilizzi come criterio classificatorio quello della fonte ovvero quello della “debolezza contrattuale”, con evidenti ricadute sul piano sistematico; problema che, pur non potendo trovare risposta nella sede che qui interessa, per la necessità di un'indagine di più ampio respiro⁵, suggerisce alcune riflessioni preliminari sul tema.

in *Contratti*, 2000, 1115; AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. II, Milano, 1998, 1 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, ristampa; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 166 ss.

² Cfr. sul punto, da ultimo, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 1, 72 ss.

³ Cfr. al riguardo anche F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit., 495 s., il quale sottolinea che “l'impossibilità di contenere il fenomeno della contrattazione d'impresa nella rete logica e assiologica del codice civile ne ha determinato la disorganica declinazione nella normativa post-codicistica di matrice o di influenza comunitaria”.

⁴ Sul punto ampiamente, V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, *passim*, spec. 119, tra gli altri, ha segnalato il mutamento del diritto dei contratti interessato da un'alluvione normativa tesa ad avviare una nuova stagione del contratto caratterizzata da discipline applicabili in ragione della qualifica contrattuale assunta, nel segno della riemersione della categoria “dei contratti d'impresa”.

Ma già prima dell'evoluzione legislativa in materia A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova 1954; ID, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.* Treccani, IX, 1988, 1, rivendicava l'autonomia concettuale e funzionale dei contratti d'impresa caratterizzati non solo dalla presenza dell'imprenditore come parte contrattuale, ma anche dal fatto di essere gli stessi uno strumento di esplicazione dell'attività d'impresa.

⁵ In questa sede, senza alcuna pretesa di esaustività, si ritiene opportuno semplificare la questione rinviando alle due principali ricostruzioni che ovviamente producono effetti diversi, seppur nella condivisa opportunità di declinare il contratto in diverse categorie.



Infatti, occorre prendere le mosse da quelle disposizioni generali e speciali che regolano la materia delle condizioni generali e delle clausole vessatorie - terreno di elezione di vicende negoziali disciplinate tramite il ricorso al concetto di abuso - per accedere ad una visione unitaria del fenomeno.

Il quadro normativo di riferimento, che alimenta l'idea di una ricostruzione organica della repressione dell'esercizio abusivo del potere negoziale d'impresa, è rappresentato da norme di diritto comune (gli artt. 1341 e 1342 c.c.) e da disposizioni di diritto speciale (gli artt. 33-38 del codice del consumo⁶ e l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192), queste ultime destinate a garantire l'equilibrio normativo nel contratto asimmetrico.

Le normative speciali nascono proprio dall'esigenza di rimediare all'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a reprimere, in maniera efficace, l'abuso del potere contrattuale d'impresa in quelle contrattazioni in cui è necessario, a causa di una condizione di debolezza contrattuale evidente, se non addirittura istituzionale⁷,

La prima impostazione (di V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3° ed., Torino, 2011, 87 ss.), utilizzando quale criterio classificatorio la condizione di debolezza contrattuale di una delle parti, distingue due tipologie contrattuali: il contratto di diritto comune e il contratto asimmetrico che è idoneo a ricomprendere in sé tutte quelle forme di contrattazione in cui è evidente la debolezza contrattuale di una parte, come ad esempio la contrattazione tra consumatori e professionisti, quella tra imprese, quella tra banca e cliente, tra intermediari e investitori e via discorrendo.

L'altra che, muovendo dalla qualifica soggettiva dei contraenti e dalle diverse fonti, distingue tre diverse categorie: il primo contratto, che sarebbe quello di diritto comune; il secondo contratto, cioè quello tra impresa e consumatore; infine il terzo contratto, vale a dire quello stipulato tra due imprese di cui una più debole. Per tutti, cfr. G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

⁶ Com'è noto la tutela del consumatore è affidata ad un impianto normativo autonomo, il codice del consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, volto a ridurre l'asimmetria di potere al fine di garantire al consumatore rapporti contrattuali corretti, trasparenti ed equi con il professionista in attuazione dei diritti fondamentali di cui all'art. 2, comma 1, lett. e) cod. cons., per il riequilibrio normativo ed economico del contratto. E gli artt. 33-38 sono proprio destinati a dare attuazione al diritto del consumatore ad un contratto bilanciato, attraverso la repressione delle clausole abusive che determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi contrattuali.

⁷ Quale quella del consumatore. Un consumatore, per accedere ad un bene o ad un servizio di consumo, deve inevitabilmente relazionarsi con un professionista, produttore o distributore di quel bene o servizio, che, quale esperto di settore, è in grado di gestire unilateralmente l'intera fase contrattuale. Ciò che viene in considerazione è la sua soggezione al potere d'impresa, dal momento che anche un professionista (imprenditore, commerciante, artigiano, professionista intellettuale, stante la definizione di cui all'art. 3 del codice del consumo) può assumere la veste di consumatore, qualora agisca, non nell'esercizio della propria attività economica, bensì per il soddisfacimento di esigenze personali, con ciò annullando il rilievo delle specifiche competenze del contraente ed enfatizzando appunto l'esclusione di margini di contrattazione tra le parti quale valore da difendere. Cfr. da ultimo, Cass. 12 marzo 2014, n. 5705, in *Mass. Giust. civ.*, 2014: "La qualifica di consumatore di cui all'art 3 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - rilevante ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato d.lgs. - spetta alle sole persone fisiche, allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, dovendosi, invece, considerare professionista



preservare l'autonomia dell'aderente, completamente sottomesso al potere di predisposizione unilaterale del contraente più forte.

Le ragioni di fondo della protezione accordata al consumatore, ad esempio, risiedono in una presunzione di inesperienza - dovuta all'assenza di specifiche conoscenze e competenze tecnico-giuridiche - così come nella effettiva scarsa informazione sui termini della contrattazione, non sempre chiari e noti; ma anche nella debolezza contrattuale derivante dall'assenza di margini di contrattazione per il confezionamento del regolamento contrattuale, posto che il professionista - esperto di settore che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale - è molto meglio attrezzato a gestire tutte le fasi del contratto: da quella delle trattative a quella di un eventuale contenzioso, sulla base della necessità di uniformare i contratti con la generalità dei destinatari, nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale d'impresa⁸.

La debolezza contrattuale dell'imprenditore, invece, è meno marcata, ma comunque deducibile in linea di massima dalle disposizioni relative che danno risalto non solo alle dimensioni di un'impresa, più ridotte rispetto a quelle della controparte, ma anche e soprattutto ad una situazione di dipendenza economica; aspetti questi che denotano condizioni di forza e di potere contrattuali differenti e che sospingono le esigenze di protezione del contraente più debole e del mercato, garantendo, anche in questo caso, il corretto esercizio del potere di autonomia negoziale d'impresa.

In ogni caso, al di là del contenuto più o meno esaustivo delle singole normative speciali, elemento comune alle stesse è l'intenzione del legislatore di contrastare in maniera più incisiva e determinata rispetto al codice civile eventuali "abusi"⁹, da parte dell'impresa, dell'esercizio del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale che, lungi dal soddisfare le esigenze di celerità, uniformità e speditezza della contrattazione, si traducono nella imposizione di un contratto arbitrariamente e ingiustificatamente vantaggioso per il predisponente.

il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso. Ne consegue che non rileva in modo decisivo, al fine di escludere la sussistenza di un rapporto di consumo, la sola circostanza che la parte, nel concludere il contratto con il professionista, si sia qualificata come avvocato".

Pertanto, appare ovvio, dal tenore della decisione, che la presentazione di sé come professionista all'atto della stipula del contratto non è idonea a trasformare il consumatore in professionista se quell'atto è stato concluso per il soddisfacimento di esigenze personali, legate appunto all'individuo in quanto tale e non al soggetto esercente una professione o un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale. Diverso sarebbe stato il caso in cui il professionista avesse dichiarato di agire nella sua veste professionale, per il soddisfacimento di esigenze legate all'attività esercitata.

⁸ Ad analoghe considerazioni giunge, da ultimo, Cass., sez. VI, 12 marzo 2014, n. 5705, cit.

⁹ Cfr. a tal riguardo anche F. DI MARZIO, *op. cit.*, 498, il quale evidenzia che se il potere di dettare le condizioni contrattuali sfocia nella imposizione di condizioni inique, l'esercizio della libertà contrattuale si qualifica come abusivo.



Il problema, però, è che le discipline di settore presentano non poche zone d'ombra, lasciando apparentemente fuori dal loro ambito di applicazione diverse ipotesi in cui è facile rinvenire “abusi contrattuali” da parte delle imprese predisponenti e che non possono dirsi ormai adeguatamente sanzionati dall'art. 1341 c.c. Pertanto, ci si chiede se non sia più opportuno disapplicare la disposizione da ultimo citata alla contrattazione asimmetrica tra imprese e individuare un principio guida, espresso dalla legislazione speciale di settore, in grado di assorbire la fattispecie e garantire una categoria autonoma, fondata su basi solide.

Appare chiaro che, quando il potere di dettare condizioni contrattuali si realizza nell'imposizione di condizioni inique che rendono iniquo il contratto, l'esercizio della libertà contrattuale è abusivo perché la decisione solitaria sul contratto può determinare un assetto squilibrato dei diritti ed obblighi contrattuali: in tal caso la repressione dell'abuso mira alla ricostituzione dell'equilibrio violato¹⁰.

E il nostro ordinamento ha represso adeguatamente queste forme di abuso, rendendo forse superflua la ricerca di ulteriori soluzioni, ancorate a concetti e principi differenti, che spingono a sanzionare in maniera troppo incerta le ipotesi di esercizio abusivo di un diritto contrattuale e, in particolare, dell'esercizio abusivo del diritto di recesso¹¹.

2. La disposizione di cui all'art. 1341 c.c.¹² rappresenta il fondamento del potere di autonomia contrattuale d'impresa¹³, in quanto, seppur affrancata da qualifiche

¹⁰ Si veda, a tal proposito, F. DI MARZIO, *op. cit.*, 498 s., spec. 503, secondo cui il divieto di abuso si offre come ragione legittimante dello sforzo legislativo che si dispiega nel tentativo di regolare la cosiddetta contrattazione asimmetrica o ineguale. Chiarito che determinate condotte possono concretarsi in un abuso, non è però dato comprendere come queste vadano gestite, ovvero, quale sia la sanzione in caso di abuso di potere di autonomia contrattuale d'impresa.

¹¹ Che ha trovato consacrazione nella ormai nota applicazione giurisprudenziale di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577; *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 2, 345; *Foro it.* 2010, 1, I, 85; *Giust. civ.*, 2009, 12, I, 2671; *Vita not.*, 2010, 1, I, 229; *Giur. comm.*, 2010, 5, II, 828.

¹² La cospicua letteratura maturata sul tema delle condizioni generali di contratto e clausole vessatorie rende impossibile un'indicazione completa ed esaustiva dei relativi riferimenti, considerata la sede dell'indagine. Pertanto sia sufficiente rinviare, per gli aspetti di carattere generale, a: V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Il cd. contratto per adesione e gli artt. 1342 e 1342 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1949, IV, 39; M. DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1951; A. GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino-Napoli, 1983; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; S. PATTI, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, artt. 1337-1342 c.c., in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1993, 300 ss.; G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 1995; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997; E. MINERVINI, *Gli articoli 1341, 1342 e 1370*, in *Rimedi-1*, Trattato del contratto diretto da Roppo, Milano, 2006, 485 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

¹³ Cfr. anche F. DI MARZIO, *op. cit.*, 498, secondo cui l'art. 1341 c.c. è espressione del potere costitutivo dell'autonomia negoziale d'impresa.



sogettive, riconosce il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale principalmente¹⁴ all'imprenditore, cioè a colui che di fatto ha esigenze di uniformità e rapidità della contrattazione.

Nel paragrafo 612 della Relazione al Codice civile è possibile cogliere quei passaggi essenziali che, evidenziando le ragioni della regolamentazione giuridica del fenomeno, aiutano a comprendere meglio pregi e limiti della disciplina dei contratti per adesione.

Da esso si evince che gli artt. 1341 e 1342 c.c. sono la risposta legislativa ad una pratica contrattuale che, in quanto priva di apposita disciplina normativa perché sorta appunto nella prassi, ha investito inevitabilmente la giurisprudenza della verifica della sua legittimità. Pertanto, pur riconoscendo le esigenze di uniformità e celerità della contrattazione d'impresa, i giudici del passato, chiamati a confrontarsi con il fenomeno, si sono preoccupati di contenere eventuali abusi, ravvisabili nei casi in cui gli schemi prestabiliti contenessero clausole in grado di mettere i "clienti alla mercé degli imprenditori", ora allargando il concetto di illiceità, ora affermando la "mancanza di consenso su alcuni patti onerosi".

Il legislatore, al tempo della codificazione, ha ritenuto di porre rimedio ai problemi sollevati dall'esperienza concreta, prevedendo una regola esplicita che contenesse l'ampio potere d'impresa nei limiti del temperamento di opposte esigenze: quelle preminenti dell'impresa di uniformità e celerità della contrattazione e quelle individuali dell'aderente, nel rispetto del principio di uguaglianza formale tra le parti e della salvaguardia della libertà contrattuale.

Pertanto, "il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, [...] l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non vuole rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi

Ancora, per A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 195, il fenomeno delle condizioni generali di contratto è espressione di una tipica situazione di potere che si ricollega all'organizzazione produttiva dell'impresa. Il "potere normativo d'impresa, in nome di una pretesa razionalizzazione dei settori di produzione [...], si traduce [...] nella predisposizione unilaterale, in funzione uniformatrice [...] di un regolamento negoziale". Si tratta di un atto interno di impresa destinato ad imporsi a chi è privo di alternative o è limitato nella scelta.

¹⁴ Nel Par. 612 della Relazione al codice civile, ultimo capoverso, si legge che le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. si devono osservare all'infuori della sfera dei contratti d'impresa, ogniquale volta una parte usi formulari predisposti e qualunque sia il tipo di contratto concluso.

Il testo della relazione è pubblicato in *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, p. 130.

Si veda sul punto anche A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 6: il fenomeno delle condizioni generali e della standardizzazione è considerato dalla legge senza esplicito riferimento alla contrattazione d'impresa, ma pur sempre come manifestazione tipica del mondo dell'impresa.



illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili”¹⁵.

Per evitare, però, che l'esercizio di questo potere desse luogo ad abusi - come era stato in assenza di apposita regolamentazione - travalicando i limiti di correttezza e buona fede che devono dominare anche la materia dei contratti per adesione, il legislatore del '42 decise di collegare l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o alla conoscibilità da parte dell'aderente, nonché di subordinare la validità delle clausole vessatorie alla specifica sottoscrizione.

Nel contesto economico, giuridico, storico e culturale proprio dell'unificazione dei codici ottocenteschi, dunque, si sceglie di sacrificare l'autonomia dell'aderente in favore delle necessità dell'impresa, ritenute in tal modo preminenti¹⁶. Tale sacrificio sembra cristallizzarsi nel principio di uguaglianza formale dei contraenti, di cui le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. sono espressione. Per il legislatore, evidentemente, quello delineato dalle norme richiamate è comunque un sistema di garanzia in grado di contenere e reprimere eventuali abusi da parte delle imprese del potere di predisposizione unilaterale del contratto.

L'uguaglianza formale dei contraenti è garantita - contenendo così anche i rischi di eventuali distorsioni nell'esercizio del relativo potere - dal requisito di conoscenza o conoscibilità per l'efficacia delle condizioni generali; dalla specifica sottoscrizione della clausola vessatoria che, richiamando l'attenzione dell'aderente sull'onerosità della stessa, gli consente di valutare se sarà in grado di sopportare o meno il vincolo e quindi di accettare o meno; inoltre dall'uniformità, destinata ad offrire alla generalità degli utenti il medesimo trattamento contrattuale per l'erogazione di quel bene o servizio, evitando possibili discriminazioni e/o disparità di trattamento; infine dall'art. 1342 c.c., il quale¹⁷ ammette una modalità di esercizio dell'autonomia dell'aderente di modificare, anche solo in parte, il contenuto del regolamento contrattuale, nel segno di una seppur minima opportunità di contrattazione con l'imprenditore.

¹⁵ Testualmente il par. 612 della Relazione al codice civile.

¹⁶ Cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 8: i contratti di impresa sono una categoria che “ha nel collegamento funzionale con la vita stessa dell'impresa un particolare titolo di meritevolezza di tutela e, perciò, una più estesa attribuzione di autonomia”. Essendo strumenti di esplicazione dell'attività d'impresa, detti contratti sono idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

¹⁷ La norma, com'è noto, prevede che nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse e anche se queste non vengano cancellate.



Appare chiaro che la disciplina è strutturata in modo da giustificare il sacrificio dell'autonomia contrattuale dell'aderente e preservare, in astratto, il principio di uguaglianza, appunto formale.

3. La lettura delle norme degli artt. 1341 e 1342 c.c., nel contesto della disciplina generale del contratto, e in una al paragrafo 612 della Relazione al codice civile, lascia dedurre che la predisposizione unilaterale intanto è concessa in quanto venga esercitata nel rispetto delle esigenze di celerità della contrattazione d'impresa, perché solo un esercizio del relativo potere, contenuto entro i limiti della buona fede, può considerarsi legittimo. Ove detto esercizio produca dei contratti squilibrati dal punto di vista normativo, in quanto ingiustificatamente gravosi per l'aderente, vorrà dire che di questo potere si è fatto abuso.

Quindi, è proprio il legislatore a concepire come abusivo un esercizio del potere di autonomia contrattuale d'impresa che non assolve alla funzione sua propria, perché travalica i confini del comportamento corretto.

Ma nella sostanza, l'esperienza ha dimostrato che gli strumenti di tutela predisposti, concepiti in un'ottica di potenziale garanzia, in realtà si sono rivelati inadeguati a prevenire e contrastare condotte abusive.

Anzi, non sembra azzardato affermare che è stato proprio il sistema normativo, come delineato negli artt. 1341 e 1342 c.c., a consentire alle imprese di conformarsi nell'adozioni di modelli contrattuali eccessivamente vantaggiosi per sé, approfittando di quella inerzia contrattuale in cui l'aderente è confinato dalle disposizioni richiamate e, in particolare, dal requisito della specifica sottoscrizione per la validità della clausola vessatoria, che, lungi dal rappresentare una forma di garanzia, si è tradotta in una condotta imposta.

Non è revocabile in dubbio, infatti, che le imprese operanti in un determinato comparto economico utilizzino le medesime principali condizioni generali e clausole vessatorie e non consentendo margini di contrattazione – come testimonia lo scarso rilievo pratico dell'art. 1342 c.c. –, svilendo completamente la funzione della specifica sottoscrizione della clausola onerosa che da strumento di tutela dell'aderente diventa un "atto dovuto", in grado di limitare l'autonomia del contraente che non riesce a rinvenire sul mercato alternative valide, per la mancanza di offerte diversificate del regolamento contrattuale. Quindi, non vi è più solo una limitazione dell'autonomia alla scelta sul "se contrarre", ma addirittura un'imposizione a contrarre solo a quelle condizioni, ormai generalizzate.

Pertanto: se la contrattazione di massa diventa fenomeno dirompente, se le condizioni generali e le clausole vessatorie sono utilizzate dal predisponente senza alcun controllo¹⁸, se di fatto l'impresa non consente all'aderente di modificare alcuna

¹⁸ A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 8, osserva che sovente accade che, negli schemi contrattuali predisposti unilateralmente, la tutela degli interessi dell'impresa è superiore rispetto a quella



condizione, se le imprese conformano i loro modelli contrattuali - impedendo una contrattazione seppur minima o una scelta sull'opportunità di contrarre a quelle condizioni - vuol dire che l'impianto normativo predisposto non è riuscito a sanzionare efficacemente, e di conseguenza a prevenire, l'esercizio illegittimo, da parte delle imprese, del relativo potere di autonomia contrattuale¹⁹.

L'abuso, dunque, sussiste, ma è l'abuso del potere di predisporre unilateralmente il regolamento contrattuale nell'esclusivo interesse di una delle parti, violando il principio di buona fede che impone il rispetto delle regole di lealtà, collaborazione, cooperazione al fine della salvaguardia dell'altrui interesse, nei limiti di un apprezzabile sacrificio²⁰.

L'inidoneità della previsione codicistica, in tema di condizioni generali e clausole vessatorie, a reprimere l'abuso del potere contrattuale d'impresa nell'ambito della contrattazione asimmetrica o squilibrata, ha favorito una serie di interventi normativi successivi, volti a contrastare in maniera più incisiva la scorretta gestione del potere negoziale d'impresa nei confronti dei contraenti deboli.

4. L'area dei contratti dei consumatori²¹ è, com'è noto, garantita dagli artt. 33-38 del codice del consumo che approntano un complesso sistema di tutela²², sintomatico

riconosciuta all'aderente. Per questo, un sano e regolare sviluppo dell'economia di mercato suggerisce di imporre delle limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa. Limitazioni che possono avere sia carattere preventivo (come nel caso di autorizzazioni, licenze, iscrizioni in ruoli o albi), sia carattere successivo, attraverso forme di controllo amministrativo o giudiziale delle condizioni generali di contratto.

Queste considerazioni supportano l'idea espressa nel testo che, sebbene il riconoscimento all'imprenditore di una più ampia autonomia contrattuale sia legato alla realizzazione dell'attività d'impresa, appare ovvio che siffatto potere perde la sua ragion d'essere se non corrisponde alle esigenze di razionalizzazione dell'attività produttiva.

¹⁹ Sono proprio le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. che hanno favorito una posizione di supremazia o prepotenza delle imprese, perché la garanzia meramente formale da esse apprestata ha mostrato tutti i suoi limiti. Se c'è un contraente forte, che può imporre le sue condizioni e se questo atteggiamento è diffuso tra tutte o la maggior parte imprese di comparto, ci sarà sempre un contraente debole che ora è il consumatore, ora è il professionista, ora è l'imprenditore agricolo, l'artigiano, la piccola impresa, l'ente non riconosciuto ecc., che non avranno alcuna possibilità di reperire un'alternativa contrattuale soddisfacente per quel medesimo bene o servizio.

²⁰ La giurisprudenza è ormai unanimemente orientata a concepire il principio di buona fede come espressione della solidarietà costituzionale di cui all'art. 2 Cost.: la violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza è espressione di un generale principio di solidarietà sociale che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà e condotta che deve presiedere l'intera fase contrattuale, dalla formazione, alla esecuzione e all'interpretazione. Tra le altre, in questo senso, Cass. 29 agosto 2011, n. 17716, in *Guida dir.*, 2011, 43, 67.

²¹ Tra gli innumerevoli contributi in materia si segnalano, in particolare, quelli di: V. RIZZO, *Le clausole "abusiva": realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 582, ss.; AA. VV., *Commentario al Capo XIV Bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore, Art. 1469-bis - 1469-sexcies*, in *Nuove leggi civili commentate*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela*



della volontà di sanzionare efficacemente l'abuso del potere di predisposizione unilaterale, superando gli ostacoli formali presenti nel diritto comune di contratti²³.

È indubbio che nei contratti del consumatore il fenomeno dell'utilizzo delle clausole vessatorie sia considerato e represso come abusivo, qualora le stesse siano in grado di determinare un *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*.

La locuzione "clausole abusive" è notoriamente utilizzata a livello europeo, come risulta dalla direttiva 93/13/CEE, destinata a imporre la loro eliminazione dai contratti stipulati tra i consumatori e i professionisti. Il termine è presente in tutto il testo legislativo. Ma al di là della espressione utilizzata, che potrebbe sembrare volutamente atecnica per evitare che la normativa europea possa identificarsi con un ordinamento giuridico specifico e tradire l'intento di coniugarsi con tutti, il sistema di inibizione dell'utilizzo delle condizioni gravose è la risposta all'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa e, in particolare, del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale.

Anche se il legislatore italiano non ha utilizzato la stessa dizione²⁴ nel rispetto della tradizione giuridica nostrana avvezza alle "clausole vessatorie", ha comunque predisposto una disciplina articolata in funzione del controllo del corretto esercizio dell'autonomia contrattuale d'impresa e del divieto di ogni sua forma di abuso. Infatti, il carattere più incisivo della tutela è rappresentato dalla nullità di protezione della clausola vessatoria quantunque sottoscritta, che di fatto è pregiudizievole per il consumatore.

Il superamento del formalismo della specifica sottoscrizione è nel senso della garanzia sostanziale dell'aderente, proprio perché nei contratti asimmetrici

del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, 2001; G. ALPA e S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Art. 1469 bis – 1469 sexies, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2003; AA. VV., *I contratti dei consumatori*, I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Padova, 2005; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Rimedi-1*, IV, *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 485 ss.; A. SCARPELLO, *Le clausole vessatorie*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, 603 ss.

²²Realizzabile tramite un triplo binario: quello individuale della nullità di protezione *ex art. 36*, quello collettivo dell'azione inibitoria *ex art. 37* e quello amministrativo di cui all'art. 37-bis.

²³Schematicamente, infatti, la struttura della disciplina si articola attraverso: la indicazione di un criterio per la valutazione della vessatorietà di una clausola ritenuta abusiva pur se non contenuta in uno degli elenchi successivi, superando il principio di tassatività delle clausole onerose (di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.) in favore di un elenco esemplificativo;

la presunzione relativa di vessatorietà di ventidue clausole, che ammette la sola prova contraria indicata espressamente dai commi 3 e 4 dell'art. 34;

la trasparenza delle clausole contrattuali (art. 35);

la nullità di protezione delle clausole di fatto vessatorie, a prescindere dalla specifica sottoscrizione.

²⁴I termini "abusive" e "abusività" sono contenuti rispettivamente nell'art. 35, comma 4 e nell'art. 37 cod. cons. Originariamente la loro presenza è stata attribuita ad una sciatteria legislativa, cui, però, non si è posto rimedio nella trasposizione delle norme dal codice civile al codice del consumo.



l'accettazione della clausola, lungi dall'esprimere un consenso serio ed effettivo, è più che altro un atto necessario. Pertanto, la sottoscrizione non può nemmeno rappresentare una prova idonea della trattativa individuale, diretta a contrastare la presunzione relativa di vessatorietà, essendo richiesto un negoziato minimo tra le parti, in grado di riconoscere al consumatore la possibilità di andare a modificare il regolamento contrattuale.

La nullità di protezione, relativa e necessariamente parziale, riguarda la sola clausola abusiva e non inficia l'intero contratto, proprio perché destinata alla sua conservazione. È chiaro che si vuole salvaguardare l'operazione economica e l'interesse del consumatore al contratto, sanzionando solo l'abuso, e chi lo ha perpetrato, per non pregiudicare la parte debole.

Nell'interpretazione e applicazione della direttiva 93/13/CEE la Corte di Giustizia²⁵ ha chiarito che l'art. 6, par. 1, della stessa impone al giudice nazionale di limitarsi a disapplicare la clausola incriminata, non potendo provvedere alla sua sostituzione di diritto con una simile, meno gravosa. Se si attribuisse al giudice il potere di rivedere il contenuto della clausola, spiega la Corte, si minerebbe l'effetto dissuasivo derivante dalla sua disapplicazione, che intende scoraggiare il professionista dal suo utilizzo, così come dall'impiego di clausole simili, nei rapporti contrattuali futuri. Un eventuale intervento correttivo vanificherebbe il risultato.

Quindi, la nullità della clausola quantunque sottoscritta, ma di fatto abusiva, perché in grado di determinare il significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali, è diretta a sanzionare l'esercizio alterato del potere negoziale d'impresa, riportando il contratto nei binari della proporzione, attraverso la sua conservazione, possibile grazie alla disapplicazione della pattuizione iniqua, in un'ottica di dissuasione del professionista dall'adozione futura della clausola incriminata²⁶ e, quindi, nella effettiva prevenzione di condotte abusive.

La inoperatività della clausola derivante dalla nullità di protezione ha sì uno scopo rimediante, in quanto sanziona il comportamento in essere del professionista scorretto, ma svolge anche una funzione preventiva, inducendolo ad espungere quella regola dai suoi moduli o formulari futuri, proprio per il "non uso" di clausole abusive.

Il programma normativo di "prevenzione" delle forme di abuso si avvale anche dell'azione inibitoria collettiva (dell'art. 37 cod. cons.), che appunto tende ad impedire l'impiego da parte del professionista delle clausole vessatorie nei rapporti futuri, qualora siano al vaglio moduli o formulari non ancora in uso, ovvero consente di eliminarle dai rapporti contrattuali già in atto. E come se non bastasse, il sistema precauzionale è stato da ultimo arricchito dalla introduzione dell'art. 37 *bis* del codice

²⁵ Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2012, n. C-618/10, in *Contratti*, 2013, 1, 16 ss. Conforme: Collegio arbitrale di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 8/9, 737.

²⁶ Sul punto sia consentito rinviare a C. DALIA, *La procedura di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori in materia di clausole abusive*, in *Persona e mercato*, 4, 2014, 25 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.



del consumo, che apporta una forma di controllo amministrativo delle clausole abusive adoperate nei confronti del consumatore: la dichiarazione di vessatorietà da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, opportunamente pubblicizzata nelle forme e nei modi previsti, tende proprio a disincentivare l'adozione futura di quelle condizioni per le quali è stato espresso un giudizio negativo.

In definitiva, questa strategia di prevenzione dell'abuso del potere contrattuale d'impresa nei confronti del consumatore, certamente più efficace di quella adottata dal codice civile negli artt. 1341 e 1342 c.c., è diretta proprio al corretto impiego delle condizioni generali e della pratica dei contratti per adesione attraverso il "non uso" delle clausole gravose, che integrano la violazione delle regole di correttezza, con conseguente lesione del diritto del consumatore al contratto bilanciato, espressamente sancito dall'art. 2 cod. cons.²⁷.

5. Ugualmente nel senso della repressione dell'esercizio illegittimo del potere contrattuale d'impresa è il principio espresso dall'art. 9 della legge n. 192/1998 che, tra l'altro, esordisce proprio con il divieto di "abuso di dipendenza economica" in materia contrattuale.

E' chiaro che l'espressione letterale da sola non può dirsi sufficiente a fondare un concetto molto articolato come quello in esame, che viene meglio confermato nei suoi caratteri costitutivi da una lettura esegetica della disposizione, che consentirà di comprenderne il significato effettivo.

La norma dispone che: "E' 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, una 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 e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (comma 1).

"L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto" (comma 2).

"Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di

²⁷ Quindi, l'articolata disciplina conferma appunto che intanto il potere di predisposizione unilaterale è concesso in sacrificio dell'autonomia contrattuale dell'aderente, in quanto sotteso alle reali esigenze dell'impresa. Ogniquale volta l'esercizio di tale potere travalichi i suoi limiti, si avrà una condotta scorretta che, traducendosi nell'abuso del potere di predisposizione unilaterale – *recte*, del potere di autonomia contrattuale d'impresa -, determinerà uno squilibrio contrattuale in danno del consumatore e sarà perciò sanzionabile.



dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni" (comma 3).

Il primo comma sancisce il divieto generale di abuso di dipendenza economica e delinea il raggio di operatività, oggettivo e soggettivo, della relativa disciplina, cui concorre nella definizione anche il comma successivo.

L'ambito di applicazione è, dunque, quello dei contratti²⁸ tra imprese, perché il riferimento ai "rapporti commerciali" è comprensivo dell'insieme delle relazioni contrattuali tra imprenditori.

Occorre precisare subito che i suddetti rapporti devono essere caratterizzati da un assetto squilibrato dei diritti e degli obblighi contrattuali, a causa dell'approfittamento, da parte dell'impresa predisponente, del potere di confezionamento unilaterale del regolamento negoziale e della soggezione dell'impresa aderente, costretta alla negoziazione onerosa per l'impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

La norma limita fortemente l'autonomia contrattuale d'impresa, vietando l'esercizio illegittimo delle due sue principali forme di manifestazione, vale a dire del potere di predisposizione unilaterale del regolamento negoziale (cioè del potere normativo d'impresa) e della libertà di contrarre.

Infatti, la prima forma di abuso deducibile dalla statuizione è quella dell'imposizione di un regolamento contrattuale squilibrato, attraverso l'impiego di condizioni ingiustificatamente gravose che, appunto, non corrispondono alle esigenze di uniformità dei rapporti contrattuali d'impresa, ma allo strapotere del predisponente che se ne avvale semplicemente per favorire la propria posizione contrattuale e garantirsi dei contratti più vantaggiosi.

La dipendenza economica è senza dubbio soggezione economica e contrattuale: è la capacità di un'impresa proponente di determinare, nei rapporti contrattuali con un'altra impresa aderente, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi che, riguardando il complesso delle posizioni contrattuali dei contraenti, è normativo e non economico.

Ai fini della valutazione dello squilibrio, e più in generale dell'abuso di dipendenza economica nella predisposizione unilaterale del contratto, rileva la reale possibilità per la parte che subisce l'abuso di trovare alternative soddisfacenti. Appare

²⁸ A differenza della legge antitrust che opera nel settore della concorrenza, come chiarito nella segnalazione dell'AGCM 10 febbraio 1998, in bollettino 5/98, in cui si legge che la norma contiene una regola specifica della disciplina dei rapporti contrattuali che per ovvie ragioni non può trovare la sua *sedes* naturale nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato". Da qui la tendenza a mantenere le due discipline su due terreni distinti: quello contrattuale, la prima, e quello della concorrenza, la seconda. Per tutti, su tale aspetto, cfr.: P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, in Trattato dei Contratti diretto da Rescigno e Gabrielli, vol. 17, Torino, 2011, 752 s.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, 2, 196.



chiaro che il legislatore vuole evitare l'utilizzo incondizionato e arbitrario delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie, favorito dalla reale difficoltà dell'impresa aderente di sottrarsi ad una contrattazione gravosa.

Pertanto, in questo contesto, l'abuso di dipendenza economica altro non è se non l'abuso dell'autonomia negoziale d'impresa per il tramite dell'esercizio arbitrario del potere di imposizione di un regolamento contrattuale squilibrato, cui l'aderente non può sottrarsi. Lo squilibrio, dunque, può concretizzarsi nell'imposizione di condizioni discriminatorie o ingiustificatamente gravose, in quanto non adoperate per preservare l'interesse del predisponente alla uniformità e celerità dei rapporti contrattuali, bensì per avvantaggiare la sua posizione contrattuale, approfittando della impossibilità per l'aderente di rifiutare²⁹.

L'ulteriore manifestazione dell'abuso di dipendenza economica assume le forme dell'esercizio illegittimo del potere di autonomia contrattuale d'impresa, inteso, questa volta, nella sua accezione di libertà di contrarre.

Infatti, il legislatore chiarisce che l'abuso può consistere anche nel rifiuto di vendere o di comprare (comma 1) o nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (comma 2). Quest'ultimo comportamento si presta ad una duplice lettura: una economico-commerciale, l'altra contrattuale in senso stretto.

Nel primo caso, l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali può essere appunto letta come "rifiuto di contrarre", vale a dire, come rifiuto di voler ad esempio rinnovare un contratto a tempo determinato o di voler comunque proseguire nei rapporti commerciali consolidati che hanno ingenerato nell'aderente un affidamento sulla continuazione del rapporto e il cui diniego potrebbe pesare sulle sorti dell'attività economica dell'impresa che subirebbe un pesante arresto³⁰. Quindi, l'interruzione arbitraria è anche rifiuto di proseguire e/o di rinnovare il rapporto contrattuale.

E ciò che rende illegittimo, e quindi abusivo, detto rifiuto è la circostanza che l'autonomia contrattuale è esercitata (nell'esclusivo interesse del titolare) senza tenere in debito conto la difficoltà per la controparte di trovare alternative contrattuali ugualmente soddisfacenti in tempi brevi, finendo con l'essere penalizzata da una condizione di superiore forza economica. Sicché, tanto il divieto di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, quanto il divieto del rifiuto di comprare

²⁹ Il secondo comma può lasciar intendere che l'imposizione di condizioni gravose sia una condotta ulteriore, ugualmente repressibile. In realtà essa è meramente esemplificativa del significato di squilibrio. Cfr. sul punto anche P. NEBBIA, *op. cit.*, 755, secondo cui il riferimento alle condizioni ingiustificatamente gravose è ridondante perché il concetto è già compreso in quello di squilibrio.

³⁰ Perché si possa configurare l'abuso è necessario che l'impresa che subisce il rifiuto o l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali non possa trovare agevolmente alternative soddisfacenti, incorrendo così nel rischio di una penalizzante paralisi della propria attività d'impresa.



costituirebbero il fondamento di un generale obbligo a contrarre³¹ nell'interesse dell'impresa in condizione di dipendenza economica.

Nella seconda accezione più strettamente contrattuale, l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto è chiaramente evocativa di una clausola contrattuale attributiva di un recesso *ad nutum* al predisponente, in danno dell'aderente.

In ogni caso, la sanzione è la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica, rendendo irrilevante il consenso dell'aderente all'accettazione della clausola e quindi la sottoscrizione *ex art.* 1341, comma 2, c.c.

La lotta contro le forme di abuso di autonomia contrattuale d'impresa avviene, nell'art. 9 l. n. 192/1998, con un'intensità decisamente superiore rispetto a quella del codice civile, sebbene con strumenti meno incisivi di quelli garantiti al consumatore. Infatti, non ha la medesima forza preventiva scaturente dal sistema di rimedi degli artt. 33-38 cod. cons., ma sanziona la violazione in maniera certamente più severa della disciplina di diritto comune, tramite la nullità del patto o della clausola, a prescindere dalla specifica sottoscrizione. Quindi, si supera in tal modo non solo il formalismo della accettazione scritta della clausola, ma anche il limite di tassatività tipico delle clausole vessatorie. Pertanto la nullità, sui cui caratteri è opportuno riflettere³², sebbene abbia principalmente funzione rimediabile, certamente assume un valore deterrente e dissuasivo, rendendo evidenti le conseguenze sanzionatorie dell'abuso del potere contrattuale d'impresa.

6. Il divieto di abuso di dipendenza economica riguarda, dunque, tutti i contratti asimmetrici tra imprese. Infatti, ciò è viepiù confermato proprio dall'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo del divieto.

Come accennato, esso si estende ai contratti caratterizzati dalla qualifica delle parti contraenti come imprenditori. L'omesso riferimento nella norma al rapporto di subfornitura, che invece è richiamato espressamente in altre parti della legge, favorisce interpretazioni estensive, proprio sulla base dell'argomento letterale³³.

³¹ Cfr. anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, 197, che ravvisa un obbligo a contrarre nel divieto del rifiuto di vendere o comprare.

³² La mancata indicazione, da parte del legislatore, dei caratteri di siffatta nullità ha investito la dottrina del compito di individuarne la natura, con soluzioni che tendono ora a ricondurla nell'alveo delle nullità di protezione, ora nella sfera della nullità generale. Per una sintesi delle varie posizioni cfr., da ultimi, P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, cit., 755 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti*, 7, 2016, 719 ss.

³³ Decisamente prevalente è in dottrina l'idea che l'art. 9 sia una norma avente carattere generale, destinata ad operare oltre i limiti della subfornitura. Trattasi di clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese. Così, tra gli altri: R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98*, cit., 189; G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, 72; F. MACARIO, *Abuso*



L'art. 9 contempla tutti i rapporti contrattuali posti in essere tra un'impresa "cliente" e un'impresa "fornitrice", intendendo in questo modo fuoriuscire dal rapporto di subfornitura in senso stretto, se per impresa cliente deve intendersi quella che richiede, o meglio ha bisogno di un bene o di un servizio, e per impresa fornitrice quella che eroga la prestazione di dare o di fare³⁴.

Anche la giurisprudenza di legittimità adopera l'argomento esegetico per affermare che "l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della l. n. 192 del 1998"³⁵.

Si tratta dunque di un principio ormai enunciato, pacificamente accolto anche dalle successive pronunce di merito³⁶, le quali espressamente evidenziano che il divieto di abuso di dipendenza economica, pur nascendo nello specifico ambito contrattuale della subfornitura, costituisce una manifestazione di un principio ed assurge a clausola generale, avente la funzione di realizzare l'equilibrio dell'interno sistema dei rapporti di mercato e dei rapporti contrattuali d'impresa.

Ulteriore argomento è quello deducibile dall'analisi svolta nel paragrafo precedente, dove si è posto in evidenza che il rapporto contrattuale non è solo quello di subfornitura, ma è riferito ad ogni relazione commerciale - in cui siano individuabili un'impresa cliente e una fornitrice, nelle accezioni innanzi descritte - caratterizzata da una condizione di debolezza contrattuale, o meglio di dipendenza economica.

di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663; P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, cit., 755; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 297; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999. Seppur considerata come clausola generale, la disposizione viene però limitata, da alcuni autori, ai rapporti verticali tra imprese con funzione produttiva o distributiva e non anche a quelli orizzontali. Tra questi, si vedano: G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, 1998, 411 ss.; G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 820.

³⁴ Pertanto, le espressioni sono in grado di ricomprendere non solo i contratti di scambio, ma anche quelli di servizi, vale a dire, tutti i contratti commerciali caratterizzati dalla qualifica delle parti contraenti come imprenditori.

³⁵ Testualmente Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 739; *Giur. it.*, 10, 2012, 2054. L'intervento pone fine al contrasto radicatosi tra i giudici di merito divisi tra interpretazioni estensive e restrittive.

³⁶ App. Milano 15 luglio 2015, in *Giur. it.*, 12, 2015. In un certo senso conforme anche Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in www.iusexplorer.it, che ritiene correttamente applicata l'intera legge n. 192/1998 ad un contratto di concessione di vendita. Cfr. infra in nota 39.



Pertanto, il giudice potrà verificare la ricorrenza dei presupposti soggetti ed oggettivi del divieto, al fine di applicare la relativa disciplina garantista a tutte le ipotesi ad essa riconducibili.

Constatata la qualifica soggettiva dei contraenti come imprenditori, e acclarata la natura contrattuale del rapporto, potrà verificare la sussistenza dei due elementi costitutivi dell'abuso di dipendenza economica: l'eccessivo squilibrio, dovuto alla presenza di condizioni contrattuali effettivamente gravose o discriminatorie, e l'impossibilità per la parte che subisce l'abuso di sottrarsi al regolamento sperequato, per l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato. L'accertamento dell'iniquità della clausola è affidato ad un criterio meramente oggettivo, che prescinde dalla buona fede del predisponente, essendo necessario solo che si determini l'eccessiva sproporzione tra i diritti e gli obblighi reciproci, riferita dunque all'assetto normativo delle posizioni contrattuali e non già all'equivalenza di valore economico delle prestazioni³⁷.

La disciplina consumeristica e quella relativa ai rapporti di subfornitura tutelano, dunque, l'equilibrio normativo nel contratto, per la garanzia di un assetto bilanciato dal punto di vista degli obblighi e diritti reciproci e sanzionano con la nullità l'impiego di clausole idonee ad alterare lo schema negoziale, nel senso della repressione dell'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa nella contrattazione asimmetrica, a prescindere dalla specifica sottoscrizione. Il consumatore, contraente debole istituzionale, ha diritto ad un contratto equo e bilanciato; pertanto l'approfittamento del professionista è in *re ipsa*, cioè discende dalla sua evidente posizione di supremazia: la tutela sarà automaticamente accordata per la semplice ricorrenza dei requisiti soggettivi. Nell'ambito della contrattazione tra imprese, invece, per applicare la disciplina garantista occorrerà accertare la condizione di debolezza contrattuale, nei tratti innanzi descritti.

Dall'analisi fin qui condotta emerge chiaramente che il legislatore vuole contrastare l'esercizio abusivo del potere di autonomia contrattuale d'impresa, sebbene con intensità diversa, a seconda del tipo di contrattazione e, prima ancora che nella legge speciale, nel codice civile.

Al fine di evitare che la presenza di discipline di settore possa tradursi in un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla regola del codice civile, favorendo forme di discriminazione in evidente spregio del principio costituzionale di uguaglianza, deve dedursi che l'area dei contratti del consumatore è garantita dagli artt. 33-38 del codice del consumo, mentre quella dei contratti tra imprese è tutelata dal principio generale di cui all'art. 9, nelle modalità ampiamente analizzate.

Non sembra azzardato, infatti, affermare che nell'ambito della "contrattazione asimmetrica" (o diseguale) tra imprese vige il divieto dell'abuso di autonomia

³⁷ A. FRIGNANI, *op. cit.*, 196.



contrattuale d'impresa³⁸, di cui all'art. 9 l. 192/1998, ogni qual volta il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale venga esercitato non per soddisfare le esigenze reali dell'impresa predisponente, ma solo per avvantaggiare la sua posizione contrattuale, approfittando dello stato di dipendenza economica in cui si trova l'aderente. E la sanzione per l'esercizio illegittimo del potere normativo d'impresa è la nullità della clausola pur sottoscritta dall'aderente, o comunque del patto, che realizza l'abuso nei termini innanzi descritti. Se poi, il caso in esame integra la fattispecie disciplinata dalla legge 192/1998, nel rispetto dei suoi elementi costitutivi, allora sarà possibile un'applicazione analogica dell'intera disciplina garantista³⁹.

7. Orbene, a questo punto, non resta che dedicare qualche riflessione alla teoria giurisprudenziale dell'esercizio abusivo del diritto di recesso⁴⁰, connotata da motivazioni tanto originali quanto opinabili che hanno favorito un acceso dibattito tra gli studiosi⁴¹, molti dei quali fortemente scettici sulla configurabilità della fattispecie e sulla sua corretta ricostruzione.

³⁸ Già qualche anno fa F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 667, suggeriva di superare l'apparente contraddizione tra i concetti di abuso e di autonomia negoziale, in favore della individuazione di una regola volta a reprimere i comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia privata, con riferimento ai rapporti contrattuali tra imprese.

³⁹ Cfr. sul punto la decisione di Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, cit., secondo cui il contratto di concessione di vendita rientra nell'ambito dei rapporti di subfornitura in quanto il concessionario si impegna a fornire alla casa madre servizi di distribuzione destinati ad essere utilizzati all'interno dell'attività economica del committente. Al rapporto così qualificato si applica l'intera disciplina della legge 192/1998 e in particolare l'art. 6, comma 2, che dispone la nullità del patto che concede ad una delle parti la facoltà di recesso senza preavviso.

⁴⁰ Etichettata come "caso Renault" da F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 4, 2012, 245 ss. L'autore critica aspramente la decisione, evidenziando che i richiami giurisprudenziali posti a sostegno della motivazione risultano inopportuni, non pertinenti con la materia trattata. Quasi come se i giudici li utilizzassero per attribuire ad indagini incomplete un crisma di autorevolezza che però è facilmente smascherabile da una lettura integrale delle decisioni precedenti. E il tutto appare come un'alterazione delle sentenze evocate che in realtà vogliono esprimere altro.

⁴¹ Il dibattito ha coinvolto, tra gli altri: F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, cit.; E. BARCELLONA, *Recesso "ad nutum" fra principio di buona fede e abuso del diritto: "solidarietà sociale" o inderogabilità del "mercato"?* (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009), in *Riv. dir. comm.*, 2, 2011, pag. 165; F. DI MARZIO, *Divieto d'abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit.; P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, 795 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 1, 2010, 11 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2010, 354 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 147 ss.; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, 95 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 139 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e contratti*, 3, 2010; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il*



Al di là delle critiche più o meno aspre mosse dalla dottrina alle varie argomentazioni⁴², a noi sembra di poter confermare, alla luce dell'indagine appena svolta, che in realtà siffatta ricostruzione si presenti piuttosto come un duplicato imperfetto di un fenomeno già regolato o almeno sanzionabile come forma di abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa⁴³, nella contrattazione asimmetrica tra imprese.

L'ambito in cui l'idea è fiorita è quello della contrattazione tra imprese, e più precisamente, del contratto di concessione di vendita in cui il contraente forte esercita un diritto di recesso arbitrario, oggetto di specifica sottoscrizione *ex art. 1341, comma 2, c.c.*⁴⁴, ma considerato illegittimo dalla parte receduta perché lesivo del suo interesse contrattuale.

contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 148 ss.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009.

⁴² Tra i tanti, cfr. M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., il quale precisa che l'esercizio abusivo di un diritto è lesivo di un altro diritto e implica il risarcimento del danno, ma è la violazione della buona fede a generare l'abuso: "l'abuso non rivela niente ma attende di essere rivelato". "L'abuso finisce allora per risolversi nella qualifica dell'illiceità dell'atto di esercizio che implicherà l'effetto risarcitorio".

Più severo è il giudizio di A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 297 ss, spec. 322 ss. secondo cui l'abuso del diritto è un argomento utilizzato dai giudici per correggere la legge, per l'insufficienza dello "stretto diritto" a garantire la giustizia: le argomentazioni esposte sono più "l'intrusione di un'ideologia di equità con cui, grazie all'enfasi dell'abuso, si integra correttamente la legge". In realtà, precisa ancora l'autore, il ricorso all'argomento dell'abuso è corretto quando nella disposizione c'è una lacuna assiologica, ma non per correggere la legge.

Sul punto ampiamente anche G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, cit., 168 ss., il quale evidenzia che la repressione dell'abuso è affidata ora alla teoria dell'illecito, ora ai rimedi contrattuali, ora alla nullità. Si tratta di regole che non possono essere unificate. L'abuso di un diritto o di una libertà è, infatti, represso con rimedi a volta a volta esperibili nella fattispecie concreta e nell'ambito contrattuale i rimedi non sono tutti uguali. In detta sede l'abuso si manifesta come contrarietà a buona fede, con la conseguenza che non solo si accerteranno una responsabilità e un risarcimento, ma potrà anche essere valutata l'inesigibilità degli effetti derivanti da una clausola la cui esecuzione sia contraria all'art. 1375 c.c.

⁴³ Cfr. anche R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, Torino, 2001, 373. L'autore, già prima dell'esplosione giurisprudenziale della teoria, evidenziava che la dottrina dell'abuso è superflua perché non arricchisce il sistema del giurista, ma lo rende più confuso.

⁴⁴ Leggendo la motivazione si ha la evidente impressione del desiderio di risolvere una questione di giustizia sostanziale, apparentemente non disciplinata dal diritto positivo. L'interrogativo che attanaglia i giudici è: *quid iuris* se una parte esercita un diritto che le è stato attribuito nel rispetto del formalismo di una previsione espressa, quella dell'art. 1341, comma 2, c.c., ma che si rivela pregiudizievole per il contraente che lo subisce? Considerato soprattutto che si è nell'ambito di una contrattazione asimmetrica, cioè caratterizzata dalla disparità di potere contrattuale per il confezionamento del regolamento e quindi anche per la predisposizione di clausole generali e vessatorie?



Il percorso argomentativo su cui si fonda la soluzione del divieto di abuso dell'esercizio del diritto, non sempre lineare e logico-consequenziale, si da lasciar trasparire incongruenze più o meno accentuate⁴⁵, vede il punto di forza nel criterio della buona fede interpretativa *ex art. 1366 c.c.*, richiamata quale strumento per il giudice finalizzato al controllo, anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale, nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

Si evidenzia che l'esercizio del potere contrattuale spettante all'imprenditore deve essere posto nel rispetto di determinati canoni generali, quali appunto quello della buona fede oggettiva, della lealtà e della correttezza, principi alla luce dei quali devono essere interpretati gli atti di autonomia contrattuale, per evitare l'abuso nell'esercizio del proprio diritto. Il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia devono essere condotti tenendo presenti le posizioni contrattuali delle parti, per evitare che eventuali posizioni di supremazia o di dipendenza economica siano forieri di comportamenti abusivi. Addirittura, in ipotesi di provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica del carattere abusivo dell'esercizio del diritto (di recesso) deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere⁴⁶. In sostanza: il giudice non può sindacare le scelte economiche dell'imprenditore, ma può valutare gli atti di autonomia privata nella contrattazione d'impresa che coinvolgono gli interessi anche contrastanti delle parti contrattuali; per cui, se il rapporto evolve in chiave patologica, è possibile riportare l'equilibrio fra gli interessi contrapposti, interpretando il contratto secondo buona fede *ex art. 1366 c.c.*

⁴⁵ Non v'è dubbio che la teoria presti il fianco a svariate critiche a causa delle argomentazioni che lasciano insoddisfatti anche coloro che, seppur non condividendo il percorso logico argomentativo, apprezzano comunque il risultato finale. Confronta, tra gli altri, G. D'AMICO, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., che condivide l'esito della decisione, ma non la strada percorsa dai giudici, essendo preferibile, ad avviso dell'autore, verificare la coerenza del comportamento. Se il concedente avesse giustificato, con il proprio comportamento, l'affidamento nella prosecuzione del rapporto, i concessionari avrebbero potuto legittimamente contestare il recesso, in quanto il concedente *venit contra factum proprium*.

⁴⁶ Inoltre: l'atto di autonomia privata è sempre soggetto al controllo giurisdizionale finalizzato al contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Tale giudizio è ammesso anche e soprattutto quando l'atto di autonomia in questione consista nell'esercizio di un diritto di recesso *ad nutum*; in tal caso il giudice dovrà valutare se siffatto diritto previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti. L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti, quindi anche nell'ambito della contrattazione tra imprese. Con la conseguenza che va considerato abusivo l'esercizio *ad libitum*, e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella procedimentalizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita.



Nel caso di un diritto di recesso, il giudice può verificare se il suo esercizio sia stato legittimo, cioè per perseguire i fini che gli sono propri⁴⁷.

Il ragionamento non convince del tutto: sebbene si faccia riferimento a condizioni di comprovata disparità contrattuale e a situazioni di dipendenza economica, il discorso rimane ancorato sul terreno del “corretto esercizio di un diritto contrattuale” che il giudice deve valutare in virtù del potere di interpretazione del contratto secondo buona fede. Si sceglie in tal modo un terreno particolarmente franoso perché l'impossibilità di definire in maniera chiara gli elementi costitutivi della fattispecie lascia ampi margini di discrezionalità, dominati dall'incertezza giuridica.

È pur vero che il richiamo all'interpretazione del contratto secondo buona fede non è completamente privo di antecedenti culturali⁴⁸, ma altrettanto vero è che nell'ambito della contrattazione per adesione l'evoluzione legislativa offre ormai principi guida maggiormente soddisfacenti.

Invero, già in passato, sono state segnalate l'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a tutelare il contraente debole e l'esigenza di individuare una forma di controllo dello strapotere contrattuale dell'imprenditore. Si è, così, fatto ricorso all'art. 1366 c.c.⁴⁹ per ammettere che il potere normativo d'impresa sarebbe di per sé in contrasto con l'art. 41, comma 2, Cost. e quindi ingiustificato, se non assoggettato ad un controllo giudiziale⁵⁰.

Tale criterio deve certamente guidare nella ricerca dei principi e delle regole da applicare al caso di specie: cosicché la norma consente di individuare l'interesse

⁴⁷ E se viene riscontrato l'esercizio illegittimo del diritto di recesso, alla parte che subisce l'interruzione arbitraria del rapporto contrattuale spetta il risarcimento del danno. Così Cass 18 settembre 2009, n. 20106, cit. A tal proposito, la giurisprudenza successiva, pur aderendo al precedente richiamato, ha però ristretto l'ambito di operatività dell'abuso del diritto, perché ha stabilito che il danno va provato, in quanto non è sufficiente il mero esercizio arbitrario del diritto di scioglimento unilaterale. Infatti, Cass. 8 gennaio 2013, n. 227, ha ritenuto che l'esercizio di un diritto di recesso senza preavviso, nonostante l'espressa previsione del termine di comunicazione, non è abusivo se non viene fornita la prova del danno. Si chiarisce che, nonostante la *ratio* del preavviso sia quella di consentire alla parte receduta di provvedere alla riorganizzazione della propria attività imprenditoriale, dalla improvvisa cessazione dell'attività può derivare un pregiudizio che però va dimostrato, in quanto l'inosservanza del termine pattuito non dà luogo ad astratta potenzialità dannosa.

⁴⁸ Così C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 145 ss., spec. 146: “il procedimento ermeneutico [...] resta strutturalmente incompatibile, ed ontologicamente inidoneo, ad espletare un'ipotetica funzione di controllo circa i contenuti dell'atto di autonomia privata ovvero di riequilibrio delle posizioni dei contraenti”.

⁴⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, artt. 1362-1371, Milano, 1991, 239 ss.

⁵⁰ Controllo giudiziale della congruità o meno del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto con il principio di buona fede, per la verifica dell'esistenza di un interesse meritevole di tutela, da eseguire a livello ermeneutico e non in funzione integrativa dell'atto. Così L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 244, in nota 93.



preminente dei contraenti e di interpretare il contratto alla luce dei principi generali dell'ordinamento⁵¹.

Però l'idea della buona fede correttiva, che si pone alla base della verifica del corretto esercizio del diritto di recesso, se in passato avrebbe potuto avere una seppur minima capacità persuasiva, legata prevalentemente a esigenze di giustizia sostanziale, oggi finisce con l'essere svuotata di attendibilità dalle normative di settore, in precedenza analizzate, che sanzionano l'attribuzione di un recesso arbitrario ad una sola parte come forma di abuso del potere di autonomia contrattuale nella contrattazione asimmetrica fra imprese.

E i limiti della teoria posta in discussione sono ben visibili. Il primo è certamente quello di affidare al giudice un potere discrezionale troppo ampio, concedendogli margini di decisione in ordine al "se" ravvisare nel caso di specie esigenze di protezione del contraente debole e quindi di apprestare la relativa tutela. Una discrezionalità eccessiva che apre la strada ad uno scenario frastagliato e disomogeneo: non è dato individuare in maniera puntuale e rigorosa gli elementi costitutivi della fattispecie e i suoi effetti. L'abuso contrattuale ricomprende ipotesi troppo variegata che concorrono ad una frantumazione della disciplina, verso la tendenza a favorire la giustizia del singolo caso, che non assicura la certezza del diritto. Di preciso, cosa deve verificare il giudice? Se un recesso è stato esercitato per danneggiare la controparte o per la finalità sua propria? E quali sono gli elementi di cui dispone per condurre tale tipo di indagine? Ancora, sulla base di che cosa ravviserebbe una condizione di debolezza contrattuale, meritevole di tutela?

Gli interrogativi sono tanti e rischiano di rimanere inevasi.

Il recesso a una sola parte e per di più arbitrario (cioè immotivato, e/o senza preavviso, e/o gratuito) è inequivocabilmente considerato dal legislatore come potenziale espressione dell'abuso del potere di predisposizione unilaterale del contenuto negoziale, come si evince in particolare dagli artt. 1341, comma 2, c.c.; 33 lett. g), h), cod. cons.; 9, comma 3, l. 192/1998. E questo perché un recesso siffatto non assolve ad alcuna delle funzioni⁵² che sono proprie dell'istituto, ma segna il solo

⁵¹ V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 293 ss.

⁵² I recessi legali sono, infatti, costruiti in modo da garantire l'equilibrio contrattuale, nel rispetto degli interessi reciproci dei contraenti, e devono essere assunti come paradigma di un recesso correttamente attribuito, e di conseguenza lealmente esercitato, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica.

Il recesso di pentimento è tendenzialmente oneroso (ne sono esempi gli artt. 1671, 2227, 2237, 1685, 1723, 1725, 1734, 1738, 1958 c.c.); quello determinativo nei contratti a tempo indeterminato spetta ad entrambi i contraenti e deve essere preferibilmente con preavviso (artt. 1616, 1750, 1845, 1833, 1569, 2118 c.c.), a meno che non via siano ragioni concrete – come ad esempio la gratuità del rapporto - per escludere questa forma di garanzia (artt. 1771 e 1810 c.c.); quello impugnativo non può prescindere da una giusta causa o un giusto motivo (artt. 1612, 2237, 2119, 2558 c.c.). Si tratta di regole che nell'ambito della contrattazione asimmetrica non possono essere derogate se non *in melius*, proprio perché è evidente che una loro modifica in senso più favorevole per il predisponente non è frutto



potere di consentire al suo titolare una illegittima sottrazione al vincolo contrattuale, in disprezzo dell'art. 1372 c.c. e delle norme che regolano i recessi legali secondo i principi di correttezza e buona fede.

In definitiva, la teoria dell'esercizio abusivo del diritto di recesso ha il solo pregio di evidenziare la sensibilità del giudice nei confronti delle esigenze di giustizia sostanziale e di protezione del contraente debole, al di fuori dello stretto ambito di applicazione delle discipline garantiste. Di fatto essa conferma il grande limite dell'art. 1341 c.c. e suggerisce la sua opportuna disapplicazione ai rapporti contrattuali asimmetrici.

Preso atto dell'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a reprimere efficacemente l'abuso del potere di predisposizione unilaterale del contratto, all'interno dei contratti asimmetrici, l'interprete altro non può fare che disapplicare la disposizione ai casi di comprovata disparità di forza economica e contrattuale e circoscriverla nei limiti della contrattazione tra eguali, cioè tra soggetti dotati del medesimo potere economico e giuridico, per i quali può dirsi sufficiente il sistema di tutela formale delineato dal legislatore del '42.

Le regole e i principi che, nell'ambito della contrattazione asimmetrica tra imprese, contrastano in maniera più incisiva le forme di esercizio illegittimo del potere normativo d'impresa sono senza dubbio più idonei a sanzionare l'attribuzione arbitraria del diritto di recesso, come conseguenza dell'eccesso di potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale.

dell'esercizio dell'autonomia contrattuale di entrambi i contraenti, ma della posizione di supremazia di uno solo dei contraenti. Nell'ambito della contrattazione simmetrica il recesso potrà subire notevoli flessioni legate proprio al bilanciamento dei rispettivi poteri contrattuali.

Sulla tripartizione delle funzioni del recesso, ormai pacificamente condivisa in dottrina, seppur con sfumature diverse, si vedano, per tutti, G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1988, 27 ss.