

Introduzione

CAPITOLO I

La tutela del “contraente debole” nell’ordinamento interno e sovranazionale

1. Il “contraente debole” nella legislazione nazionale
2. La *ratio* ispiratrice della tutela a favore del “contraente debole”
3. “Consumatore” e “contraente debole”: sono equiparabili?
4. “L’imprenditore debole”: differenza tra tutela apprestata a favore del consumatore e quella prevista per l’imprenditore debole

CAPITOLO II

Il “terzo contratto”: natura giuridica e libertà contrattuale

1. I contratti d’impresa: utilità pratica e coerenza sistematica
2. La contrattazione tra imprese in ambito europeo
3. (*Segue*). L’autonomia d’impresa nella prospettiva comparatistica
4. Il “terzo contratto” come categoria giuridica: le questioni

CAPITOLO III

I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

1. Ambito di applicazione
2. Transazioni tra imprese
3. Transazioni tra imprese e PA
4. Gli interessi moratori e la loro rinunciabilità
5. Nozione di “grave iniquità”, criteri di valutazione e rimedi

CAPITOLO IV

Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica

1. Il contratto di subfornitura e la dipendenza economica
2. L'abuso di dipendenza economica
3. L'abuso di dipendenza economica negli ordinamenti stranieri
4. L'abuso di dipendenza economica nei contratti di *franchising*

CAPITOLO V

I rimedi

1. Le forme di tutela
2. La tutela amministrativa
3. La tutela giudiziale
 - 3.1. La nullità
 - 3.2. La tutela inibitoria

Conclusioni

Bibliografia

Giurisprudenza

Introduzione

Una questione da sempre dibattuta è quella relativa alla differenziazione di tutela apprestata in favore del consumatore da quella prevista per l'imprenditore debole.

Entrambi, infatti, rientrano nella nozione di "contraente debole", la quale risulta essere di matrice dottrinale e giurisprudenziale, non essendone previsto alcun riferimento di diritto positivo.

A partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 469 del 2002, venne dunque rilevata la diversità di tutele previste per i due soggetti.

Soltanto il consumatore, difatti, risulterebbe privo della necessaria competenza a negoziare (c.d. asimmetria informativa); diversamente, alla base della "debolezza" di una determinata impresa, vi sarebbe unicamente la mancanza di "forza" dal punto di vista economico (c.d. asimmetria economica).

Ciò, secondo la citata pronuncia dell'Organo costituzionale, risulterebbe ostativo ad una applicazione analogica della disciplina consumeristica ai rapporti tra imprese.

Quanto detto è avallato dalla presenza all'interno del nostro ordinamento di normative specifiche finalizzate a tutelare l'imprenditore debole, quali, ad esempio, quella in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali *ex* D. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 (come da ultimo modificato dal D. lgs. n. 192 del 2012), e quella di cui al D. lgs. n. 192 del 1998 inerente l'abuso di dipendenza economica.

La superiore circostanza ha fatto sorgere il dibattito circa la configurabilità di un'autonoma categoria di contratti d'impresa (c.d. terzo contratto).

Il regime giuridico di tale "terzo contratto" si ricaverebbe, infatti, come precedentemente evidenziato, dalle discipline in materia di abuso di dipendenza economica, di affiliazione e di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Alla base di tali normative vi sarebbe, pertanto, un'esigenza di fondo, ovvero quella di evitare che l'impresa più forte possa abusare del proprio potere ai danni dell'impresa più debole attraverso l'imposizione di condizioni economiche squilibrate o di condizioni di pagamento particolarmente inique.

In realtà, però, secondo la dottrina maggioritaria, pur se rinvenibili una identità di *ratio* sottesa alle varie normative inerenti i contratti d'impresa o aspetti omogenei e costanti, quali il neoformalismo e la predeterminazione del contenuto del contratto, tutto ciò non sarebbe sufficiente ad avallare la configurazione di un'astratta ed indipendente categoria in tal senso.

Inoltre, ammettendo la fattispecie del "terzo contratto", si finirebbe per escludere l'applicabilità di discipline più confacenti allo specifico caso concreto, in quanto non riconducibili astrattamente alla tipologia contrattuale delineata.

Altra parte della dottrina, al contrario, favorevole all'esistenza di un'autonoma configurazione di contratti d'impresa, fa perno sulla causa presente all'interno di tale tipologia contrattuale.

In particolare, a parere di tale ultima tesi, il ruolo rivestito dall'imprenditore permetterebbe di dare rilievo all'operazione economica alla cui realizzazione è funzionale l'accordo tra i contraenti, superando lo schema formale ed astratto generalmente sotteso alla nozione di parte contrattuale.

CAPITOLO I

La tutela del “contraente debole” nell’ordinamento interno e sovranazionale

Sommario: 1. Il “contraente debole” nella legislazione nazionale. - 2. La *ratio* ispiratrice della tutela a favore del “contraente debole”. - 3. “Consumatore” e “contraente debole”: sono equiparabili? - 4. “L’imprenditore debole”: differenza tra tutela apprestata a favore del consumatore e quella prevista per l’imprenditore debole.

1. Il “contraente debole” nella legislazione nazionale

Secondo la visione liberale, tipica delle codificazioni ottocentesche¹, nell’ambito dei rapporti di tipo privatistico, le parti dovevano essere lasciate libere dal legislatore di stabilire il contenuto della regolamentazione di un determinato contratto, stante la considerazione di una medesima parità di forza contrattuale delle stesse².

Quanto sopra rilevato si giustificava in quanto si riteneva che il negozio giuridico non potesse perseguire interessi ulteriori rispetto a quelli di cui le parti erano portatrici³.

¹ In passato, l’autonomia privata veniva concepita come libertà incondizionata garantita dall’ordinamento giuridico ai consociati al fine di realizzare le proprie finalità. Conseguenza ne era che il negozio giuridico risultava espressione del potere sovrano della volontà individuale privatistica. In tale senso, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947, 120 ss.

² R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in ED, XII, Milano, 1964, 910, sottolinea come l’autonomia privata fosse uno dei principi caratterizzanti il diritto civile. Rileva inoltre che la dicitura “autonomia privata” risulta fuorviante, in quanto a detto strumento possono fare ricorso anche soggetti diversi dai privati.

³ A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 1994, 19, il quale afferma che il riconoscimento ai privati del potere di regolare i propri rapporti contrattuali si spiega tenendo conto che l’ordinamento giuridico non ha la facoltà di disciplinare in maniera autoritativa tutti i rapporti facenti capo ai consociati, in quanto sarebbe impossibile prevederli e regolarli tutti preventivamente.

La visione liberale, pertanto, aveva come finalità primaria quella di evitare interventi da parte dello Stato che potessero incidere sull'autonomia privata e, conseguentemente, sul libero gioco del mercato⁴.

Secondo l'idea ottocentesca, infatti, era necessario lasciare libero il mercato⁵ di operare autonomamente affinché quest'ultimo potesse raggiungere la sua massima efficienza⁶.

Già, però, nel passato si rilevava come tale impostazione non potesse essere considerata del tutto condivisibile in quanto l'ordinamento giuridico pone sempre un controllo sull'autonomia privata.

Una maggiore libertà ai privati poteva essere concessa unicamente nell'ipotesi in cui le parti si fossero trovate in una condizione di effettiva parità di forza contrattuale⁷.

Nella reale conformazione della dinamica degli affari, in realtà, però tale circostanza difficilmente si realizza, conseguentemente il mercato e i rapporti tra privati finiscono con l'essere regolati unicamente dai soggetti dotati di maggiore forza contrattuale.

Inoltre, nella maggior parte delle ipotesi, non si configura un interesse in capo all'ordinamento a che tali rapporti di diritto privato siano regolati in un modo piuttosto che in un altro.

⁴ Sullo stretto legame intercorrente tra mercato e contratto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 364, il quale sottolinea come le diverse nozioni di contratto e di mercato sarebbero indissolubili.

⁵ R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, in *Giur. it.*, 2003, 724, rileva come al termine "mercato" possano essere attribuiti molteplici significati. Tra le potenziali accezioni vi è, in particolare, quella di intendere il mercato come insieme attuale o potenziale di contratti.

⁶ A. TROMBETTA, *Freedom of contracts: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 172, il quale afferma che nella prima parte dell'Ottocento era la borghesia a porre in essere forti pressioni politiche affinché l'ordinamento offrisse un'ampia autonomia nella gestione delle risorse economiche sulle quali si basava il potere di tale classe e venisse anche garantita la sicurezza del mercato.

⁷ R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2005, 14, il quale rileva come il legislatore ottocentesco si sia lasciato sedurre dal tipo ideale di individuo che univa in sé l'essere commerciante e l'essere cittadino. Ma, in realtà, tale prospettiva non può essere condivisa dal momento che nella società reale, nella maggior parte dei casi, unicamente ad un contraente spetta concretamente il potere di imporre un dato regolamento contrattuale.

A partire dal XX secolo, a causa della sempre più diffusa “contrattazione di massa” e la conseguente standardizzazione del contenuto contrattuale, si ebbe un definitivo abbandono dell’ideologia propria del sistema liberale⁸.

Con il codice civile del 1942 viene, pertanto, recepita tale nuova concezione di autonomia privata⁹.

L’ordinamento giuridico, infatti, pur concedendo alla volontà delle parti ampi spazi di libertà¹⁰, *ex art. 1322 c.c.*, nello stabilire il contenuto del contratto, fissa al contempo una serie di limiti¹¹.

Nello specifico, il legislatore del ‘42 stabilisce non soltanto “limiti esterni” volti a sanzionare l’inserimento, all’interno di un determinato contratto, di clausole in contrasto con le norme imperative e con l’ordine pubblico (c.d. controllo di liceità), ma anche “limiti interni” in quanto il regolamento stabilito dalle parti, per potere essere riconosciuto dall’ordinamento, deve perseguire interessi ritenuti meritevoli di tutela (c.d. controllo di meritevolezza)¹².

⁸ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, 25ss., che ricorda come negli anni 60-70 veniva attribuito allo stato il dovere in ambito economico al fine di garantirne lo sviluppo.

⁹ Il codice civile del 1942 non fornisce alcuna definizione di autonomia privata. Ciò è dovuto soprattutto al fatto che il legislatore italiano non provvede a disciplinare la figura del negozio giuridico, ma disciplina unicamente il contratto sulla scia del *Code Napoléon*.

Sulla nozione di negozio giuridico, si possono ad esempio menzionare, R. SCOGNAMIGLIO, *Commentario al Codice civile. Contratti in generale (artt. 1321-1352 del Codice civile)*, Zanichelli, Bologna, 1970; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1995, 409 ss; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 1995, 549 ss.

¹⁰ L’importanza della volontà della parti viene, in un certo modo, sottolineata dalla disciplina inerente all’interpretazione del contratto del contratto, laddove viene statuito che si deve tenere conto della comune intenzione delle parti. In questa prospettiva, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Esi, Napoli, 1973, 229.

¹¹ R. NICOLÒ, voce *Diritto civile* in ED, XII, cit., 911, dove si legge che l’ autonomia dell’ individuo postula di per sé l’esistenza di limiti, in primo luogo quelli che risultano dall’ esigenza di assicurare la coesistenza delle varie sfere di libertà individuale.

¹² Si è discusso in dottrina se il giudizio di meritevolezza dovesse riferirsi alla causa oppure al tipo. In tale ultimo senso F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 53, secondo cui al giudizio di meritevolezza devono sottoporsi solamente i contratti atipici, essendo la valutazione circa la meritevolezza, in riferimento ai contratti tipici, già stata svolta dal legislatore.

Nella logica del codice civile del 1942 i contraenti sono considerati dotati di una medesima forza contrattuale, almeno da un punto di vista esclusivamente formale.

Specificatamente, nell'ambito della disciplina codicistica, il concetto di "parte contrattuale" è stato sempre ritenuto scevro da qualsiasi connotato soggettivo, assumendo, al contrario, rilievo preminente quello oggettivo, dato dalla considerazione della stessa come centro di imputazione degli interessi perseguiti.

Secondo l'impostazione tradizionale, pertanto, le parti di un contratto, in ossequio al principio cardine dell'autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.*, sarebbero le uniche artefici dell'assetto che il regolamento contrattuale si prefigge di raggiungere, a prescindere da qualsiasi indagine circa la giustizia o l'equità dello scambio.

La figura del "contraente debole" era, infatti, sconosciuta al codice civile del 1942, il quale, appunto, non forniva alcuna tutela sostanziale che garantisse un regolamento equilibrato dal punto di vista economico o normativo.

Il legislatore del '42, in sostanza, non si è preoccupato di differenziare le posizioni delle parti, attraverso la previsione di una tutela differenziata per le stesse, realizzando, quindi, una vera e propria violazione dell'art. 3 secondo comma della nostra Carta Costituzionale¹³.

Diversamente, altra parte della dottrina, ritiene che il giudizio di meritevolezza investa la causa e, più specificatamente, la causa concreta di un determinato negozio giuridico, con la conseguenza che a tale tipologia di giudizio debbano essere sottoposti anche i contratti tipici. Di questo avviso è, ad esempio, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2007,76.

¹³ E. GIANFRANCESCO, *Libertà d'impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2215, secondo cui il secondo comma dell'art. 3 Cost. non tende a garantire in modo uguale per tutti il concreto godimento dei diritti di libertà o, addirittura, a costituire una società di uguali. Esso, in realtà, tende a rimuovere le disuguaglianze che alterano le condizioni di partenza dei cittadini a scapito della capacità e del merito individuali e di una identica potenzialità di affermazione.

L'unico strumento che veniva predisposto al fine di tutelare il contraente debole, era la disciplina sulle "Condizioni generali del contratto" introdotta per far fronte al fenomeno della c.d. "contrattazione di massa"¹⁴.

Si è assistito, infatti, ad una trasformazione delle modalità di contrattazione: il regolamento non viene più predisposto di comune accordo tra le parti, successivamente alla fase delle trattative, ma viene imposto da una delle parti (quella dotata di maggiore forza economica) all'altra¹⁵.

Conseguentemente, il legislatore decise di intervenire apprestando una tutela specifica all'aderente, tale da rendere la propria scelta contrattuale più libera e autonoma possibile¹⁶.

In realtà, gli artt. 1341 e 1342 c.c., dettati al fine di assicurare l'uniformità del contenuto del contratto, in considerazione delle difficoltà di porre in essere le relative trattative con i possibili contraenti, secondo alcuna parte della dottrina, sarebbero paradossalmente previsti a tutela della "parte forte"¹⁷, in quanto sostanzialmente finalizzati a semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese¹⁸.

¹⁴ Le condizioni generali del contratto consistono in clausole predisposte unilateralmente da una delle parti che vengono utilizzate per regolare una serie indefinita di rapporti contrattuali. La disciplina dettata dagli artt. 1341 e 1342 del c.c. prevede l'inefficacia delle suddette clausole qualora non siano state preventivamente conosciute, o rese conoscibili, all'aderente. Per quanto riguarda poi le clausole particolarmente sfavorevoli per l'aderente, viene sancita la loro specifica approvazione per iscritto, da parte di quest'ultimo, pena l'inefficacia delle clausole stesse. Sulla funzione delle clausole generali di contratto, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Esi, Napoli, 1983, 34 ss; S. PATTI, *Le condizioni generali del contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2006, 325 ss.

¹⁵ R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, cit., 15, il quale sottolinea come il codice civile del 1942 si sia mostrato all'avanguardia prevedendo la disciplina in questione, in quanto ha introdotto delle regole per il c.d. "contratto seriale".

¹⁶ A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Jovene, Napoli, 1996, 76.

¹⁷ A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova, 1954, 56 ss., dove viene rilevato che, la disciplina sulle condizioni generali del negozio, in realtà, non avrebbe la finalità di tutelare il contraente debole. La normativa in questione, pertanto, rappresenterebbe solamente un

Sicuramente, gli artt. 1341 e 1342 c.c., pur rappresentando una tappa importante nel percorso indirizzato alla tutela del contraente debole, offrono però una protezione per quest'ultimo meramente formale.

L'art. 3 II comma della nostra Carta Costituzionale impone allo Stato di agire al fine di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'uguaglianza di fatto e, conseguentemente, la libertà dei cittadini¹⁹.

Sarà, quindi, lo Stato-legislatore obbligato ad intervenire laddove l'autoregolamentazione degli interessi possa divenire uno strumento effettivo di abuso da parte di un soggetto a pregiudizio di un altro²⁰.

Sulla base di quanto rilevato, trovano giustificazione interventi limitativi dell'autonomia privata finalizzati a tutelare la parte debole di un dato rapporto contrattuale.

In tale senso, di notevole rilevanza appare l'introduzione, da parte del legislatore, di varie leggi speciali che offrono una protezione al soggetto ritenuto "contraente debole" in quello specifico settore²¹.

Un primo vero tentativo, posto in essere dal legislatore, finalizzato a dare rilievo alle disuguaglianze al fine di ottenere un'uguaglianza sul

nuovo modo di contrarre tra soggetti non necessariamente "squilibrati" per quanto concerne il potere contrattuale.

¹⁸ E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Vol 2, Cedam, Padova, 1996, 176.

¹⁹ Sembrerebbe difficile rendere compatibile l'esistenza del principio della libertà contrattuale con il principio di uguaglianza che, tendendo a garantire a tutti i consociati una reale condizione di parità, dovrebbe, conseguentemente, consentire un controllo di merito sul regolamento posto in essere dalle parti per eliminare gli abusi di potere da parte del contraente più forte. In questo senso, A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata. Profili preliminari*, Giuffrè, Milano, 1971, 55 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1967, 74 ss.

²⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (artt.1321 -1352 del Codice civile)*, in *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1970, 11, il quale ritiene che tali interventi non si pongano in contrasto con l'autonomia privata, in quanto costituiscono limitazioni solamente occasionali e, comunque, parziali dell'autoregolamentazione degli interessi privatistici.

²¹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e dir. comm.*, Giuffrè, Milano, 1973, 41, dove viene rilevato che le modificazioni introdotte dal codice civile del 1942 e dalle leggi complementari fanno sorgere l'interrogativo se la libertà contrattuale debba considerarsi, soprattutto in futuro, la regola o l'eccezione.

piano sostanziale²², vi fu con la Legge del 1978 n. 392 sull'equo canone²³.

La legge in questione predispose un complesso meccanismo di determinazione del canone locativo (come si evinceva anche dalle previsioni contenute dagli articoli successivi della medesima legge) con la finalità di renderlo, per l'appunto, "equo", così da tutelare efficacemente la "parte debole" del contratto di locazione²⁴.

Un successivo intervento legislativo, dotato della medesima *ratio* che era alla base della Legge del 1978, fu quello inerente alla disciplina dei contratti agrari.

Con la Legge 3 maggio 1982 n. 203 intitolata "*Norme sui contratti agrari*", infatti, il legislatore ha inteso apprestare una tutela rafforzata alla parte debole di tale tipologia di contratto, per salvaguardare, indirettamente, il mercato e quindi l'economia del nostro paese²⁵.

Negli anni 90²⁶, cominciarono ad essere recepite in Italia varie direttive emanate dall'Unione europea volte a tutelare il "contraente debole" rappresentato dalla persona del "consumatore"²⁷.

²² V. CRISAFULLI, *Ancora in tema di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1959,743, secondo cui la disciplina legislativa deve essere congruamente adeguata al proprio oggetto. Differenziazioni di trattamento, se prive di ragionevolezza, si tradurrebbero in veri e propri favoritismi.

²³ La L. 27 luglio 1978 n. 392 pose significativi limiti all'autonomia privata. Tra questi viene in rilievo l'art. 79 il quale vieta le pattuizioni volte a limitare la durata legale del contratto o ad aumentare il canone locativo.

²⁴ L'art. 1 comma 346 della Legge n.311 del 30 dicembre 2004 (legge finanziaria per il 2005) infatti prevede che "*I contratti di locazione...sono nulli se...non sono registrati*". Tale norma, infatti, induce sia il conduttore che il locatore a registrare il contratto. Per il primo la finalità che si vuole perseguire è quella di impedire che, a seguito della dichiarazione di nullità del contratto, il conduttore possa richiedere indietro i canoni pagati; per il secondo lo scopo è quello di impedire di poter essere sfrattato in quanto occupante *sine titulo*. Tramite la registrazione, inoltre, si sottopone il contratto ad un controllo sociale dello stesso, impedendo così che esso possa contenere pattuizioni contrarie alla legge in danno del conduttore.

²⁵ Con la L. 3 maggio 1982 n.203 il legislatore ha dettato disposizioni molto dettagliate finalizzate a tutelare coloro che lavorano il fondo.

La disciplina riguardante il rapporto di lavoro lascia poco spazio all'autonomia privata, essendo quest'ultimo in gran parte disciplinato o dalla legge o dai contratti collettivi.

²⁶ Si inizia a parlare di consumatore, dal punto di vista legislativo, negli anni novanta ma la dottrina si è posta il problema della tutela del consumatore, e più in generale del contraente debole, già a partire dagli anni 70: G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1977,

Occorre al riguardo precisare come, infatti, né la normativa europea né tantomeno la relativa legislazione di attuazione si sono spinte sino al punto di dare ingresso ed esplicita rilevanza alla qualifica di “contraente debole”, facendo, invece, riferimento ad una nozione di essa esclusivamente circoscritta e coincidente con il soggetto “consumatore” quale persona fisica che agisca per scopi estranei allo svolgimento dell’attività da esso svolta²⁸.

Da qui la questione che si è sin da subito posta, sia in dottrina che in giurisprudenza, fu quella della possibilità o meno di estendere la nozione di “consumatore”²⁹ anche a soggetti diversi da questo, ma comunque anch’essi dotati di una particolare “debolezza”.

Ciò ha portato, per un periodo di tempo, parte della dottrina ad assimilare, erroneamente, la nozione di consumatore con quella di contraente debole³⁰.

Anche in giurisprudenza si è assistito a delle posizioni alquanto oscillanti.

Davanti, infatti, a posizioni giurisprudenziali caratterizzate dalla volontà di escludere ogni tipo di interpretazione estensiva del concetto di “consumatore”, vi furono anche delle pronunce maggiormente

69; M. BESSONE, *Gli standards dei contratti d’impresa e l’analisi economica del diritto*, in *Giur. merito*, 1984, 982.

²⁷ P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in Roppo (a cura di), *Il Contratto del duemila*, Utet, Torino, 2005, 802, il quale afferma che nel contesto dei contratti del consumatore il principio di buona fede si manifesta con una pregnanza fino a quel momento sconosciuta nell’ordinamento italiano.

²⁸ E. GABRIELLI-E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Utet, Torino, 2005, 66.

²⁹ M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, a cura di C. Russo Ruggeri, Giuffrè, Milano, 2009, 109 ss.

³⁰ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2014, 421 e ss., il quale rileva come “parte debole” è anche il consumatore, ma non soltanto costui. Come precedentemente rilevato, ad esempio, “contraente debole” può qualificarsi anche il conduttore all’interno di un contratto di locazione.

ampliative della portata del significato da attribuire alla nozione in questione³¹.

Considerare il consumatore quale unica parte debole del contratto risulta ormai anacronistico e contrastante con una visione sistematica dell'ordinamento italiano.

Se, ad esempio, si prende in considerazione la disciplina contenuta nel Testo unico bancario (D.lgs. 1 settembre 1993 n. 385) viene fatto un generico riferimento al “contraente” senza, ulteriormente, specificare se debba come tale intendersi solo il consumatore o anche l'impresa³².

Più dettagliatamente, gli artt. 117, 118 e 119 del T.U.B. parlano di “cliente”, quale soggetto che, al fine di investire i propri risparmi o ricorrere a forme di credito o finanziamento, stipula contratti con enti finanziari o creditizi senza, però, disporre di strumenti informativi per valutare in modo corretto gli aspetti economici o giuridici dell'operazione³³.

Il legislatore, inoltre, ha fatto proprie le istanze di tutela anche delle imprese che nella contrattazione risultano dotate di minor potere³⁴, attraverso la normativa sulla subfornitura contenuta nella L. 18 giugno

³¹ In tale ultimo senso, *Corte Giust.*, 22 novembre 2001, cause C-541/99 e C-542/99, *Cape Snc contro Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas contro OMAI Srl*, in *European Court Reports*, 2001, I-09049, dopo avere espressamente escluso che un soggetto diverso dalla persona fisica non può essere considerato consumatore, riconosce testualmente che “la legislazione è finalizzata a proteggere la parte contraente più debole”. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia evidentemente, seppure si riferisca –per ovvie ragioni processuali– al caso sottoposto al suo esame relativo alla direttiva 93/13/CEE (sulle clausole abusive), ha valore anche con riferimento a tutte quelle altre ipotesi normative in cui si rinviene la medesima o simile definizione.

³² E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Esi, Napoli, 2003, 122 e ss.

³³ Il Testo unico bancario, D.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, all'art. 117 prevede che i contratti devono essere redatti per iscritto, a pena di nullità, ed una copia deve essere consegnata al cliente. Nel contratto devono, inoltre, essere indicati alcuni elementi, quali il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati.

L'art. 118 disciplina le modificazioni unilaterali dei tassi, dei prezzi e delle altre condizioni, le quali devono essere comunicate al cliente nei tempi e nei modi previsti dal CICR, pena l'inefficacia. Viene poi sancito il diritto in capo al cliente di recedere, in caso di modifiche poste unilateralmente, entro quindici giorni dal ricevimento della relativa comunicazione senza alcuna penalità.

³⁴ A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Giappichelli, Torino, 2006, 132 ss.

1998 n.192³⁵ e tramite quella inerente alla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali contenuta nel D. lgs. n.231 del 2002 che ha recepito la direttiva 2000/35/CE³⁶, da ultimo modificata dal Decreto legislativo del 31 ottobre 2012, a sua volta attuativo della direttiva 7/2011/ UE.

Da quanto sopra rilevato emerge come, obiettivo della legislazione italiana, soprattutto di impronta europea, fu proprio quello di riequilibrare lo *status* di inferiorità di alcuni contraenti³⁷, ponendosi in linea con quanto statuito dai principi costituzionali.

Tra quest'ultimi, per esempio, quello dell'utilità sociale, avente come scopo il raggiungimento di una parità sostanziale tra i protagonisti delle vicende contrattuali³⁸.

La dinamica degli affari, infatti, fa emergere come, spesso, il rapporto intercorrente tra le parti contrattuali, sia connotato da una assenza di parità di forze che, almeno teoricamente, dovrebbe essere presente a garanzia di una efficiente mercato concorrenziale³⁹.

Davanti a situazioni di questo genere, il legislatore ha sentito, quindi, la necessità di intervenire, settore per settore, attraverso la

³⁵ R. PERCHINUNNO, *Profili generali*, in *Trattato di dir. Priv. eur.*, a cura di N. Lipari, IV, Cedam, Padova, 2003, 11.

³⁶ V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12.

³⁷ A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri, A. Zoppini, Bari, 2008, 15, il quale rileva la valorizzazione avutasi negli ultimi anni del concetto di *status* in riferimento al ruolo sociale ed economico che un determinato soggetto assume in una data vicenda negoziale, sia esso un lavoratore subordinato, un consumatore, un conduttore o un imprenditore debole.

³⁸ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 847, secondo cui il rispetto dell' utilità sociale condiziona tutto il mercato e tutte le attività connesse ad esso.

³⁹ Una situazione di concorrenza perfetta si realizza anche in assenza di costi di transazione: si immagina ad esempio che il consumatore non debba sopportare alcuna spesa aggiuntiva, in termini di tempo impiegato e di spese di trasporto, per rivolgersi ad un produttore o ad un altro. Si esprime in tal senso F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, 57.

predisposizione di specifici correttivi, al fine di favorire il ritorno ad una corretta ed equilibrata dinamica contrattuale⁴⁰.

2. La *ratio* ispiratrice della tutela a favore del “contraente debole”

Si qualifica “contraente debole” colui il quale, a causa di minori informazioni circa le condizioni di contratto (cd. asimmetria informativa) o di svantaggi dal punto di vista economico (cd. asimmetria economica), si trova ad essere parte di una operazione negoziale stipulata con un soggetto dotato di una maggiore forza contrattuale.

Soprattutto a partire dagli anni ‘90 sono state dettate una serie di norme a tutela del “contraente debole”.

Scopo di questa legislazione “di protezione” fu quello di impedire il fallimento del mercato, conseguenza dell’abuso di potere posto in essere da professionisti e imprenditori⁴¹.

L’uso distorto dello strumento contrattuale, da parte di un imprenditore con posizione dominante all’interno di un determinato mercato, si qualifica come strumento idoneo ad alterare (in favore di tale soggetto “forte”) le condizioni di concorrenza al fine di fare ottenere a quest’ultimo illeciti vantaggi⁴².

⁴⁰ M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, cit., 119, secondo la quale dal sistema emergerebbe una concezione di consumatore non sempre rispondente alle regole di mercato, meritevole per ciò stesso di tutela.

⁴¹ L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla “tutela della concorrenza” (art.117, comma 2, lett.e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. Cost.*, 2005, 3453, secondo cui “è un risultato ormai consolidato che la concorrenza massimizzi il benessere sociale e sia quella forma di mercato che rende più probabile l’innovazione dei processi”.

⁴² M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Cedam, Padova, 2006, 176, secondo cui lo squilibrio di potere contrattuale tra professionista e consumatore si riflette in negativo sulla concorrenza, snaturandola. Per rimuovere il fattore degenerante e così ripristinarla e consolidarla, occorre equilibrare i poteri dei soggetti del mercato, necessariamente rafforzando la tutela dei contraenti deboli.

In tale contesto, pertanto, l'autonomia negoziale si pone come meccanismo a disposizione del contraente "forte"⁴³, affinché quest'ultimo possa ottenere effetti favorevoli dalla conclusione di un determinato contratto, non risultando, al contrario, servente alla realizzazione del miglior assetto di interessi facente capo ad entrambe le parti negoziali⁴⁴.

Occorre al riguardo precisare che, però, già il codice civile del '42, per far fronte a situazioni di possibili abusi contrattuali, nei termini sopra descritti, aveva previsto determinati rimedi.

Nello specifico, gli artt. 1341 e 1342 c.c., disciplinanti le condizioni generali di contratto, tutelano il "contraente debole", nel caso in cui venga stipulato un contratto mediante moduli e formulari, attraverso la previsione di una presunzione di vessatorietà di determinate clausole, salvo abbiano formato oggetto di specifica sottoscrizione⁴⁵.

Vi sono, in realtà, anche altre norme codicistiche (ovviamente tuttora vigenti) connotate da un alto indice protezionistico.

Si pensi, al riguardo, alla disciplina sull'annullabilità del contratto per dolo, violenza o errore di cui agli artt. 1427 e ss. c.c., a quella sulla rescissione per lesione prevista dall'art. 1448 c.c. ed infine alla previsione di cui all'art. 1339 c.c. inerente alla inserzione automatica di clausole.

⁴³ La severa limitazione dell'autonomia negoziale a protezione dell'equilibrio contrattuale è confermata dalla Suprema Corte, la quale ha affermato che l'inserzione automatica di clausole, prevista dall'art. 1339 c.c., costituisce una restrizione significativa del diritto di libertà economica consacrato nell' art. 41 Cost. di cui è espressione l'autonomia privata, e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale o in un altro atto avente forza di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo (Cass., 30 luglio 2007 n. 17746).

⁴⁴ F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, 2348, secondo cui un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza deve garantire che la gara tra i vari concorrenti sia improntata a regolarità ed effettività.

⁴⁵ G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, cit., 69.

La *ratio* alla base dello sviluppo di questa normativa a tutela del contraente debole⁴⁶, oltre che sulla citata valorizzazione di taluni principi costituzionali (il primo dei quali, l'art. 3 Cost. secondo comma), risiede in una serie di motivazioni di ordine sostanziale.

Il “contraente debole”⁴⁷ si qualifica, infatti, come soggetto “inesperto” in quanto non dotato delle informazioni necessarie ad indurlo a stipulare un determinato contratto alle condizioni migliori.

A quanto rilevato si affianca la circostanza dell'avvenuta standardizzazione dei contratti che, impedendo l'instaurarsi di una vera e propria trattativa tra parti, lascia spazio all'applicazione pratica del principio del “prendere o lasciare”.

Davanti a tutto ciò la disciplina codicistica di cui agli artt. 1341 e ss. del c.c. si è dimostrata non sufficientemente in grado di fornire una protezione adeguata ed effettiva per il consumatore e per qualunque altro contraente debole⁴⁸.

Addirittura, alcuna parte della dottrina, ha qualificato la normativa in questione come posta in essere a protezione delle imprese in quanto attribuisce validità alle condizioni generali di contratto per il solo fatto

⁴⁶ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 788, secondo cui c'è asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo. Anche, infatti, relazioni non riconducibili a quella precedentemente menzionata (si pensi a quelle intercorrenti tra subfornitori e committenti, tra banche e clienti o tra intermediari finanziari ed investitori) si connotano per la presenza di una parte dotata di superiore potere contrattuale e un'altra con minore forza.

⁴⁷ F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, cit., 2373, secondo cui una disciplina funzionale alla tutela di soggetti considerati istituzionalmente deboli, quali sono i consumatori, tende ad ampliarsi progressivamente in favore di quanti si presentino deboli nei rapporti di mercato.

⁴⁸ A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, secondo cui al deficit di potere economico ed informativo del contraente debole, rispetto al potere ed alla forza contrattuale delle imprese, deve porsi rimedio con l'ausilio di regole giuridiche.

della loro “conoscibilità”, salvo il caso in cui si tratti di clausole vessatorie⁴⁹.

Un sistema economico basato sulla concorrenza non può permettere che il soggetto debole, nel momento in cui si rivolge al mercato, non abbia le informazioni necessarie e sufficienti per valutare la convenienza o meno di un affare⁵⁰.

Solo un mercato realmente concorrenziale⁵¹ garantisce, infatti, la migliore allocazione delle risorse e il massimo benessere per la collettività⁵².

Se, pertanto, la libertà negoziale si qualifica come estrinsecazione del principio della libera esplicazione della personalità umana nei rapporti sociali *ex art. 2 Cost.* e dell’altrettanto fondamentale principio della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., occorre però contemperarla con quei principi che impongono una tutela adeguata ed efficace per il contraente debole⁵³.

Tra questi, nello specifico, vi è l’art. 3 Cost. II comma (secondo cui lo Stato si impegna a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico che limitano l’uguaglianza sostanziale tra i cittadini), e l’art. 41 II

⁴⁹ G. OPPO, *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., 843 e ss., secondo cui nella disciplina delle condizioni generali di contratto, il *favor* dell’impresa, per il suo operare all’interno del mercato, appare lapalissiano in quanto esse si qualificano come efficaci per la semplice “conoscibilità”, creando in tal modo nell’altra parte un onere di conoscenza, salva però la necessità di un’approvazione specifica per le clausole vessatorie.

⁵⁰ G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *Nuova Giur. civ.*, 2005, II, 103, secondo cui il diritto contrattuale, nella prospettiva della Corte di Giustizia, è diventato un segmento del diritto della concorrenza.

⁵¹ M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, cit., 112, secondo la quale necessaria, per un corretto funzionamento del mercato, è la previsione di un insieme di regole idonee a ripristinare la parità di trattamento tra i soggetti che operano all’interno del mercato.

⁵² F. BOCCHINI, *Nozione normativa di consumatore e modelli economici. Sudi in onore di Schlesinger*, cit., 2347, che sottolinea come una disciplina a tutela del consumatore possa incrementare una collettiva fiducia nel mercato e, conseguentemente, possa incrementare le vendite con, quindi, un beneficio per il sistema economico.

⁵³ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit. 769, secondo il quale l’elemento che tempo fa veniva qualificato come “debolezza” di una parte rispetto all’altra, oggi viene definito come “asimmetria di potere contrattuale”.

comma Cost. (che sancisce come l'iniziativa economica, pur essendo libera, non possa comunque svolgersi in contrasto con l'utilità sociale).

L'art 117 Cost. statuisce che la normativa nazionale deve conformarsi alla disciplina comunitaria⁵⁴ la quale considera come obiettivo primario il raggiungimento di una situazione di concorrenza all'interno del mercato e, strumentalmente, prevede come propria finalità anche quella di garantire una tutela efficace ed effettiva del consumatore⁵⁵ (come si evince dagli artt. 4, 12, 114, 169 del TFUE).

“Effettività ed efficacia” di tutela possono essere garantite solo dotando di imperatività le norme a presidio del contraente debole⁵⁶.

3. “Consumatore” e “contraente debole”: sono equiparabili?

A seguito delle varie iniziative provenienti dall'Unione europea, si è posta l'attenzione della dottrina sulla figura del c.d. “contraente debole”.

In particolare, rientra in tale nozione la parte contrattuale caratterizzata da una presunta debolezza nei confronti della controparte professionale; “contraente debole”, quindi, può essere a seconda dei vari settori un “cliente”, un “investitore”, un “turista” e così via⁵⁷.

Se normalmente il termine “consumatore” viene utilizzato per indicare la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale o

⁵⁴ M. MONTI, *Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria della concorrenza*, in *Rass. Forense*, 2004, 27.

⁵⁵ N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 8, secondo cui il riferimento al consumatore ha sancito il superamento della vecchia categoria della soggettività giuridica.

⁵⁶ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334, il quale rileva come la categoria del “contraente debole” non abbia base normativa né rilievo pratico, limitandosi unicamente a descrivere destinatari diversi di tutele differenziate che però hanno in comune la presunzione di uno squilibrio a danno di una parte contrattuale.

⁵⁷ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2011, 14.

imprenditoriale eventualmente svolta, le altre figure di cui sopra non possono essere ad esso assimilate⁵⁸.

Da quanto rilevato, dunque, non vi è necessariamente una coincidenza tra il “consumatore” ed il “contraente debole”⁵⁹.

Ovvero, il consumatore è un contraente debole ma non è l’unico preso in considerazione dalla normativa europea e nazionale.

L’art 3 del Decreto Legislativo del 6 settembre 2005 n.206 (c.d. “Codice del consumo”), definisce il consumatore (o utente) *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*.

La definizione di “consumatore” di cui sopra, in realtà, non è la sola presente normativamente⁶⁰.

In altre ipotesi, invece, il consumatore non viene definito in alcun modo.

In tali casi, pertanto, seguendo l’interpretazione più in linea con il dato letterale, viene qualificato consumatore colui il quale “consuma” il bene, oppure sia il destinatario finale dello stesso, senza quindi tenere conto della connessione o meno del bene con l’esercizio di una attività imprenditoriale o professionale.

E’ opinione comune in dottrina ritenere che quando il termine “consumatore” non viene definito esplicitamente dalla norma di legge⁶¹,

⁵⁸ M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-10-2011 n. 83 e D.lgs. 21-02-2014 n.24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc.3, 2015,672 ss.

⁵⁹ G. ALPA, *Consumatore*, in *Contr. e impr.*, 1987, 310.

⁶⁰ M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1215, secondo il quale l’individuazione dello “scopo” non discende da una indagine psicologica delle motivazioni del soggetto, ma da una serie di indici qualificanti, quali ad esempio la natura del bene o del servizio oggetto del contratto e tutte le circostanze del caso concreto esistenti al momento della sua stipulazione.

⁶¹ Pertanto, nel caso in cui una legge usi il termine “consumatore” senza però specificare che quest’ultimo debba agire per fini estranei all’attività imprenditoriale eventualmente svolta, si ritiene

non assume alcuna rilevanza la circostanza che il contraente tutelato sia un imprenditore o un soggetto che agisce per scopi estranei alla propria attività d'impresa.⁶²

Deve, pertanto, chiarirsi che quando si parla di contratti conclusi con un consumatore⁶³ non sempre ci si riferisce ad una “*persona fisica che agisce per finalità estranee all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale da lui eventualmente svolta*” o che comunque non ha finalità di lucro⁶⁴.

Le varie discipline a tutela del consumatore sono, però, accumulate dalla circostanza di attribuire rilevanza alla qualifica soggettiva in questione caratterizzata da una presunzione di inesperienza, di scarsa informazione e, più in generale, di debolezza contrattuale⁶⁵.

Ritornando alla definizione di consumatore fornita dall'art. 3 del Codice del consumo, un'importanza fondamentale viene data al “fine” per il quale il soggetto compie l'atto mediante il quale si procura un determinato bene⁶⁶.

che la relativa disciplina trovi attuazione, senza che sia necessario ricorrere ad una interpretazione estensiva o addirittura analogica, anche all'imprenditore.

⁶² L. DELLI PRISCOLI, “Consumatore”, “imprenditore debole” e principio di uguaglianza, in *Contratto e Impresa/Europa*, 751.

⁶³ M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-10-2011 n. 83 e D.lgs. 21-02-2014 n.24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, cit., 672 ss.

⁶⁴ Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Contr.*, 2000, 442, con nota di MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469 bis e ss.*, ove si qualifica “consumatore” anche il professionista o l'imprenditore per il quale la conclusione del contratto non è un atto della sua professione come lo è per la controparte, attribuendo così rilievo specifico al fatto che il contraente, pur agendo per scopi professionali, non è comunque in possesso di una competenza pari a quella del professionista.

⁶⁵ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 349 e ss, secondo cui un valido esercizio dell'autonomia privata passa attraverso un'informazione adeguata per quantità e qualità. Solo, pertanto, quando tale informazione sarà trasparente, il consumatore avrà realmente la possibilità di comparare le proposte alternative formulate dagli altri imprenditori che operano in quel determinato mercato.

⁶⁶ M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-10-2011 n. 83 e D.lgs. 21-02-2014 n.24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, cit., 673 ss.

Egli, pertanto, può anche essere un imprenditore ma se acquista un bene per un “fine” non inerente la sua professione, viene considerato, limitatamente a quel determinato atto, come consumatore⁶⁷.

Ai fini dell’applicazione della disciplina a tutela del consumatore, si qualifica come “professionista” ai sensi del medesimo art. 3 del decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206, “*la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario*”.

La legislazione in materia di contratti con il consumatore è quindi posta a presidio di quest’ultimo, in quanto considerato “parte debole” nel rapporto contrattuale con un professionista⁶⁸.

Come precedentemente rilevato, la *ratio* alla base dello sviluppo della disciplina consumeristica risiede in svariate motivazioni.

Alla base, infatti, della tutela del consumatore vi è la necessità di colmare la c.d. “asimmetria informativa”⁶⁹.

Il consumatore⁷⁰ si qualifica, pertanto, come soggetto “inesperto”, sprovvisto delle informazioni necessarie per indurlo a valutare, in modo corretto, la convenienza o meno di un affare.

⁶⁷Cass., sez. VI, 14 luglio 2011 n. 15531, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1069, secondo la quale “*In tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della “tutela forte” di cui alla disciplina del Codice del consumo, approvato con il d.lgs. 6 settembre 2005 n.206, la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone fisiche, e la stessa persona fisica che svolge attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice “consumatore” soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio di dette attività. Correlativamente deve essere considerato “professionista” tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizzi il contratto nel quadro della sua attività professionale o imprenditoriale. Perché ricorra la figura del “professionista” non è pertanto necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale*”.

⁶⁸ G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, 233.

⁶⁹ S. PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2004, 56 ss.

⁷⁰ G. VETTORI, (a cura di), *Contratto e responsabilità, il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli: oltre il consumatore*, (vol.2), Cedam, Padova, 2013, 128 ss.; M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-10-2011 n. 83*

A quanto sopra rilevato, deve aggiungersi la sempre più diffusa standardizzazione dei contratti, ostativa all'instaurarsi di una vera e propria trattativa tra le medesime parti⁷¹.

4. “L'imprenditore debole”: differenza tra tutela apprestata a favore del consumatore e quella prevista per l'imprenditore debole

Per molto tempo il settore degli scambi commerciali fu governato dal principio dell'autodeterminazione.

L'imprenditore, esercitando professionalmente, ai sensi dell'art. 2082 c.c., un'attività economica organizzata finalizzata allo scambio di beni e servizi, veniva, infatti, ritenuto il miglior arbitro dei suoi interessi⁷².

Col passare del tempo, però, ci si rese conto che anche nei rapporti intercorrenti tra imprenditori è spesso ravvisabile una diversa forza contrattuale tale da danneggiare l'impresa più debole e, soprattutto, recare un pregiudizio al mercato ed ai suoi consumatori finali⁷³.

Si cominciò, quindi, a sentire l'esigenza di offrire un'adeguata tutela anche al c.d. “imprenditore debole” superando così il *favor* che il legislatore del '42 aveva nei confronti dell'attività d'impresa tale da qualificare ogni intervento limitativo della stessa come una vera e propria eccezione⁷⁴.

e D.lgs. 21-02-2014 n.24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale, cit., 673 ss.

⁷¹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1954, 936, secondo il quale la disciplina inerente ai contratti d'adesione può, in ambito privatistico, tutelare alternativamente il consumatore o l'imprenditore.

⁷² G. BONFANTE-G. COTTINO, *L'imprenditore*, Cedam, Padova, 2001, 455 ss, sottolineano come non sussiste a livello europeo una nozione uniforme di imprenditore.

⁷³ E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, in *Contr. e Impr.*, 2009, 124 ss, rileva che la stessa Unione Europea non ha previsto espressamente alcuna normativa di protezione per l'imprenditore debole, e ciò al fine di evitare ostacoli al libero gioco della concorrenza.

⁷⁴ A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Rescigno* (a cura di), Esi, Napoli, 2006, 131 ss.

Risultò, però, sin da subito difficoltoso definire il concetto di “imprenditore debole”, destinatario della relativa normativa protezionistica, dal momento che le ragioni alla base di suddetta “debolezza”⁷⁵ sono dovute a fattori differenti e, soprattutto, legate allo specifico rapporto con un altro imprenditore⁷⁶.

Si rinunciò, pertanto, a specificare *ex ante* cosa dovesse intendersi per “imprenditore debole”, risultando più efficace una valutazione in tal senso effettuata *ex post*, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, onde evitare di attribuire protezione a soggetti che, in quella data ipotesi, “deboli” non sono.

Un problema particolarmente dibattuto in dottrina è stato da sempre quello inerente la possibilità o meno di estendere la disciplina consumeristica anche all'imprenditore c.d. “debole”⁷⁷.

Secondo un primo orientamento dottrinale, i motivi che hanno spinto il legislatore a prevedere una disciplina di protezione per i consumatori⁷⁸ erano i medesimi a poter essere invocati per giustificare una analoga tutela a favore dell'imprenditore debole.

⁷⁵ Le condizioni che possono determinare la debolezza di un imprenditore possono essere diverse. Tra queste la dipendenza tecnologica, o economica, o ancora fattori endogeni derivanti dalle specifiche condizioni da mercato. In tal senso, F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, 178.

⁷⁶ E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Dir. contr. eur.*, 2008, 10, evidenzia che la qualità di imprenditore deve essere accertata in concreto essendo, tale *status*, momentaneo e occasionale. L'ordinamento, infatti, non deve apprestare tutela all'imprenditore in generale, ma a colui che viene a trovarsi in una situazione di debolezza rispetto ad un altro.

⁷⁷ G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 234, rileva come la debolezza del consumatore non viene accertata in concreto ma viene presunta in virtù del fatto che il contratto viene predisposto unilateralmente. Tale presunzione è superabile unicamente attraverso la prova di una avvenuta trattativa individuale. Diversamente, la situazione di debolezza ascrivibile all'imprenditore, deve essere accertata in concreto.

⁷⁸ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., 6 ss.

La dottrina quasi unanime, al contrario, riteneva impossibile un'applicazione analogica della disciplina consumeristica ai rapporti tra imprese data la diversità di *ratio* tra le due tipologie di tutele⁷⁹.

Fu allora sollevata questione di legittimità costituzionale delle norme consumeristiche nella parte in cui non prevedono che la tutela da esse prevista potesse estendersi anche ai cc.dd. "imprenditori deboli".

La Corte costituzionale⁸⁰ nel 2002 dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale, facendo riferimento da un lato, alla circostanza secondo la quale il legislatore nazionale si è dovuto adeguare a quanto disposto da quello europeo (il quale, nelle varie direttive, ha preso in considerazione unicamente il consumatore) e dall'altro lato, al fatto che solamente i consumatori sarebbero privi della necessaria competenza a negoziare⁸¹ (c.d. asimmetria informativa).

Un sistema economico basato sul principio del libero mercato concorrenziale non potrebbe mai tollerare un imprenditore che non abbia la competenza necessaria per negoziare e non saper valutare la convenienza o meno di un affare: alla base della "debolezza" di una data impresa vi sarebbe, pertanto, un'asimmetria economica⁸² e non informativa.

⁷⁹ L. DELLI PRISCOLLI, "Consumatore", "imprenditore debole" e principio di uguaglianza, cit., 757, il quale ritiene che seppur vi sarebbero alcune ragioni alla base della tutela del consumatore tali da rendere analogicamente applicabile tale disciplina anche all'imprenditore debole, conclude in senso negativo sottolineando la mancanza di lacuna disciplinare per l'imprenditore tale da giustificare siffatta applicazione analogica.

⁸⁰ Corte cost. 22 novembre 2002 n. 469, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, I, 174, con nota di BONOFILIO, si è pronunciata in riferimento alla possibilità o meno di estendere la disciplina concernente le clausole abusive a tutela dei consumatori, anche agli imprenditori deboli.

⁸¹ A.M. AZZARO, *Tutela del "consumatore" e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 237 ss, rileva che poiché le norme italiane a tutela dei consumatori sono di derivazione comunitaria, l'interpretazione delle stesse è vincolata al sistema normativo comunitario che offre protezione solamente al consumatore e non anche all' "imprenditore debole".

⁸² E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1163; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *I contratti*, 2007, 1075.

L'imprenditore debole, inoltre, non sarebbe sprovvisto di tutela ma la riceverebbe solamente allorquando sia meritevole, come nell'ipotesi di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali *ex* d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231⁸³ e di abuso di dipendenza economica⁸⁴.

Nello specifico, in ipotesi di abuso di dipendenza economica, l'imprenditore dotato di minore forza riceverà dall'ordinamento una tutela addirittura più rafforzata rispetto a quella consumeristica, in quanto inciderà anche sul prezzo dei beni e servizi, diversamente di quanto avviene nella disciplina attinente alle clausole vessatorie prevista per il consumatore⁸⁵.

La scelta del legislatore di non prevedere una tutela per il consumatore che abbia ad oggetto il prezzo del bene da lui acquistato, si giustifica, infatti, di fronte alla presenza, nell'ambito del nostro ordinamento, del principio dell'autonomia contrattuale.

Una eccessiva discrezionalità verrebbe, pertanto, a connotare l'attività del giudice nel momento in cui dovesse sindacare la ragionevolezza di un dato prezzo per un determinato bene.

Meritano, però, di essere segnalate delle situazioni particolari che potrebbero erroneamente indurre in qualche modo a ritenere applicabile la disciplina consumeristica agli imprenditori deboli.

Emblematica in tal senso è l'ipotesi riguardante il contratto di *franchising*.

Nella fase antecedente alla stipula del relativo contratto, infatti, una delle parti non può essere considerata un imprenditore in quanto ancora,

⁸³ Il D. lgs. n. 231 del 9 ottobre del 2002 è stato recentemente modificato dal d. lgs. del 9 novembre 2012 n. 192 attuativo della direttiva 2011/7/UE

⁸⁴ E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n.281*, in *Contratti*, 1999, 930 ss.

⁸⁵ V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, cit., 13.

in quel determinato momento, non esercita professionalmente un'attività finalizzata allo scambio di beni e servizi *ex art. 2082 c.c.*⁸⁶

Nella fase precontrattuale, pertanto, il futuro *franchisee* si qualifica unicamente come imprenditore debole “soltanto potenziale”, essendo comunque un soggetto intenzionato ad intraprendere un'attività *ex art. 2082 c.c.* ma che ancora non può sostanzialmente ritenersi un vero e proprio imprenditore⁸⁷.

Tale circostanza ha fatto sorgere la questione se il *franchisee*, prima della conclusione del relativo contratto, in quanto persona fisica che agisce per fini estranei all'attività professionale da esso svolta, possa qualificarsi consumatore⁸⁸ con conseguente possibilità di applicazione della disciplina prevista in suo favore⁸⁹.

Propendendo per una risposta affermativa, sarebbe possibile attribuire al *franchisee* gli stessi strumenti concessi ai consumatori nella fase precontrattuale.

Tale orientamento minoritario è stato, come precedentemente rilevato, disatteso da gran parte della dottrina e della giurisprudenza⁹⁰ che

⁸⁶ G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico – ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 857, rileva che in determinate circostanze si assiste al riconoscimento di una nozione amplissima di impresa, intendendo come tale ogni organizzazione durevole di una attività economica autonoma generalmente con finalità di lucro.

⁸⁷ A. NIGRO, *L'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'econ.*, a cura di F. Galgano, Padova, 1978, 23 ss.

⁸⁸ G. GITTI-F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 474, sottolineano che la figura del consumatore si configura quale *status* a “soggettività variabile”, nel senso che lo stesso può essere integrato da soggetti giuridici diversi a seconda di come essi si pongano in relazione al mercato finale di riferimento.

⁸⁹ M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 1999, 830, rileva che il progressivo emergere di normative volte a disciplinare il contratto in cui una parte si qualifica come “debole”, fa sorgere il problema di stabilire se tale disciplina abbia esclusivo rilievo settoriale o se, invece, costituisca applicazione di principi generali conosciuti dall'ordinamento nazionale che tendono a tutelare il contraente in situazione di maggiore debolezza mediante meccanismi non esclusivamente propri della tutela propria del consumatore e, dunque, suscettibili di applicazione analogica.

⁹⁰ In tale senso, *Corte Giust.*, 3 luglio 1997, C-269/95, *Soc. Goldsmiths Jewellers Ltd. c. Commissioners of Customs and Excise*, in *Giust. civ.*, 1999, 13, esclude la possibilità di considerare alla stregua di un consumatore il *franchisee* che aveva concluso il contratto in questione per lo svolgimento di una successiva attività imprenditoriale.

considerano come attività imprenditoriale anche quella meramente preparatoria della stessa.

CAPITOLO II

Il “terzo contratto”: natura giuridica e libertà contrattuale

Sommario: 1. I contratti d’impresa: utilità pratica e coerenza sistematica. - 2. La contrattazione tra imprese in ambito europeo. - 3. (*Segue*). L’autonomia d’impresa nella prospettiva comparatistica. - 4. Il “terzo contratto” come categoria giuridica: le questioni.

1. I contratti d’impresa: utilità pratica e coerenza sistematica

I contratti in cui una o entrambe le parti sono necessariamente imprenditori, pongono significativi problemi di ordine sistematico in riferimento alla loro collocazione nell’ambito della teoria generale del contratto e in merito alla individuazione della relativa disciplina⁹¹.

Ciò in quanto, poiché sono diverse le esigenze dei relativi protagonisti, tale differenza potrebbe e dovrebbe necessariamente incidere in termini di disciplina applicabile.

La contrattazione tra imprese, trovando espressione e compimento in rapporti negoziali realizzati nell’ambito dell’esercizio dell’attività imprenditoriale, assume, dunque, il ruolo di strumento a disposizione dell’imprenditore per il governo e il dominio del mercato⁹².

⁹¹ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013, 15.

⁹² B. INZITARI, *L’impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. dir. civ. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, vol. II, Cedam, Padova, 1978, 309 e ss., il quale sottolinea il ruolo svolto dalle operazioni di *marketing*, ovvero porre in essere tutto ciò che risulta utile ad indurre il consumatore all’acquisto o, più generalmente, a rendere il prodotto vendibile.

Scopo principale dei contratti tra imprese è, quindi, quello di amministrare la domanda dei propri beni e servizi in un contesto mercantile caratterizzato da costi crescenti⁹³.

Con la codificazione del 1942 è venuta meno la separazione tra il codice civile e il codice del commercio⁹⁴.

Più dettagliatamente, il legislatore del '42 ha disciplinato congiuntamente i contratti civili e quelli commerciali, unificando quelli che avevano trovato la propria disciplina all'interno del codice civile del 1865 e quelli che erano stati disciplinati nel codice del commercio del 1882⁹⁵ eliminando la contrapposizione tra atto civile e atto di commercio, che aveva caratterizzato la precedente disciplina e che determinava, per gli ultimi, un differente e speciale regime giuridico rispetto a quello civile.

Ciò ha comportato il sorgere del dibattito circa la continuità o meno di una autonoma categorizzazione per i contratti d'impresa⁹⁶.

Nello specifico, la questione non riguardava l'opportunità dell'unificazione della materia contrattuale, ma la possibilità di inserire,

⁹³ G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 51 ss., rileva come le imprese rinvercano nella tecnica contrattuale, da un lato, una modalità di controllo delle ricadute che i flussi in aumento dei costi tendenzialmente assumono sulla curva della domanda e, dall'altro, uno strumento idoneo a sollecitare e orientare le scelte dei consumatori verso determinate categorie di prodotti.

⁹⁴ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000, 27 ss., il quale, partendo dalla disamina della unificazione dei due codici, propende per una "riscoperta" dei contratti d'impresa, unitamente all'ingresso di nuovi tipi contrattuali precedentemente sconosciuti.

⁹⁵ R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, II, 1601 ss., il quale sosteneva come, soprattutto a seguito dell'unificazione del codice civile con quello di commercio, appartiene alla sfera di competenza anche della moderna scienza civilistica il compito di studiare, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, i fenomeni inerenti all'impresa, all'azienda, ai titoli di credito, alla concorrenza del mercato che, in passato, erano di esclusivo interesse del diritto commerciale.

⁹⁶ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1962, 26 ss., sottolinea come la codificazione del 1942 ha, in un certo modo, fatto trionfare i principi commercialistici, attraverso il loro pieno recepimento, qualificandoli come principi generali posti alla base di tutto il diritto privato.

all'interno di una disciplina prevalentemente uniforme, uno spazio separato ai “contratti d'impresa”⁹⁷.

Tale tipologia contrattuale fa perno, unicamente, sul profilo soggettivo della partecipazione dell'imprenditore alla vicenda contrattuale.

Ciò ha fatto, in un certo qual modo, riemergere l'originaria figura dei contratti commerciali che, come rilevato, si poneva, nel precedente sistema normativo, come categoria a sé, contrapposta, quindi, ai contratti civili⁹⁸.

Procedere, infatti, ad una classificazione dei contratti d'impresa, quali *species* del più ampio *genus* dei contratti, significherebbe rimarcare le peculiarità che tale tipologia di contrattazione presenta⁹⁹.

In contrapposizione a coloro che negano la rilevanza di una speciale, e quindi diversificata, categoria di contratti d'impresa, rilevando che nel nostro sistema giuridico vi è una sorta di “indifferenza” della disciplina dei contratti rispetto alle qualità del soggetto (sia esso un imprenditore o meno), si pone quella parte della dottrina che afferma l'opportunità logica e pratica di una autonoma settorizzazione in tal senso¹⁰⁰.

⁹⁷ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962, 94 ss., ritiene che la locuzione “contratti dell'impresa” si riferisca a tutti i contratti che fanno capo all'impresa, ossia che siano stati stipulati dall'imprenditore per l'impresa. Diversamente per “contratti d'impresa” dovrebbero intendersi quei contratti attinenti all'esplicazione della specifica attività d'impresa.

⁹⁸ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006, 23 ss., riconosce ai “contratti d'impresa” valore di categoria espressiva di *regulae iuris* proprie e distinte da quelle dei contratti tra individui proprietari.

⁹⁹ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 629 ss, distingue tra “contratti d'impresa”, “contratti dell'impresa” e “contratti dell'imprenditore”. “Contratti d'impresa” sono i contratti tipici attinenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale; “contratti dell'impresa” possono qualificarsi tutti quei contratti posti in essere in esercizio dell'attività d'impresa, siano o no tipici dell'attività esercitata; “contratti dell'imprenditore” coincidono, infine, con quelli dell'impresa concreta, se l'imprenditore agisce come soggetto dell'attività imprenditrice, mentre non sembra meritino rilievo distinto se l'imprenditore non li pone in essere in tale veste.

¹⁰⁰ Non si tratterebbe di una categoria in senso proprio, non potendosi sostenere che i contratti d'impresa siano governati da principi generali distinti. Tra questi, G. AULETTA, *Atto di commercio*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 200; F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962, 18 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., 100.

Secondo tale ultimo orientamento dottrinale, vi sarebbero, infatti, una serie di disposizioni, all'interno del codice civile del 1942, esclusivamente riferite all'impresa, tali da avallarne un'autonoma configurazione.

L'art 1330 c.c.¹⁰¹, a tal proposito, dispone la perdurante efficacia della proposta e dell'accettazione, se fatte da un imprenditore nell'esercizio della propria attività d'impresa, in caso di morte o sopravvenuta incapacità del medesimo anteriormente alla conclusione del contratto¹⁰².

Nello stesso senso, l'art. 2558 c.c. prevede che, se non diversamente pattuito, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio della medesima che però non abbiano carattere personale¹⁰³.

Il collegamento sistematico tra l'art. 1330 e l'art. 2558 c.c., dunque, darebbe contezza dell'opportunità di considerare i contratti di impresa come categoria unitaria ed autonoma¹⁰⁴.

La caratteristica peculiare dei contratti d'impresa, ossia la c.d. "oggettivizzazione" quale funzione, appunto, oggettiva di realizzare la

¹⁰¹ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione comunitaria*, cit., 17, precisa che l'art. 1330 c.c. non si applica ai piccoli imprenditori. In tali casi, infatti, la persona dell'imprenditore prevale sull'organizzazione.

¹⁰² A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, Cedam, Padova, 1964, 23, sottolinea come la sopravvivenza della proposta e dell'accettazione alla morte dell'imprenditore sia indice della valutazione legislativa delle vicende attinenti all'attività d'impresa. Essa si ha unicamente quando il successore continui l'esercizio dell'attività imprenditoriale, successivamente all'ottenimento delle eventuali necessarie autorizzazioni in tal senso. Quando ciò non si verifica, perché il chiamato non accetta l'eredità, o perché, pur accettandola, non viene autorizzato a continuarla, o ancora perché non continua l'attività d'impresa, la morte dell'imprenditore, collegata all'interruzione, da parte del successore, dell'attività d'impresa, fa venir meno la proposta e l'accettazione, con il conseguente riespandersi della regola di cui all'art. 1329 comma 2 c.c.

¹⁰³ G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 39; F. GALGANO, *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Giappichelli, Bologna, 1980, 1 ss; D. IANNELLI, *L'impresa*, in *Giust. sist. civ. comm.*, Utet, Torino, 1987, 126 ss; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., 309 ss.

¹⁰⁴ G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 591 ss.

complessiva attività d'impresa, giustificerebbe l'applicazione di una disciplina derogatoria rispetto al regime generale dei contratti¹⁰⁵.

Ai contratti d'impresa si riferisce, inoltre, la previsione di cui all' art. 1368 II comma c.c., la quale, derogando alla regola stabilita nel precedente comma (secondo cui, le clausole contrattuali ambigue vanno interpretate facendo riferimento agli usi del luogo in cui il contratto è stato concluso), sancisce che nei contratti nei quali una parte è un imprenditore, valgono gli usi in cui ha sede l'impresa¹⁰⁶.

Tale ultima disposizione sembrerebbe, pertanto, ritenere necessaria una particolare metodologia interpretativa relativamente ai contratti d'impresa¹⁰⁷.

Altro gruppo di norme riferibili ai contratti d'impresa sono gli artt. 2203-2213 del codice civile attinenti alla rappresentanza commerciale¹⁰⁸.

Tali disposizioni si qualificano, pertanto, come speciali rispetto alle regole generali sulla rappresentanza previste dagli articoli 1387 e ss. del nostro codice civile.

Da quanto rilevato, emergerebbe che le regole codicistiche previste per i "contratti d'impresa" verrebbero a costituire un *corpus* normativo separato e autonomo rispetto alla disciplina dettata in tema di contratti in generale¹⁰⁹.

¹⁰⁵ G.C. RIVOLTA, *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 207 ss., sottolinea come la concezione "globale" dell'impresa accolta nel nostro codice civile comprenda l'imprenditore quale soggetto dell'attività d'impresa, l'attività d'impresa e l'oggetto di tale attività costituito dall'azienda.

¹⁰⁶ G.C. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 23 ss.

¹⁰⁷ Su tale complessa questione attinente all'interpretazione dei contratti d'impresa si segnala C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e le volontà delle parti contraenti*, in AA. VV. *Il diritto europeo*, 2006, 439 ss.

¹⁰⁸ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 330.

¹⁰⁹ V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 135 ss., rileva come nella contrattazione d'impresa vi sono numerosi controlli contenutistici.

Tale tentativo di costruire una categoria unitaria di “contratti d’impresa”, secondo alcuna parte della dottrina, non sembrerebbe poter trovare accoglimento.

Le norme codicistiche precedentemente richiamate al fine di legittimare un’autonoma disciplina da applicare a tali tipologie contrattuali, infatti, non risulterebbero incondizionatamente applicabili a tutti i contratti *con* le imprese e *tra* le imprese¹¹⁰.

Per esempio, l’art. 1330 c.c. che, derogando all’art. 1329 c.c., statuisce che la proposta o l’accettazione non perdono efficacia in caso di morte o di perdita della capacità dell’imprenditore, quando si verificano antecedentemente alla conclusione del contratto, troverebbe, in realtà, un’applicazione limitata¹¹¹.

La regola *ex art.* 1330 c.c., pertanto, non potrebbe operare in caso di piccoli imprenditori e di contratti stipulati *intuitu personae* o, più in generale, quando non sia presente il presupposto relativo alla connessione funzionale del contratto con l’esercizio dell’attività imprenditoriale¹¹².

Analogamente, l’art. 1368 comma del c.c., in base al quale nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue si interpretano secondo gli usi del luogo in cui ha sede l’impresa, utilizza un criterio ermeneutico difficilmente riferibile all’ipotesi in cui

¹¹⁰ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., 234; F. GALGANO, *I contratti d’impresa; i titoli di credito; il fallimento*, cit., 10 ss.

¹¹¹ G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Utet, Torino, 2004, 23 ss.; E. MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, 434 ss.; P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., 132.

¹¹² E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, cit., 120 ss.; A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 34 ss.; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 345; A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, cit., 26 ss.

entrambe le parti contrattuali siano imprese (ad eccezione del caso in cui la sede dei contraenti non sia la medesima)¹¹³.

A parere di tale secondo orientamento, pertanto, ravvisare la sussistenza all' interno del nostro ordinamento di un "primo contratto" (liberamente determinato da soggetti aventi pari forza), di un "secondo contratto"¹¹⁴ (caratterizzato dalla presenza del consumatore, quale soggetto considerato presuntivamente "debole", in quanto privo delle conoscenze necessarie per far fronte al potere del professionista) e, infine, di un "terzo contratto"(intercorrente tra imprese aventi disparità di forze contrattuali), si rilevarebbe di scarsa utilità dal punto di vista pratico¹¹⁵.

Il riferimento ad una pluralità di classi contrattuali¹¹⁶, separate nella loro astrattezza, avrebbe, infatti, una capacità ermeneutica limitata se si escludesse il riferimento alla concreta operatività del singolo atto posto in essere dalle parti¹¹⁷.

Ciò in quanto, ciascun contratto possiede caratteristiche strutturali e funzionali peculiari con conseguente necessità di stabilire, volta per volta, la disciplina più congrua da applicare al singolo caso concreto¹¹⁸.

Accogliendo, infatti, la configurabilità del terzo contratto e la classificazione categoriale da questo originata¹¹⁹, si finirebbe per escludere l'applicabilità di discipline più confacenti al singolo caso

¹¹³ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d' impresa*, cit., 320 ss.

¹¹⁴ F. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 881.

¹¹⁵ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 679 ss.

¹¹⁶ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 546 ss.

¹¹⁷ G. GITTI- G. VILLA, *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 234.

¹¹⁸ E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 11 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, Padova, 2010, 400.

¹¹⁹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Esi, Napoli, 2003, 25 ss.

concreto in quanto non riconducibili ,astrattamente, alla tipologia contrattuale delineata¹²⁰.

Secondo tale orientamento dottrinale occorrerebbe, pertanto, porre in essere una sorta di “inversione di metodo”¹²¹ finalizzata ad enucleare le caratteristiche strutturali e funzionali del caso concreto affinché possa essere individuata la disciplina più congrua da applicare ad una specifica fattispecie.

2. La contrattazione tra imprese in ambito europeo

L’opportunità di una valutazione complessiva dei contratti tra imprese non, quindi, separata dalla disciplina riferita ai contratti in generale, viene avvalorata dall’ analisi del c.d. “diritto comune europeo”¹²².

I “contratti d’impresa”, considerati quale categoria unitaria, sono caratterizzati, dal punto di vista soggettivo, dalla partecipazione dell’imprenditore all’attività imprenditoriale e, da quello oggettivo, dalla circostanza che, attraverso essi, viene ad esplicarsi l’attività d’impresa.¹²³

Tali tipologie di contratti non sembrano, infatti, trovare riscontro nella logica della normativa europea¹²⁴.

Il legislatore europeo, pertanto, non costruisce le singole discipline facendo riferimento alla qualità di imprenditore, ma a quella di

¹²⁰ V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Giuffrè, Milano, 2012, 45 ss.

¹²¹ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., 334.

¹²² R. SENIGALLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione di codici e differenziazione sistemica*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 137 ss.

¹²³ A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, cit., 26 ss., sostiene che l’interrogativo centrale è se i contratti d’impresa siano, più che una figura contrattuale, un insieme di modelli negoziali caratterizzati da peculiarità comuni tali da avallarne la qualificazione in termini di autentica categoria dogmatica.

¹²⁴ A. GENTILI, *I contratti d’impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 7 ss., il quale, interrogandosi sulla compatibilità dei contratti d’impresa con il c.d. “diritto comune europeo”, procede ad un raffronto tra le caratteristiche di tale categoria contrattuale , così come elaborata , e le finalità di tutela perseguite a livello sovranazionale.

professionista, coincidendo, quest'ultima, soltanto in parte con quella di imprenditore¹²⁵.

Non disciplinando, il diritto europeo, contratti diversi da quelli posti in essere tra professionista e consumatore¹²⁶, la rilevanza pratica della distinzione sulla quale si poggia la nozione di contratti d'impresa svanisce¹²⁷.

Secondo questo orientamento dottrinale, sarebbe più opportuno non fare riferimento a categorie astratte e generalizzanti (come quella delle tipologie contrattuali)¹²⁸ ma a ipotesi di contrattazione caratterizzate da concreti squilibri delle posizioni contrattuali.

Unicamente in relazione a tali contratti, caratterizzati da più o meno forti squilibri tra le parti, potranno essere ammessi integrazioni, adeguamenti e deroghe alle norme disciplinanti il contratto in generale¹²⁹.

Si potranno, quindi, configurare contratti intercorrenti tra due imprenditori in condizioni di parità; contratti stipulati tra imprenditori dotati di diversa forza contrattuale (il cui paradigma normativo più

¹²⁵ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, cit., 54 ss.; G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, 76 ss.

¹²⁶ A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., 17, sottolinea la latitudine del concetto di professionista, più ampia rispetto a quella di imprenditore. Rientrano nella categoria anzidetta anche i contratti professionali stipulati da soggetti che non sono imprenditori, quali, ad esempio, gli enti morali esercenti impresa, gli esercenti professioni liberali, i piccoli imprenditori e gli imprenditori non commerciali.

¹²⁷ G. VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti e degli investitori e delle imprese deboli*, Cedam, Padova, 2013, 67 ss.

¹²⁸ A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 8, il quale rileva come il mero riferimento all'attività d'impresa e alla qualità di imprenditore di uno o di entrambi contraenti, e non anche agli interessi da essa perseguiti, non vale a configurare gli atti di commercio come autonoma categoria negoziale.

¹²⁹ G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1338, il quale sottolinea da un lato, la rilevanza dell'autonomia privata nell'ambito della contrattazione d'impresa, dall'altro l'importanza degli interventi limitativi di tale libertà, finalizzati al perseguimento dell'ordine pubblico di protezione, consistente nella difesa dei soggetti deboli, e dell'ordine pubblico di direzione, consistente nell'orientare i comportamenti dei soggetti contrattualmente più forti al perseguimento degli obiettivi dell'Unione Europea.

importante è rappresentato dalla disciplina in tema di subfornitura); e, infine, contratti le cui parti sono un professionista ed un consumatore¹³⁰.

I contratti d'impresa, pertanto, nella prospettiva del diritto contrattuale europeo, costituiscono soltanto uno dei tipi di "contrattazione ineguale".

Occorre, infatti, più genericamente parlare di "contratti con asimmetria di potere contrattuale" ricavabile dalla commistione tra le due *species* di tipologie contrattuali, quali i contratti del consumatore e quelli tra imprese¹³¹.

Ogniqualevolta, all'interno della singola contrattazione, vi sarà un "contraente debole", sia esso un consumatore o un imprenditore, si renderà necessaria l'applicazione di una disciplina che tuteli nel modo più congruo gli interessi e i valori della parte che ha subito un approfittamento o un abuso da parte del contraente più forte¹³².

3. (Segue). L'autonomia d'impresa nella prospettiva comparatistica

In una prospettiva comparatistica, il confronto merita di essere posto in essere con i sistemi più simili alla nostra tradizione culturale.

¹³⁰ G. MONASTERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 505, ritiene esista una divaricazione nel percorso del contratto europeo: da un lato il contratto concluso tra impresa e consumatore, dall'altro il contratto come transazione commerciale bilaterale. Tale ultima tipologia contrattuale, che si esplica soprattutto nei contratti di distribuzione ovvero in tutti quegli accordi che servono al funzionamento della grande impresa al di fuori delle proprie strutture interne, rimane un campo non ancora pienamente investigato e rappresenta uno dei maggiori problemi che occupano il diritto dei contratti.

¹³¹ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, cit., 551, si pone l'interrogativo se la mera analogia di alcune tecniche di regolazione dei contratti di consumo e dei contratti tra imprese possa accreditare la presenza, all'interno del nostro ordinamento, del paradigma in esame.

¹³² P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, 2002, 400, ritiene che vi siano principi che esigono la loro applicazione non soltanto in caso di contratti con il consumatore, ma ovunque si ravvisi la presenza di un contraente debole vittima di approfittamento da parte del contraente più forte.

In particolare, l'analisi in questione assume particolare rilievo in riferimento agli ordinamenti giuridici della Francia e della Germania nei quali è presente la bipartizione dei codici¹³³.

In riferimento all'ordinamento tedesco si individuano due orientamenti contrapposti¹³⁴.

Una tesi, infatti, è a favore di una categorizzazione del diritto privato d'impresa (c.d. *Unternehmensprivatrecht*).

La tesi contrapposta, invece, negando l'autonomia concettuale del diritto privato d'impresa, sottolineando che anche successivamente alla riforma del 1998 il diritto civile e quello commerciale sono stati unitariamente considerati, afferma che esso tutt'al più potrebbe costituire il fondamento soltanto di una categoria storica¹³⁵.

Per quanto riguarda l'ordinamento francese, invece, a fronte di alcuna parte della dottrina contraria all'unificazione del diritto privato, altre tesi autorevoli, facendo leva sulla circostanza che il *Code de commerce* disciplina determinati istituti in modo autonomo da altre categorie di diritto civile, ipotizzano la configurazione di un generale diritto economico dell'impresa¹³⁶.

¹³³ Anche l'ordinamento spagnolo, in realtà, presenta una duplicità di codici che pone, quindi, problemi di non poco rilievo per lo sviluppo e la trans nazionalità del diritto commerciale. Sul punto cfr., R. GAY DE MONTELLÀ, *Sobre le unificaciòn de los derechos civil y commercial*, in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. 3. L'unità del diritto delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1974, 105 ss.

¹³⁴ Un'articolata sintesi della complessa vicenda contrattuale e delle posizioni della dottrina sul tema dell'autonomia del diritto commerciale si rinviene in F. BYDLINSKI, *Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion*, Berlin- New York, 1990, 34 ss.

¹³⁵ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 32.

¹³⁶ C.W. CANARIS, *Handelsrecht*, Munchen, 2006, 23 ss., il quale propone una distinzione tra *de lege data* e *de lege ferenda*. In riferimento alla prima ipotesi, l'Autore afferma che il concetto di diritto privato dell'impresa è eccessivamente ampio per potere costituire un'utile categoria sistematica, mentre, in riferimento alla seconda ipotesi, prospetta il pericolo consistente nel mascherare il reale contenuto delle norme di diritto commerciale.

Tale complesso di regole, seppure finalizzate a provvedere ad esigenze cui provvede un'importante parte del medesimo diritto civile, se ne differenzerebbe coesistendo con lo stesso.

4. Il “terzo contratto” come categoria giuridica: le questioni

L'interesse relativo ai contratti d'impresa, dopo essersi manifestato quasi a ridosso della lontana avvenuta unificazione dei due codici, si è, dunque, successivamente riproposto a metà degli anni '80 del secolo scorso¹³⁷.

Nonostante le riflessioni fin qui apportate¹³⁸, la dottrina più recente, fa riferimento all'astratta categoria del “terzo contratto”, quale tipologia residuale nella quale vengono fatti rientrare i rapporti contrattuali non riconducibili né al “primo contratto”, ovvero quello concluso tra parti dotate di medesimo potere contrattuale, né al “secondo contratto” stipulato tra consumatore e professionista¹³⁹.

Di “terzo contratto”¹⁴⁰ si può parlare, pertanto, quando parti del relativo rapporto siano due imprenditori, di cui uno risulta essere dotato di maggiore forza contrattuale.

Come precedentemente rilevato, la questione da sempre dibattuta in dottrina è quella se possa essere configurabile, all'interno del nostro

¹³⁷ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 60.

¹³⁸ Tra questi E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 10, il quale afferma che l'impossibilità di ricostruire detta categoria dipende dal fatto che la stessa verrebbe costruita attorno alla figura dell'imprenditore debole, la cui debolezza dovrebbe venire accertata in concreto.

¹³⁹ R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., 54 ss.

¹⁴⁰ G.GITTI - G.VILLA, *Il terzo contratto*, cit., 14 ss., in cui si sottolinea che gli indici primari dai quali verrebbe ricavata la presenza, nel nostro sistema giuridico, di tale categoria sarebbero l'art.9 della L. n. 192/ 1998 e la normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ex D.lgs. n. 231 del 2002.

ordinamento, una vera e propria categoria giuridica di “contratti tra imprese”¹⁴¹.

A tal fine si è reso primariamente necessario verificare se possa rinvenirsi una disciplina volta a regolare tutte le fattispecie contrattuali¹⁴² in tal senso, in quanto caratterizzata da una *ratio* comune¹⁴³.

Nello specifico, la ricerca di uno statuto unitario dei contratti d’impresa, e la conseguente costruzione di una categoria concettuale riassuntiva di una normativa speciale e della *ratio* che la sottende, può essere delineata ribadendo l’autonomia del diritto commerciale da quello civile, valorizzando quindi la c.d. autonomia d’impresa, al fine di rendere applicabile, a tali tipologie di contratti, una determinata disciplina¹⁴⁴.

Pur se sono, di sicuro, rinvenibili alcuni aspetti omogenei e costanti nella normativa inerente ai contratti d’impresa, quali, ad esempio, il neoformalismo¹⁴⁵, la predeterminazione del contenuto del contratto e il controllo esterno sul regolamento, ciò non sarebbe sufficiente, secondo

¹⁴¹ F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, cit., 177, il quale si sofferma sulla definizione di terzo contratto. In particolare si chiede se essa possa ricomprendere al suo interno solamente alcune tipologie contrattuali, oppure se possa considerarsi una sorta di definizione trasversale, propendendo alla fine per tale ultima soluzione.

¹⁴² Unicamente in tale evenienza sarebbe possibile, attraverso un procedimento di astrazione concettuale, l’applicazione analogica degli strumenti posti a tutela della parte debole, previsti in riferimento a specifiche fattispecie contrattuali, anche ad altre tipologie che abbiano come parte un imprenditore in situazione di debolezza. In questo senso, V. BUONOCORE, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., 184.

¹⁴³ Si pongono tali interrogativi, ad esempio, G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 21, il quale si chiede se alcune norme che si riferiscono a tipologie contrattuali specifiche possano assumere, o abbiano già assunto, carattere generale. In tale modo, norme nate per tutelare determinate categorie di soggetti deboli potrebbero, attraverso la generalizzazione posta in essere dai principi, diventare regola innovativa applicabile ad ogni rapporto in tal senso.

¹⁴⁴ P. SIRENA, *La categoria dei contratti d’impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 426, sottolinea come la ricomposizione unitaria del diritto contrattuale, basata sul nesso costitutivo con il mercato, porterebbe ad una riscoperta del codice civile, in quanto custode dei valori e della razionalità del sistema.

¹⁴⁵ F. ADDIS, *“Neoformalismo” e tutela dell’imprenditore debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 14 ss.

la dottrina maggioritaria, ad avallare la configurazione di una astratta ed indipendente categoria in tal senso¹⁴⁶.

Gli strumenti di tutela concessi agli imprenditori deboli, infatti, verrebbero ad essi attribuiti non in quanto facenti parte di tale categoria,¹⁴⁷ ma ,piuttosto, perché sarebbero dei contraenti deboli *tout court*.¹⁴⁸

Seguendo tale linea interpretativa, dunque, si ritiene che non sia possibile parlare di “terzo contratto”¹⁴⁹ se non per finalità meramente descrittive.

L’orientamento in questione appare, inoltre, maggiormente convincente se si mettono in evidenza determinate circostanze.

In primis occorre rilevare che i rapporti d’impresa si differenziano notevolmente da quelli intercorrenti tra consumatore e professionista¹⁵⁰.

Quest’ultimi, infatti, sono il risultato di una contrattazione caratterizzata dalla assenza di trattative tra le relative parti e dalla predisposizione unilaterale del regolamento da parte del professionista (c.d. “asimmetria informativa”).

Diversamente, nei contratti tra imprese vi sarebbero trattative precontrattuali ma si qualificherebbero per la c.d. “asimmetria economica” esistente tra i due imprenditori protagonisti della vicenda contrattuale¹⁵¹.

¹⁴⁶ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Utet, Torino, 2005, 53 ss.

¹⁴⁷ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 701.

¹⁴⁸ R. QUADRI, “Nullità” e tutele del “contraente debole”, in *Contr. e impr.*, 2001, 1143 ss., mette in rilievo la difficoltà di fornire una definizione di contraente debole.

¹⁴⁹ E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 14.

¹⁵⁰ G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, in AA.VV. *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 74 ss., il quale sottolinea come non si possano accorpate, in un’unica categoria, il secondo ed il terzo contratto, dal momento che i modi e le tecniche di tutela si differenziano tra loro.

¹⁵¹ E. NAVARRETTA, *La complessità dei rapporti fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *La nuova giur. civ. e comm.*, 2007, 418, il quale esclude che, sul piano operativo, possa verificarsi l’estensione della disciplina dettata a tutela del consumatore a qualunque contratto stipulato tra soggetti con diverso potere contrattuale. Il contratto asimmetrico, dunque, non può qualificarsi

Altra parte della dottrina, al contrario, favorevole all'esistenza di un'autonoma categoria di contratti d'impresa¹⁵², fa riferimento alla caratterizzazione della causa presente in tale tipologia contrattuale¹⁵³.

In particolare, secondo quest'ultima tesi, occorrerebbe fare riferimento al ruolo svolto dall'imprenditore come parte peculiare di questa contrattazione¹⁵⁴.

Tale tipologia di contraente, dunque, permetterebbe di superare lo schema formale di contratto e la logica astratta sottesa alla nozione generale di parte contrattuale al fine di dare rilievo all'operazione economica, alla cui realizzazione è funzionale l'accordo tra i contraenti¹⁵⁵.

come categoria omogenea, in quanto sono differenti le ragioni che inducono a dare rilevanza alle situazioni di disparità.

¹⁵² G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., 629 ss.

¹⁵³ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 66.

¹⁵⁴ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 101 ss.

¹⁵⁵ E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.

CAPITOLO III

I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Sommario: 1. Ambito di applicazione. – 2. Transazioni tra imprese. – 3. Transazioni tra imprese e PA. - 4. Gli interessi moratori e la loro rinunciabilità. - 5. Nozione di “grave iniquità”, criteri di valutazione e rimedi.

1. Ambito di applicazione

I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali costituiscono una fattispecie riconducibile, sotto il profilo tipologico, all'abuso di dipendenza economica¹⁵⁶.

Tali tipologie di ritardi, soprattutto quelli derivanti da rapporti contrattuali intercorrenti tra imprese e PA, hanno fatto sorgere, all'interno dell'Unione Europea, l'esigenza di provvedere all'emanazione di una disciplina avente lo scopo di neutralizzare un fenomeno avente forte ripercussione nelle piccole e medie imprese¹⁵⁷.

Nella prassi, infatti, accadeva spesso che quest'ultime, pur avendo consegnato il bene o il servizio all'impresa o alla Pubblica Amministrazione, non ottenevano il corrispettivo di pagamento entro il termine pattuito.

Quanto sopra comportava, ovviamente, forti ricadute sulla liquidità di tali imprese fornitrici e ne complicava la relativa gestione finanziaria¹⁵⁸.

¹⁵⁶ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 256.

¹⁵⁷ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 34.

¹⁵⁸ L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 73 ss.

Il problema attinente ai termini di pagamento era stato già oggetto di discussione, all'interno del Parlamento Europeo, già negli anni 90 attraverso una Raccomandazione del 1995, mediante la quale si volevano introdurre dei provvedimenti finalizzati a migliorare i rapporti contrattuali intercorrenti tra piccole e grandi imprese e tra le prime e PA¹⁵⁹.

Ma il vero e proprio intervento utile a contrastare questo fenomeno fu l'emanazione della direttiva 2000/35/ CE, il cui obiettivo è stato quello di porre in essere una disciplina comune in Europa, finalizzata a reprimere gli eventuali ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali, onde poter assicurare il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato¹⁶⁰.

La strategia utilizzata dall'Unione Europea fu, pertanto, quella di elaborare una normativa volta a preservare la libertà contrattuale ma, al tempo stesso, finalizzata a sconfiggere quegli usi indebiti di essa perpetrati dal contraente forte, a danno della controparte debole, che si sostanziano, innanzitutto, nell'ottenere termini di pagamento talmente dilatati da divenire scarsamente sostenibili per la medesima controparte creditrice¹⁶¹.

Tale direttiva 2000/35/CE, emanata il 29 giugno 2000, fu recepita in Italia con il d.lgs. n. 231 del 9 ottobre del 2002.

Il decreto in questione trovava applicazione in riferimento ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo nell'ambito di una transazione commerciale, definendo quest'ultima "*qualsiasi contratto*,

¹⁵⁹ G. SALVI, "Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, in *Contr. e impr.*, 2006, 166 ss.

¹⁶⁰ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 257.

¹⁶¹ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A. M. Benedetti e S. Pagliantini, Giappichelli, Torino, 2013, 8.

comunque denominato, concluso tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna delle merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”.

Il decreto legislativo del 2002, come anche la direttiva, si applicavano, sotto il profilo soggettivo, indifferentemente, sia ai rapporti tra imprese, sia a quelli intercorrenti tra imprese e pubbliche amministrazioni.¹⁶²

Una questione che si pose sin dal momento dell’emanazione del decreto legislativo del 2002, fu quella relativa all’ambito oggettivo di applicazione dello stesso.

Nello specifico, si discuteva se esso potesse trovare applicazione anche in riferimento agli appalti di lavoro pubblici¹⁶³.

Tale problematica nacque in quanto, dall’analisi del processo di adozione della direttiva 2000/35/ CE, emergeva l’intenzione del legislatore comunitario di non escludere il campo degli appalti pubblici dalla relativa disciplina¹⁶⁴.

In realtà, però, l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, attraverso la determinazione del 27 marzo n.5/ 2002, si era espressa in maniera contraria, sostenendo che non vi fosse un’automatica applicabilità della disciplina in tema di ritardi di pagamento alla materia degli appalti pubblici¹⁶⁵.

La stessa opinione fu poi espressa dalla relazione di accompagnamento allo schema del decreto legislativo n. 231 del 2002,

¹⁶² E. SANCASSANI, *Gli accordi “gravemente iniqui” nella direttiva 2000/35/CE: l’attuazione dell’art. 3, comma 3°, negli ordinamenti italiano e tedesco*, in S. Patti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2008, 3 ss.

¹⁶³ E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 440 ss.

¹⁶⁴ L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 56 ss.

¹⁶⁵ A. M. BENEDETTI, *L’abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Cedam, Padova, 2007, 110 ss.

all'interno della quale, esplicitamente, fu affermato come l'ambito di applicazione della disciplina in questione fosse da intendersi limitato ai soli pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali tra imprese o tra imprese e PA, intendendosi per esse *“i contratti che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo”*¹⁶⁶.

Occorre al riguardo dire come, in realtà, tale interpretazione, relativa all'ambito applicativo della direttiva 2000/35/ CE, non convinse la dottrina maggioritaria secondo la quale, al contrario, la definizione di transazione commerciale non escludeva gli appalti pubblici, bensì era idonea a comprendere, al suo interno, varie tipologie contrattuali¹⁶⁷.

Tuttavia, sia la direttiva 2000/35/CE che il decreto legislativo 231/2002, non ebbero gli effetti sperati: i pagamenti, nell'ambito delle transazioni commerciali, avvenivano sempre in ritardo e ciò provocava il fallimento delle piccole e medie imprese che entravano in crisi di liquidità¹⁶⁸.

Ecco, quindi, che nel 2009 vi fu una proposta di una nuova direttiva da parte della Commissione Europea, la quale evidenziò come l'obiettivo principale doveva essere quello di introdurre strumenti aggiuntivi per ridurre, il più possibile, la quantità di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, abbreviare i periodi di pagamento per le amministrazioni pubbliche e rafforzare, in modo sostanziale, gli incentivi per la PA a pagare¹⁶⁹.

¹⁶⁶ E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 400 ss.

¹⁶⁷ G. SALVI, *“Accordo gravemente iniquo” e “riconduzione ad equità” nell’art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002*, cit., 99 ss.

¹⁶⁸ M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012, 87 ss.

¹⁶⁹ I. QUEIROLO- A.M. BENEDETTI- L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Aracne, Roma, 2012, 56 ss.

Il 16 febbraio 2011, l'Unione Europea ha, quindi, approvato la nuova direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (c.d. *Late Payments*) attribuendo agli stati membri un termine entro il quale recepirla coincidente con il 16 marzo 2013¹⁷⁰.

In Italia, tale direttiva, è stata recepita attraverso il decreto legislativo n. 192 del 2012 che ha parzialmente modificato ed integrato il precedente decreto legislativo del 2002.

La nuova direttiva, dopo avere evidenziato, ancora una volta, come i ritardi di pagamento influiscano negativamente sulla liquidità delle piccole e medie imprese, compromettendone la competitività e la redditività, statuisce espressamente come lo scopo principale da essa perseguito sia quello di garantire il miglior funzionamento del mercato¹⁷¹.

Le transazioni commerciali, rientranti nella sfera di applicazione delle direttiva 2011/7/UE, vengono dalla medesima definite, similmente a quanto statuito dalla precedente direttiva, come “*i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo*”¹⁷².

Anche per quanto concerne la definizione di impresa e di pubblica amministrazione, la direttiva del 2011 si rifà alla Direttiva del 2000, qualificando la prima, all'art. 2 par. 2, come “*ogni soggetto organizzato, diverso dalle pubbliche amministrazioni, che agisce nell'ambito di una*

¹⁷⁰ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 34 ss.

¹⁷¹ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Giappichelli, Torino, 2013, 25 ss.

¹⁷² F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 44 ss.

attività economica o professionale indipendente , anche quando tale attività è svolta da una sola persona” facendo, quindi, rientrare, all’interno di essa, i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli, gli enti “no profit”, gli artigiani e i liberi professionisti¹⁷³.

Si ritengono, invece, esclusi, dall’ambito applicativo di tale direttiva, i contratti conclusi tra imprese e consumatori, in quanto, secondo parte della dottrina, il consumatore, acquistando, generalmente, una ridotta quantità di merci o usufruendo di servizi di non rilevante entità, difficilmente arrecherebbe seri pregiudizi all’impresa qualora dovesse ritardare nel relativo pagamento¹⁷⁴.

Per quanto riguarda la nozione di PA, essa viene definita dalla direttiva del 2011 come *“qualsiasi amministrazione aggiudicatrice quale definita dall’art. 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17/CE e all’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, indipendentemente dall’oggetto e dal valore dell’appalto”*¹⁷⁵.

Tale definizione di pubblica amministrazione, fornita dal decreto in questione, ha indotto la dottrina a ritenere come, pur non essendoci una esplicita presa di posizione in tal senso neanche all’interno della direttiva del 2011, la suddetta disciplina risulterebbe applicabile anche agli appalti di opere pubbliche, in quanto, diversamente opinando, si produrrebbe un’ingiustificata disparità di trattamento tra le imprese creditrici aggiudicatarie di appalti pubblici e quelle aggiudicatarie di appalti di

¹⁷³ A. CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7/ UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, in *Contr. impr./Europa*, 2011, 400 ss.

¹⁷⁴ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, cit., 133 ss.

¹⁷⁵ G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. impr.*, 2012, 322 ss.

fornitura di merci o servizi: quest'ultime, infatti, godrebbero di una tutela maggiore rispetto alle prime¹⁷⁶.

Tale orientamento, inoltre, risulterebbe avallato dalla presenza, all'interno della nuova direttiva, di un nuovo *considerando*, il quale specifica che *“la fornitura di merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile”*¹⁷⁷.

2. Transazioni tra imprese

Le transazioni commerciali stipulate tra imprese, sono disciplinate dall'art. 3 della direttiva 2011/7/UE, il quale statuisce che i creditori hanno diritto agli interessi, derivanti dal ritardo dei pagamenti, senza che sia necessaria la costituzione in mora, quando quest'ultimi hanno adempiuto ai relativi obblighi contrattuali e legali, non hanno ricevuto il loro corrispettivo e il ritardo sia imputabile al debitore¹⁷⁸.

L'art. 4 del d.lgs. n. 231 del 2002, da ultimo modificato dal d.lgs. n. 192 del 2012, attuativo della direttiva del 2011, statuisce, pertanto, espressamente che *“Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento”*¹⁷⁹.

¹⁷⁶ A. CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7/UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, cit., 126 ss.

¹⁷⁷ F. BARTOLINI - A.M. BENEDETTI - M. GRONDONA - S. PAGLIANTINI - T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 54 ss.

¹⁷⁸ T. O. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Jovene, Napoli, 1984, 45 ss.

¹⁷⁹ L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 46 ss.

In tal caso, infatti, l'impresa creditrice ha diritto al pagamento degli interessi che vengono calcolati in maniera differente a seconda che il periodo di pagamento sia stato stabilito dal contratto o abbia fonte legale.

In tale ultimo caso, gli interessi sono dovuti se sono decorsi 30 giorni dalla data di ricevimento, da parte del debitore, della fattura o di una richiesta di pagamento; dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione di servizi, quando non risulta essere certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento o quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella di ricevimento delle merci o dalla prestazione di servizi; oppure, dalla data di accettazione o di verifica, previste dalla legge o dal contratto, ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta di pagamento in epoca non successiva a tale data¹⁸⁰.

Nel caso in cui, invece, il periodo di pagamento risulta essere stabilito dalle parti, quest'ultime possono prevedere un termine maggiore anche a 60 giorni, purché non risulti essere “*gravemente iniquo*” ai danni del creditore¹⁸¹.

In linea con quanto statuito dall'art. 1183 c.c., viene, infatti, ritenuta prioritaria la volontà delle parti di accordarsi in ordine alla determinazione del tempo dell'adempimento¹⁸².

Secondo quanto sancito dall'art. 4, però, affinché questa proroga convenzionale, concernente i termini di pagamento, sia valida, occorre

¹⁸⁰ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 58 ss.

¹⁸¹ A. CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7/ UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, cit., 410 ss.

¹⁸² G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit., 324 ss.

che essa sia stata pattuita espressamente e che possa essere provata per iscritto dalle parti.

Più precisamente, con l'attuale assetto normativo, si prevede che nelle transazioni commerciali tra imprese private, a differenza di quelle intercorrenti tra imprese e PA, le parti possano derogare ai termini legali di pagamento per stabilirne altri superiori¹⁸³.

Tuttavia, se la deroga avrà ad oggetto termini superiori a sessanta giorni, il relativo accordo dovrà essere stipulato in forma scritta (richiesta *ad probationem*), ed il suo contenuto potrà, però, essere sottoposto al giudizio di “grave iniquità” per il creditore, mediante il ricorso ai criteri di valutazione di cui all'art. 7 del novellato d.lgs. 231/2002¹⁸⁴.

La previsione di cui all'art. 4, I comma, del d.lgs. n. 231 del 2002, sembrerebbe, secondo parte della dottrina, atteggiarsi ad ipotesi di *mora ex re*, aggiuntiva a quelle contemplate nell'art. 1219, secondo comma, n. 3, c.c., operativa, dunque, senza che sia necessaria una formale intimazione o una semplice richiesta, quale effetto automatico del verificarsi della scadenza del termine di pagamento¹⁸⁵.

Secondo l'art. 1219 del codice civile, infatti, la mora si produce automaticamente in tre casi: quando il debito deriva da fatto illecito, qualora il debitore abbia dichiarato per iscritto di non volere eseguire la prestazione e nel caso in cui la prestazione debba essere eseguita presso il domicilio del creditore.

¹⁸³ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 66 ss.

¹⁸⁴ V. PANDOLFINI, *Il ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, cit., 116 ss.

¹⁸⁵ R. CONTI, *Il d. lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1, 107.

L'art. 4 in questione, secondo tale tesi, configurerebbe, pertanto, una ulteriore tipologia “speciale” di *mora ex re* da aggiungere a quelle sancite dal codice civile¹⁸⁶.

Un altro orientamento dottrinale¹⁸⁷, invece, dubitando che la norma in esame possa qualificarsi come ipotesi di *mora ex re* per il fatto che essa medesima richiederebbe esplicitamente la ricezione, da parte del debitore, di una fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, inquadra l'istituto come tipologia di *mora ex persona*, precisando, inoltre, che essa si distinguerebbe da quella contemplata nel codice civile per il fatto che l'intimazione richiesta dall'art. 1219 c.c. non è, invece, necessaria per quella contemplata nell'art. 4 del d.lgs. del 2002, potendo, infatti, essere sufficiente anche il semplice invio della fattura o di richiesta equivalente¹⁸⁸.

Come precedentemente rilevato, secondo l'art. 4, secondo comma, lett. a) del decreto legislativo del 2002, qualora il termine di pagamento non sia stato stabilito convenzionalmente dalle parti, gli interessi decorreranno non appena saranno trascorsi trenta giorni dalla data di ricezione della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente.

Già sotto il vigore della vecchia normativa¹⁸⁹ si era rilevato che, mentre per la specificazione del termine “fattura” era possibile fare riferimento alla disciplina di cui al D.lgs. 20 febbraio 2004, n. 52, dubbi

¹⁸⁶ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 64 ss.

¹⁸⁷ In tal senso si esprime, A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, in *Studium iuris*, 2005, 266.

¹⁸⁸ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 64 ss.

¹⁸⁹ *Corte Giust.*, 3 aprile 2008, n. 306/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1029, secondo la quale l'art. 3, n. 1 lett. c), della direttiva 2000/35 deve essere interpretato nel senso di richiedere, affinché il pagamento mediante bonifico bancario escluda l'applicazione degli interessi moratori, che la somma dovuta sia accreditata sul conto del creditore alla scadenza.

interpretativi potevano sorgere circa il significato da attribuire alla locuzione “richiesta di pagamento di contenuto equivalente”.

Secondo la dottrina maggioritaria, occorrerebbe interpretare la formula suddetta nel modo più conforme alla *ratio* della disciplina in esame, ovvero quella di far operare la conseguenza della decorrenza degli interessi di mora dal trentesimo giorno successivo alla data di ricezione di una richiesta di pagamento di contenuto analogo a quello della fattura¹⁹⁰.

Dovrà, quindi, trattarsi di una dichiarazione in forma scritta e recettizia, sottoposta, quindi, alla presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., e dovrà assolvere ad una funzione equivalente a quella svolta dalla fattura¹⁹¹.

Nella vigente disciplina, il diritto dell'impresa creditrice di pretendere, nel caso di ritardo nell'adempimento, il pagamento degli interessi moratori, nella misura stabilita dagli artt. 4 e 5 del D. lgs. n. 231 del 2002, presuppone che la mora sia imputabile al debitore, essendo, conseguentemente, esclusa qualsiasi obbligazione di interessi qualora detto ritardo sia dovuto a fatti indipendenti la volontà di quest'ultimo¹⁹².

E' stato sottolineato in dottrina¹⁹³ come anche nel testo della direttiva 2000/35/CE, al creditore veniva negato il diritto agli interessi moratori nell'ipotesi in cui il ritardo non fosse stato imputabile al debitore.

¹⁹⁰ S. DE NOVA, in G. De Nova - S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2003, 16, rileva come sarebbe sufficiente “qualsiasi documento contenente dati sufficienti affinché il debitore possa pagare”.

¹⁹¹ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 69.

¹⁹² A. FINESSI, *Sub art.3, d.lgs. n. 231/2002*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231)*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 506 ss.

¹⁹³ Tra questi, M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2003, 96 ss.; S. DE NOVA, in G. De Nova- S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., 11 ss.; A. BREGOLI, *La legge*

Secondo, invece, la formulazione dell'art. 3 del D.lgs. 231 del 2002, tale diritto ad ottenere il pagamento degli interessi, viene precluso al creditore nel caso in cui il debitore “*dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”, riproducendo così, quasi testualmente, quanto disposto nell'art. 1218 c.c.¹⁹⁴

La *ratio* alla base della volontà del legislatore italiano di discordarsi, sul piano lessicale, da quanto statuito dalla direttiva 2000/35/CE, secondo parte della dottrina, sarebbe ravvisabile nell'evitare le numerose incertezze che avrebbe potuto ingenerare l'eventuale adozione della formula europea sul piano dell'onere della prova liberatoria cui sarebbe stato tenuto il debitore¹⁹⁵.

Se, infatti, fosse stata recepita l'espressione utilizzata dalla direttiva del 2000, si sarebbero potute accogliere, tra le circostanze esimenti, anche cause soggettive strettamente connesse alla persona del debitore, tali da poter generare numerose incertezze.

Conclusivamente occorre rilevare come, anche nell'ambito della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, viene ad applicarsi il principio per il quale, nelle obbligazioni pecuniarie, il ritardo nel pagamento è fonte di responsabilità unicamente nel caso in cui esso sia imputabile al debitore¹⁹⁶.

sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove maldestre di neo-dirigismo?, in Riv. dir. priv., 2003, 732 ss.; F. A. MAGNI, *La responsabilità per il ritardo*, in V. Cuffaro (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, 139 ss.

¹⁹⁴ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 60.

¹⁹⁵ A. FINESI, *Sub art.3, d.lgs. n. 231/2002*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231)*, cit., 510 ss.

¹⁹⁶ M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Giuffrè, Milano, 1983, 34 ss.

Da ciò ne consegue che incomberà sul medesimo debitore l'onere di provare di non aver potuto adempiere all'obbligo di pagamento o di non averlo potuto eseguire esattamente per cause a lui non imputabili.

Pertanto, la *ratio* sottesa alla scelta posta in essere dal legislatore italiano è stata quella di assicurare identità di disciplina tra obbligazioni pecuniarie ordinarie, regolate dal codice civile, ed obblighi di pagamento nelle transazioni commerciali, regolamentate, invece, da una normativa speciale quale il D.lgs. n. 231 del 2002¹⁹⁷.

Inoltre, sembra essere esplicito l'intento della normativa italiana di riferirsi non ad un concetto di impossibilità "assoluta" della prestazione, quanto, invece, a quello concernente una impossibilità "temporanea", in quanto l'inadempimento di somme di denaro non può che essere configurato quale mero "ritardo"¹⁹⁸.

Quella parte della dottrina che aderisce a tale impostazione, dunque, esclude che a tali tipologie di obbligazioni possa essere applicato l'art. 1256 c.c. il quale prevede l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta¹⁹⁹.

Nelle obbligazioni pecuniarie, infatti, la prestazione si ritiene sempre eseguibile, stante la possibilità di trasformare in denaro qualsiasi bene

¹⁹⁷ In giurisprudenza, Cass., sez. I, 14 novembre 2003 n. 17199, in *Foro it.*, 2004, I, 1820 ss., secondo cui "In tema di obbligazioni pecuniarie il debito degli interessi moratori, alla cui sussistenza è correlata la risarcibilità del maggior danno ex art. 1224, 2° comma, c.c., non coperto dai suindicati interessi, presuppone l'esistenza di una obbligazione, ma trova la sua causa immediata nella mora, cioè nel "ritardo colpevole" dell'adempimento.

¹⁹⁸ In tal senso, a titolo esemplificativo, T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1959, 70 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 143 ss., secondo i quali la prestazione pecuniaria ha carattere generico, per cui nei suoi confronti opererebbe il principio *genus nunquam perit*. Di segno contrario, tra i vari, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1959, 307 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 1991, 269 ss.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996, 44 ss.

¹⁹⁹ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contr.*, 2002, 12, 1159.

che faccia parte del patrimonio del debitore, in attuazione di quanto statuito dall'art. 2740 c.c.²⁰⁰

3. Transazioni tra imprese e PA

Nelle transazioni commerciali nelle quali debitrice risulta essere una PA, le parti, secondo quanto statuito dall'art. 4 comma quarto del D.lgs. n. 231 del 2002, come da ultimo modificato dal D.lgs. del 9 novembre 2012, n. 192, possono concordare un termine di pagamento che non potrà comunque eccedere i 60 giorni²⁰¹.

Tali clausole contrattuali, deroganti i termini legali di pagamento, dovranno essere, però, secondo quanto sancito dal medesimo articolo, pattuite espressamente, provate per iscritto ed essere giustificate dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle altre circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto.

L'ultimo inciso di cui sopra fa, quindi, trapelare la presenza di un onere motivazionale che funge da presupposto di validità di qualsiasi accordo sui termini di pagamento, non ravvisabile nella negoziazione intercorrente tra imprese private²⁰².

Tale previsione rappresenta, infatti, una delle principali innovazioni della nuova disciplina del 2012²⁰³.

La precedente normativa, infatti, lasciava alle parti, anche in riferimento ai rapporti intercorrenti tra imprese e pubblica amministrazione, la possibilità di concordare liberamente un termine di

²⁰⁰ V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giuffrè, Milano, 2003, 32 ss.

²⁰¹ G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit., 440 ss.

²⁰² F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 28.

²⁰³ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 24 ss.

pagamento superiore ai 30 giorni, alla sola condizione che non si trattasse di un termine iniquo per il creditore.

La direttiva 2000/35/CE, in materia di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, emanata al fine di contrastare tale fenomeno ostativo al buon funzionamento del mercato interno²⁰⁴, infatti, aveva dettato una disciplina omogenea per regolare sia le transazioni tra imprese, sia quelle intercorrenti tra imprese e pubblica amministrazione.

Tra le novità introdotte attraverso la normativa del 2012, vi fu, pertanto, quella di differenziare la regolamentazione delle transazioni commerciali stipulate tra imprese private e tra imprese e PA, sottoponendo quest'ultime ad una disciplina più restrittiva, specie per quanto riguarda i termini di pagamento ed il tasso di interesse da applicare in caso di ritardo²⁰⁵.

L'obiettivo che si è proposto il legislatore europeo è stato, infatti, quello di contrastare la prassi commerciale, che si era creata da tempo all'interno dell'Unione Europea, consistente nell'inserire, soprattutto nei contratti intercorrenti tra imprese e pubblica amministrazione, termini di pagamento piuttosto lunghi che producevano un notevole indebolimento delle piccole e medie imprese creditrici²⁰⁶.

Quest'ultime, proprio in ragione della loro dimensione, hanno, invece, la necessità di ricevere il relativo pagamento entro un termine ragionevolmente prossimo al momento del proprio adempimento²⁰⁷.

²⁰⁴ M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, cit., 155 ss.

²⁰⁵ R. GISONDI, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. app.*, 2003, 234 ss.

²⁰⁶ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 27 ss.

²⁰⁷ F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 6/ 2012, 1233 ss.

Secondo il comma quinto del medesimo art. 4 del D.lgs. n. 231 del 2002, inoltre, viene previsto che il termine di pagamento ordinario di 30 giorni venga raddoppiato, senza che vi sia la necessità di rispettare le condizioni sopra richiamate, nel caso in cui si tratti di transazioni commerciali in cui il debitore sia un ente che fornisce assistenza sanitaria, e sia stato debitamente riconosciuto a tal fine, o una impresa pubblica tenuta al rispetto dei requisiti di trasparenza *ex* D.lgs. 333/2003²⁰⁸.

Quindi, nella fattispecie in questione, sembrerebbe aversi un termine legale coincidente con il limite massimo di validità di quello convenzionale.

La rigidità del termine di pagamento, inoltre, comporta che, l'impresa pubblica partecipata finanziariamente dallo Stato o l'ente sanitario, possano pattuire diversamente adducendo una delle ragioni giustificative di legge²⁰⁹.

Infine, secondo l'art. 7 comma quarto, allorché debitore sia la pubblica amministrazione, si qualifica nulla la clausola che abbia ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura²¹⁰.

Ciò in quanto, simili clausole, in quanto incidenti sulla decorrenza dei termini di pagamento, potrebbero avere la funzione di mascherare una effettiva deroga ai termini massimi fissati dalla legge²¹¹.

²⁰⁸ G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit., 447 ss.

²⁰⁹ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 28 ss.

²¹⁰ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 29.

²¹¹ G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit., 449 ss.

Occorre rilevare, però, che quando la PA risulterà essere creditrice, si applicherà la regola della derogabilità convenzionale dei termini di pagamento alla base delle transazioni stipulate tra imprese private²¹².

4. Gli interessi moratori e la loro rinunciabilità

Il Decreto legislativo n. 231 del 2002, diversamente da quanto previsto per i rapporti in cui il debitore risulta essere una pubblica amministrazione, riconosce alle imprese, *ex art. 5 comma 1*, la libertà di stabilire convenzionalmente il saggio degli interessi moratori, purché lo stesso non risulti gravemente iniquo per il creditore²¹³.

Pertanto, se non vi è un diverso accordo tra le parti, ovvero se tale accordo prevede un tasso di interessi gravemente iniquo, troveranno applicazione gli interessi legali di mora²¹⁴.

L'art. 7 comma 3 del medesimo Decreto, inoltre, statuisce che la clausola escludente l'applicazione degli interessi di mora si considera gravemente iniqua, senza che venga ammessa la prova contraria²¹⁵. Tale presunzione si qualifica come legale ed assoluta, in quanto stabilita dalla legge e non ammette prova contraria.

La clausola che esclude *ex ante* l'applicazione degli interessi moratori sarà conseguentemente nulla, senza che il debitore possa darne prova contraria²¹⁶.

²¹² R. GISONDI, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., 235 ss.

²¹³ V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 35 ss.

²¹⁴ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, cit., 1159.

²¹⁵ F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 1235 ss.

²¹⁶ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, cit., 1161.

Nonostante la rigidità sottesa alla disciplina degli interessi moratori discendenti dal ritardo nell'adempimento, secondo parte della dottrina, in ossequio ai principi generali dell'ordinamento, sarebbe possibile per il creditore, successivamente alla loro esigibilità, potervi rinunciare²¹⁷.

A sostegno di tale assunto è stato primariamente rilevato come la medesima direttiva 2011/7/UE, al *considerando 16*, statuisce espressamente che essa “*non dovrebbe obbligare un creditore a esigere interessi di mora*”²¹⁸.

Conformemente, non essendo contenuta all'interno del d.lgs. n. 231 del 2002 nessuna indicazione in tal senso, deve ritenersi che il creditore sia libero di scegliere se esigere o meno gli interessi maturati in seguito al ritardo del debitore.

Occorre considerare, infatti, che la regola generale in tema di remissione del debito, contenuta nell'art. 1236 del codice civile, esprimerebbe un principio secondo il quale risulterebbe pienamente legittimo rinunciare agli interessi, a condizione, però, che sia il creditore a comunicare ciò espressamente al debitore²¹⁹.

Si ritiene, dunque, che tale principio non sarebbe stato derogato dall'art. 7 comma 3 del d.lgs. n. 231 del 2002, il quale avrebbe la sola funzione di rafforzare la tutela introdotta a favore del creditore, vietando la rinuncia preventiva agli interessi²²⁰.

In secondo luogo, lo stesso d.lgs. del 2002, sembrerebbe fornire indicazioni coerenti con un'interpretazione non restrittiva dell'autonomia privata in tema di interessi.

²¹⁷ V. CUFFARO, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in V. Cuffaro (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, 229 ss.

²¹⁸ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 42 ss.

²¹⁹ A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., 133 ss.

²²⁰ Cass., sez. trib., 29 agosto 2001 n. 11329, in *Rass. trib.*, 2002, 1325 ss.; Cass., sez. I, 8 febbraio 2013, n. 3064, in *Foro it.*, 2013, 1232, la quale statuisce l'invalidità della sola rinuncia preventiva.

L'art. 7, comma 3, infatti, statuendo che la clausola che esclude preventivamente l'applicazione di interessi di mora si presume gravemente iniqua, parrebbe, allo stesso modo, consentire, o perlomeno non escludere, la loro "rinunciabilità" a posteriori²²¹.

Occorre, inoltre, tenere presente che il diritto agli interessi si qualifica come diritto di credito e, come tale, risulta essere pienamente disponibile e suscettibile di essere oggetto di volontaria rinuncia da parte del creditore²²².

La rinunciabilità successiva degli interessi non sembrerebbe, oltretutto, porsi in contraddizione con la finalità di tutela rafforzata del creditore sottesa alla stessa disciplina sui ritardi di pagamento.

Infatti, sarebbe eccessivamente statica l'interpretazione che considerasse l'atto della rinuncia degli interessi sempre e comunque sfavorevole al creditore²²³.

A fronte della remissione volontaria del debito, da parte del creditore, potrebbe, pertanto, configurarsi un proprio vantaggio patrimoniale, di natura corrispettiva, da valutare nel medio - lungo periodo e nel quadro dell'intera operazione commerciale e del contesto all'interno del quale essa viene realizzata²²⁴.

5. Nozione di "grave iniquità", criteri di valutazione e rimedi

²²¹ A sostegno di questa ricostruzione potrebbe richiamarsi, Cass., sez. I, 10 ottobre 2007 n. 22842, in *Foro it.*, 2007, 1123, che si occupa della legittimità della rinuncia degli interessi nel settore degli appalti pubblici, ammettendo, anche in tale ambito, la possibilità di una rinuncia successiva.

²²² F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 41 ss.

²²³ Ad esempio, Cass., sez. III, 29 gennaio 1996 n. 683, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1440 ss., si riferisce alla rinuncia, contenuta nella convenzione stipulata in sede di conciliazione, a domandare la restituzione di somme pagate in eccedenza a titolo di canone.

²²⁴ Tale argomentazione risulta essere confermata da alcune pronunce giurisprudenziali. In particolare, secondo Cass., sez. II, 30 luglio 2002 n. 2695, in *Foro it.*, 2002, 1235, la rinuncia del credito può rivestire una convenienza economica per il creditore.

La libertà delle parti di derogare alla disciplina legale introdotta in materia di ritardi di pagamento, incontra un limite nelle previsioni di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 231 del 2002²²⁵.

Tale articolo, infatti, vieta, sanzionandole con la nullità, le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento dei costi di recupero, che risultino gravemente inique in danno per il creditore.

In virtù della necessità di interpretare la disciplina italiana in senso conforme alla direttiva europea, si ritiene che la grave iniquità delle clausole derogatorie sia riconducibile ad una ipotesi di abuso di autonomia contrattuale, da intendersi come lo sfruttamento, da parte del debitore, della posizione di debolezza del creditore²²⁶.

L'iniquità *ex art. 7*, comma 1, deve essere necessariamente “grave”: situazioni di iniquità “non grave”, dunque, in quanto ordinarie nella pratica degli affari, devono ritenersi pienamente tollerate²²⁷.

Occorre, quindi, che le clausole derogatorie, non solo debbano risultare prive di giustificazione, ma, altresì, arrecare un danno significativo al creditore.

Risultando la nozione di “grave iniquità” connotata da un certo grado di vaghezza, il medesimo art. 7, al comma 2, individua dei parametri in base ai quali valutare, caso per caso, se il comportamento, di uno dei contraenti, possa qualificarsi abusivo²²⁸.

²²⁵ A. FINESI, *Sub art. 3, d.lgs. n. 231 /2002*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231)*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 506 ss.

²²⁶ A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., 134 ss.

²²⁷ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, cit., 39 ss.; A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, cit., 134 ss.

²²⁸ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 42 ss.

In particolare, viene richiesto al giudice di tenere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto “ *tra cui il grave discostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza , la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l’esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all’importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero*”²²⁹.

Per quanto riguarda il primo criterio previsto dall’art. 7 d.lgs. n.231 del 2002, occorre precisare che per prassi commerciale debba intendersi, sia quella generalmente seguita nel settore all’interno del quale la transazione si colloca, sia quella specificatamente utilizzata dai contraenti nei loro rapporti commerciali²³⁰.

Per poter rilevare, lo scostamento dalla prassi commerciale, deve essere necessariamente “*grave*” e non porsi in contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

Ciò si spiega in quanto, se qualsiasi prassi commerciale, solo perché consolidata, fosse in grado di giustificare una deroga alla disciplina legale, la normativa sui ritardi di pagamento rischierebbe di non raggiungere gli scopi per i quali essa è stata emanata²³¹.

Ne conseguirà che, al fine di escludere l’iniquità di tale deroga, non potrà ritenersi sufficiente il semplice adeguamento ad una prassi commerciale vigente e consolidata, potendo, infatti, trattarsi di una prassi

²²⁹ A.M. BENEDETTI, *L’abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., 130 ss.

²³⁰ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l’attuazione della disciplina comunitaria*, cit., 1161 ss.

²³¹ A. D’ADDA, *La correzione del ‘contratto abusivo’: regole dispositive in funzione ‘conformativa’ ovvero una nuova stagione per l’equità giudiziale?*, in A. Bellavista – A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 345 ss.

applicata unicamente in ragione dello sfruttamento della maggiore forza contrattuale facente capo al debitore in danno al creditore²³².

Ulteriore parametro, interno allo specifico affare, rilevante ai fini del giudizio inerente alla grave iniquità, risulta essere, poi, quello riguardante la natura della merce o del servizio oggetto del contratto²³³.

Infine, come precedentemente rilevato, il medesimo articolo fa, altresì, riferimento al criterio dell' "*esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero*" .

Tali "*motivi*", secondo la dottrina, consisterebbero in circostanze di fatto, diverse dalla prassi commerciale e dalla natura della merce o dei servizi²³⁴, idonei a rappresentare una giustificazione razionale alla deroga posta in essere alla disciplina legale²³⁵.

Occorre, inoltre, rilevare come la locuzione "*tutte le circostanze del caso*"²³⁶, che precede l'elencazione degli specifici criteri enunciati, si presterebbe a lasciare spazio all'utilizzazione di ulteriori parametri non elencati dal medesimo articolo²³⁷.

Essa, inoltre, comporterà che, ai fini del sindacato di grave iniquità, la singola previsione contrattuale dovrà essere valutata tenendo conto

²³² S. ZORZETTO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1056 ss.

²³³ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, cit., 1164 ss.

²³⁴ A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., 138 ss.

²³⁵ V. CUFFARO, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, cit., 232 ss.

²³⁶ A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, cit., 348 ss.

²³⁷ S. ZORZETTO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, cit., 1057 ss.

dell'intero regolamento contrattuale all'interno del quale viene a collocarsi²³⁸.

Un criterio aggiuntivo, non richiamato dall'art. 7 in questione, ma deducibile implicitamente dal *considerando 28* della direttiva n. 7/2011, sembrerebbe essere quello della presenza di una clausola relativa al termine di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero, che abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore²³⁹.

In realtà²⁴⁰, però, si ritiene che, il procacciamento di una maggiore liquidità a danno del creditore, non possa considerarsi quale indice autonomo di abuso della libertà contrattuale, risultando, piuttosto, una specificazione della generale nozione di grave iniquità *ex art. 7* primo comma del d.lgs. n. 192 del 2012.

Da ultimo si evidenzia come, il previgente art. 7 comma 2, recependo il *considerando 19* della direttiva n. 35/2000, prevedesse, come ulteriori ipotesi di grave iniquità, determinate fattispecie desunte dalla disciplina dedicata alla subfornitura²⁴¹.

Previsione, quest'ultima, venuta meno con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 192 del 2012²⁴².

Secondo quanto statuito dal medesimo art. 7 comma 1, le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento dei costi di recupero, che risultino gravemente inique in

²³⁸ F. BARTOLINI- A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA- S. PAGLIANTINI- T. PASQUINO, *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 54 ss.

²³⁹ V. CUFFARO, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, cit., 232 ss.

²⁴⁰ F. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, cit., 1162 ss.

²⁴¹ F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 1237 ss.

²⁴² F. PASQUINO, *D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, nel Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Utet, Torino, 2013, 684.

danno del creditore, sono nulle con conseguente applicazione degli articoli 1339 e 1419, comma 2, del codice civile²⁴³.

Da tale richiamo esplicito, fatto alla disciplina codicistica, ne deriverà che le clausole in questione verranno automaticamente sostituite da quelle legali e che la nullità della singola clausola non comporterà quella dell'intero contratto, a meno che non sia stata determinante ai fini della conclusione dello stesso²⁴⁴.

Il precedente testo normativo consentiva di configurare l'inefficacia della clausola come nullità di protezione²⁴⁵, posta a favore dell'impresa creditrice, in quanto considerata parte debole²⁴⁶, rilevabile d'ufficio nell'interesse esclusivo del creditore.

Il profilo maggiormente problematico riguardava, però, l'eccessivo potere di controllo che veniva attribuito al giudice, legittimato a sindacare, non soltanto lo squilibrio della contrattazione, ma anche la ragionevolezza delle scelte adottate, fino ad essere in grado di porre in essere un'attività di correzione e integrazione del regolamento contrattuale²⁴⁷.

²⁴³ M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Cedam, Padova, 2004, 93 ss.

²⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 472 ss.

²⁴⁵ In tema di nullità di protezione, C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 7; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2007, 145 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008, 816 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* a cura di G. Roppo, IV. *Rimedi* a cura di G. Gentilini, Giuffrè, Milano, 2006, 155 ss.; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1098; M. PASSAGNOLI, *Nullità di protezione*, in *Codice del consumo* a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2007, 370 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010, 122 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Esi, Napoli, 2002, 134; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.; G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Esi, Napoli, 2012, 27 ss.

²⁴⁶ G. GENTILINI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77, secondo il quale la nullità di protezione non può qualificarsi come categoria unitaria se non nella misura in cui è un genere comune che accoglie però diverse specie e, quindi, discipline diversificate.

A seguito della novella *ex d.lgs. n.192 del 2012* è, però, venuto meno tale ultimo aspetto e, conseguentemente, è stata anche rivista la possibilità di configurare una forma d'invalidità quale la nullità di protezione.

Occorre al riguardo rilevare come, in realtà, anche sotto la vigenza del vecchio testo normativo, vi era qualche perplessità in riferimento alla possibilità di parlare, in quel determinato contesto, di nullità di protezione²⁴⁸.

La principale perplessità era, infatti, data dal fatto che tale tipologia di invalidità dovesse essere condizionata al perseguimento dell'interesse del contraente debole; invece, la formula prescelta dal legislatore del 2002, non era quella di richiamare la contrarietà dell'interesse del creditore ma, piuttosto, *“l'iniquità in danno al creditore”*.

L'interpretazione maggioritaria, al contrario, aveva accolto la ricostruzione dell'invalidità, delle clausole pattuite in danno al creditore, come vera e propria nullità di protezione, seguendo una tesi suffragata da una lettura sistematica con le disposizioni in tema di subfornitura e di clausole vessatorie.

Secondo tale orientamento, pertanto, veniva introdotta, nel nostro ordinamento, un'ipotesi di nullità di protezione c.d. virtuale, in quanto sanzione per un accordo stipulato in violazione di una norma imperativa finalizzata a tutelare il contraente debole, rilevabile solo dalla parte protetta o dal giudice nell'interesse di quest'ultima.

Con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 192 del 2012²⁴⁹, nell'ambito dell'art. 7 è stata prevista una ipotesi di nullità testuale parziale,

²⁴⁸ Sul dibattito *ante* riforma, la disamina critica più dettagliata si legge nell'attento studio di M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., 45 ss.

²⁴⁹ Di fronte, soprattutto, al mancato raggiungimento dei risultati prefissati dalla disciplina sui ritardi di pagamento della pubblica amministrazione, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione

attraverso il richiamo espresso agli articoli 1339 e 1419 del codice civile, con conseguente scomparsa della nullità di protezione virtuale²⁵⁰.

Come precedentemente rilevato, nel testo *ante riforma* veniva superato il dogma dell'intangibilità del contratto, mediante la previsione di un potere integrativo da parte del giudice, tendente a riportare ad equità l'accordo intervenuto tra le imprese²⁵¹.

Tale potere si giustificava in quanto finalizzato a tutelare, non tanto l'interesse della piccola o media impresa creditrice, quanto, piuttosto, l'esigenza di assicurare tempi certi ed uniformi ai pagamenti transnazionali all'interno del mercato europeo²⁵².

L'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2002, nella sua formulazione originaria, infatti, assegnava al giudice la facoltà di ricostruire il regolamento contrattuale, integrando così la lacuna che si veniva a creare dalla declaratoria di nullità della clausola derogatoria sui termini di pagamento²⁵³.

Nello specifico, l'attività del giudice si basava su due alternative, rimesse alla sua discrezionalità: applicare i termini legali o ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo²⁵⁴.

Europea sono stati costretti ad intervenire nuovamente, a distanza di pochi anni, ed hanno approvato la direttiva n. 2011/17/UE che è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 231. In realtà, anche tale secondo intervento normativo, ha, purtroppo, lasciato aperti vari problemi. Cfr., G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, cit., 449.

²⁵⁰ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d.lgs. 9 novembre 2012, n.192*, cit., 135 ss.

²⁵¹ A.M. BENEDETTI, P. CANEPA, M. GRONDONA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Giappichelli, Torino, 2003, 61 ss.

²⁵² F. DI MARZIO, *Direttiva europea 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. amm.*, 2011, n.3-4, 177.

²⁵³ Scelta molto criticata perché, sostanzialmente, ha determinato un recepimento "sbilanciato" della direttiva: si veda sul punto, V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, 349 ss.

²⁵⁴ C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 439 ss.

Con la novella del 2012 è, quindi, venuta meno una delle più rilevanti ed incisive forme di intervento equitativo del giudice.

La scelta del legislatore è stata quella secondo la quale, il giudice, dichiarata la nullità parziale²⁵⁵ della clausola che pattuisce un iniquo termine di pagamento, la debba sostituire facendo riferimento al termine legalmente determinato, senza avere più la possibilità di ricondurre ad equità il regolamento contrattuale.

Occorre al riguardo rilevare come, parte della dottrina, sostiene che l'art. 7, I comma, del d.lgs. n.231 del 2002, nella versione riformata dal d.lgs. n.192 del 2012, a dispetto dell'apparente tenore letterale, continui ad annoverare un sindacato giudiziale oscillante tra un'applicazione dei termini legali e ed una riconduzione ad equità dell'accordo nullo in quanto gravemente iniquo²⁵⁶.

Il giudice, pertanto, potrebbe non applicare i termini legali se motivi oggettivi giustificano un discostamento da questi e sarà legittimato, quindi, a ricondurre la deroga "entro i limiti del non abuso"²⁵⁷.

Tale opportunità concessa al giudice è stata fortemente criticata, soprattutto da parte della Corte di Giustizia²⁵⁸, secondo la quale il giudice nazionale dovrebbe limitarsi semplicemente ad escludere

²⁵⁵ F. PASQUINO, *D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192)*, cit., 691.

Il richiamo all'art. 1419, secondo comma, c.c. serve ovviamente ad escludere che la nullità della singola clausola, sul termine di pagamento, possa comportare la nullità dell'intero contratto. Sul punto, G. PATTI- S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, ne *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1993, 268 ss.

²⁵⁶ Secondo tale orientamento dottrinale, dunque, sopravviverebbe in capo al giudice il potere di individuare, sulla base di circostanze oggettivamente apprezzabili, un termine di pagamento diverso da quello legale, assegnando così al richiamo fatto agli articoli 1339 e 1419 del codice civile un significato puramente atecnico.

²⁵⁷ F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 701.

²⁵⁸ *Corte Giust.*, 14 giugno 2012, n. C-618/ 2010, *Banco Espanol de Credito C. J.C.C.*, in *Contratti*, 2013, 16, con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*.

l'applicazione della clausola abusiva, senza intraprendere alcuna operazione ricostruttiva che potrebbe, oltretutto, rilevarsi dannosa²⁵⁹.

Inoltre, l'ipotizzata resurrezione della riduzione ad equità, secondo una parte della dottrina, rischierebbe di tradire il senso della direttiva 2011/7/UE che aveva fatto scomparire il potere del giudice di riportare il contratto ad equità previsto espressamente, invece, dalla direttiva 2000/35/CE²⁶⁰.

Occorre, infine, rilevare come l'art. 8 del D.lgs. 231 del 2002, come modificato dal D.lgs. del 9 novembre 2012 n. 192, abbia riconosciuto alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi, nel caso in cui vengano utilizzate condizioni generali di contratto contenenti clausole gravemente inique in materia di termini e ritardi di pagamento²⁶¹.

Nello specifico, la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi prevista dall'art. 8 del Decreto in questione si sostanzia nella richiesta al giudice competente di accertare la grave iniquità delle predette condizioni generali e di inibirne l'uso²⁶².

Viene, poi, riconosciuto al giudice il potere di adottare misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi derivanti dalle violazioni accertate, nonché di ordinare la pubblicazione del relativo provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale,

²⁵⁹ F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, S. PAGLIANTINI, T. PASQUINO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 103.

²⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 1, 12 ss.

²⁶¹ F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, S. PAGLIANTINI, T. PASQUINO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 103.

²⁶² F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 1237 ss.

nell'ipotesi in cui anch'essa possa contribuire a correggere o ad eliminare gli effetti in questione.

Accanto all'inibitoria ordinaria, il d.lgs. n. 231 del 2002, configura, inoltre, un'inibitoria cautelare che può essere concessa, secondo quanto statuito dall'art. 8 comma 2, quando ricorrono motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile²⁶³.

Occorre dire che, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, l'inciso "*giusti motivi d'urgenza*" andrebbe valutato in relazione ad elementi di carattere quantitativo, quali la natura, le dimensioni, l'importanza dell'attività imprenditoriale coinvolta e l'impiego realmente diffuso delle condizioni generali incriminate²⁶⁴.

Ai sensi del medesimo articolo 8, al suo ultimo comma, viene infine statuito che "*In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da Euro 500 a Euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto*"²⁶⁵.

Tale previsione è stata qualificata, da alcuna parte della dottrina²⁶⁶, come un'ipotesi tipizzata di danno punitivo.

La responsabilità civile, all'interno del nostro ordinamento, ha generalmente, infatti, funzione riparatoria²⁶⁷.

Tale natura della responsabilità civile ha da sempre costituito un ostacolo al riconoscimento, all'interno del nostro sistema giuridico, dei

²⁶³ A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, cit., 133 ss.

²⁶⁴ C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., 443 ss.

²⁶⁵ F. PASQUINO, *D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192)*, cit., 691ss.

²⁶⁶ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, a cura di G. Alpa e R. Garofoli, VII, Nel diritto, 2016, 2410 ss.

²⁶⁷ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 483 ss.

danni punitivi, la cui *ratio*, invece, risulta essere prettamente sanzionatoria.

Salvo, infatti, le ipotesi legalmente tipizzate, tra le quali vi sarebbe, appunto, la condanna al pagamento di una somma di denaro *ex art. 8* del d.lgs. n. 231 del 2002, al giudice italiano sarebbero preclusi poteri meramente punitivi in quanto incompatibili con l'ordine pubblico nazionale.

La Corte di Giustizia Europea²⁶⁸ ha più volte preso posizione in merito all'istituto dei *punitive damages*.

A parer di quest'ultima, infatti, pur spettando agli Stati il compito di stabilire i criteri di determinazione dell'entità del risarcimento del danno, in ogni caso va sempre garantito il rispetto dei principi di effettività o di equivalenza, allo scopo di evitare un arricchimento senza causa degli aventi diritto.

Sicché, anche per l'ordinamento europeo, i danni punitivi, caratterizzati dalla sproporzione tra l'ammontare del risarcimento e il danno subito, sono da qualificare come contrari ai principi che caratterizzano il sistema.

Recentemente la questione si è riproposta in riferimento alla nuova funzione dissuasivo-preventiva che si vuole riconoscere alla responsabilità civile nel processo di tutela e protezione degli interessi umani.

Occorre, al riguardo, fare menzione a quella dottrina che ha ravvisato, in riferimento ai danni punitivi, la necessità di ampliare la visuale non

²⁶⁸ *Corte giust.*, 13 luglio 2006, cause riunite da C 295-298/04, *Manfredi C. Soc. Lloyd Adriatico assicur. e altro*, in *Guida al diritto*, 2006, 30, 100, con nota di BUQUICCHIO.

guardando unicamente alle regole di responsabilità ma anche alla condotta²⁶⁹.

In particolare, l'incidenza della condotta lesiva sugli interessi generali facenti capo all'ordinamento giuridico costituisce il metro di valutazione attribuito al legislatore per l'individuazione delle tecniche rimediali utilizzabili.

All'ordinamento giuridico, infatti, spetta il duplice compito sia di tutelare la vittima, sia di impedire per il futuro il verificarsi di fatti analoghi: a tale compito sarebbe, pertanto, idoneo il danno punitivo²⁷⁰.

Quest'ultimo, infatti, al pari di altre tecniche di tutela preventive, si presterebbe a svolgere una funzione punitiva per il comportamento già realizzatosi e produttivo di danni e una deterrente per quanto concerne il prodursi di ulteriori ed analoghi illeciti.

Occorre al riguardo rilevare come, da ultimo, a seguito di una ordinanza, è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷¹ la questione della compatibilità dei danni punitivi con i principi presenti all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Tale ordinanza, infatti, particolarmente innovativa, mette in luce la presenza di un'apertura a favore di rimedi risarcitori con funzione non prettamente riparatoria ma, prevalentemente, sanzionatoria, il cui dato positivo ,maggiormente esemplificativo in tal senso, risulta, appunto, essere la previsione di cui all'art. 8 del d.lgs. n.231 del 2002.

²⁶⁹ V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 676 ss.

²⁷⁰ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 43 ss.

²⁷¹ Cass., sez. I, ordinanza del 16 maggio 2016 n. 9978, in *Foro it.*, 2016, 3445.

CAPITOLO IV

Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica

Sommario: 1. Il contratto di subfornitura e la dipendenza economica. – 2. L'abuso di dipendenza economica. - 3. L'abuso di dipendenza economica negli ordinamenti stranieri. - 4. L'abuso di dipendenza economica nei contratti di *franchising*.

1. Il contratto di subfornitura e la dipendenza economica

La legge n. 192 del 18 giugno del 1998, intitolata “*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*”, definisce all'art. 1 il contratto di subfornitura.

Subfornitore si qualifica, infatti, colui che si impegna ad effettuare, per conto di una impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima, o a fornire prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o, comunque, ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica della committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente²⁷².

La nozione di subfornitura comprende, quindi, due distinte ipotesi, l'una riferita alla lavorazione dei prodotti e l'altra alla fornitura di beni e servizi²⁷³.

²⁷² C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 399.

²⁷³ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Cedam, Padova, 1999, 45 ss.

Entrambe le tipologie si caratterizzano per la “subordinazione imprenditoriale” del subfornitore al committente che si estrinseca nella circostanza secondo la quale l’attività del subfornitore deve necessariamente conformarsi alle specifiche esigenze del committente, divenendo, conseguentemente, insuscettibile di essere immessa nel mercato della concorrenza²⁷⁴.

Tale disciplina del 1998, dunque, tutela il subfornitore, da un lato, garantendo l’equilibrio sostanziale delle posizioni dei contraenti e dall’altro, assicura il puntuale adempimento degli obblighi del committente²⁷⁵.

Vengono prescritte regole sulla forma del relativo contratto, sul contenuto e sui termini di pagamento e viene sancita la nullità di determinate clausole di tipo vessatorio²⁷⁶.

Secondo l’opinione della dottrina maggioritaria, la previsione normativa di due distinti oggetti della subfornitura, confermerebbe che essa non si qualifica come un “particolare” tipo contrattuale ma, piuttosto, come un tipo contrattuale “generale”, in cui possono, di volta in volta, rientrare i vari tipi di contratto.

La subfornitura verrebbe, dunque, a porsi con carattere di trasversalità rispetto ai tipi negoziali utilizzati nella pratica per la realizzazione di operazioni economiche riconducibili nell’ambito della definizione normativa in questione²⁷⁷.

La ricorrenza della fattispecie della subfornitura implicherà, pertanto, l’applicazione della relativa disciplina e, insieme, quella attinente al tipo

²⁷⁴ R. LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, in *Dig. Discipline priv., Sez. comm.*, XI, 238.

²⁷⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 400.

²⁷⁶ A. BARBA, *La subfornitura nelle attività produttive*, Jovene, Napoli, 1998, 313 ss.

²⁷⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 402.

contrattuale che, comunque, si richiede non contrasti con quella della subfornitura²⁷⁸.

L'intendimento della subfornitura quale tipo contrattuale "generale", porta alla conseguenza che essa non potrà identificarsi né nel subappalto²⁷⁹, né potrà ascrivere alla categoria del subcontracto.

Per quanto riguarda, in particolare, il subcontracto, esso, infatti, presuppone un contratto principale (c.d. contratto-base), al contrario della subfornitura che potrà esaurirsi unicamente nel rapporto con il committente senza che quest'ultimo sia, a sua volta, parte di un altro contratto.

Deve, tuttavia, ammettersi la possibilità che la subfornitura possa dar luogo ad un subcontracto ed un espresso riscontro in tal senso è fornito dalla previsione di cui all'art. 4 della l. 192/98 che espressamente si riferisce alla sub- subfornitura²⁸⁰.

Occorre a tal proposito rilevare come la frequente probabilità che la subfornitura possa far seguito ad un contratto-base, ha fatto sorgere il problema di un accostamento alla figura del collegamento negoziale²⁸¹.

In realtà, però, il collegamento contrattuale si connota per l'interdipendenza dei relativi rapporti, la quale trova ragione nella connessione funzionale tra i contratti necessari per realizzare un programma unitario.

Al contrario, nell'ipotesi di subcontracto, non sarebbe ravvisabile una connessione funzionale in quanto mancherebbe una causa comune²⁸².

²⁷⁸ Vedi, tra gli altri, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., 11.

²⁷⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 403, dove viene, infatti, precisato che il subappalto si qualifica come uno dei vari tipi contrattuali in cui può riscontrarsi la fattispecie della subfornitura.

²⁸⁰ A. BARBA, *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., 123.

²⁸¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 404.

²⁸² V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1999, 110 ss.

Ciò non escluderebbe un collegamento volontario, ma a tal fine occorrerebbe uno specifico intento negoziale in tal senso²⁸³.

Particolarmente rilevante nella disciplina dello schema generale della subfornitura è l'abuso di dipendenza economica²⁸⁴.

Più dettagliatamente, la subfornitura costituisce una tipica situazione di dipendenza economica in quanto l'attività del subfornitore è organizzata in funzione delle specifiche esigenze del committente e le prestazioni destinate a quest'ultimo, di conseguenza, non hanno possibilità di avere altri sbocchi nel mercato²⁸⁵.

Lo stato di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 9 comma I della legge sulla subfornitura, rileva quando vi è la possibilità, per l'impresa dominante, di determinare nei rapporti commerciali con la controparte un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi, tenendo anche conto della reale possibilità, per l'impresa dipendente, di reperire sul mercato alternative altrettanto soddisfacenti²⁸⁶.

Il secondo comma della medesima disposizione riporta un elenco di ipotesi esemplificative di "abuso" di dipendenza economica che attengono al rifiuto di vendere o di comprare, all'imposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie e all'interruzione volontaria delle relazioni commerciali in atto²⁸⁷.

La prima ipotesi è stata interpretata dalla dottrina come il rifiuto di intrattenere rapporti commerciali con un'impresa cliente o fornitrice.

Tale norma avrebbe permesso di compensare una lacuna ordinamentale, rilevata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che

²⁸³ D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Esi, Napoli, 2000, 23 ss.

²⁸⁴ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, Esi, Napoli, 2002, 35 ss.

²⁸⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 404.

²⁸⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, cit., 404.

²⁸⁷ S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002, 457.

invocava l'interpretazione estensiva dell'art. 2597 c.c., in tema di obbligo a contrarre per il monopolista legale, a tutti i casi in cui si fosse ravvisata una posizione di privilegio a favore di una parte contrattuale, dalla quale fosse disceso per la controparte, l'impossibilità di trovare alternative soddisfacenti sul mercato²⁸⁸.

Per quanto attiene all'ipotesi di imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie, la dottrina l'ha qualificata come "abuso di sfruttamento", in cui l'impresa più forte costringe la controparte "dipendente" a trasferire o a rinunciare ad utilità economiche²⁸⁹.

Infine, in riferimento all'interruzione volontaria delle relazioni commerciali in atto, essa può consistere nella disdetta del contratto a tempo determinato, in comportamenti dilatori tenuti nel corso delle trattative o in inadempimenti contrattuali²⁹⁰.

In riferimento ai rimedi, l'art. 9 comma III, prevede la tutela aquiliana, la nullità di protezione e l'inibitoria.

Una delle questioni maggiormente dibattute in dottrina e, soltanto di recente, delineato quasi in maniera definitiva dalla giurisprudenza, attiene all'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica *ex art. 9 l. 192/98*²⁹¹.

Il I comma della disposizione medesima ha, infatti, sin da subito lasciato spazio ad interpretazioni discordanti circa la sua applicazione ai

²⁸⁸ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 428 ss.

²⁸⁹ A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, 2179.

²⁹⁰ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 428 ss.

²⁹¹ G. ALPA - A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura: commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, Milano, 1999, 46 ss.

soli contratti di subfornitura, oppure, secondo l'interpretazione estensiva, a tutti i contratti stipulati tra imprese²⁹².

Secondo l'orientamento dottrinale o giurisprudenziale maggioritario, la circostanza secondo la quale la norma in questione farebbe riferimento all'impresa "cliente" e non vi sarebbe alcun riferimento puntuale al contratto di subfornitura, costituirebbero un argomento più che convincente per poter considerare l'abuso della dipendenza economica una clausola generale dell'ordinamento giuridico da potere applicare a qualsiasi contratto tra imprese caratterizzato da un regolamento asimmetrico²⁹³.

Di contro, l'orientamento oggi minoritario, ritiene applicabile il divieto di abuso di dipendenza economica ai soli contratti di subfornitura in quanto tale norma è inserita nell'ambito di una specifica norma di settore, qual'è quella disciplinante il contratto in questione.

Inoltre, secondo tale minoritario orientamento, un'applicazione estensiva della norma di cui all'art. 9 causerebbe un'inammissibile disparità di tutela tra consumatore e imprenditore debole a favore di quest'ultimo²⁹⁴.

2. L'abuso di dipendenza economica

I comportamenti vessatori posti in essere da uno dei contraenti nei confronti dell'altro, siano essi imprese o meno, costituiscono esplicitazione del c.d. abuso del diritto²⁹⁵.

²⁹²S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 457.

²⁹³In giurisprudenza, ad esempio, Cass., sez. III, 18 settembre 2009 n. 20106, in *Foro it.*, 2009, 554.

²⁹⁴Trib. Bari ord. 11 ottobre 2004 n.1122, in *Foro it.*, 2004, 669.

²⁹⁵F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 663 ss.

Il legislatore del '42 non ha previsto una norma specifica che vieti al titolare l'abuso della posizione soggettiva riconosciutagli dall'ordinamento²⁹⁶.

In realtà, tale tipologia di divieto era previsto nel progetto del codice italo-francese delle obbligazioni e nel progetto definitivo del codice civile del 1942, il cui art.7 sanciva che “*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto*”²⁹⁷.

La norma sull'abuso è stata successivamente eliminata dal testo e ciò, probabilmente, al fine di non inficiare il primario principio della certezza del diritto.

Si pose, di conseguenza, sin da subito la questione se si potesse considerare vigente, pur in assenza di una previsione normativa espressa, un principio generale, all'interno del nostro ordinamento, secondo il quale un diritto non può essere esercitato per finalità che eccedono i limiti stabiliti dalla legge²⁹⁸.

Un orientamento giurisprudenziale e dottrinale, fedele al brocardo *qui suo iure utitur neminem laedit*, affermò che l'abuso del diritto si potesse configurare unicamente nei casi stabiliti dalla legge, in quanto, nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, manca un principio generale che lo preveda²⁹⁹.

Diversamente, l'orientamento più recente della dottrina e della giurisprudenza ha ammesso l'esistenza, nel nostro sistema giuridico, del principio generale del divieto di abuso del diritto, inteso quale categoria

²⁹⁶ V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963, 63.

²⁹⁷ P. RESCIGNO, *L'abuso de diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 68ss.; G. GROSSO, *Abuso del diritto (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 161 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 26.

²⁹⁸ M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Giappichelli, Torino, 1957, 95 ss.

²⁹⁹ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 123 ss.

generale nella quale rientra ogni ipotesi in cui un diritto cessa di ricevere tutela, in quanto esercitato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge³⁰⁰.

Nello specifico, il principio in questione comporta il divieto di esercizio o di rivendicazione giudiziale di un diritto che, in astratto, spetta effettivamente a chi lo esercita o lo rivendica ma, in concreto, non comporta alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela giuridica a favore di costui, realizzando, piuttosto, un danno nella sfera giuridica di un altro soggetto, contro il quale esso viene esercitato o rivendicato proprio per tale esclusivo fine³⁰¹.

Nell'ambito dell'orientamento favorevole al riconoscimento di una categoria generale dell'abuso del diritto, la dottrina e la giurisprudenza si sono divise circa l'individuazione della fonte di tale principio.

Mentre, dunque, l'orientamento tradizionale individuava il fondamento normativo dell'abuso del diritto nella disciplina dedicata agli atti emulativi di cui all'art. 833 c.c.³⁰², il quale statuisce che *“il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”*, le teorie più moderne tendono a ricollegare la fonte dell'abuso alla buona fede³⁰³.

L'identificazione tra buona fede e abuso del diritto ha, però, condotto a quella che è stata denominata *“una sorta di retorica dell'appiglio costituzionale”*, nel momento in cui *“si faccia strada l'esigenza di fondare soluzioni concrete di questioni insorte nell'ambito dei rapporti commerciali ancorandosi ai valori costituzionali (a cominciare*

³⁰⁰ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 105 ss., il quale ritiene che la figura dell'*aemulatio* rappresenti il nucleo concettuale di partenza della categoria dell'abuso del diritto.

³⁰¹ G. CHINÈ- M. FRATINI- A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., 753.

³⁰² Cass., sez. I, 15 novembre 1960 n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256.

³⁰³ C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *I contratti*, 2012, 5 ss., il quale ricostruisce i rapporti tra buona fede e abuso evidenziando la possibilità di tradurre il divieto di abuso del diritto sul piano del controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, restando, invece, affidata clausola di buona fede la verifica dei comportamenti delle parti del contratto o del rapporto nella prospettiva della lealtà e della solidarietà.

dall'art.2 Cost.) a presidio degli “inderogabili doveri di solidarietà”, di modo che anche la buona fede cosiddetta integrativa (dei doveri in senso conformativo del regolamento contrattuale) abbia il suo suggello nobile”³⁰⁴.

Le previsioni specifiche di tale divieto, come ad esempio l'abuso di dipendenza economica, hanno, quindi, il compito di fornire un efficace apparato sanzionatorio qualora tali situazioni vengano avvertite, dalla coscienza sociale, come intollerabili per il corretto funzionamento del mercato³⁰⁵.

Sono molteplici, infatti, i comportamenti vessatori concernenti i rapporti tra imprese che vengono qualificati come ipotesi di “abuso di mercato”, quale *species* dell'abuso del diritto in senso proprio.

Le imprese contraenti, infatti, versano in una situazione di razionalità limitata, in quanto ad esse risulta impossibile determinare le regole più appropriate per governare la loro relazione economica, vista l'assenza di una valutazione completa della situazione di fatto³⁰⁶.

All'interno di tale quadro appena prospettato, si inseriscono, inoltre, i comportamenti opportunistici, i quali consistono, spesso, nell'indurre l'altro contraente ad accettare condizioni contrattuali ad esso svantaggiose³⁰⁷.

Inoltre, soprattutto nelle relazioni tra imprese in cui una di queste effettua investimenti dotati di un alto grado di specificità, si ravvisa un elevato rischio di abuso posto in essere dall'impresa destinataria di detto investimento.

³⁰⁴ Così F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 686.

³⁰⁵ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 209.

³⁰⁶ A. NICITA - V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2006, 237 ss.

³⁰⁷ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543 ss.

Ai sensi dell'art.9 della l. 192 del 1998 si configura una dipendenza economica allorquando una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti contrattuali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi, avuto anche riguardo alla possibilità concreta di reperire sul mercato alternative soddisfacenti³⁰⁸.

La norma in questione risulta, dunque, finalizzata a reprimere i comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia privata, con riferimento, quindi, all'attività contrattuale o, più in generale, ai rapporti tra imprese operanti in un dato ambito di mercato.

Il legislatore non fornisce, quindi, una vera e propria definizione di dipendenza economica, limitandosi unicamente a descrivere un'ipotesi di abuso lasciando al giudice così al giudice notevole discrezionalità³⁰⁹.

La situazione di debolezza presa in considerazione dalla norma in questione, si caratterizza per essere una posizione di dominio "relativa", in quanto rapportata alla posizione di una parte rispetto ad un'altra nell'ambito di un determinato mercato³¹⁰.

Ciò differenzia l'abuso di dipendenza economica dall'abuso di posizione dominante di cui costituisce una modalità di realizzazione.

Nell'abuso di posizione dominante, sanzionato dall'art. 3 della l. 278/90³¹¹, la posizione di dominio, infatti, rapportandosi al mercato, risulta essere "assoluta".

³⁰⁸ Ritiene che la dipendenza economica possa caratterizzare entrambe le parti del rapporto contrattuale, tra gli altri, V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 403.

³⁰⁹ Evidenzia tale problematica, in particolare, A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, cit., 2179.

³¹⁰ S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 457, secondo il quale l'abuso di posizione dominante prenderebbe in considerazione gli abusi posti in essere nell'ambito dei rapporti orizzontali tra imprese, mentre l'abuso di dipendenza economica si riferirebbe agli abusi relativi ai rapporti ai rapporti verticali.

³¹¹ La legge n.387/90 non fornisce alcuna definizione di abuso o di sfruttamento abusivo. Sulle differenti ipotesi di abuso si rimanda a S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001,199 ss.

Dall'art. 9 della l. 192 del 1998 si evince come, l'unico criterio delineato per valutare la presenza di una dipendenza economica, a danno dell'impresa più debole, sia quello della presenza, all'interno del mercato, di alternative soddisfacenti.

Nello specifico, la dipendenza economica potrebbe essere esclusa non riscontrando semplicemente l'astratta sussistenza di alternative sul mercato, ma soltanto laddove fosse possibile ravvisare la presenza di alternative che siano idonee a soddisfare l'interesse della parte³¹².

Secondo la dottrina, la mancanza di alternative, rilevante ai sensi dell'art. 9, potrebbe derivare da circostanze oggettive, quali, ad esempio, la presenza all'interno del mercato di una impresa monopolista o comunque in posizione dominante, e da circostanze soggettive³¹³.

In riferimento alle ultime, significativo è il caso in cui un'impresa si sia strutturata per rispondere alle specifiche esigenze di un'unica impresa (c.d. situazione di dipendenza economica "relativa")³¹⁴.

In particolare, quindi, si dovrà verificare l'esistenza, nel caso concreto, di alternative compatibili con l'assetto produttivo e commerciale che la medesima impresa si sia data nel tempo, tenendo anche conto dell'entità del rischio di conversione di tale attività³¹⁵.

Sebbene, però, il legislatore abbia indicato espressamente, al fine di verificare una situazione di dipendenza economica, soltanto il criterio

³¹² Le alternative devono essere "reali", cioè non devono essere mere possibilità ipotetiche ed astratte. Devono, inoltre, essere "soddisfacenti", ovvero devono tendere alla realizzazione dell'interesse dell'imprenditore. In questo senso, Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2002, 766.

³¹³ C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, 2184.

³¹⁴ L. PRATI- A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1999, 159, sottolineano la presenza di ulteriori elementi per valutare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica "relativa", come, ad esempio, la pattuizione di esclusive contrattuali o di minimi di acquisto particolarmente elevati che limitino la possibilità per l'impresa di sviluppare nuova clientela.

³¹⁵ G. CERIDONO, *I contratti di distribuzione*, in *Tratt. di dir. priv. eur.*, a cura di N. Lipari, IV, 398, il quale analizza, nello specifico, il tema degli investimenti non recuperabili, ovvero quelle attrezzature specifiche per far fronte alle competenze specifiche particolari quali prestazioni che derivano dalla stipula del contratto con l'impresa committente.

delle alternative soddisfacenti nel mercato, risulta preferibile far riferimento anche ad altri indici presuntivi, quali, ad esempio, un controllo societario o una dipendenza tecnologica³¹⁶.

Spetterà, in ogni caso, successivamente al giudice valutare in concreto la sussistenza di una dipendenza economica evitando di tutelare eccessivamente l'impresa debole qualora la situazione in questione sia addebitabile anche ad una negligenza di quest'ultima³¹⁷.

L'art. 9 della l. n. 192 del 1998 indica poi, in maniera del tutto esemplificativa, alcune ipotesi di dipendenza economica.

Tra queste fa riferimento alla circostanza in cui un'impresa, sfruttando la sua posizione di dominio, imponga all'altra impresa, una regolamentazione particolarmente iniqua che, in assenza di una dipendenza economica, quest'ultima non avrebbe accettato³¹⁸.

Da quanto rilevato, emerge la differenza intercorrente tra stato di dipendenza economica e abuso della relativa situazione: nel primo caso si è, infatti, al cospetto di un'ipotesi di potere potenziale, ossia di mera possibilità che si produca un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi; diversamente, l'abuso consiste, per l'appunto, nella traduzione in atto di questa possibilità³¹⁹.

Ciò significa che, l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato, accompagnata da una condotta, della parte avvantaggiata, contraria alla buona fede, se induce ad accettare condizioni contrattuali inique, realizza un abuso di dipendenza economica³²⁰.

³¹⁶ R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 734, i quali fanno riferimento alla dipendenza progettuale e tecnologica, quali indici di una situazione di dipendenza economica.

³¹⁷ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 31.

³¹⁸ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, 139.

³¹⁹ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., 213 ss.

³²⁰ G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000, 66 ss.

Diversamente, nel caso in cui la situazione precedentemente prospettata non si risolva in un regolamento negoziale squilibrato³²¹, vi sarà una mera dipendenza che si qualificherà come fenomeno non rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in questione³²².

La disposizione di cui all'art. 9, non fornendo alcun elemento di valutazione per capire quando si possa configurare un eccessivo squilibrio o si possa avere una clausola eccessivamente gravosa o discriminatoria, ha creato delle difficoltà interpretative³²³.

Alcuna parte della dottrina, in base alla considerazione di una medesima *ratio*, ha ritenuto di poter fare riferimento alla disciplina riferita alle clausole vessatorie³²⁴, di cui all'art. 33 cod. cons., la quale qualifica come vessatorie quelle clausole che “*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dal contratto*”³²⁵.

Un diverso orientamento dottrinale, invece, ha rilevato come un'applicazione *tout court* della disciplina consumeristica, concernente le clausole vessatorie, non potrebbe essere configurabile.

³²¹ D. VALENTINO, *Il contratto “incompleto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.

³²² G. CERIDONO, *I contratti di distribuzione*, cit., rileva che lo squilibrio, oltre ad essere un indice di una situazione di dipendenza economica, rappresenta anche una delle possibili forme di abuso.

³²³ L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, sottolinea che la dipendenza economica viene quasi sempre a crearsi dopo che il rapporto tra le imprese si è già instaurato.

³²⁴ In relazione alle clausole vessatorie e ai criteri in base ai quali determinare quanto una clausola si possa qualificare tale, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Esi, Napoli, 1999, 103 ss., il quale si interroga sul rapporto intercorrente tra lo squilibrio di diritti ed obblighi e la violazione della clausola di buona fede.

³²⁵ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 644, sostiene che, tenuto conto della circostanza che la disciplina consumeristica e quella concernente l'abuso di dipendenza economica perseguono le stesse finalità, l'utilizzazione delle tecniche e dei principi previsti nell'ambito della normativa a favore del consumatore non risultano soltanto rilevanti per chiarire la portata del divieto di abuso di dipendenza economica, ma addirittura risultano imposti dall'obbligo di rispetto del fondamentale canone ermeneutico che postula la coerente unitarietà dell'ordinamento.

Nello specifico, infatti, l'art. 33 del codice del consumo attribuirebbe rilevanza unicamente allo squilibrio normativo; diversamente, la disciplina dettata dall' art. 9 della l. 192/ 1998 parrebbe fare riferimento anche allo squilibrio economico offrendo, pertanto, una tutela più incisiva di quella predisposta a favore dei consumatori³²⁶.

Alla luce di tali considerazioni, la dottrina maggioritaria ha ritenuto applicabile, ai fini interpretativi, la disciplina di cui all'art. 33 cod. cons. solamente per poter valutare lo squilibrio normativo³²⁷.

L'art. 9 della legge del 1998 richiede, inoltre, insieme allo squilibrio economico o normativo, che il medesimo risulti altresì “*eccessivo*”, ovvero che debba trattarsi di uno squilibrio che eccede qualsiasi ragionevole giustificazione³²⁸.

Ciò dalla norma precisato, sarebbe funzionale ad evitare un notevole ampliamento della nozione di abuso in quanto, in un sistema basato sulla libertà di iniziativa economica, deve risultare naturale che le relative operazioni contrattuali si svolgano tra le parti sulla base dei rispettivi rapporti di forza, purché, ovviamente, entro i limiti tollerabili³²⁹.

³²⁶ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Esi, Napoli, 2001, 230, afferma che la differente natura dello squilibrio sanzionato è dovuta alla differenza tra le due tipologie contrattuali in questione. In riferimento ai contratti con i consumatori, questi hanno ad oggetto beni e servizi e il regolamento viene predisposto unilateralmente dal professionista, pertanto, la *ratio* della tutela è da ravvisarsi nella circostanza che il consumatore non può incidere sul contenuto del contratto. Diversamente, nel caso dell'art. 9 della l. 192 del 1998 i problemi sorgono non tanto dal fatto che il regolamento viene predisposto in modo unilaterale, ma soprattutto dalla circostanza che la contrattazione non avviene in modo paritario in virtù di uno stato di dipendenza economica di una delle due imprese.

³²⁷ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Utet, Torino, 2000, 184 ss., il quale sostiene che comunque la distanza tra le due discipline non sarebbe in assoluto ineliminabile dal momento che la distinzione tra squilibrio normativo ed economico poggerrebbe su basi incerte.

³²⁸ E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002, 381, evidenzia che è differente anche l'entità dello squilibrio in quanto, affinché possa trovare applicazione l'art.9 della l. 192 / 98, non basta che vi sia un significativo squilibrio, ma occorre altresì che il medesimo sia eccessivo.

³²⁹ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., 147, rileva come in un contesto imperniato sulla libertà di iniziativa economica, nell'ambito del quale risulta normale che gli equilibri contrattuali vengano governati dalle parti sulla base dei rispettivi rapporti di forza, risulta assodato che una parte possa far valere, entro limiti tollerabili, la propria posizione di forza nei rapporti con la controparte.

Per stabilire quando si è al cospetto di uno squilibrio eccessivo, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che si dovesse fare riferimento alla clausola di buona fede³³⁰.

La dottrina più innovativa, ha, però, ritenuto più opportuno richiamare il principio generale della proporzionalità, di cui, peraltro, la buona fede risulta essere la massima espressione³³¹.

Il rispetto del suddetto principio richiederebbe, infatti, che il complessivo regolamento realizzi una giusta proporzione degli interessi in gioco³³², prescindendo dal valore equivalente e oggettivo delle relative prestazioni³³³.

3. L' abuso di dipendenza economica negli ordinamenti stranieri

La figura della dipendenza economica risulta presente in molti ordinamenti europei, pur se richiedendo differenti presupposti per la sua applicazione.

Il legislatore francese ha collocato nell'art. 8 della disciplina antitrust prevista dall' "*ordonnance n. 86-1243*" del 1 dicembre 1986, relativa alla "*libertè des prix et de la concurrence*", una disposizione finalizzata

³³⁰ A titolo esemplificativo, A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., 211, il quale rileva che elemento primario per valutare se sussiste un significativo squilibrio sia il criterio della buona fede in senso oggettivo.

³³¹ Tra i tanti, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 659, secondo il quale il richiamo alla buona fede non risulta sufficiente in quanto clausola generale che necessita di essere concretizzata per la sua operatività.

³³² F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001, 402 ss.

³³³ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 351, ritiene che andrebbe riletta anche la disposizione inerente alle clausole vessatorie, attribuendo un significato diverso all'inciso "*malgrado la buona fede*". Nello specifico, occorrerebbe fare riferimento al principio di proporzionalità da attuare utilizzando la clausola della buona fede.

a vietare l'abuso di dipendenza economica molto simile a quella prevista, all'interno del nostro ordinamento, dall' art. 9 della l. 192 del 1998³³⁴.

Nello specifico, la normativa francese si prefigge, infatti, di tutelare una situazione di "debolezza relativa" alla particolare posizione in cui si trova un'impresa rispetto ad un'altra, indipendentemente dal ruolo svolto dall'impresa più forte all'interno del mercato³³⁵.

Anche il legislatore francese, al pari di quello italiano, non fornisce alcuna definizione di "*dépendance économique*", prevedendo, però, come requisito indispensabile per la configurazione di una ipotesi di dipendenza economica, l'assenza di alternative in capo all'impresa debole³³⁶.

Criterio, quest'ultimo, considerato, nell'ambito del nostro ordinamento, solo uno dei possibili indici di una situazione di dipendenza economica.

Occorre, inoltre, rilevare come l'ordinamento francese non si limita, analogamente a quello italiano, a sanzionare il relativo abuso, ma richiede l'ulteriore presupposto che il comportamento abusivo abbia l'effetto di falsare il libero gioco della concorrenza³³⁷.

Tale requisito, in realtà, non è espressamente richiesto dalla norma ma si deduce dalla collocazione della stessa nell'ambito della disciplina sulla tutela della concorrenza.

³³⁴ Per una panoramica sull'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento francese si rimanda a, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 67 ss.

³³⁵ C.N. NATALI, *L'abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *I contratti*, 2006, 931 ss.

³³⁶ In giurisprudenza si v., Cour d'appel de Paris, 1 chambre concurrence, 12/07/90, in lawlex200202634JBJ, che, richiamando l'art. 8 comma 2 dell'*ordonnance* in questione, sottolinea che requisito essenziale per configurarsi un'ipotesi di dipendenza economica è la mancanza di alternative soddisfacenti.

³³⁷ In relazione alla necessità del requisito dell'effetto distorsivo sulla concorrenza, v. L. VOGEL, *Droit de la concurrence*, Parigi, 2006, 952.

Dall'analisi di tutti i presupposti suddetti, emerge come la finalità perseguita dalla normativa francese non sia principalmente quella di proteggere l'impresa debole, quanto, piuttosto, quella di tutelare la libera concorrenza nel mercato³³⁸.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, la disciplina concernente la dipendenza economica è stata collocata nell'ambito della normativa relativa alla concorrenza sleale prevista nella "ley 3/1991"³³⁹.

L'art. 16, comma 2, della legge suddetta, rubricato "*Discriminación y dependencia económica*"³⁴⁰, considera, appunto, come sleale anche l'ipotesi di sfruttamento, da parte di una impresa, della situazione di dipendenza economica in cui possono trovarsi le imprese clienti o fornitrici che non possono disporre di alternative equivalenti per l'esercizio della loro attività.

Nel 1999 il legislatore spagnolo inserì una disposizione relativa alla dipendenza economica anche all'interno della normativa antitrust, specificatamente all'art. 6 della "ley 16/1989" concernente l'abuso di posizione dominante³⁴¹.

Dal '99 in Spagna vi furono, quindi, due disposizioni che si occupavano della materia dell'abuso della dipendenza economica³⁴².

³³⁸ B. FAGES - J. MESTRE, *L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations. L'emprise de droit de la concurrence sur le contrat*, in *R.T.D. Com.*, 1998, 70 ss.

³³⁹ R. ALONSO SOTO, *Derecho del la competencia. Competencia disleal y publicidad*, in *Curso de derecho mercantil*, a cura di M.L. Aparicio Gonzàles, Cizur Menor, 2006, 373 ss., il quale si occupa della dipendenza economica in relazione ai rapporti tra grandi e piccole imprese.

³⁴⁰ Necessario, ai fini dell'applicazione della relativa disposizione, sarebbe *in primis* l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, la quale parrebbe trovare il proprio criterio principale nell'assenza di alternative all'interno del mercato. In questo senso, S. BARONA VILAR, *Competencia disleal*, Valencia, 2008, 644 ss.

³⁴¹ J. PÈREZ- BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 205/ 2000, 34 ss.

³⁴² Sulle ragioni del perché la norma concernente l'abuso di dipendenza economica è stata inserita sia nell'ambito della disciplina sulla concorrenza sleale che all'interno di quella antitrust, M.J. RODRÍGUEZ MATAS e L. VEGA PENICHER, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 243, 2006, 77 ss.

La normativa antitrust, però, a differenza di quella sancita con la “*ley 3/1991*”, richiedeva la presenza del requisito dell’idoneità dell’atto a falsare o restringere la concorrenza per poter qualificare l’abuso in questione come illecito antitrust³⁴³.

In tale ultima evenienza³⁴⁴, pertanto, si veniva a creare un meccanismo non dissimile a quello presente all’interno del nostro ordinamento giuridico dove, infatti, la competenza in merito alle controversie relative all’abuso di dipendenza economica spetta al giudice ordinario, ma, qualora il comportamento risulti altresì suscettibile di provocare effetti distorsivi della concorrenza, alla competenza del giudice ordinario si affiancherà quella spettante all’ AGCM³⁴⁵.

Con la legge di riforma sulla concorrenza, “*ley 15/2017 de Defensa de la competencia*”, fu eliminato, però, ogni riferimento all’abuso di dipendenza economica da parte della normativa antitrust, rimanendo, quindi, l’art.16 comma 2 della “*ley 3/1991*”, l’unica disposizione in questione³⁴⁶.

La nozione di dipendenza economica fornita dall’art. 16, come all’interno del nostro ordinamento, risulta essere una disposizione di

³⁴³C. ESTEVAN DE QUESEDA, *La doble regulaciòn del abuso de una situaciòn de dependencia econòmica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, 1079, il quale rileva che, tra le ragioni che portarono ad inserire tale previsione anche nell’ambito della normativa antitrust, vi era sicuramente la constatazione che anche un abuso di dipendenza relativo avrebbe potuto influenzare, in un certo qual modo, il mercato.

³⁴⁴J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la ley de competencia disleale*, Madrid, 1999, 73, ritiene che i procedimenti sarebbero tra loro compatibili conseguentemente l’instaurazione dell’uno non andrebbe a determinare una sospensione dell’altro.

³⁴⁵R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotaciòn abusiva de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, 310.

³⁴⁶Sulla legge del 2007 si rimanda a C. DORRONSÓ, sub. *art. 2*, in *Derecho español de la competencia, Comentarios a la ley 15/2007*, Barcellona, 2008, 120.

carattere generale, in quanto non riferita a determinate fattispecie contrattuali³⁴⁷.

Analogamente a quanto previsto nell'ordinamento italiano, essa fa riferimento ad una dipendenza economica di tipo "relativo", riferendosi, pertanto, ai rapporti intercorrenti tra due imprese delle quali una, non disponendo di alternative equivalenti all'interno di quello specifico mercato, viene a trovarsi, appunto, in una situazione di debolezza rispetto all'impresa più forte³⁴⁸.

Nello specifico, il non potere disporre di alternative equivalenti deve accettarsi tenendo in considerazione, in particolare, il mercato di riferimento, il tipo di prodotto commercializzato e l'ambito territoriale in cui operano le due imprese.

La dottrina ha, più dettagliatamente, elaborato quattro circostanze tipiche della dipendenza economica: quella dovuta alla composizione dell'offerta, quella conseguente all'organizzazione dell'impresa, quella derivante dal potere della domanda e, infine, quella causata dalla carenza, all'interno del mercato, di uno specifico prodotto³⁴⁹.

Nel 1999, ad opera della legge del 28 dicembre n.52, l'art. 16 è stato modificato con l'aggiunta di determinate previsioni esemplificative di una situazione di dipendenza economica, quali il recesso dal contratto posto in essere senza il preavviso minimo di sei mesi, qualora ciò non sia giustificato da eventi di forza maggiore e la predisposizione di

³⁴⁷ Viene sottolineato che la norma in questione avrebbe un ambito di applicazione che non si estende all'impresa in generale, ma, unicamente, alle imprese clienti e fornitrici. In tal senso, S. BARONA VILAR, *Competencia disleale*, cit., 651.

³⁴⁸ J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la ley de competencia disleale*, cit., 478, il quale rileva che non è sufficiente la mancanza di alternative per escludere una situazione di dipendenza economica, ma è necessario che non vi siano alternative che non si qualificano come equivalenti.

³⁴⁹ Suggestiscono tali suddivisioni, J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia disleale*, cit., 480; J. PÈREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de la dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., 37.

condizioni maggiormente vantaggiose per l'impresa più forte, attraverso la minaccia dell'interruzione dei relativi rapporti contrattuali in corso³⁵⁰.

Da quanto esaminato emerge che, anche la disposizione spagnola, come quella italiana e francese, non mira a vietare e sanzionare la situazione di dipendenza economica di per sé considerata, ma richiede necessario il verificarsi di un abuso della stessa ai danni della parte contrattuale più debole³⁵¹.

Inoltre, la collocazione della disposizione nell'ambito della disciplina dedicata alla concorrenza sleale e non in quella antitrust, come invece avviene in Francia, si ritiene possa avere delle conseguenze positive per quanto attiene la tutela delle imprese deboli, in quanto, per l'applicazione della normativa in questione, non sarebbe richiesta l'idoneità dell'atto abusivo a ledere la concorrenza³⁵².

Occorre, però, dire che anche l'inserimento della norma nell'ambito della concorrenza sleale si presta a destare qualche perplessità.

Tale ultima disciplina, infatti, come esplicitamente statuito all'art. 1, mira a tutelare il corretto funzionamento del mercato.

La salvaguardia degli interessi facenti capo all'imprenditore debole sarà, pertanto, solamente indiretta.

³⁵⁰ J. PÈREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de la dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., 39, rileva che, attraverso tale previsione, non si sanzionano tutte le condotte abusive poste in essere da un'impresa in condizione di maggior forza, ma soltanto quelle legate da un nesso causale con la situazione di dipendenza.

³⁵¹ J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia disleale*, cit., 485 ss., secondo il quale, il comportamento abusivo potrebbe concretizzarsi nel rifiuto di stabilire relazioni contrattuali o di continuare quelle in corso. Altra ipotesi di abuso potrebbe, inoltre, essere quella di imporre all'impresa più debole condizioni contrattuali discriminatorie.

³⁵² Si deve prendere atto, però, che, essendo poche le pronunce in questione, risulta difficoltoso comprendere quali siano realmente i presupposti necessari per l'applicazione della medesima norma. Rileva tale aspetto, tra gli altri, S. BACHES OPI, *La nueva ley española de defensa de la competencia*, in *La ley*, n. 6815, Miércoles, 7 de noviembre de 2007.

La disposizione di cui all' art. 18, riferendosi a tutti i comportamenti di concorrenza sleale e, quindi, anche all' ipotesi di abuso di posizione dominante, prevede determinati rimedi³⁵³.

In particolare, se l'atto anticoncorrenziale è già stato posto in essere, si fornisce la possibilità di richiederne la relativa cessazione; diversamente, qualora l'atto non sia stato ancora attuato, l'art. 18 statuisce che il compimento dello stesso possa essere vietato, realizzando così una finalità non dissimile a quella prevista dalla tutela inibitoria all'interno del nostro ordinamento³⁵⁴.

Infine, il comma quinto del medesimo articolo, prevede la tutela risarcitoria per i danni subiti qualora il comportamento sia stato posto in essere con dolo o con colpa³⁵⁵.

Per quanto attiene poi alla legittimazione attiva, l'art. 19 della medesima legge dispone che le azioni previste dal precedente art. 18 possano essere esperite da qualsiasi soggetto, operante all'interno del mercato, i cui interessi possano essere pregiudicati da un determinato atto di concorrenza sleale³⁵⁶.

L'ampiezza dei soggetti legittimati *ex art.* 19, confermerebbe il fatto che la disposizione in questione non mirerebbe, almeno direttamente, a tutelare gli interessi facenti capo all'imprenditore debole vittima di un comportamento di concorrenza sleale³⁵⁷.

³⁵³ R. GARCÌA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, cit., sottolinea come il problema della relativa disposizione sia quello di utilizzare formule abbastanza ampie e, conseguentemente, bisogna capire quali possano essere i comportamenti sanzionati.

³⁵⁴ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, cit., 78.

³⁵⁵ S. BACHES OPI, *La nueva ley española de defensa de la competencia*, cit., 67.

³⁵⁶ R. GARCÌA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, cit., 328.

³⁵⁷ J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., 487.

Avallato, quanto sopra rilevato, dalla previsione di un termine di prescrizione relativamente breve entro il quale potere esercitare le azioni di cui all'art. 18.

Ciò, infatti, troverebbe la propria giustificazione nella circostanza che, trascorso un determinato lasso di tempo, non sussisterebbe più un interesse per il mercato, e per i relativi consumatori, a che venga eliminato quello specifico atto astrattamente anticoncorrenziale³⁵⁸.

Quanto esaminato porta a rilevare come il nostro ordinamento giuridico si mostri più sensibile rispetto agli altri a fornire una tutela diretta a favore dell'imprenditore debole³⁵⁹.

Il sistema giuridico spagnolo, infatti, come anche altri all'interno dell'Unione Europea, fornisce una tutela a tale soggetto debole, per così dire, "mediata".

Nello specifico, dunque, verrà accordata protezione all'imprenditore debole unicamente nel caso in cui essa risulti funzionale alla tutela di altri interessi generale e, in particolare, a quello della realizzazione di un mercato pienamente e perfettamente concorrenziale.

4. L'abuso di dipendenza economica nei contratti di *franchising*

La rilevata "vocazione allargata" della norma di cui all'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n.192, renderebbe quest'ultima direttamente applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale tra imprese che sia sorretto da logiche di decentramento produttivo³⁶⁰.

³⁵⁸ J. PÈREZ- BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., 40.

³⁵⁹ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., 145.

³⁶⁰ C. BERTI - B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2003, 182 ss.

In tale contesto, pertanto, la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica fungerebbe da strumento idoneo a riequilibrare le posizioni delle relative parti contrattuali.

Il legislatore italiano, infatti, con la normativa del 1998, ha inteso regolare i rapporti interimprenditoriali inquadrabili nel più ampio fenomeno economico del decentramento produttivo e della fornitura di beni e servizi³⁶¹.

Tra questi, pertanto, risulterebbe rientrare anche il contratto di *franchising*.

Tale tipologia contrattuale risulta essere è disciplinata dalla l. del 6 maggio del 2004, n. 129 che si occupa, appunto, di dettare una normativa da applicare al fenomeno dell'affiliazione commerciale.

Per rapporto di *franchising* s'intende quell'accordo attraverso il quale un'impresa, l'affiliante (o *franchisor*), concede ad un'altra, l'affiliato (o *franchisee*), dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, la disponibilità 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 e fornendo, inoltre, assistenza o consulenza tecnica o commerciale³⁶².

Il *franchisee* viene, in tal modo, inserito all'interno di un circuito costituito da una vasta gamma di affiliati distribuiti in tutto il territorio, allo scopo di commercializzare beni e servizi.

L'art. 3 della l. 6 maggio del 2004, n. 129, nello statuire che “*qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni*” fa emergere

³⁶¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Giuffrè, Milano, 2000, 399 ss.

³⁶² G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, nn. 8-9, 2004, 762.

come il *franchisee* si trovi in una situazione di dipendenza economica nei confronti del *franchisor*.

L'affiliato, infatti, al fine di adeguarsi al particolare sistema di produzione e distribuzione, effettuerà investimenti e acquisirà conoscenze non facilmente reinvestibili o convertibili in un altro eventuale e futuro rapporto contrattuale³⁶³.

In particolare, il *franchisee* potrà quindi venirsi a trovare nella situazione di non poter profittare di soddisfacenti alternative sul mercato, proprio come previsto dall'art. 9 della legge sulla subfornitura.

Tali alternative, quando pur astrattamente previste all'interno del mercato, richiederebbero, infatti, la perdita di quegli investimenti e di quelle conoscenze acquisite per realizzare il precedente rapporto contrattuale con il *franchisor*³⁶⁴.

Tale prospettiva, quindi, indurrebbe l'affiliato a sottostare al potere dell'affiliante³⁶⁵.

Strettamente legata al fenomeno dell'abuso di dipendenza economica nei contratti di *franchising* di distribuzione, risulta essere la c.d. clausola di esclusiva³⁶⁶.

La clausola in questione può, infatti, essere inserita all'interno del relativo contratto ad esclusivo vantaggio del *franchisor*, impedendo, quindi, all'affiliato di reperire sul mercato alternative al rapporto con l'affiliante.

³⁶³ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, Milano, 2012, 72 ss.

³⁶⁴ C. BERTI - B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., 132 ss.

³⁶⁵ P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 270 ss.

³⁶⁶ G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., 122 ss.

Nonostante tale clausola sia stata accettata dal *franchisor* e assunta nel contratto, la dottrina maggioritaria ritiene che essa configuri un vero e proprio abuso di dipendenza economica *ex art. 9 l. 192/ 98*³⁶⁷.

Il patto di esclusiva può, altresì, essere previsto a favore dell'affiliato al fine di assicurare a quest'ultimo un settore di mercato posto al riparo dalle ingerenze da parte dei distributori del medesimo bene³⁶⁸.

In tali ipotesi, ci si è chiesti se la mancanza della previsione di una clausola in tal senso all'interno del contratto ed il conseguente inserimento, da parte del *franchisor*, di un nuovo *franchisee* nella zona in cui operava il primo, possa costituire un abuso *ex art. 9* della legge sulla subfornitura³⁶⁹.

La dottrina maggioritaria, dopo aver precisato che l'esclusiva di vendita non può, comunque, essere considerato un elemento essenziale del contratto di *franchising*, ha statuito che, pur in assenza di una simile clausola, l'inserimento di un nuovo distributore, da parte del *franchisor*, all'interno della zona nella quale operava il precedente *franchisee*, viene a costituire un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 della l. 192/98³⁷⁰, quando non sia motivato da un comportamento negligente da parte dell'affiliato, non sia espressamente previsto dal contratto o non sia prevedibile sulla base di circostanze già esistenti al momento della stipula del relativo contratto³⁷¹.

Ipotesi quasi analoghe connotate, quindi, da un carattere altamente abusivo, sono quelle in cui sia lo stesso affiliante ad intromettersi nella

³⁶⁷ L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel Franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, 2006, 2153 ss.

³⁶⁸ G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, Utet, Torino, 1990, 159.

³⁶⁹ C. BERTI - B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., 140 ss.

³⁷⁰ L. DELLI PRISCOLI, *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisee*, in *Giur. comm.*, 2005, 581 ss.

³⁷¹ G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, cit., 160 ss.

zona operativa dell'affiliato vendendo i medesimi beni ad un prezzo di vendita più basso di quello che aveva imposto all'affiliato³⁷².

Occorre, inoltre, dire che la specificità degli investimenti fatti dal *franchisee* e la conseguente difficoltà di una loro riconversione, renderebbero un eventuale recesso del *franchisor* fortemente dannoso per il primo³⁷³.

Nello specifico, tale problematica si pone in riferimento ad un recesso *ad nutum* esercitato dal *franchisor* nell'ambito di un contratto a tempo indeterminato³⁷⁴.

Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, per potere escludere la portata abusiva del relativo recesso, facendo anche riferimento a quanto statuito dall' art. 3 comma 2 della l. n. 129 del 2004, sarebbe necessaria la presenza di un termine di preavviso, tale da permettere l'ammortamento degli investimenti compiuti o, comunque, il reperimento sul mercato di alternative commerciali idonee a consentire il reimpiego del capitale investito³⁷⁵.

Tale orientamento dottrinale si pone, dunque, in contrasto con quanto sancito in una pronuncia di merito del 2003, laddove afferma che l'attribuzione, della facoltà di recedere, ad entrambe le parti di un contratto non configurerebbe un'ipotesi di abuso di dipendenza economica³⁷⁶.

³⁷²L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel Franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, cit. 2154 ss.

³⁷³A. BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. merito*, 2008, 350 ss.

³⁷⁴A. FRIGNANI, *Il contratto di Franchising*, Giuffrè, Milano, 1990, 45 ss.

³⁷⁵D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in G. De Nova (a cura di), *La subfornitura*, Giuffrè, Milano, 1998, 122 ss.

³⁷⁶Trib. Torino 18 marzo 2003, in *Giust. civ.*, 2003,1502.

CAPITOLO V

I rimedi

Sommario: 1. Le forme di tutela. - 2. La tutela amministrativa. - 3. La tutela giudiziale. - 3.1 La nullità. - 3.2. La tutela inibitoria.

1. Le forme di tutela

L'art. 47 della Carta di Nizza, sancendo il c.d. principio di effettività della tutela, richiede la necessità di forme di tutela che consentano il pieno ed integrale soddisfacimento dell'interesse per il quale si agisce in giudizio.

In riferimento agli strumenti di tutela offerti all'imprenditore debole, in un primo momento, la dottrina ha ritenuto di poter fare riferimento alle forme di tutela legislativamente previste per proteggere il consumatore³⁷⁷.

Tale possibilità è stata, però, successivamente disattesa dalla dottrina maggioritaria e da varie pronunce della Corte di Giustizia³⁷⁸, le quali, pronunciandosi espressamente sulla nozione di consumatore³⁷⁹, ne hanno sostenuto una lettura restrittiva all'interno della quale non sarebbe da ricomprendersi la figura dell'imprenditore debole.

³⁷⁷ Nello specifico, tale orientamento dottrinale si basava su una nozione ampia di consumatore, tale da potervi ricomprensere all'interno qualsiasi "contraente debole".

³⁷⁸ Tra le varie pronunce in tal senso si segnala: *Corte Giust.*, 22 novembre 2001, C- 541/99 e C- 542/99, *Soc. Cape C. Soc. Idealservice*, in *Giur. it.*, 2002, 543. Nello stesso senso la Corte di Cassazione: Cass., sez. I, 25 luglio 2001 n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, 543, con nota di FIORIO; Cass., sez. III, 14 aprile 2000 n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, 524, con nota di CONTI.

³⁷⁹ Sulla nozione di consumatore cfr., M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, cit., 103 ss.

Conseguentemente, è stata esclusa l'applicazione analogica della disciplina consumeristica alle imprese deboli, anche, e soprattutto, sulla base delle differenti ragioni che ne giustificano la relativa protezione³⁸⁰.

Strumenti volti a tutelare l'imprenditore debole sono, comunque, previsti all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Occorre, pertanto, primariamente fare riferimento alla l. 10 ottobre 1990, n. 287, intitolata "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*" (c.d. legge antitrust), la quale, mirando a tutelare il mercato dalle distorsioni che possono conseguire ad accordi anticoncorrenziali, indirettamente fornisce un'adeguata protezione anche all'imprenditore che, proprio a causa di tali alterazioni, potrebbe venirsi a trovare in una posizione di debolezza³⁸¹.

Bisogna, però, rilevare come tale "tutela indiretta" incontri il limite di poter trovare applicazione soltanto laddove venga a crearsi un'effettiva lesione della concorrenza, non essendo, quindi, sufficiente la sussistenza di una mera asimmetria di forza contrattuale tra le parti³⁸².

Per quanto riguarda, invece, gli strumenti espressamente previsti al fine di tutelare l'imprenditore debole, occorre fare riferimento *in primis* a quelli contenuti all'interno della disciplina della subfornitura.

Nello specifico, l'art. 9 della l. 192 del 1998, volto a sanzionare l'abuso di dipendenza economica, prevede il rimedio della nullità del patto attraverso il quale venga a realizzarsi il relativo abuso³⁸³.

³⁸⁰ Il diverso trattamento riservato al consumatore e all'imprenditore debole si giustificerebbe, pertanto, ricorrendo al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

³⁸¹ A. GIANOLA, *Autonomia privata e "terzo contratto"*, cit., 131 ss.

³⁸² Un discorso analogo vale in riferimento alle previsioni in materia di concorrenza sleale di cui agli artt. 2698 e ss. del codice civile, i quali possono, infatti, trovare applicazione qualora le imprese siano in rapporto di concorrenzialità.

³⁸³ L'abuso di dipendenza economica viene, infatti, sanzionato dalla legge in questione a prescindere da eventuali distorsioni della concorrenza nel mercato.

All'interno del secondo comma del medesimo articolo è statuito il rimedio inibitorio, il quale può essere disposto dal giudice ordinario insieme all'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni.

Ulteriore riferimento deve essere fatto alla disciplina inerente alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali di cui al d.lgs. 231 del 2002, come da ultimo modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192.

Ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. in questione, viene previsto il rimedio della nullità delle clausole, relative ai termini di pagamento, al saggio degli interessi moratori e al risarcimento per i costi di recupero, qualora risultino “*gravemente inique in danno al creditore*”³⁸⁴.

Inoltre, l'art. 8 del medesimo decreto, attribuisce la legittimazione alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL a richiedere al giudice competente la pronuncia di un'azione inibitoria, al fine di tutelare i relativi interessi collettivi.

Oltre a tali rimedi finalizzati a tutelare l'impresa debole, all'interno delle varie legislazioni che vedono come protagoniste due imprese dotate di differente forza contrattuale, si ravvisano ulteriori strumenti di protezione³⁸⁵.

Un esempio in tal senso è costituito dalla previsione di obblighi di forma e contenuto (c.d. neo- formalismo)³⁸⁶.

Ulteriore denominatore comune alle discipline finalizzate a tutelare l'imprenditore debole è, infatti, la presenza di disposizioni aventi lo scopo di introdurre forme di controllo sul contenuto del contratto³⁸⁷.

³⁸⁴ F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, S. PAGLIANTINI, T. PASQUINO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 90 ss.

³⁸⁵ La presenza di linee di tendenza di protezione comuni alle varie legislazioni concernenti i contratti di impresa, avallerebbe la presenza, all'interno del nostro ordinamento, dell'astratta categoria del terzo contratto.

³⁸⁶ Nella normativa inerente ai contratti d'impresa si assiste, infatti, ad una frequente previsione di oneri formali e di contenuto minimo del contratto.

Al fine garantire la massima trasparenza, il legislatore, pertanto, ha fatto ricorso alla previsione di una serie di “obblighi informativi a forma vincolata”³⁸⁸, nella fase precontrattuale, in quella contestuale alla consacrazione del vincolo in questione e, ancora, nella sua fase esecutiva.

L’esigenza di ottenere un mercato, che sia dotato di maggiore efficienza e funzionalità, ha, quindi, determinato l’adozione di regole dirette a incidere sia sul contenuto del contratto, sia sui rimedi.

Tutto ciò, nello specifico, funzionalizzato essenzialmente ad eliminare la differente forza contrattuale delle parti, quale ostacolo all’instaurazione di rapporti economico-contrattuali giusti³⁸⁹.

Quanto rilevato porta all’immediata conseguenza che il contratto risulta essere inevitabilmente diverso da quello disciplinato dal legislatore del 1942 c.c., non potendo, quindi, essere più qualificato come semplice espressione del volere delle parti, ma, piuttosto, come strumento sottoposto a limiti e controlli finalizzati al perseguimento di obiettivi ulteriori, rispetto a quelli facenti capo ai privati, che costituiscono espressione del principio di solidarietà³⁹⁰.

A seguito dell’emergere di nuovi valori costituzionali, i quali hanno direttamente inciso sul rapporto tra potere negoziale e controlli di

³⁸⁷ Tale limite imposto alla libertà negoziale è stato ritenuto perfettamente coerente con il nostro sistema giuridico, il quale, infatti, da un lato lascia libere le parti di autoregolamentare i propri interessi, dall’altro, però, si riserva un controllo sulle manifestazioni di autonomia contrattuale volto, prioritariamente, a verificarne la meritevolezza della tutela.

³⁸⁸ F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 877, sottolinea che gli obblighi informativi vi sarebbero, come espressione del principio generale di buona fede, anche in assenza delle norme che li sanciscono espressamente.

³⁸⁹ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 2014, 2.

³⁹⁰ Autorevole dottrina ha, infatti, sottolineato l’avvenuto passaggio da una autonomia privata vincolata, ad una autonomia privata efficiente. In tal senso, V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., 122.

meritevolezza e liceità, si è passati, pertanto, da una concezione di autonomia privata c.d. “vincolata”, ad una c.d. “conformata”.

L'autonomia contrattuale, essendo un valore costituzionalmente garantito, viene tutelato nel rispetto, però, dei limiti imposti dall'utilità sociale, dalla protezione della sicurezza e dalla dignità umana.

Conseguentemente, in riferimento all'autonomia privata potrà sorgere una esigenza di contemperamento degli interessi in gioco che dovrà, quindi, risolversi nel rispetto della dignità umana, in quanto nucleo essenziale di ogni diritto³⁹¹.

Tale mutamento del sistema dei valori trova conferma nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, all'interno del quale il riconoscimento della libertà d'impresa non appare incondizionato, e ciò in quanto il relativo potere dovrà avvenire in modo conforme al diritto dell'Unione europea e ai principi fondamentali previsti dalle varie legislazioni nazionali.

In tale nuovo contesto, all'interno del quale si riconosce *in primis* alla dignità umana la funzione di strumento di controllo della liceità dell'agire contrattuale, ruolo fondamentale viene riconosciuto alla clausola generale della buona fede.

Quest'ultima, infatti, ben può rappresentare un mezzo idoneo a consentire l'ingresso dei valori attinenti alla persona umana nell'ambito dei rapporti contrattuali, in modo da poter svolgere una funzione di composizione dei valori di solidarietà ed efficienza al fine di conseguire la c.d. “giustizia contrattuale”³⁹².

³⁹¹ In riferimento alla dignità come clausola generale del sistema cfr., F. GAMBINI, *Il principio di dignità. I diritti della persona, Tutela civile, penale, amministrativa*, a cura di P. Cendon, Utet, Torino, 2005, I, 231 ss.

³⁹² M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 17.

L'esigenza sentita dal legislatore europeo è stata, dunque, quella di introdurre sull'autonomia privata e sulla libertà contrattuale, finalizzata a tutelare le categorie deboli e, contestualmente, a garantire il regolare svolgimento del mercato.

Il tutto sullo sfondo del più generale fenomeno della piena attuazione di un mercato comune, pienamente concorrenziale, rispetto al quale, la composizione degli interessi facenti capo ai soggetti che in esso operano, risulta essere strumentale³⁹³.

E' stato, infatti, rilevato come il legislatore europeo si sia quasi totalmente disinteressato del profilo concernente la fattispecie contrattuale, preoccupandosi, al contrario, unicamente di predisporre regole e principi riguardanti il regolamento contrattuale.

E' in tale contesto che si realizza, pertanto, il passaggio dalla logica della fattispecie, che ha la sua *sedes* all'interno del codice civile del 1942, alla logica del regolamento³⁹⁴.

E' stato rilevato come, le singole discipline relative ai c.d. "contratti d'impresa", avrebbero in comune il fatto di non tenere conto, a livello applicativo, dell'istituto della risoluzione del contratto per inadempimento³⁹⁵.

Tale "silenzio normativo" è stato interpretato, da autorevole dottrina³⁹⁶, come possibilità di poter ricorrere, in mancanza di differenti e

³⁹³ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 1, secondo la quale "Oltre all'introduzione di nuovi tipi e principi contrattuali si è assistito all'ampliamento delle fattispecie di responsabilità civile, alla continua previsione di rigide prescrizioni per la produzione di beni e servizi, a presidio della sicurezza e della salute dei consumatori, sino a giungere alla emanazione di apposite disposizioni aventi ad oggetto la tutela collettiva dei diritti dei consumatori".

³⁹⁴ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione, Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, 378 ss.

³⁹⁵ La risoluzione per inadempimento, rientrando nel *genus* della risoluzione volontaria, costituisce esercizio del potere di autotutela accordato alle parti nell'ambito della loro libertà negoziale.

³⁹⁶ E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2013, 657.

specifiche previsioni in tal senso, alla disciplina generale di cui agli artt. 1453 e ss. del codice civile³⁹⁷.

Dall'analisi dei contratti d'impresa emerge come l'unica disposizione riferita alla risoluzione sia quella di cui all'art. 1564 c.c., inserita nell'ambito della disciplina dettata per il contratto di somministrazione³⁹⁸.

L'art. 1564 c.c., rubricato "Risoluzione del contratto", in particolare, prevede che in caso di inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, la controparte possa chiedere la risoluzione del contratto qualora l'inadempimento abbia una notevole importanza e sia tale da menomare la fiducia circa l'esattezza degli adempimenti successivi³⁹⁹.

La disciplina inerente al contratto di somministrazione appare, pertanto, più severa rispetto quella della risoluzione *ex* artt. 1453 e ss. del codice civile e ciò, in quanto, la disposizione di cui all'art. 1564 c.c. tenderebbe a garantire la stabilità del rapporto facendo prevalere la conservazione del contratto rispetto ad un inadempimento che concerne una singola prestazione⁴⁰⁰.

In tal modo, quasi sicuramente, la norma intenderebbe favorire il somministrato, che di regola si qualifica parte debole del rapporto, rendendo per la controparte più difficoltoso il poter agire attraverso l'azione di risoluzione.

³⁹⁷ G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Giuffrè, Milano, 2001, 134 ss.

³⁹⁸ G.B. FERRI - A. NERVI, *Il contratto di somministrazione*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III, 3, Giuffrè, Milano, 2009, 85.

³⁹⁹ M. NUZZO, *Somministrazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1990, 167 ss.

⁴⁰⁰ L'istituto della risoluzione per inadempimento, previsto dagli artt. 1453 e ss. del c.c., consentito unicamente per i rapporti a prestazioni corrispettive, presuppone non soltanto il verificarsi di un inadempimento che si qualifichi di non scarsa importanza, ma richiede altresì che il medesimo non sia imputabile al dolo o alla colpa della controparte.

Tale esigenza parrebbe accumunare la somministrazione ad altre tipologie contrattuali di durata a prestazioni periodiche, previste nel nostro ordinamento giuridico⁴⁰¹.

Quanto sopra rilevato ha indotto, gran parte della dottrina, a ritenere che, in assenza di disposizioni analoghe in riferimento alle altre fattispecie contrattuali tra imprese, sia possibile estendere analogicamente la disciplina dettata in tema di somministrazione a tutti i contratti di durata a prestazioni periodiche stipulati tra imprese⁴⁰².

La presenza delle forme di tutela analizzate all'interno della maggior parte delle discipline riguardanti i contratti tra imprese, ha indotto la dottrina a ritenere di poter avallare la configurabilità dell'astratta categoria del terzo contratto.

A fronte di tale orientamento minoritario, si colloca la tesi secondo la quale, al contrario, tali linee di tendenza non rappresenterebbero indici sulla base dei quali poter costituire una categoria autonoma afferente i contratti d'impresa⁴⁰³.

Ciò in quanto, i mezzi di tutela suddetti riguarderebbero non soltanto l'ambito delle relazioni contrattuali intercorrenti tra imprenditori dotati di maggior forza contrattuale e imprenditori deboli, ma in generale il diritto dei contratti.

Conseguentemente, seppur il nostro ordinamento si riveli particolarmente sensibile nei confronti dell'imprenditore debole, sembrerebbe che quest'ultimo non possa risultare destinatario di

⁴⁰¹ A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Cedam, Padova, 1963, 57 ss.

⁴⁰² G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Giappichelli, Torino, 1960, 230 ss., il quale rileva che le norme dettate in tema di somministrazione sembrano riguardare i rapporti destinati ad avere una durata nel tempo, piuttosto che un preciso contenuto economico-giuridico e, pertanto, non sembra affatto azzardato affermare che tali norme debbano trovare applicazione per tutti i contratti di durata.

⁴⁰³ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Il Mulino, Bologna, 2008, 14, il quale sottolinea come, in realtà, pur se non esiste la categoria del terzo contratto, nondimeno non si deve concludere per un'assoluta incomunicabilità.

un'apposita disciplina di tutela, in quanto, come precedentemente rilevato, gli strumenti ad esso accordati gli sono concessi non in quanto imprenditore ma, piuttosto, poiché contraente debole *tout court*⁴⁰⁴.

2. La tutela amministrativa

Il funzionamento del sistema economico si fonda sui principi della libera iniziativa economica e della concorrenza tra imprese.

Secondo le dottrine dell'economia classica, il sistema concorrenziale realizzerebbe sia l'interesse degli imprenditori a conseguire il massimo profitto, sia l'interesse generale della collettività al più razionale impiego delle risorse e alla migliore soddisfazione dei propri bisogni.

L'ideale della “concorrenza pura” spesso, però, si presenta nella pratica inquinato da effettive distorsioni che impediscono il realizzarsi dei risultati socialmente utili precedentemente prospettati⁴⁰⁵.

Può, pertanto, accadere che la competizione, in determinati settori, risulti ristretta o, addirittura, esclusa per iniziativa delle medesime imprese, le quali, convenzionalmente, decidono di non farsi concorrenza reciprocamente creando, quindi, un danno nei confronti delle altre imprese esistenti nel mercato e nei riguardi dei consumatori⁴⁰⁶.

Il legislatore italiano ha optato per il c.d. “doppio binario” di tutela, privatistico e pubblicistico, per contrastare tali pratiche restrittive della

⁴⁰⁴ Si configurano, infatti, all'interno del nostro ordinamento giuridico, delle linee di intervento comuni tra contratti con i consumatori, con i risparmiatori e con gli imprenditori deboli, tali da indurci a ritenere che la tutela sia apprestata dal legislatore italiano nei confronti della generale figura del contraente debole.

⁴⁰⁵ V. ROPPO, *Diritto privato*, V, Giappichelli, Torino, 2016, 783.

⁴⁰⁶ La legge si preoccupa, allora, di stabilire fino a che punto tali restrizioni convenzionali della concorrenza siano da ritenersi ammissibili e quando, invece, si qualificano come dannose per il mercato.

concorrenza, affidando il secondo all' Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato.

L'obiettivo della disciplina antitrust è, pertanto, quello di individuare, vietare e reprimere i comportamenti delle imprese che limitano la concorrenza, creando un reale ostacolo al buon funzionamento del mercato⁴⁰⁷.

Norme antitrust esistono da tempo nell'ambito del diritto europeo, le quali vietano le c.d. “*intese e pratiche concordate tra imprese*”⁴⁰⁸, aventi l'effetto di impedire o falsare il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, e lo “*sfruttamento abusivo della posizione dominante*” che un'impresa, o un gruppo di esse, abbia conquistato all'interno del medesimo mercato, secondo quanto disposto dall'art. 102 del T.U.E⁴⁰⁹.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, la legge antitrust n. 287/1990⁴¹⁰, viete tre tipologie di comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dalle imprese: le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni.

Il divieto di intese restrittive della concorrenza è, dunque, contenuto all'interno dell'art. 2 della l. n. 287/1990, il quale punisce in via amministrativa, qualificandole come illecito anticoncorrenziale, le intese che hanno come scopo (o come effetto) quello di restringere la concorrenza su tutto il mercato nazionale o su una parte di esso⁴¹¹.

⁴⁰⁷ V. ROPPO, *Diritto privato*, cit., 788.

⁴⁰⁸ Facendo, però, salve le intese che “*contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*”, secondo quanto disposto dall'art. 101 T.U.E.

⁴⁰⁹ Sulla tutela a carattere pubblicistico-collettivo, attribuita al consumatore, da far valere innanzi all'autorità Antitrust cfr. M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 22.

⁴¹⁰ V. ROPPO, *Diritto privato*, cit., 788 e ss.

⁴¹¹ R. GIOVAGNOLI- M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2009, 1103 ss.

Il medesimo articolo, pertanto, con un'elencazione ritenuta meramente esemplificativa, chiarisce che sono considerate intese, gli accordi, le pratiche concordate e le deliberazioni di associazioni di imprese, di consorzi o di organismi simili che abbiano l'effetto di falsare il libero gioco della concorrenza⁴¹².

L'abuso di posizione dominante, disciplinato dall'art. 3 della legge antitrust, sancisce il divieto, per un'impresa che rivesta una posizione dominante all'interno del mercato, di abusare della stessa allo scopo di limitare o distorcere la concorrenza.

Ciò che la legge vuole reprimere è, pertanto, non la posizione dominante, ma l'abuso di essa da parte dell'impresa che ne sia titolare⁴¹³.

Il legislatore italiano, in realtà, non fornisce alcuna definizione di posizione dominante, né di sfruttamento abusivo della stessa, ma si limita a fornire un'elencazione, puramente esemplificativa, di una serie di comportamenti vietati⁴¹⁴.

Secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, il comportamento di un'impresa, che detiene una posizione dominante, può essere, perciò, qualificato abusivo, allorquando la medesima impresa ostacola la concorrenza ricorrendo a mezzi difformi rispetto a quelli sui cui si basa un regime concorrenziale puro⁴¹⁵.

Per quanto concerne le concentrazioni, l'art. 5 della l. 287 del 1990 le riconduce a tre ipotesi tipiche rappresentate dalla fusione di due o più

⁴¹² Tale requisito è stato introdotto al fine di evitare la punibilità di quelle intese prive di rilevanza all'interno del mercato.

⁴¹³ F.GHEZZI - G. OLIVERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2013, 199 ss.

⁴¹⁴ N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, Cedam, Padova, 2015, 56 ss.

⁴¹⁵ *Corte Giust.*, 13 febbraio 1979, C- 58/79, *Granaria B V C. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, in *Foro it.*, 1980, IV, 311, ha precisato come la posizione dominante si identifica con “una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere dei comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in ultima analisi, dei consumatori”.

imprese, dall'acquisizione, da parte di un'impresa, del controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese e dalla costituzione di un'impresa comune da parte di due o più imprese.

Tali tipologie delineate dall'articolo in questione sono, in realtà, espressione di un unico fenomeno che fa sì che si realizzi, attraverso qualsiasi mezzo, una modifica strutturale del mercato⁴¹⁶.

Dall'art. 6 della legge antitrust ricaviamo come siano vietate unicamente le concentrazioni che *“comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza”*.

Conseguentemente, a differenza del controllo esercitato sulle intese e sui singoli abusi, che si caratterizza per essere successivo e repressivo, quello sulle concentrazioni risulta essere preventivo e valutativo.

Qualsiasi accordo del genere, ancorché manifestamente non lesivo della concorrenza, dovrà, pertanto, essere preventivamente notificato all'AGCM, qualora la sua portata assuma una dimensione quantitativa individuata in base al fatturato superiore a 500 milioni di euro complessivi e 50 milioni di euro da parte dell'impresa acquisita, rivalutati ogni anno sulla base dell'indice deflettore dei prezzi del prodotto interno lordo⁴¹⁷.

L'applicazione dei divieti esaminati è, quindi, affidata all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (c.d. autorità antitrust)⁴¹⁸.

Essa, infatti, svolge indagini per accertare se una determinata impresa abbia realizzato intese restrittive della concorrenza o abusi di posizione

⁴¹⁶ N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, cit., 64 ss.

⁴¹⁷ F.GHEZZI - G. OLIVERI, *Diritto antitrust*, cit., 199 ss.

⁴¹⁸ V. ROPPO, *Diritto privato*, cit., 789.

dominante: a tal fine, pertanto, può imporre alle imprese di fornire elementi di conoscenza e a quest'ultime, a loro volta, viene concesso il diritto di replica.

Qualora l'autorità Antitrust dovesse riscontrare una delle violazioni suddette, ha l'obbligo di diffidare le imprese, che si sono rese responsabili in tal senso, a regolarizzare, entro un dato termine, la loro posizione.⁴¹⁹

Tale potere-dovere di diffida è, dunque, correlato all'accertamento di un'infrazione da parte di una o più imprese, a prescindere dalla sussistenza di una situazione di gravità⁴²⁰.

L'Antitrust, nell'irrogare la diffida, assegna alle imprese un termine entro il quale esse dovranno procedere alla rimozione dell'infrazione, accompagnato dall'obbligo di inviare una relazione circa le misure adottate al fine di adempiere alla misura ripristinatoria in questione.

Nei casi più gravi, oppure nell'ipotesi di inosservanza della relativa diffida, l'autorità Antitrust applica, alle suddette imprese, sanzioni pecuniarie.

Compito dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è altresì quello di valutare le operazioni di concentrazione⁴²¹, decidendo di vietarle o, al contrario, di autorizzarle.

L'autorità Antitrust dispone, quindi, di una pluralità di poteri che si sostanziano in quello consultivo e di segnalazione, in poteri istruttori, di

⁴¹⁹ V. ROPPO, *Diritto privato*, cit., 789.

⁴²⁰ Il potere di diffida, secondo la dottrina, è un potere di tipo ordinatorio incentrato sulla intimazione rivolta alle imprese di tenere un determinato comportamento, costituito dall'eliminazione dell'infrazione, entro uno specifico termine finale.

⁴²¹ Le concentrazioni devono essere, infatti, comunicate quando il fatturato delle imprese interessate supera una certa somma.

predisposizione di misure ripristinatorie o inibitorie e nell'adozione di provvedimenti a carattere decisorio⁴²².

Allo scopo di rendere maggiormente effettivo l'esercizio delle funzioni affidate alla medesima, le sono stati attribuiti ,altresì, poteri sanzionatori⁴²³ ex art. 15 della legge antitrust.

Tale possibilità, riconosciuta all'autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, di impartire sanzioni amministrative pecuniarie, nei confronti delle imprese che si siano rese responsabili di gravi infrazioni, viene però dalla legge limitata entro determinati limiti quantitativi⁴²⁴.

La *ratio* alla base del riconoscimento di tale specifico potere è da rinvenire nella volontà della legge di punire l'impresa responsabile e di dissuadere le altre imprese dal commettere infrazioni del medesimo tipo.

L'art. 15, comma secondo, della legge del 10 ottobre 1990, n. 287, ha poi attribuito all'Autorità garante il potere di sanzionare l'inottemperanza all'ordine impartito mediante procedimento sanzionatorio⁴²⁵.

In particolare, l'art. 15, comma 2, della legge antitrust prevede che, qualora le imprese non dovessero ottemperare al provvedimento di diffida emanato dalla medesima Autorità, debba essere irrogata una sanzione pecuniaria fino al 10 % del fatturato e, nei casi in cui fosse stata applicata anche la sanzione di cui al comma 1, essa dovrà essere “*di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al*

⁴²² N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, cit., 11 ss.

⁴²³ Da ultimo si sono aggiunti anche il potere di adottare misure cautelari, di chiudere il procedimento con l'adozione di decisioni con impegni e il potere di concedere programmi di clemenza.

⁴²⁴ In particolare, secondo l'art. 15 della legge antitrust, infatti, la sanzione non può essere maggiore al 10% del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della diffida.

⁴²⁵ N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, cit., 48 ss.

comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato”.

Inoltre, nelle ipotesi di reiterata inottemperanza, l’Antitrust può disporre la sospensione dell’attività di impresa fino un termine massimo di 30 giorni.

Occorre dire come, parte della dottrina, abbia rilevato la mancanza di una previsione da parte della legge, nei casi di inottemperanza alle decisioni dell’AGCM, di una sanzione pecuniaria di tipo permanente, da applicare nei casi infrazioni reiterate e continuative.

Un meccanismo sanzionatorio in tal senso si modellerebbe sull’istituto delle *astreintes*, presente all’interno dell’ordinamento francese, il quale prevede, per ogni giorno di ritardo nell’adempimento ad una decisione, l’irrogazione di una penalità di mora⁴²⁶.

Secondo, infatti, una recente sentenza della Corte di Cassazione civile⁴²⁷, *“non si può considerare in contrasto con un principio fondamentale, desumibile dalla Costituzione o da fonti equiparate, il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell’inadempimento, impartito da un giudice al fine di coazione all’adempimento di un obbligo infungibile. Al contrario, la misura comminata tutela il diritto del creditore alla prestazione principale accertata con provvedimento giudiziale, dunque mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed al diritto della libera iniziativa economica”.*

⁴²⁶ R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrina e giurisprudenza*, cit., 1158 ss.

⁴²⁷ Cass., sez. I, 15 aprile 2015 n. 7613, in *Foro it.*, 2015, 12, I, 3951, con nota di MONDINI.

L'art. 9 della legge n. 192/98, che prevede il divieto dell'abuso di dipendenza economica, come modificato a seguito della riforma del 2001, statuisce che, nel caso in cui la condotta abusiva venga ad integrare anche un illecito anticoncorrenziale, l'AGCM, d'ufficio o su iniziativa di terzi, possa porre in essere diffide o sanzioni, previste dall'art. 15 della l. n. 287/90, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso l'abuso⁴²⁸.

Tale disposizione ha, però, creato problemi di coordinamento tra la competenza dell'AGCM e quella del giudice ordinario.

A fronte della dottrina maggioritaria che, facendo leva sulla natura plurioffensiva dell'illecito in questione, ritiene sia configurabile un cumulo di tutele, si pone l'orientamento dottrinale favorevole ad una giurisdizione spettante solamente all'AGCM in quanto prevalente su quella del giudice ordinario⁴²⁹.

3. La tutela giudiziale

Secondo l'attuale formulazione del terzo comma dell'art. 9 della l. 192 del 1998 *“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”*.

⁴²⁸ B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Giuffrè, Milano, 2008, 181, rileva come, dal momento che i comportamenti realizzanti la dipendenza economica in qualche misura producono sempre effetti distorsivi della concorrenza, si dovrà capire qual è la soglia di rilevanza del comportamento per tutelare la concorrenza.

⁴²⁹ R. RINALDI - F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in AA. VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Giappichelli, Torino, 1999, 145, ritengono che la procedura prevista dall'art. 14 della l. n.287/90 abbia natura prettamente amministrativa e quindi non possa trovare applicazione l'art. 295 c.p.c. Pertanto, l'eventuale pendenza di un procedimento davanti l'AGCM non potrà in alcun modo precludere o condizionare l'azione giudiziaria.

Dalla citata disposizione risulterebbe evidente come l'autorità deputata legalmente a conoscere delle fattispecie di abuso di dipendenza economica, ed a sanzionarle, sia esclusivamente il giudice ordinario.

In realtà, però, ai sensi del successivo comma 3 *bis* viene statuito che, *“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 ed il mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso”*⁴³⁰.

In virtù di tale disposizione, dunque, il potere di sanzionare l'abuso di dipendenza economica spetterebbe non solo al giudice ordinario, ma, al ricorrere di determinate circostanze, anche all'autorità Antitrust⁴³¹.

La norma in questione è stata interpretata, da alcuna parte della dottrina, nel senso di ritenere legittimata l'Antitrust ad esercitare i poteri ad essa spettanti, unicamente nell'ipotesi in cui il relativo abuso di dipendenza economica assuma una certa rilevanza ai fini della tutela della concorrenza e del mercato⁴³².

⁴³⁰ Tale comma è stato aggiunto dall'art. 11 della l. 5 marzo 2001, n. 57 ed è stato poi così modificato dall'art. 10 della l. 11 novembre 2011, n. 180.

⁴³¹ L'autorità Antitrust potrebbe, infatti, d'ufficio o su segnalazione di terzi, all'esito dell'espletamento dell'istruttoria prevista dall'art. 14 della l. antitrust, ritenere che l'abuso di dipendenza economica rilevato integri la fattispecie dell'abuso di posizione dominante o sia comunque rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato.

⁴³² F. PROSPERI, *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Giuffrè, Milano, 2015, 340 ss.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, la disposizione citata non avrebbe altro fine se non quello di stabilire il limite di intervento dell'Antitrust⁴³³.

Nello specifico, secondo tale ultimo orientamento, il riferimento alla tutela della concorrenza e del mercato avrebbe lo scopo di far sì che tale autorità indipendente possa essere chiamata ad intervenire, non in ogni ipotesi in cui si verifichi una alterazione della concorrenza e del mercato, ma soltanto nei casi in cui essa sia rilevante⁴³⁴.

La soluzione preferibile sembrerebbe essere quella del cumulo delle tutele, e ciò in base alla considerazione che una medesima condotta può connotarsi di un carattere plurioffensivo tale da integrare illeciti, autonomi tra di loro, rientranti nella cognizione di autorità diverse⁴³⁵.

Da ciò, conseguentemente, discenderebbe che qualora dovessero essere pendenti contemporaneamente un processo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria⁴³⁶ e un altro davanti all'Antitrust, il giudice non dovrà sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

E' evidente che, invero, qualora l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si fosse preventivamente pronunciata su una determinata questione, il provvedimento emanato da quest'ultima non dovrebbe considerarsi del tutto irrilevante per il giudice, data l'alta

⁴³³ Ciò al fine di evitare che l'autorità indipendente in questione finisca per essere oberata da denunce con conseguente rallentamento della propria attività.

⁴³⁴ Per valutarne la rilevanza occorrerebbe fare riferimento all'estensione geografica del mercato di riferimento e all'intensità di turbamento che provoca all'interno del relativo mercato.

⁴³⁵ Una condotta potrà, pertanto, essere oggetto di giudizi autonomi davanti a giudici o autorità diversi, senza che ciò comporti tra essi alcun effetto preclusivo.

⁴³⁶ Intendendosi per tale, il Tribunale di primo grado in caso di abuso di dipendenza economica, ovvero la Corte d'Appello in ipotesi di abuso di posizione dominante o di intesa restrittiva della concorrenza).

specializzazione che connota tale organo all'interno del nostro ordinamento giuridico⁴³⁷.

Come precedentemente rilevato, l'art. 9 della l. 18 giugno 1998 n. 192, statuisce che competente a conoscere le azioni in materia di abuso di dipendenza economica, tra le quali quelle inibitorie e di risarcimento del danno, debba essere il giudice ordinario.

Precedentemente a tale inciso, viene statuito dal medesimo terzo comma dell'art. 9 che *“Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo”*⁴³⁸.

Un aspetto particolarmente dibattuto è stato quello inerente la possibilità di qualificare la nullità in questione come “nullità di protezione”⁴³⁹.

Una finalità di protezione, in realtà, è ravvisabile all'interno delle legislazioni volte a disciplinare i rapporti tra imprese, quali, nello specifico, la disciplina antitrust, quella sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e quella in tema di subfornitura.

Così premesso, in modo unanime, la dottrina sembra avere escluso che la disposizione di cui all'art. 9 della l. 192 del 1998⁴⁴⁰, come anche l'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2001, facciano riferimento ad una nullità dell'intero contratto, e ciò anche in virtù della lettera delle medesime norme.

⁴³⁷ G. MASSA, *La tutela civile: profili processuali*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubetazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Il Mulino, Bologna, 1997, 1467 ss.

⁴³⁸ In considerazione del fatto che l'art. 9 della l. sulla subfornitura faccia espressamente riferimento alla nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso, si ritiene che tale disposizione debba trovare esclusivamente applicazione nei casi di abuso c.d. “contrattuali”, coincidenti con l'imposizione di clausole gravemente inique o discriminatorie.

⁴³⁹ G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1332, rileva come queste nuove forme di nullità siano volte a riequilibrare lo *status* di inferiorità economica o informativa del contraente debole.

⁴⁴⁰ L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contr.*, 1999, 298.

Non sarebbe, inoltre, nemmeno auspicabile fare riferimento alla nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* in quanto condurrebbe, nella maggior parte dei casi, alla declaratoria della nullità dell'intero contratto, data la plausibile essenzialità della clausola nulla.

Le nullità sancite dall'art. 9 della legge sulla subfornitura e dall'art. 7 del d.lgs. del 2002 in tema di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, troverebbero, pertanto, autonomo fondamento nella finalità di tutela del contraente economicamente debole, qualificandosi, quindi, come vere e proprie "nullità di protezione"⁴⁴¹.

Il medesimo art. 9 della l. sulla subfornitura prevede poi che sia il giudice ordinario ad essere competente a conoscere delle azioni inibitorie.

E' stato rilevato come l'utilizzo, da parte del legislatore, dell'espressione "*azioni inibitorie*" al plurale, sembrerebbe attribuire al comando inibitorio una portata particolarmente estensiva⁴⁴².

Si ritiene corretto, comunque, affermare come le inibitorie a cui fa riferimento l'art. 9 siano essenzialmente quelle previste dall'art. 2599 c.c., ottenibili in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, sia le c.d. "inibitorie definitive".

Per quanto attiene all'azione di risarcimento prevista dal medesimo articolo 9, occorre rilevare che essa rappresenta l'unico strumento

⁴⁴¹ Diversamente opinando, infatti, l'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c. finirebbe per porre nel nulla la tutela dell'impresa più debole, in quanto l'impresa dotata di maggiore forza potrebbe non preoccuparsi delle conseguenze che potrebbero derivare dall'imposizione di clausole ingiustificatamente gravose o discriminatorie, facendo affidamento sul timore di agire dell'impresa debole al fine di ottenere la pronuncia della nullità dell'intero contratto.

⁴⁴² Il riferimento, posto in essere dall'art. 9 della l. 192 del 1998, alle "*azioni inibitorie*" potrebbe, infatti, concretizzarsi nel divieto di continuare l'attività d'impresa fino a quando non venga eliminato il relativo abuso, sia nell'ordine di eliminare l'abuso stesso.

utilizzabile nelle ipotesi di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e di rifiuto di vendere o acquistare⁴⁴³.

Laddove, invece, si sia al cospetto di imposizione di condizioni contrattuali eccessivamente gravose o discriminatorie, l'impresa in situazione di dipendenza economica, invocando la nullità di quest'ultime, potrà comunque ottenere dal giudice ordinario il risarcimento dei relativi danni subiti fino alla declaratoria della nullità.

Da sempre dibattuta è stata la qualificazione della natura giuridica di tale forma di responsabilità.

Secondo una prima tesi, la responsabilità derivante dall'abuso di dipendenza economica avrebbe natura ibrida: generalmente contrattuale, ma necessariamente extracontrattuale⁴⁴⁴ laddove non sia ravvisabile tra le due imprese alcun rapporto contrattuale⁴⁴⁵.

Un altro orientamento dottrinale, invece, qualificerebbe come unicamente contrattuale la responsabilità in questione, in quanto l'art. 9 della legge sulla subfornitura sarebbe idoneo a far sorgere dei veri e propri obblighi a contrarre in capo all'impresa relativamente dominante⁴⁴⁶.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, essa sarebbe riconducibile al *genus* della responsabilità precontrattuale.

⁴⁴³ Tale tesi viene, infatti, sostenuta da quella parte della dottrina che ritiene che il divieto di abuso di dipendenza economica non sia idoneo a fondare un vero e proprio obbligo a contrarre eseguibile coattivamente.

⁴⁴⁴ M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, 30.

⁴⁴⁵ Tale responsabilità si qualificerebbe come extracontrattuale specialmente nell'ipotesi di rifiuto abusivo di contrarre in cui, pertanto, non sussisterebbe tra le parti alcuna relazione contrattuale.

⁴⁴⁶ In tale prospettiva cfr., F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, cit., 294 ss.

Nello specifico, a parere di tale ultima tesi, tale forma di responsabilità dovrebbe essere concepita, non come illecito aquiliano, ma quale violazione di un determinato rapporto obbligatorio⁴⁴⁷.

In realtà occorre, però, rilevare che, se sia l'art. 9 della legge sulla subfornitura che l'art. 1337 c.c. sono dirette a tutelare l'affidamento di un soggetto alla conclusione di un contratto, diversa è la fonte dalla quale proviene suddetta finalità.

Mentre, infatti, nei casi di responsabilità precontrattuale l'affidamento alla conclusione del contratto si fonda sull'esistenza di trattative, nell'ipotesi di cui all'art. 9 della l. 192 del 1998 la responsabilità trae il suo fondamento da un'obiettiva situazione di mercato riguardante i rapporti tra l'impresa forte e quella debole⁴⁴⁸.

In virtù di tale ultimo, e più innovativo, orientamento dottrinale, tra le due imprese verrebbe a crearsi un c.d. "contatto speciale", quale il relativo rapporto di dipendenza economica, tale da generare nell'impresa dipendente un affidamento alla conclusione del contratto, necessario per poter proseguire la propria attività indipendentemente da ogni relazione precontrattuale⁴⁴⁹.

3.1 La nullità

Lo strumento della nullità, nato come tecnica di tutela di interessi generali, è divenuto nel corso del tempo, soprattutto su impulso del

⁴⁴⁷ Secondo tale prospettiva, dunque, l'art. 1337 c.c. non andrebbe ricondotto nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, ma fisserebbe, al contrario, uno specifico vincolo obbligatorio sottoposto alle regole di cui alla responsabilità contrattuale, la cui fonte sarebbe individuabile nella violazione del principio della buona fede.

⁴⁴⁸ L'assenza di alternative concrete, caratterizzante la dipendenza economica, infatti, farebbe sì che l'impresa in posizione di forza diventi la controparte obbligata dell'impresa dipendente.

⁴⁴⁹ In tal senso, V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., 415 ss.

legislatore europeo, anche un mezzo posto a presidio di interessi particolari⁴⁵⁰.

Nello specifico, tale forma di invalidità è stata finalizzata a tutelare il contraente debole⁴⁵¹, qualificandosi, quindi, come “nullità di protezione”, avente lo scopo di reprimere gli abusi posti in essere dal contraente dotato di maggior forza contrattuale e di sanzionare la violazione di norme imperative ad alto indice protezionistico.

Questa particolare tipologia di nullità⁴⁵² si presenta, però, dotata di caratteristiche peculiari rispetto a quelle che la connotano in ambito codicistico.

La nullità disciplinata dal codice civile del 1942, qualificandosi come forma più grave d’invalidità negoziale, ha, infatti, una portata prettamente sanzionatoria a tutela di interessi generali⁴⁵³.

Occorre al riguardo precisare come, in realtà, a differenziare la “nullità di protezione”, da quella prevista dal codice civile, non sia tanto la natura dell’interesse protetto, quanto, invece, l’ambito di incidenza delle due forme di invalidità negoziali.

La nullità codicistica attiene, infatti, sempre all’atto ed è diretta a colpire vizi riguardanti gli elementi richiesti ai fini della validità di un

⁴⁵⁰ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 499, sottolinea che è cambiato il fondamento sostanziale della figura, da riporre non più necessariamente e solamente nella tutela di un interesse pubblico e sociale, ma anche nella tutela di un interesse particolare.

⁴⁵¹ G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., 1332 ss., la quale rileva che al fine di tutelare il contraente più debole, al fine di riequilibrare le posizioni dei contraenti, l’ordinamento utilizza una serie di strumenti e, in mancanza di strumenti specifici, ricorre a quelli già esistenti, piegandoli però alle nuove esigenze.

⁴⁵² V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione della nullità di protezione*, cit., 461, distingue tra nullità funzionali e nullità strutturali. Le prime ineriscono al contenuto dell’agire autonomo dei privati, colpendo pattuizioni inique, sfavorevoli e difformi ed hanno natura non sanzionatoria ma conformativa. Le nullità strutturali, invece, derivano da anomalie di fattispecie o da inosservanza di prescrizioni formali.

⁴⁵³ A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Utet, Torino, 2006, 1536, il quale ritiene che anche la nullità disciplinata dal codice civile del 1942 interverrebbe a protezione della parte debole, in quanto sanziona la violazione delle norme dirette a correggere l’asimmetria di potere contrattuale.

determinato contratto; diversamente, la “nullità di protezione” ha per oggetto il controllo sul regolamento contrattuale ed è finalizzata non soltanto ad eliminare gli eventuali squilibri giuridici o economici, esistenti tra le parti, ma anche a rimodularne il medesimo contenuto⁴⁵⁴.

La nullità prevista dal codice civile del 1942 si distingue in totale e parziale: la prima colpisce l'intero contratto, la seconda, invece, fa cadere unicamente le singole clausole affette da tale forma di invalidità, salvo non risulti che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto senza quella parte di esso sanzionata con la nullità.

Si distingue, inoltre, in assoluta e in relativa.

La prima, costituendo la regola all'interno del nostro ordinamento, fa sì che possa essere fatta valere dalle parti del contratto e da chiunque vi abbia interesse⁴⁵⁵.

La nullità relativa, al contrario, può essere esperita unicamente da determinati soggetti legittimati in tal senso⁴⁵⁶.

La *ratio* sottesa alla c.d. nullità di protezione⁴⁵⁷ consisterebbe, come rilevato, nel voler sanzionare la parte forte per avere abusato del proprio potere contrattuale in danno della controparte.

Ciò, ovviamente, fa sì che tale particolare forma d'invalidità sia dotata di caratteristiche peculiari e diversificate, rispetto a quelle che connotano

⁴⁵⁴ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 31.

⁴⁵⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 612.

⁴⁵⁶ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 78, afferma che l'impianto codicistico sembra presentarci la nullità assoluta come regola e quella relativa come eccezione. Tale visione, però, non sembra compatibile con la funzione che la nullità svolge nel sistema giuridico attuale che vede molteplici ipotesi di nullità di protezione che si caratterizzano, in particolare, per la loro legittimazione relativa.

⁴⁵⁷ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione della nullità di protezione*, cit., 464, secondo il quale, tratto caratterizzante di tale tipologia di nullità sarebbe quello di essere preordinata al rimodellamento del regolamento contrattuale attraverso canoni idonei a garantire la più efficace ed appropriata realizzazione degli interessi perseguiti.

la nullità in ambito codicistico, tali da poter realizzare lo scopo protezionistico al quale è rivolta⁴⁵⁸.

Derogando alla disciplina dettata in tema di nullità parziale dall'art. 1419 c.c. comma 1, la “nullità di protezione”⁴⁵⁹, il cui paradigma giuridico sarebbe ravvisabile nell'art. 36 cod. cons., farebbe unicamente caducare la clausola abusiva facendo, invece, rimanere salva la restante parte del contratto, indipendentemente da ogni valutazione circa il fatto che le parti lo avrebbero concluso anche in mancanza della clausola nulla.

Tale attenuazione del carattere demolitorio tipico della nullità codicistica avrebbe, pertanto, la finalità di tutelare la parte debole in quanto, se si fosse fatta applicazione della generale azione di nullità⁴⁶⁰ di cui agli artt. 1418 e ss. del codice civile, si sarebbe ottenuta la caducazione dell'intero contratto⁴⁶¹.

Inoltre, nelle varie discipline “di protezione”, contrariamente a quanto sancito nella normativa codicistica, la nullità si caratterizza per essere a legittimazione relativa⁴⁶².

⁴⁵⁸ F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Esi, Napoli, 2004, 236 ss., il quale rileva che la legislazione di matrice europea ci ha consegnato un concetto di nullità con caratteristiche differenti rispetto alla nullità prevista e disciplinata dal codice civile del 1942.

⁴⁵⁹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., secondo cui, non solo le nullità di protezione non sono eccezioni, ma non sono neppure speciali, dal momento che anche tale qualificazione presenterebbe il difetto di categorizzare tale tipologia di nullità come deviazioni rispetto al sistema.

⁴⁶⁰ Sulla estensione dei rimedi codicistici della nullità e dell'annullabilità ai contratti del consumatore cfr., M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 23 ss.

⁴⁶¹ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 776, secondo il quale in materia di contratti tra imprenditori, così come in riferimento ai contratti con i consumatori, si cercano soluzioni finalizzate a non porre nel nulla il rapporto contrattuale, mirando, quindi, ad attenuare il carattere demolitorio a fronte della sempre maggiore diffusione dello strumento della nullità.

⁴⁶² S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 79 ss., il quale afferma che la nullità relativa è frutto di una scelta che si giustifica quando si è al cospetto di un vizio strutturale della fattispecie, causato da un abuso di una parte a danno dell'altra, e destinato ad incidere su di un assetto di interessi che non coinvolge soggetti terzi, suggerendo la legittimazione all'azione al solo contraente pregiudicato dal contratto nullo.

L'art. 1421 c.c.,⁴⁶³ infatti, prevede una legittimazione assoluta, in riferimento all'esperimento della relativa azione, in quanto strumento diretto a tutelare interessi generali.

Ciò, conseguentemente, avrebbe comportato un ulteriore mezzo di potere, a disposizione del contraente forte, per potersi "disfare" del vincolo contrattuale a danno del contraente debole⁴⁶⁴.

Occorre, inoltre, rilevare come le stesse norme codicistiche, e in particolare l'art. 1421 c.c., nell'utilizzare espressioni come "*salvo diverse disposizioni di legge*" consentono testualmente una limitazione della legittimazione ad agire.

La legittimazione relativa non potrebbe essere, inoltre, esclusa sulla base del fatto che il carattere relativo della nullità si configuri come eccezione ammessa solo nei casi stabiliti dalla legge, in quanto la crescente diffusione di tale tipologia di nullità ci imporrebbe di superare l'impostazione tradizionale precedentemente rilevata⁴⁶⁵.

A tal fine occorre, infatti, sottolineare come l'argomento che ha indotto parte della dottrina a catalogare le previsioni di invalidità di questo tipo come eccezioni, nel sistema delineato dal codice civile, è proprio quello attinente alla difficoltà di conciliare la disponibilità in capo al singolo del potere di azionare la nullità con la possibilità di un intervento officioso⁴⁶⁶.

⁴⁶³ V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 490, afferma che si è assistito ad una frammentazione della categoria della nullità in una pluralità di modelli e correlativi statuti normativi. In particolare viene evidenziato il passaggio "dalla nullità alle nullità".

⁴⁶⁴ G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 856.

⁴⁶⁵ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 88, evidenzia che la nullità relativa, in ambito codicistico, poneva tutta una serie di problemi, non risultando agevole distinguerla dall'annullabilità.

⁴⁶⁶ R. CALVO - A. D'ADDA - G. D'AMICO - G. DE CRISTOFARO - A. FEDERICO - A. GENTILI - M. GIROLAMI - D.I. PACE - S. PAGLIANTINI - R. QUADRI, *Le forme della nullità*, cit., 56.

Laddove, dunque, come nell'ipotesi delle discipline a protezione dell'imprenditore debole, l'interesse perseguito sia "particolare"⁴⁶⁷, non sembra possano porsi dubbi in merito alla sussistenza di una legittimazione relativa, senza limiti temporali, a far valere la nullità, salva la possibilità per il giudice di rilevarla⁴⁶⁸ unicamente però nel caso in cui ciò sia a favore della parte debole⁴⁶⁹.

Ciò in quanto, l'attività dell'autorità pubblica non potrà mai arrivare a collidere con la volontà del singolo soggetto: la rilevabilità d'ufficio dovrà, dunque, servire non tanto per affermare il primato dell'interesse generale, quanto, piuttosto, per rafforzarne la *ratio* protettiva⁴⁷⁰.

Ne discende che il giudice sarà tenuto a valutare il comportamento processuale tenuto dal contraente debole, precludendogli di rilevare d'ufficio la nullità qualora quest'ultimo renda palese la volontà di ottenere un risultato incompatibile con l'esito derivante dalla nullità.

Da quanto rilevato ne consegue che il soggetto debole deve essere considerato il vero arbitro della fattispecie, in quanto potrà far decretare la definitiva inoperatività del negozio o, al contrario, potrà decidere di avvalersene, quindi sanandolo⁴⁷¹.

A tal proposito si è ritenuto in dottrina che non sarebbe necessario arrivare in giudizio per dare la possibilità al contraente debole di sanare

⁴⁶⁷ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 20, secondo il quale la nullità, tradizionalmente intesa, si rivelerebbe inadeguata a tutelare le esigenze del contraente debole.

⁴⁶⁸ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *Foro it.*, 2015, 3, I, 862.

⁴⁶⁹ Il carattere relativo della nullità non esclude la rilevabilità da parte del giudice, se però a vantaggio della parte debole. Risulta opportuno evidenziare che in passato, in riferimento a tale tipologia di nullità, si era posto il problema se riconoscerne o meno la rilevabilità d'ufficio. Molti, infatti, sostenevano vi fosse incompatibilità tra legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio. In tal senso, Cass., sez. I, 14 febbraio 1975 n. 590, in *Giur.it.*, 1976, I, 1204; in dottrina, R. QUADRI, "*Nullità*" e *tutele del "contraente debole"*, cit., 1162, il quale, in relazione alle clausole vessatorie, rileva alcune ipotesi nelle quali per il professionista la rilevabilità d'ufficio potrebbe porsi in maniera sfavorevole.

⁴⁷⁰ R. CALVO - A. D'ADDA - G. D'AMICO - G. DE CRISTOFARO - A. FEDERICO - A. GENTILI - M. GIROLAMI - D.I. PACE - S. PAGLIANTINI - R. QUADRI, *Le forme della nullità*, cit., 66.

⁴⁷¹ Ne consegue che la nullità di protezione deve essere interpretata come una forma di invalidità in grado di paralizzare *ab origine* l'operatività del negozio da essa affetto, ma passibile di sanatoria da parte del contraente protetto dalla legge.

in modo definitivo la fattispecie, esprimendo, quindi, una volontà giuridicamente significativa in tal senso.

Se, infatti, fosse così la tutela fornita dalla nullità di protezione sarebbe in gran parte vanificata⁴⁷².

Occorre infine, però, rilevare che per quanto la “nullità di protezione” svolga una funzione di tutela di determinati interessi, facenti capo a specifiche categorie di soggetti, non risulta estranea ad essa la finalità di proteggere l’interesse pubblico che da tali fattispecie contrattuali potrebbe risultare alquanto pregiudicato.

Se, infatti, è vero che la protezione apprestata al contraente debole è strumentale alla realizzazione del più generale interesse al corretto funzionamento del mercato, anche il rimedio della nullità svolge la duplice funzione di tutelare l’interesse del singolo e quello generale alla creazione di un mercato libero e concorrenziale⁴⁷³.

L’art. 9, comma terzo, della l. 192/98 che vieta l’abuso di dipendenza economica, nei rapporti tra imprese, qualifica come nullo il patto attraverso il quale si realizza il relativo l’abuso⁴⁷⁴.

Dal momento che la disposizione statuisce la nullità del solo “patto”, la dottrina maggioritaria ha qualificato la nullità in questione come “nullità di protezione” e, quindi, come ipotesi di nullità parziale⁴⁷⁵

⁴⁷² E’ evidente che la valutazione circa la intervenuta sanatoria dovrà, però, essere fatta con particolare scrupolo, onde evitare che il contraente debole venga privato della protezione che gli è stata accordata dalla legge.

⁴⁷³ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 32.

⁴⁷⁴ A. BARBA, *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, in V. Cuffaro (a cura di), Jovene, Napoli, 1998, 553, il quale sostiene che l’accordo sia nullo per contrarietà all’ordine pubblico economico. Diversamente, M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, in V. Cuffaro (a cura di), Jovene, Napoli, 1998, 210, afferma che si tratta di un’ipotesi di nullità per violazione di norma imperativa, riconducibile nell’ambito dell’art. 1418 c.c.

⁴⁷⁵ In questo senso, tra i tanti, B. Grazzini, *Abuso di dipendenza economica*, in C. BERTI - B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., evidenzia che si tratti di una nullità di protezione e di conseguenza deve escludersi che si possa estendere all’intero contratto.

Per quanto attiene alla legittimazione a proporre la relativa azione di nullità, nulla statuisce l'art. 9 della legge sulla subfornitura.

Sul punto le considerazioni, poste in essere dalla dottrina, sono divergenti.

A fronte di chi ritiene di attribuire il potere di sollecitare l'accertamento dell'esistenza di un abuso di dipendenza economica al giudice o a terzi, vi è l'orientamento che lascia esclusivamente al soggetto leso la valutazione sul mantenimento o meno della relazione contrattuale in questione.

La dottrina maggioritaria, in realtà, ha ritenuto legittimato ad agire esclusivamente l'imprenditore pregiudicato⁴⁷⁶.

Tale ultimo orientamento, però, sembrerebbe aver preso in considerazione unicamente il profilo di protezione da accordare all'impresa dipendente, senza, quindi, tenere conto del fatto che la tutela offerta a quest'ultima costituisce anche un mezzo attraverso il quale perseguire il più ampio fine della tutela della concorrenza e del mercato.

Alla luce di tale considerazione, pertanto, parrebbe più giusto ritenere sussistente, in considerazione, quindi, della natura prettamente pubblicistica dell'interesse protetto, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità⁴⁷⁷.

Occorre, infatti, sottolineare come la normativa che vieta l'abuso di dipendenza economica è posta a tutela della concorrenza, da intendere, quest'ultima, quale promozione del benessere collettivo e che, pertanto, tale finalità venga perseguita dal legislatore imponendo all'impresa,

⁴⁷⁶All'imprenditore in situazione di dipendenza economica, infatti, spetterà la scelta se sopportare o meno le violazioni nei suoi confronti.

⁴⁷⁷R. CALVO - A. D'ADDA - G. D'AMICO - G. DE CRISTOFARO - A. FEDERICO - A. GENTILI - M. GIROLAMI - D.I. PACE - S. PAGLIANTINI - R. QUADRI, *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli, Torino, 2009, 23, si rileva come la nullità di protezione, in quanto ipotesi di inefficacia originaria, consentirebbe di dare ragione alla rilevabilità d'ufficio.

relativamente dominante, di non approfittare della situazione di inferiorità economica, determinata dalla mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato, per porre in essere comportamenti opportunistici⁴⁷⁸.

E' stato rilevato come possa, in concreto, capitare che la nullità vada a colpire clausole concernenti il corrispettivo o l'oggetto del contratto e, conseguentemente, quest'ultimo potrebbe risultare svuotato del proprio contenuto essenziale.

Una parte della dottrina⁴⁷⁹, facendo leva sul principio di proporzionalità⁴⁸⁰, ha ritenuto esistente un implicito potere del giudice di intervenire sul regolamento contrattuale, integrandone la parte del contenuto mancante per via della intervenuta dichiarazione di nullità.

La funzione dell'integrazione, infatti, viene fondamentalemente rinvenuta nell'ambito del riempimento delle lacune pattizie ed identificata nello sviluppo del contenuto espressamente voluto e manifestato dai contraenti all'interno del contratto, e ciò al fine di colmare le relative previsioni contrattuali⁴⁸¹.

Nell'ambito delle nullità di protezione, in particolare, l'integrazione acquisterebbe una funzione conformativa del regolamento negoziale, funzionale a tale tipologia di nullità.

Tale orientamento, più specificatamente, sulla premessa che la nullità del patto abusivo *ex art. 9 della l. 192 del 1998* deve essere qualificata

⁴⁷⁸ Sostanzialmente, quindi, il legislatore si propone di tutelare il mercato predisponendo uno strumento, quale quello della nullità, che ha come immediato effetto quello di tutelare la posizione di equilibrio dell'impresa dipendente, riequilibrando il regolamento il relativo contrattuale.

⁴⁷⁹ In particolare, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 237, ritiene che per attuare l'interesse protetto è necessario che il giudice possa integrare il contenuto del contratto, riconducendolo ad equità.

⁴⁸⁰ Sul ruolo svolto dal principio di proporzionalità in riferimento alle invalidità, F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Giuffrè, Milano, 2004, 200.

⁴⁸¹ R. CALVO - A. D'ADDA - G. D'AMICO - G. DE CRISTOFARO - A. FEDERICO - A. GENTILI - M. GIROLAMI - D.I. PACE - S. PAGLIANTINI - R. QUADRI, *Le forme della nullità*, cit., 89.

come “nullità di protezione”, e quindi necessariamente parziale, distingue due ipotesi.

Può, infatti, accadere che, una volta espunta la clausola abusiva dal programma contrattuale, non si ravvisi alcuna necessità di ricorrere all’integrazione.

Al contrario, potrebbe, però, configurarsi l’ipotesi in cui il contratto, ritenuto dal giudice “parzialmente nullo”, per poter “sopravvivere” abbia bisogno di essere integrato⁴⁸².

In tale ultima ipotesi, il giudice potrà, pertanto, ingerirsi all’interno del regolamento contrattuale senza la necessaria mediazione degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c.⁴⁸³

Ovvero, secondo tale tesi, il legislatore che sanziona l’abuso dell’autonomia privata di una parte, impone al giudice, anche se non esplicitamente previsto, l’obbligo di ricostruire il regolamento contrattuale.

In realtà, però, l’orientamento maggioritario in dottrina ha negato tale potere di integrazione facente capo al giudice, in quanto l’art. 9 della l. 192/98 non farebbe alcuna menzione in proposito⁴⁸⁴.

Anche in riferimento alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali *ex d.lgs. n. 231 del 2002*, come modificato dalla direttiva 2011/7/ UE, parte della dottrina si è chiesta se, le nullità

⁴⁸² Si pensi all’ipotesi in cui il prezzo che deve corrispondere l’imprenditore, vittima dell’abuso, risulti ingiustificatamente gravoso o discriminatorio.

⁴⁸³ Nell’ipotesi in cui il contratto dovrà essere integrato non in riferimento ai diritti e agli obblighi, ma per quanto riguarda alle modalità della sua esecuzione, si ritiene che il giudice ricorra alla individuazione della regola esecutiva applicando il criterio della buona fede di cui all’art. 1375 c.c.

⁴⁸⁴ V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 849, ritiene che la nullità e l’inefficacia, a seguito delle trasformazioni avvenute all’interno del nostro ordinamento giuridico, debbano funzionare come “rimedi di regolamento”, ovvero come degli strumenti idonei a gestire, controllare e regolamentare il contratto, in funzione non soltanto demolitoria e dissuasiva, ma anche, e soprattutto, conformativa e costruttiva dell’agire privato.

previste all'interno di essa siano da qualificarsi come nullità assolute *ex art. 1421 c.c.* o delle vere e proprie “nullità di protezione”⁴⁸⁵.

Si è rilevato, infatti, che quando è la PA ad essere debitrice, la nullità si lega alla circostanza che la clausola pattuita sia *contra legem*.

La circostanza secondo la quale l'invalidità prescinda, pertanto, da un abuso contrattuale, dovrebbe orientare l'interprete ad una qualificazione che rimanda al combinato disposto di cui agli artt. 1418- 1421 del codice civile.

In realtà, però, occorre evidenziare come anche una nullità assoluta possa essere statuita non per un vizio della fattispecie o del suo contenuto, ma in riferimento all'effetto che l'atto produce⁴⁸⁶.

Se, perciò, una nullità “assoluta per l'effetto” possa qualificarsi, almeno indirettamente, “di protezione”, sembrerebbe plausibile che la nullità delle clausole, all'interno della disciplina sui ritardi di pagamento, quando ad essere debitrice sia una Pubblica Amministrazione, possa essere una nullità assoluta⁴⁸⁷.

“Legittimazione assoluta” significherebbe, quindi, attribuire la titolarità dell'azione a quei terzi che, in quanto creditori di un pagamento, vantano un interesse qualificato ad ottenere una declaratoria di nullità della clausola abusiva⁴⁸⁸.

In realtà, l'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2002, fa riferimento ad una nullità parziale *ex lege*.

⁴⁸⁵ F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, S. PAGLIANTINI, T. PASQUINO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 44.

⁴⁸⁶ S. ZORZETTO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, cit., 1062.

⁴⁸⁷ Nella stessa direzione si colloca l'art. 2, comma 2, della legge n.287 del 1990, in cui la *ratio* di tutela di un interesse generale non esclude una logica di protezione dei soggetti vittime della sopraffazione di chi restringe la concorrenza.

⁴⁸⁸ F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, M. GRONDONA, S. PAGLIANTINI, T. PASQUINO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 46.

Ciò sta, quindi, ad indicare come non si possa in alcun modo porre in essere il meccanismo operativo della nullità totale, neanche nel caso in cui il caducarsi dell'intero contratto dovesse rilevarsi misura di maggior protezione per l'impresa creditrice.

2.2 La tutela inibitoria

L'azione inibitoria è uno strumento rimediale, essenzialmente preventivo, la cui caratteristica principale è quella di reagire ad un illecito già verificatosi, o in corso, inibendone la reiterazione o la prosecuzione per il futuro⁴⁸⁹.

Tale rimedio, più specificatamente, è finalizzato a prevenire il verificarsi di situazioni di iniquità giuridica e, conseguentemente, anche di tipo economico⁴⁹⁰.

Il legislatore italiano non ha, in realtà, provveduto a fornire una disciplina generale della tutela inibitoria, conseguentemente, mancherebbe, altresì, una definizione a livello normativo di essa.

Sarebbe possibile, comunque, rinvenire una precisazione in tal senso⁴⁹¹ nell'art. 156 della legge sul diritto d'autore, secondo cui *“chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica (...) oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta (...) può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione”*.

⁴⁸⁹ Tale tipologia di tutela consente, infatti, di tutelare situazioni giuridiche che, altrimenti, non risulterebbero adeguatamente protette dal rimedio risarcitorio o restitutorio.

⁴⁹⁰ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., 18.

⁴⁹¹ La definizione in questione, pertanto, fungerebbe da punto di riferimento per le diverse ipotesi di inibitoria (cautelare e finale) previste all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Da suddetta definizione emerge come, l'azione inibitoria, si rivolga al futuro, avendo, pertanto, quale fine quello di prevenire l'illecito o, comunque, di scongiurare la ripetizione di atti o la continuazione di un'attività *contra ius*⁴⁹².

Presupposto indefettibile per legittimare tale tipologia di tutela risulta essere, dunque, il configurarsi di un illecito.

Non soltanto un illecito già manifestatosi e perfetto nella sua idoneità lesiva, ma, soprattutto, occorre che vi sia la possibilità o il pericolo della sua continuazione o ripetizione.

Deve, al contrario, secondo la dottrina, prescindere da qualsiasi valutazione del danno e della colpa.

Ritenere che il danno non possa in alcun modo costituirne presupposto⁴⁹³, viene avallato, altresì, dalla considerazione che il diritto al risarcimento del danno viene, quasi sempre, fatto salvo accanto alla previsione normativa concernente l'azione inibitoria⁴⁹⁴.

La tutela inibitoria, infatti, mira ad impedire o a far cessare una lesione ad un diritto⁴⁹⁵; l'azione risarcitoria, invece, ha unicamente lo scopo di eliminare le conseguenze dannose prodotte dall'illecito medesimo⁴⁹⁶.

Secondo la dottrina più risalente, si configurano due tipologie di tutela inibitoria: finale e cautelare.

⁴⁹² Ciò, ovviamente, richiede che l'atto soggetto ad inibizione debba essere suscettibile di ripetizione in futuro o dovrà, comunque, consistere in un'attività che possa protrarsi nel tempo.

⁴⁹³ L'illecito, dunque, proverrebbe sempre e soltanto da un atteggiamento contrario al diritto che viene condannato dall'ordinamento giuridico indipendentemente dalla presenza di un danno.

⁴⁹⁴ Talvolta ciò avviene, addirittura, nell'ambito della medesima norma che prevede l'inibitoria (costituiscono esempi gli artt. 7, 10, 949, 1079 c.c.).

⁴⁹⁵ La lesione del diritto, peraltro, non necessariamente deve essere attuale per poter ricorrere alla tutela inibitoria, essendo sufficiente anche il solo pericolo di commissione dell'illecito.

⁴⁹⁶ M. ASTONE, *Danni non patrimoniali*. Art. 2059, cit., 242 ss.

L'inibitoria finale è quell'ordine emesso dal giudice, all'esito del giudizio di merito, volto a far cessare una determinata condotta o ad evitare che questa si ripeta⁴⁹⁷.

L'inibitoria cautelare (o provvisoria), invece, pur assolvendo una funzione analoga a quella dell'inibitoria finale⁴⁹⁸, poggia sui differenti presupposti del *fumus boni iuri* e del *periculum in mora*.

L'inibitoria provvisoria, emessa dal giudice a seguito di una cognizione sommaria dei fatti, ha, infatti, la finalità di impedire la continuazione di un comportamento illecito e di evitare che venga commesso in futuro.

In realtà, tale distinzione risulta essere ormai di poca rilevanza pratica, in quanto può accadere che l'interesse del ricorrente venga soddisfatto con il provvedimento cautelare senza essere più necessaria l'instaurazione del relativo giudizio di merito.

L'azione inibitoria può esplicitarsi in un ordine di non fare o in un obbligo di fare: da qui la distinzione tra inibitoria negativa e inibitoria positiva⁴⁹⁹.

Se, però, non vi è dubbio alcuno circa la possibilità attribuita al giudice di vietare il compimento o la ripetizione di un atto che integri un'ipotesi di illecito, non altrettanto pacifico risulta riconoscergli il potere di imporre un determinato comportamento⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ La sua efficacia, quindi, si protrae per tutto il tempo entro il quale produce effetti la sentenza all'interno della quale si rinviene il relativo obbligo.

⁴⁹⁸ M. BATTAGLINI, *Il protesto*, Giuffrè, Milano, 1972, 214, sostiene, al contrario, l'unitarietà concettuale dell'inibitoria.

⁴⁹⁹ S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Utet, Torino, 1954, 272 ss., ritiene che l'ordine inibitorio abbia una efficacia concreta solamente quando sia di contenuto negativo.

⁵⁰⁰ Un primo problema, in tal senso, ha riguardo anche alla nozione stessa di inibitoria, la quale ha il preciso significato di interrompere, impedire, evitare.

Tale astratta inammissibilità risulta destinata a dissiparsi se si considera che la funzione impeditiva dell'inibitoria ha riguardo non già alla condotta, quanto alla realizzazione dell'illecito⁵⁰¹.

Ovvero, l'intervento sulla condotta, da parte del giudice, si qualifica essenzialmente come momento strumentale ad impedire che si realizzi o che si ripeta un fatto illecito.

Seguendo, dunque, tale impostazione esisterebbe un collegamento inscindibile tra inibitoria ed illecito, in virtù della funzione svolta dalla prima⁵⁰².

A seguito della riforma ad opera della l. del 5 marzo del 2001, n.57, l'art. 9, comma 3, della l. 18 giugno 1998, n.192, statuisce che *“Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni”*⁵⁰³.

La previsione di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, offrirebbe, quindi, un rafforzamento alla tesi, sostenuta da alcuna parte della dottrina, secondo la quale l'azione inibitoria sarebbe generalmente esperibile ogni qual volta vi siano dei conflitti tra imprese⁵⁰⁴.

Dall'analisi della norma medesima emerge come il legislatore abbia utilizzato l'espressione *“inibitorie”* al plurale, autorizzando così un'interpretazione attributiva di un'ampia articolazione al relativo comando inibitorio.

⁵⁰¹ Del resto, la duplicità contenutistica del provvedimento giudiziario rispecchia esattamente la doppia natura del dovere violato, che può consistere in un *facere* o in un *non facere*, e quella della condotta illecita, che può essere omissiva o commissiva.

⁵⁰² A. FRIGNANI, voce *“Inibitoria”(azione)*, vol. XXI, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 571 ss.

⁵⁰³ In realtà, la dottrina *ante* riforma del 2001, non aveva mai dubitato che la vittima dell'abuso potesse agire per ottenere il risarcimento del danno, al contrario, dubbi erano sorti in merito alla possibilità di poter chiedere la tutela inibitoria.

⁵⁰⁴ L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Petroni Griffi, L.C. Ubertaini (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, 1457 ss.

Ciò fa sì che tale tutela si possa concretizzare, ad esempio, sia nel divieto di continuare a svolgere l'attività d'impresa fino a quando non sia stato eliminato l'abuso, sia nell'ordine, rivolto all'impresa con maggiore forza economica, di eliminare l'abuso stesso.

Facendo riferimento alla distinzione accolta generalmente dalla dottrina, avremmo, nel primo caso, un'ipotesi di inibitoria negativa (in quanto consistente nell'ordine di far cessare un'attività) e, nel secondo caso, un'inibitoria positiva⁵⁰⁵.

Occorre precisare che, secondo la dottrina maggioritaria, le inibitorie avverso condotte abusive dell'altrui stato di dipendenza economica sarebbero essenzialmente quelle previste dall'art. 2599 c.c. in materia di concorrenza sleale e che l'art. 9 l. 192/98 farebbe riferimento sia a quella ottenibile in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, sia all'inibitoria definitiva⁵⁰⁶.

In tale ottica, sembrerebbe implicito l'accoglimento della tesi che afferma l'esistenza di un generale potere inibitorio spettante al giudice e sarebbe da rigettare quell'orientamento che, al contrario, assoggetta la tutela in questione al principio di tipicità previsto dall'art. 2908 c.c.⁵⁰⁷

Pur accedendo ad un'interpretazione estensiva dell'inibitoria di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, si ritiene in dottrina che essa non possa, però, spingersi sino al punto di creare rapporti contrattuali⁵⁰⁸.

Quanto sopra rilevato trova ragione giustificativa, non nel fatto che la tutela inibitoria non possa essere volta ad imporre obblighi positivi, quanto, piuttosto, nella circostanza secondo la quale si ritiene che l'art. 9

⁵⁰⁵ M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 666 ss.

⁵⁰⁶ A. FRIGNANI, voce "Inibitoria" (azione), cit., 573 ss.

⁵⁰⁷ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 307 ss.

⁵⁰⁸ A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. Mazzamuto), Jovene, Napoli, 1989, 415 ss., ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003.

della legge in questione non introduca, all'interno del nostro ordinamento giuridico, uno specifico obbligo a contrarre eseguibile forzosamente *ex art. 2932 c.c.*⁵⁰⁹

Pertanto, l'eventuale provvedimento inibitorio "positivo", che imponga all'impresa in posizione di relativa forza l'obbligo di contrarre, non potrà né integrare o sostituire la volontà di quest'ultima, né, soprattutto, potrà produrre gli effetti di costituire un rapporto contrattuale⁵¹⁰.

Analogamente, l'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2002 prevede l'esperibilità dell'azione inibitoria, al fine di tutelare la piccole e medie imprese creditrici.

Il favore manifestato espressamente, da parte del legislatore del 2002, di qualificare come legittimata attiva unicamente l'associazione di categoria, sembrerebbe, in realtà, volere escludere la legittimazione in capo al singolo imprenditore contraente ad intraprendere l'azione di cui all'art. 8 medesimo⁵¹¹.

Tale inibitoria, dunque, viene posta a tutela di un interesse collettivo, da intendersi quale posizione soggettiva differenziata dai diritti spettanti ai singoli, e non una mera sommatoria di situazioni soggettive individuali⁵¹².

Ecco, quindi, che, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 231 del 2002, così come modificato dal d.lgs. 192 del 2012, al fine di tutelare interessi superindividuali, le associazioni di categoria degli imprenditori presenti

⁵⁰⁹ S. BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2005, 506 ss.

⁵¹⁰ Un tale provvedimento, imponendo un obbligo di *facere* infungibile, sarebbe, infatti, incoercibile.

⁵¹¹ O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Comparative perspectives*, Giappichelli, Torino, 2015, 231.

⁵¹² Quella delle associazioni è una *legittimatio ad causam* che presuppone l'identificazione, da parte del legislatore, di soggetti titolari del potere di chiedere la tutela di interessi non soggettivizzati.

nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, sono legittimate, attraverso un'azione collettiva in via ordinaria, a richiedere al giudice competente di *“accertare la grave iniquità, ai sensi dell'articolo 7, delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero e di inibirne l'uso; di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicazione del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”*.

Secondo quanto statuito dalla normativa in questione, le associazioni non possono ottenere, a livello di tutela collettiva, oltre ad un provvedimento di tipo inibitorio, anche la condanna al risarcimento del danno⁵¹³.

Al contrario, è pacifico che, in via autonoma rispetto alla tutela inibitoria collettiva spettante alle associazioni, il singolo possa esercitare una tutela successiva a carattere risarcitorio⁵¹⁴.

L'inibitoria può essere concessa con la sentenza definitiva di giudizio di merito, ovvero quando sussistano *“giusti motivi d'urgenza”*, con un provvedimento in via cautelare disciplinato dagli artt. 669-*bis* ss., c.p.c.

Il legislatore, in realtà, non chiarisce il significato da attribuire alla locuzione *“giusti motivi d'urgenza”*, dando così luogo a numerose incertezze interpretative⁵¹⁵.

⁵¹³ O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Comparative perspectives*, cit., 231.

⁵¹⁴ E. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Rass. dir. pubbl.*, 2005, 145 ss.

⁵¹⁵ Sul significato da attribuire alla locuzione *“giusti motivi d'urgenza”*, in riferimento alla tematica attinente al diritto dei consumatori, cfr. G. ALPA - V. LEVI, *I diritti dei consumatori degli utenti*,

Non viene, infatti, precisato se, al fine di ottenere il provvedimento d'inibitoria cautelare, sia necessario riscontrare un pregiudizio "imminente o irreparabile", ovvero sia sufficiente trovarsi di fronte alla necessità di una generica urgenza ad agire in via provvisoria.

Secondo quanto stabilito dal medesimo art. 8, ultimo comma, del d.lgs. del 2002, qualora non dovesse essere rispettato l'ordine giudiziario, il giudice potrà applicare, d'ufficio o su istanza dell'associazione ricorrente, per ogni giorno di ritardo, una sanzione coercitiva indiretta di pagamento⁵¹⁶, tenendo conto della gravità dell'inosservanza in questione⁵¹⁷.

Da quanto statuito si evince, dunque, come la misura coercitiva possa essere irrogata direttamente dal giudice, pur se a fronte di un procedimento di tutela collettiva, o a seguito di apposita istanza proveniente dall'associazione di categoria interessata⁵¹⁸.

Giuffrè, Milano, 2001, 46 ss., i quali riscontrano una connotazione di tipo quantitativo riferita alla potenziale diffusione della condotta vietata.

⁵¹⁶ Un problema risulta essere quello relativo alla natura giuridica di tale penalità di mora. Occorre al riguardo ricordare come, nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 231 del 2002, si faccia riferimento alla qualifica di *astreinte*, predisposta al fine di rafforzare la tutela degli interessi collettivi.

⁵¹⁷ La necessità di prevedere misure coercitive in materia di tutela inibitoria, nasce dall'impossibilità che il relativo provvedimento possa essere coattivamente eseguito secondo le norme previste, dal nostro ordinamento, in tema di espropriazione forzata e di esecuzione di obblighi di fare o non fare.

⁵¹⁸ O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Comparative perspectives*, cit., 233.

Conclusioni

Dall'analisi svolta emerge come non sia possibile, se non per finalità meramente descrittive, parlare di “terzo contratto”.

Le linee di tendenza comuni alle varie normative riguardanti i contratti tra imprese, quali il neoformalismo e la predeterminazione del contenuto del contratto, non rappresenterebbero, pertanto, indici sulla base dei quali costruire una categoria giuridica in tal senso.

Anche per quanto attiene agli strumenti di tutela, gli stessi non vengono attribuiti all'imprenditore debole in quanto imprenditore ma poiché contraente debole *tout court*.

La presenza di elementi d'identità, all'interno delle varie discipline riguardanti i soggetti che tipicamente rivestono la qualifica di contraenti deboli (quali, ad esempio, i consumatori, i risparmiatori e gli imprenditori deboli) non deve neanche indurre, a parere della dottrina maggioritaria, a ricostruire la configurazione di una più ampia categoria rappresentata dai c.d. contratti asimmetrici.

Secondo altra parte della dottrina, infatti, ad avallare l'astratta tipologia dei contratti asimmetrici vi sarebbero una serie di elementi, tra cui una identità di *ratio*, da rinvenire nell'esigenza di tutelare il contraente dotato di minore forza contrattuale, e la presenza di medesime tecniche di tutela, quali la forma *ad substantiam*, gli obblighi di informazione e la previsione di forme di controllo sull'equilibrio contrattuale.

La principale critica mossa, da parte della dottrina maggioritaria, all'ammissibilità della categoria dei contratti asimmetrici risulterebbe essere, pertanto, quella secondo la quale i rapporti d'impresa si

differenzierebbero notevolmente da quelli che vedono come protagonisti i consumatori.

Questi ultimi, infatti, sono il frutto di una contrattazione di massa, caratterizzata dall'assenza di trattative e dalla predisposizione unilaterale del regolamento da parte del professionista.

Proprio in virtù di quanto rilevato, la disciplina dei contratti consumeristici sarebbe volta a porre rimedio ad un possibile abuso, da parte del professionista, derivante dalla posizione di deficit informativo nella quale si viene a trovare il consumatore.

Al contrario, i contratti tra imprese, che vengono generalmente preceduti da lunghe trattative tra le parti, si caratterizzano per l'abuso, da parte dell'impresa più forte, del proprio potere ai danni dell'impresa più debole.

Le varie discipline riguardanti i contratti tra imprese sarebbero quindi finalizzate ad impedire lo sfruttamento della posizione di supremazia da parte di un'impresa con maggiore forza economica all'interno di un dato mercato.

Indice bibliografico

ADDIS F., *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 881

ADDIS F., *“Neoformalismo” e tutela dell’imprenditore debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 14 ss.

AGRIFOGLIO G., *Abuso di dipendenza economica e l’asimmetria nei contratti d’impresa*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1338

ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 349 ss.

ALONSO SOTO, R. *Derecho de la competencia. Competencia disleal y publicidad*, in *Curso de derecho mercantil*, a cura di M.L. Aparicio Gonzàles, Cizur Menor, 2006, 373 ss.

ALPA G., *Consumatore*, in *Contr. e impr.*, 1987, 310

ALPA G., *I contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014

ALPA G., *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *Nuova Giur. civ.*, 2005, II, 103

ALPA G., *Tutela del consumatore e controlli sull’impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977

ALPA G. - CLARIZIA A. (a cura di), *La subfornitura: commento alla Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, Giuffrè, 1999

ALPA G. - LEVI V., *I diritti dei consumatori degli utenti*, Milano, Giuffrè, 2001

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, Il Mulino, 2008

AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 234

ARAGIUSTO M., *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, Cedam, 2006

- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1962
- ASCARELLI T., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1959
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1954, 936
- ASTONE M., *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2012
- ASTONE M., *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-10-2011 n. 83 e D.lgs. 21-02-2014 n.24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 3, 2015, 672 ss.
- ASTONE M., *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, Giuffrè, 2009, 109 ss.
- ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 2014, 2.
- AULETTA G., *Atto di commercio*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 200
- AZZARO A.M., *Tutela del “consumatore” e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 237 ss.
- BACHES OPI S., *La nueva ley espagnola de defensa de la competencia*, in *La ley*, n. 6815, Mièrcoles, 7 de noviembre de 2007
- BARBA A., *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, in V. Cuffaro (a cura di), Napoli, Jovene, 1998, 553
- BARBA A., *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, Jovene, 1998
- BARCELLONA M., *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012, 87 ss., 155 ss.

- BARCELLONA P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Esi, 1973
- BARENGHI A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, Jovene, 1996
- BARONA VILAR S., *Competencia disleale*, Valencia, 2008
- BARTOLINI F. - BENEDETTI A.M. - GRONDONA M. - PAGLIANTINI S. - PASQUINO T., *La nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A. M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2013
- BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, Giuffrè, 2001
- BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001
- BATTAGLINI M., *Il protesto*, Milano, Giuffrè, 1972
- BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, Cedam, 2000
- BELLOMIA V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012
- BENEDETTI A.M., *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, Cedam, 2007
- BENEDETTI A.M., CANEPA P., GRONDONA M., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, Giappichelli, 2003
- BENUCCI S., *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2005
- BERTI C. - GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, Giuffrè, 2003

- BERTOLOTTI A., *Il contratto di subfornitura*, Torino, Utet, 2000
- BESSONE M., *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. merito*, 1984, 982
- BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, Giuffrè, 2000
- BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1998
- BIANCA C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014
- BOCCHINI F., *Nozione normativa di consumatore e modelli economici*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, 2348
- BONFANTE G. - COTTINO G., *L'imprenditore*, Padova, Cedam, 2001
- BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 856
- BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura*, Padova, Cedam, 1999
- BOSO CARETTA A., *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. merito*, 2008, 350 ss.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 1991
- BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove maldestre di neo-dirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 732 ss.
- BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2000
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12
- BUONOCORE V., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Esi, 2006
- BYDLINSKI F., *Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion*, Berlin- New York, 1990, 34 ss.

- CAFAGGI F., *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, 177, 178
- CALVO R., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, Cedam, 2005, 14
- CALVO R. - D'ADDA A. - D'AMICO G. - DE CRISTOFARO G. - FEDERICO A. - GENTILI A. - GIROLAMI M. - PACE D.I. - PAGLIANTINI S. - QUADRI R., *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2009
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 546 ss., 551
- CANARIS C.W., *Handelsrecht*, Munchen, 2006
- CANAVESIO A., *La nuova direttiva 2011/7/ UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, in *Contr. impr./Europa*, 2011, 126 ss., 400 ss., 410 ss.
- CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2001
- CAPOBIANCO E., *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, Esi, 2003
- CAPOBIANCO E., *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, Cedam, 2002
- CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 734
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 7
- CASUCCI F., *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, Esi, 2001
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1994

- CESARO E. (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Vol 2, Padova, Cedam, 1996
- CERASO L., *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla “tutela della concorrenza” (att.117, comma 2, lett.e): linee di tendenza e problemi aperti*. in *Giur. Cost.*, 2005, 3453
- CERIDONO G., *I contratti di distribuzione*, in *Tratt. di dir. priv. eur.*, a cura di N. Lipari, IV
- CHESSA C., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 439 ss., 443 ss.
- CHINÈ G., FRATINI M., ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, a cura di G. Alpa e R. Garofoli, VII, Nel diritto, 2016
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico –ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 857
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, Utet, 2004
- CONTI R., *Il d. lgs. n. 231/ 2002 di trasposizione della direttiva sui ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1, 107
- CRISAFULLI V., *Ancora in tema di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1959, 743
- CRISCUOLO F., *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Milano, Giuffrè, 2004
- CUFFARO V., *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in V. Cuffaro (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, Giuffrè, 2004
- CUOCCI V., *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, 349 ss.

- D'ADDA A., *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. Bellavista – A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011
- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, Cedam, 2007
- DALMARTELLO A., *Contratti d'impresa*, Padova, Cedam, 1964
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, Cedam, 1962
- D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, Giappichelli, 1957
- D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in AA.VV. *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008
- DELLI PRISCOLI L., “Consumatore”, “imprenditore debole” e principio di uguaglianza, in *Contr. e impr. Eur.*, 2003, 751, 757
- DELLI PRISCOLI L., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel Franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, 2006, 2153 ss.
- DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. Comm.*, 1998, I
- DELLI PRISCOLI L., *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisee*, in *Giur. comm.*, 2005, 581 ss.
- DEL PRATO E., *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2013
- DE MARZO F., *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contr.*, 2002, 12, 1159, 1161
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, Cedam, 1974
- DE NOVA G., *I nuovi contratti*, Torino, Utet, 1990
- DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, nn. 8-9, 2004, 762

- DE NOVA S., in G. De Nova - S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali. D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, Giuffrè, 2003
- DI MARZIO F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 701
- DI MARZIO F., *Direttiva europea 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. amm.*, 2011, n.3-4, 177
- DENOZZA F., *Antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1988
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003
- DI MAJO A., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, Giappichelli, 1996
- DORRONSO C., sub. art. 2, in *Derecho espanol de la competencia, Comentarios a la ley 15/2007*, Barcellona, 2008, 120
- ESTEVAN DE QUESEDA C., *La doble regulaciòn del abuso de una situaciòn de dependencia econòmica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, 1079
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006
- FAGES B. - MESTRE J., *L'influence du droit du marchè sur le droit commun des obligationis. L'emprise de droit de la concurrence sur le contrat*, in *R.T.D. Com.*, 1998, 70 ss.
- FALZEA A., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 8, 26 ss.
- FERRARA F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 1962
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967
- FERRI G.B. - NERVI A., *Il contratto di somministrazione*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III, 3, Milano, Giuffrè, 2009, 85
- FINESSI A., Sub art.3, d.lgs. n. 231/2002, in G. De Cristofaro (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2001, n. 231)*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 506 ss., 510 ss.

- FRANCESCHELLI V. (a cura di), *Subfornitura*, Milano, Giuffrè, 1999
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, Cedam, 2010
- FRANZONI M., *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 409 ss.
- FRIGNANI A., *Il contratto di Franchising*, Milano, Giuffrè, 1990
- FRIGNANI A., *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, Giuffrè, 2012, 72 ss.
- FRIGNANI A., voce "Inibitoria" (azione), vol. XXI, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 571 ss., 573 ss.
- GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.
- GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1163
- GABRIELLI E. - MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, Torino, Utet, 2005
- GALGANO F., *I contratti d'impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Bologna, Giappichelli, 1980
- GAMBARO A., *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 34 ss.
- GAMBINI F., *Il principio di dignità. I diritti della persona, Tutela civile, penale, amministrativa*, a cura di P. Cendon, Torino, Utet, 2005, I, 231 ss.
- GAY DE MONTELLÀ R., *Sobre le unificaciòn de los derechos civil y commercial*, in M. Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. 3. L'unità del diritto delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1974, 105 ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ R., *La explotaciòn abusiva de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, 310

- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 53
- GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, Cedam, 1954
- GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 7 ss., 17
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2006
- GENTILINI G., *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77
- GHEZZI F.- OLIVERI G., *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2013
- GIANFRANCESCO E., *Libertà d'impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2215
- GIANOLA A., *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Rescigno* (a cura di), Napoli, Esi, 2006, 131 ss.
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1332 ss.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1959
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963
- GIOVAGNOLI R. - FRATINI M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2009
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, Cedam, 2008
- GISONDI R., *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. app.*, 2003, 234 ss.

- GITTI G. - DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 474
- GITTI G. - VILLA G., *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008
- GRAZZINI B., *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Milano, Giuffrè, 2008
- GRONDONA M., *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in A.M. Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2003, 96 ss.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 161 ss.
- GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 345
- GUERINONI E., *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, Giappichelli, 2011
- IANNELLI D., *L'impresa*, in *Giust. sist. civ. comm.*, Torino, Utet, 1987, 126 ss.
- INZITARI B., *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. dir. civ. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F.Galgano, vol.II, Padova, Cedam, 1978, 309 e ss.
- LANZARA O., *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Comparative perspectives*, Torino, Giappichelli, 2015
- LECCESE R., *Subfornitura (contratto di)*, in *Dig. Discipline priv., Sez. comm.*, XI, 238
- LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 666 ss.
- LIBERTINI M., *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543 ss.
- LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 8

- LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia privata. Profili preliminari*, Milano, Giuffrè, 1971
- LIVI M.A., *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, in V. Cuffaro (a cura di), Napoli, Jovene, 1998
- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 663 ss., 686, 701
- MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica*, in G. De Nova (a cura di), *La subfornitura*, Milano, Giuffrè, 1998
- MAGNI F. A., *La responsabilità per il ritardo*, in V. Cuffaro (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, Giuffrè, 2004
- MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* a cura di G. Roppo, IV. *Rimedi* a cura di G. Gentilini, Milano, Giuffrè, 2006
- MANTUCCI D., *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, Esi, 2000
- MARINUCCI E., *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Rass. dir. pubbl.*, 2005, 145 ss.
- MASSA G., *La tutela civile: profili processuali*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubetazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, Il Mulino, 1997
- MASSAGUER FUENTES J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, 1999
- MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2003
- MAZZAMUTO S., *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1098
- MENZIONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 46 ss., 73 ss.

- MENGGONI L., *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 1996, 25ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e dir. comm.*, Milano, Giuffrè, 1973, 41
- MINERVINI E., *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *Contratti*, 1999, 930 ss.
- MINERVINI E., *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, 434 ss.
- MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Dir. contr. eur.*, 2008, 10
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, Esi, 1999
- MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, Torino, Giappichelli, 1960
- MONASTERI G., *I contratti d’impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 505
- MONTI M., *Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria della concorrenza*, in *Rass. Forense*, 2004, 27
- NATALI C.N., *L’abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *I contratti*, 2006, 931 ss.
- NATOLI R., *Brevi note sull’abuso di dipendenza economica “contrattuale”*, in *Giur. it.*, 2003, 724
- NATOLI R., *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, Esi, 2003
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 26
- NAVARRETTA E., *La complessità dei rapporti fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *La nuova giur. civ. e comm.*, 2007, 418

- NICITA A. - SCOPPA V., *Economia dei contratti*, Bologna, Il Mulino, 2006
- NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in ED. XII, Milano, 1964, 910
- NICOLÒ R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, II, 1601 ss.
- NIGRO A., *L'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubb. dell'econ.*, a cura di F. Galgano, Padova, Cedam, 1978, 23 ss.
- NIVARRA L., *La tutela civile: profili sostanziali*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Petroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, 1457 ss.
- NONNE L., *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2013
- NUZZO M., *Somministrazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1990, 167 ss.
- NUZZO M., *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 1999, 830
- OPPO G., *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 34.
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 17, 843 ss.
- OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 320 ss., 629 ss.
- OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 591 ss.
- OSTI C., *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, 2184.
- PAGLIANTINI S., *Abuso di dipendenza economica*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, Cedam, 2002

PAGLIANTINI S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 1, 12 ss.

PALAZZI M., *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1215

PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, 2179

PANDOLFINI V., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Torino, Giappichelli, 2013

PANDOLFINI V., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, Giuffrè, 2003

PASQUINO F., *D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come modificato dal d.lgs.9 novembre 2012, n. 192)*, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, Utet, 2013

PASSAGNOLI M., *Nullità di protezione*, in *Codice del consumo* a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2007

PATTI G. - PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, ne *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993

PATTI S. (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2004

PATTI S., *Le condizioni generali del contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2006, 325 ss.

PERCHINUNNO R., *Profili generali*, in *Trattato di dir. Priv. eur.*, a cura di N. Lipari, IV, Padova, Cedam, 2003

- PÈREZ- BUSTAMANTE KOSTER J., *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 205/2000, 34 ss.
- PERLINGIERI G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, Esi, 2010
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334, 351
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006
- PERLINGIERI P., *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, 2002, 400
- PERLINGIERI P., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 132, 234, 330, 334
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi, 2007
- PINO A., *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, Cedam, 1963
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 403
- PISANI N., *Concorrenza, consumatori e programmi di compliance antitrust*, Padova, Cedam, 2015
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, Esi, 2001
- POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.
- PRATI L., *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contr.*, 1999, 298
- PRATI L. - CARDINI A., *I rapporti di subfornitura*, Milano, Giuffrè, 1999

- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, Esi, 2002
- PROSPERI F., *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, Giuffrè, 2015
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 644, 659
- PROTO PISANI A., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (a cura di S. Mazzamuto), Napoli, Jovene, 1989, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, Jovene, 2003
- PUTTI P.M., *La nullità parziale*, Napoli, Esi, 2002
- QUADRI R., "Nullità" e tutele del "contraente debole", in *Contr. e impr.*, 2001, 1143 ss., 1162
- QUEIROLO I. - BENEDETTI A.M. - CARPANETO L. (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, Aracne, 2012
- RESCIGNO P., *L'abuso de diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 68ss.
- RINALDI R. - TURITTO F., *L'abuso di dipendenza economica*, in AA. VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, Giappichelli, 1999
- RIVOLTA G.C., *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 207 ss.
- RIVOLTA G.C., *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 23 ss.
- RIZZO V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, Esi, 1983

- ROCCO DI TORREPADULA N., *Sulla nozione di consumatore*, in *I contratti*, 2007, 1075
- RODRÌGUEZ MATAS M.J. e VEGA PENICHER L., in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 243, 2006, 77 ss.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769, 776, 788
- ROPPO V., *Diritto privato*, V, Torino, Giappichelli, 2016
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, Utet, 2005
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 679 ss.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 105 ss.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e Impr.*, 2009, 120 ss.
- RUSSO E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 400 ss., 440 ss.
- SALVI G., *"Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002*, in *Contr. e impr.*, 2006, 99 ss., 166 ss.
- SANCASSANI E., *Gli accordi "gravemente iniqui" nella direttiva 2000/35/CE: l'attuazione dell'art. 3, comma 3°, negli ordinamenti italiano e tedesco*, in S. Patti (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008
- SATTA S., *L'esecuzione forzata*, Torino, Utet, 1954
- SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 1995

- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss., 461, 464
- SCALISI V., *Il contratto in trasformazione, Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011
- SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 849
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 676 ss.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 490, 499
- SCARSO A.P., *Il contraente debole*, Torino, Giappichelli, 2006
- SCOGNAMIGLIO C., *I contratti d'impresa e le volontà delle parti contraenti*, in AA.VV. *Il diritto europeo*, 2006, 439 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *I contratti*, 2012
- SCOGNAMIGLIO R., *Commentario al Codice civile. Contratti in generale (artt. 1321-1352 del Codice civile)*, Bologna, Zanichelli, 1970
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale (artt.1321-1352 del Codice civile)*, in *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1970, 11
- SCOZZAFAVA T. O., *Gli interessi monetari*, Napoli, Jovene, 1984
- SENIGALLIA R., *Decentramento legislativo, moltiplicazione di codici e differenziazione sistemica*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 137 ss.
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 426
- SIRENA P., *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in Roppo (a cura di), *Il Contratto del duemila*, Torino, Utet, 2005, 802

- SPOTO G., *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. impr.*, 2012, 322 ss., 440 ss., 447 ss., 449.
- SPOTO G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, Esi, 2012
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947
- TAGLIALAVORO F., *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 6/ 2012, 1233 ss.
- TRIMARCHI M., *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milano, Giuffrè, 1983
- TROMBETTA A., *Freedom of contracts: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 172
- VALENTINO D., *Il contratto "incompleto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.
- VALERI G., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 39
- VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl.e contr.*, 2008, 877
- VENUTI M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, Cedam, 2004
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 31
- VETTORI G., (a cura di), *Contratto e responsabilità, il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli: oltre il consumatore*, (vol.2), Padova, Cedam, 2013
- VETTORI G., *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti e degli investitori e delle imprese deboli*, Padova, Cedam, 2013
- VETTORI G. (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999

VOGEL L., *Droit de la concurrence*, Parigi, 2006

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, Esi, 2004

ZACCARIA A., *La direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, in *Studium iuris*, 2005, 266

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri, A. Zoppini, Bari, 2008, 15

ZORZETTO S., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1056 ss., 1062

Indice delle pronunce citate

Giurisprudenza di legittimità

- Cass., sez. I, 15 novembre 1960 n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256
- Cass., sez. I, 14 febbraio 1975 n. 590, in *Giur.it.*, 1976, I, 1204
- Cass., sez. III, 29 gennaio 1996 n. 683, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1440 ss.
- Cass., sez. III, 14 aprile 2000 n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, 524, con nota di CONTI
- Cass., sez. I, 25 luglio 2001 n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, 543, con nota di FIORIO
- Cass., sez. trib., 29 agosto 2001 n. 11329, in *Rass. trib.*, 2002, 1325 ss.
- Cass., sez. II, 30 luglio 2002 n. 2695, in *Foro it.*, 2002, 1235
- Cass., sez. I, 14 novembre 2003 n. 17199, in *Foro it.*, 2004, I, 1820 ss.
- Cass., sez. I, 10 ottobre 2007 n. 22842, in *Foro it.*, 2007, 1123
- Cass., sez. III, 18 settembre 2009 n. 20106, in *Foro it.*, 2009, 554
- Cass., sez. VI, 14 luglio 2011 n. 15531, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1069
- Cass., sez. I, 8 febbraio 2013 n. 3064, in *Foro it.*, 2013, 1232
- Cass., sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *Foro it.*, 2015, 3, I, 862
- Cass., sez. I, 15 aprile 2015 n. 7613, in *Foro it.*, 2015, 12, I, 3951, con nota di MONDINI
- Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016 n. 9978, in *Foro it.*, 2016, 3445

Giurisprudenza di merito

- Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Contr.*, 2000, 442, con nota di MAFFEIS
- Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2002, 766

Trib. Torino 18 marzo 2003, in *Giust. civ.*, 2003,1502

Trib. Bari ord. 11 ottobre 2004 n. 1122, in *Foro it.*, 2004, 669

Cour d'appel de Paris, 1 chambre concurrence, 12/07/90, in lawlex200202634JBJ

Giurisprudenza europea

Corte Giust., 13 febbraio 1979, C- 58/79, *Granaria B V c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, in *Foro it.*, 1980, IV, 311

Corte Giust., 3 luglio 1997, C-269/95, *Soc. Goldsmiths Jewellers Ltd. c. Commissioners of Customs and Excise*, in *Giust. civ.*, 1999, 13

Corte Giust., 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99, *Cape Snc c. Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas c. OMAI Srl*, in *European Court Reports*, 2001, I-09049

Corte giust., 13 luglio 2006, C 295-298/04, *Manfredi c. Soc. Lloyd Adriatico assicur. e altro*, in *Guida al diritto*, 2006, 30, 100, con nota di BUQUICCHIO

Corte Giust., 3 aprile 2008, n. 306/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1029

Corte Giust., 14 giugno 2012, n. C-618/ 2010, *Banco Espanol de Credito c. J.C.C.*, in *Contratti*, 2013, 16, con nota di D'ADDA

Giurisprudenza costituzionale

Corte cost. 22 novembre 2002 n. 469, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, I, 174, con nota di BONOFILIO