

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM DI DIRITTO CIVILE
CICLO XXV



L'ABUSO DEL DIRITTO
NEL DIRITTO DEI CONTRATTI

Tutor:

Chiar.mo Prof. Gregorio GITTI

Coordinatrice del corso di Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Chiara TENELLA SILLANI

Tesi di Dottorato di:

Dott. Marco FRATTINI

Matricola R08531

Anno Accademico 2012

INDICE

CAPITOLO 1 – INTRODUZIONE

1.1	Abuso del diritto: una formula contraddittoria	1
1.2	Le origini del fenomeno	3
1.3	La dottrina francese	6
1.3.1	La teoria dell'abuso del diritto tra affermazione e negazione	6
1.3.1.1	Savatier e Josserand	7
1.3.1.2	Josserand: la critica di Giorgianni	11
1.3.1.3	La tesi negazionista di Planiol	12
1.3.2	L'abuso del diritto tra oggettivismo e soggettivismo	14
1.4	La dottrina italiana	15
1.4.1	Inquadramento storico	15
1.4.1.1	La tesi negazionista di Rotondi	17
1.4.1.2	La ricostruzione di Rescigno	20
1.4.1.3	Giorgianni e l'abuso del diritto come " <i>forma qualificativa autonoma</i> "	26
1.5	L'abuso del diritto nel progetto di codice italo francese delle obbligazioni e nel progetto originario del codice civile del 1942	29
1.6	L'abuso del diritto nei lavori dell'Assemblea Costituente	31

CAPITOLO 2 - ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO DEI CONTRATTI

2.1	Le epifanie della figura nella disciplina del contratto in generale	33
2.2	Gli ambiti prediletti dalla giurisprudenza	40
2.2.1	Brevi cenni alla figura nei rapporti societari e di lavoro	40
2.2.2	L'abuso nell'attività bancaria di esercizio del credito	45
2.2.3	L'abuso dei poteri nel mandato e nell'agenzia	49
2.2.4	L'abuso del godimento del bene da parte del conduttore e nell'amministrazione della cosa comune	53
2.2.5	Abuso, <i>exceptio doli generalis</i> ed escussione della garanzia «autonoma» o «a prima richiesta»	56

2.2.6	L'abuso nell'esercizio dei diritti potestativi nei rapporti di fornitura, distribuzione, concessione di vendita	59
2.2.7	Operazioni in frode al contratto o alla legge: <i>factoring</i> e <i>sale and lease back</i>	65
2.3	L'abuso del diritto nella legislazione speciale	68
2.3.1	Le tre discipline paradigmatiche	68
2.3.1.1.	Clausole abusive nei contratti del consumatore e abusi di tutela	68
2.3.1.2	L'abuso di dipendenza economica	78
2.3.1.3	Le clausole gravemente inique relative ai pagamenti nelle transazioni commerciali	86
2.3.2	Altre discipline di settore	91
2.3.2.1	I contratti di arruolamento e del personale di volo e noleggio	91
2.3.2.2	L'affiliazione commerciale	93
2.3.2.3	I «contratti pubblici»	98
2.3.2.4	Le nuove tipologie contrattuali per l'affidamento e l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti	102
2.3.2.5	Le relazioni commerciali di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari	106

CAPITOLO 3 - L'ABUSO DEL DIRITTO NEI CONTRATTI D'IMPRESA

3.1	La genealogia della figura nei contratti d'impresa: contratto e concorrenza	111
3.2	Le fonti europee e nazionali	117
3.3	L'abuso nei rapporti contrattuali tra imprese e i c.d. fallimenti del mercato	125
3.4	L'abuso del diritto tra equilibrio contrattuale e «giustizia» del contratto	134
3.5	Una proposta ricostruttiva	140
3.5.1	La fattispecie: le nozioni di “abuso” e di “diritto”	140
3.5.1.1	Abuso dell'autonomia contrattuale e nel rapporto contrattuale	140
3.5.1.2	L'abuso del diritto come categoria distinta dalla buona fede oggettiva	145
3.5.1.3	I parametri dell'abuso: la prassi mercantile e la regolamentazione delle <i>Authorities</i>	151
3.5.2	I rimedi contro l'abuso del diritto	160

CAPITOLO 1 - INTRODUZIONE

1.1 Abuso del diritto: una formula contraddittoria

Il concetto di “*abuso del diritto*”, da oltre un secolo al centro di un vivacissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹, analizzato nelle parole che ne compongono la nomenclatura “*abuso*” e “*diritto*”, si presenta, *prima facie*, intimamente contraddittorio. Diritto (più precisamente, il diritto soggettivo) può essere inteso, senza alcuna pretesa di completezza, quale libertà garantita a un individuo da parte di una norma giuridica cui corrisponde il potere di volontà e di azione riconosciuto dalla norma a tale soggetto nei confronti di uno, alcuni o tutti gli altri soggetti dell’ordinamento. Diversamente quando si parla di abuso del diritto, s’intende che l’esercizio della libertà garantita dalla norma di esercitare il potere accordato dalla legge può dar luogo a responsabilità: onde un atto lecito – l’esercizio del diritto – diviene fonte di responsabilità per colui che lo esercita². L’“*abuso*”, infatti, per dirla con Gentili non è altro che un uso chiamato abuso, e non uso, in quanto ritenuto illegittimo ma non illecito, anzi addirittura legittimo da un punto di vista formale ma non da quello sostanziale³.

Proprio l’intrinseca contraddittorietà che lo caratterizza, come osservava acutamente Rescigno già a metà degli anni Sessanta, rende il tema dell’abuso del diritto un prezioso e privilegiato osservatorio per valutare la tenuta complessiva di un determinato ordine giuridico e per individuare il modello di certezza del diritto prospettato in tale ordinamento

¹ L’abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali. Su tutti M. Rotondi, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 e ss., e ora in *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, ed. Il Mulino; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto.*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998.

² P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, op. cit.

³ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, p. 297 ss.

dalla dottrina ai giudici⁴. Infatti, sia nelle argomentazioni poste a sostegno sia in quelle volte a negare la possibilità e l'utilità di addivenire ad un'autonoma configurazione dell'istituto dell'abuso, non è infatti difficile cogliere concezioni del diritto soggettivo, dei principi fondamentali e della certezza del diritto che rinviano a mondi e modelli, spesso, assai diversi⁵.

Il compito cui è chiamato a rispondere l'interprete è dunque duplice, sostanziandosi, da un lato, nella ricerca e individuazione dei limiti cui può essere sottoposto l'esercizio di un diritto, limiti che non risultano essere né certi né tantomeno facilmente identificabili, e, dall'altro, nella necessità di spiegare come simili limiti all'esercizio di prerogative spettanti al titolare di una situazione giuridica soggettiva (poteri, libertà e facoltà) possano sussistere alla luce del principio, *“questo sì, certamente, generale”*⁶, *qui iure su utitur neminem laedit*. Principio che, a partire da Marcel Planiol, primo celebre oppositore della teoria dell'abuso del diritto, fu utilizzato per contrastare le nascenti teorie sull'abuso. Planiol e i suoi seguaci ritenevano, infatti, che se c'è diritto non ci può essere abuso e viceversa dal momento che *“le droit cesse où l'abus commence”*⁷.

Nelle pagine che seguono, si proverà a ripercorrere, seppur brevemente, il percorso storico della retorica di affermazione e di negazione del concetto di “abuso del diritto” tra Otto e

⁴ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, op. cit., 26-27.

⁵ Cfr. in particolare riguardo al “nesso logico” tra figura dell'abuso e costruzione della nozione di diritto soggettivo V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963; riguardo agli altri profili enunciati cfr. G. PINO, *Il diritto e il rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1, 2004, pp. 25-60; ID., *L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. MANIACI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 115-175; L. PANNARALE, *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Milano, Franco Angeli, 2002 (in particolare il capitolo dedicato a “*Quod alii nocet, et sibi non prosit, non licet*”, pp. 79 e ss); G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006 in particolare pp. 135 e ss.; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁶ C. SALVI, *Abuso del diritto*, voce, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 1, nonché M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 178. Anche secondo D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur.*, Agg., II, Milano, 1998, 1-4, il concetto di abuso si lega nella sua genesi storica, all'idea del superamento del limite posto alla sfera di competenza attribuita da una norma al soggetto. L'abuso – osserva l'Autore – è dunque concetto derivato da quello di potere, inteso quest'ultimo come principio di legittimazione all'azione.

⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900, p. 269.

Novecento, in Francia e in Italia, soffermandosi, ove necessario, sui ragionamenti e le tesi avanzate, di tempo in tempo, dai principali autori che si sono occupati del tema. Un tale *excursus* consente, infatti, di cogliere un dato che non sempre viene opportunamente evidenziato dagli Autori che affrontano il tema dell'abuso ma che a parere di chi scrive risulta essere particolarmente significativo, ovvero che le singole teorie avanzate nel tempo in materia di abuso, siano esse favorevoli o meno alla sua configurabilità, hanno contribuito tutte ed indistintamente all'evoluzione del concetto in esame ed alla sempre più consapevole e matura affermazione dell'autonomia concettuale della figura dell'"*abuso del diritto*".

1.2 Le origini del fenomeno

L'assolutezza del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* e la rappresentazione spietata ed idilliaca dell'equilibrio proprietario stentavano ad essere conservati negli ultimi decenni dell'Ottocento. La necessità di trovare delle risposte alle nuove questioni poste dalla società industriale e di apportare "*correzioni sociali*" al diritto privato individualista portarono i giuristi dell'epoca ad interrogarsi se fosse o meno possibile configurabile un esercizio abusivo dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento. Innanzi a talune manifestazioni tipiche dell'economia capitalistica, manifestazioni percepite come riprovevoli dalla società che tuttavia sembravano destinate a sfuggire alle esistenti sanzioni legali, la concezione di un possibile esercizio abusivo dei diritti si presentava come il segnale della crisi della certezza dell'ordine borghese e, allo stesso tempo, come uno degli strumenti in grado di correggere l'eccesso d'individualismo prospettato da quell'ordine; per i suoi sostenitori la figura dell'abuso era da intendere proprio come strumento di "*autocorrezione*" del sistema⁸. Proprio la percezione di taluni comportamenti umani come riprovevoli ma non sanzionabili, fece avvertire l'esigenza di dover assoggettare a controllo le prerogative individuali,

⁸ Nel senso dell'abuso del diritto come "*un meccanismo di autocorrezione del diritto*" si vedano anche M. ATIENZA e J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000 (trad. italiana, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, a cura di M. TARUFFO, Il Mulino, Bologna, 2004).

sottoponendo l'esercizio del diritto soggettivo a un criterio di giudizio, non necessariamente giuridico, ulteriore e diverso rispetto alla semplice conformità formale dell'esercizio del diritto al dettato normativo⁹.

Il concetto di “*abuso del diritto*” fu dunque coniato ed utilizzato a partire dalla seconda metà dell'Ottocento dalla giurisprudenza francese, la quale vi fece esplicitamente riferimento in relazione ad alcune controversie in tema di proprietà nel tentativo di “correggere” per quanto possibile alcune delle più stridenti sperequazioni proprie del sistema giuridico francese ovvero di un ordinamento che faceva del principio della certezza del diritto una propria colonna portante¹⁰.

A fronte delle plurime istanze popolari, i giudici francesi dovettero affrontare con spirito critico la *vexata questio* consistente del se ed in quali limiti l'esercizio di un diritto soggettivo fosse *ex se* legittimo, in quanto riconosciuto ad un soggetto dall'ordinamento giuridico di riferimento, ovvero se al contrario dovesse essere negata la tutela giuridica al titolare di un diritto che avesse posto in essere atti che, sebbene fossero formalmente espressione del diritto riconosciutogli dall'ordinamento medesimo, venivano ad essere considerati come abusivi dalla coscienza sociale giacché compiuti con l'intento di nuocere altri e non giustificati da esigenze dello stesso meritevoli di protezione. La necessità di

⁹ Sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato e ciò si era tradotto nella proclamazione dell'uguaglianza (formale) di tutti innanzi alla legge (*égalité*).

¹⁰ S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.: «La formula “abuso del diritto” apparve per la prima volta nella giurisprudenza francese, nel secolo scorso, in materia di proprietà. Ci si chiese in quell'occasione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da considerare legittima, per il fatto stesso di essere estrinsecazione del diritto, o se la tutela dell'ordinamento dovesse invece essere negata ad atti del proprietario che, pur rientrando nei limiti del diritto, erano sentiti dalla coscienza sociale come abusivi, perché dettati dall'intenzione di nuocere e non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza. Formulando il principio dell'abuso, la giurisprudenza francese si mostrò favorevole all'idea di un controllo “contenutistico” del diritto soggettivo, ammettendo in alcune ipotesi la responsabilità del titolare del diritto, anche se il danno era stato causato nell'esercizio del diritto stesso. La dottrina manifestò invece opinioni discordanti: una parte sostenne l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto che non avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge (...); un'altra parte affermò invece l'insufficienza di una legittimità formale, ma non riuscì ad elaborare un criterio unitario per determinare le forme “abusive” di esercizio del diritto, e seguì strade diverse nella formulazione del principio. Così (...), a seconda dei diversi contesti culturali ed ideologici, furono indicati vari parametri (morale, finalistico, intenzionale, ecc.), in base ai quali valutare l'eventuale abusività dell'esercizio del diritto», p. 2; riguardo alla ricostruzione storica della figura dell'abuso del diritto v. tra gli altri A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, 175 ss.

rendere “*giustizia*” anche da un punto di vista sostanziale spinse la giurisprudenza francese ad effettuare un controllo contenutistico sul diritto soggettivo evocato dalle parti spingendosi oltre il mero dato formale.

L’esito di una tale analisi dei diritti spinse i giudici francesi ad affermare, in alcune ipotesi, la sussistenza di una responsabilità del titolare di un diritto anche laddove il danno a terzi fosse stato cagionato nell’esercizio di un diritto formalmente riconosciuto dall’ordinamento¹¹.

Appare dunque indiscutibile che, nelle sue prime manifestazioni, la nozione di abuso del diritto quale criterio di “correzione” del sistema si configurò più come un principio di natura etica piuttosto che giuridica. Infatti, l’esigenza di reagire all’incondizionato potere che tradizionalmente costituisce il contenuto dei diritti soggettivi, e anzi secondo taluni ne esaurirebbe la stessa definizione¹², trovava la più naturale e immediata manifestazione nel tentativo di introduzione dal parte della giurisprudenza nei giudizi su condotte giuridicamente rilevanti un criterio correttivo extra-giuridico¹³ mutuato dai principi dell’etica e dalla morale.

¹¹ V. ancora S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., il quale evidenzia che sono stati suggeriti diversi criteri al fine di verificare l’eventuale abuso del diritto: si allude a titolo esemplificativo al criterio morale, finalistico e intenzionale. Tra le prime sentenze è nota *Court de Cassation* 3-8-1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705 Coquerel/Clément-Bayard. La questione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull’abuso del diritto*, Padova, 2006, 33 ss.

¹² Per vedere tematizzata la stretta e strutturale interdipendenza tra la nozione di abuso e la categoria del potere e le sue modalità di estrinsecazione, anche e soprattutto nelle logiche della normazione e dell’attribuzione delle prerogative soggettive, vedi D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in Enc. Dir.

¹³ Secondo G. MERUZZI, *L’exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p.348, la categoria dell’abuso del diritto ha rappresentato negli ordinamenti giuridici europei, fino al momento della “*laicizzazione del dibattito sulle clausole generali e sul criterio di buona fede*”, una categoria etica, tramite la quale attuare la realizzazione di dettami di giustizia sostanziale. Questa idea si trova esplicitata nel pensiero di A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss., il quale inserisce la tematica dell’abuso «*nel problema più vasto della realizzazione di una effettiva giustizia nell’esercizio dei diritti*», p. 1408.

1.3 La dottrina francese

1.3.1 La teoria dell'abuso del diritto tra affermazione e negazione

Alla Dottrina francese si deve senza dubbio la prima e più massiccia elaborazione della problematica dell'abuso. Tale circostanza non è frutto del caso dal momento che, come anticipato, «(...) si ritiene in generale che la figura dell'abuso sia sorta in Francia, ad opera della giurisprudenza, come reazione e correzione ai principi che costituiscono le fondamenta ideologiche e giuridiche del codice napoleonico: il formalismo legale e l'assolutismo dei diritti»¹⁴.

Sin dalle sue origini il dibattito in seno alla dottrina francese sulla nascente figura dell'abuso del diritto si caratterizzò per i toni accesi e per la pluralità dei temi di discussione. Infatti, accanto allo scontro “esterno” tra sostenitori e oppositori della teoria dell'abuso, si sviluppò un vivace dibattito “interno” tra i sostenitori dell'autonomia concettuale dell'abuso, circa la configurazione oggettiva ovvero soggettiva da riconoscere al concetto *de quo*.

Così, se da un lato, si presentano come particolarmente significative le tesi elaborate, da Savatier, Josserand e Planiol circa la possibilità di configurare l'abuso quale autonomo fenomeno giuridico, con i primi due Autori impegnati alla ricerca del tratto identificativo

¹⁴ M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33; vedi, altresì, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 28: «il problema, anzi l'idea stessa dell'abuso di diritto, nasce, come già si è accennato, nell'ambito dell'ordinamento liberale della società del secolo scorso. Sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato e si era tradotta nella proclamazione dell'eguaglianza di tutti innanzi alla legge. Sul piano economico, gli stessi principi ponevano l'individuo di fronte al gioco delle leggi dell'economia, onde si creava e si acuiva una sostanziale disuguaglianza, in contrasto stridente con l'uguaglianza formale». La ricognizione interpretativa delle origini e delle ragioni storiche della figura dell'abuso è largamente condivisa in dottrina, anche S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 2, rileva che «volendo brevemente indicare le ragioni che determinarono questo processo, può dirsi che la formulazione del principio dell'abuso del diritto appare una conseguenza dell'assolutezza dei principi enunciati dopo la rivoluzione francese. La proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà diedero all'economia la certezza dei rapporti che essa richiedeva, ma nel contempo permisero uno sviluppo del tutto autonomo rispetto ad ogni controllo ed intervento dello Stato, favorendo così il verificarsi di “abusi”. (...) L'elaborazione della figura compiuta nell'esperienza francese appare in definitiva particolarmente significativa con riferimento all'epoca che ne vide la nascita, ma essenzialmente legata ad essa, perché fu determinata e rispose a particolari esigenze di un certo momento storico e di un determinato ambiente».

dell'abuso, ravvisato da Savatier nell'immoralità della condotta con cui il diritto viene esercitato e da Josserand nella “*antisocialità*” della condotta ovvero nel suo contrasto con la funzione sociale in vista della quale il diritto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico al singolo, e il terzo a negare senza mezzi termini la possibilità di configurare uno “*spazio logico*” in cui collocare l'abuso del diritto “stritolato” come è tra lo spazio della irrilevanza e quello dell'illiceità¹⁵, dall'altro, appare interessante il dibattito che vide contrapposti Saleilles e Josserand circa la necessità di configurare in termini oggettivi piuttosto che soggettivi il concetto di abuso del diritto.

1.3.1.1. Savatier e Josserand

Dagli scritti di Savatier e Josserand appare con chiarezza come nel pensiero di tali Autori il divieto di *abus de droit* si sostanzia in parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla logica interna, alla *ratio* degli strumenti giuridici e delle loro condizioni di utilizzo, bensì, piuttosto, a valutazioni di carattere etico e ideologico. Valutazioni che conducono Savatier e Josserand a rintracciare il tratto identificativo dell'abuso del diritto rispettivamente nell'immoralità della condotta con cui il diritto viene esercitato e nell'“antisocialità” della condotta medesima ovvero nella sua contrarietà alla funzione sociale in vista della quale il diritto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico al singolo.

Savatier...

Savatier, sebbene non sia stato il primo Autore a occuparsi del tema dell'abuso essendo la sua teoria relativamente recente, ha il pregio di affermare in modo chiaro e con forza la legittimità e l'utilità della figura dell'abuso del diritto¹⁶. Si tratta, è opportuno chiarire fin da subito, di un'affermazione che prescinde del tutto da ogni collegamento con la logica del

¹⁵ Cfr. M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* (in margine a Cass. 18-9-2009, n. 20106), in abuso del diritto e buona fede nei contratti, cit., pp. 99 e ss, p.114.

¹⁶ J. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Parigi, 1951.

sistema giuridico. Infatti, secondo l'Autore il fondamento dell'abuso è indicato a chiare lettere nel contrasto tra una determinata condotta di esercizio di una prerogativa pur attribuita da una norma giuridica e i dettami della morale¹⁷.

L'Autore, prima di giungere a una tale affermazione indaga le prerogative soggettive e classifica varie tipologie di diritti soggettivi, arrivando con ciò a circoscrivere il possibile ambito di realizzazione di un possibile abuso. Tuttavia, questa indagine non condiziona in alcun modo il nucleo teorico della sua riflessione, nel senso che non risulta funzionale a collegare il divieto di abuso alla struttura e alla *ratio* del diritto soggettivo. Savatier individua anzitutto cinque categorie di diritti, nei quali riconosce come caratteristica strutturale quella di essere dei “*diritti di nuocere*” e afferma che, in relazione ad essi, non può parlarsi di eventuale abuso; ciò non significa che il loro esercizio sia insindacabile, bensì che sono soggetti a un proprio, specifico criterio di controllo: la loro “*misura*” è data dall'equità. Dunque, fintantoché l'esercizio di tali diritti si mantiene entro i limiti fissati dall'equità, ovvero dai valori etici e sociali che essa esprime, non v'è spazio perché l'esercizio degli stessi possa costituire fonte di responsabilità, al contrario, nel momento in cui l'esercizio di tali diritti dovesse travalicare il limite dell'equità non si potrebbe parlare di abuso bensì si dovrebbe parlare di illecito ovvero a seconda dei casi di assenza del diritto stesso. Secondo l'Autore, sono invece suscettibili di abuso esclusivamente i diritti in cui il “*diritto di nuocere*” non è costitutivo della loro struttura ma risulta dal loro specifico regolamento normativo; l'abuso presuppone che l'esercizio del diritto si mantenga nei limiti di un'esatta corrispondenza al regolamento normativo e, ciò nonostante, venga avvertito come contrastante con un dovere morale in virtù dell'anormalità del danno che esso provoca¹⁸.

¹⁷ Oltre a J. SAVATIER tale impostazione si deve anche alla elaborazione di J. DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p.307 ss., e ID. *Le droit subjectif*, Parigi 1952. Tale Autore, in particolare nell'opera più recente, si ritrova a sostenere la tesi della immoralità del diritto ma come soluzione necessitata per evitare la caduta nella contraddizione, apparentemente insolubile, individuata da Planiol, e secondo la quale, sostanzialmente, se vi è diritto non può esserci abuso e se c'è abuso non c'è diritto; questo pur avendo l'Autore correttamente intuito la non coincidenza tra abuso e illecito.

¹⁸ J. SAVATIER non è il solo autore che invoca il criterio del danno al fine della individuazione e qualificazione di una vicenda abusiva; v., altresì, C. CHARMONT, *De l'abus de droit*, in *Revue trimestral de*

Oltre alla necessità di compiere una distinzione strutturale delle prerogative soggettive, Savatier avverte la necessità di introdurre nella propria ricostruzione un ulteriore parametro di riconoscimento dell'abuso, quello della anormalità del danno. Nell'economia della sua riflessione, dunque, tanto la classificazione delle prerogative soggettive suscettibili di abuso, quanto il criterio del danno sono le *conditiones sine quibus non* affinché si possa parlare di abuso del diritto. Rimane, però, ferma l'affermazione di principio, l'individuazione del fondamento del fenomeno; l'abuso può aversi nell'esercizio di un diritto esattamente conforme al suo schema legale solo laddove esso risulti però contrastante con un dovere indicato dalla legge morale: il fatto che sia moralmente un illecito lo rende per ciò solo fonte di responsabilità giuridica¹⁹. Colpisce particolarmente la posizione di Savatier (e con lui quella di Dabin) perché, senza alcun equivoco, ravvisa la possibilità di riconoscere e

(continued...)

droit civil, 1902, p. 122 ss.; è chiaro, però, che tale criterio non può avere la capacità di costruire la nozione di abuso, e quindi individuare una categoria giuridica sulla base dei suoi effetti. In particolare critica aspramente questa impostazione V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., l'intento del quale è, come meglio analizzato *infra* § 1.4.1.3, proporre l'abuso come una "forma qualificativa autonoma", accanto a quella di diritto soggettivo e di illecito; egli osserva: «ma parlare di danno "anormale", al fine di discriminare l'esercizio abusivo dall'esercizio lecito del diritto, vuol dire fare implicitamente appello a un elemento che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto, e quindi tale che ad esso venga connessa una responsabilità. Nel qual caso, è troppo evidente che è quest'ultimo, il criterio dirimente l'esercizio lecito dall'esercizio abusivo del diritto: non già, cioè, l'anormalità del danno, ma ciò che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto», *ibidem*, p. 79, n. 4. Più di recente fanno riferimento all'elemento del danno, ma per ricostruire la nozione di abuso al di fuori dell'ambito dei rapporti giuridici, e sul presupposto di una dimensione "relazionale" dell'abuso del diritto F.D. BUSNELLI e E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.; in particolare a p. 204-205 osservano: «La regola che consente di specificare il dato della "relazionalità" rispetto all'esercizio di un diritto diverso da un diritto relativo è, dunque, l'ingiustizia del danno che, non solo, identifica l'altro soggetto coinvolto, attraverso la titolarità di un interesse meritevole di protezione risarcitoria, ma permette altresì di risalire alla diversa tipologia di impatto, determinata dal formale esercizio del diritto, in quanto elemento capace di contribuire a risolvere il conflitto di interessi determinato dalla fattispecie illecita».

¹⁹ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 98, sottolinea la continuità di simile impostazione rispetto ad una «tradizione risalente, riconducibile, secondo una ricostruzione accreditata, all'età del diritto intermedio e agli sviluppi della teorica dell'*aemulatio*, volta a censurare la condotta maliziosa del proprietario». In realtà nella costruzione delineata da Savatier non sembra venga dato alcun peso alla componente psicologica "maliziosa" dell'agente, bensì sembra che rilevi la oggettiva contrarietà alla legge morale della sua condotta. Più che collocare la sua teoria nel contesto della riflessione sulla *aemulatio* e sulla rilevanza dei motivi dell'agire pare utile riguardarla sotto il profilo della configurazione dei rapporti tra diritto e morale; l'Autrice stessa sottolinea l'interesse di questa tematica e l'attenzione che ha suscitato nelle riflessioni della scienza giuridica; v. nota 54 a p. 99 e, *ivi*, la copiosa bibliografia citata.

perseguire l'abuso sostanzialmente sulla scorta di un sistema di regole parallelo ed estraneo al sistema normativo, il sistema delle regole morali, che assume a vero e proprio correttivo delle norme giuridiche.

e ... Josserand

Illustrati brevemente i tratti salienti della tesi del Savatier, si ritiene opportuno ora esaminare un'altra famosa teoria elaborata dalla dottrina francese in teoria di abuso del diritto, ovvero quella riconducibile essenzialmente alla riflessione svolta da Josserand basata sulla funzione sociale del diritto soggettivo²⁰.

L'Autore riflette sulla nozione di diritto soggettivo e sulla sua struttura con un'indagine ampia e approfondita che lo porta a riconoscere in ciascun diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento giuridico una sua propria ragione d'essere, un particolare "*esprit*", funzionale alle differenti, configgenti ma componibili, dinamiche della convivenza intersoggettiva.

Individuato nell'"*esprit*" l'elemento caratterizzante il singolo diritto, Josserand classifica i diritti in tre categorie essenziali, i diritti: "*à esprit égoïste*", "*à esprit altruiste*" e quelli "*non causés*". I diritti appartenenti alle prime due categorie sono riconducibili al novero dei cd. diritti relativi mentre quelli ascrivibili alla terza categoria coincidono con i cd. diritti assoluti²¹.

²⁰ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi 1939, a parere di V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 94, con questa opera «il processo di teorizzazione dell'abuso raggiunge la sua fase di maggior penetrazione e maturità», l'Autore ascrive al pensiero di Josserand due acquisizioni fondamentali e irrinunciabili in tema di abuso del diritto: quella della strutturale, ontologica diversità tra atti illeciti e atti abusivi e quella «del fatto che la qualificazione in termini di abuso denunci una essenziale "*relativité des droits*", e ponga quindi in evidenza la complessa struttura della qualificazione in termini di diritto soggettivo», p. 95.

²¹ Lo stesso P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. accoglie questa classificazione e, anzi, ne fa in certo qual modo la base della sua riflessione: la preminenza dell'attenzione che egli presta alla categoria dei diritti potestativi, in quanto caratterizzati dalla ampia misura di discrezionalità connessa al loro esercizio mostra una chiara coincidenza e discendenza dalla categoria dei diritti acasali o immotivati, «(...) i diritti cioè che si sottraggono ad ogni forma di sindacato circa i motivi e lo scopo dell'atto», *ibidem*, p. 22.

Una volta riconosciuto che ciascun diritto si qualifica in virtù del proprio “*esprit*”, Josserand arriva alla fondamentale affermazione, che segna un’irrevocabile e irrinunciabile acquisizione per la teoria dell’abuso del diritto, secondo la quale l’abuso è assolutamente distinto dall’illecito poiché gli atti abusivi consistono in atti che “*ne violent pas la lettre (...) de la loi, mais ils en choquent l’esprit*”²².

Più specificamente, l’*esprit* di un diritto incarna, in rapporto allo specifico contenuto della relativa norma, quello che l’Autore definisce l’“*idéal collectif du moment*”, la funzione che gli è attribuita dalla comunità, la sua funzione sociale; l’abuso consiste quindi propriamente nel contrasto tra l’atto di esercizio del diritto, la sua funzione sociale e la “finalità” del diritto medesimo per il quale lo stesso è riconosciuto dall’ordinamento²³.

1.3.1.2 Josserand: la critica di Giorgianni

Giorgianni, estimatore di Josserand che considera il più profondo e acuto indagatore dell’abuso del diritto; rivolge un’importante critica all’opera di Josserand ritenendo che il giurista francese ingeneri confusione nel momento in cui fa coincidere il significato dell’*esprit* del diritto con la finalità del diritto piuttosto che confermare che lo stesso coincide con l’“*idéal collectif du moment*” cioè, secondo l’interpretazione dell’Autore italiano con l’«*interesse, o valore, caratterizzante un determinato ambiente culturale in quanto in esso predominante in un determinato momento storico, e inerente alla stessa struttura formale del diritto soggettivo*»²⁴.

²² L. JOSSERAND, *De l’esprit de droits*, cit., p. 360

²³ L. JOSSERAND accoglie, dunque, il criterio teleologico per l’individuazione dell’abuso; per i caratteri di tale impostazione v. R. MULLER-ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss.

²⁴ V. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto*, cit., p.100; si deve sottolineare, peraltro, che tra le moderne teorie dell’abuso del diritto assumono spazio preminente quelle che invocano come criterio la considerazione dell’interesse in vista del quale il diritto è attribuito; si tratta però del concreto e puntuale interesse consistente nella “funzione economico-sociale” della norma e desumibile dalla lettera e dalla collocazione sistematica della stessa, non invece, come sembra in Josserand l’interesse inteso genericamente come valore, come espressione della ideologia che ispira la convivenza sociale.

Egli è convinto che tale disinvoltura terminologica porti con sé una ben più significativa confusione concettuale, che «*provoca la trasposizione del discorso del Josserand su un piano metascientifico-giuridico: il che spiega il richiamo a concetti di ordine morale come “egoismo” e “altruismo”*»²⁵.

In realtà non pare per nulla necessario approfondire la portata di tale confusione terminologica; ai fini della presente riflessione appare sufficientemente definito che, comunque, la funzione sociale del diritto cui Josserand fa pur sempre riferimento è un criterio extragiuridico, un criterio che rinvia a «*qualcosa che è fuori dal diritto e, forse, lo precede*»²⁶. In sostanza Josserand, nell'indicare come parametro dell'abuso la funzione sociale o finalità del diritto soggettivo fa riferimento, non diversamente da Savatier, a un sistema di valori che sono estranei al diritto e che sono sostanzialmente ravvisati nelle istanze e dinamiche che guidano la convivenza sociale. Si ritiene che non si possano individuare esempi più chiari di quelli appena illustrati al fine di evidenziare come, in prima istanza, il divieto di abuso trovi riconoscimento e modalità di espressione per il tramite di parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla *ratio* del diritto soggettivo e delle sue condizioni di utilizzo quanto a valutazioni sostanzialmente di carattere etico.

1.3.1.3 La tesi negazionista di Planiol

La prima e senza dubbio più famosa teoria negazionista dell'autonomia concettuale dell'abuso del diritto fu quella elaborata da Planiol, il quale, risolvendo drasticamente la dinamica dell'ordinamento giuridico nella dualità diritto soggettivo e illecito, concluse che una condotta o risulta qualificabile come esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, e come tale intangibile e insindacabile, oppure fuoriesce dai confini tracciati dal diritto soggettivo integrando in un illecito, come tale sanzionabile; *tertium non*

²⁵ V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p.100 e, a p. 101, ove si parla di «*trasposizione del discorso del Josserand dal piano giuridico al piano metagiuridico della “finalità” del diritto, cioè al piano della “relativité de droits” intesa non più epistemologicamente come formale, ma ideologicamente come “concept social” inerente alla contrapposizione tra “individualisme e socialisme juridique”*».

²⁶ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 95.

*datur*²⁷. Planiol non nega l'interesse che la figura dell'abuso mostra di aver raggiunto nelle applicazioni giurisprudenziali della sua epoca, tanto è vero che si sente in dovere di menzionare tale circostanza nei propri scritti. Quello che l'Autore contesta è la rilevanza sistematica dell'abuso, stante la sua irriducibilità all'interno del sistema della responsabilità civile se non tramite la sua inclusione nella categoria dell'illecito civile. Planiol è consapevole della peculiarità del "dato" indicato dalla giurisprudenza pratica e teorica con l'espressione "abuso del diritto". Tuttavia, sospinto un'improrogabile esigenza sistematica, nell'intenzione di ricondurre questa nascente figura giuridica nell'ambito dei principi generali della teoria della responsabilità, tramandati dalla tradizione dottrinale sulla base dei dogmi ereditati dal diritto comune, giunge alla conclusione che l'istituto dell'abuso non può essere dotato di una propria autonomia concettuale posto che i diritti soggettivi sono "*limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses*" e che l'abuso del diritto "*sort de ces limites*", ovvero manca a "*ces conditions*", ponendosi per ciò stesso in rapporto di contrarietà col diritto, non potrebbe costituire che un illecito e dunque dovrebbe essere trattato come tale.

Josserand commentando gli scritti di Planiol e nel tentativo di valorizzare il nuovo orientamento giurisprudenziale, difendendolo dalle obiezioni teoriche di parte della Dottrina, contro le barriere interessate e immaginarie erette tra il diritto e la morale²⁸, giunse ad affermare che le tesi negazioniste di Planiol secondo cui l'abuso incomincia dove cessa il diritto non sono altro che un sofisma, o meglio "*un calembour juridique*"²⁹.

²⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., p. 269.

²⁸ L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, cit, pp. 84, ove a proposito delle barriere ideologiche tra diritto e morale ritiene opportuno precisare che «*ces barrières n'ont jamais existé que dans l'imagination des juriconsultes: toujours elles furent chimérique et toujours elles demeureront telles*».

²⁹ L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, cit, pp. 46 e ss

1.3.2 L'abuso del diritto tra oggettivismo e soggettivismo

Lo scontro degli inizi del Novecento tra i fautori di una configurazione soggettiva ed una configurazione oggettiva dell'abuso del diritto può essere letto come il tentativo di offrire la risposta più ampia possibile per operare una correzione sociale del sistema e per consentire ancora un'operatività dei principi di diritto comune. Raymond Saleilles accentua il profilo oggettivo, marcando le differenze rispetto alla responsabilità per colpa: la negazione di un'astratta assolutezza del diritto non è da rintracciare nella ricerca psicologica ma nella finalità tipica del diritto e nelle eventuali deviazioni dallo scopo. Il criterio soggettivo per fissare l'abuso del diritto crea un'estensione fragile del sistema. Infatti, secondo Saleilles l'esclusività del fine di nuocere agli altri è di fatto quasi impossibile da dimostrare perché è sempre facile allegare un qualche interesse individuale. La limitazione, dunque non può che avere un carattere oggettivo e non può che stare nell'esercizio anormale del diritto, contrastante con la destinazione economico-sociale del diritto soggettivo medesimo³⁰.

Josserand al contrario ritiene invece che la soluzione oggettiva non si armonizzi con le pronunce della giurisprudenza, rompa la simmetria tra l'*abus de droit* e il *detournement de pouvoir* del diritto amministrativo e confonda tra loro atti caratterizzati da forme diverse di antisocialità³¹.

Nonostante le dispute, spesso aspre, tra i fautori della configurazione soggettiva e quella obiettiva, le pagine dei rispettivi Autori paiono caratterizzate da consapevolezza e obiettivi

³⁰ R. SALEILLES, *De l'abus de droit, rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil*, in *Bullettin de la Société d'études législatives*, IV (1905), pp.325 e ss.; J.CHARMONT, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civile*, I (1902), pp.113 e ss. che muove dall'analisi di due tesi di dottorato (di J. BOSC, *Essai sur Les éléments constitutive du délit civil*, Thèse Montpellier, 1900-1901 e di E. PORCHEROT, *De l'abus du droit*, Thèse Dijon, 1901-1902); Si cfr. anche C. CÈZAR-BRU e G. MORIN, *La faute, le risque, l'abus du droit*, in *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, II, 1, (avril-juin 1906) pp. 63-106; M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trimestrielle de droit civile*, 1906. pp. 119 e ss. Riguardo all'attenzione dedicata da Gény al tema cfr. P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ripensare Gény)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), *François Gény e La scienza giuridica del Novecento*, p. 43 e ss. Si veda anche P. ANCEL e C. DIDRY, *L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au debut du XX siècle*, in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Saint Etienne, 2001, pp. 51 e ss.; N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 43 e ss.

³¹ L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, pp. 46 e ss.

comuni: in nome di idee di giustizia sociale e di solidarietà si reagisce contro l'individualismo astratto, si diffonde la trasformazione in atto nella coscienza giuridica, nell'idea di diritto e nel suo fondamento³². Comune è l'obiettivo di ricomprendere il numero più ampio di casi nel diritto comune, di estendere l'orbita dei principi del diritto civile, evitando che nuovi settori fossero attratti in aree pubblicistiche. La fissazione di un nuovo equilibrio tra i diritti esige l'espansione del sistema, mirava a evitare che i nuovi ambiti "speciali" del diritto fossero chiamati a rispondere all'emersione di danni ora considerati come ingiusti dalla coscienza sociale. Si tratta di andare oltre, come sottolinea Josserand, ai limiti obbiettivi del diritto predeterminati dalla legge: *«L'abus de droits constitue [. ..] une théorie mouvante, une notion merveilleusement souple: elle est un instrument de progrès. Un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux; loin de nécessiter l'intervention législative, elle permet de la différer, d'imprimer au droit, au fur et à mesure que les mœurs se transforment, une orientation nouvelle»*³³.

1.4. La dottrina italiana

1.4.1 Inquadramento storico

Nella cultura giuridica italiana, l'interesse per la figura dell'abuso del diritto ha assunto le sembianze dell'araba fenice³⁴: l'interesse è emerso sporadicamente, seppur in maniera non casuale, in alcuni momenti della storia della nostra cultura giuridica, destando adesioni entusiastiche e critiche, anche aspre, per poi attraversare lunghi periodi di malinconico

³² Cfr. J. CHARMONT, *L'abus du droit*, cit. pp. 119 e ss.

³³ Vedi L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, cit. p. 76.

³⁴ L'immagine dell'araba fenice è evocata da G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 76.

confino nel ripostiglio in cui il giurista ripone gli attrezzi che non gli servono più, perché sostituiti da altri più nuovi, più precisi, o forse solo più “alla moda”³⁵.

Le alterne fasi d’interesse mostrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiani verso il tema dell’abuso del diritto possono essere sintetizzati come segue. I primi appassionati interventi sia della dottrina che della giurisprudenza risalgono all’inizio del secolo scorso e si caratterizzano per la stigmatizzazione del tentativo di piegare l’esercizio del diritto al “capriccio” e agli scopi egoistici del titolare, a scapito del “sentimento di solidarietà” e della “funzione sociale” che permeano, o meglio dovrebbero permeare, l’esercizio dei diritti soggettivi riconosciuti dall’ordinamento e tra questi, in particolare, il diritto di proprietà³⁶. Negli anni Sessanta, in un clima di più generale rinnovamento della cultura civilistica italiana alla luce dei valori e principi ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, ritroviamo una dotta e assai influente rivalutazione della teoria dell’abuso del diritto, utilizzata come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalistico, che poneva l’enfasi sul pluralismo giuridico e sui cosiddetti corpi sociali intermedi³⁷. Alla fine degli anni Novanta, infine, la formula sembra conoscere una nuova fortuna, con l’apparire di una pluralità di interventi variamente favorevoli alla rivalutazione del divieto di abuso del diritto, improntati a svariate metodologie antiformalistiche (tra le quali si notano alcune riproposizioni del pluralismo e del solidarismo cattolico, e le suggestioni della analisi economica del diritto)³⁸.

³⁵ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. MANIACI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 118;

³⁶ Le espressioni virgolettate sono tratte da A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 95 (i limiti cui si riferisce l’autore nel sottotitolo sono di carattere etico, e ispirati ad esigenze di solidarietà sociale).

³⁷ Il riferimento è ovviamente a P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, op. cit. Per una ricostruzione del programma metodologico e gius-politico attribuibile ai giuristi di questa corrente, si veda G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete* (1972), in G. VISINTINI (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 17-57 (spec. pp. 38-40). Per alcuni cenni sulla stagione della “costituzionalizzazione” della cultura giuridica italiana, vedi G. PINO, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, capitolo I.

³⁸ Nel 1997 viene pubblicato un volume monografico della rivista «Diritto privato» dedicato all’abuso del diritto.

Da ultimo, a seguito dell'ormai famosa pronuncia della Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20106 (relativa al caso "Renault", di cui si parlerà ampiamente *infra*³⁹) nonché sulla scia di numerose e variegata pronunce in materia tributaria, il tema dell'abuso del diritto è tornato ad essere al centro delle attenzioni degli interpreti.

1.4.1.1 La tesi negazionista di Rotondi

La prima completa elaborazione da parte della dottrina giuridica italiana del fenomeno dell'abuso del diritto si deve all'opera di un giovanissimo Mario Rotondi⁴⁰, la cui riflessione costituisce un fondamentale termine di riferimento per tutti i giuristi che si occupano del tema. L'autore nell'affrontare il tema dell'abuso, da un lato, non si sottrae mai ad un approfondito confronto con l'esperienza francese, e, dall'altro, dopo aver analizzato dettagliatamente le problematiche sottese al riconoscimento dell'autonomia concettuale dell'abuso arriva a mettere in discussione l'affermazione, apodittica, secondo cui abuso e diritto soggettivo debbano essere considerati come due termini del tutto incompatibili, che non possono essere accostati⁴¹.

³⁹ Si veda *infra* Cap. 2, spec. § 2.2.6, al quale rinviamo anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

⁴⁰ M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, Cedam, 1979. Il lavoro costituisce la tesi di laurea di Rotondi (laureatosi nella Facoltà di giurisprudenza di Pavia nel luglio del 1922, relatore Barassi) che venne pubblicato sulla Rivista di Diritto Civile (XV, 1923, pp. 105-128). La tesi di laurea appare fortemente influenzata dalle posizioni di Barassi. Il «valore supremo» di riferimento resta la «certezza del diritto» e «la necessità di affidarsi alla legge», un dato questo che appare in contrasto con la pur formulata prospettiva di conferire maggiori spazi di autonomia al giudice. Sottolinea giustamente il contrasto G. FURGIULE, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987) Riviste giuridiche italiane (1865-1945), pp. 519 e ss. p. 609-610. Per un inquadramento delle posizioni di Rotondi negli anni successivi (posizioni che «s'inscrivevano coscientemente in quel travaglio teorico che segnò il passaggio dalla *Begriffs* all'*Interessenjurisprudenz*») si cfr. U. SANTARELLI, «Un illustre (e appartato) foglio giuridico», *la Rivista di diritto privato (1931-1944)*, in *ibidem*, pp. 665 e ss., p. 673. Una valutazione fortemente elogiativa dello scritto di Rotondi - pur in un contesto argomentativo che si muove abbastanza lontano dalle sue tesi - è offerta da R. MÜLLER-ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XLVIII, I (1950), p. 89 e ss., p. 90.

⁴¹ ID., *Ibidem*, Prefazione, p. 5: «E' stato detto e ripetuto che - sul piano del diritto positivo abuso e diritto sono termini incompatibili, per cui la formula abuso di diritto sarebbe un non senso e una contraddizione *in terminis*. Eppure quello che dal punto di vista del diritto positivo sembra un non senso, è una realtà e prende un contenuto se si considera un comportamento oltre che da un punto di vista giuridico, da un punto di vista

Secondo Rotondi, invero, l'abuso costituisce senz'altro oggetto di interesse della giurisprudenza, pratica e teorica; deve essere indagato e deve trovare riscontro in sede applicativa: con la fondamentale precisazione che non può essere considerato una categoria giuridica autonoma rappresentando un "*fenomeno che esiste di fatto*" e, per questo, «(...) può trovare il suo "antidoto" in sede interpretativo giudiziaria nel senso che qui si debba operare in modo da prevenire l'abuso, anche se il rimedio radicale starà nelle mani del legislatore, dacché solo quest'ultimo potrà prestare una regolare e continua opera di revisione dei singoli istituti del diritto, in uniformità dei nuovi bisogni»⁴².

Simili affermazioni si comprendono alla luce del fatto che, secondo l'Autore, l'abuso è sì un fenomeno di fatto, tuttavia che si colloca in rapporto di stretta interrelazione con il sistema delle norme positive e - in modo che forse non è così distante dai principi etici e dalla funzione sociale menzionate nei paragrafi che precedono - funziona in un certo senso come loro correttivo, o, come è stato efficacemente espresso, come cartina di tornasole, a livello sociale, della inadeguatezza, maturata nel tempo, con cui il diritto disciplina un dato comportamento o consente una data prerogativa⁴³. L'abuso, quindi, indica quindi una situazione di conflitto ma non è il conflitto tra un atto di esercizio di un diritto e una sua valutazione di anti-giuridicità; il conflitto è invece tra la formulazione rigida e tradizionale della norma positiva e quella che Rotondi definisce la "nuova coscienza giuridica del

(continued...)

morale. "*Non omne quod licet honestum est*", e la divergenza della valutazione diventa tanto più facile nel processo del tempo, se si confronta, in un regime di norme scritte, la lenta modifica di queste rispetto alla continua evoluzione della coscienza morale».

⁴² P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 25, assume la posizione di Rotondi a misura delle posizioni di tutti gli autori che negano l'abuso del diritto; rifiutandone però, la rilevanza come categoria e problema giuridico, non già come fenomeno sociale che, anzi, come tale viene riconosciuto essere una costante ineliminabile dell'esperienza. Opportunamente sottolinea Rescigno, l'abuso viene classificato come fenomeno esterno ma non estraneo, non irriducibile all'ordinamento giuridico, essendo destinato ad influire su esso il fenomeno viene collocato in una zona che non appartiene o, meglio, non appartiene ancora alla realtà giuridica positiva.

⁴³ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit. p. 107.

popolo»⁴⁴. Collocato com'è nella “anticamera del diritto”, l'abuso del diritto diviene nelle pagine di Rotondi semplicemente un indice del grado di tenuta storica dell'ordinamento e dei contrasti esistenti tra «lenta evoluzione giuridica» e «rapida evoluzione sociale»: non è strumento utilizzabile per far muovere meno lentamente (e per espandere) il sistema ma segnale rivolto (dall'anticamera) al legislatore assiso nelle stanze nobili ove si produce il diritto.

I luoghi comuni dei poliedri che si toccano solo alla periferia, il riferimento esclusivo alla lesione del diritto, l'impossibilità di un danno scaturente da un comportamento *iure* e la necessità di mantener ferma la nozione di «danno giuridico» sono puntualmente ribadite nello scritto di Rotondi⁴⁵.

Richiesta d'intervento del legislatore e contestuale timore di una soffocante statalizzazione del diritto dei privati imposta (anche) dai giudici si fondono tra loro. In nome della certezza del diritto, s'invoca ripetutamente l'intervento del legislatore; a ben vedere, però, quello che conta è la coerenza del sistema. Lo stesso legislatore è invitato a non raccogliere tutti i segnali connessi alla rapida evoluzione sociale, a non piegare i principi "alti" del sistema alla nuova coscienza sociale⁴⁶. Più che al salvifico intervento legislativo, l'adeguamento del diritto alle trasformazioni in corso resta affidato, Rotondi ne è certo, alla scienza e alla giurisprudenza.

⁴⁴ Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 695 e ss.; ivi l'Autore nega con decisione la possibile configurazione dell'abuso del diritto quale autonoma categoria giuridica. Nel pensiero di Barassi il principio per cui la responsabilità è esclusa quando l'autore ha agito senza esorbitare il suo diritto - «*un fondamentale principio venuto dal diritto romano* (qui jure suo utitur neminem laedit)» - è presentato senza mezzi termini come «*l'esponente più incisivo del regime economico-giuridico individuale in cui oggi viviamo*», «*superba affermazione autonomistica*» che «*a torto*» «*fu aspramente criticata come espressione dell'egoismo*». In nome della «solidarietà» sarà possibile «*spostare i confini del diritto soggettivo, restringendo il territorio da essi delimitato*» ma lo si potrà fare solo con lo strumento legislativo. Ipotizzare invece che chi agisce iure sia responsabile quando abusa del suo diritto è cedere a «*un vago sentimentalismo*» che solo in apparenza corrisponde allo spirito dei tempi».

⁴⁵ Cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*. cit., in particolare pp. 188 e ss, con critiche a Josserand e a Gény.

⁴⁶ Da buon allievo di Barassi, Rotondi ripete, ad esempio, che la questione del recesso *ad nutum* deve essere risolta tenendo fermo il principio liberale, conservando in ogni caso «la perfetta libertà delle parti di sciogliersi dal contratto». Ivi, pp. 152 e ss.

Le pagine finali del saggio propongono, non a caso, un'esaltazione dell'interprete e della sua capacità di penetrare l'«essenza intima» degli istituti per correggere l'inevitabile scarto tra astrazione e concretezza, tra la lentezza del giuridico e le veloci trasformazioni sociali; con l'avvertimento che tuttavia l'abuso del diritto non può essere assunto nel novero degli strumenti correttivi dell'ordine giuridico perché sovverte la logica del sistema. Di fronte a un simile pericolo all'interprete non resta che innalzare barriere a difesa delle rassicuranti certezze del mondo di ieri, dal momento che *«davanti al pericolo di costruzioni che minano le stesse basi e i fondamenti di tutto un sistema giuridico (quali i concetti di diritto soggettivo, di responsabilità, di interesse) l'opera del giurista deve essere saviamente, gelosamente, decisamente conservatrice»*⁴⁷.

1.4.1.2 La ricostruzione di Rescigno

Un contributo fondamentale per la comprensione del significato e del ruolo da attribuire alle componenti metagiuridiche caratterizzanti le prime fasi della storia del concetto di abuso del diritto è rappresentato dall'opera di Rescigno, alla quale il dibattito deve la esplicitazione delle più profonde matrici storiche e ideologiche della figura⁴⁸.

Secondo l'Autore, l'indagine sull'abuso del diritto esige di essere impostata non tanto sul piano dogmatico quanto sul piano delle manifestazioni storiche della figura, in quanto solo

⁴⁷ Ivi, p. 220. Un decennio dopo Rotondi ritorna indirettamente sulla questione marcando le differenze tra equità e principi generali del diritto. L'equità offre «un sussidio al giudice», non toglie la certezza del diritto, «non fa del giudice un legislatore» ma semplicemente uno strumento «spesso anche inconscio del progresso giuridico». È la legge a rinviare il giudice all'equità e l'equità rinvia il giudice al caso concreto *«a quanto vi ha di più concreto»*; i principi generali, invece, *«sono quanto vi ha di più astratto nel complesso di un ordine giuridico positivo»*. Una correzione (creativa) dell'ordinamento da parte del giudice operata partendo dall'alto e in contrasto con la certezza del diritto; innocuo (conservativo delle certezze del sistema) è invece il richiamo all'equità che si muove “in basso” e non come autonoma fonte del diritto. M.ROTONDI, *Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, In *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, *Les sources generales des systemes juridiques actuels*, Parigi, Sirey, 1934, pp. 403 e ss., p. 408 e 409.

⁴⁸ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. Oltre alla ricchezza della riflessione sugli aspetti applicativi e teorici svolta dall'Autore, alla sua opera va riconosciuto, *in primis*, il merito di aver senza mezzi termini evidenziato che quello dell'abuso del diritto rappresenta un tema *«(...) nel quale si incontrano e si misurano, con particolare evidenza, le diverse ideologie dei giuristi»*, p. 33.

in tale ottica è possibile cogliere come «la diversità degli strumenti positivi adoperati non toglie unità al problema dell'abuso»⁴⁹.

L'Autore ravvisa due grandi posizioni ideologiche che accompagnano il processo storico di concezione del fenomeno e che, quindi, sorreggono l'affacciarsi dell'abuso sulla scena della riflessione teorica in merito all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive⁵⁰. Si tratta, *lato sensu*, dell'ideologia cattolica (o ideologia della morale) e della ideologia socialista (o ideologia laica di concezione socialista)⁵¹. Ciascuna di siffatte concezioni comporta il riferimento ad un proprio codice etico e a propri parametri di giudizio, estranei a quelli del sistema normativo *ex se* considerato che, se seguite, conducono l'interprete a soluzioni differenti sul tema dell'abuso.

In particolare, la considerazione del sistema giuridico positivo dall'angolo visuale del pensiero tomista riconosce ampia libertà all'interprete al fine di permettergli di mitigare le asprezze della legge e correggere le conseguenze più gravi della meccanica applicazione della giuridicità in quei casi in cui una siffatta applicazione risulti "ingiusta". La misura del giudizio e della correzione del sistema sarebbe data dalla morale: criterio di valutazione, rispetto all'esercizio dei diritti diviene in tal modo l'uso morale o immorale del diritto. Facendo proprio il pensiero di Dabin, Rescigno afferma che grazie a questa legittimità morale "*il diritto legale si apre sulla moralità, che viene ad arearlo, ad umanizzarlo ed altresì ad individualizzarlo in ciò che ha di troppo astratto e di troppo tecnico. In una parola l'abuso rappresenta il correttivo della moralità, che la legalità postula*"⁵². Dunque il limite all'esercizio del diritto finisce per essere segnato dai doveri che incombono a ciascun

⁴⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 31

⁵⁰ Si vedano in proposito le due più risalenti pronunce delle corti francesi: il caso Colmar e il caso Clement-Bayard, di cui dettagliato resoconto in M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33 ss.

⁵¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 33, «I due aggettivi vanno intesi in un'accezione non rigorosa: l'ideologia d'ispirazione cattolica non si identifica col giusnaturalismo; l'ideologia socialista non coincide rigorosamente con la concezione marxista della vita e della storia. Sarebbe più esatto contrassegnare la seconda con termini più vaghi, quali solidarista o sociale (...)». Sul tema si veda altresì G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911; II, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918.

⁵² J. DABIN, *Le droit subjectif*, cit. p. 295.

soggetto verso Dio, verso se stesso, verso il prossimo. L'approccio tomista, in ogni caso rischia di concludersi nella teologia morale, e rischia di identificare l'abuso con il "peccato", poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale del relativo comportamento umano⁵³.

L'ideologia socialista, invece, adotta quale criterio di giudizio la coscienza sociale⁵⁴. A differenza della visione cattolica, quella socialista dell'abuso dà al "peccato" il travestimento laico della riprovazione della coscienza collettiva. La vera differenza tra le due concezioni risiede nella mutevolezza, nella variabilità, in ragione dei nuovi bisogni e dei nuovi atteggiamenti della coscienza comune, laddove il diritto naturale e super-legalità sono, per la

⁵³ L'Autore arriva a tale drastica conclusione essenzialmente sulla scorta del pensiero di J.DABIN e di alcuni passaggi davvero inequivocabili della sua opera: «La meditazione cattolica sul problema giuridico rischia così di concludersi nella teologia morale, e rischia d'identificare l'abuso col "peccato", poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Questo approdo alla teologia, e ad una concezione teologica del peccato e della grazia, si rivela con estrema lucidità in alcuni passaggi del discorso: dove si parla di "biasimo" del titolare del diritto in virtù di "una norma di specie diversa da quella della giuridicità, una norma concorrente e, sotto certi aspetti, regolatrice della prima"; e, più ancora, là dove si dice, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, che "l'atto economicamente irreprensibile non sarà "salvato" se ha peccato per un certo eccesso (*outrance*) che lo renderebbe moralmente odioso"; infine nelle parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano"; così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp.37-38, citando J.DABIN, *Le droit subiectif*, cit., pp. 294 e 298.

⁵⁴ La dottrina «socialista» (in senso proprio) del diritto, nell'età in cui comincia a svolgersi la dottrina dell'abuso, è invece scarsa ed appare largamente commista ad elementi estranei, che le conferiscono un tono di vago umanesimo sociale ingenuamente utopistico. Più che gli scritti di A. MENGER, *Lo Stato socialista*, trad. sulla seconda edizione tedesca da O.H. Olberg, Torino, 1905, e *Il diritto civile e il proletariato*, trad. da OBEROSTER, Torino, 1894, spec. pp. 190 ss. (dov'è considerata la materia delle obbligazioni e dei contratti, e quindi della libertà contrattuale, l'usura ed il contratto di lavoro, e dove si legge, a p. 153 ss. un'efficace censura della figura borghese del buon padre di famiglia. «*degnò di venire dipinto da Giovenale o da Dickens*», «*il tipo della unilateralità delle classi abbienti*» situato su un «*punto di morale nullità*» che gli consente l'esercizio dei diritti sino alla *chicane*), conviene considerare (anche per la connessione col tema) i contributi di E. LEVY, *Vision socialiste du droit*, 1926, rifusi, in parte, in *Les fondaments du droit*, Parigi, 1933. A base del sistema della responsabilità e dell'esercizio dei diritti Levy pone il concetto di affidamento legittimo, di «*confiance légitime*». Il diritto individuale non è sovrano; esso esiste grazie alla tolleranza ed è determinate dall'obbligazione degli altri. Il soggetto è irresponsabile nella misura in cui ha bisogno di aver fiducia in se stesso per agire; responsabile nella misura in cui gli altri hanno bisogno di avere fiducia in lui. La nozione di «*confiance légitime*» corregge, in Levy, il punto di partenza, il fondamento del diritto individuale che egli aveva indicato nella «*croissance*» appare insufficiente, Levy ripiega sul concetto di affidamento legittimo, riportando la legittimità (nello sviluppo del suo pensiero) prima al giudizio della coscienza sociale, poi all'apprezzamento ufficiale della legge statale. «*Conclusioné desolante*» commenta G. RIPERT in *Le socialisme juridique d'Emmanuel Levy*, p. 111, nel segno del più evidente positivismo e statalismo.

dottrina cattolica, un corpo unitario ed immutabile, entro il limite della flessibilità richiesta dall'esigenza di rendere vigente, e storicamente operante, il diritto naturale⁵⁵.

Il giudice viene chiamato da entrambe le ideologie ad un compito aspro, in particolare, l'ideologia cattolica lo porta ad indagare la coscienza individuale per ricercare la moralità delle intenzioni, e quella socialista, a ricercare lo spirito e il piano dell'istituzione, il voto del legislatore rimasto inappagato nell'esercizio concreto del diritto, la reazione della coscienza generale (o, forse meglio, collettiva). L'esito di siffatte indagini, basate entrambe su una ricerca che non si limita ai caratteri esteriori della giuridicità formale, risulta incerto e non privo di arbitrarietà.

Se da questa impostazione in termini generali - moralità e socialità dell'atto - l'interprete passa a considerare gli strumenti e i limiti, propri dell'ordinamento positivo, attraverso i quali la moralità e la socialità possono essere ricercate e controllate, gli apparirà chiaro come la moralità possa risultare solamente un'indagine dei motivi individuali che determinano il singolo al compimento dell'atto, laddove la socialità risulterà da un controllo o e da una verifica dell'interesse privato. Si tratterà di ricercare quell'«*interesse meritevole di tutela*» che è il limite obiettivo entro il quale è riconosciuta ed è destinata ad operare la libertà negoziale privata all'interno del nostro ordinamento.

Il problema dell'abuso riguarda dunque la comparazione di interessi che siano in conflitto nello svolgimento di un particolare rapporto o che siano in conflitto nella posizione del regolamento di interessi. Dunque apparirebbe corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)⁵⁶.

Ma qui si presenta un altro limite, generalmente avvertito, della teoria dell'abuso, ovvero quali siano le prerogative individuali che possano formare oggetto di abuso.

⁵⁵ P. RESCIGNO, op. cit, p. 46.

⁵⁶ È questa la via seguita da U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Trim.*, 1958, p. 18, ID, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, I, p. 157.

La dottrina limita generalmente la configurabilità di abuso, in senso giuridico, alle prerogative che riguardino situazioni in corso di effetto, escludendo le situazioni giuridiche in via di creazione. Situazioni in corso di effetto sarebbero quelle cui ineriscono le funzioni ed i poteri, oltre, naturalmente, alle situazioni che danno luogo al sorgere dei diritti soggettivi veri e propri. Le prerogative giuridiche che riguardano la creazione, e non già lo svolgimento, di situazioni giuridiche sono le libertà e le facoltà; queste ultime, peraltro, a differenza delle libertà, sarebbero prerogative condizionate. La differenza tra la libertà ed il diritto soggettivo in senso proprio viene colta in questo, «*che al diritto la legge, che lo ha creato, imprime una determinata finalità particolare; la libertà, invece, costituisce una prerogativa discrezionale, che può esercitarsi in tutte le direzioni, poiché è precisamente la libertà*»⁵⁷

Tuttavia, se l'esercizio del diritto si compie (almeno per ciò che riguarda la possibilità di modificare o di estinguere un precedente rapporto negoziale) attraverso un negozio giuridico, e cioè attraverso un atto di autonomia e quindi di libertà, è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni «*in corso di effetto*», ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni. D'altra parte, chi volesse escludere le libertà dal tema dell'abuso di diritto, prosegue l'Autore, si porrebbe in contraddizione con l'origine storica della figura dell'abuso nella società del secondo Ottocento, e con la funzione che al divieto dell'abuso di diritto si cercò, sin dal principio, di fare assolvere.

⁵⁷ P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, cit., pp. 76 ss. L'Autore tenta, a pp. 86 ss., un esame delle singole libertà (per le quali si era parlato di abuso); la libertà sindacale presenterebbe «aspetti talmente opposti, a seconda che ci si ponga dal lato dei fautori o degli avversari del sindacato e di coloro che vogliono sindacarsi o di quanti non vogliono, che è impossibile assegnarle uno scopo e dire che si ha deviazione fuori dello scopo» (p. 87); gli atti di concorrenza sleale gli appaiono, rispetto alla libertà del commercio, eccesso e non già abuso (p. 89); rispetto alla libertà di espressione, il diritto di sciopero si atteggia nella legge come diritto «nominato» (nel senso chiarito da Jossierand) e lo stesso diritto di sciopero sarebbe divenuto un diritto nominato e definito in confronto della libertà di lavoro (p. 91). Per la necessità di considerare - con riguardo al problema dell'abuso - così le libertà come i diritti soggettivi, e per l'indifferenza della fonte (legale o contrattuale), R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de c.c. pour l'empire allemand*, Parigi, 1925, nota 1, pp. 370 ss.

Come anticipato in precedenza nel corso del presente elaborato, il problema dell'abuso nasce, infatti, nella società liberale ottocentesca e proprio con riguardo a talune forme di esercizio delle libertà individuali e delle libertà corporative riconosciute nel sistema giuridico dell'epoca, si pensi alla concorrenza sleale e all'abuso della personalità giuridica. Tutti esempi di abuso delle libertà (economica, associativa, contrattuale); e la libertà non si serve necessariamente dello strumento del contratto, manifestandosi talvolta nel rifiuto di contrarre o nell'uso del contratto a fini indiretti⁵⁸.

Se la dottrina e la pratica si fermano a considerare con particolare insistenza ed attenzione la libertà contrattuale, la ragione è facile a comprendersi. La disciplina legislativa del contratto consente, in una certa misura, l'indagine sui motivi individuali, ed impone una valutazione dell'accordo in termini di «interessi meritevoli di tutela». Ora, l'indagine sui motivi e la ricerca dell'interesse legittimo sono considerate come gli strumenti indispensabili per la repressione dell'abuso: il controllo dei motivi individuali quando al tema si guarda con la sollecitazione di un giudizio morale da esprimere, il controllo dell'interesse quando l'interprete si piega alle suggestione di dottrine, in senso lato, solidariste.

Se vuole operarsi una distinzione, in ordine al problema dell'abuso o della sindacabilità dei motivi, la distinzione non può farsi, quindi secondo Rescigno, tra le libertà ed i diritti soggettivi; la distinzione deve farsi piuttosto in relazione all'efficacia degli atti di esercizio della libertà o del diritto. Il diritto soggettivo, che nel suo significato tradizionale si risolve nella pretesa del soggetto attivo del rapporto, è destinato a produrre effetti per uno o più destinatari determinati, ove venga esercitato. Per l'esercizio delle libertà (e il discorso riguarda l'autonomia negoziale in questione) occorrerà distinguere a seconda che l'esercizio della libertà tocchi solo la sfera d'interessi del soggetto o, invece, finisca per incidere sulla sfera di altri soggetti.

In questi casi l'interprete è chiamato a comparare la portata ed il valore delle «libertà» garantite rispetto agli affidamenti suscitati ed alla comunione di interessi costituita e che per

⁵⁸ Un'ampia rassegna di atti "abusivi" e di atti "eccessivi" si trova in R. LALOU, *Traité de la responsabilité civile*, Parigi, 1949, n. 856 ss., pp. 514 ss.

un certo tempo ha trovato la sua realizzazione. Gli affidamenti vengono delusi, la comunione d'interessi viene interrotta proprio dall'esercizio della libertà. La formula e i rimedi dell'«abuso di diritto» vogliono introdurre a tutela dell'altrui affidamento un limite all'esercizio delle libertà. Limite avvertito come necessario soprattutto in quelle società, in cui l'uso egoistico delle libertà ha portato all'affermazione di un'accentuata disuguaglianza sociale. Pertanto, le libertà devono rientrare nell'ambito di applicazione dell'abuso.

Rescigno conclude la propria analisi affermando che se, da un lato, è utopistico pensare che il rimedio dell'abuso possa eliminare ogni forma d'immoralità o di arbitrio nei rapporti giuridici privati ovvero sia idoneo a moralizzare il diritto, dall'altro, si è rivelato uno strumento duttile e prezioso laddove arbitrio, anormalità, offesa al comune sentimento siano un fenomeno non più individuale ma di classi o di gruppi o di concentrazione del potere, per superare l'ingiustizia causata da un eccesso di (dis)“uguaglianza”.

1.4.1.3 Giorgianni e l'abuso del diritto come “forma qualificativa autonoma”

Si ritiene, in conclusione della rassegna dedicata alle posizioni dottrinali più significative, che maggior contributo hanno apportato alla teoria dell'abuso e che maggiormente evidenziano le linee della sua evoluzione, di non poter trascurare una menzione all'opera di Virgilio Giorgianni⁵⁹. Un'opera il cui indubbio motivo d'interesse risiede nel peculiare e convinto approccio metodologico alla figura dell'abuso, non certo frequente nell'epoca in cui l'opera si colloca (*i.e.* 1963), e che pare, invece, ritornare alla base delle riflessioni dottrinali più recenti⁶⁰.

L'Autore, conduce un'indagine improntata a finalità dichiaratamente teorico-generalis o, meglio, di epistemologia del diritto ed avente come oggetto privilegiato la norma giuridica intesa come “*specifica struttura qualificativa*”. L'intento dichiarato è quello di

⁵⁹ V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

⁶⁰ Su tutte si vedano le opera di M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, e C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, nella misura in cui le stesse predispongono dei tentativi di riconoscere dignità sistematica e dogmatica all'abuso del diritto.

“disincagliare” la norma, così intesa, e quindi la teoria generale del diritto, dal metodo formalistico kelseniano e da una «concezione epistemologica prefabbricata rispetto al farsi del concreto sapere del giurista».

Ecco, l’abuso del diritto in tale programma di indagine - e in tale modo di intendere il compito della scienza giuridica - rappresenta una figura di centrale importanza, sia perché consente di studiare il rapporto tra la struttura formale della norma e il “formalismo” cogliendo la norma giuridica “*at work*”, sia perché «nessun altra ricerca, forse, all’infuori di quella relativa all’abuso del diritto (...) offre la possibilità di una descrizione analitica più accurata e penetrante della norma giuridica in quanto “specifica struttura qualificativa”»⁶¹.

La peculiare prospettiva d’indagine dell’Autore impone di contestualizzare il suo ragionamento, ma non toglie che si possa ben cogliere la differenza del suo approccio rispetto a molte altre trattazioni sul tema, la sua ferma e argomentata volontà di trattare l’abuso alla stregua di uno dei concetti portanti, esplicativi delle ragioni dell’ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. L’Autore usa l’abuso per capire e compiutamente analizzare la “forma” della norma giuridica, senza partire da protocolli ma dall’interno stesso della positività della norma e dalla concretezza delle sue applicazioni. Per quanto influenzata da questa peculiare impostazione, comunque l’opera di Giorgianni esprime, e argomenta, l’interesse per l’abuso come categoria concettuale, al pari del diritto e dell’illecito, e da affrontare come categoria dell’ordinamento, non già quale mero problema applicativo e di giustificazione di prassi applicative o urgenze correttive.

In tal senso, la sua riflessione diviene significativa anche per la verifica della presente ipotesi speculativa, perché se una cosa è chiara, è che l’Autore è ben lontano dal considerare l’abuso alla stregua di un semplice parametro descrittivo, di un criterio, cioè, utile (o forse anche necessario) per la valutazione giurisprudenziale di determinati comportamenti e del quale l’unico problema teorico diviene quello di determinarne con caratteri quanto più possibile precisi e accettabili le “condizioni di utilizzo”. Il problema scientifico dell’abuso culmina ovviamente nella determinazione della categoria concettuale relativa alla figura

⁶¹ V.GIORGIANNI, *Ibidem*, Introduzione, p. VII.

giuridica dell'abuso, nonché alla precisazione dell'incidenza che essa ha su altre nozioni e categorie concettuali del diritto. Secondo Giorgianni, è possibile pervenire alla creazione del concetto di abuso soltanto «dopo aver ampiamente rilevato i “dati” normativi e pratico-giurisprudenziali relativi all'abuso, distinto il comportamento normativamente e pratico-giurisprudenzialmente qualificato come abusivo da quello qualificato come illecito, e dopo aver altresì proceduto all'analisi minuta e puntuale delle norme in cui figura l'abuso del diritto, e precisato le condizioni che rendono possibile il delinarsi di detta figura giuridica (...)»⁶².

Giorgianni risolve l'abuso nella centralità dell'interesse, di talché sembra che essa sia la soluzione necessitata o l'unica congruente al tempo stesso con l'autonomia concettuale dell'abuso, la sua giuridicità, la sua interazione con il concetto di diritto soggettivo. Secondo l'Autore «(...) la nozione relativa a ciò che si designa con l'espressione tecnica “abuso del diritto” può essere determinata come la qualificazione connessa normativamente a quel comportamento relativo all'esercizio di un determinato diritto soggettivo che, non difforme dagli specifici obblighi normativi, previsti a delimitazione dell'esercizio del diritto (ed essendo quindi sotto tale aspetto ineccepibile), sia tuttavia difforme dall'interesse o valore che sta a criterio della qualificazione che di quel comportamento medesimo fa un esercizio del diritto soggettivo»⁶³.

Giunto ad una tale concezione dell'abuso, Giorgianni, al fine di raggiungere il suo obiettivo, assume la parabola dell'abuso e la nozione individuata a paradigma di una ben precisa teoria della norma giuridica che, in contrapposizione all'assoluto formalismo di Kelsen, postula che la “forma” del diritto include nella sua struttura un «(...) valore oggettivo il quale, esaminato nel suo esatto campo e nelle sue precise caratteristiche, si presenta come il valore culturale alla cui stregua il “contenuto”, cioè il comportamento umano a cui esso si riferisce, è ambientalmente conosciuto nel reale processo della vita storica».

⁶² V. GIORGIANNI, *Ult. Cit.*

⁶³ V. GIORGIANNI, *Ult. Cit.*

1.5 L'abuso nel progetto di codice italo francese delle obbligazioni e nel progetto originario del codice civile del 1942

All'interno del codice civile italiano del 1942 non è presente alcuna norma di ordine che faccia espresso riferimento alla figura dell'abuso del diritto. Non furono infatti accolte le aspettative contrarie che avevano trovato un fertile esito in due progetti normativi: il progetto di codice italo francese sulle obbligazioni e il progetto originario del codice civile italiano attualmente in vigore.

In particolare, l'art. 74 comma secondo del progetto di codice italo francese⁶⁴, collocato all'interno della rubrica "*Degli atti illeciti*", prevedeva che "è ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto"⁶⁵. Nel commentare l'articolo in oggetto Mariano D'Amelio, all'epoca primo presidente della Corte di Cassazione e membro della commissione redattrice della proposta normativa, mostrava la propria consapevolezza del carattere profondamente innovativo della previsione *de quo*, affermando che "*vi è serio pericolo di sconfinare e di porre l'esercizio di ogni diritto alla mercé del potere discrezionale del giudice [...]. I giuristi italiani si sono preoccupati del danno che un concetto esagerato dell'abuso del diritto può cagionare; ma, d'altra parte, era impossibile estirpare dalla vita giuridica francese un concetto che vi è radicalmente penetrato, per infondervi uno squisito senso d'equità. Né sarebbe stato giusto respingerlo da parte dalla legislazione italiana, purché si fossero potuti evitare i danni temuti, mediante una rigorosa formulazione del principio. Il capoverso dell'art. 74 è stato perciò uno dei più elaborati [...]. Scolpito in tal modo il concetto di abuso di diritto, è da*

⁶⁴ Il riferimento è al progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927. In merito si veda B.BRUGI, *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento, Messina, 1931, cit. pp. 79 ss.; G.ALPA – G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, in *Rassegna forense*, Quaderni, 2007.

⁶⁵ Nella versione in francese l'articolo menzionato recitava: "*doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi on par le but en veu duquel ce droit lui a été conféré*".

prevedere che i giudici ne faranno un uso ragionevole e che la funzione della giurisprudenza, avvalorata da tale nuova forza, varrà a render sempre più giusto ed umano l'esercizio del diritto"⁶⁶.

Analogamente a quanto disposto dall'art. 74 secondo comma del progetto di codice italo francese, l'art. 7 delle preleggi di cui al progetto di codice civile italiano del 1942 stabiliva che "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*".

I timori di un eccessivo spazio che la figura dell'abuso del diritto avrebbe garantito alla discrezionalità dei magistrati, unitamente alla preoccupazione che il dogma della certezza del diritto potesse subire un *vulnus* da parte di una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, fecero sì che non avesse luogo l'inserimento della norma summenzionata nella versione definitiva del progetto di codice civile del 1942. Negli anni della sua elaborazione era diffuso, infatti, il convincimento che tale figura rappresentasse un concetto di natura etico-morale e non una nozione giuridica, con la conseguenza che colui che abusava di un diritto veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione da parte dell'ordinamento⁶⁷.

Non mancano tuttavia, *inter alia*, nel codice civile italiano e in talune leggi speciali riferimenti linguistici o concettuali evidenti all'istituto dell'abuso che pertanto, sebbene privato del prestigio di un riconoscimento normativo generale, trova in ogni caso cittadinanza in disposizioni specifiche volute dal legislatore italiano per sanzionare condotte abusive in relazione a determinate categorie di diritti e posizioni giuridiche.

⁶⁶ M. D'AMELIO, *Un codice unico delle obbligazioni, per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, 1927, pp. 83 e ss. I timori per l'attribuzione ai magistrati di un eccessivo potere discrezionale nella valutazione delle single fattispecie abusive furono rappresentati in seno alla commissione redattrice del progetto di codice da Rotondi che si era già espresso criticamente nei confronti della figura dell'abuso di diritto. A tal proposito si veda M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, in *Rivista di diritto civile*, XV, 1923, pp. 105-128.

⁶⁷ Come detto in precedenza, intransigente nei confronti della figura dell'abuso del diritto è M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., 105 ss. secondo cui l'abuso di diritto "*è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che sol consente*".

Tali referenti normativi dell'abuso, limitatamente al cd. diritto dei contratti, saranno analizzati ampiamente e dettagliatamente nei prossimi capitoli del presente elaborato a cui si rimanda⁶⁸.

1.6 L'abuso del diritto nei lavori dell'Assemblea Costituente

In contrasto con la consolidata linea volta a considerare il divieto di abuso del diritto come espressione di un inquisitorio controllo da parte dello stato sul diritto dei privati, nel corso della seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente del 28 marzo 1947, l'On. Giuseppe Codacci Pisanelli propose di costituzionalizzare il principio di divieto di abuso del diritto affermando che “quando il diritto viene usato per uno scopo diverso da quello per cui è stato attribuito, evidentemente si commette un abuso dannoso alla società, che sarebbe opportuno fosse vietato in genere proprio nella Costituzione”. L'obiettivo dell'On. Codacci Pisanelli era quello di estendere la tutela giurisdizionale a quegli interessi che non trovano “la loro protezione in una vera e propria norma giuridica, ma nel buon uso del potere discrezionale”⁶⁹.

A tal fine proponeva di integrare l'articolo 19 della bozza di costituzione in discussione che recitava «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi», introducendo un secondo comma che chiarisse che «nessuno può esercitare il proprio diritto per uno scopo diverso da quello per il quale gli è stato attribuito»⁷⁰.

Tale proposta venne da subito contrastata da coloro che negavano l'opportunità di inserire nel nascente testo costituzionale una specifica previsione relativa al divieto di abuso del diritto. Di particolare interesse è l'osservazione dell'On. Umberto Tupini che con riferimento all'emendamento proposto da Codacci Pisanelli affermava “evidentemente noi

⁶⁸ Si veda in particolare il Capitolo 2 per un'analisi sistematica delle ipotesi di abuso in materia di diritto dei contratti all'interno dell'ordinamento italiano e il Capitolo 3 per quanto concerne il tentativo di delineare un'ipotesi ricostruttiva del fenomeno.

⁶⁹ Assemblea Costituente, LXXX, Seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947, pp. 2609 e ss; p. 2610.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 2610.

non crediamo che si possa prevedere una cosa simile nella Costituzione. Certo è che l'abuso è sempre proibito, mentre la Costituzione e le leggi non devono prevedere che l'uso normale del diritto. Il meno che si possa dire è che si tratti di una proposta superflua e quindi pleonastica".⁷¹

⁷¹ *Ibidem*, p. 2610.

CAPITOLO 2 - ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO DEI CONTRATTI

2.1 Le epifanie della figura nella disciplina del contratto in generale

Come noto, il Codice civile non contempla espressamente fattispecie o casi di abuso del diritto in materia di obbligazioni e contratti.

Il termine stesso “abuso” ha fatto ingresso nel lessico del Libro IV del Codice civile solo nel 1996, per uscirne poi nel 2005⁷².

Ciononostante, per la dottrina e la giurisprudenza di gran lunga prevalenti, la disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti contiene numerose norme che sono manifestazione del (o comunque evocano il) divieto di abuso del diritto. Nel contesto del Libro IV, il referente normativo dell’abuso del diritto viene per lo più individuato nella clausola generale di buona fede e correttezza (in particolare: artt. 1175 e 1375 c.c.⁷³), a cui vengono spesso aggiunti gli artt. 1337 e 1366 c.c.⁷⁴ e gli artt. 1358 e 1359 c.c.⁷⁵.

⁷² Il riferimento è ovviamente alla L. 6 febbraio 1996, n. 52, il cui art. 25 in attuazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori introdusse il capo XIV-bis, artt. da 1469-bis a 1469-sexies, ora artt. 33 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

⁷³ Cfr., per tutti, F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2009, p. 241 ss. secondo cui dagli artt. 1175 e 1375 c.c. “traggono origine le regole che controllano il corretto esercizio dei diritti e dei poteri privati” (*exceptio doli*, abuso del diritto e *venire contra factum proprium*). Vedi inoltre F. ASTONE, *L’abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all’esercizio dell’attività contrattuale*, in *Giur. merito*, suppl. 2, 2007, p. 8 ss., spec. p. 9. A documentazione dell’itinerario del formante dottrinale e giurisprudenziale dagli anni Settanta a oggi si vedano ad es.: G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.; M.R. MORELLI, *In margine ad un’ipotesi di collegamento tra “buona fede obiettiva” ed “abuso del diritto”*, in *Giust. civ.*, I, 1975, p. 1700 ss., spec. p. 1701; P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 557 ss.

⁷⁴ Cfr., ad es., F. CASALE, *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell’impresa bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, p. 137 ss., spec. p. 144, il quale aggiunge come regola espressione del divieto di abuso del diritto anche l’art. 2598, n. 3 c.c.; Trib. Bologna, sez. III, 17-4-2012, per esteso in *banca dati Utet giuridica* che, sulla scorta di Cass. n. 20106 del 2009 (*infra* § 2.2.6), in base al principio del divieto di abuso del diritto, afferma l’operatività di una polizza che prevede la copertura del fatto proprio della casa di cura, ma non i danni provocati da soggetti diversi dai lavoratori dipendenti o parasubordinati della stessa, rispetto ai sinistri occorsi nell’attività dei medici di cui la casa di cura si avvale per adempiere alla propria obbligazione nei confronti del paziente.

⁷⁵ Cfr. P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 258 e 268; G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 658; M. GRANDI, *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2011, p. 44 ss., spec. 47 ss.; P.

Altri istituti e disposizioni in cui si riconosce implicitamente la figura dell'abuso del diritto e in particolare della libertà negoziale riguardano la formazione del consenso e i vizi della volontà, specie l'ipotesi di contratto concluso sotto la minaccia dell'esercizio del diritto (cfr. art. 1438 c.c.) e l'ipotesi del contratto concluso in caso di necessità o di pericolo (cfr. artt. 1447 e 1448 c.c.), cui si aggiunge l'ipotesi regolata invece nel Libro I del contratto concluso con l'incapace naturale (cfr. art. 428 c.c.)⁷⁶.

L'orientamento è condiviso dalla dottrina più e meno recente e trova spazio entro quadri teorici differenti⁷⁷. Vi aderisce chi sottolinea, nell'ambito contrattuale, la priorità della tutela della libertà del volere quando vi sia sproporzione tra prestazioni, ritenendo che il legislatore intervenga a correggere l'equilibrio tra le prestazioni a protezione di siffatta libertà contro l'abuso⁷⁸. Ma rilegge nel senso dell'abuso del diritto le ipotesi codicistiche tradizionali suindicate anche chi vi si accosta dal punto di vista degli interessi e della disparità di forza negoziale delle parti, considerandole espressive di una tutela microindividuale di situazioni di debolezza contingente, non sistemiche, dipendenti dal mercato⁷⁹.

Particolare attenzione viene accordata all'art. 1438 c.c.⁸⁰ nel quale il legislatore avrebbe preso in considerazione un uso distorto e, precisamente, proprio un abuso del diritto. A conforto di questa interpretazione si evidenzia il requisito dei "vantaggi ingiusti". Una parte della dottrina desume dalla norma citata il principio del divieto di abuso del diritto così

(continued...)

VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 9 ss.

⁷⁶ Lo ricorda per tutti ad es. R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, pp. 226-230.

⁷⁷ Cfr. ad es. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, p. 663 ss., spec. p. 671.

⁷⁸ Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 54.

⁷⁹ Cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 831 ss., spec. p. 835.

⁸⁰ Lo ricorda per tutti ad es. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, cit., p. 14, 35, 41.

declinato: come principio per cui è vietato l'esercizio del diritto volto a conseguire utilità altre e diverse che non ineriscono alla situazione di vantaggio di cui il soggetto è titolare⁸¹.

Oltre a ciò, si riconosce abuso del diritto nella fattispecie generale di cui all'art. 1448 c.c. anzitutto per effetto del medio concettuale della nozione di approfittamento. Si nota infatti che "approfittare" è termine prossimo ad "abusare"; nell'approfittamento ha rilievo l'elemento psicologico, cioè la consapevolezza dello stato di bisogno la quale deve appunto determinare la volontà di approfittare. Inoltre, rileva la sproporzione tra le prestazioni e dallo stato di bisogno deriva un ingiusto vantaggio e dunque un'utilità ulteriore e diversa rispetto a quella fisiologica. Altri indici del fatto che si versa in un caso di abuso vengono ricavati dalla disciplina sanzionatoria e in particolare dalla possibilità di offrire una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità *ex art.* 1450 c.c. Analogo discorso viene svolto a proposito della fattispecie di cui all'art. 1447 c.c. in cui si osserva la conclusione del contratto avviene "*a condizioni inique*" e il pericolo in cui versa la controparte è noto a quella che se ne giova⁸².

L'abuso del diritto nell'attività negoziale troverebbe un implicito riconoscimento anche nella disciplina della rappresentanza (in tutte le sue forme: legale⁸³, volontaria, organica). Per quanto concerne l'abuso di esercizio dei poteri di rappresentanza nello svolgimento dell'attività negoziale, gli indici testuali che di regola vengono richiamati sono gli artt. 1391, 1394 e 1395 c.c.⁸⁴.

⁸¹ Tra i contributi più recenti vedi ad es. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 20; C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2558; in precedenza, per tutti, R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in *Aa.Vv., Il diritto soggettivo*, cit., p. 311 e U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 34.

⁸² G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 59-64.

⁸³ La base normativa in questo caso esplicita è data dall'art. 330 c.c. In giurisprudenza cfr. ad es. Cass., 18-6-1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197, secondo cui è nullo in quanto in frode alla legge il contratto concluso dal rappresentante legale, con abuso dei relativi poteri di rappresentanza, e da un terzo, consapevole dell'illecito: nella specie, il contratto era manifestamente diretto a eludere il divieto, per il genitore, di alienare i beni dei figli minori e riscuotere i capitali senza la preventiva autorizzazione del giudice tutelare.

⁸⁴ G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 55 ss.

Un altro istituto che si considera un'occorrenza paradigmatica di abuso dell'autonomia contrattuale è l'usura. Le disposizioni di riferimento, in questo caso, sono l'art. 1812, secondo comma c.c., e l'art. 644 c.p., disposizioni quindi collocate fuori dal Titolo I e II del Libro IV. Tuttavia, in forza dell'inerenza dell'istituto dell'usura alla materia delle obbligazioni (pecuniarie), trattandosi di corresponsione di interessi, il caso dell'usura è utilizzato da una parte della dottrina come base normativa per fare un discorso in generale sul divieto di abuso dell'autonomia contrattuale e, specialmente, in relazione ai rapporti negoziali che si situano nel mercato e soffrono di asimmetrie⁸⁵.

Anche le regole sulle condizioni generali di contratto e sui contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari (cfr. artt. 1341 e 1342 c.c.) sono talvolta ricondotte al divieto di abuso nell'esercizio dell'autonomia negoziale⁸⁶.

Un altro istituto in cui sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono presente la figura è la risoluzione del contratto. In quest'ambito i profili di rilevanza dell'abuso sono più di uno.

Anzitutto, si vede un'istanza del divieto di abuso del diritto nella regola che condiziona l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460, secondo comma c.c. "*alla buona fede*"⁸⁷, "*avuto riguardo alle circostanze*". La giurisprudenza ha valorizzato questo requisito⁸⁸, sottolineando che tale riferimento alle "*circostanze*" introduce un ulteriore limite alla opponibilità dell'eccezione in esame, nel senso che, "*nella valutazione della contrarietà alla buona fede, si deve tenere conto della regola generale che vieta l'abuso del diritto, cioè l'uso del diritto per motivi non corrispondenti alle finalità per le quali il diritto stesso è concesso dalla legge*"⁸⁹.

⁸⁵ Vedi ad es. R. MESSINETTI, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 615 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 663 testo e nota 2.

⁸⁶ Cfr. ad es. F. MACARIO, *ult. op. cit.*, p. 671; in precedenza, v. ad es. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 35 e 41.

⁸⁷ Lo sottolinea, per tutti, F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, cit., p. 9.

⁸⁸ Cfr. ad es. Cass., 21-2-1986, n. 1048, in *Mass. Foro it.*, 1986.

⁸⁹ Si citano a conforto i precedenti Cass., 1-3-1976, n. 672; Cass., 21-2-1983, n. 1308 e Cass., 8-11-1984, n. 5639. Il primo precedente esclude l'applicabilità dell'art. 1460 ult. cpv. c.c. ove i motivi che inducono la parte a sollevare l'eccezione e non adempiere risultino sproporzionati, banali o riprovevoli. Il secondo

A proposito della risoluzione giudiziale per inadempimento, è significativo un recente arresto della Cassazione⁹⁰, nel quale, per dirimere la controversia, è decisivo proprio stabilire se vi sia o meno un esercizio abusivo del diritto: la *ratio decidendi* stabilita dalla Suprema Corte è che “*l’apprrezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, non p[uò] non ripercuotersi sulla valutazione della gravità dell’inadempimento stesso, che dell’abuso del creditore della prestazione costituisce l’interfaccia*”. La “*pretestuosità*” dell’esercizio del diritto alla risoluzione “*si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell’inadempimento, avuto riguardo all’interesse dell’altra, (...) che poteva essere preservato senza ricorrere al mezzo estremo dell’ablazione del vincolo*”⁹¹.

La giurisprudenza ha fatto applicazione dell’abuso del diritto anche in tema di clausola risolutiva espressa, ad esempio, in relazione a una transazione, stipulata, all’esito di un processo d’appello, nella quale si pattuiva che la stessa si sarebbe risolta, consentendo ai creditori di pretendere quanto liquidato in giudizio a loro favore, in caso di mancato

(continued...)

precedente afferma che la normalità dell’uso del diritto va accertata tenendo conto se il diniego della prestazione sia o non sia l’unico mezzo necessario disponibile per tutelare l’interesse essenziale perseguito con il regolamento contrattuale o altro interesse a questo inscindibilmente legato. Il terzo precedente statuisce che occorre tenere presenti anche le circostanze attinenti al comportamento e alla sfera soggettiva di chi oppone l’*exceptio*.

⁹⁰ Cfr. Cass., 31-5-2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, p. 794 ss., con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*; e in *Obblig. e contr.*, 2011, p. 263 ss., con commento di F. TRUBIANI, *Un’ipotesi di utilizzo «scorretto» della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto*. V. inoltre, M.V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell’abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 301 ss.; A. RICCIO, *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 297 ss. Il caso trae origine da una domanda di sfratto per morosità e contestuale domanda di convalida avverso la quale il conduttore eccepeva che il credito vantato dal locatore si fosse estinto per compensazione con altro maggior credito, maturato nei confronti della controparte e riconosciuto in altro giudizio.

⁹¹ Come osserva a commento della sentenza P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, cit.: “*abusa della pretesa il locatore che si avvale dell’inadempimento del conduttore circa l’obbligazione di pagare i canoni e chiede la risoluzione del contratto facendo leva sulla gravità dell’inadempienza, mentre dispone di altri strumenti per realizzare agevolmente l’aspettativa creditoria. Nell’ipotesi considerata ben poteva il creditore imputare al credito insoddisfatto il debito che su lui gravava e che traeva origine da una diversa fonte*”. Rescigno ritiene che la tesi della Cassazione possa essere espressa nell’antica massima *dolo facit qui petit quod redditurus est* (D. 44, 4, 8).”

pagamento delle rate concordate nei termini stabiliti⁹². I creditori notificavano atto di precetto fondato sul titolo giudiziale, sostenendo di valersi della clausola citata e dunque la intervenuta risoluzione di diritto della transazione. Il debitore si opponeva al precetto, asserendo di aver offerto in pagamento la terza e ultima rata e sottolineando la mala fede dei creditori, che avrebbero fatto di tutto per rifiutare il pagamento della stessa per valersi della clausola risolutiva espressa. Il Tribunale giudica abusivo il comportamento del creditore di valersi della clausola appena sei giorni dopo la scadenza della rata, nella stessa data in cui gli veniva comunicata dal debitore la volontà di adempiere, offerta fra l'altro successivamente reiterata, sempre senza alcun esito.

In dottrina si è prospettato anche l'esercizio abusivo della clausola *solve et repete* prevista dall'art. 1462 c.c.⁹³, ove il potere di eccezione manchi di un legittimo interesse alla luce delle circostanze particolari del caso, ivi inclusi ad esempio comportamenti precedenti e la posizione personale e la situazione soggettiva della parte.

Altra disciplina sintomatica dell'abuso del diritto è per comune opinione anche quella sulla clausola penale di cui all'art. 1384 c.c. La dottrina più attenta osserva tuttavia che in tale materia l'abuso del diritto "*aleggia*" solamente in giurisprudenza⁹⁴, dal momento che, a ben vedere, le decisioni usualmente citate a conforto della tesi dell'abuso del diritto non ne parlano espressamente in motivazione (la figura fa capolino solo in talune massime)⁹⁵.

Uno strumento per reagire all'abuso del diritto si è visto anche nell'art. 1345 c.c.⁹⁶

⁹² Cfr. Trib. Bergamo-Grumello del Monte, 7-7-2008, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 708 ss., con nota di I.M. GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*.

⁹³ Ad es. G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, cit., p. 658.

⁹⁴ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 305.

⁹⁵ Cfr. ad es. Cass., 30-5-2003, n. 8806, in *Guida al dir.*, 2003, p. 80 (solo la massima fa esplicito riferimento all'abuso); Cass., 19-1-2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1460, con nota di PONZANELLI; E. BATTELLI, *Clausola penale: riduzione d'ufficio e criteri di valutazione*, in *Contratti*, 2008, p. 765 ss., nota a Cass., 28-3-2008, n. 8071; Cass., 10-1-2008, n. 246; Cass., 9-5-2007, n. 10626. Nessuna di queste sentenze parla espressamente di abuso, così come Cass. n. 10511 del 1999 e Cass., S.U., n. 18128 del 2005, che vengono citate come precedenti giudiziali dalla giurisprudenza sull'abuso del diritto: cfr. ad es. Cass., 16-6-2008, n. 16207, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

⁹⁶ Vedi P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 230, 249, 266; di recente, v. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 5, 2010, p. 524.

Infine, una manifestazione del divieto di abuso dell'autonomia contrattuale si avrebbe nell'istituto del contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. Vi sono più ipotesi di abuso dello strumento contrattuale assai prossime al contratto in frode alla legge. La peculiarità di tale figura, infatti, secondo l'orientamento della giurisprudenza, consiste nel fatto che le parti raggiungono, mediante accordi contrattuali di per sé leciti, un risultato illecito: si ha dunque l'abuso del mezzo negoziale e la distorsione della sua funzione ordinaria⁹⁷.

In tal caso, dunque, l'abuso riguarda la libertà di contrarre o l'autonomia contrattuale nell'accezione propria di dare norma a se stessi in qualsivoglia forma lecita; esso si concretizza nella realizzazione da parte delle parti di un congegno negoziale, di per sé, lecito e sovente anche tipico (come, ad es., un contratto di comodato), ma funzionale a eludere una norma imperativa: norma, spesso, anche se non solo, di natura fiscale, come risulta dalla copiosa casistica giurisprudenziale⁹⁸.

Va precisato che, per la giurisprudenza più recente, non è ravvisabile esercizio abusivo del diritto, *sub specie* di frode alla legge, quando una parte persegue un risultato lecito attraverso l'impiego di mezzi legittimi, e ciò ancorché la condotta tenuta sia, per così dire, genuinamente «egoistica», vale a dire rivolta a fare unicamente l'interesse proprio, e non anche della controparte⁹⁹.

⁹⁷ Così Cass., 26-1-2010, n. 1523, in *Foro it.*, 2010, I, col. 2825.

⁹⁸ Cfr. ad es. F. MENTI, *Il principio comunitario del divieto di abuso del diritto e il rimedio civilistico della nullità del contratto*, in *Dir. e prat. trib.*, 2009, II, p. 1115 ss.; vedi anche Cass., 7-8-1997, n. 7287, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

⁹⁹ Cfr. Cass., 29-5-2012, n. 8567, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 695, per esteso in banca dati *De Jure*: nella specie, la S.C. ha ritenuto non abusiva la condotta del locatore di un immobile, avente la veste di società commerciale, che aveva prima ceduto le proprie quote ad altra società commerciale e si era poi fusa per incorporazione nella prima, disattendendo la domanda del conduttore secondo cui tale condotta era volta a dissimulare un trasferimento a titolo oneroso dell'immobile locato privandolo della facoltà di esercitare il diritto di prelazione di cui alla l. 27 luglio 1978, n. 392.

2.2 Gli ambiti prediletti dalla giurisprudenza

2.2.1 Brevi cenni alla figura nei rapporti societari e di lavoro

Nel dare conto dell'abuso del diritto nel diritto contrattuale odierno è d'obbligo richiamare brevemente la storia dell'istituto e il punto d'approdo cui è oggi pervenuto in due ambiti in particolare del diritto dei contratti: l'ambito del contratto e dei rapporti di società e l'ambito contratto e dei rapporti di lavoro.

Anche in Italia, così come oltreoceano e nelle aree più industrializzate del continente, le origini dell'abuso del diritto si ritrovano infatti nei fenomeni economici più tipici dell'era moderna, nell'ambito delle relazioni e dell'organizzazione delle attività industriali e imprenditoriali: in questo contesto l'abuso riguarda primariamente l'esercizio della libertà di iniziativa economica, l'esercizio dei diritti sociali, l'esercizio della libertà associativa, l'esercizio delle libertà sindacali, etc.¹⁰⁰. L'abuso riguarda quindi spesso libertà che superano la sfera contrattuale, coinvolgendo rapporti con i terzi (associazioni sindacali, imprese concorrenti, terzi creditori, etc.), ma – per quanto qui rileva – riguardano anche la sfera contrattuale in senso stretto, essendovi evidentemente il problema di contemperare l'esercizio delle libertà suindicate con gli affidamenti suscitati tra le parti dal rapporto e/o dalla comunione di scopo o di interessi, che si ritiene esistente sia nell'ambito societario¹⁰¹, sia nell'ambito del rapporto di lavoro¹⁰².

¹⁰⁰ G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 2-3. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 52 ss. che sottolinea l'eredità storica delle affermazioni sull'abuso del diritto nell'area dei rapporti di lavoro.

¹⁰¹ G. LEVI, *ult. op. cit.*, p. 65.

¹⁰² Cfr. ad es. Cass., 22-4-2004, n. 7706, in *Notiz. giurispr. lav.*, 2004, p. 410 e in precedenza ad es. Cass., 8-9-1995, n. 9501, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 14, con nota di PAPALEONI, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*, la quale, pronunciandosi in relazione al licenziamento da parte di un datore di lavoro, per la cui impresa risultava sussistere una causa d'intervento straordinario della CIG (cfr. art. 2, co. 5, lett. a) e c), l. n. 675 del 1977, *rectius* art. 6 L. n. 624 del 1979 essendo le predette norme abrogate dall'art. 28 della legge testé citata), afferma che l'abuso del diritto, cioè "l'esercizio del diritto da parte del titolare che si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato a fine diverso da quello dalla norma ... assume, nel campo delle obbligazioni e del rapporto di lavoro in particolare, carattere di illiceità per contrasto con i principi di correttezza e buona fede, i quali assurgono a norma integrativa del contratto di lavoro in relazione

La giurisprudenza italiana prende a impiegare le teorie sull'abuso del diritto elaborate dalla dottrina, a partire dagli anni '50 del Novecento, proprio nel settore del diritto delle società. Uno dei primi casi fu la sentenza della Cassazione 27 febbraio 1953, n. 476, relativa allo scioglimento di una società senza messa in liquidazione in cui si verifica un azzeramento mascherato dell'attivo e del passivo in danno dei terzi; successivamente, il principio del divieto di abuso del diritto viene riconosciuto ripetutamente dalla Sezione Lavoro della Cassazione in numerose sentenze e, pur registrandosi talune voci discordi che negano rilevanza alla figura¹⁰³, si consolida progressivamente negli anni '80 e '90 del secolo scorso¹⁰⁴.

A illustrazione delle linee essenziali dell'abuso del diritto nell'ambito dei rapporti di lavoro, la figura è stata ed è tutt'ora ampiamente utilizzata con riferimento all'esercizio della libertà e delle attività sindacali, nonché del diritto di sciopero¹⁰⁵, all'esclusione di un sindacato dalle trattative per la stipula di contratti collettivi o l'estromissione da accordi aziendali¹⁰⁶, alla

(continued...)

all'obbligo di solidarietà imposto alle parti contraenti dalla comunione di scopo che entrambe, sia pure in diversa e talora opposta posizione, perseguono".

¹⁰³ Tra queste si può ricordare ad es. Cass., 5-4-1990, n. 2831, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1990, p. 188, la quale facendo assegnamento sui lavori preparatori alle c.d. preleggi e sul progetto definitivo del Codice civile giunge alla drastica conclusione che "[n]on v'è dubbio" che "secondo quanto considerato dal legislatore stesso, ... la doglianza dei ricorrenti, concernente l'esercizio di un diritto abusato da parte dei datori di lavoro con riguardo ai licenziamenti loro intimati, dev'esser ritenuta inammissibile, mancando del carattere di norma vigente, quale principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato, in base al quale risolvere le controversie nel caso che esse non possono essere decise con una disposizione precisa, ex art. 12, secondo comma, preleggi".

¹⁰⁴ Lo ricorda ad es. Trib. Torino, sez. lav., 14-9-2011, n. 2583, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1360 (s.m.), per esteso in banca dati *DeJure*. Per un commento v. la nota di R. DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole note sulla «sentenza FIAT»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1421 ss.

¹⁰⁵ Cfr. art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300; *ex plurimis*, ad es. Cass. S.U., 12-6-1997, n. 5295, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2083, con nota di GIACALONE; Cass., 7-7-1987, n. 5922, in *Notiz. giur. lav.*, 1987, p. 515.

¹⁰⁶ Trib. Torino, sez. lav., 14-9-2011, n. 2583, cit.: è il noto caso relativo agli accordi F.S./OO.SS. 29 dicembre 2010 e F.I.P. S.p.A./OO.SS. 17 febbraio 2011, che prevedono la costituzione di nuovi rapporti di lavoro tra i dipendenti di F.G.A. S.p.A. occupati presso lo stabilimento "Gianbattista Vico" di Pomigliano d'Arco. Significativa è la motivazione del Tribunale in particolare nella parte in cui afferma che "[c]on l'esercizio del diritto di negoziazione, effettuato su un punto che in realtà non esige alcun intervento in tal senso, quantomeno nel quadro delle innovazioni adottate per conseguire una maggior produttività ed efficienza in sede aziendale, la parte datoriale tiene ... una condotta diretta ad estromettere Fiom - Cgil dal sito produttivo, inibendole così di esercitare i pregressi diritti e prerogative sindacali." Il Tribunale sottolinea

violazione di disposizioni della parte normativa di un contratto collettivo destinata a operare direttamente sul piano dei rapporti fra datore di lavoro e lavoratori, alla reiterazione di rapporti a termine e conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato¹⁰⁷, al licenziamento del lavoratore¹⁰⁸, al trasferimento del lavoratore, all'irrogazione di sanzioni disciplinari, alle promozioni e progressioni in carriera, alla scelta dei lavoratori da assoggettare a licenziamento collettivo o da collocare in C.I.G., etc. A queste ipotesi va aggiunta, specie di recente, la casistica sul *mobbing* come forma di abuso dei poteri datoriali¹⁰⁹. Ma vi sono anche ipotesi di abuso del diritto da parte del lavoratore,

(continued...)

la presenza negli accordi di una clausola (*“L’adesione al presente contratto di terze parti è condizionata al consenso di tutte le parti firmatarie”*), che *“ricorda ... la pratica pattizia del «closed shop» - oggi ... in declino, in quanto ritenuta in contrasto con la «libertà negativa di associazione» - che negli Stati Uniti ed in Inghilterra è pervenuta, nel suo punto estremo, a consentire nell’impresa l’assunzione solo di lavoratori iscritti a determinati sindacati. Ma si tratta di un effetto, per il datore di lavoro, ancorché mediato da accordi sindacali, che si pone in insanabile contrasto con gli obblighi di non discriminazione per ragioni sindacali, sancito dall’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, dall’art. 2 della direttiva dell’Unione Europea 27 novembre 2000, n. 2000178, dall’art. 2 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, di attuazione di tale direttiva e, infine, dell’art. 15 dello Statuto dei Lavoratori”*.

¹⁰⁷ Cfr. ad es. Cass., 20-6-2012, n. 10127, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 6.

¹⁰⁸ Cfr. ad es. Cass. S.U., 2-8-2002, n. 11633, in *Foro it.*, 2002, I, col. 3000, per esteso in banca dati *Utet giuridica*: *“nella materia relativa ai poteri imprenditoriali di gestione dell’impresa, la giurisprudenza afferma spesso che l’esercizio libero di essi è garantito a livello costituzionale (art. 41 Cost.) ed è perciò insindacabile nel merito, ma poiché la libertà è sempre sottomessa alla legge, l’esercizio del potere ben può essere censurato dal giudice quante volte si ponga in contrasto con l’ordinamento legale non solo direttamente ma anche attraverso l’elusione delle norme, ossia l’abuso del diritto (cfr. Cass. 9-6-1993 n. 6408, 17 gennaio 1998 n. 402, 18 novembre 1998 n. 11634, 2 gennaio 2001 n. 27, 9 luglio 2001 n. 9310). Viene così riconosciuta “garanzia costituzionale al diritto di non subire un licenziamento arbitrario” (Corte Cost. 4 dicembre 2000 n. 541)”*. Vedi anche ad es. Pret. Milano, 28-10-1998, in *Lavoro nella giur.*, 1999, p. 273; Cass., 13-7-1998, n. 6858, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1520.

¹⁰⁹ Cfr. ad es. Trib. Milano, 29-2-2008, in *Merito*, 2008, p. 16, con nota di PETRONI, per esteso in *De Jure*, secondo cui *“L’elemento caratterizzante il mobbing non è la legittimità o illegittimità di per sé considerata dei singoli atti di gestione del rapporto di lavoro, bensì una sorta di disegno complessivo di vessazione psicologica, sistematica e ripetuta per un apprezzabile periodo di tempo, tale da esplicitare una valenza persecutoria del comportamento del datore di lavoro”*; *“in altri termini, da un lato, non ogni provvedimento illegittimo del datore di lavoro è idoneo, per il solo fatto di essere stato adottato in violazione di una o più disposizioni di legge, a configurare il c.d. mobbing, in assenza di una vera e propria sistematicità e ripetitività degli atti vessatori, in quanto occorre un elemento strutturale, individuato appunto nella sistematicità e ripetitività dei singoli episodi, che li colleghi; dall’altro lato, ben possono individuarsi ipotesi di mobbing realizzate attraverso provvedimenti datoriali legittimi, ma accompagnati dalla finalità illecita del motivo vessatorio, da valutarsi in termini di idoneità lesiva dei beni della persona e da verificarsi attraverso la mono-direzionalità della condotta, la pretestuosità della stessa e, ancora una volta, il permanere nel tempo del*

specialmente, in relazione ai diritti a permessi o congedi e simili, come ad esempio, l'esercizio abusivo del diritto al congedo parentale¹¹⁰.

Nell'ambito delle società, è noto che l'abuso del diritto viene richiamato a proposito dell'esercizio dei diritti inerenti ai rapporti societari sia tra società e soci, sia tra società e amministratori, così come tra soci di maggioranza e di minoranza, e nei rapporti coi terzi (specie creditori)¹¹¹.

Lasciando da parte le ipotesi, perlopiù riconducibili all'ambito extra-contrattuale, dell'abuso della personalità giuridica¹¹² o dell'abuso da parte del socio sovrano (c.d. *piercing of corporate veil*) o, ancora, dell'abuso di direzione e coordinamento societario¹¹³, le ipotesi contrattuali di abuso del diritto sono collegate, dalla dottrina prevalente e per costante giurisprudenza, al dovere di eseguire il contratto sociale secondo buona fede e correttezza¹¹⁴.

(continued...)

comportamento vessatorio, così da essere ricostruibili quali forme di abuso del diritto". Per una recente rassegna v. G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 477-488.

¹¹⁰ Cfr. ad es. C. Conti, sez. giur. Trento, 8-7-2010, n. 24, in *Riv. Corte conti*, 2010, p. 96 secondo cui "Nella ipotesi in cui si accerti che il periodo di congedo parentale sia - invece - utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice civile ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, e dalla corte dei conti nel giudizio di responsabilità amministrativa al fine della imputazione del danno erariale nella misura corrispondente agli emolumenti indebitamente percepiti per effetto dell'abuso del diritto". Cass., 16-6-2008, n. 16207, in *Foro it.*, 2008, I, col. 2451, per esteso in *Leggi d'Italia*, secondo cui in base a un criterio funzionale "deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo di congedo parentale, di cui al D.Lgs. n. 115 del 2001, art. 32, comma 1, lett. b), allorché il diritto venga esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sulla organizzazione economica e sociale della famiglia".

¹¹¹ Cfr. ad es. A. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Cedam, Padova, 1998; G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Maggioli, Roma, 2012, pp. 701-705; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, cit., pp. 413-456; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005, p. 348 ss. e 452 ss., sul fondamento sistematico di tali rimedi e sul loro rapporto con il criterio di buona fede, e p. 400 ss. e 490 ss. ove ampia analisi delle relative applicazioni in ambito societario.

¹¹² Cfr. *ex plurimis* Trib. Tivoli, 18-12-2002, in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 126; S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 33 ss.

¹¹³ Cfr. ad es. Trib. Palermo, 15-6-2011, in *Foro it.*, 2011, I, col. 3184.

¹¹⁴ Vedi ad es. Trib. Prato, 4-5-2011, per esteso in banca dati *DeJure*, che appunto ricorda che la giurisprudenza di merito afferma che "deve riconoscersi anche nella materia societaria tanto più in relazione alle manifestazioni di voto in assemblea e a tutti gli atti che vi si riferiscono, ove maggiormente si manifesta

In estrema sintesi la casistica più copiosa riguarda l'abuso del diritto di voto, soprattutto nella forma dell'abuso della (regola della) maggioranza¹¹⁵ o della minoranza¹¹⁶, per deviazione dell'esercizio di tale diritto dagli obiettivi e interessi sociali. Applicazioni specifiche, anche se perlopiù implicite, del divieto di abuso del diritto di voto si registrano con riguardo a casi di recesso o revoca dagli incarichi sociali. La materia dell'abuso del diritto è stata esaminata con riferimento alla qualità di socio e all'adempimento secondo buona fede delle obbligazioni societarie ai fini della sua esclusione dalla società¹¹⁷. Su questo versante va ricordata anche l'abusiva applicazione di clausole statutarie come la clausola *simul stabunt, simul cadent* di frequente uso nella prassi¹¹⁸. Altre ipotesi comuni sono l'abusivo esercizio del diritto d'impugnativa delle delibere degli organi sociali (in special modo quelle di approvazione del bilancio, nel qual caso il divieto di abuso viene talora declinato nei termini del divieto di *venire contra factum proprium* e/o ricondotto alla

(continued...)

l'intenzione dei singoli soci di dare esecuzione al contratto (...) un principio generale di correttezza e il conseguente divieto di abuso dell'esercizio dei diritti sociali", principio che nelle fusioni, stante la loro specifica struttura, si traduce nell'obbligo di salvaguardia dell'interesse che l'altra parte ha all'esecuzione del contratto sociale ed esige che gli amministratori, i loro ausiliari esperti, e l'assemblea, "osservino scrupolosamente tanto le disposizioni di legge quanto le regole tecniche che governano la metodologia aziendalistica e commerciale in ordine ai criteri della determinazione del rapporto di cambio affinché lo stesso sia congruo"; la responsabilità della società per i danni arrecati ai soci nella fusione è "contrattuale" perché la fusione costituisce un "momento attuativo" del "contratto di società".

¹¹⁵ Si ricorda il *leading case* Cass., 26-10-1995, n. 11151, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 381, con nota di SCHERMI; e in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329, con nota di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO e da ultimo cfr. Cass., 20-1-2011, n. 1361, in *Foro it.*, 2011, I, col. 2794. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, v. A. STABILINI, *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Società*, 2011, p. 841 ss.

¹¹⁶ Recentemente, *ex multis*, vedi Trib. Avellino, 1-6-2010, in *Moneta e credito*, 2011, p. 528, con nota di GUARINI secondo cui "[s]i realizza la figura dell'abuso di potere della minoranza allorquando il socio eserciti il proprio diritto di voto per paralizzare l'attività della società o per arrecare alla stessa un danno non giustificato da un proprio apprezzabile interesse". In dottrina, cfr. A. NUZZO, *L'abuso della minoranza: potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003; A. PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, «abusi» e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2004.

¹¹⁷ Cfr. ad es. Cass., 19-12-2008, n. 29776, per esteso in banca dati *Utet giuridica*, che a titolo di *obiter dictum* prospetta la questione (nel caso di specie non allegata dal ricorrente) se dalla contrarietà all'interesse della società dell'esercizio da parte del socio dei propri diritti si possa "ricavare la prova del dolo del socio e quindi dell'abuso del diritto".

¹¹⁸ Cfr. ad es. Trib. Milano, sez. VIII, 25-5-2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 2088 ss., con nota di N. MICHIELI, *La buona fede come limite "insuperabile" all'applicazione della clausola statutaria simul stabunt, simul cadent*, p. 2092 ss.

c.d. *exceptio doli generalis*)¹¹⁹. Viene inoltre sanzionato l'esercizio abusivo del diritto all'accesso ai documenti societari, libri e scritture contabili¹²⁰; l'abusivo rifiuto di informazioni; l'abusiva pattuizione di una rinuncia preventiva a diritti sociali¹²¹.

2.2.2 L'abuso nell'attività bancaria di esercizio del credito

Da tempo si registrano significative applicazioni del divieto di abuso del diritto anche nella materia bancaria, soprattutto in relazione ai diritti potestativi esistenti in capo alla banca. Esaminando la casistica sono tre le ipotesi più rilevanti¹²².

Un primo gruppo di casi è rappresentato dalla cosiddetta «interruzione brutale del credito» cioè l'esercizio del diritto di recesso della banca da un rapporto di apertura di credito che, benché pattiziamente consentito, assume in concreto, per le modalità in cui è realizzato, connotati di arbitrarietà.

Un secondo gruppo di casi riguarda la cosiddetta «abusiva concessione del credito».

Un terzo gruppo di casi, più variegato, riguarda il credito documentario, il pagamento di assegni e la negoziazione di convenzioni di assegno e di c.d. benefondi.

Nel panorama attuale sull'abuso del diritto, sia in giurisprudenza sia in dottrina, si usa accordare particolare rilievo ai precedenti giudiziali che, a cavallo tra la fine degli anni Novanta e i primi anni del Duemila, hanno sancito la natura abusiva della cosiddetta «interruzione brutale del credito»¹²³. La casistica riguarda ipotesi di recesso sia *ad nutum* sia

¹¹⁹ Vedi Cass., 11-12-2000, n. 15592, in *Foro it.*, 2001, I, col. 2374, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹²⁰ Cfr. ad es. Trib. Nocera Inferiore, 24-3-2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 1881, con nota di CONTE; App. Milano, 13-2-2008, in *Società*, 2009, p. 205, con nota di DI BITONTO; Trib. Roma, 4-12-2007, in *Riv. not.*, 2009, p. 668, con nota di TORRONI.

¹²¹ Cfr. ad es. Cass., 19-12-2008, n. 29776, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Società* [6270], n. 865.

¹²² Vedi ad es. F. CASALE, *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell'impresa bancaria*, pp. 151-158.

¹²³ Ci riferiamo ai casi, generalmente noti: Cass., 14-7-2000, n. 9321, in *Foro it.*, 2000, I, col. 3495 ss., con commento di F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2000, p. 1115 ss. e di M. BARALDI, *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 927 ss., spec. p. 946 ss.; Cass., 21-

per giusta causa e relative a rapporti a tempo determinato oppure indeterminato. L'orientamento della giurisprudenza oramai diventato principio recetto è che, in ogni caso, non vi è totale insindacabilità dell'esercizio del diritto potestativo di recesso, così come pattiziamente configurato, da parte della banca. Il giudice non deve cioè limitarsi a verificare obiettivamente la sussistenza o meno del diritto di recedere *ad nutum* o della giusta causa di recesso prevista o tipizzata nel contratto: *“alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta”*¹²⁴.

In forza di ciò si considera rilevante l'eventuale conoscenza da parte della banca, fin dal momento della stipulazione del contratto, della reale situazione economica del soggetto finanziato e il tempo trascorso dal conseguimento di tale conoscenza all'esercizio del recesso, nonché tutte le altre circostanze di fatto. Sulla base di queste premesse non integra abuso del diritto e si considera giustificato l'esercizio del diritto di recesso della banca in *“presenza di concreti segni di affievolimento della credibilità commerciale”* del soggetto finanziato tale da legittimare *“l'allarme degli istituti”* di credito¹²⁵.

(continued...)

5-1997, n. 4538, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 648, commentata da F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impr.*, 1998, p. 18 ss.

¹²⁴ Oltre a Cass., 14-7-2000 n. 9321, cit. *supra*, vedi ad es. anche Trib. Roma, 28-2-1983, in *Foro it.*, 1984, I, col. 1986, nonché Cass., 21-5-1997 n. 4538, in *Foro it.*, I, 1997, col. 2479. Il principio citato ha assunto il ruolo di *ratio decidendi* rilevante quale precedente nella successiva giurisprudenza, anche in relazione a fattispecie diverse: cfr. ad es. Cass., 16-10-2003, n. 15482, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 305 ss., con nota di M. GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*, p. 309 ss.

¹²⁵ Cfr. ad es. Cass., 21-2-2003, n. 2642, in *Mass. Foro it.*, 2003, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

Altrettanto rilevante rispetto alla fenomenologia attuale dell'abuso del diritto è la casistica relativa alla cosiddetta «abusiva concessione del credito» a imprenditori o società. In questo contesto l'abuso del diritto è figura perlopiù implicita nelle decisioni della giurisprudenza¹²⁶. La fattispecie, nelle sue linee essenziali, consiste nell'erogazione di finanziamenti a un imprenditore o una società da parte di una banca che conosce lo stato di grave difficoltà finanziaria o insolvenza del soggetto finanziato ingenerando nei terzi l'opinione erronea della solidità di quest'ultimo¹²⁷. La concessione abusiva del credito può cagionare un danno non solo ai terzi investitori, creditori, etc. e alle imprese concorrenti¹²⁸, ma anche alla stessa impresa o società finanziata. Il danno al patrimonio della società integra un danno contrattuale immediato e diretto, in quanto derivante dalla condotta abusiva della banca che, anziché ispirarsi ai principi di sana e corretta gestione del credito, risulta funzionale a mantenere artificiosamente in vita un imprenditore decotto¹²⁹. Al fine di stabilire se vi sia un danno contrattuale per abusiva concessione del credito da parte della banca, occorre analizzare il ruolo svolto nella vicenda concreta dalla impresa o società finanziata, se cioè essa per così dire abbia tenuto una condotta caratterizzata da complicità rispetto al contegno del finanziatore o invece possa essere considerata, per così dire, vittima del finanziamento abusivo e perciò improduttivo e dannoso¹³⁰. In questa prospettiva l'idea dell'intangibilità delle scelte negoziali cede il passo alla sindacabilità dell'esercizio della libertà contrattuale affinché siano repressi quei comportamenti, come la concessione abusiva del credito, che in

¹²⁶ Cfr. ad es. Cass., 13-1-1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 2129 ss., con nota di SICCHIERO; Trib. Foggia, 19-4-2001, in *Foro it.*, 2001, I, col. 2348.

¹²⁷ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 700-701.

¹²⁸ Per la giurisprudenza, vi è responsabilità aquiliana verso i terzi che possono perciò esercitare azione risarcitoria extra-contrattuale nei confronti della banca creditrice. La giurisprudenza esclude il curatore fallimentare dal novero dei legittimati attivi e assimila l'azione a quella di cui all'art. 2395 c.c. (cfr. ad es. Cass., 23-7-2010, n. 17284, in *Fall.*, 2011, p. 305 ss., con nota di MARCINKIEWICZ).

¹²⁹ Cfr. ad es. Cass. S.U., 28-3-2006, n. 7029, per esteso in banca dati *Utet giuridica*, la quale, in *obiter dictum*, ammette in linea di principio la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto e immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, quale presupposto dell'azione che spetta al curatore come successore nei rapporti del fallito. V. anche G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, p. 700 nota 106.

¹³⁰ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 375 ss., spec. p. 385.

un'ottica micro e macro-economica favoriscono una falsa apparenza di solidità dell'impresa finanziata, producono opacità nel mercato e costituiscono perciò presupposti dell'agire irrazionale degli attori economici.

Altre ipotesi di abuso nell'attività di credito meritevoli d'attenzione riguardano i diritti inerenti alla convenzione di assegni. Un'ampia casistica si registra in materia di abusiva levata del protesto di assegni bancari da parte della banca trattaria. L'abuso in questo caso è ricondotto dalla giurisprudenza a un'ipotesi d'inadempimento alla convenzione di assegni, per violazione degli obblighi di protezione del cliente che incombono sulla banca in base al principio di buona fede¹³¹.

Ancorché il riferimento all'abuso del diritto sia perlopiù implicito, viene considerato un caso di abuso della banca anche la violazione dei doveri di verifica della regolarità degli assegni bancari non trasferibili. Secondo l'insegnamento della Cassazione, la banca trattaria risponde, a titolo contrattuale, del risarcimento del danno occorso al cliente per (abusiva) omissione dei controlli nella stanza di compensazione, ove non rilevi la pur riconoscibile alterazione del titolo¹³².

Nel rapporto di apertura di credito documentario integra gli estremi dell'abuso di diritto il comportamento della banca che, prima, conferma il credito e, poi, rifiuta il pagamento opponendo eccezioni documentali pretestuose¹³³.

Anche nella vendita con pagamento contro documenti a mezzo banca, l'attività di controllo dei documenti svolta dalla banca delegata deve essere compiuta in modo ragionevole; cosicché, ove si riscontri una mera irregolarità della documentazione di un credito documentario irrevocabile e confermato, è abusivo il rifiuto della mandataria di adempiere

¹³¹ Di recente, v. ad es. Cass., 10-11-2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 355, con nota di RUSSO. Nella specie, non c'erano azioni di regresso da preservare a tutela di terzi, un assegno essendo stato emesso dal cliente a favore di se stesso, l'altro girato dall'ordinatario per l'incasso. Inoltre, l'istituto di credito aveva la possibilità di evitare il protesto facendo constare, ex artt. 45 e 64 l.a. il rifiuto di pagamento del titolo. Oltre a ciò, il protesto venne levato, benché lo stesso giorno il traente, allertato dalla banca girataria per l'incasso, che aveva richiamato l'assegno tramite rete interbancaria, avesse inviato un'adeguata provvista e in prima del termine di quindici giorni previsto dalla legge, termine che sarebbe venuto a scadere tre giorni dopo.

¹³² Cfr. Cass., 28-7-2000, n. 9902, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1320.

¹³³ Cfr. Trib. Udine, 10-9-1999, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, I, p. 689, con nota di SANTAGATA.

alla propria prestazione di pagamento: “se è vero che la documentazione deve rispondere esattamente alle clausole del credito documentario, è, altresì, vero che ogni relativa mera incompletezza o irregolarità non deve essere risolta in base ad un rigido calcolo meramente formale, bensì secondo il criterio della ragionevolezza, idoneo a contemperare le esigenze oggettive del commercio con la realizzazione degli interessi sia del compratore (alla consegna della merce), sia del venditore (al pagamento del prezzo)”¹³⁴.

2.2.3 L'abuso dei poteri nel mandato e nell'agenzia

Quando si parla di abuso del diritto sia in dottrina sia in giurisprudenza per “diritto” si intende non solamente in senso stretto l'abuso dell'esercizio di una *pretesa* dell'avente diritto. L'abuso del diritto, come si è visto già nei paragrafi precedenti, può manifestarsi nell'abuso di tutte le posizioni o prerogative soggettive di cui le parti sono titolari nel contesto negoziale. Quindi vi può essere abuso nell'esercizio di libertà, facoltà, doveri, permessi, poteri, etc. Tutto ciò emerge con chiarezza oltre che nei rapporti di società, lavoro e credito prima considerati anche in altri due ambiti: il mandato e l'agenzia.

In particolare nell'ambito dei rapporti di mandato e di agenzia, le ipotesi più tipiche di abuso del diritto, che si registrano in giurisprudenza e su cui la dottrina giuridica riflette, riguardano principalmente l'abuso di poteri. In concreto si danno perlopiù casi di abusi del mandatario nei confronti del mandante e del preponente nei confronti dell'agente, ma certamente nulla preclude l'esistenza di abusi invece in senso opposto, da parte del mandante e dell'agente.

In tema di mandato, talvolta, si rintraccia una base normativa dell'abuso del diritto nella disciplina dell'eccesso del mandato (cfr. art. 1711 c.c.)¹³⁵. Sulla base di una concezione dell'abuso del diritto che dà rilevanza all'elemento intenzionale, soggettivo, del titolare del

¹³⁴ Cfr. App. Napoli sez. III, 12-3-2012, per esteso banca dati *Leggi d'Italia*; in precedenza v. Cass. civ., sez. I, 8-8-1997, n. 7388, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 417.

¹³⁵ Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 56-59 si chiede se abuso del mandato ed eccesso del mandato sono due figure distinte o una e per l'A. vi è identità tra le due.

diritto si tende a circoscrivere l'abuso del mandatario al novero degli atti che di fatto integrano una dolosa utilizzazione del mandato per la cura dell'interesse proprio o a danno dell'interesse del mandante¹³⁶. Secondo altra prospettiva, l'abuso in materia di mandato ha uno spazio più ampio involgendo sia le ipotesi di eccesso del mandato *ex art. 1711 c.c.*, in cui l'eccesso si concreta nel perseguimento di uno scopo diverso e incompatibile con quello prefissato dal mandante o tale da non corrispondere alla sua volontà, sia tutte quelle fattispecie di inesatto adempimento del mandato che, per i loro particolari connotati, assumono carattere appunto arbitrario/abusivo.

Una variante di un certo rilievo dell'abuso dei poteri del mandatario è rappresentata dall'abuso dei poteri dell'arbitro. Specialmente in tema di arbitrato libero o irrituale, la giurisprudenza ha avuto ripetutamente occasione di affermare che, ove le parti conferiscono agli arbitri il potere di adottare decisioni secondo diritto non impugnabili, l'errata interpretazione e applicazione da parte degli arbitri di una regola di giudizio fissata dalle parti può essere ricondotta alla figura dell'abuso di mandato e, quindi, essere fonte di responsabilità per gli arbitri, pur non costituendo un errore sindacabile e dunque un motivo di impugnazione del lodo irrituale¹³⁷.

Rappresenta un abuso di mandato (*i.e.* un esercizio abusivo dei poteri conferiti agli arbitri) anche l'eventuale malgoverno del diritto applicabile da parte del collegio arbitrale¹³⁸.

In applicazione di tali principi, in un caso relativo alla cessione di una partecipazione azionaria in cui si è proceduto alla determinazione del prezzo di acquisto delle azioni, la Cassazione ha statuito che il lodo irrituale secondo diritto è impugnabile soltanto per incapacità e vizi della volontà degli arbitri, con esclusione degli errori di giudizio o di

¹³⁶ Cfr. per tutti C. SANTAGATA, *Del Mandato. Delle Obligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante, Art. 1710-1721*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 90 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. Contro l'utilità della figura dell'abuso di mandato per tutti v. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 552.

¹³⁷ Vedi Cass., 13-2-2009, n. 3637, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1228.

¹³⁸ Vedi Cass, 15-7-2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, I, p. 783, con nota di NELA, la quale precisa che, stante la natura negoziale dell'arbitrato irrituale, l'erronea valutazione della norma di diritto non costituisce *error iuris* censurabile; il lodo irrituale secondo diritto è impugnabile solo per l'errore percettivo di diritto, attinente alla erronea supposizione di esistenza o inesistenza di una norma, in quanto trattasi di errore di fatto che rientra nell'area dell'impugnativa per vizi della volontà.

apprezzamento sull'incongruità del prezzo di acquisto delle azioni; l'errore degli arbitri sulla valutazione del valore di mercato della partecipazione, in ragione del patrimonio aziendale e del bilancio, integra un eccesso di potere o abuso di mandato degli arbitri, ma non consente l'impugnazione del lodo¹³⁹.

Anche in tema di contratto di agenzia si rintraccia un appiglio normativo del divieto di abuso del diritto direttamente nella disciplina legislativa, in particolare all'art. 1751-*bis* c.c. A parere della dottrina, con la norma citata, il legislatore affida al giudice il compito di dare rimedio, ricorrendo a parametri equitativi, a uno squilibrio regolamentare che assume il valore sintomatico di un abuso dell'autonomia contrattuale¹⁴⁰.

In tema di esecuzione del contratto di agenzia, si è considerato abusivo ad esempio il rifiuto sistematico del preponente di addivenire alla stipulazione dei contratti procacciati dall'agente allo scopo di danneggiarlo o di favorire un altro agente, oppure la variazione dell'ambito territoriale di competenza imposta dal preponente, magari con lo scopo di costringere l'agente a recedere dal rapporto, evitando che sia il preponente a farlo. Sono classificate come abusive anche le condotte del preponente volte a eludere l'obbligo di corrispondere all'agente l'indennità di fine rapporto di cui all'art. 1751 c.c.¹⁴¹.

In applicazione dei principi sanciti dalla Cassazione rispetto al c.d. «rifiuto sistematico» di concludere i contratti procacciati, una giurisprudenza di merito ha statuito in linea generale che il preponente è libero di decidere discrezionalmente, in relazione alla propria organizzazione produttiva, la relativa condotta imprenditoriale (e, quindi, se ad es. partecipare o meno a fiere, accettare o meno ordini, limitare il novero dei clienti a una categoria, concedere o meno dilazioni, etc.), a meno che l'esercizio di tale libertà non sia

¹³⁹ Vedi Cass., 19-12-2008, n. 29772, in *Mass. Foro it.*, 2008, p. 1727.

¹⁴⁰ Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 16.

¹⁴¹ Cfr. Cass., 18-12-1985, n. 6475, in *Giur. it.*, I, 1, 1986, p. 1650, con nota di LORETO; Cass., 2-5-2000, n. 5467, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1029 ss., con nota di DI CIOMMO, *L'abuso di potere del preponente nel rapporto di agenzia*, p. 1032; F. CASALE, *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell'impresa bancaria*, cit., pp. 137-168.

altro che una gratuita posizione emulativa senza alcun fine economico e, quindi, in sostanza un abuso del diritto soggettivamente caratterizzato da un *animus nocendi*¹⁴².

In relazione a un contratto di agenzia contenente una clausola che consente al preponente, nel termine previsto per la conferma, di comunicare per iscritto all'agente il rigetto dell'ordine o la necessità di una proroga del termine stesso, si è affermato che, per aversi esercizio abusivo di tale facoltà di proroga, non basta che di fatto risulti vanificato il diritto alla provvigione dell'agente, perché non è ravvisabile un abuso del diritto nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi. Sul piano delle allegazioni poi non è sufficiente che l'agente lamenti genericamente un sistematico e pregiudizievole rifiuto di dare corso alle sue proposte¹⁴³.

Per quanto concerne il potere di variazione territoriale concesso dal contratto di agenzia al preponente, il suo concreto esercizio è abusivo per la giurisprudenza quando è così ampio da svuotare il contenuto stesso del contratto ed è diretto anziché ad adeguarlo alle nuove esigenze determinate dal decorso del tempo, a impedire all'agente di svolgere un'attività che ne giustifichi l'impegno¹⁴⁴.

Ancora in tema di recesso *ad nutum* dal contratto di agenzia, si è escluso l'abuso del diritto in un caso in cui l'agente assumeva che il rifiuto del preponente di dare spiegazione delle ragioni del recesso dal rapporto (pluriventennale) gli avesse cagionato gravissimi danni di immagine professionale e leso la dignità e l'onore, anche in forza di iniziative quali la comunicazione alla clientela e la pubblicazione sulla stampa di un invito a rivolgersi ad altra agenzia per non essere l'agente più legittimato a operare. Nella specie si è escluso l'abuso in quanto il recesso era stato esercitato in conformità all'art. 1750 c.c. che non richiede la giusta causa se non ai fini del preavviso e l'agente si era limitato ad allegare una finalità discriminatoria imprecisata¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. Trib. Modena, sez. lav., 6-12-2005, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

¹⁴³ Cfr. Cass., 2-8-2012, n. 13857, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

¹⁴⁴ Cfr. Cass., 2-5-2000, n. 5467, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁴⁵ Cfr. Cass., 28-8-2003, n. 12629, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

2.2.4 L'abuso del godimento del bene da parte del conduttore e nell'amministrazione della cosa comune

Altre significative applicazioni del divieto di abuso del diritto si registrano nel contesto dei rapporti di locazione, in particolare in relazione all'obbligazione del conduttore di cui all'art. 1587, n. 1, c.c. di servirsi della cosa locata per l'uso determinato in contratto. Tale disposizione richiama esplicitamente il parametro generale della "*diligenza del buon padre di famiglia*". La costante giurisprudenza legge la norma come divieto di abuso del conduttore nel godimento del bene locato. Costituisce principio recetto "*che il diritto di godimento non è illimitato, ma va esercitato entro l'ambito delle singole e specifiche facoltà che risultano in modo espresso dalle condizioni pattizie o che, comunque, si desumono, anche in modo indiretto, dalle circostanze esistenti al momento della stipula della convenzione contrattuale*"¹⁴⁶. Per la giurisprudenza, affinché vi sia abuso del conduttore nel godimento del bene locato non è necessario il concreto verificarsi di danni materiali o l'alterazione degli elementi strutturali del bene in modo da renderlo diverso da quello originario. Vi è abuso anche in presenza di innovazioni e modifiche che non incidono direttamente sulla natura della cosa locata, ma comunque si estrinsecano in condotte "*lesive di concreti interessi del locatore, idonee ad alterare l'equilibrio economico-giuridico del contratto in danno del locatore stesso*". L'abuso in questo caso si traduce in un grave inadempimento tale da legittimare la risoluzione del contratto di locazione.

Queste statuizioni hanno trovato ripetuta applicazione in svariate circostanze di fatto. In un caso recente è stata dichiarata la risoluzione del contratto di locazione in considerazione dell'esecuzione di lavori di sbancamento del giardino e apertura di prese di aria negli infissi esterni delle finestre che, per la giurisprudenza, appunto realizzano "*un fatto abusivo in grado di alterare l'equilibrio contrattuale a svantaggio della locatrice*"¹⁴⁷. Altri casi che meritano di essere ricordati sono: l'uso abusivo di una malga, concessa in locazione a

¹⁴⁶ Cfr. Cass., 5-4-2012, n. 5541, per esteso banca dati *Utet giuridica*, da cui sono tratte anche le citazioni seguenti.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

un'impresa radiofonica e concretizzatosi nella realizzazione da parte di quest'ultima di una base in cemento e nell'erezione di un'antenna (alta 25 metri) per la ricezione/trasmissione delle onde radio¹⁴⁸; l'abuso del conduttore di un albergo che nel gestire l'attività alberghiera consente l'esercizio del meretricio nei locali concessi in godimento. Secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della risoluzione della locazione per inadempimento occorre accertare la gravità dell'abuso e dunque verificare se l'esercizio del meretricio abbia o meno incidenza in concreto sul valore locativo dell'immobile¹⁴⁹.

Altre ipotesi di abuso in materia di locazione riguardano lo scioglimento del contratto a seguito dell'esercizio del recesso anticipato del conduttore o la disdetta (*i.e.* il mancato rinnovo) alla prima scadenza e la conseguente restituzione dell'immobile al locatore. In tema è istruttivo un recente arresto della Suprema Corte col quale si è statuito che non è abusivo il rifiuto del locatore di ricevere la sola porzione sublocata, ove, pur essendo l'immobile composto da porzioni fruibili separatamente e di fatto utilizzato da conduttore e sub-conduttore, l'oggetto del contratto di locazione sia unitario, concernendo l'intera porzione di proprietà del locatore. In punto di diritto, la Suprema Corte sottolinea che “*non è conculcabile il diritto del locatore (...) di rifiutare ex art. 1181 c.c., un pagamento parziale, purché, ovviamente, il rapporto sia unitario e non parcellizzato*”, in quanto “*alla luce del «diritto vivente» – in tema di abuso del diritto nel frazionamento dei rapporti di credito¹⁵⁰ – «la previsione codicistica del potere del creditore di rifiutare l'adempimento parziale (art.*

¹⁴⁸ Cfr. Cass., 11-5-2007, n. 10838, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Locazione*, n. 144, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁴⁹ Cfr. Cass., 14-11-2006, n. 24206, in *Immobili e dir.*, 5, 2007, p. 56 ss., con nota di CARRATO, per esteso in banca dati *Utet giuridica* secondo cui quindi la riduzione del valore locativo va accertata in concreto, non può essere considerata implicita nell'esercizio del meretricio nell'immobile.

¹⁵⁰ La Cassazione fa riferimento al noto precedente delle Sezioni unite Cass. 15-11-2007, n. 23726, in *Obbl. e contr.*, 1, 2008, 1, p. 3 ss. con nota di RUBINO; *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2008, p. 458 con nota di FINESSI, COSSIGNANI; e in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, p. 335 ss. con nota di DE CRISTOFARO, DALLA MASSARA. Il principio di diritto statuito dalle Sezioni unite è che “*è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario*”; della motivazione, si segnala il passaggio secondo cui “*oltre a violare ... il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso*”.

1181 c.c.) trova una tutela rafforzata”: nel caso specifico in cui creditore e debitore sono rispettivamente il locatore e il locatario *“tale potere, nel contemperamento dei relativi interessi, va valutato e ritenuto legittimo, onde non abbia a sfociare in un vero e proprio abuso del diritto, solo se il relativo contratto era unitario, sin dall’origine, nell’oggetto e nella prestazione di corresponsione del canone e su di esso, così strutturato, risulta che le parti o una di esse abbiano riposto affidamento*¹⁵¹.

Il divieto di abuso del diritto viene applicato dalla giurisprudenza anche in materia di amministrazione della cosa comune e, per quanto qui interessa, con riguardo ai rapporti contrattuali coi terzi. La Cassazione ha più volte affermato che il potere di concorrere nell’amministrazione della cosa comune statuito dal primo comma dell’art. 1105 c.c., può, nei confronti dei terzi, indurre a ritenere che colui che agisce per la comunione la rappresenti, ma in ogni caso, per vincolare i comunisti agli atti non stipulati dalla maggioranza, occorre che costoro vi prestino consenso. Fermo questo principio, per un verso, integra un abuso del diritto da parte della minoranza o di uno dei comunisti concedere in godimento a terzi l’intero bene, pur in assenza del consenso della maggioranza o degli altri comunisti (nella specie si trattava precisamente di affitto agrario di un’azienda). Per altro verso, qualora la maggioranza dei comunisti, appresa l’intenzione della minoranza o di uno di essi di concedere la cosa comune in locazione o di rinnovare la locazione al conduttore, si oppongano alla conclusione o rinnovazione del rapporto, il terzo che cooperi alla sua conclusione o rinnovazione, pur essendo consapevole del dissenso della maggioranza, concorre nell’abusivo esercizio del diritto di amministrare il bene comune compiendo un fatto illecito generatore di un danno risarcibile (e gli è precluso pretendere la conclusione o la prosecuzione del rapporto)¹⁵².

¹⁵¹ Cfr. Cass. 20-3-2012, n. 4389, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁵² Cfr. Cass., 4-6-2008, n. 14759, in *Imm. e propr.*, 2008, p. 593.

2.2.5 Abuso, exceptio doli generalis ed escussione della garanzia «autonoma» o «a prima richiesta»

Uno degli ambiti in cui si è fatto maggiormente applicazione del principio del divieto di abuso del diritto è quello del contratto di garanzia «autonoma» o «a prima richiesta»¹⁵³. Nella pratica del commercio internazionale, questa forma di garanzia rappresenta uno dei principali mezzi di protezione del credito e s'inserisce specialmente in operazioni ad esempio di appalto o di cessione complesse e di un certo rilievo economico, per rendere sicuro, ove se ne verifichino i presupposti, l'incasso da parte del beneficiario, a semplice richiesta di quest'ultimo, della somma pattuita come corrispettivo della prestazione principale.

Il garante, che di regola è una banca o una compagnia di assicurazione, su ordine del suo cliente (*i.e.* il debitore della prestazione principale, di regola il committente dell'appalto, l'acquirente della cessione, etc.) si impegna a versare al beneficiario (nell'esempio, l'appaltatore, il venditore, etc.) l'importo stabilito alla sola condizione che costui, allegando l'inadempimento dell'obbligazione principale, gliene faccia richiesta, essendo pattuito che il garante rinuncia formalmente e preventivamente a opporgli qualsiasi tipo di eccezione.

Lo schema della garanzia autonoma, proprio per le caratteristiche appena sintetizzate, lascia spazio al rischio che il beneficiario ne abusi, pretendendo dal garante il pagamento, benché non ricorrano palesemente le condizioni che lo legittimerebbero. L'abuso del diritto si verifica in caso di uso oggettivamente anormale del diritto da parte del beneficiario perché, pur sapendo che l'obbligazione è già stata estinta dal debitore principale o si tratta di un'obbligazione illecita, escute ugualmente la garanzia, avvalendosi della clausola di autonomia che impedisce al garante di opporre le eccezioni concernenti il rapporto

¹⁵³ Cfr. ad es. G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 697-698, vedi anche pp. 695-696; M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 755 ss., spec. p. 761 ricorda tra le aree di più ampio intervento giurisprudenziale in tema di abuso, oltre al contratto autonomo di garanzia e al credito documentario, la fideiussione *omnibus* con la precisazione che la possibilità di abusi a carico del fideiussore è oggi direttamente risolta dalla L. 154/1992, all'art. 1956, ult. cpv. c.c. Vi accenna anche L. NANNI, *Abuso della banca nella concessione di credito ad impresa insolvente*, in *Fall.*, 1996, pp. 917-918.

principale. L'abuso del diritto sussiste ove la richiesta del beneficiario appaia fraudolenta e contraria a buona fede¹⁵⁴. La Cassazione ha statuito a più riprese che il garante, ove esistano prove evidenti del carattere fraudolento o anche solo abusivo della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, può e deve rifiutare il pagamento richiesto¹⁵⁵.

Per reagire all'abuso, la giurisprudenza ammette che il garante possa sollevare la c.d. eccezione di dolo generale (nella forma dell'*exceptio doli generalis seu praesentis*)¹⁵⁶ cioè opporsi al pagamento richiesto in ragione del comportamento abusivo (o scorretto, connotato da dolo, ossia *mala fede*, dell'altra parte)¹⁵⁷.

I rapporti tra abuso del diritto, eccezione di dolo generale e buona fede sono discussi¹⁵⁸. In estrema sintesi, secondo un orientamento, detta eccezione costituisce un'applicazione del divieto di abuso del diritto¹⁵⁹. Un differente indirizzo l'ha invece ricondotta al criterio della buona fede, sottolineando la tendenza della dottrina a generalizzare il principio del divieto dell'abuso del diritto sino a ricomprenderlo nel principio ancora più generale dell'*exceptio doli generalis*¹⁶⁰. Secondo altra tesi l'*exceptio doli generalis* è il rimedio che la parte ha a disposizione nel diritto dei contratti contro l'abuso del diritto perpetrato dall'altro contraente quando questi esercita verso l'altra diritti derivanti dalla legge o dal contratto, per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati¹⁶¹. Altri rinviene il

¹⁵⁴ Cfr. Cass. S.U., 18-2-2010, n. 3947, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 257, con nota di BARILLÀ.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. (ord.), 5-3-2009, n. 5326, per esteso in banca dati *Utet giuridica*; Cass., 17-3-2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1582, che cita i precedenti Cass., 24-4-1991, n. 4519; 6-4-1998, n. 3552; 21-4-1999, n. 3964; 1-10-1999, n. 10864.

¹⁵⁶ Cfr. Cass., 7-3-2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, p. 980 ss., la quale afferma che l'*exceptio doli generalis seu praesentis* "costituisce rimedio generale, diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento".

¹⁵⁷ Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 792-794.

¹⁵⁸ Vedi A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss., spec. p. 173 ss.

¹⁵⁹ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss., spec. p. 312.

¹⁶⁰ G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 13.

¹⁶¹ Così Trib. Milano, sez. lav., 13-1-2012, per esteso in banca dati *Utet giuridica*, in motivazione a titolo di *obiter dictum*.

fondamento dell'eccezione congiuntamente nel divieto di abuso del diritto e nella violazione del criterio di buona fede/correttezza¹⁶². Si ritiene anche che abuso del diritto, eccezione di dolo generale e buona fede siano tutti espressione della medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela¹⁶³.

Indipendentemente dalla varietà di opinioni¹⁶⁴, sul piano dei rimedi importa osservare che l'eccezione di dolo generale serve a paralizzare l'efficacia dell'atto e a giustificare la reiezione della domanda giudiziale fondata sul medesimo. Il rimedio contro l'abusiva escussione della garanzia si colloca dunque sul piano dell'inefficacia.

L'eccezione di dolo generale contro l'abusiva escussione della garanzia è riconosciuta dalla giurisprudenza anche al garantito/ordinante per evitare che il garante proceda senz'altro al pagamento a semplice richiesta della controparte. In via di urgenza, si ammette la possibilità di ottenere la sospensione del pagamento offrendo prove evidenti del fatto che il beneficiario della garanzia ne sta abusando per ottenere un pagamento che non gli spetta¹⁶⁵.

Sul piano probatorio, si ritiene che l'*exceptio doli generalis* possa essere validamente opposta soltanto in presenza di una prova evidente (c.d. prova liquida) di detto abuso, e preesistente al processo nel quale l'eccezione viene sollevata, non essendo compatibile con la peculiare funzione della garanzia autonoma la deduzione di prove da formarsi nel corso del medesimo giudizio¹⁶⁶.

In dottrina, si propone di generalizzare l'esperienza maturata in tema di *exceptio doli generalis* nell'ambito delle garanzie a prima richiesta, in modo da rendere inefficaci gli atti

¹⁶² M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 41 ss., spec. p. 60.

¹⁶³ Cfr. Cass., 7-3-2007, n. 5273, cit.

¹⁶⁴ A cui vanno aggiunte le voci critiche secondo cui l'*exceptio doli generalis* o l'abuso di diritto sono formule ampie e indeterminate che "si rivelano sostanzialmente ambigue e prive di reale valore pratico" e non possono dar contenuto alla clausola generale di buona fede: così, G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, cit., p. 659.

¹⁶⁵ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 792-794.

¹⁶⁶ Cfr. *ex multis* Trib. Milano, 13-12-1990, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, II, p. 588; Trib. Roma, 26-5-1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 71; Trib. Udine, 22-6-1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 531; Trib. Biella, 27-11-2003, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1509, con nota di E. BENIGNI, *Onere di exceptio doli del garante «autonomo» e inaccogliibilità del ricorso d'urgenza dell'ordinante la garanzia*, p. 1511 ss.

abusivi sol che la “*sproporzione ingiustificata*” sia riscontrabile *prima facie* e sulla base di cosiddette “*prove liquide*”¹⁶⁷.

2.2.6 L’abuso nell’esercizio dei diritti potestativi nei rapporti di fornitura, distribuzione, concessione di vendita

Nel dar conto dell’attuale configurazione dell’abuso del diritto in materia contrattuale non si può evidentemente prescindere dal *leading case* rappresentato dalla sentenza 18 settembre 2009, n. 20106 della Sezione III della Cassazione (c.d. caso Renault)¹⁶⁸.

Come noto, il caso riguarda l’esercizio, da parte della società concessionaria, del diritto di recesso *ad nutum* previsto da una clausola del contratto di concessione di vendita nei confronti di una pluralità di concessionari¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss., spec. p. 115.

¹⁶⁸ Numerosissime le annotazioni della dottrina. Tra le tante: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 319 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto tra le parti: l’autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 148 ss.; A. MASTRORILLI, *L’abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 347 ss.; E. GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 586 ss.; F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell’affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell’argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.; M. ORLANDI, *Contro l’abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 172 ss.; ID., *Contro l’abuso del diritto (in margine a Cass. 18-11-2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 834 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l’abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, col. 85 ss.; P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*, cit.; F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 560 ss.; F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere “per principi”*, in *Giur. it.*, 2010, p. 809 ss.; R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell’abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell’abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e di politica del diritto*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3627 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.; C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, p. 2547 ss.; U. MORELLO, *Abuso del diritto*, in A. GAMBARO, U. MORELLO, *Lezioni di Diritto Civile*, Milano, 2012 p. 567 e ss.

I passaggi essenziali della sentenza sono i seguenti.

Nell'ambito dei contratti d'impresa, cioè in tutti quei rapporti in cui gli interessi delle parti contrattuali sono particolarmente contrastanti e la posizione delle parti è affetta da una disparità strutturale, legata all'ambito di attività imprenditoriale svolta, il giudice è chiamato a sindacare la legittimità degli atti di autonomia privata posti in essere dalle parti e deve seguire come criterio orientativo di giudizio quello di evitare che l'esercizio di un diritto o potere, che spetta a una parte, possa sconfinare nell'"*arbitrio*".

In caso di patologia del rapporto il giudice deve individuare "*i rimedi che incidono [leggasi: il rimedio che incide] sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato*".

In questo quadro, "*il principio [del divieto] dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare (...) i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano*".

Un atto di esercizio di un potere è abusivo "*in sostanza, quando*" risulta "*alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede*". L'abuso consiste quindi nella "*utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli*" previsti dalla legge. Detto altrimenti, si ha abuso quando "*la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento*". La concezione dell'abuso del diritto accolta dalla Cassazione è dunque dichiaratamente teleologica¹⁷⁰.

(continued...)

¹⁶⁹ *Ratione temporis*, nella specie, non era applicabile la disciplina sull'abuso di dipendenza economica perché successiva al fatto *sub iudice* (cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 529). G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in A. D'Angelo, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 48 ss., p. 53 testo e nota 11, osserva però che si poteva porre la questione se il divieto di abuso di dipendenza economica sia espressione di un principio implicito e quindi operasse già all'epoca dei fatti. Sia come sia, posto che la sentenza non affronta tale questione, si darà conto del nesso tra abuso del diritto e abuso di dipendenza economica trattando di questa disciplina *infra* al § 2.3.1.2.

¹⁷⁰ La Cassazione rifiuta esplicitamente la concezione dell'abuso del diritto che necessariamente "*postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'animus nocendi*". Piuttosto, "*[g]li elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un*

Nonostante le numerose ambiguità della motivazione¹⁷¹, proprio sul terreno funzionale, viene posta la distinzione con la buona fede oggettiva. Se è vero infatti che il divieto di abuso del diritto viene concepito come “*criterio rivelatore della violazione dell’obbligo di buona fede oggettiva*”, d’altro canto si afferma che oggi i due principi dell’abuso del diritto e della buona fede oggettiva “*si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, (...) e, prospettando l’abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti*”.

Di conseguenza, si deve accertare in concreto se il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali sia attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti. Al riguardo rilevante è la “*proporzionalità*” o meno dei mezzi usati rispetto ai fini perseguiti. La valutazione del carattere abusivo o meno di un simile atto inoltre “*deve essere condotta in termini di «conflittualità»*”, tenendo conto della “*disparità di forze fra i contraenti*”, compiendo una verifica tanto “*più ampia e rigorosa*” quanto più vi siano “*interessi contrapposti*”.

Questi principii hanno fatto precedente nella giurisprudenza successiva sia in relazione a fattispecie del tutto analoghe (altre ipotesi di recesso da concessione di vendita)¹⁷², sia in relazione a fattispecie contrattuali diverse e anche fuori dall’ambito negoziale¹⁷³.

(continued...)

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

¹⁷¹ Si distingue ad esempio tra “*limiti interni*” e “*limiti esterni*” all’esercizio dei diritti, ma non è chiaro come distinguere tra gli uni e gli altri e d’altra parte l’esercizio abusivo viene fatto consistere nel “*superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto*”.

¹⁷² Cfr. ad es. Cass., 21-6-2011, n. 13583, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁷³ Cfr. ad es. Cass., 15-10-2012, n. 17642, in materia di fideiussione; Cass., 14-2-2012, n. 2087, con riferimento a una clausola di risoluzione automatica del contratto di affitto; Cass. S.U. (ord.), 25-11-2011, n. 24906, in relazione a un preteso abuso di dipendenza economica; Cass., 28-6-2011, n. 14273, in relazione all’esercizio del potere di surroga da parte di un istituto di credito, concessionario del servizio di riscossione tributi, che ha determinato la prosecuzione di una procedura esecutiva in forma speciale con aggravii di spesa e danni; Cass., 10-2-2011, n. 3274, in materia di concordato preventivo; Cass., 10-11-2010, n. 22819, relativa a

In dottrina si è giustamente osservato che la figura dell'abuso del diritto delineata dalla Cassazione nella decisione in esame non implica la rinascita delle teorie elaborate dalla tradizione, in particolare francese all'inizio del XX secolo. Così, è estranea alla visione della Cassazione sopra sintetizzata la nozione di abuso del diritto elaborata dalle correnti di pensiero di ispirazione "cattolica" o "solidaristica" o che, comunque, hanno tentato di congiungere le sfera del diritto e della morale¹⁷⁴.

Va anche sottolineata l'ampia revisione compiuta nel corso del Novecento dalla stessa giurisprudenza di legittimità rispetto ai propri precedenti, di cui oggi resta un'eco lontano¹⁷⁵. La Cassazione si muove piuttosto in seno all'odierno dibattito sui limiti dell'autonomia privata nei rapporti di impresa. Dà infatti rilevanza alla forza negoziale delle parti, alla loro eventuale debolezza, alla proporzione tra le prestazioni e, sia pure implicitamente, in definitiva, al ragionevole affidamento che un concreto rapporto commerciale possa o meno giungere fino alla sua naturale scadenza.

Un profilo evidente di evoluzione della figura risiede nella circostanza che per aversi un abuso del diritto si esige non più che allo svantaggio in capo a chi subisce l'abuso non corrisponda alcun beneficio in chi lo pone in essere, bensì piuttosto che allo svantaggio subito corrisponda un vantaggio nettamente superiore per chi ha commesso l'abuso. Per

(continued...)

un caso di abusiva levata di protesto; Cass., 31-5-2010, n. 13208, in materia di locazione. Tutte le pronunce sono reperibili per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁷⁴ Cfr. M.CENINI, A.GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, cit., 111. E' noto che, ciononostante, la decisione è stata da più parti criticata in quanto foriera di paternalismo e interventismo giudiziale. Per una sintetica presentazione delle teorie della tradizione francese di inizio XX sec. cui si fa riferimento nel testo v. ad es. M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2003, p. 85 ss. ove si ricorda ad es. l'abuso come conflitto di diritti o equilibrio di interessi (sulla scia di Dessertaux), come anomalità dell'esercizio del diritto (sulla scia di Saleilles), come sviamento dai fini (sulla scia delle teorie di Porcherot e Hauriou).

¹⁷⁵ Si può ricordare per esempio Cass., 15-11-1960, n. 3040, la quale affermò che "in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti della buona fede (come regola di condotta) e della rispondenza dell'esercizio del diritto agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico positivo, l'uso anormale del diritto possa condurre il comportamento del singolo (nel caso concreto) fuori della sfera del diritto soggettivo medesimo e che quindi tale comportamento possa costituire un illecito, secondo le norme generali di diritto in materia". E' netto lo scostamento rispetto alla nozione dell'abuso del diritto oggi accolta dalla Cassazione.

scongiurare l'abuso si deve dunque operare una valutazione costi/benefici indagando il contratto alla luce del contesto di mercato in cui si inserisce¹⁷⁶.

L'attenzione, da parte della giurisprudenza della Cassazione, per il contesto economico in cui viene in concreto esercitata l'autonomia negoziale da parte dei contraenti ha dei precedenti di rilievo. Si può ricordare anzitutto quanto statuito in relazione al caso della disdetta da un contratto fornitura, parte di un'operazione economica unitaria articolata nella creazione di una nuova società e in un accordo, appunto, di fornitura con la società neo costituita¹⁷⁷. La Corte di appello aveva affermato che la disdetta del contratto di fornitura non poteva considerarsi espressione di un comportamento abusivo/contrario a buona fede, in quanto la disdetta era stata effettuata legittimamente e tempestivamente ai sensi di una clausola del contratto di fornitura. La Cassazione osserva per contro che *“tale conclusione (...) sottintende l'erroneo convincimento secondo cui l'esercizio del diritto non possa (...) mai dare luogo a responsabilità di chi abusa del proprio diritto. (...) esclude (...) implicitamente la stessa ammissibilità della figura dell'abuso del diritto”*. Sul presupposto invece che *“[l']abuso del diritto consiste (...) nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico”*, viene affermato *“il principio che, in relazione ad una pluralità di rapporti contrattuali tra loro collegati per la realizzazione di un'unica operazione economica, nella specie la regolamentazione della concorrenza attraverso la creazione di una nuova società e la previsione, a carico delle parti, dell'obbligo di rifornire la predetta società in misura predeterminata”*, il recesso in concreto esercitato deve essere valutato *“nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra la parti”*, onde accertare se *“sia stato esercitato allo scopo di sciogliersi dal vincolo contrattuale di rifornire la nuova società ovvero ad un diverso scopo nel contesto di una condotta complessiva diretta ad impedire la realizzazione dei reciproci interessi (...) come consacrati negli accordi contrattuali”*, e in particolare se *“sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse*

¹⁷⁶ L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., pp. 837-839.

¹⁷⁷ Cfr. Cass., 16-10-2003, n. 15482, cit.

del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte".

Un fondamentale passo verso l'elaborazione di un simile approccio all'abuso del diritto fu rappresentato dal noto caso Fiuggi¹⁷⁸, in cui come nel caso Renault si sottolinea che la titolarità di una libertà negoziale non autorizza a suoi esercizi abusivi, tenuto conto dello specifico contesto di mercato in cui si situa il rapporto e dei contrapposti interessi delle parti. La Cassazione nega infatti che l'"*ossequio alla legalità formale*" imponga "*di relegare nel «metagiuridico»*" le aspettative delle parti rispetto all'esercizio discrezionale delle facoltà o poteri contrattualmente previsti. Anche a voler collocare un tale esercizio in uno spazio di "*«piena libertà»*"¹⁷⁹, per la Cassazione, esso non può comunque ritenersi svincolato dall'osservanza del dovere di correttezza (*i.e.* buona fede in senso oggettivo). Ma, soprattutto, l'esercizio delle facoltà/poteri negoziali da parte di un contraente non può tradursi in un abuso di "*discrezionalità*", onde si deve "*accertare se la delusione di una aspettativa [sia] o meno giustificata da un interesse antitetico – meritevole di tutela*". Quel che importa sottolineare è che tale accertamento va compiuto in concreto, tenendo conto delle specifiche caratteristiche del mercato coinvolto nella specie, non in base ad assunti astratti, ancorché di ordine economico, o facendo mero riferimento a fenomeni economici di ordine generale. Che la sentenza impugnata desse conto che "*il blocco del prezzo sarebbe stato suggerito da «una strategia di più ampia penetrazione nel mercato e di più vasta diffusione del prodotto, possibile solo facendo leva su incentivi a favore della società di distribuzione»*", a giudizio della Cassazione è una affermazione solo "*a prima vista appagante*", ma "*in realtà, del tutto insufficiente, dal momento che un effettivo incremento delle vendite non episodico è, con ogni evidenza, impensabile senza un concomitante contenimento del prezzo (a valle) nella successiva fase di commercializzazione del prodotto*".

¹⁷⁸ Cfr. Cass., 20-4-1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 852 ss. con nota di PICARDI, da cui sono tratte tutte le citazioni seguenti.

¹⁷⁹ La pretesa libertà in questione era nella specie di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie e incideva dunque direttamente sul contenuto (anche economico) del contratto.

La circostanza decisiva nella specie è che una parte, traslando l'aumento del prezzo (più che raddoppiato) nella fase di distribuzione della merce attraverso società appartenenti allo stesso gruppo societario, consegue il doppio vantaggio di impedire l'adeguamento del canone dovuto alla controparte e di lucrare ugualmente sulle vendite, dando luogo a “*una sproporzionata divaricazione tra prezzo e canone contraria allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti*”.

2.2.7 Operazioni in frode al contratto o alla legge: factoring e sale and lease back

Una forma di abuso del diritto è l'abuso dell'autonomia contrattuale.

Al riguardo occorre distinguere tra due ipotesi di abuso: l'uso del contratto in frode alla controparte; l'uso del contratto in frode alla legge cui si è già accennato.

Nella prima ipotesi, una parte si accorda con l'altra per porre in essere una determinata figura negoziale pur mancando le condizioni di fatto per cui essa può operare secondo il suo schema tipico, al solo fine di conseguire un vantaggio in danno della controparte. Una giurisprudenza di merito si è pronunciata in merito a un contratto di *factoring*¹⁸⁰. Come noto, il *factoring* è una figura contrattuale in forza della quale il *factor*, a fronte del pagamento di una commissione, si impegna a fornire all'impresa cliente una vasta gamma di servizi relativi alla gestione dei crediti da tale impresa vantati nei confronti della clientela e derivanti dalla sua attività imprenditoriale. Il *factor* rende normalmente a favore dell'impresa cliente un'anticipazione finanziaria. Di conseguenza, si ha abuso della figura qualora nella realtà non esista il credito che dovrebbe essere oggetto dell'operazione, perché le fatture dell'impresa cliente sono emesse non sulla base di ordini dei clienti, ma sulla base di presunte forniture, al solo scopo di reperire fondi per superare una situazione finanziaria difficile¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. B. CASSANDRO SULPASSO, *L'abuso del contratto di factoring*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 387 ss.

¹⁸¹ *Ibidem*.

Venendo alla seconda ipotesi di abuso, un determinato contratto o, più spesso, un certo collegamento fra più contratti può essere utilizzato come mezzo per aggirare una norma imperativa. In tale ipotesi l'abuso consiste nell'uso distorto della funzione tipica del contratto o dei singoli contratti collegati posti in essere in concreto¹⁸².

A giudizio della giurisprudenza abusi del diritto di questo genere sono ravvisabili tipicamente in quelle operazioni negoziali consistenti in una sequenza di contratti di compravendita che sono però finalizzate, anziché all'effettivo trasferimento del bene da un soggetto a un altro, all'ottenimento di un vantaggio economico (ad esempio nella forma di risparmi fiscali o altre agevolazioni)¹⁸³.

Altrettanto significativa è la casistica sviluppatasi in relazione a operazioni di vendita con patto di riscatto o con patto di retrovendita e di *sale and lease back* poste in essere in presunta violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Occorre premettere che il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. è inteso dalla giurisprudenza come sintomatico, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, di un generale giudizio di disvalore del legislatore nei confronti delle situazioni negoziali in cui vi è sproporzione tra entità del credito e valore del bene e conseguente abusiva appropriazione dell'eccedenza da parte del creditore¹⁸⁴. L'abuso si ritiene invece escluso, pur in costanza di forme di garanzia che presuppongono un trasferimento di proprietà, qualora queste siano realizzate mediante schemi negoziali in cui al termine del rapporto si procede alla stima del

¹⁸² Cfr. ad es. Cass., 2-3-1988, n. 2224, in *Impresa*, 1988, p. 2448; Cass., 21-10-2005, n. 20398, in *Corriere trib.*, 2005, p. 3729 (m), con nota di COMMITTERI, SCIFONI, per esteso in banca dati *Utet giuridica*.

¹⁸³ *Ex plurimis*, v. Commiss. Trib. Prov. Puglia Bari, Sez. IX, 15-12-2010, n. 171, in *Boll. trib.*, 2011, p. 880 con nota di CARNIMEO. Un altro caso di abuso del diritto è dato dalla realizzazione di operazioni infra-societarie di *lease and sale back* in cui, per un verso, stante l'appartenenza della società locatrice e della società locataria al medesimo gruppo, si ha una distorsione del mezzo negoziale non realizzandosi l'effetto economico tipico della locazione finanziaria costituito da una maggiore disponibilità di denaro; per altro verso, l'operazione risulta finalizzata, anziché a perseguire questo obiettivo, alla detrazione dei canoni di locazione finanziaria da parte della società del gruppo-locataria e alla duplicazione dell'ammortamento dei beni oggetto del *leasing* da parte della società del gruppo-locatrice con conseguente risparmio fiscale: cfr. Cass., 8-4-2009, n. 8481, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 596, con nota di BASILAVECCHIA.

¹⁸⁴ Cfr. *ex multis* Cass., 16-10-1995, n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1360 ss., con nota di V. CARBONE, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, p. 1365 ss.

bene trasferito e il creditore è tenuto a pagare al debitore l'importo eccedente l'entità del credito¹⁸⁵.

Ciò posto, la giurisprudenza di legittimità più recente è orientata nel senso che le operazioni di vendita con patto di riscatto o di retrovendita e di *sale and lease back* integrano un abuso dell'autonomia negoziale e in particolare un abuso della situazione di debolezza del debitore, ogniqualvolta risulti, in base a dati sintomatici obiettivi, che l'operazione concretamente posta in essere realizza una forma di garanzia impropria, diretta ad assicurare un'eccedenza di liquidità e a rafforzare la posizione del creditore-finanziatore in misura sbilanciata rispetto a quella del debitore¹⁸⁶. Segnali della situazione di approfittamento della debolezza del debitore e dunque dell'abuso perpetrato in suo danno dal creditore sono non tanto gli stati soggettivi delle parti, quanto piuttosto dati obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria preesistente o contestuale all'operazione; lo stato di (grave) difficoltà economica del debitore-venditore; la notevole sproporzione fra le prestazioni dedotte nei contratti collegati o tra l'entità del debito e il valore del bene alienato e, più in generale, le reciproche obbligazioni¹⁸⁷.

Con specifico riguardo al negozio di *sale and lease back*, occorre considerare che nella sua configurazione socialmente tipica la vendita del bene è un presupposto necessario dell'operazione economica, la cui funzione specifica è di procurare all'imprenditore liquidità immediata mediante l'alienazione di un bene strumentale, di cui conserva l'utilizzo nel quadro di un disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi. Di conseguenza, per la giurisprudenza, le operazioni di *sale and lease back* integrano un abuso ove siano compresenti le seguenti circostanze di fatto: una situazione di credito e debito tra acquirente-

¹⁸⁵ Ciò avviene ad esempio nel pegno irregolare, nel riporto finanziario e nel cosiddetto patto marciano, perlomeno nella loro astratta configurazione legale o socialmente tipica.

¹⁸⁶ Vedi in motivazione ad es. Cass., 3-2-2012, n. 1675, per esteso in banca dati *Utet giuridica*; Cass., 9-3-2011, n. 5583, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Tributi in genere* [6820], n. 932, per esteso in banca dati *Utet giuridica*, alla cui motivazione si rinvia per ulteriori riferimenti.

¹⁸⁷ Oltre alle sentenze di cui alle note precedenti, cfr. Trib. Roma, 22-5-1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 44 ss., con nota di SANTARSIERE secondo cui altri indici presuntivi sono la frequenza del ricorso al procedimento stesso; l'esistenza di un rapporto fiduciario – *prima facie* patologico – fra le parti; la mancanza di destinazione strumentale dei beni venduti all'attività di impresa del venditore-utilizzatore.

finanziatore e impresa venditrice e utilizzatrice del bene; difficoltà economiche (serie o gravi o comunque in qualche modo rilevanti) di quest'ultima; una sproporzione (eccessiva o anomala o abnorme, etc.) tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente¹⁸⁸.

2.3 L'abuso del diritto nella legislazione speciale

2.3.1 Le tre discipline paradigmatiche

2.3.1.1 Le clausole abusive nei contratti del consumatore e abusi di tutela

E' noto che la disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore è il primo ambito in cui l'abuso ha fatto ingresso, anche sul piano terminologico, nel Libro IV del Codice civile¹⁸⁹. Invero, prima nel recepire la Dir. n. 93/13/CEE e poi nel riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, all'originaria nozione di abuso di derivazione comunitaria si è affiancata la nozione di vessatorietà¹⁹⁰, sicché parlano in effetti di 'abuso' unicamente l'art. 36, quarto comma, cod. cons., in tema di conseguenze della "declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive", l'art. 37 in tema di inibitoria

¹⁸⁸ Cfr. ad es. Cass., 9-3-2011, n. 5583, cit.

¹⁸⁹ Per maggiori informazioni in merito si rinvia alla nota 72.

¹⁹⁰ Lo ricorda per tutti F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, cit., pp. 10-11. La letteratura sulle clausole vessatorie o abusive è vastissima. Tra le tante opere si segnalano alcuni primi commenti che hanno tracciato le linee essenziali dei successivi dibattiti: R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 523 ss.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 46 ss.; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 285 ss.; V. CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 248 ss.; C.M. BIANCA, G. ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Cedam, Padova, 1996; G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del Codice civile*, I e II, Giuffrè, Milano, 1997; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 5 ss.; R. QUADRI, *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, in *Dir. e giur.*, 1999, p. 36 ss.

delle “condizioni di cui sia accertata l’abusività” e l’art. 144-bis, co. 1, lett. b), introdotto nel 2009, che, in consonanza col lessico originario di derivazione europea, si riferisce alla parte III, titolo I del Codice del consumo parlando di “*clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*”¹⁹¹.

Le variazioni linguistiche del legislatore italiano non sono state comunque di ostacolo allo sviluppo della figura dell’abuso del diritto, sia nella riflessione dottrinale sia nelle applicazioni giurisprudenziali. La disciplina delle clausole vessatorie o abusive ex art. 33 ss. cod. cons. è al contrario considerata, dalla prevalente dottrina, come espressiva del divieto di abuso dell’autonomia contrattuale in generale¹⁹²; e la tendenza è condivisa dalla giurisprudenza, anche di legittimità, come documenta l’affermazione ricorrente secondo cui “*la ragione della normativa posta dal D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 e segg. ... è quella di garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto negoziale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziatesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale*”¹⁹³, “*nella fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto*”¹⁹⁴.

¹⁹¹ Su tale articolo, introdotto dall’art. 22, L 7-7-2009, n. 88, ritorneremo, dal momento che, regolando la cooperazione tra le autorità nazionali per la tutela dei consumatori, ha una rilevante portata sistematica.

¹⁹² Cfr. ad esempio: F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 663 testo e nota 2; F. DI MARZIO, *Teoria dell’abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681 ss.; G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625 ss.; S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all’Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 ss.; ID., *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, *ivi*, p. 91 ss.; P. SIRENA, *L’integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787 ss.; L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno, III, Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 547.

¹⁹³ Cfr. *ex multis* Cass., 30-4-2012, n. 6639, che cita i precedenti Cass., 20-3-2010, n. 6802; Cass., 18-20-2010, n. 21379, ai quali si può aggiungere tra le tante Cass. (ord.), 20-8-2010, n. 18785, tutte per esteso in banca dati *Leggi d’Italia*.

¹⁹⁴ Questa la precisazione di Cass. (ord.), 26-9-2008, n. 24262, per esteso in banca dati *Leggi d’Italia*. In dottrina si era già parlato di tipizzazione “in negativo” del contenuto del contratto, alludendo al fenomeno dell’espunzione dal contratto di clausole vietate perché abusive; così G. GITTI, F. DELFINI, *Autonomia contrattuale e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 472 ss..

E' invece notoriamente controverso se la disciplina in esame possa essere utilizzata solo come base del divieto di abuso del diritto nei rapporti tra professionista e consumatore o possa piuttosto essere accostata alle altre ipotesi di abuso, presenti fuori dal contesto dei rapporti di consumo, per costruire una categoria più generale relativa a tutta la materia contrattuale o almeno a taluni ambiti o settori contrattuali: segnatamente quello del c.d. «terzo contratto» o del c.d. «contratto asimmetrico». Volendo fissare un punto fermo, entro questo complesso dibattito su cui ritorneremo più oltre¹⁹⁵, due sono le tendenze principali in ordine al divieto di abuso del diritto: l'una volta a sdoppiare la figura, configurandola diversamente nei rapporti di consumo e nei rapporti di impresa; l'altra volta per contro a unificare le manifestazioni di abuso nei rapporti tra professionista e consumatori e nei rapporti tra imprenditori connotati da (accentuata) asimmetria o disparità di forza negoziale e/o economica. Le soluzioni proposte sul piano della fattispecie, così come sul piano dei rimedi, ruotano attorno a visioni più o meno liberali oppure paternaliste dell'autonomia contrattuale e del suo concreto esercizio da parte dei privati e a conseguenti diverse letture della disciplina in esame, più o meno focalizzate sul consumatore come parte debole del rapporto anziché protagonista della domanda di mercato, più o meno funzionali a perseguire l'obiettivo della giustizia o equità dei rapporti contrattuali, anziché quello della concorrenza o efficienza economica, etc.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Cfr. *infra* Cap. 3, spec. § 3.1, 3.4 e 3.5, al quale rinviamo anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

¹⁹⁶ A titolo paradigmatico si vedano le diverse concezioni di G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit. che come formula riassuntiva del diritto dei contratti dei consumatori propone quella della "illiceità per violazione dell'ordine pubblico economico di protezione"; G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., pp. 58-60, secondo cui la disciplina delle clausole abusive ha uno scopo che trascende la protezione di una delle due parti: tutelando il consumatore, si vuole evitare che il professionista sfrutti le sue condizioni di inferiore informazione e imponga clausole contrattuali idonee a creare vantaggi anticoncorrenziali; S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 281 ss. che propone di estendere la *ratio* protettiva del diritto dei consumatori e quindi "uno svolgimento del diritto comune patrimoniale in funzione integrativa/correttiva" con un regime di tutela modellato sulla qualità subiettiva delle parti contrattuali. Questa seconda posizione s'inscrive generalmente, anche se non sempre nell'orientamento dottrinale poc'anzi accennato volto a dare autonomia e dignità teorica al c.d. terzo contratto o, secondo altra dizione e impostazione, al c.d. contratto asimmetrico. Sintetizza questa linea di tendenza in seno anche al diritto europeo ad es. V. ROPPO, *Prospettive del diritto europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.

Molte ambiguità di codesto dibattito possono essere dissipate considerando alcune direttrici della legislazione e della prassi giurisprudenziale, specie, europea. Limitandoci a qualche cenno tratto dalle vicende più recenti, in primo luogo, come dimostra sia la Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, sia la Proposta dell'11 ottobre 2011 di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per un diritto comune della vendita (c.d. CESL) la disciplina sulle clausole abusive s'inserisce in un contesto normativo sì volto al conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori, ma tale protezione non è fine a sé stessa e funzionale a implementare superiori esigenze di giustizia correttiva o di redistribuzione della ricchezza, bensì uno strumento per promuovere l'esistenza di un effettivo mercato interno concorrenziale che funzioni correttamente, secondo la logica della competitività tra imprese, senza essere falsato da barriere di ordine giuridico. A conforto di questa lettura della disciplina si può ricordare la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) la quale di recente ha ad esempio affermato che *“l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che consente al giudice nazionale, nel caso in cui accerti l'esistenza di una clausola abusiva inserita in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di rivedere il contenuto di detta clausola invece di escluderne semplicemente l'applicazione nei confronti di quest'ultimo”*¹⁹⁷. La disciplina delle clausole abusive non serve e non può essere utilizzata per integrare e rivedere il contenuto del contratto. Oltre a ciò, lo squilibrio rilevante riguarda i diritti e gli obblighi (c.d. squilibrio normativo e non economico), e il controllo dell'abusività delle clausole, anche amministrativo e in capo al Ministero dello sviluppo economico (cfr. art. 144-*bis* cod. cons.)¹⁹⁸, si salda con l'opera delle *Authorities* incaricate di sorvegliare e regolare i mercati in ottica pro-concorrenziale.

¹⁹⁷ Cfr. CGUE Sez. I, 14-6-2012, nella causa C-618/10, nel procedimento *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, per esteso reperibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu>.

¹⁹⁸ Per un inquadramento v. ad es. T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, p. 638 ss.

In questo senso, ricordando le parole di L. Mengoni¹⁹⁹, *“il giudice non è qui assistito (...) da una direttiva legale che lo rinvia a parametri etico-sociali di valutazione. (...) la clausola dovrà essere apprezzata nel quadro generale della programmazione imprenditoriale dei costi e della correlativa politica dei prezzi, con riferimento a modelli di analisi economica circa l’interazione tra la ripartizione dei rischi relativi all’esecuzione del contratto e livello dei prezzi di vendita, tenuto conto eventualmente (...) anche di indagini di mercato sulle preferenze dei consumatori”* e avendo *“riguardo alle circostanze del caso concreto: si pensi, ad esempio, a una congiuntura del mercato delle materie prime”* che giustifica, sul piano della *“razionalità materiale”*, determinate clausole sulla distribuzione dei rischi.

La disciplina delle clausole abusive è istruttiva, oltre per il ruolo sistematico appena accennato, anche per numerosi profili operativi. Posto che esula dal presente lavoro una disamina analitica della disciplina in questione, vi faremo solo brevi cenni. Anzitutto, la disciplina delle clausole abusive pone il problema del collegamento e della distinzione tra abuso e buona fede, considerato che, ai sensi dell’art. 33, co. 1, *“si considerano vessatorie [i.e. abusive] le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”*. Inoltre, la disciplina in argomento delinea due modalità alternative di regolazione dell’abuso: in base a una analitica tipizzazione di ipotesi abusive (l’elenco delle clausole di cui all’art. 33, co. 2; v. anche art. 36, co. 2) oppure in base a una fattispecie unitaria di abuso incentrata su una clausola generale come il *“significativo squilibrio”* (art. 33, co. 1). Inoltre, sempre sul piano della fattispecie, la disciplina reca una serie di parametri (in positivo e in negativo) di abusività (cfr. art. 34, tra cui particolare rilievo, come noto, ha l’elemento della trattativa individuale che, per la giurisprudenza, dev’essere individuale, seria ed effettiva). Ancora, essa mostra che, a seconda che le asimmetrie e le disparità siano o meno connaturate a un certo ambiente negoziale, l’abuso può essere configurato come situazione che ricorre in presenza di astratte condizioni oggettive o status soggettivi, utilizzando presunzioni o quantomeno valutazioni *prima facie*, ovvero come situazione che richiede in ogni caso un

¹⁹⁹ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, cit., p. 547.

accertamento individualizzato in concreto sulla base dei fatti di causa²⁰⁰. Oltre a ciò, sul piano processuale-probatorio, l'accertamento dell'abuso può essere lasciato alle regole generali sull'onere della prova in materia contrattuale o piuttosto accompagnarsi a una particolare regolazione e distribuzione dell'onere della prova (cfr. art. 33, co. 2 e 34). A tutto ciò, si aggiunge una specifica disciplina sul piano dei rimedi (cfr. art. 36). Tutti questi profili concorrono a delineare l'abuso del diritto, nella dimensione sia sostanziale che processuale, e dunque ciascuno è un elemento che la legge o, in mancanza, la giurisprudenza e la dottrina devono considerare e regolare. Come vedremo, la legge per lo più detta discipline solo parziali, omettendo ad esempio di individuare in talune ipotesi i criteri di accertamento oppure i rimedi.

La disciplina delle clausole abusive ha una portata paradigmatica rispetto allo sviluppo della figura dell'abuso del diritto in materia contrattuale anche per la sua pervasività. La giurisprudenza sulle clausole abusive è infatti estremamente copiosa e si è pronunciata su un'ampissima tipologia di clausole²⁰¹, contratti singolarmente negoziati²⁰² e anche atti

²⁰⁰ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno, III*, cit., 1998, p. 545 propende per la tesi che nel caso di specie non si abbia una presunzione in senso tecnico per cui dalla presenza della clausola abusiva (fatto-fase) si inferisce un abuso di potere di mercato lesivo della buona fede, bensì piuttosto si sia in presenza di una valutazione *prima facie* di abusività, sottoposta al sindacato di ragionevolezza. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 19, osserva che la logica impiegata a tutela del consumatore imperniata sull'asimmetria presunta o implicita nella diversità dei ruoli e nelle modalità unilaterali della contrattazione, trasferita al diverso ambito dei contratti tra imprese appare difficilmente utilizzabile: a essa propone di sostituire criteri e modalità di controllo della asimmetria in concreto capaci di ricostruire e valutare, caso per caso, la specificità dell'operazione negoziale.

²⁰¹ A livello statistico si può registrare una massiccia giurisprudenza anzitutto in tema di foro del consumatore *ex art. 33, co. 2, lett. u)*. Tra le pronunce più recenti che hanno affrontato alcuni profili specifici v. ad es.: Cass. (ord.), 9-6-2011, n. 12685 in banca dati *Leggi d'Italia*, secondo cui il foro *ex art. 33, co. 2, lett. u)*, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, prevale su quello di cui all'art. 637, co. 3, c.p.c.; Cass. (ord.), 20-8-2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, p. 99 ss., con nota di FARNETI, secondo cui si applica la disciplina del c.d. foro del consumatore al contratto concluso dalla persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale, ancorché dotata di specifiche competenze nell'ambito negoziale oggetto del contratto, al punto da predisporre unilateralmente il testo, salvo che il professionista provi che la clausola di deroga alla competenza territoriale è stata oggetto di trattativa e comunque non sia vessatoria; Cass. (ord.), 20-3-2010, n. 6802, in *Foro it.*, I, 2010, col. 2442 ss., secondo cui, in difetto di prova della trattativa e di prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla anche ove il foro indicato come competente coincida con uno dei fori previsti dal codice di rito.

unilaterali (come ad esempio la proposta irrevocabile)²⁰³. Peraltro la pervasività della disciplina in questione non si manifesta solo nelle applicazioni giurisprudenziali e nelle prassi contrattuali (si pensi alla contrattualistica bancaria attualmente in uso, che risulta in buona misura depurata da clausole vessatorie rispetto a quella anteriore alla disciplina *de qua*), ma si manifesta anche sul piano della legislazione soprattutto per il tramite di norme di leggi speciali che ne estendono l'applicazione ad altri settori²⁰⁴.

Inoltre, come insegna la prassi giurisprudenziale, accanto all'abuso del professionista, nulla esclude la possibilità di abusi anche da parte dei consumatori. Si possono ricordare alcuni

(continued...)

²⁰² Ad esempio: contratti di prestazione d'opera professionale, inclusa quella medica, o contratti di appalto privato, per es. aventi ad oggetto lavori di ristrutturazione, etc.

²⁰³ A proposito di una proposta irrevocabile contenente una clausola abusiva ex art. 33, co. 2, lett. e), Cass., 30-4-2012, n. 6639, in banca dati *Leggi d'Italia* afferma che “*il termine contratto nella disciplina delle clausole vessatorie, essendo sostanzialmente sinonimo di operazione economica negoziale, comprende anche i negozi tra vivi a contenuto patrimoniale, inclusa la proposta irrevocabile; e siccome non rileva il ruolo che le parti hanno assunto nel procedimento diretto alla formazione del contratto, la circostanza che il consumatore abbia riprodotto nella sua proposta lo schema redatto dal professionista non esclude che, in presenza degli altri presupposti di applicabilità della disciplina, l'operazione negoziale possa essere sindacata nell'interesse del consumatore stesso*”.

²⁰⁴ Cfr. ad es. art. 126-*sexies* TUB sullo *ius variandi* in relazione ai contratti quadro relativi a servizi di pagamento e alle operazioni di pagamento (cfr. A. MIRONE, *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita not.*, 2011, p. 651 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: note per una lettura sistematica*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 358-365); art. 2, co. 2, D.Lgs. 24 marzo 2011, n. 48 di attuazione della direttiva 2009/44/CE che modifica la direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli e la direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria per quanto riguarda i sistemi connessi e i crediti, che modifica l'art. 2 d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 aggiungendo i seguenti commi: “*2-bis. Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai crediti per i quali il debitore è un consumatore ..., salvo i casi in cui il beneficiario della garanzia o il datore della garanzia di tali crediti sia uno degli enti di cui all'articolo 1, comma 1, lettera d), numero 2). 2-ter. Fatto salvo il divieto di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori previsto dalla direttiva 93/13/CEE, e dal decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, i debitori dei crediti possono rinunciare per iscritto: a) ai diritti di compensazione nei confronti dei creditori del credito e nei confronti delle persone a cui il creditore ha ceduto, impegnato o altrimenti mobilizzato il credito come garanzia; b) ai diritti derivanti da norme sul segreto bancario che impedirebbero o limiterebbero la capacità del creditore del credito di fornire informazioni sul credito o sul debitore ai fini dell'utilizzo del credito come garanzia*”; Accordo euro-mediterraneo del 15 dicembre 2010 nel settore del trasporto aereo tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da un lato, e il Regno hascemita di Giordania, dall'altro, ratificato con L. 2 febbraio 2012, n. 8, il cui Allegato III tra le *Norme applicabili all'aviazione civile* include quelle a tutela dei consumatori di cui alla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993.

casi in cui i giudici nazionali ed europei sono stati chiamati a dirimere liti in cui veniva dedotto un abuso del consumatore in danno del professionista, anziché viceversa.

In un caso deciso dalla giurisprudenza tedesca, un consumatore, di fronte a una vettura d'occasione, offerta da un autosalone a un prezzo particolarmente conveniente, ma solo alle imprese e non ai consumatori, affermava la sua qualità di imprenditore e l'inerenza dell'acquisto alla propria attività professionale, procedendo indi a stipulare il relativo contratto, per poi tuttavia pretendere l'esercizio dei diritti di garanzia previsti in favore dei consumatori. I giudici hanno respinto la pretesa affermando che il cliente intendeva abusare della sua qualità di consumatore per ottenere una prestazione non dovuta²⁰⁵.

In un altro caso, un consumatore recedeva da una vendita a distanza dopo 11 mesi dalla stipula con la giustificazione che il venditore non aveva adempiuto nei suoi confronti agli obblighi informativi cui era tenuto. Il caso dà luogo a un rinvio pregiudiziale alla CGCE (oggi CGUE) in cui si discute dell'eventuale indennità dovuta dal consumatore al professionista per avere comunque utilizzato e goduto del bene prima del recesso. La Corte afferma che *“[l]’art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, della direttiva (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, dev’essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale preveda in modo generico che il venditore possa chiedere al consumatore un’indennità per l’uso di un bene acquistato tramite un contratto a distanza nel caso in cui quest’ultimo ha esercitato il suo diritto di recesso entro i termini. Tuttavia, questo stesso articolo non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di un’indennità per l’uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l’arricchimento senza giusta causa, a condizione che non venga pregiudicato il fine della detta direttiva e, in*

²⁰⁵ BGH 22-12-2004, NJW, 2001, p. 1045 ss., citata da R. CALVO, *Il valore del precedente extra statale nell’interpretazione della disciplina interna sulle vendite al consumo*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 292 ss.; F. ASTONE, *L’abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all’esercizio dell’attività contrattuale*, cit., p. 12.

particolare, l'efficacia e l'effettività del diritto di recesso, ciò che spetta al giudice nazionale determinare"²⁰⁶.

Non si deve insomma piegare lo strumento del recesso per godere di un bene o servizio per il tempo che interessa e, in sostanza, in maniera gratuita.

Una giurisprudenza di merito si è confrontata col diverso caso di un consumatore che recede dalla compravendita di un elettrodomestico conclusa al suo domicilio senza però poter restituire il bene che era stato inviato al centro assistenza per la riparazione di un componente²⁰⁷. Nella specie, il giudicante aderisce alla tesi che il "*diritto di recesso riconosciuto al consumatore quale manifestazione di un pentimento*" ha "*carattere incondizionato e discrezionale*" e non è "*sottoposto al limite dell'abuso del diritto*" e, pur affermando che il divieto di abuso del diritto è "*espressione del più generale dovere di buona fede, quale obbligo di salvaguardare gli interessi della controparte*", approda alla conclusione che il diritto di recesso in questione non può "*trovare alcun ostacolo anche nel caso in cui fosse dimostrata la (...) pretesa mala fede nell'esercitarlo*". A parere del tribunale, unica condizione per l'esercizio del recesso *ex art. 67 cod. cons.* è la sostanziale integrità del bene da restituire, che deve conservare l'utilità iniziale. In definitiva, perciò, escluso in linea di principio un esercizio abusivo del recesso, va non di meno valutato in fatto, ossia in relazione alle circostanze del caso e alla natura e alle caratteristiche del bene, se quest'ultimo sia stato utilizzato dal consumatore secondo diligenza ovvero in modo anomalo (abusivo).

Questa posizione ostativa a un sindacato di abuso dei diritti potestativi (nella specie, il recesso) di cui è titolare un consumatore può essere considerata isolata nel panorama giurisprudenziale attuale. In relazione a un caso in cui un investitore eccepiva la nullità del contratto quadro che nell'originale prodotto in giudizio non recava la sottoscrizione dell'investitore stesso, una giurisprudenza di merito, pur rilevando che nella specie si

²⁰⁶ Cfr. CGCE, Sez. I, 3-9-2009, nella causa C-489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*, per esteso reperibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu>.

²⁰⁷ Cfr. Trib. Roma, sez. III, 3-5-2010, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*, dalla cui motivazione sono tratte anche le citazioni seguenti.

verteva in un'ipotesi di nullità *ex art. 23 TUF* suscettibile di essere fatta valere solo dall'investitore, d'altro canto statuiva che l'investitore non può però pretendere di trarre conseguenze selettive dalla propria domanda di nullità poiché tale comportamento costituisce un abuso del diritto in danno della controparte professionale²⁰⁸.

Anche la Cassazione ha riconosciuto in linea di principio che l'esigenza di tutela del consumatore non può trasmodare in un abuso a danno dell'operatore professionale: per esempio in relazione a una richiesta di risarcimento danni da c.d. «vacanza rovinata» è necessario verificare la gravità della lesione dell'interesse e il superamento di una soglia minima di tollerabilità, per scongiurare richieste di risarcimento per disagi e fastidi minimi, che, avuto riguardo alla causa in concreto del contratto, costituirebbero un abuso della tutela accordata al consumatore/creditore in danno del debitore²⁰⁹.

Da ultimo va ricordato il noto caso *Caja de Ahorros Monte de Piedad de Madrid c. Asociación Usuarios Servicios Bancarios* in cui la CGUE ha affermato che “*gli artt. 2 CE, 3, n. 1, lett. g), CE e 4, n. 1, CE non ostano ad un'interpretazione degli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva secondo la quale gli Stati membri possono adottare una normativa nazionale che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile.*”²¹⁰. La decisione in questione è stata criticata in ragione del fatto che essa aprirebbe il varco ad abusi dei propri diritti da parte dei consumatori in danno dei professionisti tramite un eccesso di protezione e un libero e incontrollato sindacato giudiziale anche sull'oggetto del contratto²¹¹. La Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011

²⁰⁸ Cfr. Trib. Torino, sez. I, 7-3-2001, in *www.ilcaso.it*, citato da C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 9 ss.

²⁰⁹ Cfr. Cass., 11-5-2012, n. 7256, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

²¹⁰ CGUE, 3-6-2010, n. 484/08, reperibile per esteso all'indirizzo <http://curia.europa.eu>.

²¹¹ Così A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, p. 880 ss.

sui diritti dei consumatori²¹² contempla questo rischio ove al considerando (62) afferma che la Commissione deve prestare particolare attenzione alle possibilità concesse agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni nazionali specifiche concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori di cui alla Dir. 93/13/CEE affinché non si generino “*barriere al mercato interno*”. Qualora ciò avvenga la Commissione è sollecitata a formulare una proposta per rimediarvi. L’art. 32 della Direttiva 2011/83/UE modifica la Dir. 93/13/CEE inserendo l’art. 8-*bis* che impone agli Stati membri di informare la Commissione in particolare quando essi introducono o modificano disposizioni che “*estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all’adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure - contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive*”. Queste previsioni s’inseriscono nella costruzione del c.d. ordine pubblico economico europeo e cioè un *acquis* comune in cui la tutela del consumatore è uno dei fattori per lo sviluppo e il buon funzionamento del mercato unico.

2.3.1.2 L’abuso di dipendenza economica

Il secondo luogo normativo considerato espressivo del divieto di abuso dell’autonomia contrattuale – in questo caso, con specifico riguardo ai rapporti d’impresa – è l’abuso di dipendenza economica ai sensi dell’art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192²¹³. Il comma 3-*bis* della

²¹² Come noto, essa modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

²¹³ Entro una letteratura molto ampia, vedi ad esempio le seguenti opere: G. AMADIO, *L’abuso dell’autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, suppl. 2006, p. 255 ss., il quale osserva a p. 257 che l’espressione del legislatore “abuso di dipendenza economica” è diventato ben presto nel linguaggio della dottrina “abuso dell’autonomia contrattuale”; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss., a p. 725 scrivono di una “*clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali tra imprese*”; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 789 ss.; G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un’analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004; M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; PH. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006; R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004; S. PAGLIANTINI, *L’abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*,

disposizione è stato da ultimo così modificato²¹⁴: “*Ferma restando l’eventuale applicazione dell’articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi 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. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l’abuso si configura a prescindere dall’accertamento della dipendenza economica*”. Di questo secondo periodo ci occuperemo trattando della disciplina del ritardo dei pagamenti. Il primo periodo invece conferma la tesi, già avanzata in maniera convincente da una parte della dottrina, secondo cui l’abuso di dipendenza economica può avere unicamente rilevanza micro-economica, cioè risolversi come fenomeno giuridico-economico nell’ambito della relazione tra l’impresa fornitrice e l’impresa cliente, ma può avere rilevanza macro-economica nella misura in cui abbia per effetto di falsare o ridurre la concorrenza²¹⁵. La disciplina relativa all’abuso di dipendenza economica e quella relativa all’abuso di posizione dominante sono discipline concorrenti, non alternative, che possono regolare, da punti di vista differenti e dunque con diversi strumenti, uno stesso fenomeno economico. Si è del

(continued...)

in Aa.Vv., *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455 ss.; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., pp. 54-57 e 61 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, cit., p. 529, che individua tra l’abuso di dipendenza economica e abuso del diritto un rapporto di specie a genere, sicché, per l’A., ove risultino integrati gli estremi della legge speciale sulla subfornitura è a questa, e non al principio generale del divieto di abuso del diritto, che si deve fare riferimento.

²¹⁴ Cfr. art. 11, L. 5 marzo 2001, n. 57 come successivamente modificato dal comma 2 dell’art. 10, L. 11 novembre 2011, n. 180, a decorrere dal 15 novembre 2011, ai sensi di quanto disposto dal comma 1 dell’art. 21 della stessa L. n. 180/2011.

²¹⁵ In giurisprudenza vedi ad es. Trib. Torino, sez. III, 8-11-2006, per esteso in banca dati *Leggi d’Italia*, secondo cui è perfettamente configurabile un abuso di dipendenza economica lesivo della concorrenza e del mercato dal momento che la disciplina antitrust di cui alla l. 287/1990 si concilia perfettamente con la possibilità di un eccessivo squilibrio nei rapporti intercorrenti tra committente e subfornitore.

resto osservato che vi è corrispondenza fra le ipotesi di abuso di dipendenza economica tipizzate dal legislatore nazionale e quelle di abuso di posizione dominante di derivazione europea²¹⁶.

Come noto, l'abuso di dipendenza economica è parte della disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Si tratta di una disciplina che introduce una serie di restrizioni e di cautele (l'obbligo di conclusione del contratto in forma scritta, la previsione di termini massimi di pagamento, la possibilità di ottenere un decreto ingiuntivo esecutivo oltre, appunto, alla tutela contro l'abuso di dipendenza economica) che rispondono alla finalità di protezione di una determinata categoria di operatori economici²¹⁷.

Ciò non di meno, l'ambito di applicazione dell'istituto di cui all'art. 9 l. 192/1998 non è circoscritto alla fattispecie della subfornitura (fattispecie peraltro transtipica, che cioè non individua né può essere fatta coincidere un particolare tipo o schema contrattuale)²¹⁸. Sulla questione, su cui molto si è discusso in dottrina e non sono mancati contrasti in giurisprudenza²¹⁹, sono intervenute di recente le Sezioni Unite della Cassazione statuendo

²¹⁶ Ai sensi dell'art. 9, co. 1 e 2, l. 192/1998 “*Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.*” Ai sensi dell'art. 102 TFUE, ex art. 82 TCE, “*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*” Del tutto simile è l'art. 3, l. n. 287 del 1990.

²¹⁷ La tesi, ampiamente evidenziata in dottrina, è condivisa dalla giurisprudenza, talvolta anche in modo esplicito: Trib. Taranto (ord.), 22-12-2003, in *Foro it.*, 2004, I, col. 262.

²¹⁸ Sulle nuove tecniche di tipizzazione del legislatore contemporaneo restano un punto di riferimento le riflessioni di G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 635 ss.

²¹⁹ Per una ricostruzione della discussione vedi ad es. M. RUVOLO, *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale ed abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 599 ss. Tra le pronunce più recenti orientate in senso restrittivo si può ricordare Trib. Roma, 17-3-2010, in *Danno e resp.*,

che, “*in armonia con*” le posizioni “*elaborate dalla dottrina*”, “*l’abuso di dipendenza economica di cui all’art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall’esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un’impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l’abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine ‘cliente’ che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998. Poiché l’abuso in questione si concretizza nell’eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell’ambito di ‘rapporti commerciali’, esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant’è che il comma terzo dell’art. 9 cit. statuisce la nullità del ‘patto che realizza l’abuso’ di dipendenza economica*”²²⁰.

L’abuso di dipendenza economica è una fattispecie declinata in termini fattuali che denota una certa situazione o fenomeno sul piano economico. Il che tuttavia non esclude un abuso del diritto come posizione giuridica²²¹.

In primo luogo, infatti, l’abuso si sostanzia o nell’esercizio di un comportamento sleale od opportunistico nella fase precontrattuale che ha come effetto la stipulazione di un contratto squilibrato o nell’esercizio di diritti derivanti dal contratto che determinano nella fase di esecuzione un eccessivo squilibrio in danno dell’impresa cliente. Gli eccessivi squilibri che integrano l’abuso di dipendenza economica possono essere anche originari, cioè preesistenti

(continued...)

2010, p. 1175, con nota di COLANGELO, per il quale la disciplina dell’abuso di dipendenza economica non è applicabile a rapporti contrattuali differenti dalla subfornitura produttiva. *Ex multis*, in precedenza ricordiamo: Trib. Bari, (ord.), 2-7-2002, in *Foro it.*, 2002, I, col. 3208; Trib. Taranto, 17-9-2003, in *Foro it.*, 2003, I, col. 3440; Trib. Taranto (ord.), 22-12-2003, cit.; Trib. Roma (ord.), 5-11-2003, *Autofur s.r.l c. Renault Italia s.p.a.*; Trib. Roma, 29-7-2004, *Home Shopping Europe c. Sky Italia*; Trib. Catania (ord.), 5-1-2004, in *Foro it.*, 2004, I, col. 262.

²²⁰ Cass. S.U., (ord.), 25-11-2011, n. 24906, per esteso in banca dati *Leggi d’Italia*.

²²¹ Pare invece orientata in tale senso una parte della dottrina: cfr., ad es., G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 21; nonché G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 705-706.

al contratto e inerenti al contesto di mercato di riferimento in cui dovrà essere eseguito²²². Posto che la disciplina dà rilevanza non al singolo contratto ma alle relazioni commerciali, comunque formalizzate, tra le imprese, un profilo critico è come distinguere, ad es., un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto attraverso un rifiuto di vendere da un normale recesso ingiustificato dalle trattative²²³.

In secondo luogo l'abuso, secondo la legge, consiste nell'“*eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi*”. Un parametro per concretizzare questa nozione, cioè per stabilire quando vi è squilibrio e quando esso è eccessivo, è quello della esistenza di alternative di mercato. Parte della dottrina valorizza il requisito tanto da considerarlo requisito sia necessario che sufficiente, sicché l'abuso di dipendenza economica sarebbe integrato dall'approffittamento dell'assenza di alternative indotta da investimenti specifici²²⁴. In realtà, la normativa prevede ipotesi tipiche di abuso, lasciando però spazio a ipotesi atipiche di abuso²²⁵. Vi possono perciò essere altre modalità per sottrarre all'impresa dipendente utilità ulteriori rispetto a quelle che spettano in base al contratto e una libera contrattazione. D'altra parte, l'applicazione della norma non può giungere sino a inibire la libertà di scelta sul chi contrarre²²⁶; né può impedire all'impresa non dipendente di cambiare politica commerciale e/o di *marketing* se non quando l'impresa dipendente si sia emancipata²²⁷. La possibilità di (reali) alternative commerciali per l'impresa cliente è un parametro elastico che rinvia al mercato di riferimento e alla situazione contingente nella quale l'impresa cliente si trova in conseguenza della dipendenza: deve trattarsi non di una mera possibilità, astratta e ipotetica, ma di un'opportunità concreta di mercato, il che nell'ottica della concorrenza stimola l'ingresso degli operatori più efficienti e l'uscita di quelli meno efficienti.

²²² Cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 526.

²²³ Cfr. ad es. G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 253 ss., spec. p. 263.

²²⁴ Vedi R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto ed il mercato*, cit., p. 111 ss.

²²⁵ Cfr. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 672 ss.

²²⁶ Così G. AGRIFOGLIO, *ult. op. cit.*, p. 265.

²²⁷ Così L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., p. 835 nota 4.

L'abuso di dipendenza economica prende in considerazione l'attività contrattuale non come operazione economica singola, ma collegata in una rete e collocata in un mercato. La rilevanza della catena produttiva impone di considerare i diritti e gli obblighi contrattuali considerando il contratto non come atto in una dimensione statica e avulso dal contesto, bensì come operazione in una dimensione dinamica ed entro una filiera o rete di relazioni commerciali.

A dispetto dell'ampia attenzione della dottrina si sottolinea sovente che la casistica sull'abuso di dipendenza economica è numericamente circoscritta. Nondimeno da essa si traggono significativi insegnamenti in merito alle circostanze che di fatto integrano o meno un abuso.

Tipica manifestazione di abuso del diritto, *sub specie* di dipendenza economica, è l'esercizio appunto abusivo del recesso, ad esempio ove esso sia finalizzato a ottenere con la controparte una rinegoziazione a condizioni ben più gravose delle precedenti²²⁸. In presenza di una situazione di dipendenza economica, perché ad esempio il contratto prevede a carico dell'impresa dipendente obblighi di formazione del personale, di rispetto di *standard* di assistenza, controlli sulla promozione dei prodotti etc., e quindi investimenti dedicati, di ordine finanziario e in termini di risorse umane e di tempo, si è affermato che, l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'impresa dominante, per non essere abusivo, deve trovare effettiva giustificazione in necessità aziendali o deve essere accompagnato da un rimborso, almeno parziale o frazionario, degli investimenti ai quali l'impresa dipendente è obbligata o prevedere un termine di preavviso congruo, tale da consentirle di reperire alternative commerciali che rendano recuperabili i costi predetti²²⁹. Una giurisprudenza di merito ha escluso che si possa invocare l'abuso di dipendenza economica nella situazione in cui l'impresa fornitrice e produttrice dei beni trasportati dall'impresa cliente interrompe improvvisamente i rapporti commerciali con la controparte e quest'ultima non si trovi in

²²⁸ Cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 528.

²²⁹ Cfr. Trib. Torre Annunziata-C. Stabia, 30-3-2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 341 ss., con nota di BOSO CARETTA.

relazione di integrazione verticale e disponga di alternative soddisfacenti sebbene fuori del settore merceologico dove essa opera²³⁰.

Un'altra fattispecie sottoposta all'attenzione della giurisprudenza riguarda l'esercizio, da parte dell'impresa concessionaria e produttrice dei beni, della facoltà a lei attribuita da una clausola del contratto di concessione di vendita di nominare altri concessionari in prossimità di una delle sedi della controparte²³¹. Per la giurisprudenza, in linea di principio non si può escludere che la nomina del nuovo concessionario integri in concreto gli estremi dell'abuso di dipendenza economica nei confronti di quello già operante. Occorre tuttavia valutare se la nuova nomina sia o meno improntata ai più rigorosi canoni di buona fede e correttezza che imporrebbero di instaurare un effettivo confronto con il primo concessionario sulle potenzialità del mercato territoriale di riferimento e sulle ragioni per cui sarebbe effettivamente necessario, per migliorare la distribuzione del prodotto, l'ampliamento della rete di vendita secondo modalità che interferiscono sul concessionario già operante. Nel caso in cui la strategia dell'impresa produttrice appaia, *prima facie*, abusiva alla stregua della suindicata verifica ed esponga il primo concessionario al pericolo attuale di non riuscire a remunerare gli investimenti effettuati, non può comunque essere accolta la domanda cautelare di quest'ultimo volta a ripristinare lo *status quo ante* all'abuso, perché il provvedimento che ordinasse al produttore di attivarsi per porre nel nulla il contratto col secondo concessionario incide sulla posizione giuridica di un terzo estraneo al rapporto in relazione al quale si è verificato l'abuso.

Il ripristino della situazione precedente all'abuso può invece essere accordata se non incide sulla posizione di terzi come nel caso dell'impresa subfornitrice, in stato di dipendenza economica, che lamenta un abuso consistente nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali da parte del suo unico committente, alla quale è riconosciuta tutela anche in via

²³⁰ Cfr. Trib. Forlì, 27-10-2010, in *Foro it.*, 2011, I, col. 1578.

²³¹ Cfr. Trib. Torino, 12-3-2010, in *Foro it.*, 2011, I, col. 271, con nota di PALMIERI.

cautelare ordinando alla controparte di mantenere in vita il rapporto commerciale secondo la scadenza naturale pattuita *inter partes*²³².

Analogamente, la giurisprudenza considera arbitrario (abusivo) il rifiuto di vendere la merce commissionata che sia opposto da un produttore a un rivenditore al dettaglio, tra cui sussiste un consolidato rapporto commerciale e che venga formalizzato quando ormai non è più possibile, per il rivenditore, reperire in tempo utile sul mercato una valida alternativa. Se a seguito del rifiuto l'immagine sul mercato dell'impresa cliente rischia di essere compromessa dall'indisponibilità di quegli specifici beni, va ordinato al fornitore di consegnare immediatamente la merce richiesta, alle condizioni previste nella proposta di acquisto²³³.

E' eccessivamente gravoso e genera un abuso di dipendenza economica anche il patto o la clausola contrattuale che imponga all'impresa cliente, che abbia l'esigenza di spostare il proprio impianto, di rivolgersi solo all'impresa fornitrice, senza possibilità di contrattare i prezzi dei lavori e dei materiali, ove risulti che il patto o la clausola è stato di fatto imposto dall'impresa fornitrice. In un'ipotesi simile, può essere ordinato, anche in via cautelare, all'impresa fornitrice di effettuare gli interventi occorrenti per il trasferimento dell'impianto, salvo il suo diritto di ottenere il compenso nei tempi pattuiti dal contratto e quello del cliente di sindacare la congruità del corrispettivo²³⁴.

Va ricordato infine che secondo una parte della giurisprudenza vi può essere abuso di dipendenza economica solo nei rapporti di collaborazione commerciale tra imprese che

²³² Cfr. Trib. Catania-Bronte, 9-7-2009, in *Contratti*, 2010, p. 249 ss., con nota di DI BIASE.

²³³ Cfr. Trib. Bari (ord.), 6-5-2002, in *Foro it.*, 2002, I, col. 2178, con nota di A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*; e C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1066 ss., con nota di S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*; in *Danno e resp.*, 2002, p. 765 ss., con nota di B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche "rewriting" contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*; in *Giur. it.*, 2003, p. 724 ss., con nota di R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica «contrattuale»*; e in *Foro pad.*, I, 2003, p. 149 ss., con nota di R. SANTARELLI, *Abuso di dipendenza economica: cronaca di una sorte annunciata*; poi revocata da Trib. Bari, (ord.) 2-7-2002, in *Foro it.*, 2002, I, col. 3208, con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*.

²³⁴ Trib. Trieste, 21-9-2006, in *Foro it.*, 2006, I, col. 3513, con nota di PALMIERI.

determinano fenomeni di integrazione verticale in senso stretto cioè una dipendenza operativa delle rispettive attività d'impresa poste a diversi livelli dello stesso processo produttivo-distributivo. La fattispecie dell'art. 9 L. 192/1998 non potrebbe invece essere estesa alle ipotesi di dipendenza economica in cui non ricorre tale integrazione verticale. Questo aspetto sarebbe una differenza tra dipendenza economica e posizione dominante. A prescindere da ciò, su questa base si esclude di poter applicare la disciplina dell'art. 9 L. 192/1998 ad esempio al settore dei rapporti bancari e si è affermato che non possono considerarsi nulle, ex art. 9 l. n. 192/1998, intese intercorse tra una società "a monte" e una società operativa "a valle" dirette all'utilizzazione di risorse finanziarie acquisite da quest'ultima a beneficio della prima e delle altre società della filiera²³⁵.

2.3.1.3 Le clausole gravemente inique relative ai pagamenti nelle transazioni commerciali

La terza disciplina che all'unanimità è considerata espressiva del divieto di abuso del diritto in materia contrattuale (specie, nei rapporti d'impresa) è la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali²³⁶. Il testo normativo di riferimento oggi è il d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 che reca modifiche al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, per il recepimento della Dir. 2011/7/UE a norma dell'art. 10, co. 1, della l. 11 novembre 2011, n. 180²³⁷.

²³⁵ Cfr. Trib. Roma, 5-2-2008, in *Foro it.*, 2008, I, col. 2326 ss.

²³⁶ Tra le moltissime voci in tal senso cfr. ad es. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, V. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 39 e 41 nota (8); F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, cit., p. 14; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 257 testo e nota 10; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, p. 663 testo e nota 2; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, p. 623 ss.; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 1155 ss.

²³⁷ G.U. n. 267 del 15-11-2012. La data di entrata in vigore del provvedimento è il 30 novembre 2012.

Le disposizioni neo-introdotte, come quelle abrogate, non menzionano esplicitamente la figura dell'abuso. Il nuovo art. 7, per la parte qui rilevante, così dispone: *“1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. 2. Il giudice dichiara, anche d’ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento 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. 3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l’applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6”*²³⁸. Come l’art. 7, originario di attuazione della Dir. 2000/35/CE, anche il nuovo testo fa riferimento al parametro della «grave iniquità in danno del creditore» e criteri per determinare ove questa sussista dovranno essere, come nel passato, *“tutte le circostanze del caso”* (cfr. l’art. 7 originario diceva *“ogni ... circostanza”*). Sul punto, tra disciplina nuova e originaria, cambia solo la modalità espositiva e l’elenco di

²³⁸ Per comodità di analisi riportiamo l’abrogato art. 7, D.Lgs. 9-10-2002 n. 231 di attuazione della Dir. 2000/35/CE, il quale così disponeva: *“1. L’accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore. 2. Si considera, in particolare, gravemente iniquo l’accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l’accordo con il quale l’appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. 3. Il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità dell’accordo e, avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell’accordo medesimo”*. Quanto all’art. 8, co. 1, lett. a), la sostituzione non sposta i termini della questione in relazione al tema dell’abuso, considerato che il nuovo testo prevede *“a) 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”*, mentre quello abrogato prevedeva *“a) di accertare la grave iniquità, ai sensi dell’articolo 7, delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l’uso”*.

circostanze rilevanti esemplificative. Resta rilevante la “*natura della merce*” o dei “*servizi oggetto del contratto*”. Non si chiede più, espressamente, di tenere conto della “*condizione dei contraenti*” e dei “*rapporti commerciali tra i medesimi*”, bensì di aver riguardo alla eventuale “*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*”. Vengono meno le due specificazioni dell’originario secondo comma per cui si doveva considerare gravemente l’iniquo in particolare “*l’accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive*” avesse “*come obiettivo principale ... procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore*”, ovvero l’accordo col quale un “*appaltatore*” o fornitore “*principale*” imponesse ai (sub)fornitori “*termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto*” ai propri. Clausole contrattuali di questo contenuto oggi sono abusive stando ai considerando della Direttiva 2011/7/UE e, in base al nuovo art. 7, vanno considerate gravemente inique “*avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*”. Sul punto vi è una variazione rispetto al vecchio testo che faceva riferimento puramente alla “*corretta prassi commerciale*”. Il requisito aggiuntivo del “*grave scostamento*” potrebbe rendere più stretto l’accertamento, anche se è difficile dire se vi saranno differenze sul concreto piano operativo, posto che la legge continua a richiedere la «grave iniquità» e le clausole generali della correttezza, buona fede, equità sono notevolmente indeterminate lasciando ampia discrezionalità al giudice²³⁹.

Preme piuttosto sottolineare che sul piano dei rimedi il nuovo art. 7 non prevede più la facoltà alternativa per il giudice di “*applica[re] i termini legali ovvero ricondu[rr]e ad equità il contenuto dell’accordo*”, “*avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze*”. Oggi, come detto, “*si applicano gli articoli*

²³⁹ Anche l’art. 7, co. 1, lett. a) della Dir. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 richiede “*grave scostamento*” e così pure il considerando (28). Come osserva F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss., spec. p. 552, buona fede ed equità sono clausole generali tramite le quali, in coerenza con una prospettiva di tutela dell’equilibrio contrattuale a favore dei contraenti deboli, si può operare un “*giudizio correttivo dello strictum ius*”.

1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”, sicché vi è nullità parziale con sostituzione automatica dei termini di legge.

Ciò detto, numerosi indici normativi inducono a ritenere che la disciplina in questione sia tutta improntata, oggi più di ieri, al principio del divieto di abuso del diritto. Infatti, i principi e criteri direttivi della legge-delega mostrano precipua attenzione alla disparità di forza contrattuale tra operatori commerciali. La nuova disciplina deve contrastare gli “*effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese subcommittenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese*” (cfr. art. 10, co. 1, lett. a) l. 11 novembre 2011, n. 180)²⁴⁰. Inoltre, la medesima legge-delega, nell’introdurre un nuovo comma 3-*bis* all’art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, dispone che la “*violazione diffusa e reiterata della disciplina*” dei ritardi di pagamento, “*posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie*” configura di per sé un “*abuso*”, “*a prescindere*” dall’esistenza di “*dipendenza economica*” tra creditore e debitore (cfr. art. 10, co. 2, l. 11 novembre 2011, n. 180)²⁴¹.

Alla luce di questa *ratio legis* pare perdere rilievo la diatriba, sviluppatasi in seno alla dottrina civilistica, se la disciplina dei ritardi di pagamento presupponga solo la grave iniquità o anche l’asimmetria di potere tra le parti²⁴². L’alternativa, come noto, riflette due letture della disciplina in parola: l’una eminentemente protettiva della parte debole, l’altra mercantilista o pro-concorrenziale che vede nell’equità dei rapporti commerciali un presupposto per un equilibrato sviluppo del mercato²⁴³.

²⁴⁰ Conseguentemente l’AGCom è chiamata a procedere “*ad indagini e intervenire in prima istanza con diffide e irrogare sanzioni relativamente a comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese*” (cfr. art. 10, co. 1, lett. b), l. 11 novembre 2011, n. 180).

²⁴¹ E’ estesa anche a tale ipotesi la legittimazione ad agire delle associazioni di categoria di cui all’art. 4 d.lgs. 231/2002 e s.m. per la tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale e di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti e la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi.

²⁴² Cfr. ad es. G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ss., p. 289.

²⁴³ Ad es. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1697-1700, considera la disciplina *de qua* e in particolare il parametro della grave iniquità come emblematici di un indirizzo di politica del diritto orientato verso il mercato e l’accreditamento degli usi commerciali, anziché la moralizzazione dei rapporti economici. Sulla *ratio* pro-concorrenziale della disciplina sui ritardi di pagamento

Inoltre, già il 19° considerando della Dir. 2000/35/CE indicava come obiettivo della normativa “*proibire l’abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*”. La Dir. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 ai considerando (28) e (29) conferma che tale obiettivo e indica come obiettivo in prospettiva compiere “*maggiori sforzi per evitare l’abuso*” di tale libertà. Come già nella Dir. 2000/35/CE si precisa inoltre che “*quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l’obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso*” (cfr. cons. (28) Dir. 2011/7/UE). Come si ricordava poc’anzi il nuovo art. 7 non contempla più espressamente questa specificazione, che tuttavia rientra senza dubbio tra le ipotesi di grave iniquità e rappresenta anzi una chiave di lettura del divieto di abuso nel contesto dei patti sui termini e tassi di interesse dei pagamenti commerciali.

A differenza che nella disciplina delle clausole abusive nei rapporti di consumo, in cui rileva anzitutto lo squilibrio normativo, il divieto di abuso nei ritardi di pagamento nei rapporti commerciali riguarda uno squilibrio ingiustificato delle *condizioni economiche*: sono cioè abusive le clausole che trasferiscono, in maniera ingiustificata, il rendimento del denaro dall’uno all’altro contraente²⁴⁴.

(continued...)

nelle transazioni commerciali si veda anche M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Cedam, Padova, 2004 e E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 378-399.

²⁴⁴ Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 21.

2.3.2 Altre discipline di settore

2.3.2.1 I contratti di arruolamento e del personale di volo e noleggio

A differenza che nel Codice civile, nel Codice della navigazione ricorre espressamente la figura dell'abuso nella materia contrattuale ivi disciplinata.

Le fattispecie rilevanti riguardano abusi dell'arruolato e/o del comandante della nave ovvero dell'equipaggio dell'aeromobile, rispetto alla condotta cui costoro sono tenuti in base alla disciplina dei contratti di arruolamento ovvero di lavoro del personale di volo.

In relazione alla navigazione marittima, l'art. 335, rubricato "*Caricazione abusiva di merci*", così dispone: "*Il comandante e gli altri componenti dell'equipaggio non possono caricare sulla nave merci per proprio conto, senza il consenso scritto dell'armatore o di un suo rappresentante. L'arruolato, che contravviene al divieto del comma precedente, è tenuto a pagare il nolo in misura doppia di quella corrente nel luogo e alla data della caricazione per il medesimo viaggio e per merce della stessa specie di quella indebitamente imbarcata, senza pregiudizio del risarcimento del danno.*". Analogo è l'art. 906 nel contesto della navigazione aerea²⁴⁵.

Ai sensi di ambedue le norme, l'abuso consiste nell'esercizio in concreto di un diritto (quello di caricare merci per proprio conto) in assenza di un presupposto in astratto necessario per esserne titolari (il consenso dell'armatore/esercente). In simili casi, come noto, parte della dottrina preferisce parlare, anziché di abuso, di eccesso o di assenza del diritto. Sul piano operativo importano però più che queste disquisizioni terminologiche i rimedi. In questo caso, vi è un rimedio specifico contro l'abuso, a natura per così dire «punitiva»: il

²⁴⁵ La cui rubrica è "*Caricazione abusiva di merci*" e così dispone: "*Il comandante e gli altri componenti dell'equipaggio non possono caricare sull'aeromobile merci per proprio conto, senza il consenso scritto dell'esercente o di un suo rappresentante. Il componente dell'equipaggio, che contravviene al divieto del comma precedente, è tenuto a pagare il prezzo del trasporto in misura doppia di quella corrente nel luogo e alla data della caricazione, per il medesimo viaggio e per merce della stessa specie di quella indebitamente caricata, senza pregiudizio del risarcimento del danno.*"

corrispettivo per il nolo/il trasporto viene raddoppiato (a prescindere dal risarcimento dell'eventuale danno).

Un'altra disposizione rilevante è l'art. 346, rubricato "*Sbarco dell'arruolato per cattivo trattamento*" secondo cui "*L'autorità marittima o quella consolare, su domanda dell'arruolato, può ordinare lo sbarco immediato, se il comandante ha commesso contro di lui abusi di potere o ha tollerato che tali abusi fossero commessi da altre persone, ovvero non gli ha fornito, senza giustificato motivo, i viveri nella misura dovuta o l'assistenza sanitaria alla quale egli ha diritto. In questo caso, il contratto si considera risolto per colpa dell'armatore*".

In questo caso il legislatore muove dall'assunto che, in costanza di un arruolamento, il comandante della nave o altre persone possano commettere abusi di potere o di altro ordine nei confronti dell'arruolato. La norma si occupa anche in questo caso dei rimedi contro l'abuso. In tal caso, ancorché l'abuso non sia posto in essere dalla controparte (*i.e.* l'armatore), ma da un terzo (*i.e.* il comandante o altra persona), in base a una *fictio iuris*, si ripercuote sul contratto di arruolamento, il quale "*si considera risolto per colpa dell'armatore*".

La figura dell'abuso nel settore dei contratti marittimi e aerei va oltre queste ipotesi. La giurisprudenza vi ha dato rilievo con riferimento a discipline e profili in cui la figura è solo implicita. Un'ipotesi scrutinata più volte dalla giurisprudenza riguarda il comportamento del ricevitore che dia la priorità nell'accosto a una nave giunta successivamente. Sul punto la giurisprudenza sia di merito sia di legittimità afferma che tale comportamento non realizza di per sé un abuso del diritto ma può integrarlo in ragione del contesto e delle concrete modalità e motivi per cui è posto in essere, elementi che devono perciò essere provati dal noleggiante, che pretende di calcolare il conseguente ritardo come tempo di controstallia²⁴⁶.

²⁴⁶ Cfr. Cass., 27-1-1995, n. 1020, in *Dir. maritt.*, 1995, p. 728 ss. con nota di TURCI; Trib. Ancona, 16-6-1970, *ivi*, 1980, p. 210; in dottrina vedasi F. BERLINGIERI, *Uso e abuso dei termini di stallia e controstallia*, *ivi*, 1965, p. 352 ss. Nella prassi contrattuale si usano pattuire "*pumping clauses*" in deroga agli artt. 444 e 449 cod. nav. che, regolando i termini di stallia e controstallia, non parlano di abuso, ma danno spazio a un accertamento in concreto con riferimento anche alle clausole d'uso e agli usi commerciali (*ex art. 444 "I giorni di stallia per la caricazione e per la scaricazione, salvo diverso patto, regolamento portuale od uso locale, decorrono dal momento in cui, essendo la nave pronta per l'imbarco o per lo sbarco, ne sia giunto*

2.3.2.2 L'affiliazione commerciale

A differenza delle normative speciali finora considerate la legge 6 maggio 2004, n. 129 non menziona espressamente la figura dell'abuso. Sia in dottrina, sia in giurisprudenza, è tuttavia consolidata l'opinione che la disciplina dell'affiliazione commerciale sia tra quelle che danno fondamento normativo all'abuso del diritto nella materia dei rapporti contrattuali d'impresa²⁴⁷. Che le norme in tema di *franchising* siano sintomatiche del divieto di abuso del diritto risulta da una serie di indici normativi.

Un primo indice è dato dalla disciplina della forma-contenuto del contratto.

La forma vincolata (cfr. art. 3, co. 1) è infatti funzionale a introdurre un contenuto minimo necessario (cfr. art. 3, co. 4) e si salda con l'esigenza di assicurare un'adeguata informazione dell'aspirante affiliato al quale prima della sottoscrizione del contratto va consegnata una copia corredata da una serie di allegati analitici (cfr. art. 4).

(continued...)

avviso a chi deve consegnare o ricevere le merci. Il termine di stallia, in mancanza di patto, regolamento od uso, deve essere fissato dal comandante del porto, tenendo conto dei mezzi disponibili nel luogo di caricazione o di scaricazione, della struttura della nave, nonché della natura del carico; e deve essere comunicato tempestivamente a chi deve consegnare o ricevere le merci”; ai sensi dell’art. 449 “Spirato il termine di controstallia per la caricazione, il comandante, previo avviso dato almeno ventiquattro ore prima, ha facoltà di partire senza attendere la caricazione o il suo completamento, restando sempre dovuti il nolo e il compenso di controstallia. Se il comandante non si avvale di questa facoltà, è dovuto per l’ulteriore sosta, fissata d’accordo col caricatore, un compenso di controstallia maggiorato della metà, ove non esista diverso patto, regolamento, o uso. Spirato il termine di controstallia per la scaricazione senza che questa sia stata compiuta, è dovuto un compenso di controstallia straordinaria per la durata e nella misura sopra indicate, salva la facoltà del comandante di scaricare le merci a norma dell’articolo 450.”).

²⁴⁷ Stante l'ampia letteratura in tema, si veda, a titolo d'esempio: G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, cit., p. 464 ss.; E. MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss. Sottolinea la *ratio* efficientista della disciplina M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e affiliazione commerciale: ambito di applicazione, contenuto del contratto, caratteri del rimedio e tutela della rete*, in A. LOPES, F. MACARIO, P. MASTROBERARDINO (a cura di), *Reti di imprese. Gli scenari economici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2008, rip. in *Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Berretta*, a cura di M.R. MAUGERI, R. PALIDDA, Giuffrè, Milano, 2008, p. 173 ss. Vedi inoltre G. VETTORI, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 9 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1163 ss.

L'insieme di questi requisiti documentali (a cui va aggiunta la disciplina degli obblighi informativi di cui all'art. 6) mira ad assicurare la protezione dell'aspirante affiliato²⁴⁸. In questo caso la protezione della parte debole del rapporto non consiste nell'attribuirle diritti indisponibili che permettono di riequilibrare le posizioni, come avviene nel caso delle clausole abusive nei rapporti di consumo, quanto piuttosto nel proceduralizzare la negoziazione²⁴⁹. Nell'esercizio dell'attività d'impresa proteggere vuol dire garantire uno spazio di libertà nella scelta delle iniziative e programmi commerciali e un requisito essenziale è che le valutazioni di convenienza economica sul se e sul come vincolarsi avvengano in maniera informata.

Un secondo indice è rappresentato dalla disciplina degli obblighi precontrattuali. Anche i doveri di informazione, cooperazione e tutela dell'altrui interesse (cfr. art. 4, co. 1 e art. 6, co. 1 e 2)²⁵⁰ sono infatti espressivi del divieto di abuso. In questo contesto tali “*doveri di protezione che integrano il contenuto del contratto (...) sono diretti a realizzare il risultato utile che le parti si attendono*” e non mirano a implementare una pretesa (maggiore) “*giustizia del contratto*”: come è stato correttamente osservato, questa aspirazione si sgonfia “*se i contraenti sono pienamente edotti della situazione di interessi che li conduce alla stipulazione del contratto*”, perché vi è “*un reciproco scambio di informazioni*”²⁵¹. In questo senso la disciplina dell'affiliazione commerciale è volta ad assicurare non solo la trasparenza delle condizioni contrattuali ma, considerata l'asimmetria di potere contrattuale tra il *franchisee* e il *franchisor* e le peculiarità dei rapporti di integrazione (economica,

²⁴⁸ F. ADDIS, «*Neoformalismo*» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 6 ss.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ L'art. 6, co. 1 e 2 (*Obblighi precontrattuali di comportamento*) impone al *franchisee* di tenere “*in qualsiasi momento*” “*un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede*”. La legge precisa due doveri specifici in particolare: i) fornire tempestivamente ogni dato e informazione che, si noti, la controparte “*ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi*”; ii) motivare l'eventuale mancata comunicazione di tali informazioni o dati.

²⁵¹ Cfr. F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, p. 241 ss. Si noti che la disciplina dell'affiliazione impone obblighi informativi anche in capo all'aspirante affiliato (cfr. art. 6, co. 3), che s'inseriscono anche in questo caso in più ampi doveri di collaborazione con la controparte: anche l'aspirante affiliato “*deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede*”.

organizzativa, etc.) tra le rispettive imprese, anche a salvaguardare il *franchisee* rispetto a eventuali comportamenti abusivi o, usando altra terminologia, opportunistici del *franchisor*²⁵². Nell'affiliazione il rischio di opportunismo da parte dell'affiliante è elevato perché è connaturato al genere e ai presupposti stessi dell'operazione economica la quale è fondata sul *know-how*, “*un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale*”, cioè generalmente non noto né facilmente accessibile ma indispensabile all'affiliato per svolgere la propria attività (cfr. art. 1, co., 2 lett. a)).

Sintomatica del divieto di abuso è poi la regolamentazione della durata del *franchising* a tempo determinato. A norma dell'art. 3, co. 3, “*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*”. L'imposizione di una durata sufficiente del contratto per l'ammortamento degli investimenti è una dimostrazione della preoccupazione del legislatore di dettare regole volte a evitare sfruttamenti abusivi di condizioni di dominanza nei rapporti tra imprese²⁵³. La norma risponde al principio della correlazione tra investimenti specifici e periodo necessario per il loro ammortamento, cioè tra costi non riconvertibili e durata del rapporto. Nel compiere la valutazione, per verificare se vi sia o meno l'imposizione abusiva di una durata del rapporto troppo breve, occorre avere riguardo a un criterio non meramente cronologico. Vanno considerate anche le ragioni dell'investimento specifico effettuato e quindi la sua genesi, cioè se l'investimento è frutto della spontanea iniziativa dell'affiliato o deriva da un'induzione dell'affiliante²⁵⁴. L'abuso può anche compiersi nel corso del rapporto, ove a fronte di una certa durata e di determinati investimenti previsti e prevedibili alla conclusione

²⁵² Cfr. ad es. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 39 e 41 nota 8; G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., pp. 269-275.

²⁵³ Cfr. G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, cit., p. 58.

²⁵⁴ Cfr. V. FARINA, *Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 806 ss.

del contratto, l'affiliato sia indotto a ulteriori investimenti gravosi non prevedibili, senza un corrispondente allungamento della durata del contratto tale da consentirne l'ammortamento.

La casistica giurisprudenziale mostra che i maggiori profili di criticità dell'affiliazione commerciale riguardano la mancata rinnovazione del contratto a scadenza, il recesso dell'affiliante, la violazione da parte di costui dell'esclusiva concessa all'affiliato, la dipendenza economica che si genera nella rete.

La mancata rinnovazione del contratto può costituire un abuso del diritto qualora essa assuma connotati impreveduti e arbitrari alla luce del comportamento tenuto nel corso del rapporto contrattuale²⁵⁵.

Quanto all'esercizio del diritto di recesso da parte dell'affiliante, anche in virtù della *vis* espansiva dell'abuso di dipendenza economica di cui si è detto in precedenza, esso viene scrutinato dalla giurisprudenza coordinando la disciplina della l. n. 129/2004 con la disciplina di cui all'art. 9, l. n. 192/1998²⁵⁶.

In tema di esclusiva, la giurisprudenza di merito si è pronunciata ad esempio in merito al caso di un affiliato che lamentava l'abuso dell'affiliante che si era introdotto nella sua zona di esclusiva vendendo ai clienti gli stessi beni, a prezzi più bassi di quelli praticati all'affiliato. Nella specie una clausola del contratto impegnava l'affiliante a non istituire ulteriori affiliazioni nella zona riservata all'affiliato, ferma la facoltà di tenere rapporti commerciali di diversa natura nel predetto territorio. La condotta dell'affiliante viene considerata abusiva in quanto in base al principio di buona fede nell'interpretazione del contratto la clausola di cui sopra non può essere intesa nel senso di consentire all'affiliante

²⁵⁵ Cfr. Trib. Bari (ord.), 22-10-2004, in *Foro it.*, 2005, I, col. 1604 ss., con osservazioni di G. COLANGELO; in *Danno e resp.*, 2005, p. 750 ss., con nota di G. DI GREGORIO, *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*.

²⁵⁶ Già prima del 2004, del resto, la dottrina suggeriva di far riferimento alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica per reprimere l'esercizio abusivo del recesso del *franchisor*: cfr. ad es. A. FRIGNANI (a cura di), *Il contratto di franchising*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 191 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117 ss. In giurisprudenza, *ex multis* ricordiamo le note pronunce di merito: Trib. Taranto, 22-12-2003, cit., che escluse l'applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica al *franchising*; contro, Trib. Bari, (ord.) 22-10-2004, cit.; inoltre, Trib. Parma (ord.) 15-10-2008, in *Obbl. e contr.*, 1, 2009, p. 77; Trib. Catania (ord.), 5-1-2004, in *Foro it.*, I, 2004, col. 270; Trib. Roma (ord.) 5-11-2003, *Foro it.*, I, 2003, col. 3440, con osservazioni di COLANGELO.

di danneggiare impunemente l'affiliato eliminandolo di fatto dal mercato né di esimerlo dai doveri di collaborazione che su di esso gravano in forza della natura stessa del contratto di *franchising*²⁵⁷.

E' noto che nella rete di affiliazione commerciale possono generarsi vessazioni o abusi in danno dell'affiliato²⁵⁸. Il rapporto di *franchising* è infatti caratterizzato da subalternità tecnica e tecnologica, oltre che economica, di una parte nei confronti dell'altra. Inoltre, i contratti di *franchising* di regola sono o comunque possono essere caratterizzati da un'integrazione verticale tra due o più operatori commerciali la cui attività, pur svolta a livelli di mercato diversi, è strutturata in modo tale da funzionare solo in forza di una collaborazione continuativa e duratura²⁵⁹. La rete di affiliazione è dunque un terreno fertile per comportamenti opportunistici²⁶⁰. Si noti che ricondurre le situazioni di abuso che si generano nella rete di affiliazione all'abuso di dipendenza economica *ex art. 9 L. 192/1998* ovvero al divieto di abuso del diritto in generale, può avere una conseguenza rilevante sul piano dei rimedi. Mentre nel primo caso si applicherà la disciplina dell'art. 9 citato, nel secondo caso non è detto che il rimedio all'abuso debba essere la nullità.

In giurisprudenza si è posta anche un'ulteriore questione: se nel caso in cui le parti del rapporto di affiliazione commerciale siano società, la società affiliante possa porre in essere mediante i contratti stipulati *inter partes*, non tanto un abuso di dipendenza economica in danno dalla società affiliata, quanto piuttosto un esercizio abusivo di direzione e coordinamento della medesima in violazione del combinato disposto degli artt. 2497 e 2497-septies c.c.²⁶¹.

²⁵⁷ Trib. Isernia, 12-4-2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2153 ss. con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*.

²⁵⁸ Cfr. A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 617 ss.

²⁵⁹ La stessa legge (cfr. art. 2) mostra che, oltre alla rete orizzontale, vi può essere integrazione verticale contemplando le ipotesi sia del contratto "a monte" o principale, sia del contratto "a valle".

²⁶⁰ Cfr. A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 801 ss.

²⁶¹ Cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica di società*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2748 ss. e V. ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*, in *Società*, 2010, p. 689 ss. a commento di Trib. Pescara, 16-1-2009 di cui si veda

La giurisprudenza di merito pronunciata sulla questione ha escluso solo in via di fatto l'esistenza di qualsivoglia abuso, ammettendo però in linea di principio la possibilità di configurare un esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento su base contrattuale in presenza di clausole (in particolare, per le loro caratteristiche ad esempio dei contratti di distribuzione ma anche di affiliazione commerciale), che attribuiscono a una parte il potere di incidere, in maniera cogente, sulle scelte e strategie imprenditoriali dell'altra imponendo una determinata politica industriale o commerciale o di mercato.

2.3.2.3 I «contratti pubblici»

La figura dell'abuso del diritto trova espresso riconoscimento nel settore dei «contratti pubblici», ossia dei contratti di appalto o concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o forniture ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori (cfr. art. 3, D.lgs. 12 aprile 2006 n.163 - Codice degli appalti).

L'abuso è vietato in particolare nell'ambito del “*dialogo competitivo*” di cui si possono avvalere le stazioni appaltanti nel caso di “*appalti particolarmente complessi*” (cfr. art. 58 Cod. appalti); nell'ambito degli “*accordi quadro*” (cfr. art. 59), anche nei settori speciali (cfr. art. 222); in relazione al ricorso da parte delle stazioni appaltanti alle aste elettroniche per l'aggiudicazione dei contratti di appalto (cfr. art. 85); in relazione ai requisiti di qualificazione degli offerenti (D.p.r. 5 dicembre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice appalti).

Si tratta di poche disposizioni che però hanno una notevole portata sistematica.

(continued...)

l'ampia e articolata motivazione in cui si confrontano i presupposti dell'abuso di dipendenza economica e dell'abuso di direzione e coordinamento.

Conviene cominciare dal generale divieto di abuso sancito in relazione al ricorso, da parte delle stazioni appaltanti²⁶², agli accordi quadro²⁶³, siano essi conclusi con un solo operatore economico o più operatori economici (cfr. art. 59, co. 4 e 5). E' infatti loro vietato "ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza" (art. 59, co. 10). Possibili profili di abuso vi potrebbero essere, ad esempio, in ordine a: *i*) la concreta applicazione delle regole di procedura che le stazioni appaltanti devono seguire ai fini della conclusione di un accordo quadro, in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti (cfr. art. 59, co. 2 e 3); *ii*) la scelta delle parti dell'accordo quadro (cfr. art. 59, co. 2); *iii*) la facoltà di consultare l'operatore parte dell'accordo quadro e la richiesta di completare l'offerta (cfr. art. 59, co. 4); *iv*) la determinazione del numero di operatori che deve essere parte dell'accordo quadro, considerati i criteri di selezione e di aggiudicazione e le offerte accettabili in base a tali criteri (cfr. art. 59, co. 5); *v*) i criteri per la scelta dell'operatore economico cui affidare il singolo appalto, ad es. privilegiare il criterio della rotazione o optare per un confronto competitivo (cfr. art. 59, co. 7 e 8); *vi*) la determinazione della durata dell'accordo (cfr. art. 59, co. 9)²⁶⁴.

Il divieto di abuso vale anche per gli accordi quadro nei settori speciali di rilevanza comunitaria (*rectius*, europea), cioè relativi a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (quali i settori del gas, energia termica ed elettricità, acqua, i servizi di trasporto, i servizi postali, le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della prospezione o estrazione di petrolio, gas, carbone o di altri combustibili solidi, o della

²⁶² Cioè "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32" del Codice (cfr. art. 3, co. 33).

²⁶³ In base alla definizione di cui all'art. 3, co. 13, Cod. App., "L'«accordo quadro» è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste." Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale né per i lavori, salvo si tratti di lavori di manutenzione (cfr. art. 59, co. 1, Cod. app.). Per un primo commento v. M. ATZENI, *Art. 59*, in A. MAGGIO, G. STERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ESI, Napoli, 2009, p. 456 ss. cui si rinvia anche per la bibliografia essenziale e che ricorda la *ratio* efficientista, pro-concorrenziale, volta alla tutela degli affidamenti della normativa europea e quindi della disciplina interna che ne è emanazione.

²⁶⁴ "9. La durata di un accordo quadro non può superare i quattro anni, salvo in casi eccezionali debitamente motivati, in particolare, dall'oggetto dell'accordo quadro".

messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali, etc.: cfr. art. 206 ss.).

In tali settori speciali, ai sensi dell'art. 222, co. 3, gli enti aggiudicatori “*non possono ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo, per ostacolare, limitare o falsare la concorrenza*”. Qui, il divieto di abuso è espressamente strumentale al rispetto della concorrenza. Ricorrere agli accordi quadro è perciò abusivo ogniqualvolta ha l'effetto di alterare l'esito dell'aggiudicazione degli appalti, di modo che l'aggiudicatario non sia il concorrente più competitivo.

La stessa *ratio* permea il divieto di abuso nell'ambito del dialogo competitivo ex art. 58 per l'aggiudicazione degli appalti particolarmente complessi²⁶⁵. Il divieto di abuso in tale contesto si giustifica anzitutto in forza delle caratteristiche dei suddetti appalti²⁶⁶, che rendono le valutazioni e le scelte delle stazioni appaltanti particolarmente incerte e discrezionali²⁶⁷.

Anche in questo caso il divieto è generale e strumentale alla tutela della concorrenza (cfr. art. 58, co. 18 secondo cui “*Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*”²⁶⁸), considerato che unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto deve essere quello

²⁶⁵ Per un primo commento v. M. ATZENI, *Art. 58*, in A. MAGGIO, G. STERI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 446 ss. che ricorda, sulla scorta della prevalente dottrina, la primaria rilevanza del principio della concorrenza nella Direttiva 2004/18/CE.

²⁶⁶ Infatti, ex art. 58, co. 2 Cod. app., “*Ai fini del ricorso al dialogo competitivo un appalto pubblico è considerato «particolarmente complesso» quando la stazione appaltante: - non è oggettivamente in grado di definire, ... i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o - non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.*”.

²⁶⁷ Di qui l'obbligo per la stazione appaltante di fornire “*specifica motivazione in merito alla sussistenza di un appalto pubblico particolarmente complesso*” nel “*provvedimento con cui ... decide di ricorrere al dialogo competitivo*” (art. 58, co. 3).

²⁶⁸ L'art. 46, co. 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 ha aggiunto il comma 18-*bis* che prevede l'emanazione di un regolamento che definisca le ulteriori modalità attuative della disciplina del dialogo competitivo.

dell’*“offerta economicamente più vantaggiosa”* (art. 58, co. 4 e 15, e art. 83) ed è vietato apportare alle offerte o in corso di gara, così come in sede di conferma degli impegni *“precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti”* che importino *“rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio”* (art. 58, co. 14 e 16).

Il divieto di abusi nel dialogo competitivo è strettamente legato al divieto di discriminazioni. Corollari del divieto di abuso sono, ad es., l’obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di *“parità di trattamento di tutti i partecipanti”*; il dovere di confidenzialità rispetto alle informazioni riservate apprese; il divieto di fornire, *“in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri”* (cfr. art. 58, co. 7 e 8).

Nelle procedure aperte, ristrette o negoziate previo bando, le stazioni appaltanti possono fare ricorso a un’asta elettronica: (i) per l’aggiudicazione dei contratti di appalto; (ii) in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro e dell’indizione di gare per appalti da aggiudicare nell’ambito del sistema dinamico di acquisizione (cfr. art. 85, primo e secondo comma e artt. 59 e 60).

I requisiti per utilizzare le aste elettroniche sono stabiliti all’art. 85, co. 3, del Codice: i) *“le specifiche dell’appalto”* devono poter *“essere fissate in maniera precisa”*; ii) *“la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara”* deve poter essere effettuata *“automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali”*.

Ma, fermi questi requisiti di base, vi è il divieto di *“ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l’oggetto dell’appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara”*.

Anche in questo ambito dunque l’abuso funge da parametro di controllo dell’esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti circa le procedure da seguire. Il ricorso a un’asta elettronica è abusivo ogniqualvolta è finalizzato, non a sfruttare gli automatismi e dunque il valore aggiunto della procedura elettronica, ma a modificare l’esito di una aggiudicazione o a distorcere il rilancio del confronto competitivo o l’indizione di gare per appalti da aggiudicare nell’ambito del sistema dinamico di acquisizione.

Infine, il Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice (d.p.r. n. 207/2010), in tema di selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione dispone, all'art. 340, co. 4, che “[i]n ogni caso, i requisiti [di qualificazione degli enti aggiudicatori²⁶⁹] e la durata del periodo rilevante per la loro dimostrazione, sono fissati nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, comunque in modo da escludere ingiustificate o abusive limitazioni della concorrenza”. La norma conferma il nesso tra divieto di abuso, tutela della concorrenza e selezione degli attori più competitivi, non solo dal lato dell’offerta di mercato ma anche da quello della domanda.

2.3.2.4 Le nuove tipologie contrattuali per l'affidamento e l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti

Un ulteriore riconoscimento della rilevanza dell’abuso in materia negoziale nel contesto delle relazioni commerciali proviene dai recenti interventi legislativi di liberalizzazione dei servizi.

Di rilievo è la nuova disciplina relativa al settore della distribuzione dei carburanti di cui all'art. 17, intitolato “*Liberalizzazione della distribuzione dei carburanti*”, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1²⁷⁰.

Occorre premettere che la disciplina neo-introdotta integra e, in parte, sostituisce altra disciplina introdotta sempre in via di decretazione d’urgenza nel luglio 2011 (cfr. art. 28 “*Razionalizzazione della rete distributiva dei carburanti*”, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111). Si tratta di una disciplina, come dice la legge stessa, finalizzata a “*incrementare l’efficienza del mercato, la qualità dei servizi, il corretto ed uniforme funzionamento della rete distributiva*” (cfr. art. 28 cit.). In questo quadro, l’art.

²⁶⁹ In base alla definizione dell’art. 3, co. 29, Cod. App. gli «enti aggiudicatori» sono “*le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall’autorità competente secondo le norme vigenti*”.

²⁷⁰ In G.U. n. 19 del 24 gennaio 2012, S.O. n. 18/L, conv. con mod. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, in G.U. n. 71 del 24 marzo 2012, S.O. n. 53/L recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*».

17 del d.l. 1/2012 interviene a liberalizzare l'approvvigionamento di carburante da parte dei gestori degli impianti di distribuzione titolari della relativa autorizzazione petrolifera e a regolare le forme di esclusiva in essere autorizzando *ex lege* le parti a rinegoziare condizioni economiche e uso del marchio²⁷¹.

I commi 2 e 3 dell'art. 17 sopra citato, per la parte qui da esaminare, dispongono quanto segue:

“2. Al fine di incrementare la concorrenzialità e l'efficienza del mercato anche attraverso una diversificazione nelle relazioni contrattuali tra i titolari di autorizzazioni o concessioni e i gestori degli impianti di distribuzione di carburanti, i commi da 12 a 14 dell'articolo 28 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, sono sostituiti dai seguenti²⁷²: «12. Fermo restando quanto disposto dal decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32, e successive modificazioni, e dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, in aggiunta agli attuali contratti di comodato e fornitura ovvero somministrazione possono essere adottate, alla scadenza dei contratti esistenti, o in qualunque momento con assenso delle parti, differenti tipologie contrattuali per l'affidamento e l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti, nel rispetto

²⁷¹ Cfr. M. GIUA, F. STELLA, G.A. CONTEDEUCA, *Decreto Cresci Italia: deregulation per la distribuzione del carburante tra giacenze di prodotto e criticità fiscali*, in *Fisco*, 2012, p. 4097 ss.; L. SALTARI, *Il decreto “Cresci Italia”*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2012, p. 579 ss. che rispetto alla distribuzione dei carburanti, evidenzia l'intento di favorire la dismissione degli impianti inefficienti, cioè di piccole dimensioni che erogano poco carburante e difficilmente possono competere con quelli di dimensioni più grandi e l'eliminazione di barriere all'ingresso nel mercato della distribuzione dei carburanti. In specie, è totalmente liberalizzata l'attività c.d. *non oil* dei gestori degli impianti (vendita di giornali, generi alimentari, ecc.) e la possibilità che siano realizzati impianti completamente automatizzati limitati però alle sole aree extraurbane. A parere dell'A., il decreto, mediante disposizioni che consentono il progressivo abbandono dei contratti di esclusiva, crea maggiore indipendenza di una quota crescente d'impianti di distribuzione dalle società petrolifere per l'approvvigionamento dei carburanti, ancorché solo per i gestori-proprietari.

²⁷² Gli articoli sostituiti così stabilivano: “12. Fermo restando quanto disposto con il decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32, e successive modificazioni, in alternativa al solo contratto di fornitura ovvero somministrazione possono essere introdotte differenti tipologie contrattuali per l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti, a condizione che tali differenti tipologie contrattuali siano state precedentemente tipizzate attraverso la stipula di accordi conclusi con le modalità di cui all'articolo 19, comma 3, della legge 5 marzo 2001, n. 57. 13. Le tipizzazioni contrattuali di cui al comma 12 possono essere adottate successivamente al loro deposito presso il Ministero dello sviluppo economico, che ne deve curare la pubblicizzazione. 14. I modelli contrattuali di cui ai commi 12 e 13 debbono assicurare al gestore condizioni contrattuali eque e non discriminatorie per competere nel mercato di riferimento”.

delle normative nazionale e europea, e previa definizione negoziale di ciascuna tipologia mediante accordi sottoscritti tra organizzazioni di rappresentanza dei titolari di autorizzazione o concessione e dei gestori maggiormente rappresentative, depositati inizialmente presso il Ministero dello sviluppo economico entro il termine del 31 agosto 2012 e in caso di variazioni successive entro trenta giorni dalla loro sottoscrizione. (...) Tra le forme contrattuali di cui sopra potrà essere inclusa anche quella relativa a condizioni di vendita non in esclusiva relative ai gestori degli impianti per la distribuzione carburanti titolari della sola licenza di esercizio, purché comprendano adeguate condizioni economiche per la remunerazione degli investimenti e dell'uso del marchio. 12-bis. Nel rispetto delle normative nazionale e europea e delle clausole contrattuali conformi alle tipologie di cui al comma 12, sono consentite le aggregazioni di gestori di impianti di distribuzione di carburante finalizzate allo sviluppo della capacità di acquisto all'ingrosso di carburanti, di servizi di stoccaggio e di trasporto dei medesimi. (...) 13. In ogni momento i titolari degli impianti e i gestori degli stessi, da soli o in società o cooperative, possono accordarsi per l'effettuazione del riscatto degli impianti da parte del gestore stesso, stabilendo un indennizzo che tenga conto degli investimenti fatti, degli ammortamenti in relazione agli eventuali canoni già pagati, dell'avviamento e degli andamenti del fatturato, secondo criteri stabiliti con decreto del Ministero dello sviluppo economico. 14. I nuovi contratti di cui al comma 12 devono assicurare al gestore condizioni contrattuali eque e non discriminatorie per competere nel mercato di riferimento».

3. I comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti ovvero dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192”.

I profili principali d'interesse della nuova disciplina rispetto all'abuso sono molteplici.

In primo luogo, la prassi commerciale assume centralità di fonte normativa non solo a livello d'integrazione ma già a livello di tipizzazione dei contratti, il che significa che agli stessi operatori economici è attribuito, direttamente e istituzionalmente, il compito di congegnare gli strumenti giuridici più idonei a disegnare le relazioni industriali nel mercato di

riferimento, dall'acquisto all'ingrosso ai rapporti tra gestori e con la clientela finale²⁷³.

In secondo luogo, la legge fissa alcuni limiti «sostanziali» alla prassi di mercato ma pur sempre in un'ottica pro-concorrenziale: le condizioni contrattuali devono essere, in ogni caso, “*eque e non discriminatorie per competere nel mercato di riferimento*”; in ragione dei caratteri propri del mercato di approvvigionamento e distribuzione dei carburanti, si dà rilevanza alla remunerazione degli investimenti, all'ammortamento degli impianti e delle infrastrutture, stante la loro obsolescenza, all'avviamento e ai diritti di esclusiva.

In terzo luogo, se per un verso, sono consentite le aggregazioni di gestori di impianti di distribuzione finalizzate allo sviluppo della capacità di acquisto all'ingrosso, di servizi di stoccaggio e trasporto²⁷⁴ e i titolari degli impianti e i gestori, da soli o in società o cooperative, possono accordarsi per riscattare gli impianti, per altro verso nel mercato di riferimento non vi devono essere situazioni di abuso di dipendenza economica. La previsione del comma 3 sopra citato rinvia alla nozione di dipendenza economica *ex art. 9, co. 1, l. 18 giugno 1998, n. 192*: si noti che l'abuso è declinato in termini di “*scopo*” e che perciò è vietato qualsiasi comportamento/mezzo funzionale a “*ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite ai gestori*” dall'art. 17 d.l. 1/2012.

Come risulta anche da questo elemento, la nuova disciplina si pone sul solco delle discipline del *franchising* e degli accordi sui pagamenti nelle transazioni commerciali, mostrando che, nell'ambito delle relazioni commerciali, il divieto di abusi e condizioni contrattuali eque e non discriminazione sono fattori certo non antitetici, bensì essenziali per lo sviluppo e il buon funzionamento del mercato concorrenziale.

²⁷³ Con un doveroso *caveat*: “la sollecitazione proveniente dal legislatore si configura in termini ambigui, posto che, a ben vedere, viene mantenuta una tipizzazione di secondo livello, demandando all'autorità ministeriale il compito di guidare il processo di predisposizione dei nuovi schemi contrattuali o, addirittura di svolgerlo in prima persona (cfr. art. 17, comma 2)” (A. NERVI, *I modelli contrattuali nel settore della distribuzione*, Relazione Convegno Modena, 14 maggio 2012, per quanto consta inedita).

²⁷⁴ I primi commentatori e operatori si sono posti il problema se siano ammesse aggregazioni solo *intra-brand* o anche *extra-brand*.

2.3.2.5 Le relazioni commerciali di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari

Un altro recente intervento legislativo che mostra la crescente rilevanza della categoria dell'abuso del diritto nel diritto contrattuale e in particolare nell'ambito dei rapporti di impresa è costituito dalla nuova "Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari" di cui all'art. 62, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con mod., dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività»²⁷⁵.

L'art. 62, per la parte rilevante ai fini della presente analisi, così dispone: "1. I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento²⁷⁶. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti. La nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice. 2. Nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la

²⁷⁵ Per un primo commento alla normativa si veda ad es. F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Riv. dir. alimentare*, 2012, p. 33 ss.; A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, ivi, p. 42 ss.; M. GIUFFRIDA, *I contratti di filiera del mercato agroalimentare*, in *Riv. dir. alimentare*, 2012, p. 3 ss.; A. GERMANÒ, *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012*, ivi, p. 41 ss. Tutti i contributi sono reperibili all'indirizzo <http://www.rivistadirittoalimentare.it/>.

²⁷⁶ La disciplina di attuazione prevede, sulla scorta della prassi commerciale, che gli elementi essenziali sopra elencati possono essere scritti, oltre che nei contratti "quadro" o «a valle», anche nei "documenti di trasporto o di consegna", "la fattura", "ordini di acquisto" e in generale "negli scambi di comunicazioni e di ordini, antecedenti alla consegna dei prodotti", a patto però di riportare la seguente dicitura: "Assolve gli obblighi di cui all'articolo 62, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27." (cfr. art. 3, co. 3, 4, 5, D.M. 17 luglio 2012 su cui *infra* nel testo).

conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento. 3. Per i contratti di cui al comma 1, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato per le merci deteriorabili entro il termine legale di trenta giorni e per tutte le altre merci entro il termine di sessanta giorni. In entrambi i casi il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura. Gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile. ... 8. L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni (...) All'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo l'Autorità provvede d'ufficio o su segnalazione di qualunque soggetto interessato. (...) 10. Sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale. Le stesse associazioni sono altresì legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo l'inibitoria ai comportamenti in violazione della presente disposizione ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile”.

Le disposizioni di cui al presente articolo sono in vigore dal 24 ottobre 2012. Con D.M. 17 luglio 2012, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, ha emanato la disciplina di attuazione, la quale si

applica “ai contratti (...) e alle relazioni commerciali in materia di cessioni²⁷⁷ di prodotti agricoli e alimentari, la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana” (art. 1, co. 1, D.M. cit.)²⁷⁸, stipulati a decorrere dal 24 ottobre 2012²⁷⁹.

Anche in questo ambito dunque il contratto rileva non solo come singolo accordo, ma anche nella dimensione delle relazioni commerciali che su di esso si fondano. La nuova fattispecie negoziale ha una dimensione orizzontale-reticolare, ma anche verticale cioè si muove nell’ottica della filiera, dal momento che vi è un contratto o accordo “quadro” o “di base” (che viene concluso anche a livello di centrali di acquisto)²⁸⁰ e i conseguenti contratti «a valle» di cessione (cfr. art. 2, lett. 1), D.M.).

Informano la nuova disciplina da un lato principi che recano in sostanza fini o scopi cui le relazioni commerciali debbono tendere (“trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni”), dall’altro lato regole proibitive di condotta cioè divieti di pratiche commerciali sleali (art. 62, co. 2, lett. a)-e) *supra* e art. 4 D.M.). Dall’esame dei divieti risulta che è proibita una serie di comportamenti sproporzionati, ingiustificati, sleali, illogici, se commisurati ai parametri propri di fisiologiche relazioni commerciali: in breve, è vietato l’*abuso* (cfr. art. 4, co. 2, D.M. secondo cui è vietato “qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”²⁸¹).

²⁷⁷ Per “cessione” si intende “il trasferimento della proprietà di prodotti agricoli e/o alimentari, dietro il pagamento di un prezzo”: conta dunque l’effetto traslativo e il corrispettivo al di là del *nomen iuris* del contratto.

²⁷⁸ Non costituiscono cessioni i conferimenti di prodotti agricoli e alimentari operati dagli imprenditori-soci di cooperative o di organizzazioni di produttori alle cooperative od organizzazioni stesse (art. 1, co. 2, a), b), D.M. cit.).

²⁷⁹ I contratti già in essere a tale data devono essere adeguati non oltre la data del 31 dicembre 2012; ma i commi 2 e 3 sopracitati – cioè le discipline sul divieto di pratiche commerciali abusive e sul pagamento degli interessi – si applicano automaticamente a tutti i contratti a partire dal 24 ottobre 2012, anche in assenza di adeguamenti contrattuali: così art. 8, D.M.

²⁸⁰ Esso regola le condizioni di compravendita, le caratteristiche dei prodotti, il listino prezzi, le prestazioni di servizi e le loro eventuali rideterminazioni.

²⁸¹ A titolo esemplificativo, il D.M. reca una tipologia di comportamenti abusivi, tutti che incidono sul contenuto (economico) del rapporto: cfr. art. 4, co. 2, “a) preved[ere] a carico di una parte l’inclusione di servizi e/o prestazioni accessorie rispetto all’oggetto principale della fornitura, anche qualora queste siano fornite da soggetti terzi, senza alcuna connessione oggettiva, diretta e logica con la cessione del prodotto

Si noti che “[l]’illiceità di una pratica commerciale non può essere esclusa per il solo fatto che un contraente non possa provare che l’altra parte contraente abusi del proprio potere di mercato o negoziale al fine di ottenere un vantaggio economico non giustificato e ingiustificatamente gravoso, risultando una riscontrata diffusione della pratica uno degli elementi di prova della sussistenza della fattispecie” (cfr. art. 4, co. 4, D.M.).

Pertanto, elemento fondamentale e imprescindibile d’integrazione della disciplina, e dunque di concretizzazione e applicazione del divieto di abuso, è la prassi commerciale. Occorre infatti fare riferimento alle buone prassi e alle pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell’ambito del *Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (High level Forum for a better functioning of the food supply chain)*, approvate in data 29 novembre 2011 (cfr. allegato al D.M.)²⁸². Il documento è frutto di un tavolo di dialogo multilaterale in cui sono state discusse le pratiche eque/sleali lungo la filiera agro-alimentare, con lo scopo “di identificare una soluzione all’asimmetria e al possibile abuso del potere contrattuale da parte di alcuni attori” di tale filiera (cfr. Introduzione)²⁸³.

(continued...)

oggetto del contratto; b) esclud[ere] l’applicazione di interessi di mora a danno del creditore o ... il risarcimento delle spese di recupero dei crediti; c) determin[are], in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza, prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli”; a cui va aggiunto il co. 3 in tema di termine di emissione della fattura.

²⁸² Si noti che a tutela della concorrenza i “Principi di buone prassi” in questione, proposti dai membri della piattaforma B2B AIM CEJA CELCAA CLITRAVI Copa Cogeca ERRT EuroCommerce Euro Coop FoodDrinkEurope UEAPME UGAL, non possono essere usati per coordinare direttamente o indirettamente le strategie commerciali, a pena evidentemente di integrare una violazione dell’art. 101 TFUE.

²⁸³ Alcuni esempi di pratiche sleali/comportamenti abusivi sono i seguenti: porre fine unilateralmente alla relazione commerciale senza preavviso o con preavviso troppo breve e senza una ragione obiettivamente giustificabile, ad esempio se gli obiettivi di vendita unilaterali non sono stati raggiunti; porre in essere in via unilaterale cambiamenti nel costo o prezzo di prodotti o servizi in via retroattiva; nascondere nei negoziati contrattuali informazioni essenziali rilevanti per l’altra parte, che essa si aspetterebbe legittimamente di ricevere; usare o condividere con un terzo informazioni sensibili, fornite in maniera confidenziale dall’altra parte, senza autorizzazione in modo da ottenere un vantaggio competitivo; fare in modo di trasferire sull’altra parte un rischio in modo ingiustificato o sproporzionato; imporre richieste di finanziamento delle proprie attività commerciali all’altra parte; impedire all’altra parte di fare legittime dichiarazioni di marketing o promozionali sui suoi prodotti; imporre compensi per l’inserimento nel listino di un nuovo prodotto non proporzionali al rischio di commercializzare dello stesso; minacciare l’interruzione del rapporto per ottenere un

Si noti infine che la vigilanza sulla disciplina in esame e, dunque, il controllo del divieto di abusi è affidato all'AGCoM, con un'estensione della regolazione di questa *Authority* anche alla filiera agro-alimentare.

(continued...)

vantaggio senza giustificazione oggettiva o interrompere deliberatamente il programma negoziale per ottenere un vantaggio ingiustificato; porre in essere comportamenti punitivi nei confronti dell'altra parte a fronte dell'esercizio da parte di questa di suoi diritti; chiedere il pagamento di servizi non resi o prodotti non consegnati o un pagamento che chiaramente non corrisponde al loro valore o costo.

CAPITOLO 3 - L'ABUSO DEL DIRITTO NEI CONTRATTI D'IMPRESA

3.1 La genealogia dell'abuso del diritto nei contratti d'impresa: contratto e concorrenza

Nel settore dei contratti d'impresa la figura dell'abuso del diritto rappresenta uno dei precipitati dell'ampia contaminazione in esso esistente tra l'autonomia contrattuale e gli strumenti, interpretativi e applicativi, del diritto *antitrust*²⁸⁴.

Questa configurazione dell'abuso del diritto ha un eco nelle sue origini che, come si è detto, si rintracciano nell'evoluzione del sistema economico capitalistico²⁸⁵ e nei fenomeni connessi dei cartelli e monopoli od oligopoli industriali, e quindi nell'ambito della regolazione dei mercati e della tutela della concorrenza per la repressione delle pratiche competitive sleali²⁸⁶.

Nel contesto italiano odierno l'abuso del diritto nei contratti d'impresa si trova tuttavia al centro di due paradossi. Il primo paradosso è rappresentato dalla disputa interna alla dottrina civilistica se esso sia figura che appartiene al diritto dei contratti o piuttosto al diritto *antitrust* o della concorrenza. Il secondo paradosso è che, accanto a tale dibattito, permane nei confronti della figura un latente scetticismo, pur a fronte della crescente penetrazione di normative europee che individuano e sanzionano anche esplicitamente ipotesi di abuso²⁸⁷.

²⁸⁴ G. GITTI, P. SPADA, *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 17 che pur non facendo espresso riferimento alla figura dell'abuso del diritto disegnano l'ambiente in cui essa di fatto prospera.

²⁸⁵ Specialmente nei Paesi più industrializzati e con una struttura industriale più dinamica come gli USA e la Germania: G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 2-3 e 7.

²⁸⁶ Per inciso, ricordiamo che un'occorrenza implicita del divieto di abuso del diritto nel Codice civile con specifico riferimento ai rapporti contrattuali d'impresa è il divieto di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. (cfr. per tutti R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 318 e 330). Atti abusivi di concorrenza sleale possono essere compiuti dalla controparte o la concorrenza sleale di un terzo può essere abusivamente sfruttata dalla controparte (vi accennano ad es. F. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, cit., p. 211).

²⁸⁷ Su questi due paradossi vedi ad esempio i contributi raccolti nel volume collettaneo a cura di P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006.

Questi due paradossi non sono privi di nessi: una delle ragioni per cui si cerca di riportare l'abuso nei rapporti d'impresa al contratto, emancipandolo dai fenomeni oggetto del diritto *antitrust*, sta nel tentativo di delineare il relativo divieto alla stregua di un "principio-ponte"²⁸⁸ tra valori costituzionali e legislazione in cui i valori della persona prevalgono su quelli del mercato. Sennonché, le alternative tra contratto e concorrenza e tra contratto e mercato sono in questi termini mal poste²⁸⁹. Come osservò R. Sacco discutendo le opposte visioni solidariste e mercantiliste dell'abuso della libertà contrattuale, "la scelta razionale e sociale è quella del mercato. Ma nel momento in cui la scelta è rivolta al mercato sorge allora la necessità di difendere il contraente, tanto quanto possibile, contro le possibili distorsioni e paralisi del mercato stesso, nonché contro le soggettive ragioni di inefficienza che farebbero avvicinare il soggetto al contratto senza farlo avvicinare al mercato"²⁹⁰.

Infatti, per un verso un contratto d'impresa è una componente di un mercato, che sarà caratterizzato da un certo grado di concorrenza; per altro verso un mercato altro non è che il prodotto e l'insieme interconnesso delle relazioni contrattuali che governano i rapporti commerciali, industriali, organizzativi, etc. di una serie di attori economici che operano in un dato ambito definito da parametri merceologici, geografici, temporali²⁹¹. Mentre quando si guarda al contratto si adotta una prospettiva micro-economica in cui il singolo rapporto è idealmente scisso dal più ampio contesto delle relazioni economiche, quando si guarda al mercato si adotta una prospettiva per così dire macro-economica in cui rileva l'interazione tra vicende e attori economici. Siamo perciò in presenza di lenti differenti con cui guardare

²⁸⁸ La nozione, come noto, di F. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, cit., p. 211, esprime bene un comune modo di concepire il divieto di abuso dell'autonomia contrattuale.

²⁸⁹ Per un primo inquadramento vedi ad es. G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma, 2008. Sulla figura dell'abuso del diritto nel diritto antitrust v. L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2004.

²⁹⁰ SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., p. 233.

²⁹¹ Sul tema per tutti vedi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, *passim*. Con specifico riguardo all'abuso del diritto, accennano al problema, tra gli altri, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto ed il mercato*, Napoli, 2004, p. 4 ss. e G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., pp. 253-256.

un medesimo fenomeno, e non di due fenomeni diversi. Per questa ragione le discipline dei contratti d'impresa non possono essere efficacemente disegnate dal legislatore, coerentemente elaborate dalla dottrina e pertinentemente applicate dalla giurisprudenza senza prestare attenzione alla c.d. disciplina del mercato, e cioè alle regole sulla concorrenza sleale e alla legislazione *antitrust*²⁹². Del resto la consapevolezza dei nessi tra contratto e mercato ha costituito un bagaglio della più accorta dottrina giuridica proprio nel contesto storico-economico in cui si è sviluppata la figura dell'abuso²⁹³. L'attuale riflessione della dottrina civilistica sul ruolo dei contratti d'impresa rispetto al mercato e alla persona, una volta depurata dalle incrostazioni e preoccupazioni dogmatiche, è sintomatica di un problema di fondo cui il diritto (dei contratti e *antitrust*, ciascuno per la propria sfera di competenza) è chiamato a dare risposta: il problema è la razionalizzazione delle attività di impresa per il miglior funzionamento del mercato come sistema complessivo²⁹⁴.

Al riguardo è istruttiva la vicenda dell'abuso del diritto in materia tributaria e in specie la giurisprudenza della sezione tributaria della Suprema Corte che esclude l'abuso quando l'operazione economica volta a ottenere un vantaggio fiscale è sorretta anche da ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione ovvero si palesi coerente rispetto a una normale logica di mercato²⁹⁵.

Si è accennato che nei confronti dell'abuso del diritto permane un latente scetticismo: la critica principale è che sia uno strumento di fatto “*superfluo*” per il giurista e il giudice, finendo per essere “*in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile*”, o al più una categoria parassitaria rispetto a quella della buona fede che “*non vale*”.

²⁹² Così F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 789-790.

²⁹³ In area tedesca si possono ricordare le fondamentali riflessioni di L. RAISER, *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. MAZZONI, trad. di M. GRAZIADEI, Giuffrè, Milano, 1990.

²⁹⁴ Per tutti, vedi F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 795.

²⁹⁵ Ritene che questi criteri dovrebbero servire ad amministrare l'uso della clausola generale dell'abuso del diritto nell'ambito civilistico C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 13 ove sottolinea il nesso tra abuso del diritto e razionalità del mercato.

ad arricchire” la teoria o la prassi, ma piuttosto le rende più confuse²⁹⁶. Secondo una certa linea di pensiero, queste affermazioni appaiono difficilmente discutibili, se ci si accosta all’abuso del diritto in materia di contratti – e, per quanto qui più rileva, in materia di contratti d’impresa – con l’obiettivo di individuare nell’abuso uno strumento operativo autonomo col quale regolare specifiche controversie²⁹⁷. Il discorso sull’abuso del diritto potrebbe svolgersi proficuamente solo sul piano della teoria generale, cioè sul piano dei paradigmi cognitivi e in funzione epistemologica, non in termini di regole di soluzione dei conflitti di interesse tra privati²⁹⁸.

A questa impostazione possono essere mosse più obiezioni.

Anzitutto, l’esperienza dell’abuso del diritto, tanto nel diritto dei contratti quanto nella legislazione *antitrust*, mostra che esso, lungi dall’essere un orpello concettuale, è invece uno strumento operativo sia sul piano micro-economico, in presenza di patologie delle relazioni d’impresa, sia sul piano macro-economico, per la regolazione dei mercati. E’ anche possibile, come si vedrà, individuare un distinto ambito di operatività rispetto alle altre categorie del diritto dei contratti, a cominciare dalla buona fede oggettiva²⁹⁹.

Tratto proprio dell’abuso del diritto è l’esercizio in concreto, non meritevole di tutela per l’ordine giuridico di riferimento, di prerogative comunque riconosciute all’agente. Presupposto dell’abuso è dunque uno spazio di libertà; di qui, storicamente, terreno di elezione dell’abuso sono state le libertà economiche e il loro esercizio nel mercato da parte delle imprese. La logica che ha presieduto queste esperienze è stata di controllo e

²⁹⁶ Cfr. R. SACCO, *L’abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Il diritto soggettivo*, cit., p. 373 e 364 ss.; ID., *L’abuso della libertà contrattuale*, cit., p. 217 ss., spec. p. 218, 226 e 234, le cui tesi sono correntemente citate dagli scettici dell’abuso.

²⁹⁷ Sottolinea il punto, per tutti, F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, cit., p. 1582.

²⁹⁸ Così F. MACARIO, *ult. op. cit.*, pp. 1583-1584.

²⁹⁹ Cfr. infra § 3.5.1.2. Tra i protagonisti del dibattito si possono ricordare F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 311 ss.; G. D’AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 7.

mitigazione degli eccessi (monopolio, accordi di cartello, usura, etc.), non l'inibizione dell'esercizio delle libertà e tanto meno la loro negazione³⁰⁰.

La legislazione *antitrust* stigmatizza, anche al di là del divieto di abuso di posizione dominante, condotte degli operatori economici che sono tutte nella sostanza abusive rispetto al fisiologico funzionamento del mercato concorrenziale³⁰¹. Se alla legislazione *antitrust* aggiungiamo le discipline viste in precedenza (cfr. dall'abuso di dipendenza economica agli abusi nell'affiliazione commerciale, dalle clausole abusive relative ai pagamenti nelle transazioni commerciali agli abusi nella filiera agroalimentare e quelli nelle relazioni di fornitura e approvvigionamento dei carburanti), vediamo che l'abuso del diritto nel settore dei contratti d'impresa si traduce nell'esercizio abusivo degli spazi di libertà di cui gli operatori economici godono nelle relazioni contrattuali e il divieto di abusi è un principio a garanzia del c.d. ordine pubblico economico ovvero del mercato concorrenziale³⁰².

Con specifico riferimento all'abuso di dipendenza economica, va ricordato che la genesi dell'istituto è nel diritto *antitrust*. L'inserimento del divieto nel contesto della disciplina della subfornitura è avvenuto a valle di contrasti con l'AGCoM relativamente al corretto inquadramento della disciplina, tanto che, in un secondo momento, il legislatore si è ravveduto assegnando all'*Authority* una specifica competenza in materia³⁰³. A conferma della vocazione *antitrust* della fattispecie va rilevato che essa integra un meccanismo di *private enforcement* della concorrenza, a livello «micro», rispetto a situazioni in cui vi è dipendenza del processo produttivo o tecnologico (perché vi è necessità di trasmissione di una data tecnologia o uno specifico collegamento tra tecnologie) o è essenziale la

³⁰⁰ Cfr. F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 811.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Cfr. F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 704; cfr. anche ID., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011, p. 491 ss. Sulla nozione di "ordine pubblico economico" di derivazione francese e ampiamente in uso da parte degli Avvocati generali avanti la CGUE v. ad es. recentemente V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 166 ss.

³⁰³ Vedi per tutti G. COLANGELO, *L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logista Italia*, in *Danno e Resp.*, 2010, p. 1175 ss.; più ampiamente, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, cit.

condivisione del *know-how*, vi sono investimenti dedicati, etc. Tutto ciò aumenta i costi di transazione e disequilibrio e asimmetrie possono essere strutturali, relative cioè a quel mercato, o congiunturali, dipendenti dagli operatori coinvolti³⁰⁴. In ogni caso, il divieto di abuso di dipendenza economica come il divieto di abuso di posizione dominante pone un limite all'esercizio delle libertà economiche, sia nel contesto europeo che nazionale, in funzione della costruzione di un mercato (unico) concorrenziale³⁰⁵.

D'altro canto, si è argomentato in modo convincente³⁰⁶ che lo stesso diritto dei contratti del consumatore consiste di regole volte a ripristinare l'autodeterminazione o sovranità economica del contraente non professionale, la quale si fonda sulla libertà di scegliere, fra le alternative offerte dagli operatori economici, quella per sé più vantaggiosa. La disciplina a tutela dei consumatori s'inscrive anch'essa nella regolazione del mercato (come mostra ad es. l'art. 144-*bis* cod. cons. cui si è accennato). L'autonomia negoziale dell'imprenditore offerente non è limitata quanto agli obiettivi: il legislatore europeo non prescrive, né vieta di perseguire un determinato risultato o interesse economico. Vengono piuttosto regolate le modalità di esercizio dell'autonomia negoziale con cui soddisfare i propri interessi economici. In ultima istanza, il limite che la disciplina a tutela dei consumatori pone alla libertà contrattuale dell'imprenditore si risolve proprio nel divieto di abuso dell'autonomia negoziale, il che è non in contrasto ma in accordo con il principio liberale di far sì che i conflitti di interessi tra le parti si compongano secondo i meccanismi del mercato, per la massimizzazione del benessere collettivo³⁰⁷. Per raggiungere tale scopo è necessario vietare agli operatori economici comportamenti opportunistici, cioè di approfittare di un c.d. fallimento del mercato.

³⁰⁴ Cfr. G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, cit., pp. 457-476; Trib. Torre Annunziata, 30-3-2007, cit.

³⁰⁵ Per il panorama europeo v. F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011.

³⁰⁶ Così P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., p. 787 ss.

³⁰⁷ *Ibidem*.

Il problema dell'abuso del diritto nei contratti di impresa può essere dunque riformulato chiedendosi quando l'accordo risulti ragionevole sul piano economico, cioè giustificato da ragioni rispondenti a criteri di razionalità idonei ad attribuire significato economico plausibile al regolamento contrattuale³⁰⁸. Da questa prospettiva il divieto di abuso dell'autonomia negoziale nel settore dei contratti d'impresa si pone quale strumento di regolazione, nel senso della ridefinizione del contenuto contrattuale in senso conforme alle esigenze del mercato, quali emergono dalla prassi commerciale, e di cui il provvedimento regolatore si fa interprete e garante³⁰⁹.

3.2 Le fonti europee e nazionali

Per comprendere la rilevanza dell'abuso del diritto nei contratti d'impresa e il ruolo da esso svolto sia nella dimensione micro-economica, del rapporto *inter partes*, sia nella dimensione macro-economica della regolazione dei mercati è utile ripercorrere i luoghi normativi che contemplano la figura, completando la mappa delle fonti europee e nazionali che si è in precedenza cominciato a delineare.

In primo luogo va evidenziato che il divieto dell'abuso del diritto fa parte del diritto vigente per effetto dell'entrata in vigore dei Trattati sull'Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito in breve TUE e TFUE) e, dunque, della Carta di Nizza che reprime appunto l'abuso di diritto all'art. 54³¹⁰, a norma del quale nessuna disposizione della Carta medesima “*deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare*

³⁰⁸ Questo orientamento trova riscontri nella giurisprudenza. Si segnala ad es. Trib. Roma, sez. X, 4-7-2011, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia* secondo cui la ristrutturazione organizzativa e logistica della propria attività costituiscono legittima espressione del principio, di livello costituzionale, di libera iniziativa economica (artt. 2 e 41 Cost.) e la scelta di una distribuzione più razionale finalizzata all'abbattimento dei costi, in linea con una gestione economica dell'attività imprenditoriale basata sul profitto, è un interesse meritevole di apprezzamento che esclude l'abuso del diritto (nella specie si trattava di mancata rinnovazione del rapporto). Per alcuni riferimenti di dottrina vedi *supra* § 4.1.

³⁰⁹ Questa prospettiva in generale sulla regolazione, pur senza esplicito riferimento all'abuso del diritto, è delineata da G. GITTI, P. SPADA, *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 18, le cui considerazioni ben si attagliano alla figura oggetto di questo elaborato.

³¹⁰ Lo sottolinea, in particolare, F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, cit., p. 319.

un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà” da essa riconosciuti “o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle” previste dalla stessa. Tra le libertà garantite dalla Carta vi è la libertà d'impresa che ex art. 16 è riconosciuta “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”. Nel contesto giuridico europeo, il divieto di abuso del diritto è considerato un principio generale del diritto dell'Unione che si è affermato sul solco delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e grazie all'opera giurisprudenziale della Corte di Giustizia³¹¹.

Applicando questo principio alla materia dei rapporti d'impresa, e coordinandolo con i principi in materia di concorrenza (cfr. art. 3, 32 TUE), nonché le regole di concorrenza applicabili alle imprese (cfr. art. 101 ss. TFUE), ne consegue che è vietato abusare della libertà d'impresa in maniera pregiudizievole al commercio tra Stati membri e al mercato interno. Costituisce esercizio abusivo di tale libertà ad esempio eludere le regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (cfr. art. 3 TUE), oppure tenere contegni che si pongono in contrasto con l'obiettivo di accrescere la capacità di concorrenza delle imprese o che falsano le condizioni di concorrenza sui mercati dei prodotti finiti (cfr. art. 32 TUE).

Le regole di concorrenza applicabili alle imprese sancite nel TFUE sono un quadro di riferimento fondamentale per l'abuso del diritto e, in specie, dell'autonomia contrattuale nel settore dei rapporti d'impresa. La prima fattispecie da considerare è evidentemente l'abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 (ex art. 82 del TCE)³¹², che, nel fornire un'elencazione esemplificativa di pratiche abusive mostra chiaramente che tali pratiche sono il risultato dell'esercizio, appunto abusivo, di prerogative negoziali (per mezzo ad es. di clausole o patti che impongono “*direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque*” oppure limitano “*la produzione, gli sbocchi o lo*

³¹¹ Cfr. A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 ss.; N. BROWN, *Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?*, in D. Curtin, T. Heukels (eds.), *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, vol. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 511 ss.

³¹² Per un primo inquadramento v. S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001.

sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”; è abusivo pattuire o di fatto applicare, mediante comportamenti concludenti, “*nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando (...) uno svantaggio per la concorrenza*” e inoltre “*subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l’oggetto dei contratti stessi*”). Di per sé la posizione dominante è un fatto prettamente economico che si ricollega però a una situazione giuridica complessiva dell’impresa sul mercato in cui opera: l’abuso di posizione dominante rientra a tutti gli effetti nella categoria dell’abuso del diritto, perché ciò di cui si abusa è la libertà contrattuale nelle varie forme in cui essa può essere esercitata nei rapporti e nelle operazioni commerciali con gli altri operatori economici³¹³.

L’abuso è presente però, implicitamente, anche nelle altre fattispecie di concorrenza, dalle intese, alle concentrazioni³¹⁴, agli aiuti di Stato³¹⁵; e, anche in questo caso, si tratta di esercizio abusivo di prerogative negoziali.

Confrontando le fattispecie di intesa vietate ex art. 101 TUE con l’abuso di posizione dominante risulta che gli accordi tra imprese e le pratiche concordate vietate, in quanto pregiudizievoli per il commercio tra Stati e la concorrenza all’interno del mercato interno, coincidono con le pratiche abusive ex art. 102 TUE³¹⁶. La *ratio* anti-abusiva della disciplina delle intese risulta anche dalla possibilità di esenzione per gli accordi e le pratiche concordate che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte

³¹³ Cfr. F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, cit., p. 128 ss.

³¹⁴ Cfr. Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

³¹⁵ A norma dell’art. 108 TFUE (ex art. 88 TCE) ove un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, sia attuato in modo abusivo, deve essere soppresso o modificato in modo da eliminare l’abuso nel termine fissato dalla Commissione.

³¹⁶ L’unica differenza è data dalla lett. c) dell’art. 101, che concerne la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento.

dell'utile senza eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e di imporre restrizioni non indispensabili alle imprese interessate³¹⁷.

Numerosi sono poi i riferimenti all'abuso del diritto, in relazione ai rapporti di impresa, nelle fonti secondarie (regolamenti, direttive, decisioni, cui si affiancano comunicazioni e raccomandazioni della Commissione³¹⁸) e negli altri atti a rilevanza internazionale delle istituzioni come ad es. gli accordi di partenariato e gli accordi multilaterali che hanno l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione delle norme europee sopra considerate oltre i confini dell'Unione³¹⁹.

³¹⁷ Tra i regolamenti di applicazione cfr. Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, che succede al Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, avente termine di scadenza 31 maggio 2010.

³¹⁸ Anche se comunicazioni e raccomandazioni non sono atti vincolanti, di fatto essi hanno oramai sicura rilevanza per i diritti nazionali come dimostra ad es. la Direttiva 4 maggio 2010 emanata dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano di attuazione della Comunicazione della Commissione U.E. del 25 giugno 2008, recante «*Pensare anzitutto in piccolo*» uno «*Small Business Act*» per l'Europa (G.U. 23 giugno 2010, n. 144), la quale nel promuovere una politica energetica maggiormente in linea con le esigenze delle piccole imprese, richiede l'azione di misure volte a evitare situazioni di abuso di posizione dominante degli operatori energetici nel settore dei servizi post-contatore.

³¹⁹ Si tratta di atti per cui occorre la ratifica ed esecuzione con legge interna. Tra i molti accordi, si possono ricordare a titolo d'esempio i seguenti: Accordo di partenariato economico del 15 ottobre 2008 tra gli Stati del CARIFORUM, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, con Allegati, Protocolli, Dichiarazioni e Atto finale, ratificato con L. 24 agosto 2011, n. 154, di cui v. art. 126 e art. 111 che impone l'introduzione di misure «*volte a impedire che i fornitori, soprattutto nel quadro delle reti di distribuzione turistica, possano influire sostanzialmente sulle condizioni di partecipazione al mercato dei servizi turistici ponendo o mantenendo in essere pratiche anticoncorrenziali quali, tra l'altro, l'abuso di posizione dominante mediante l'imposizione di prezzi non equi, le clausole di esclusiva, il rifiuto di negoziare, le vendite vincolate, le restrizioni quantitative o l'integrazione verticale*». Per «reti di distribuzione turistica» si intendono gli operatori turistici e altri grossisti del turismo (in partenza e in arrivo), i sistemi telematici di prenotazione e i sistemi di distribuzione globale (anche non collegati a compagnie aeree o forniti via Internet), le agenzie di viaggio e altri distributori di servizi turistici; Accordo multilaterale del 9 giugno 2006 tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, la Repubblica di Albania, la Bosnia-Erzegovina, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica di Croazia, l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia, la Repubblica d'Islanda, la Missione delle Nazioni Unite per l'amministrazione ad interim nel Kosovo, la Repubblica di Montenegro, il Regno di Norvegia, la Romania e la Repubblica di Serbia, relativo all'istituzione di uno Spazio aereo comune europeo, con Allegati, ratificato con L. 4 giugno 2010, n. 91 (in vigore dal 15 settembre 2010) che all'art. 3 estende in sostanza le norme di concorrenza UE sopra esaminate agli scambi tra le imprese delle Parti contraenti; L. 3 ottobre 2002, n. 235, di ratifica ed esecuzione dell'Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, con allegati, protocolli, dichiarazioni e atto finale, fatto a Cotonou il 23 giugno 2000, dell'Accordo interno tra i rappresentanti dei Governi degli Stati membri relativo al finanziamento e alla gestione degli aiuti, nonché alla concessione di un'assistenza finanziaria ai Paesi e territori d'oltremare, con allegato, fatto a Bruxelles il 18 settembre 2000, e dell'Accordo interno tra i rappresentanti dei Governi degli Stati membri relativo ai provvedimenti ed alle procedure di applicazione dell'Accordo ACP-CE, con allegato,

Venendo alle fonti interne, per un inquadramento dell'abuso del diritto nei rapporti di impresa è appena il caso di ricordare che, non solo i TUE e TFUE, ma la Costituzione stessa sancisce la libertà d'iniziativa economica e contempla espressamente, dal 2001, la “*tutela della concorrenza*” fra le competenze statali esclusive³²⁰. Fare riferimento alle fonti primarie europee e alla Costituzione non vuole dire “*scivolare in una ... retorica dell'appiglio costituzionale*”, cioè aggrapparsi a valori supremi per coprire l'assenza di solide basi giuridiche³²¹. Infatti la ricerca del fondamento del divieto di abuso del diritto nell'ambito contrattuale dei rapporti d'impresa non ha certo bisogno di scorciatoie. Oltre alle normative esaminate in precedenza (cfr. art. 9, l. n. 192/1998; l. n. 129/2004; art. 7, d.lgs. 231/2002, come mod. dal d.lgs. 192/2012; artt. 17 e 62 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con mod., dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), altre normative nazionali concorrono a dar corpo alla figura. Per quanto detto vi sono anzitutto le norme nazionali per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr. l. n. 10 ottobre 1990 n. 287). Come in ambito europeo anche in ambito nazionale, si parla esplicitamente di “*abuso*” solo in relazione, appunto, all'abuso di posizione dominante (cfr. art. 3, L. 287/1990). Tuttavia anche le altre fattispecie vietate (accordi, pratiche concordate e concentrazioni) costituiscono ipotesi d'esercizio abusivo di prerogative negoziali. In tema di intese e abuso di posizione dominante le fattispecie peraltro, come noto, sono del tutto analoghe a quelle europee, sicché vale quando si è già detto³²².

(continued...)

fatto a Bruxelles il 18 settembre 2000, v. art. 45 che estende in sostanza le norme di concorrenza UE sopra esaminate agli scambi tra le imprese delle Parti contraenti (Per la modifica dell'Accordo di partenariato di Cotonou e dell'Accordo ACP-CE v. l. 9 novembre 2007, n. 215 e l. 27 ottobre 2011, n. 197).

³²⁰ Lo ricorda L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 253 ss.

³²¹ Mette in guardia da questo rischio, a proposito dell'art. 2 e del valore della solidarietà ad es. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 686, ma il discorso si può estendere anche agli altri valori ivi inclusi quelli del mercato e della concorrenza (ex art. 41 e 117, co. 1, lett. e) Cost.)

³²² Al più vi sono variazioni linguistiche, che però non incidono sulla sostanza: ad es. l'art. 102 TFUE parla di “*condizioni di transazione non eque*”, laddove l'art. 3 L.287/1990 parla di “*condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*”. Piuttosto, per vedere l'effettiva consonanza degli abusi a rilevanza europea e a rilevanza meramente interna contano le prassi, da un lato, della Commissione e della Rete europea della concorrenza (REC) e, dall'altro lato, dell'AGCoM italiana.

Quanto al fenomeno delle concentrazioni, anch'esse sono manifestazione della libertà di iniziativa economica. L'esercizio in concreto del diritto di porre in essere operazioni di concentrazione tra imprese può però essere esercitato in maniera abusiva, determinando *“la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale”* tale *“da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza”* e ove ciò avvenga è sanzionato (cfr. artt. 5 e 6 l. 287/1990). L'esercizio abusivo si può concretare in una fusione o in un'operazione di acquisizione del controllo di una o più imprese (cfr. art. 7, L. 287/1990) o nella costituzione di una nuova società che dà luogo a un'impresa comune. *“Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione”* (cfr. art. 6, co. 1, cit.).

Anche le imprese che, per legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale od operano in regime di monopolio, non possono abusare dell'adempimento degli specifici compiti loro affidati per porre in essere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono come monopoliste, ad esempio svolgendo tali attività solo in apparenza mediante società separate (cfr. art. 8, co. 2 e 2-bis). Inoltre, qualora rendano disponibili a società partecipate o controllate nei mercati in cui non operano come monopoliste beni o servizi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività di monopolio, non possono abusarne ad esempio imponendo condizioni di accesso ai beni o servizi non equivalenti alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, co. 2-*quater*, L. 287/1990).

Sparsa nelle fonti di rango legislativo e regolamentare vi sono poi numerose altre norme che fanno da cerniera fra le norme *antitrust* e la disciplina dei contratti d'impresa e costituiscono interventi puntuali ma reiterati in tema di abuso che legittimano la figura nell'ambito dei

contratti d'impresa³²³. Se è vero che talune di queste discipline estendono o specificano l'applicabilità delle norme già viste a particolari settori d'impresa³²⁴, vi sono nondimeno anche ulteriori e autonome ipotesi di abuso.

Ad esempio, in tema di informazioni che i costruttori dei motori devono fornire ai concessionari/meccanici autorizzati per la diagnosi, il servizio, l'ispezione, il controllo periodico o la riparazione del motore, si esonera il costruttore da tale obbligo ove le informazioni siano coperte da diritti di proprietà intellettuale o costituiscano il *know-how* specifico del costruttore e/o dei fornitori OEM (*i.e.* produttori di materiali originali); ma “*le informazioni tecnicamente necessarie non possono essere negate in maniera abusiva*”³²⁵.

In tema di obblighi di informazione delle imprese del gas “[*n*]el corso di operazioni di compravendita da parte di imprese collegate, alle imprese... [*che gestiscono impianti di liquefazione o rigassificazione di GNL, e alle imprese di distribuzione e di stoccaggio di gas naturale*] è fatto divieto di abuso delle informazioni commercialmente sensibili acquisite da terzi nel negoziare o fornire l'accesso ai sistemi e agli impianti gestiti dalle stesse imprese”³²⁶.

³²³ Cfr. ad es. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 703, che si mostra comunque prudente parlando di un mero tentativo e considera in particolare l'art. 9 L. 192/1998 “norma cerniera” tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza ma il discorso dell'A. può essere esteso alle altre normative qui esaminate.

³²⁴ Cfr. ad es. art. 19 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 l. 17 maggio 1999, n. 144, secondo cui le norme in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 si applicano alle imprese di gas naturale. L'art. 6 del D.lgs. 27 maggio 2005, n. 102, in tema di regolazione dei mercati agroalimentari dispone che gli statuti delle organizzazioni comuni devono prevedere espressamente nei propri statuti regole atte a garantire alle associate il controllo democratico dell'organizzazione ed evitare qualsiasi abuso di posizione dominante o di influenza di una o più organizzazioni nella gestione e nel funzionamento.

³²⁵ D.M. 25 ottobre 2007 del Ministero dei trasporti, di recepimento delle direttive 2005/78/CE e 2006/51/CE, relative alle emissioni di inquinanti gassosi, Allegato IV “Informazioni di riparazione”.

³²⁶ Art. 20, co. 5-ter, D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, cit. *supra*, aggiunto dal comma 1 dell'art. 22, D.Lgs. 1 giugno 2011, n. 93, a decorrere dal 29 giugno 2011 ai sensi di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 50 dello stesso decreto. Vedi, anche, la lettera b) del comma 1 dell'art. 45 del medesimo D.Lgs. n. 93/2011 di Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE.

Entro la copiosissima regolamentazione delle *Authorities*, si possono poi ricordare gli abusi relativi all'obbligo di comunicazione tra *recipient* e *donating* della cessazione del contratto precedente e all'attivazione di servizi non richiesti da parte dei clienti. A titolo d'esempio, ai sensi del comma 2-*bis* all'art. 17 della delibera 4/06/CONS, la proposta di consultazione prevede l'obbligo del *recipient* di inviare al *donating*, contestualmente alla richiesta di attivazione del servizio intermedio, copia della comunicazione del cliente che attesta la volontà di cessare il contratto in essere. Secondo l'AGCoM, "*il cliente che ha subito l'attivazione non richiesta deve poter comunicare al donating di aver subito tale abuso*"³²⁷. Quando poi esso si concretizza in sistematiche azioni di *winback*, da parte di un operatore con significativo potere di mercato, configura ai sensi dell'art. 3 l. n. 297/1990 un abuso di posizione dominante³²⁸.

Un altro contesto in cui vi è una evidente sovrapposizione tra l'esercizio abusivo di prerogative negoziali, in spregio ai rapporti *inter partes*, e abusi del mercato in danno anche di terzi è costituito dal divieto di abuso delle c.d. informazioni privilegiate o confidenziali. Anche in questo contesto il divieto di abusi a cominciare dai rapporti negoziali è funzionale al buon funzionamento dei mercati e rappresenta uno strumento per la loro regolazione da parte delle *Authorities*. La disciplina europea e nazionale è copiosissima e coinvolge numerosi mercati³²⁹, non solo quello forse più noto degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio³³⁰. In tale settore, si segnala una recente

³²⁷ Del. Aut. Gar. Com. 6 giugno 2007, n. 274/07/CONS che reca modifiche e integrazioni alla Del. Aut. Gar. Com. 4/06/CONS "*Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*"; vedi, anche, *inter alia*, Del. 17 settembre 2008, n. 68/08/CIR e 24 luglio 2009, n. 41/09/CIR "*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*".

³²⁸ App. Milano nel procedimento cautelare civile n. 1043/2006, in cui si ordina a Telecom Italia di cessare e non ripetere tali azioni ai danni di Fastweb.

³²⁹ Cfr. ad es. alle vendite all'asta delle quote di emissioni dei gas a effetto serra a norma della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema per lo scambio tali quote: cfr. da ultimo Reg. (CE) 12-11-2010 n. 1031/2010, ad es. art. 42.

³³⁰ Cfr. ad es. Dir. 2003/6/CE del 28 gennaio 2003 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato); per alcune modalità di esecuzione vedi Dir. 2004/39/CE, Reg. (CE) n. 2273/2003, Dir. 2003/124/CE, Dir. 2003/125/CE, Dir. 2004/72/CE. Quanto al diritto interno, cfr. art. 114 e 64 TUF e Reg. di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n.

modifica all'art. 114, co. 3, TUF secondo cui “*Gli emittenti quotati possono, sotto la propria responsabilità, ritardare la comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate, al fine di non pregiudicare i loro legittimi interessi, nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla Consob con regolamento, sempre che ciò non possa indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali e che gli stessi soggetti siano in grado di garantirne la riservatezza*”³³¹. E' facile prevedere che questa norma costituirà un terreno fertile per più o meno fondate censure di abuso da parte dei clienti, specialmente se la futura disciplina di attuazione non fisserà forme e condizioni sufficientemente specifiche per l'esercizio di tale facoltà.

3.3 L'abuso nei rapporti contrattuali tra imprese e i c.d. fallimenti del mercato

La dottrina giuridica attenta al fenomeno dell'impresa sottolinea, da tempo, la necessità di autonomia dell'imprenditore per l'equilibrio del mercato, sul presupposto che non ne sia fatto un uso vessatorio/abusivo tale da turbare tale equilibrio³³². Altri autorevoli studiosi, muovendo dal presupposto che la libertà di commercio è di comune interesse e non può essere alterata da un uso anormale/abusivo della medesima, hanno proposto di considerare le coalizioni industriali fatte allo scopo di alterare ingiustamente il normale svolgersi dei prezzi

(continued...)

58, adottato con del. CONSOB n. 11971 del 14 maggio 1999 e s.m. e i. e Reg. di attuazione del medesimo d.lgs. concernente la disciplina dei mercati, adottato con del. CONSOB n. 16191 del 29 ottobre 2007 e s.m. e i.

³³¹ Art. 1, co. 10, D.Lgs. 11-10-2012 n. 184 di attuazione della direttiva 2010/73/UE, recante modifica delle direttive 2003/71/CE relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e 2004/109/CE sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, in vigore dal 13 novembre 2012. Allo stato la disciplina Consob di attuazione è l'art. 66-bis “*Ritardo della comunicazione*”, nella versione da ultimo mod. con la del. 20 gennaio 2012, n. 18079.

³³² Cfr. A. ASQUINI, *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, pp. 3-14, spec. p. 13.

come una forma di abuso nell'esercizio di tale libertà offensiva del pubblico interesse al corretto svolgersi del commercio³³³.

In realtà il mercato è *naturaliter* uno spazio dinamico in cui l'equilibrio si genera istante per istante. Ciascuna situazione di mercato può essere valutata normale o anomala solo *coeteris paribus*. La concorrenza è fenomeno altrettanto dinamico e mobile. Come si è osservato, è fondamentale per l'efficacia di qualsiasi intervento normativo, sia esso funzionale all'instaurazione, alla preservazione o all'accrescimento della concorrenza su un certo mercato, sfuggire al “*rischio di un'autofagia: se qualcuno vincesses definitivamente la competizione, il rischio si tradurrebbe in sinistro*”³³⁴.

In questo quadro l'abuso del diritto è considerato sintomo di un disequilibrio cioè di un fallimento del mercato e, di conseguenza, il suo divieto uno strumento per porre rimedio o per evitare simili fallimenti³³⁵. In chiave teleologica esso può giustificare misure di governo delle relazioni contrattuali d'impresa e una regolazione dei mercati nell'ottica della «simulazione» della concorrenza. Specialmente in quei settori, in cui, per ragioni storiche o strutturali, la concorrenza non esiste effettivamente o è di lenta e difficile instaurazione, tramite il divieto di abuso del diritto è cioè possibile introdurre in via regolamentata meccanismi di competitività a garanzia di un miglior funzionamento del mercato a beneficio di tutti gli operatori, inclusi gli utenti o consumatori³³⁶.

³³³ Cfr. G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, II, Bocca, Torino, 1906, p. 540. Anche secondo la giurisprudenza europea solo transazioni commerciali normali possono godere della protezione del diritto (dell'UE): cfr. ad es. CGCE, 10 gennaio 1985, nella causa C-229/83, *Leclerc et alii*, di cui si vedano specialmente le conclusioni dell'Avvocato Generale. Sul tema v. F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, cit., p. 135 ss.

³³⁴ Cfr. G. GITTI, P. SPADA, *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 18.

³³⁵ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., pp. 846-847.

³³⁶ La rilettura in chiave teleologica della regolazione dei mercati a cui si fa riferimento ed entro la quale si colloca la figura dell'abuso del diritto nel presente elaborato è tratta da G. GITTI, P. SPADA, *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 17.

Si tratta di un approccio strategico verso un *nuovo diritto dell'economia*³³⁷, per la cui riuscita è tuttavia necessario in primo luogo modificare il registro lessicale e il bagaglio concettuale tradizionale³³⁸.

Ai concetti già conosciuti al codice civile e ampiamente studiati dalla dottrina, occorre affiancare concetti tratti dalla micro-economia e dall'analisi economica del diritto, nelle svariate branche in cui esse si dipanano³³⁹, a cominciare ad esempio dalla distinzione tra breve e medio-lungo periodo, dalle nozioni di costi transattivi, costi marginali e medi, barriere all'ingresso/uscita, (dis)economie di scala, esternalità o diseconomie esterne, prezzi predatori, quasi rendita, *hold-up*, opportunismo, *sunk costs*, investimenti specifici non riconvertibili, *unbundling*, *essential facilities*³⁴⁰, etc.

È significativa in proposito la recente introduzione del “*contratto di rete*”, secondo cui “*due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la*

³³⁷ G. GITTI, P. SPADA, *ult. op. cit.*, p. 22.

³³⁸ G. GITTI, P. SPADA, *ult. op. cit.*, p. 21.

³³⁹ La letteratura sul diritto dei contratti d'impresa e i fallimenti del mercato è molto ampia. Per un accostamento al tema si segnala l'opera S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001. In generale, sui fallimenti del mercato (nella prospettiva micro-economica), B. SALANIÉ, *Microeconomics of market failures*, MIT press, Cambridge, Mass., 2000. Suggerisce questa prospettiva ad es. G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 225 ss., che però include l'abuso del diritto tra i vecchi arnesi del mestiere del giurista.

³⁴⁰ Lessico, modelli e test tratti dalla micro-economia sono di ampio uso nelle istituzioni e nella giurisprudenza europee, ma vi fa crescente riferimento anche la giurisprudenza nazionale, stimolata in ciò anche dalle *authorities* nazionali che da tempo fanno un uso notevolissimo e costante dello strumentario economico per la regolazione dei mercati e l'individuazione degli abusi tra operatori economici. A mero titolo d'esempio, *ex plurimis*, ricordiamo due provvedimenti: Del. Aut. Gar. Com. 9 aprile 2008, n. 159/08/CONS in tema di “*Mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali (mercato n. 18 della raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE): individuazione degli obblighi regolamentari*”, in G.U. 3 maggio 2008, n. 103, S.O. (per la proroga degli obblighi previsti da tale provvedimento, v. art. 3, co. 1, Del. 20 gennaio 2011, n. 24/11/CONS); Del. AEEG 15 febbraio 2006, n. 31/06 di “*Chiusura di procedimento relativo al mercato della vendita del gas naturale ai clienti finali di cui all'articolo 14, comma 1, della Del. Aut. en. el. e gas 4 dicembre 2003, n. 138/03*”, in G.U. 7 marzo 2006, n. 55, S.O. In dottrina, v. A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Carocci, Milano, 2005; V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giappichelli, Torino, 2003.

competitività sul mercato” (cfr. art. 3, co. 4-ter e ss., l. 9 aprile 2009, n. 33)³⁴¹. La tipizzazione di tale contratto è declinata in termini economici e teleologici e può ricomprendere molteplici tipi tradizionali o forme contrattuali socialmente tipiche. Dunque, la stessa legge guarda all’attività contrattuale d’impresa come a una relazione-operazione economica collocata su un mercato visto come l’arena in cui agenti razionali agiscono secondo la logica concorrenziale. Si tratta di una prosecuzione della tendenza inaugurata già con la disciplina della subfornitura che, come noto, si differenzia dalla fornitura proprio perché dà rilievo al fattore industriale della catena produttiva o filiera.

Il punto rilevante è che da questi aspetti, che se vogliamo sono prettamente economici, la legge ricava sempre più la necessità di una diversa regolamentazione.

In effetti, specialmente ove le imprese effettuano investimenti irrecuperabili nel breve periodo in vista di operazioni economiche complesse, destinate a protrarsi nel medio o lungo periodo e caratterizzate da notevoli imprevisti, il contratto diventa un primario mezzo di organizzazione e coordinamento delle attività d’impresa³⁴². In presenza di caratteristiche come quelle appena evidenziate o di specificità strutturali di mercato, per la presenza di vincoli o collegamenti tra tecnologie o imposti dalla catena di produzione l’autodeterminazione negoziale e le possibilità di abuso assumono tratti del tutto diversi da quelli concepibili nei rapporti di consumo dove il fallimento fondamentale è dato in sostanza da asimmetria sul piano informativo e cognitivo e del potere di contrattare³⁴³.

Nell’accostarsi all’abuso del diritto nelle relazioni d’impresa è necessario proiettare la relazionalità perlopiù a medio o lungo termine e considerare il singolo contratto e le sue clausole come un segmento esecutivo o un momento attuativo di più ampie e complesse operazioni industriali. Dare adeguato rilievo a tali relazioni significa indagarne i fattori

³⁴¹ Per un primo commento, v. A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, cit., p. 617 ss. In precedenza, si veda la ricostruzione sistematica dell’itinerario legislativo delle reti d’impresa di C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 928 ss.

³⁴² Cfr. O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, a cura di M. TURVANI, Franco Angeli, Milano, 1987, che nella letteratura costituisce una pietra miliare della riflessione sul tema.

³⁴³ Cfr. A. MASTRORILLI, *L’abuso del diritto e il terzo contratto*, cit., p. 347 ss.

tecnici e tecnologici, prima ancora che giuridici; senza considerare questi profili non è possibile valutare il grado di autonomia decisionale, organizzativa e, in definitiva, poi negoziale della singola impresa, né le dinamiche interne ai gruppi industriali³⁴⁴.

Scendendo più nello specifico, l'imposizione di prezzi può scaturire dalla conclusione di più contratti a prezzi di carattere monopolistico³⁴⁵, e per stabilirlo occorre esaminare la situazione concreta alla luce dei modelli di mercato concorrenziale e monopolistico.

Una concentrazione si può realizzare quando, tramite contratti di distribuzione, ad es. mediante la stipula di più contratti di *franchising*, un'impresa acquisisce il controllo di più imprese³⁴⁶. Se poi l'impresa controlla le imprese distributrici tramite clausole di esclusiva o altre che impongono prezzi ingiustificatamente gravosi, vi sarà abuso se il prezzo è subito anziché concordato³⁴⁷. Per stabilire se vi è o meno un abuso, occorrerà determinare quale sarebbe il prezzo normale su quel mercato, oltre che le caratteristiche sul piano strutturale e funzionale della rete distributiva³⁴⁸.

Ancora, la necessità di ristrutturare il sistema distributivo può rappresentare un fattore suscettibile di spianare la strada all'interruzione (purché non dall'oggi al domani) del rapporto. Nell'interpretazione della giurisprudenza europea presupposto imprescindibile è l'esigenza di una modifica significativa, sul piano sia sostanziale che geografico, delle strutture di distribuzione del fornitore interessato, modifica che deve essere giustificata in

³⁴⁴ Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 21.

³⁴⁵ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, cit., p. 253 ss.

³⁴⁶ Gli economisti usano un indice per calcolare il grado di concentrazione del mercato: Herfindahl-Hirschman Index (HHI). Sul tema delle concentrazioni anche con attenzione ai modelli della prassi internazionale e ai rimedi, v. per tutti G. ALPA, *Concentrazioni societarie e disciplina della concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 695 ss.

³⁴⁷ Cfr. in questo senso CGCE, 20 settembre 2001, nella causa C-453-99, per esteso all'indirizzo <http://curia.europa.eu>.

³⁴⁸ L'applicazione di test di prezzo è uno degli strumenti regolamentari utilizzati dalle *authorities* al fine di promuovere la concorrenza e lo sviluppo del mercato, attraverso la prevenzione di possibili comportamenti abusivi. Sul test di prezzo e le pratiche abusive di *Price Squeeze* (PS) e *Margin Squeeze* (MS) v. ad es. Del. Aut. Gar. Com. 23-9-2010, n. 499/10/CONS di Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS "Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa" (G.U. 28 ottobre 2010, n. 253, S.O.).

modo plausibile sul piano dell'efficacia/efficienza economica. Ad esempio, devono ricorrere circostanze obiettive interne o esterne all'impresa del fornitore, le quali, tenuto conto del contesto concorrenziale nel quale egli opera, potrebbero pregiudicare la rete di distribuzione esistente in mancanza di una rapida riorganizzazione³⁴⁹. Anche in questo caso per evitare abusi o che il loro divieto copra operatori inefficienti occorre un'analisi del mercato e del sistema distributivo delle imprese che vi operano.

Peraltro, una relazione contrattuale può nascere in un ambiente concorrenziale e tale da non prospettare uno squilibrio economico del rapporto. E' però possibile che si generi una dominanza o dipendenza per lo specifico contenuto delle clausole o semplicemente, di fatto, per le caratteristiche e l'evoluzione del mercato in cui il rapporto è eseguito³⁵⁰. Tali ipotesi non sono di per sé sintomatiche di abuso se si considera che l'esistenza di sopravvenienze sia positive che negative in termini rischi, costi, utili, etc. fa parte della fisiologia del mercato. In presenza di simili cambiamenti non previsti o non prevedibili *ab origine* il problema è di stabilire se l'appropriazione da parte di un contraente di una parte dell'utile che, in base alle previsioni contrattuali, doveva remunerare l'attività e il rischio dell'altro contraente sia fisiologica o patologica. La circostanza che una parte abbia una posizione dominante sul mercato o un significativo potere non la priva *“del diritto di tutelare i propri interessi commerciali ma, in ragione della speciale responsabilità su di essa gravante, la valutazione del comportamento volto al conseguimento dell'utile deve essere svolta alla luce del criterio di proporzionalità, in base a cui l'impresa deve impiegare i soli mezzi necessari al perseguimento di legittimi obiettivi”*³⁵¹.

³⁴⁹ Così A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”: l'abuso del diritto alla riscossa*, cit., p. 95 testo e nota 2; CGCE, 30-11-2006, cause riunite C-376 e C-377/05, *Brünsteiner*, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Unione europea*, [n. 1112]; 7-9-2006, causa C-125/05, *Vulcan Silkeborg*, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Unione europea*, [n. 1165].

³⁵⁰ Affronta il problema, trattando dell'abuso di dipendenza economica, ad es. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., pp. 62-63.

³⁵¹ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 11 settembre 2001, n. 7433, in relazione al proc. A274 STREAM c. TELEPIÙ (Prov. AGCoM 14 giugno 2000, n. 8386, in *Bollettino* n. 23/2000).

Ancora, di regola si ritiene che il rifiuto totale o parziale di vendere o acquistare sia abusivo, qualora sia arbitrario cioè non giustificato da ragioni obiettive. Ma per stabilire se vi sono ragioni di questo ordine, per un verso è necessario sapere come si dovrebbero svolgere relazioni commerciali competitive sul mercato; per altro verso, occorre tenere conto che un'impresa è un bene vivo la cui vitalità consiste essenzialmente nella possibilità, a seconda delle circostanze, di mantenere ovvero modificare o diversificare continuamente la propria strategia produttiva o commerciale³⁵².

Al riguardo, la giurisprudenza spesso ma non sempre mostra di fare buon governo delle nozioni e indicazioni che derivano dagli studi economici. Così ad esempio, un giudice di primo grado ritiene che l'esercizio del recesso convenzionale del concedente sia stato abusivo, poiché lo stesso avrebbe imposto anche durante il periodo di preavviso vincoli e obblighi alla controparte, quali ad esempio la ristrutturazione dei locali commerciali, l'acquisto di forniture, la partecipazione a corsi di aggiornamento, etc. In questo modo, a parere del giudicante, il concedente avrebbe suscitato nel concessionario una legittima aspettativa nella prosecuzione del rapporto o comunque mantenuto ai massimi livelli gli obblighi della controparte, vanificando così lo scopo dell'obbligo di preavviso. La Corte di appello esclude per contro l'abuso considerando il recesso funzionale a documentate esigenze di riorganizzazione della rete di vendita, risultanti dal relativo progetto e dal contestuale recesso nei confronti degli altri concessionari della rete. I giudici di secondo grado sottolineano che occorre distinguere tra *“una scelta imprenditoriale, piuttosto che (...) un intento discriminatorio nei confronti della controparte”*³⁵³.

Sul punto giova ricordare alcuni principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa in materia di abuso di posizione dominante ma che sono utili anche per accertare eventuali abusi nell'ambito negoziale.

Per esempio di regola *“il mero intento di escludere il concorrente dal mercato è di per sé irrilevante”* e pratiche commerciali quali sconti per incoraggiare la fedeltà dei clienti non

³⁵² Cfr. G. D'AMICO, *ult. op. cit.*, p. 66 nota 72.

³⁵³ Cfr. App. Roma sez. II, 2-2-2006, per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*.

integrano un abuso se sono giustificati da specifiche ragioni di efficienza o da altre obiettive giustificazioni economiche³⁵⁴.

Una pratica che può integrare un abuso del diritto è la strategia dei prezzi predatori che consiste nella condotta di un'impresa che nel breve periodo deliberatamente abbassa i propri prezzi e soffre perdite o rinuncia a profitti, al fine di eliminare o disciplinare uno o più concorrenti nel medio-lungo periodo. Per la giurisprudenza sono tendenzialmente abusive le politiche di prezzo idonee a escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente: parametri di riferimento in uso sono i costi totali medi o il costo incrementale medio di breve periodo che l'impresa sopporta³⁵⁵.

Un altro ambito di rilevanza dell'abuso rispetto ai fallimenti del mercato riguarda la concessione in licenza dei diritti di proprietà intellettuale.

In un caso in cui si lamentava che il reiterato rifiuto di un editore di riprodurre nella rassegna stampa determinati articoli nascondesse sotto all'esercizio del diritto un abuso, la Cassazione afferma che il rifiuto anche sistematico di concedere licenze non dà luogo ad abuso del diritto (e tantomeno viola l'art. 41 Cost.), perché la legge non lo subordina ad alcun presupposto, ove chi rifiuta sia titolare del diritto esclusivo di utilizzazione economica dell'opera³⁵⁶. Per la Suprema Corte è decisivo comprendere quale rapporto esiste tra il

³⁵⁴ Cfr. Cons. Stato sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, caso *Pepsi-Cola vs. Coca-Cola*, relativo al proc. AGCoM A224 7 dicembre 2001. Si tratta di principi espressi in materia di abuso di posizione dominante, ma che sono utili anche per distinguere tra l'esercizio legittimo o invece abusivo di un diritto, ad es., di esclusiva o di concedere sconti ai clienti.

³⁵⁵ Cfr. Tar Lazio, 26 giugno 2008, n. 6213, caso *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*, nel proc. AGCoM A372, 24 ottobre 2007, secondo cui “*in linea di massima sono abusive solo le pratiche di prezzo idonee ad escludere un ipotetico concorrente altrettanto efficiente, con il benchmark che è rappresentato dai costi che l'impresa dominante sopporta*”; a parere del Tar, inoltre, “*l'applicazione di prezzi al di sotto dei costi totali medi è indice di comportamento predatorio se fa parte di un piano per eliminare la concorrenza, a differenza dei prezzi al di sotto dei costi medi variabili che si presumono predatori salvo circostanze eccezionali. Ove siano applicati prezzi inferiori al costo totale medio, quindi, è necessario verificare la presenza di un intento predatorio per accertare la sussistenza di un abuso di posizione dominante*”. Vedi anche Cons. Stato, 2 ottobre 2007, n. 5068, caso *Diano-Tourist-Caronte-NGI*, proc. AGCoM A267 secondo cui “*se il prezzo è inferiore al costo incrementale medio di breve periodo, deve essere considerato di natura predatoria; se il prezzo è superiore al costo incrementale medio di lungo periodo, non può essere considerato di per sé predatorio; se il prezzo è compreso tra i due costi, la valutazione dell'eventuale comportamento predatorio necessita di ulteriori elementi e dell'esame del contesto competitivo in cui esso si inserisce*”.

³⁵⁶ Cfr. Cass., 20-9-2006, n. 20410, in *Annali it. dir. autore*, 2008, p. 459.

monopolio di sfruttamento dell'opera che spetta all'autore, da un lato, e il diritto di altri soggetti, potenzialmente titolari di diritti di utilizzazione, dall'altro lato. Il primo attribuisce solo all'autore (nel nostro caso, all'editore) di acconsentire che altri partecipino allo sfruttamento economico dell'opera, con la conseguenza che “ogni atto di esercizio” del diritto d'autore inerente allo sfruttamento o all'utilizzazione economica dell'opera, per la Cassazione, “non può configurarsi come abusivo”, ove sia “coerente con la sua funzione economica”.

Un ambito in cui spesso si riscontrano fallimenti del mercato nella forma di abusi è il trasferimento di tecnologie, fenomeno che richiede misure volte ad agevolare il flusso di informazioni, le partnership tra le imprese, la concessione di licenze, etc. In questo contesto vi è specialmente l'esigenza di misure per prevenire o controllare le modalità o le condizioni di concessione delle licenze sui diritti di proprietà intellettuale relativi alle tecnologie³⁵⁷. Patti o clausole di esclusiva o che limitano o impediscono di contestare la validità della licenza o che contemplano licenze globali, etc. possono integrare casi di abuso del diritto, oltre che avere effetti distorsivi o limitativi della concorrenza e dunque negativi sul trasferimento e sulla diffusione della tecnologia³⁵⁸.

Come si è già accennato, anche la riservatezza delle informazioni è un ambito in cui è facile che si generino fallimenti del mercato e abusi. La materia è spesso regolata dal punto di vista della concorrenza sleale e degli abusi del mercato, ma vi è spazio anche per l'abuso del diritto nella forma non soltanto ad esempio della frode al contratto, ma anche dell'abuso della fiducia *inter partes* o dell'istigazione di terzi alla rivelazione di informazioni o dati confidenziali a proprio vantaggio e in danno della controparte³⁵⁹.

³⁵⁷ Cfr. ad es. art. 142 *Trasferimento di tecnologie* dell'Accordo di partenariato economico del 15 ottobre 2008 tra gli Stati del CARIFORUM, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, con Allegati, Protocolli, Dichiarazioni e Atto finale, ratificato con L. 24 agosto 2011, n. 154.

³⁵⁸ Cfr. L. 29 dicembre 1994 n. 747 di ratifica ed esecuzione degli atti concernenti i risultati dei negoziati dell'Uruguay Round, adottati a Marrakech il 15 aprile 1994. Si veda in particolare *Allegato IC Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio*; Sez. 8 *Controllo delle pratiche anticoncorrenziali nel campo delle licenze contrattuali*, art. 40.

³⁵⁹ Cfr. L. 29 dicembre 1994 n. 747, cit. *Allegato IC - Parte I Disposizioni generali e principi fondamentali*, art. 8 e *Parte II - Norme relative all'esistenza, all'ambito e all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale*, Sez. 7 *Protezione di informazioni segrete*, art. 39.

3.4 L'abuso del diritto tra equilibrio contrattuale e «giustizia» del contratto

Le più recenti vicende dell'abuso del diritto nell'ambito dei contratti di impresa, su tutte l'arresto della Cassazione nel caso Renault, hanno reso ancor più accesa la disputa in seno alla dottrina giuridica civilistica sul tema dei “*nuovi soggetti deboli*” e la proposta ricostruttiva del “*terzo contratto*” o B2b³⁶⁰.

Gli studiosi osservano che la figura dell'abuso dell'autonomia negoziale conduce a una considerazione della posizione di forza relativa delle parti che, anziché svolgersi in chiave «macro», cioè valorizzando disparità sistemiche o connesse a *status*, si concreta in un'analisi individualizzata dell'ineguaglianza di potere contrattuale³⁶¹.

Al riguardo va sottolineata una “*percezione diffusa e di buon senso*”: “*la disparità di forza negoziale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale: senza bargaining power, che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili ed affatto occasionali, le parti non sarebbero in grado di contrarre*”³⁶².

Nell'abuso del diritto non è inconsueto tuttavia vedere una nozione “*sdrucchiolevole*” il cui accertamento giudiziale “*è esposto a vistosi rischi di incoerenza e arbitrarietà*”: da questa

³⁶⁰ Stante l'amplicissima letteratura ricordiamo, oltre alla raccolta già citata a cura di G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., tre contributi particolarmente rappresentativi: E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, cit., p. 493 ss.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto». Nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss.; R. PARDOLESI, *Una postilla sul Terzo Contratto*, 2008, in <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>.

³⁶¹ Che l'abuso del diritto richieda un accertamento individualizzato considerando le circostanze del caso concreto (evidentemente, salvo in presenza di presunzioni *ex lege*) è tesi condivisa anche da chi concepisce il diritto dei contratti d'impresa sulla base del paradigma della disuguaglianza sistemica che può manifestarsi nella relazione contrattuale realizzata nel mercato e cioè come rapporto strutturalmente asimmetrico tra parte contrattualmente forte e parte contrattualmente debole: così ad es. F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., pp. 793-794. Sul tema va ricordato il contributo di 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, p. 780 ss. che, tra i primi, sottolineò la futura germinazione di un “*generale paradigma del contratto con asimmetria di potere contrattuale*” (p. 790).

³⁶² A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”: l'abuso del diritto alla riscossa*, cit., c. 97. Sui limiti all'autonomia privata nei contratti asimmetrici, vedi in particolare le riflessioni di R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 771 ss.

prospettiva nell'abuso del diritto si vede il "pericolo di «falsi positivi»", vale a dire una formula "magica" che può prestare il fianco alle "insidie implicite in un «paternalismo benevolente» che, rivisitando ex post le opzioni contrattuali, le ridisegn[a] in funzione di apprezzamenti esterni e (suppostamente) oggettivi"³⁶³.

In effetti, è abituale includere l'abuso del diritto in quella tendenza giurisprudenziale e dottrinale volta a valorizzare la causa concreta come strumento comune nell'emersione dei presupposti negoziali e criterio di selezione degli interessi non patrimoniali, oppure il superamento della dicotomia tra c.d. regole di validità e c.d. regole di responsabilità alla luce della clausola di buona fede o, ancora, l'apertura e la permeabilità del diritto privato patrimoniale alla percezione di valori e nuovi interessi non patrimoniali, etc.³⁶⁴ In questo contesto, vi è chi concepisce il divieto dell'abuso del diritto come un principio in virtù del quale conciliare il principio di autonomia negoziale con superiori esigenze di socializzazione e moralizzazione del diritto contrattuale³⁶⁵; chi lo riconduce in ultima istanza al principio costituzionale di solidarietà sociale³⁶⁶; chi prospetta una concezione eminentemente assiologica, permeata su un concetto di meritevolezza intriso dei valori di giustizia ed eguaglianza (sostanziale)³⁶⁷.

Secondo una rilettura della storia dell'abuso del diritto, questi orientamenti sarebbero in continuità con l'esperienza delle codificazioni moderne in cui il divieto di abuso del diritto avrebbe consentito il passaggio da una morale dell'economia di stampo liberale a una di tipo sociale, e sarebbe stato uno strumento di progressiva erosione del principio tipico degli

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Cfr. ad es. G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 166 ss.; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, cit., p. 41 ss. Più ampiamente sul tema v. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

³⁶⁵ Ad es. F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, cit., p. 1115 ss. Sulle radici e i precursori di tale orientamento vedi per tutti P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 212 ss.

³⁶⁶ Ad es. 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, p. 639 ss.

³⁶⁷ Ad es. M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 777-778 e 787.

ordinamenti borghesi dell'assoluta discrezionalità nell'esercizio dei propri diritti in nome della libertà e autonomia privata³⁶⁸.

In realtà, quella appena delineata è una lettura parziale che non tiene conto che ove sono coinvolte relazioni contrattuali di impresa, legislazione e giurisprudenza (non sono nel contesto nazionale, ma anche in ambito europeo) hanno teso nel passato e tendono oggi a concepire l'abuso del diritto in termini pragmatici, ancorando la sproporzione a dati obiettivi³⁶⁹, secondo un approccio funzionale o teleologico, piuttosto che assiologico o solidaristico³⁷⁰.

Già le ipotesi codicistiche tradizionali di tutela del contraente che versa in situazioni di debolezza (vizi della volontà, stato di bisogno e di pericolo, etc.), che oggi si direbbe sanzionano un abuso della libertà negoziale, riflettono una *ratio* di garanzia di effettiva esplicazione dell'autonomia, anziché di protezione eteronoma³⁷¹.

Inoltre, come si è notato in precedenza, la lettura «solidaristica» dell'abuso del diritto non regge nemmeno nel settore dei rapporti di consumo la cui disciplina è volta, al pari di quella dell'abuso di dipendenza economica o dei ritardi di pagamento, a incentivare il buon funzionamento delle relazioni contrattuali avendo come modello ideale il mercato concorrenziale.

In ogni caso, sostenere che *“abusi, condotte predatorie, strategie contrattuali di mortificazione del consumatore (...) devono essere banditi dal sistema, perché il sistema*

³⁶⁸ Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 37-38.

³⁶⁹ Cfr. ad es. G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, cit., p. 166 ss.

³⁷⁰ Sul punto v. ad es. A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, Relazione svolta all'Università Ca' Foscari di Venezia, nell'ambito del seminario Diritto dei contratti, diritto del lavoro, 30-31 gennaio 2008, reperibile all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/>, il quale sottolinea che non è convincente ricostruire oggi il diritto privato dei contratti nell'ottica di *“un intervento di tipo sociale in favore del contraente debole, sia esso ‘consumatore’, sia esso ‘impresa’*. Se cioè in linea teorica *l'autonomia privata può incontrare limiti giustificati da ragioni di efficienza, di giustizia (distributiva) o di valori (istanze etiche diverse da quelle distributive), la legislazione consumeristica e quella a tutela della c.d. impresa debole registra esclusivamente limiti di efficienza, ovvero restrizioni connesse alla correzione dei fallimenti di mercato”*.

³⁷¹ Cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 835.

stesso (...) si conservi equo ed operi al servizio dell'interesse generale"³⁷² non implica che la solidarietà sociale ex art. 2 Cost. o l'utilità sociale ex art. 41, co. 2, Cost. debbano prevalere sull'autonomia privata e sulla libertà d'iniziativa economica ex art. 41, co. 1, Cost.³⁷³

Nel quadro europeo attuale, anche a voler ammettere una compressione dell'autonomia privata nel contesto dei «*soggetti deboli*», essa è comunque orientata da ragioni non di giustizia contrattuale o sociale, bensì da istanze di efficienza del mercato. Questa lettura è oramai condivisa, sia pure con alcune varianti, dalla maggior parte dei giusprivatisti, specie da coloro che si mostrano più sensibili alla «*law in action*» che, come si è visto, oggi è sempre più permeata dal fenomeno della regolazione dei mercati e dal ruolo delle *Authorities*³⁷⁴.

Non pare costituire un'obiezione a questa lettura della figura dell'abuso l'orientamento della giurisprudenza della Cassazione, che in tema di protezione del consumatore e, più in generale, del c.d. contraente debole, afferma il principio che “*la tutela di quest'ultimo permette - quando sia connessa alla violazione di un interesse pubblico, quale è quello al libero gioco della concorrenza - anche di sindacare la congruità del prezzo del bene o del servizio acquistato*”³⁷⁵. Infatti, nelle situazioni di accentuata disparità di potere e asimmetria contrattuale accordare rilevanza all'equilibrio (anche economico, oltre che normativo) del contratto non è di per sé una deroga al principio cardine del diritto dei contratti dell'autonomia privata per cui ciascuna parte ha il diritto/potere di regolare i propri interessi liberamente. In presenza di squilibri di potere contrattuale fra le parti, la libera esplicazione

³⁷² G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e costituzione europea*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, ESI, Napoli, 2006, p. 166 ss.

³⁷³ Sulla questione, anche in prospettiva europea, si veda per tutti S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 51 ss.

³⁷⁴ Così C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 843 nota 16, cui si rinvia anche per riferimenti bibliografici. Sottolinea la rilevanza e la promozione degli interessi meta-individuali nell'attività delle *Authorities* ad es. F. DELFINI, *Il controllo ex art. 4, l. n. 287/1990 dell'Autorità antitrust sul contenuto del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 479 ss.

³⁷⁵ In questo senso vedi L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, cit., p. 253 ss.

dell'autonomia contrattuale del contraente più debole si può attuare solo ove la controparte, nell'esercitare a sua volta il proprio diritto, non ne abusi, per esempio imponendo condizioni che non sarebbero accettate in presenza di alternative³⁷⁶. Detto altrimenti: la repressione dell'abuso della libertà consumato dalla parte forte si legittima – rispetto al generale principio della libertà contrattuale – in quanto garantisce la medesima libertà in capo alla parte debole. In questo senso il divieto di abuso non si pone in contraddizione ma a difesa della libertà d'iniziativa economica e in specie della azione competitiva delle imprese sul mercato: preservando l'esercizio effettivo di tale libertà, si fa regola di governo e custode del mercato concorrenziale³⁷⁷.

Uno degli elementi dell'abuso del diritto più criticato e che induce a paventare il rischio di una lettura socializzante e moraleggiante della figura è la mancanza di criteri per dare contenuto al parametro dell'“*eccessivo squilibrio*” o “*ingiustificata sproporzione*”³⁷⁸. L'indeterminatezza di questi parametri metterebbe in pericolo la certezza dei rapporti contrattuali rimettendo la valutazione di abusività degli atti di autonomia privata a circostanze non previamente calcolabili e controllabili³⁷⁹.

Senonché l'attenzione allo squilibrio o sproporzione contrattuale non vuole affatto dire *giustizia correttiva*, nel senso di una protezione equitativa che segue una logica diversa e non tiene conto di quelle che sarebbero le condizioni di equilibrio tra le parti in base al mercato. L'equilibrio o la proporzione di un rapporto contrattuale da questo punto di vista è

³⁷⁶ Secondo una lettura restrittiva vi è abuso solo quando dall'esercizio di un diritto segue una notevole sproporzione tra il beneficio del titolare e il sacrificio dell'altra parte la quale versa in una situazione di impossibilità assoluta di impedire un siffatto esercizio o comunque in assenza di ragionevoli alternative: cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., p. 845.

³⁷⁷ Cfr. F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 798; ID., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, cit., p. 491 ss.

³⁷⁸ Cfr. ad es. M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, cit., pp. 328-329, la quale sottolinea che una proporzione cambia a seconda del parametro di riferimento e si domanda in relazione a cosa si debba valutare la proporzionalità nel caso dell'abuso nei contratti d'impresa: “*All'interesse dedotto in contratto? All'entità dell'investimento di controparte? Alla dimensione dell'impresa che recede? Alla dimensione che subisce l'impresa che subisce il recesso? Al rapporto fra entità dell'investimento e dimensione di una delle due imprese? Ai tipi di soggetti coinvolti (...)? A quanto ha ottenuto chi pone in essere l'atto in seguito all'investimento?*”.

³⁷⁹ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit. p. 842.

una manifestazione della *giustizia distributiva* per cui i beni risultano allocati in base al merito: nel caso di specie il merito è la capacità competitiva delle imprese³⁸⁰.

Giova rilevare che questa lettura del divieto di abuso del diritto come funzionale a evitare svantaggi sproporzionati che non riflettono disegualianze nei meriti – insomma l'appropriazione da parte di un'impresa di utilità ultronee che non derivano dalla sua capacità concorrenziale – è condivisa dalla Suprema Corte, secondo la quale il divieto di “*abuso del diritto (...) trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente*”³⁸¹.

Divieto di abuso del diritto non significa “*trattamento paritario*” o egualitario: esso non impone di pareggiare o eguagliare i vantaggi che spettano al titolare del diritto esercitato e l'altra o le altre parti del rapporto; né è abusivo l'esercizio del diritto che sia volto a perseguire un risultato economico più vantaggioso per compensare costi o rischi insiti nell'operazione intrapresa³⁸².

In linea con questa impostazione, nell'ambito dei rapporti d'impresa per stabilire se vi è o no esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale la giurisprudenza e le *Authorities*³⁸³ indagano il contesto economico di riferimento su cui operano le imprese. Insegnamenti utili sul punto si traggono dalla pratica del diritto della concorrenza, in cui il mercato è concepito come lo spazio ideale d'azione dei fornitori, attuali e potenziali, di un insieme di prodotti e/o servizi

³⁸⁰ Le nozioni di giustizia correttiva e di giustizia distributiva, di frequente suo nella dogmatica civilistica sull'abuso del diritto, come noto, risalgono ad Aristotele, anche se non sono sempre intese secondo l'accezione aristotelica che qui si segue e che traiamo da T. INRWIN, *I primi primi di Aristotele*, a cura di G. REALE, Vita e Pensiero, Milano, 1996, p. 516 ss.

³⁸¹ Cfr. Cass., 10-2-2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 276, con nota di FABIANI, per esteso in banca dati *DeJure* che ritiene sicuramente applicabile il divieto di abuso anche all'ambito del concordato preventivo e all'esercizio dei diritti di cui sono titolari i creditori del fallito.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ Cfr. *ex plurimis* Cass., 13-2-2009, n. 3638, per esteso in banca dati *DeJure*; Del. Aut. Gar. Com. 28-4-2010, n. 179/10/CONS 23.

che sono effettivamente alternativi per la soddisfazione di un certo bisogno economico. Si tratta di uno spazio, sì ideale, ma delimitato da determinate coordinate geografiche e temporali, e che comprende i prodotti o i servizi sostituibili o sufficientemente intercambiabili, in funzione delle loro caratteristiche obiettive, dei loro prezzi, dell'uso cui sono destinati, nonché della struttura della domanda e dell'offerta e delle condizioni competitive³⁸⁴.

3.5 Una proposta ricostruttiva

3.5.1 La fattispecie: le nozioni di "abuso" e di "diritto"

3.5.1.1 Abuso dell'autonomia contrattuale e nel rapporto contrattuale

Non è concepibile un abuso del diritto senza un diritto.

Si tratta di un punto fermo: il primo degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto è, infatti, *"la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto il cui concreto esercizio possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate"*³⁸⁵.

La nozione di diritto soggettivo è tuttavia ambigua.

Il termine "diritto" è usato per riferirsi non solo alle pretese in senso stretto (cioè in termini di azione)³⁸⁶, ma in modo indiscriminato per riferirsi a una serie di posizioni giuridiche

³⁸⁴ Fattori da considerare sono l'elasticità della domanda e dell'offerta, nel breve e nel lungo periodo. Si usa ad esempio il test del monopolista ipotetico: *small but significant non transitory increase in price* (SSNIP test).

³⁸⁵ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115 ss.; ID., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25 ss.

³⁸⁶ Come noto, nel caso Renault la decisione individua come elementi costitutivi dell'abuso del diritto in primo luogo la titolarità di un diritto; critica tale requisito sull'assunto che per diritto si intenda solo la pretesa (azione): C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, cit., p. 2547 ss. Sono diritti nell'accezione di pretesa ad es. il diritto alla risoluzione, all'adempimento del contratto, etc. In questo senso si parla di abuso del diritto della domanda (o del processo).

eterogenee³⁸⁷. Così ad es. parlando di abuso del diritto ci si può riferire all'esercizio abusivo di un potere (ad es. il potere di disporre di un bene), una potestà (cfr. art. 155, 230-*bis* e 260 c.c.), un diritto potestativo (quale il recesso *ad nutum*, la revoca, etc.), una facoltà (ad es. di godimento o uso), una libertà (di accettare una proposta), un dovere o un obbligo (ad es. di custodia o di segretezza o riservatezza rispetto a informazioni confidenziali) e così via.

In dottrina, da questo punto di vista, si è sottolineato che l'abuso del diritto si estende a tutto il campo delle "prerogative"³⁸⁸.

Peraltro, parlando di abuso del diritto ci si riferisce sovente a singole posizioni giuridiche correlative ad altre³⁸⁹ – come ad esempio avviene quando si parla di esercizio abusivo del diritto di recesso o dello *ius variandi*³⁹⁰ – ma ci si riferisce anche, e forse ancora più spesso, ad aggregati di posizioni giuridiche diverse: in questo senso si parla di abuso del *diritto* con riguardo all'abuso ad es. dell'*autonomia negoziale* o della *libertà di iniziativa economica* che sono per così dire «pacchetti di diritti» o «macro-diritti», cioè insiemi di prerogative eterogenee³⁹¹.

Molteplici ragioni teoriche ma soprattutto pratiche inducono a queste precisazioni.

Anzitutto da tempo autorevole dottrina ha sottolineato che vi sono ipotesi in cui con la parola 'abuso' non si vuole indicare l'esercizio in concreto abusivo di un diritto di cui si è

³⁸⁷ In dottrina accenna alla necessità di distinguere tra le posizioni giuridiche soggettive: facoltà, poteri, doveri, etc. ad es. M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 794-798.

³⁸⁸ Cfr. G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, cit., p. 637. Già P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 234 sottolineava che "non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni «in corso di effetto», ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni".

³⁸⁹ Che l'abuso del diritto si apprezzi nella dimensione relazione, cioè nell'esercizio di una posizione giuridica nei confronti di un'altra è tesi pressoché pacifica e accettata sia da chi sostiene la concezione dell'abuso come sviamento di un potere, sia da chi vede nei diritti di cui si abusa posizioni giuridiche di interesse.

³⁹⁰ F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 208, a opinione del quale il diritto alla rideterminazione del contenuto contrattuale è guardato con sospetto dal legislatore, ad es. cfr. art. 6 l. 192/1998 e art. 118 TUB; R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Il diritto soggettivo*, cit., p. 331.

³⁹¹ Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma, 2006.

titolari in astratto ma si indica l'esercizio da parte del titolare del diritto (di godimento o di garanzia: cfr. art. 1015 e 2793 c.c.) di facoltà che non gli spettano e in particolare della facoltà di disporre³⁹².

Inoltre, l'ambito in cui usualmente si considera si consumino i comportamenti abusivi è quello dell'esercizio dei diritti potestativi di fonte legale³⁹³ o convenzionale. La ragione per cui si ritiene che i diritti potestativi siano un terreno fertile per l'abuso è che sono diritti c.d. "discrezionali" ai quali corrisponde una mera soggezione dell'altra parte per cui il loro titolare ha la possibilità di modificare, con una manifestazione di volontà, la propria e l'altrui posizione giuridica³⁹⁴.

Si può ritenere però che l'abuso riguarda più in generale tutti gli atti unilaterali che trovano comunque, ex art. 1374 c.c., nel contratto la propria fonte³⁹⁵.

D'altra parte, non solo storicamente, ma ancora oggi la figura dell'abuso del diritto ricorre specialmente in quelle ipotesi di esercizio dei diritti che non sono specificate in dettaglio dalle fonti (*i.e.* legislazione e normative secondarie), per cui l'altra parte deve fronteggiare la discrezionalità di esercizio del titolare del diritto³⁹⁶. In questo senso l'abuso finisce per risolversi in un "cattivo esercizio di un potere discrezionale"³⁹⁷.

Oltre a ciò, si può avere abuso anche di un potere o una libertà nel suo complesso e in particolare della libertà di contratto³⁹⁸. La libertà o potere di concludere un contratto può essere esercitata in maniera abusiva, laddove risulti dalla legge vincolata a determinati

³⁹² Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.

³⁹³ È ad es. abusivo l'esercizio del diritto di ripresa del concedente nei contratti agrari qualora esso sia esercitato per una finalità diversa dalla coltivazione diretta: App. Palermo, 25-1-1994, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2339.

³⁹⁴ Lo sottolineano ad es. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 72.

³⁹⁵ Cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 526.

³⁹⁶ Ha ricevuto ampio spazio in giurisprudenza ad es. l'esercizio abusivo del recesso *ad nutum* dell'imprenditore nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

³⁹⁷ M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato 1997*, cit., p. 442.

³⁹⁸ Sul tema v. ad es. G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, cit., p. 166 ss.; ID., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743 ss.

presupposti (ad es. di parità di trattamento nel settore dei contratti della p.a.) o procedimentalizzata nel suo esercizio (come avviene nel caso ad es. della stipulazione dei contratti “a valle”, regolata dai contratti “quadro”).

Altro dall’abuso della libertà di contrarre è l’abuso della libertà di contrattare, cioè porre in essere o partecipare a una trattativa o una gara per la conclusione di un contratto. Anche nel contesto della contrattazione vi può essere abuso del diritto. Per chi non distingue tra violazione della buona fede e abuso del diritto una fattispecie tipica è l’interruzione arbitraria delle trattative. Ma più propriamente, distinguendo tra le due, vi sarà mala fede e abbandono ingiustificato delle trattative ove si frustra un legittimo affidamento, vi sarà invece abuso nelle trattative ove una facoltà o libertà viene posta in essere non al fine di contrattare, ma per perseguire altri obiettivi per sé vantaggiosi in danno dell’altra parte. Una parte in trattativa o chi instaura o partecipa a una gara può tenere comportamenti abusivi ed anche esercitare in modo abusivo diritti. Per esempio si può abusare di facoltà sancite in una lettera di intenti, del diritto a effettuare una *due diligence preventiva*, del diritto di ricevere documentazione o informazioni riservate, etc.³⁹⁹

Un profilo da considerare trattando dell’abuso del diritto con riferimento alla libertà di contrarre riguarda la scelta e l’inserimento delle clausole contrattuali⁴⁰⁰. Vi possono essere più forme di abuso. Può essere abusiva la clausola nel senso che il suo contenuto risulta eccessivamente e/o irragionevolmente squilibrato a vantaggio di una delle due, con svantaggio dell’altra (cfr. art. 33 cod. cons. e art. 7 d.lgs. 231/2002 e s.m. e i.). Può essere abusiva la sua inserzione nel contratto, perché essa viene inclusa nel contratto per perseguire non l’obiettivo cui è destinata ma uno diverso e ultroneo⁴⁰¹. Ad esempio, si possono inserire

³⁹⁹ Nell’ambito precontrattuale spesso il divieto di abuso del diritto è affiancato al divieto di *venire contra factum proprium*. La distinzione tra i due è notoriamente controversa: per un accenno v. ad es. M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull’abuso del diritto*, cit., p. 44 ss. e L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 473 ss., pp. 490-493 che ricorda che il nesso tra abuso del diritto e *venire contra factum proprium* è tipico e originario della *common law* e presente anche nella giurisprudenza di Lussemburgo.

⁴⁰⁰ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., p. 843.

⁴⁰¹ Vi accenna implicitamente ad es. O. BEN-SHAHAR, *Fixing Unfair Contracts*, in *63 Stan. L. Rev.*, 2011, p. 869 ss, spec. p. 885 ss.

in un contratto *severability* o *R&W clauses* non per rinsaldare il vincolo negoziale o distribuire di comune accordo i rischi, ma nell’ottica di sfruttare, in un secondo momento, determinate norme imperative o sciogliersi opportunisticamente dal rapporto.

Va precisato che secondo la giurisprudenza⁴⁰² non costituisce invece abuso del diritto (ad esempio, alla risoluzione per inadempimento) esercitarlo dopo un lungo periodo di mancato esercizio, perché si esclude che nel nostro ordinamento trovi spazio la c.d. teoria della *Verwirkung*. In altre parole, per la giurisprudenza è inapplicabile il principio secondo cui è abusivo l’esercizio di un diritto posto in essere dopo un conveniente lasso di tempo, nel corso del quale l’astensione del titolare ha fatto sorgere nella controparte un ragionevole e apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del medesimo. A mero titolo di *obiter dictum*, vi è tuttavia un’apertura nei confronti dell’abuso del diritto qualora, pur essendo irrilevante qualunque convinzione si sia fatta per effetto del ritardo il debitore, l’astensione protratta dall’esercizio di un proprio diritto risulti finalizzata a produrre un danno alla controparte, senza un apprezzabile interesse per il titolare⁴⁰³.

Infine, anche condotte omissive possono essere oggetto di abuso. Sul punto talvolta vi sono posizioni perplesse. Ad esempio, una giurisprudenza di merito ha affermato che “[i]l mancato rinnovo di un contratto non può essere ontologicamente in nessun modo assimilato ad un esercizio abusivo del diritto, poiché esso evoca concettualmente una condotta omissiva di un’attività, che si assume lesiva delle aspettative della controparte a che detta attività venisse esercitata, mentre l’esercizio abusivo di un diritto indica il compimento di un’attività giuridica in danno della controparte”⁴⁰⁴. In realtà, si può abusare di un dovere od obbligo di *non facere*, almeno in due circostanze: o nell’ipotesi in cui esso sia vincolato a

⁴⁰² Cfr. ad es. Cass., 2-5-2006, n. 10127, in *Mass. Foro it.*, 2006, 847; Cass., 15-3-2004, n. 5240, in *Foro it.*, I, 2004, col. 1397.

⁴⁰³ Così appunto la giurisprudenza sopra citata, sulla scorta della quale si ritiene che vi sia abuso del diritto ove il locatore, a seguito della convalida di licenza per finita locazione, conceda al conduttore di permanere nell’immobile per molti anni, notificando poi, improvvisamente, senza aver mai manifestato in alcun modo l’intenzione di riottenere la disponibilità dell’immobile, un atto di precetto intimante il rilascio: così, M.V. MACCARI, *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell’abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, cit., p. 305-306.

⁴⁰⁴ Cfr. Trib. Roma, sez. X, 4-7-2011, in banca dati *Leggi d’Italia*.

determinati presupposti che si eludono o nell'ipotesi in cui l'astensione (che si manifesti ad esempio in un diniego o rifiuto reiterato) sia comunque volta a fini ultronei, con proprio vantaggio e svantaggio della controparte. Come casi di abuso consistenti nella mancata prestazione del consenso a variazioni o a modificazioni del rapporto in dottrina si fanno gli esempi della sistematica mancata prestazione del consenso, da parte del locatore, a ogni sublocazione e il rifiuto opposto dalla compagnia assicuratrice al proseguimento del rapporto con i cessionari del contratto⁴⁰⁵. Come noto, un caso assai spinoso è rappresentato dalla cosiddetta rinegoziazione, considerato che l'esistenza di un rapporto, se per un verso può giustificare la nascita di affidamenti particolarmente qualificati, per altro verso non può tuttavia comprimere la libertà di non contrattare un'eventuale prosecuzione a condizioni diverse.

3.5.1.2 L'abuso del diritto come categoria distinta dalla buona fede oggettiva

Uno dei profili più dibattuti dell'abuso del diritto in materia contrattuale è il rapporto con le categorie tradizionali del diritto dei contratti della buona fede (oggettiva) e della correttezza. I rapporti tra queste nozioni e in particolare tra l'abuso del diritto e la buona fede (oggettiva) sono discussi e incerti da lungo tempo e ancora in via di definizione⁴⁰⁶.

Secondo le analisi di autorevoli studiosi, la dottrina e la giurisprudenza inclinerebbero a generalizzare il divieto di abuso del diritto e a comprenderlo nel dovere di buona fede (oggettiva); generalizzando ancora vi sarebbe poi la tendenza a includere l'uno e l'altro nella figura dell'*exceptio doli generalis* concepita come principio che domina la materia contrattuale⁴⁰⁷. In base a questa visione *exceptio doli generalis*, buona fede (oggettiva) e abuso del diritto sarebbero principi posti secondo una gerarchia decrescente. In realtà, le tesi

⁴⁰⁵ Cfr. R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Il diritto soggettivo*, cit., p. 331.

⁴⁰⁶ V. per tutti L. CRUCIANI, *op. cit.*, pp. 473-502, che ripercorrendo le teorie, le nozioni e la casistica dell'abuso del diritto nel contesto europeo opportunamente sottolinea che sono in realtà tre i concetti ancora poco chiari e da definire: abuso del diritto, buona fede e ragionevolezza (p. 480).

⁴⁰⁷ Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 13.

della dottrina e giurisprudenza sui rapporti fra questi concetti o principi sono molte, perlopiù tra loro incompatibili e discrepanti rispetto alla visione ora tratteggiata.

Anzitutto non vi è accordo se l'abuso del diritto abbia una propria ragion d'essere anche isolato o debba piuttosto essere considerato una istanza o applicazione di altre categorie più ampie come la buona fede, l'*exceptio doli*, la ragionevolezza-eguaglianza, etc., nelle quali andrebbe dunque fatto rientrare. Inoltre, alla domanda se sia "*la violazione della buona fede ad atteggiarsi quale giustificazione della qualificazione di una condotta come abusiva*" o, viceversa sia "*la sussistenza di un abuso a legittimare l'affermazione che si [sia] in presenza di una violazione delle regole di correttezza e di buona fede contrattuali*"⁴⁰⁸, la risposta non è univoca. Quale che sia la posizione in merito, l'unico punto fermo in materia pare essere che in ogni caso si procede «*per principi*»⁴⁰⁹.

Così, nel definire i comportamenti confliggenti con l'obbligo di buona fede (quale regola aurea che deve presiedere il contegno delle parti, nella fase sia statica sia dinamica del rapporto) si menziona l'abuso del diritto come un'ipotesi di violazione della normativa di correttezza, che si distingue dalle altre in quanto si manifesta come eccesso del diritto o meglio come eccesso rispetto alla funzione (quando si esorbita dalla finalità per cui il diritto è concesso) o al contenuto (quando si sconfinava dai suoi limiti di contenuto)⁴¹⁰. In questo quadro, il rapporto tra divieto di abuso del diritto e dovere di correttezza non è di contenenza del primo nel secondo, bensì l'esatto opposto. Si ritiene cioè che nell'ambito contrattuale il principio dell'abuso del diritto coesista con il criterio della buona fede e che nelle ipotesi d'interferenza dei due il criterio della buona fede si trovi, rispetto al principio dell'abuso del diritto, in una posizione logicamente e concettualmente sotto-ordinata⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cfr. C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, cit., p. 2549 nota 8.

⁴⁰⁹ Cfr. G. LEVI, *op. cit.*, pp. 13-14. Vedi di recente nello stesso senso ad es. F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere «per principi»*, cit., p. 809 ss.

⁴¹⁰ M.R. MORELLI, *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede obiettiva" ed "abuso del diritto"*, cit., p. 1701.

⁴¹¹ M.R. MORELLI, *ult. op. cit.*, pp. 1705-1706.

Da altra prospettiva si iscrive la categoria della buona fede nella dottrina dell'abuso del diritto osservando che la buona fede opera come standard valutativo delle condotte dei consociati e rinviene la propria matrice nella prassi sociale. Sia nei rapporti d'impresa, sia nei rapporti di consumo, la dottrina dell'abuso del diritto, governando gli interessi in conflitto tra le parti, si porrebbe come condizione di (buon) funzionamento del mercato, proprio grazie alla buona fede la quale servirebbe a discernere, caso per caso, l'abuso della libertà contrattuale, sciogliendo il conflitto tra contrapposte pretese astrattamente tutelabili⁴¹². Altri, pur muovendo dalla convinzione che i principi di buona fede e di abuso del diritto esprimano precetti in larga misura sovrapponibili, “*non potendosi certamente ritenere corretto il [contegno del] titolare [di un] diritto che lo eserciti per conseguire vantaggi diversi e sostanzialmente immeritevoli di tutela rispetto a quelli per i quali il diritto gli è stato attribuito dall'ordinamento*”, concepisce le norme del Codice civile relative alla buona fede e correttezza come alcune delle più significative espressioni del più generale principio del divieto di abuso del diritto, che servirebbe a sanzionare i comportamenti contrattuali scorretti che sfuggono a tali norme⁴¹³.

Altri ancora distingue tra la buona fede (oggettiva) e l'abuso del diritto, sul presupposto che l'aspetto teleologico del diritto in concreto esercitato è estraneo alla prima, mentre è elemento essenziale del secondo⁴¹⁴.

Di segno opposto è la tesi secondo cui per l'abuso del diritto sono essenziali i motivi soggettivi che sorreggono l'esercizio del diritto e l'intenzione del suo titolare di arrecare danno ad altri. Sulla base di questa ricostruzione si propone di circoscrivere la figura al solo ambito extra-contrattuale escludendo ogni ruolo in materia contrattuale, dove opera invece la buona fede⁴¹⁵.

⁴¹² F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 821.

⁴¹³ F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. e prat. trib.*, 2012, p. 750.

⁴¹⁴ C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, cit., p. 2562.

⁴¹⁵ F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, cit., p. 1115 ss.

Secondo altra tesi, disquisire sul rapporto tra buona fede oggettiva e abuso del diritto in termini di continenza o inclusione, sul piano logico-concettuale, è poco proficuo perché non è dato rintracciare criteri per stabilire quale dei due concetti sia il *genus* e quale per converso la *species*. In quest'ottica si propende per una sostanziale intercambiabilità o equipollenza di buona fede, abuso del diritto, nonché *exceptio doli generalis*⁴¹⁶.

In effetti, la sovrapposizione tra divieto di abuso del diritto e dovere di buona fede è cosa nota e assai frequente specialmente in giurisprudenza⁴¹⁷. Come si è visto, anche i *leading cases* sull'abuso del diritto finiscono per mostrare serie difficoltà nel tracciare una chiara distinzione con la buona fede, scambiando l'una nozione con l'altra oppure invertendo i ruoli e i rapporti di gerarchia tra esse⁴¹⁸.

Nondimeno vi è chi rileva che la giurisprudenza pone di fatto costantemente il canone della buona fede a fondamento del divieto dell'abuso del diritto in materia contrattuale; e, chiarito ciò, ritiene comunque superfluo differenziare buona fede e abuso del diritto, posto che lo sforzo sarebbe solo per amore di teoria ma privo di ricadute operative⁴¹⁹.

Quest'ultima tesi è considerata rinunciataria da chi rimarca per contro la portata pratica, prima che teorica di una corretta ricostruzione dei rapporti tra abuso del diritto e buona fede in materia contrattuale e pertanto ritiene essenziale lo sforzo di differenziare le due figure⁴²⁰. Sia l'abuso del diritto che la buona fede costituirebbero tecniche di controllo degli atti di autonomia privata ma si tratterebbe di due tecniche di controllo diverse: la buona fede è presentata come una forma di controllo degli atti relativa alle loro modalità di compimento/esecuzione, mentre il controllo di abuso del diritto sarebbe un controllo di tipo

⁴¹⁶ M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, cit., p. 60.

⁴¹⁷ C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 342, nota 4; cfr., *ex multis*, Cass., 11-12-2000, n. 15592 e Cass., 14-11-1997, n. 11271.

⁴¹⁸ Ci riferiamo ad esempio a Cass. n. 20106 del 2009; n. 15482 del 2003; n. 9321 del 2000; n. 4538 del 1997; n. 3775 del 1994.

⁴¹⁹ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, cit., pp. 318-319.

⁴²⁰ G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, cit., pp. 653-655.

teleologico, consistente nell'accertamento della deviazione dell'esercizio rispetto allo scopo per il quale il diritto è stato attribuito⁴²¹.

Da tempo è stata anche proposta una definizione, per così dire, binaria dell'abuso del diritto per cui esso sussisterebbe o quando un diritto viene esercitato in contrasto con la buona fede o quando esso viene esercitato in contrasto con lo scopo in vista del quale il diritto è stato riconosciuto dall'ordinamento⁴²².

Di recente vi è anche chi, pur aderendo in linea teorica a tale proposta, considera però ambito pratico di elezione dell'abuso del diritto il secondo corno dell'alternativa cioè il controllo dello scopo in vista del quale sono esercitate le prerogative inerenti ai diritti soggettivi e preferisce non contaminare questo ambito di impiego dell'abuso del diritto con la categoria della buona fede⁴²³.

Sulla falsariga della tesi precedente ci si pone il problema di cosa convenga individuare con la figura dell'abuso del diritto, se l'esercizio deviante rispetto all'interesse per cui il diritto è riconosciuto al titolare oppure, piuttosto, l'esercizio sproporzionato alla luce di una valutazione comparativa degli interessi delle parti. Anche se ambedue le ipotesi in genere sono catalogate come abuso del diritto si propone di concepire l'abuso del diritto solo nella prima forma, posto che la seconda, nella materia contrattuale, troverebbe già compiuta forma giuridica nella regola della buona fede⁴²⁴.

Secondo un'altra prospettazione, il divieto di abuso del diritto rientra nel novero delle tecniche argomentative e decisorie per clausole generali o principi, ma possiede il tratto specifico di permettere di effettuare un controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, restando invece affidata alla buona fede la verifica dei

⁴²¹ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., pp. 17-19.

⁴²² U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 18 ss.

⁴²³ R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 524 e 529.

⁴²⁴ C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 345; ID., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 197-228.

comportamenti negoziali nella prospettiva della lealtà e solidarietà⁴²⁵. L'abuso del diritto si distingue, secondo questa tesi, dalla buona fede in particolare nel settore del contratto asimmetrico o diseguale in quanto il controllo di abusività/ragionevolezza è un controllo sulla razionalità minima dell'operazione economica, considerando se vi sia o meno una giustificazione delle vicende circolatorie della ricchezza attuate attraverso l'operazione contrattuale⁴²⁶.

L'approccio più proficuo all'abuso del diritto – come si è opportunamente osservato – è chiedersi non solo se questa figura sia configurabile, ma se sia utile e perché sia utile non deve essere solo un altro *nomen* per vicende che già trovano una collocazione e un rimedio in altre regole⁴²⁷.

Ciò posto, si può profilare la seguente soluzione circa i rapporti tra il *divieto* di abuso del diritto e il *dovere* di buona fede oggettiva.

L'uno e l'altro sono più che regole, principi cioè matrici di regole, se si considera che la loro concreta applicazione passa necessariamente attraverso un'opera di determinazione di precetti specifici ed espressi in termini fattuali. Da parte questa comune caratteristica, il dovere di buona fede oggettiva verte sui comportamenti o sulla condotta delle parti (in ogni fase del rapporto contrattuale, anche prima di esso, nelle trattative, così come dopo, una volta sciolto il rapporto). Esso postula un certo modello ideale di contraente (il modello del corretto affiliante, del corretto subfornitore, del corretto distributore, etc.), dal quale vengono ricavate le condotte doverose per la soddisfazione del modello. Di qui la discussione sulla buona fede come fonte di obbligazioni ulteriori. Il contenuto del modello e perciò l'insieme delle condotte doverose, secondo buona fede, dipende dal contesto negoziale di riferimento. E' in base a questo modello che la buona fede è usata dalla giurisprudenza come regola di giudizio per valutare il contegno tenuto in concreto dalle parti: nel caso risulti conforme al

⁴²⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, p. 14; ID., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, cit., p. 145 nota 26.

⁴²⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, p. 147.

⁴²⁷ C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 342.

modello esso verrà appunto qualificato come di buona fede, mentre nel caso opposto risulterà di mala fede⁴²⁸.

Invece, il divieto di abuso del diritto è un principio che presuppone, secondo la più utile prospettazione, una visione teleologica dei diritti ossia delle prerogative individuali cui si è accennato nel paragrafo precedente. Se ciascun diritto è un mezzo o uno strumento orientato a un dato fine o funzione, è abusivo ogni concreto atto di esercizio di un diritto che esula dalla funzione o dallo scopo per il quale quel diritto è in astratto riconosciuto a colui che lo esercita. Questa ricostruzione strumentale o teologica dell'abuso è quella più diffusa e permette di dare uno spazio autonomo di operatività alla figura, in quanto in questo quadro l'abuso è criterio di conformità o meno del singolo atto di esercizio del diritto a previ scopi o funzioni. Questa concezione dell'abuso non è alternativa a quella che dà diretta rilevanza agli interessi e alla loro sproporzione ovvero alla disparità tra i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal concreto esercizio dei diritti, poiché la valutazione di conformità allo scopo/funzione è basata proprio sui contrapposti interessi e vantaggi e svantaggi in gioco.

Così concepiti, dovere di buona fede e divieto abuso del diritto sono principi diversi che operano su piani distinti. Il primo presuppone un modello di correttezza di riferimento e delinea in astratto le regole di condotta doverose nel relativo contesto negoziale; mentre il secondo opera in concreto, come una matrice di divieti di esercizio delle prerogative negoziali secondo un criterio teleologico e orientato agli interessi.

3.5.1.3 I parametri dell'abuso: la prassi mercantile e la regolamentazione delle Authorities

Nel settore dei contratti di impresa l'abuso del diritto può essere annoverato tra “*i nuovi fatti produttivi delle regole che governano il contratto*”⁴²⁹. Sia gli usi giurisprudenziali

⁴²⁸ Per uno spunto in tale senso, cioè sulla buona fede come criterio di comportamento e criterio di giudizio cfr. G. DE NOVA, *Sul valore aggiunto della clausola generale di buona fede nel diritto contrattuale*, lezione tenuta in data 10 giugno 2011 alla Scuola dottorale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano.

⁴²⁹ Si prenda a prestito l'espressione da G. GITTI, P. SPADA, *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 15 ss. che pur

dell'abuso del diritto, sia le teorie proposte dalla dottrina giuridica, e prima ancora le specifiche caratteristiche della figura sul piano logico-concettuale che si sono sin qui delineate mostrano che il divieto di abuso del diritto è un principio di governo delle relazioni contrattuali tra imprese i cui parametri di concreta operatività sono costituiti dalla prassi contrattuale e dalla regolamentazione delle *Authorities* proprie di ciascun mercato. Considerato che le norme regolamentari riflettono, o quantomeno in linea di principio, in virtù della autonomia privata e libera concorrenza, dovrebbero riflettere le clausole d'uso presenti nel mercato di riferimento⁴³⁰, i parametri di abuso sono in ultima istanza rappresentati dagli usi negoziali. Questi ultimi possono infatti essere concepiti come una sorta di cristallizzazione dei contegni più efficienti che le parti, quali agenti economici razionali, pongono in essere secondo le ragionevoli aspettative generatesi nei rapporti reciproci.

E' dato acquisito che per parlare di abuso del diritto occorre distinguere tra titolarità ed esercizio del diritto. Lo spazio logico, prima ancora che giuridico, dell'abuso del diritto sta nella distinzione tra la titolarità del diritto e l'esercizio del medesimo⁴³¹. La titolarità di un diritto non esclude infatti che si possano compiere atti di esercizio dello stesso che sono riprovati dall'ordinamento: ne è esempio l'art. 1440 c.c. in cui il dolo incidente pur essendo causa di responsabilità, non è però causa d'invalidità del contratto, che continua a sorreggere il diritto del contraente in mala fede che pone in essere i raggiri. Questi può continuare a esercitare tutte le prerogative contrattuali carpite con dolo; risponderà solo del danno

(continued...)

non trattando del divieto dell'abuso del diritto descrivono tuttavia l'ambiente dei contratti d'impresa in cui esso è destinato a operare.

⁴³⁰ Sul rapporto tra prassi commerciale e regolamentazione delle *authorities* vedi in particolare G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 91 ss. In precedenza, anche in chiave di teoria delle fonti ID., *Le clausole d'uso come «fonti» del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 115 ss.

⁴³¹ M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., p. 172 ss.

ingiusto cagionato alla controparte. Un atto negoziale può dunque valere per un verso come esercizio del diritto, per altro verso essere riprovato dall'ordinamento⁴³².

Come ha messo in luce una teoria del diritto⁴³³, che è stata fatta propria anche dalla Cassazione e dalla giurisprudenza di merito⁴³⁴, gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono, oltre alla titolarità di un diritto, la possibilità che il suo concreto esercizio sia effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate e che tale esercizio, anche se formalmente rispettoso della cornice legale, sia posto in essere in maniera non conforme a un certo parametro di valutazione.

La determinazione dello specifico parametro di valutazione alla luce del quale si giudica abusivo un atto contrassegna le diverse teorie dell'abuso del diritto. In linea generale, come detto, è abusivo l'esercizio del diritto che ne perverte o frustra o elude la funzione, lo scopo o l'interesse. Perciò uno dei nodi principali da sciogliere sull'abuso del diritto è l'individuazione dei parametri in base ai quali valutare la conformità o meno allo scopo o funzione o interesse.

Dall'esame della dottrina e della giurisprudenza, si ricavano di solito parametri di abuso declinati in termini intenzionali-soggettivi, economici, morali, teologici⁴³⁵.

In realtà, questi parametri stanno su piani diversi.

⁴³² In particolare sottolinea ciò M. ORLANDI, *ult. op. cit.*, p. 172 ss. che per vero nega autonomia all'abuso che secondo l'A. o cade nello spazio dell'irrelevanza o cade nello spazio dell'illecito.

⁴³³ Cfr. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, cit., p. 115 ss.

⁴³⁴ La definizione di abuso del diritto proposta da G. PINO, *ult. op. cit.*, è ripresa alla lettera da numerose decisioni, a cominciare dal noto arresto della Suprema Corte nel caso Renault.

⁴³⁵ A titolo paradigmatico si possono ricordare le ricostruzioni delle teorie e dottrine dell'abuso del diritto compiute da P. Rescigno, U. Breccia, e più di recente G. Pino. La rassegna dei principali criteri di giudizio dell'abuso secondo U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 26-27 è dato dai seguenti criteri, singolarmente o in combinazione tra loro: *i*) il difetto di interesse unito all'intenzione di nuocere, che vale per gli atti emulativi in senso stretto; *ii*) la modalità anomala o scorretta dell'esercizio del diritto (*i.e.* la contrarietà alla buona fede oggettiva); *iii*) l'eccessiva sproporzione degli interessi perseguiti rispetto a quelli sacrificati; *iv*) lo sviamento della prerogativa esercitata rispetto al suo scopo; per quanto concerne il divieto dell'abuso e gli atti di autonomia privata rilevano le ipotesi sub *iii*) e sub *iv*) (in questo senso pare orientato lo stesso U. BRECCIA, *ibidem*, p. 40); evidentemente se si vuole dare autonomia all'abuso del diritto rispetto alla buona fede va esclusa l'ipotesi sub *ii*).

In primo luogo, i criteri teleologici delineano, non possibili parametri di abuso, ma, come detto, il *proprium* della figura, permettendo di distinguerla dalla buona fede e dalle altre categorie dell'*exceptio doli* e del *venire contra factum proprium*.

In secondo luogo, in materia contrattuale, l'opinione di gran lunga prevalente è che i parametri soggettivi che valorizzano i motivi o l'intenzione del titolare del diritto non siano essenziali, ma al più accidentali o sintomatici: «indizi» di abuso.

In terzo luogo, per dare una compiuta caratterizzazione dell'abuso non basta parlare di disfunzionalità del mezzo al fine o sproporzione tra gli interessi ma occorre un passo in più e cioè individuare i parametri per stabilire se vi è o meno conformità del mezzo al fine e valutare se la sproporzione è di entità tale da superare la soglia dell'abuso.

Occorre insomma: (i) individuare lo scopo o l'interesse sotteso a ciascuna posizione giuridica soggettiva; (ii) determinare quali forme di esercizio dei diritti sono strumentali o funzionali al raggiungimento di tali scopi o interessi e quali per contro si pongono in antitesi o deviano; (iii) precisare a quale genere e misura di squilibrio o di sproporzione attribuire rilevanza⁴³⁶.

Nell'individuazione di tali parametri si gioca la capacità esplicativa/euristica delle teorie dell'abuso del diritto in materia contrattuale. Considerato il diffuso scetticismo rispetto a questo sforzo in via preliminare occorre sgombrare il campo da un fraintendimento frequente. Che l'abuso del diritto in ambito negoziale riguardi il concreto esercizio di prerogative individuali e possa essere accertato solo con riferimento ai fatti non significa che sia arbitrario o impossibile razionalmente distinguere tra abuso/non abuso. Che l'abuso si manifesti e colga in concreto è un dato condiviso⁴³⁷. Sennonché ciascuna posizione soggettiva non è consegnata indiscriminatamente ai propri titolari. L'abuso del diritto serve proprio a scongiurare una sfera di mero arbitrio⁴³⁸. Proprio perciò ci si impegna a definire

⁴³⁶ Per uno spunto in tal senso v. G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, cit., p. 263; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, cit., pp. 328-329.

⁴³⁷ V. per tutti, U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 7; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 348 nota 24.

⁴³⁸ C. RESTIVO, *ult. op. cit.*, p. 347.

parametri in base ai quali discernere, nei singoli atti di esercizio di un diritto, quelli che sono abusivi da quelli che non lo sono⁴³⁹.

Al proposito si è giustamente osservato che è corretto ma poco utile qualificare come abusivo un atto dicendo semplicemente che supera eccessivamente o manifestamente i limiti normali di esercizio di quel diritto. Se fosse possibile stabilire, una volta per tutte, ossia in astratto, quali situazioni o circostanze di fatto integrano un esercizio abusivo di un diritto, l'abuso del diritto finirebbe per perdere la sua natura di clausola generale e il divieto di abuso sarebbe non un principio ma una regola⁴⁴⁰. La domanda interessante è data dai *parametri di applicazione* del divieto⁴⁴¹.

La dottrina giuridica ha da tempo sottolineato che le teorie che pretendono di misurare l'abuso sulla moralità o sulla socialità dell'atto o in base al dovere di buona fede, inteso come lealtà contrattuale, non offrono una soluzione soddisfacente, prima ancora che per ragioni di merito, perché tali parametri sono troppo generali e variabili per dirci quando l'esercizio di un diritto in materia contrattuale sia o meno abusivo⁴⁴².

Tutto ciò vale specialmente nell'area dei contratti di impresa, ove esigenze di stabilità e di certezza degli affari richiedono di interrogarsi sulla fattispecie dell'abuso del diritto e i suoi parametri di operatività in termini più precisi.

Una proposta per dare contenuto alla figura nel diritto dei contratti d'impresa è quello di accostarsi alla nozione dal punto di vista economico: *“si tratterebbe di guardare il problema in un'ottica di social cost e non di private cost e dunque di fatto di aggregare i costi e benefici delle due parti e capire se il beneficio che la parte che esercita il suo diritto ottiene sia superiore al costo sopportato dalla controparte”*⁴⁴³.

⁴³⁹ M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, cit., p. 114.

⁴⁴⁰ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, a cura di M. TARUFFO, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 40-42.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, cit., p. 637.

⁴⁴³ M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, cit., p. 115.

Facendo l'esempio dei contratti di distribuzione, “*la posizione di una delle due parti è caratterizzata dalla circostanza che avendo impiegato dei capitali e operato degli investimenti altamente specifici, si trova nell'impossibilità di fatto di rivolgersi al mercato per trovare un altro partner contrattuale*”⁴⁴⁴. Di conseguenza, si dovrebbe stabilire se l'esercizio del diritto di recesso sia intervenuto in un momento in cui l'altra parte “*ha avuto modo di recuperare completamente o in gran parte i suoi investimenti. In poche parole, dovrebbero essere valutati gli investimenti fatti in affidamento sulla durata e la perdita derivante dall'interruzione imprevista del rapporto commerciale confrontandoli con il vantaggio ottenuto dall'altra parte con lo sciogliersi dal vincolo*”⁴⁴⁵. Sennonché, dal punto di vista economico, come dimostra ad esempio la giurisprudenza statunitense in materia, il confronto tra utilità personali è impraticabile ed appare difficile stabilire esattamente quali siano le utilità da valutare⁴⁴⁶.

Una via per superare questa difficoltà è considerare che l'esercizio abusivo di un diritto, in ambito contrattuale, stante la sua dimensione «concreta» e «funzionale», si manifesta e può apprezzare sul piano della determinabilità dell'oggetto del contratto⁴⁴⁷.

Se, infatti, nel settore dei rapporti di impresa la *determinabilità* dell'oggetto dei contratti è rimedio allo squilibrio contrattuale o strumento per il perseguimento degli interessi che sono sottesi alla regolamentazione dei mercati su cui le imprese stesse operano⁴⁴⁸, allora in ragione di tutto quanto sopra detto il divieto di abuso del diritto si atteggia a *criterio di determinazione* del contenuto di tali contratti. In questo quadro, il divieto di abuso del diritto costituisce un principio per la determinabilità dell'oggetto dei contratti d'impresa e assume rilevanza sul piano della conformazione del rapporto nell'ottica del perseguimento delle finalità di politica del diritto ed economica che permeano il settore dei contratti d'impresa.

⁴⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁴⁷ G. AMADIO, *ult. op. cit.*, pp. 258-259.

⁴⁴⁸ L'approccio alla determinabilità dell'oggetto del contratto da cui si muove è elaborato da G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 83 ss., spec. p. 92 ss. e p. 108.

Come accenneremo nel prossimo paragrafo, questo approccio funzionale consente di prospettare una serie di rimedi anche alternativi all'invalidità, ed è applicabile all'intero ciclo della vita del contratto, prima nella negoziazione, poi nella stipulazione, e successivamente nell'esecuzione⁴⁴⁹.

Questa proposta trova conforto, oltre che nelle discipline ricordate ripercorrendo le fonti europee e nazionali dell'abuso, anche nella disciplina dell'usura che rappresenta un altro caso paradigmatico del divieto di abuso dell'autonomia contrattuale nelle relazioni asimmetriche di mercato. La dottrina che si è occupata del tema ha correttamente messo in luce che criterio di uso/abuso è la prassi commerciale o mercantile⁴⁵⁰. La misura dello squilibrio rilevante, secondo il senso complessivo dell'art. 644 c.p., è rimessa *ex lege* al mercato ove sussista una situazione di difficoltà economica o finanziaria del contraente che subisce la sproporzione. Il nesso tra squilibrio e situazione di difficoltà economica o finanziaria si spiega sulla base del fatto che è la peculiare situazione del contraente a indurre all'accettazione di condizioni sfavorevoli secondo il mercato, mostrando quindi che è appunto il mercato criterio di riferimento per discriminare fra la normale disparità tra operatori economici e gli scostamenti dalla media abusivi⁴⁵¹.

Anche in tema di dipendenza economica si sottolinea il legame tra abuso e ragionevoli affidamenti, ad esempio sulla regolare prosecuzione del rapporto commerciale fino alla naturale scadenza⁴⁵², e si propone di operare una valutazione costi/benefici indagando il rapporto alla luce del contesto di mercato in cui esso si dispiega e all'interno del quale quindi si realizzerebbe il preteso abuso⁴⁵³. In questo senso viene precisato il riferimento della Suprema Corte nel caso Renault a un generico "*criterio di valutazione, giuridico o*

⁴⁴⁹ G. GITTI, *ult. op. cit.*, p. 83 ss., p. 110.

⁴⁵⁰ Cfr. ad es. R. MESSINETTI, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, cit., pp. 615-628.

⁴⁵¹ R. MESSINETTI, *ult. op. cit.*, pp. 622-623 e 624-625 nota 24 secondo cui nelle ipotesi sia dell'art. 644 c.p. sia dell'art. 33 cod. cons. comunque la legge persegue un effetto di normalizzazione dell'azione economica secondo i parametri dell'efficienza propri di un mercato concorrenziale, ricorrendo perciò a un dispositivo di espansione della razionalità mercantile.

⁴⁵² L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, cit., pp. 837-839.

⁴⁵³ L. DELLI PRISCOLI, *ult. op. cit.*, pp. 842 e 846.

extra-giuridico”: nel settore dei contratti d’impresa, punto di riferimento indispensabile è il mercato⁴⁵⁴, ovvero la prassi mercantile e le regolamentazioni delle *Authorities*.

Anche le discipline *antitrust*, sugli accordi sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali, e le altre neo-introdotte esaminate in precedenza testimoniano, secondo una convincente lettura, che il divieto di abuso è strumento per razionalizzare il diritto dei contratti d’impresa, sanzionando i casi di esercizio dell’attività contrattuale, che si manifestano come irragionevoli dal punto di vista commerciale e/o irrazionali dal punto di vista della logica di mercato⁴⁵⁵.

La legge e le fonti secondarie stesse mostrano che il divieto di abuso del diritto concorre alla *determinazione* dell’oggetto dei contratti d’impresa, eleggendo a parametri di sua applicazione la prassi mercantile e la regolamentazione delle *Authorities*. Così la l. 14 novembre 1995, n. 481, all’art. 2, co. 20, lett. e), istituendo le Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità per l’energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni, afferma che “[p]er lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: (...) può adottare, nell’ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell’erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio”. Ancora, la Delibera dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas 26 luglio 2012, n. 308, che reca il *Piano strategico per il triennio 2012-2014 per lo Sviluppo delle attività di vigilanza sulle infrastrutture e sui mercati*, all’all. A, stabilisce che “[s]ulla base del regolamento per la sorveglianza dei mercati all’ingrosso dell’energia REMIT, l’Autorità dovrà inoltre garantire la vigilanza dei mercati al fine di rilevare eventuali pratiche abusive”. Sempre con riferimento ai mercati delle energie, gli 38, 39 e 40 del regolamento della piattaforma del bilanciamento del 17 ottobre 2011 del Gestore dei mercati energetici S.p.A. (GME) riconoscono al medesimo il diritto di sospendere o di escludere l’utente abilitato dalla piattaforma in caso di utilizzi abusivi del sistema informatico o di gravi turbamenti del

⁴⁵⁴ L. DELLI PRISCOLI, *ult. op. cit.*, p. 845.

⁴⁵⁵ F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d’impresa*, cit., p. 491 ss.

mercato; tali misure hanno anche la finalità di preservare il corretto funzionamento della piattaforma e di contenere gli effetti pregiudizievoli di comportamenti che, impedendo il regolare svolgimento del mercato, sono di norma idonei a integrare una ulteriore violazione della deliberazione ARG/gas 45/11 (cfr. Delibera dell'AEEG, 27 agosto 2011 n. ARG/gas 145/11 di approvazione della proposta del suddetto regolamento).

Si può anche ricordare il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 7 ottobre 2004, n. 13644 relativo al caso Blugas, in cui l'abuso accertato consisteva nell'aver venduto all'estero a operatori italiani volumi di gas provenienti da c.d. contratti «*take or pay*» o «vendite innovative», in misura sufficiente a garantire la copertura di tutta la quota residua appannaggio di terzi operatori, fissata dal d.lgs. n. 164/2000, garantendo un accesso prioritario e di lungo periodo alla rete di gasdotti di proprietà di una società controllata⁴⁵⁶.

In materia di mercati finanziari, con Delibera CONSOB 9 maggio 2012, n. 18210, si introduce il *Prospetto relativo a quote/azioni di fondi comuni di investimento mobiliare/società di investimento a capitale variabile (SICAV) di diritto italiano armonizzati/non armonizzati, comunitari non armonizzati alla Direttiva 2009/65/CE extracomunitari di tipo aperto* il punto “D) INFORMAZIONI SULLE MODALITÀ DI SOTTOSCRIZIONE/RIMBORSO (...) Nel caso di sottoscrizione/rimborso mediante tecniche di comunicazione a distanza inserire quanto indicato nella Comunicazione Consob DIN/56016 del 21 luglio 2000, anche tenuto conto delle previsioni del D.Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005. Indicare l'esistenza di procedure di controllo delle modalità di sottoscrizione, di rimborso e di conversione per assicurare la tutela degli interessi dei partecipanti al fondo/comparto e scoraggiare pratiche abusive”.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con Delibera 17 novembre 2011, n. 621/11/CONS in tema di valutazione delle problematiche competitive nei mercati rilevanti dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili “*rileva che, in presenza*

⁴⁵⁶ V. sul punto anche Delibera AEEG 15 febbraio 2006, n. 31/06 “*Chiusura di procedimento relativo al mercato della vendita del gas naturale ai clienti finali di cui all'articolo 14, comma 1, della Del. Aut. en. el. e gas 4 dicembre 2003, n. 138/03*”.

di obblighi di non discriminazione (interna/esterna) e di trasparenza, in un contesto di significativa riduzione programmata dei prezzi all'ingrosso [cfr. di cui alla delibera n. 667/08/CONS], si riduce sensibilmente la possibilità degli operatori di adottare condotte abusive di tipo discriminatorio”.

Infine si può ricordare la vicenda dell'abuso del ricorso alla compravendita di cosa futura per l'acquisizione di un'opera pubblica con finalità o quantomeno risultati elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di appalti di opere pubbliche⁴⁵⁷. Con riferimento alla disciplina previgente in materia, l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici ricordando che il rischio di simili abusi avesse indotto a porre rigorosi limiti esterni e interni al potere di contrattare in questa forma, statui che la compravendita di cosa futura *ex art.* 1472 c.c. fosse un'ipotesi eccezionale e marginale per l'acquisizione di immobili da parte delle pp.aa. e impose a queste ultime di valutare preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, autorizzando alla compravendita di cosa futura solo previa verifica della non praticabilità delle prime per specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, e sempre nel rispetto dei limiti anti-abuso indicati dal Consiglio di Stato.

Alla luce di tutto ciò, pare di poter concludere che nella prassi dei contratti d'impresa e nelle regolamentazioni delle *Authorities* il divieto di abuso del diritto ha assunto e sta in via crescente assumendo un ruolo strategico nella effettività della disciplina del mercato⁴⁵⁸.

3.5.2 I rimedi contro l'abuso del diritto

Di per sé, la figura dell'abuso del diritto non definisce quali sono gli effetti giuridici o le conseguenze di un abuso cioè come esso sia regolato: ad esempio se seguano effetti di tipo invalidante o afflittivo o di altro ordine⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Cfr. Delibera dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 9 giugno 2004, n. 105 in tema di *Acquisti di cosa futura, gestione INAIL* (G.U. 6 luglio 2004, n. 156) che fa proprie le tesi dell'adunanza generale del Consiglio di Stato, parere n. 38/99 del 17 febbraio 2000 e precedenti pareri e della Corte dei conti Sez. Contr. Stato 24 novembre 1995, n. 150.

⁴⁵⁸ L'approccio strategico a cui si fa riferimento nel testo è sviluppato da G. GITTI, *Premessa*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 12.

Quello dei rimedi è un profilo cruciale, affinché l'abuso del diritto non sia categoria ridondante e marginale, anzitutto, rispetto alla buona fede e correttezza.

L'autonomia e utilità della figura si gioca infatti sul terreno delle sue ricadute⁴⁶⁰.

Vi è anche un'altra ragione per cui occorre precisare le conseguenze del divieto, e cioè quali siano le forme di tutela previste contro la sua violazione⁴⁶¹.

I contratti d'impresa possono essere caratterizzati dalla presenza, in qualità di contraente, di un imprenditore che necessita di tutela nei confronti di un altro imprenditore dotato di maggiore potere e della forza di abusarne. *“Possibili sfruttamenti di tali vantaggi sono immaginabili nelle diverse fasi del rapporto contrattuale: dalla sua formazione alla determinazione del suo contenuto, dalla sua esecuzione al suo scioglimento; per ciascuna di esse è opportuno valutare quanto gli strumenti di tutela più recenti possano mutare il quadro dei rimedi già noti al codice civile e quanto le regole di quest'ultimo, e anche le sue clausole generali, continueranno a operare, magari secondo una accezione rinnovata”*⁴⁶².

È evidente che il problema dei rimedi all'abuso è particolarmente sentito nelle ipotesi in cui la legge tace in tutto o in parte su quali essi sono e sulla loro disciplina.

Si è visto che in talune ipotesi di abuso la legge prevede espressamente un rimedio e lo disciplina (ad es. art. 7 d.lgs. 231/2002, come mod. dal d.lgs. 192/2012).

Alle ipotesi già considerate possiamo aggiungere le seguenti, che mostrano che i rimedi che la legge accorda a fronte di un abuso possono essere di vario ordine.

L'art. 70 del D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*) stabilisce che *“i consumatori ed altri utenti finali che ne facciano richiesta, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico.*

(continued...)

⁴⁵⁹ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 297-299 e 312.

⁴⁶⁰ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 685 nota 10.

⁴⁶¹ G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, cit., p. 166 ss.

⁴⁶² G. GITTI, *op. ult. cit.*, pp. 12-13.

(...) L'utente finale che utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio (...) per finalità abusive o fraudolente, decade dal contratto di fornitura del servizio, fatta salva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti". Le parole "per finalità abusive o fraudolente" sono state inserite dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, art. 49, co. 5.

Il D.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, all'art. 61 la cui rubrica è "Agevolare il cambiamento di fornitore" così modifica l'art. 80 del *Cod. comun. elettr.*: "L'Autorità provvede affinché tutti i contraenti con numeri appartenenti al piano nazionale di numerazione dei servizi di comunicazione elettronica che ne facciano richiesta conservino il proprio o i propri numeri indipendentemente dall'impresa fornitrice del servizio (...) provvede affinché il trasferimento dei numeri e la loro successiva attivazione sono effettuati nel più breve tempo possibile (...) prende anche in considerazione, se necessario, misure che assicurino la tutela dei contraenti durante tutte le operazioni di trasferimento, evitando altresì il trasferimento ad altro operatore contro la loro volontà. L'Autorità provvede affinché siano previste sanzioni adeguate per le imprese, tra cui l'obbligo di risarcire i clienti in caso di ritardo nel trasferimento del numero o in caso di abuso di trasferimento da parte delle imprese o in nome di queste".

La Delibera 18 maggio 2012, n. 188/2012/E/com dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas di approvazione della disciplina per la trattazione dei reclami presentati da operatori contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione (cfr. art. 44, co. 1 e 2, D.Lgs. 1 giugno 2011, n. 93), all'art. 10 in tema di misure cautelari dispone che l'Autorità, nell'ambito delle procedure di trattazione dei reclami, può adottare, in casi di particolare urgenza e sulla base di un sommario esame, anche in assenza di un'istanza, "motivate misure cautelari di carattere temporaneo, dirette a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del gestore".

In dottrina non vi è concordia in ordine ai rimedi nei confronti dell'abuso del diritto.

Parte della dottrina, prendendo le mosse dall'arresto della Cassazione nel caso Renault, sottolinea che il rimedio contro l'abuso del diritto si situa sul terreno risarcitorio, non su

quello dell'invalidità dell'atto abusivo in linea con quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che distingue fra c.d. regole di validità e c.d. regole di condotta⁴⁶³.

Altri valorizza invece le ipotesi legislative in cui l'abuso viene sanzionato con la nullità e in particolare la nullità di cui all'art. 9 L. 192/1998⁴⁶⁴, e si schiera pertanto a favore di un'estensione della regola nullità anche alle ipotesi analoghe in cui essa non è prevista espressamente⁴⁶⁵. Invece, in considerazione della natura eccezionale del rimedio *ex art. 7* del d.lgs. 231/2002 ante riforma che prevedeva la riconduzione a equità del patto abusivo, si esclude dai rimedi esperibili contro l'abuso la regola della rideterminazione del contenuto del contratto, salvo ove il legislatore espressamente la prevede⁴⁶⁶ (oggi, come detto, questo rimedio è venuto meno e le clausole abusive nulle devono essere sostituite *ex lege*).

Vi è chi distingue i rimedi a seconda che l'abuso del diritto si manifesti in concreto in un comportamento abusivo che sfocia in un patto o contratto anziché nell'esercizio di un atto unilaterale: in linea di principio, il rimedio, nel primo caso, sarebbe la nullità del patto, mentre nel secondo caso il risarcimento del danno. Tuttavia, posto che l'abuso più che il contratto riguarda l'esercizio degli atti unilaterali, ove esso si realizzi nella fase precontrattuale, vi sarà invalidità dell'atto abusivo e risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*⁴⁶⁷.

La giurisprudenza riconosce la possibilità di chiedere, anche in via cautelare, il rimedio dell'adempimento coattivo in forma specifica, ad esempio condannando all'obbligo di ripristinare la somministrazione interrotta secondo l'entità delle commesse richieste⁴⁶⁸.

Per contro, parte della dottrina, specialmente rispetto alle prerogative o libertà negative, quali il rifiuto abusivo di contrarre o vendere, considera arduo ammettere il rimedio

⁴⁶³ G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., p. 51.

⁴⁶⁴ G. VILLA, *ult. op. cit.*, p. 64-66.

⁴⁶⁵ G. VILLA, *ult. op. cit.*, pp. 68 ss.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

⁴⁶⁷ F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., p. 693 ss. e p. 696.

⁴⁶⁸ Cfr. Trib. Catania, 9-7-2009, in *Foro it.*, 2009, I, col. 2814.

speculare positivo (nell'esempio l'obbligo di esecuzione in forma specifica di contrarre o vendere). Anche se si osserva che nel diritto *antitrust* a fronte di un rifiuto abusivo anticoncorrenziale alle *Authorities* è invece riconosciuto il potere d'imporre ad esempio la cessione di risorse e/o licenze⁴⁶⁹.

Una dottrina si schiera a favore di rimedi perequativi o correttivi, pur evidenziando una certa resistenza della cultura giuridica italiana nei confronti di tali rimedi, ancorché non siano estranei alla sistematica dei rimedi codicistici⁴⁷⁰.

In chiave di progettazione normativa si sottolinea la possibilità di rimedi manutentivi del vincolo contrattuale che consentano di sindacarne/adequarne il punto di equilibrio sulla scorta del rimedio di tradizione tedesca dell'*Anpassungsanspruch*⁴⁷¹. Al proposito si individuano tre declinazioni possibili: *i)* adeguamento giudiziale diretto; *ii)* domanda di conformazione giudiziale subordinata all'infruttuoso esercizio della rinegoziazione; *iii)* mero permesso positivo alla rinegoziazione.

Da un altro punto di vista si propone di considerare anzitutto la dimensione di durata dei contratti d'impresa e che l'interesse giuridicamente tutelato dalle normative in materia è la tutela non del singolo concorrente, bensì della dinamica concorrenziale e dunque del mercato. Sulla base di questa premessa, il rimedio che si considera più efficiente nei confronti dell'abuso, cioè quello che consente di riallineare gli incentivi verso l'ottimo sociale, è il risarcimento del danno alle seguenti condizioni. Il danno risarcibile deve escludere gli utili sperati e limitarsi agli investimenti specifici non ancora recuperati e non altrimenti recuperabili, cioè al c.d. danno da affidamento. Dove il risarcimento del danno è per contro limitato al solo c.d. «*reliance interest*» risulta alterato il sistema degli incentivi per tutte e due le parti. Se la parte tenuta a risarcire paga anche gli utili sperati, il debitore

⁴⁶⁹ F. MACARIO, *ult. op. cit.*, p. 696, che ricorda lo studio di Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 53 ss. e 252 ss.

⁴⁷⁰ Sul tema vedi G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, cit., p. 285 ss.

⁴⁷¹ G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, cit., p. 263.

non internalizza quella parte di mancato guadagno del creditore, che è venuta meno a seguito dell'inadempimento⁴⁷².

A proposito del diritto di recesso convenzionale, si afferma che esso è suscettibile di un duplice sindacato cui seguono diversi rimedi. Mentre l'accertamento della mala fede ha come effetto sanzionatorio il risarcimento del danno, restando ferma la validità/efficacia dell'atto di recesso, l'esercizio abusivo del recesso fa sì che sia inefficace. Comparando i due rimedi, si ritiene che il secondo sia il più efficiente⁴⁷³.

La soluzione dell'inefficacia è sostenuta anche sulla scorta della disciplina degli artt. 1358 e 1359 c.c., in cui, occorre ricordarlo, si vede un'occorrenza implicita del divieto di abuso del diritto. Si afferma infatti che la regola della correttezza imposta da tali norme è mediata dalla logica dell'abuso del diritto, la cui applicazione in ambito contrattuale si tradurrebbe prevalentemente nel rimedio dell'inefficacia⁴⁷⁴.

Un'altra soluzione ancora diversa, che viene argomentata dal divieto di usura ed estesa al divieto di abuso dell'autonomia contrattuale nelle relazioni asimmetriche di mercato, è quella di considerare come rimedio generale la nullità. Il rimedio dell'abuso sarebbe cioè la nullità virtuale per violazione dello squilibrio contrattuale⁴⁷⁵.

La soluzione della nullità è sostenuta anche sulla scorta di argomentazioni diverse.

In primo luogo, muovendo dall'esperienza dei contratti d'impresa che realizzano una condotta anticoncorrenziale, si critica la soluzione implicita nei principi statuiti dalla Cassazione di considerare validi i contratti conclusi "a valle" tra imprenditore e consumatori, in cui il primo approfitta della condotta anticoncorrenziale per vendere i propri beni o servizi ai secondi a un prezzo superiore a quello che avrebbe potuto ottenere in condizioni di

⁴⁷² M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, cit., pp. 116-117.

⁴⁷³ C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, cit., p. 352 e 359.

⁴⁷⁴ M. GRANDI, *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, cit., p. 47.

⁴⁷⁵ R. MESSINETTI, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, cit., p. 615 ss.

concorrenza, e si prospetta per contro una causa di nullità *ex art.* 1418 c.c. per violazione di norme imperative⁴⁷⁶.

In secondo luogo, sul presupposto che, nel diritto dei contratti d'impresa, il divieto di abuso del diritto sanziona quei casi di esercizio delle libertà contrattuali che si pongono in antitesi o risultano disfunzionali rispetto al mercato, si ritiene che il rimedio sia la nullità per contrasto con l'ordine pubblico del mercato concorrenziale⁴⁷⁷.

La soluzione invalidante è negata da chi sottolinea che l'abuso di una posizione di forza e la debolezza di una parte non sono di per sé sufficienti per l'eliminazione di un atto di autonomia privata. Si prospetta quindi una teoria dei rimedi articolata. A seconda dei casi vi potrà essere solo rimedio risarcitorio, cioè la responsabilità e il risarcimento del danno coesisteranno con la presenza di un atto valido ed efficace, oppure la nullità potrà cumularsi al risarcimento; ma la tutela potrà anche essere l'inesigibilità ad esempio del comportamento richiesto da una clausola abusiva⁴⁷⁸.

La soluzione del cumulo tra nullità e risarcimento è ammessa anche da chi⁴⁷⁹, esaminando la nullità di cui all'art. 9 l. 192/1998, ritiene che ove l'abuso e la nullità travolgano l'intero contratto il problema del riequilibrio si sposti sul piano dei rimedi risarcitori e sottolinea che la possibilità di cumulare nullità e risarcimento non può essere messa in dubbio stante l'autonomia funzionale del secondo rimedio rispetto al primo. Sul punto è opportuna la precisazione che il risarcimento che trova causa nell'abuso è altro e non va confuso con il risarcimento dovuto per la mancata comunicazione della causa di invalidità *ex art.* 1338 c.c. A fronte di questo contrasto di opinioni, giova sottolineare un elemento decisivo: se l'abuso consiste, in un'ottica funzionale o teleologica, nell'esercizio di un diritto che in concreto risulta in antitesi o non funzionale rispetto al perseguimento dell'interesse a esso sotteso,

⁴⁷⁶ L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, cit., p. 253 ss.

⁴⁷⁷ F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, cit.; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., pp. 716-720.

⁴⁷⁸ G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, cit., p. 166 ss.

⁴⁷⁹ Vedi A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 1197 ss.

allora il rimedio congruo contro l'abuso è quello che salvaguarda o permette di ripristinare l'interesse in concreto eluso o frustrato.

Sul piano dei rimedi la soluzione più opportuna pare essere una soluzione plurale e diversificata.

Se si considera l'abuso del diritto come figura autonoma, l'articolazione dei rimedi non va però costruita tramite una argomentazione analogica a partire dalle discipline espresse. Piuttosto, occorre valorizzare il tipo di interessi sottesi ai diritti esercitati in maniera abusiva e le caratteristiche che l'abuso assume volta per volta.

La scelta dei rimedi dovrebbe cadere su quello più congruo rispetto al perseguimento e alla realizzazione dell'interesse o funzione originaria.

In conclusione, criterio orientativo di costruzione della figura dell'abuso del diritto è il criterio teologico/funzionale: sia dal lato della fattispecie, sia dal lato dei rimedi.

Questo criterio appare quello più acconco anche per "governare" la figura nelle possibili ricadute operative.

Bibliografia

ADDIS F., «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 6 ss.

AGRIFOGLIO G., *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 253 ss.

AGRIFOGLIO G., *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 225 ss.

ALBISINNI F., *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Riv. dir. alimentare*, 2, 2012, p. 33 ss.

ALPA G., *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, in *Rassegna forense*, Quaderni, 2007

ALPA G., *Concentrazioni societarie e disciplina della concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2003, p. 695 ss.

ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1996, p. 46 ss.

ALPA G., PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del Codice civile*, Tomi I e II, Giuffrè, Milano, 1997

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 9 ss.

AMADIO G., *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, suppl. 2006, p. 255 ss.

AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2005, p. 285 ss.

ANCEL P., *L'abuse de droit: une notion sans histoire? L'apparition de La notion d'abus de droit en droit français au debut du XXe siècle*, in *L'abus de droit. Comparations franco-suissees*, Saint Etienne, 2001, p. 51 e ss.

ARTOM A., *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. alimentare*, 2, 2012, p. 42 ss.

ASQUINI A., *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, p. 3 ss.

ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, suppl. 2, 2007, p. 8 ss.

ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, a cura di M. Taruffo, Il Mulino, Bologna, 2004

ATZENI M., *Art. 58*, in A. Maggio, G. Steri (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ESI, Napoli, 2009, p. 446 ss.

ATZENI M., *Art. 59*, in A. Maggio, G. Steri (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ESI, Napoli, 2009, p. 456 ss.

BARBERIS M., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma, 2006

BARALDI M., *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 927 ss.

BARALDI M., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 1, 2010, p. 41 ss.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Le Fonti, Milano, Giuffrè, 1946, p. 695 e ss.

BASTIANON S., *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 8, 2002, p. 1066 ss.

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, Milano, 2001

BATTELLI E., *Clausola penale: riduzione d'ufficio e criteri di valutazione*, in *Contratti*, 8-9, 2008, p. 765 ss.

BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2009, p. 241 ss.

BENIGNI E., *Onere di exceptio doli del garante «autonomo» e inaccogliibilità del ricorso d'urgenza dell'ordinante la garanzia*, in *Corr. giur.*, 11, 2004, p. 1511 ss.

BEN-SHAHAR O., *Fixing Unfair Contracts*, in *63 Stan. L. Rev.*, 2011, p. 869 ss.

BERLINGIERI F., *Uso e abuso dei termini di stallia e controstallia*, in *Dir. maritt.*, 1965, p. 352 ss.

BIANCA C.M., ALPA G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Cedam, Padova, 1996

BOSC J., *Essai sur Les éléments constitutive du délit civil*, Thèse Montpellier, 1900-1901

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 5 ss.

BROWN N., *Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?*, in D. Curtin, T. Heukels (eds.), *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, vol. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, p. 511 ss.

BRUGI B., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento, Messina, 1931, p. 79 ss

BUSNELLI F., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss.

BUSNELLI F., NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 171 ss.

CALVO R., *Il valore del precedente extra statale nell'interpretazione della disciplina interna sulle vendite al consumo*, in *Contr. e impr./Europa*, 1, 2007, p. 289 ss.

CAMARDI C., *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 928 ss

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2008, p. 831 ss.

CAMILLERI E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008

CARBONE V., *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 3, 1996, p. 248 ss.

CARBONE V., *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, in *Corr. giur.*, 12, 1995, p. 1365 ss.

CASALE F., *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell'impresa bancaria*, in *Banca borsa tit. credi.*, 2, 2003, p. 137 ss.

CASO R., PARDOLESI R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss.

CASSANDRO SULPASSO B., *L'abuso del contratto di factoring*, in *Giur. comm.*, 3, 1976, p. 387 ss,

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 1998, p. 5 ss.

CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 771 ss.

CATTANEO G., *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.

CÈZAR-BRU C., *La faute, Le risque, l'abus du droit*, in *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, II, 1, Avril-Juin 1906, p. 63 ss.

CHARMONT C., *De l'abus de droit*, in *Revue trimestral de droit civil*, 1902, p.122 ss.

CHINÈ G., FRATINI M., ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, Maggioli, Roma, 2012, 3° ed.

CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, vol. II, Bocca, Torino, 1906, 2° ed.

COLANGELO G., *L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logista Italia*, in *Danno e Resp.*, 12, 2010, p. 1175 ss.

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

CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2011, p. 473 ss.

DABIN J., *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p.307 s.s

DABIN J., *Le droit subjectif*, Parigi, 1952

D'AMELIO M., *Un codice unico delle obbligazioni, per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, 1927, pp. 83 e ss

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 7, 2011, p. 653 ss.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 1, 2010, p. 11 ss.

D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 37 ss.

D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, p. 625 ss.

DE CARIA R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Una riflessione sul piano costituzionale e di politica del diritto*, in *Giur. cost.*, 4, 2010, p. 3627 ss.

DELFINI F., *Il controllo ex art. 4, l. n. 287/1990 dell'Autorità antitrust sul contenuto del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 479 ss.

DE NOVA G., *Sul valore aggiunto della clausola generale di buona fede nel diritto contrattuale*, lezione in data 10 giugno 2011, tenuta alla Scuola dottorale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano

DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 635 ss.

DE VITA A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, p. 175 ss.

DEL PUNTA R., *Del gioco e delle sue regole note sulla «sentenza FIAT»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, II, 2011, p. 1421 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 5, II, 2010, p. 834 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 253 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, 10, 2006, p. 2153 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1163 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Franchising e tutela dell'affiliato*, Giuffrè, Milano, 2000

DESSERTAUX M., *Abus de droit ou conflict de droits*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906. pp. 119 e ss.

DI BIASE A., *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2007, p. 801 ss.

DI CIOMMO F., *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Contratti*, 12, 2000, p. 1115 ss.

DI CIOMMO F., *L'abuso di potere del preponente nel rapporto di agenzia*, in *Corr. giur.*, 8, 2000, p. 1032 ss.

DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009

DI MARZIO F., *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011, p. 491 ss.

DI MARZIO F., *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2009, p. 375 ss.

DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, p. 681 ss.

DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, I, 10-12, 2006, p. 789 ss.

DI VIA L., *Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2004

DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1998, p. 147 ss.

FABBIO PH., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006

FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010

FARINA V., *Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, in *Obbl. e contr.*, 12, 2011, p. 806 ss.

FERRARI A., *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, Cedam, 1998

- FRIGNANI A. (a cura di), *Il contratto di franchising*, Giuffrè, Milano, 1999
- FURGIULE G., *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, p. 519 e ss.; p. 609-610
- GALGANO F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1, 1998, p. 18 ss
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contr. e impr.*, 2, 2011, p. 311 ss.
- GALOPPINI A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur.*, I, Roma
- GAMBARO A., CENINI, M., *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.,
- GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, p. 297 ss.
- GENTILI A., *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 6, 2011, p. 617 ss.
- GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.
- GERMANÒ A., *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012*, in *Riv. dir. alimentare*, 3, 2012, p. 41 ss.
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963
- GIORGINI E., *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 586 ss.

GIOVANNINI S., *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, II, 2004, p. 18 ss.

GITTI G., *La determinazione del contenuto*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 83 ss.

GITTI G., VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008

GITTI G., DELFINI F., *Autonomia contrattuale e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 472 ss.

GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 91 ss.

GITTI G., *Premessa*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 11 ss.

GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006

GITTI G., *Le clausole d'uso come «fonti» del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 115 ss.

GITTI G., SPADA P., *Introduzione. La regolazione del mercato come strategia*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 15 ss.

GIUA M., STELLA F., CONTEDEUCA G.A., *Decreto Cresci Italia: deregulation per la distribuzione del carburante tra giacenze di prodotto e criticità fiscali*, in *Fisco*, 26, 2012, p. 4097 ss.

GIUFFRIDA M., *I contratti di filiera del mercato agroalimentare*, in *Riv. dir. alimentare*, 3, 2012, p. 3 ss.

GONNELLI I.M., *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obbl. e contr.*, 8-9, 2009, p. 708 ss.

GRANDI M., *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 1, 2011, p. 44 ss.

GRONDONA M., *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2004, p. 309 ss.

GROSSI P., *Pagina introduttiva (ripensare Gény)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991, p. 20;

GROSSI P., *François Gény e La scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991, p. 43 e ss

GRUNDMANN S., KERBER W., WEATHERILL S. (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001

INRWIN T., *I primi primi di Aristotele*, a cura di G. Reale, Vita e Pensiero, Milano, 1996

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003

IRTI N., *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 43 e ss.

IUDICA G., *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e costituzione europea*, in G. Iudica, G. Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Editore, Napoli, 2006, p. 166 ss.

JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939

LALOU R., *Traité de la responsabilité civile*, Parigi, 1949, p. 514 ss.

LENAERTS A., *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 6, 2010, p. 1121 ss.

LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912, p. 95 ss.

LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993

LEVY E., *Vision socialiste du droit*, Parigi, 1926

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, Giuffrè, Milano, 1984

LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999

MACARIO F., *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto". Nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2, 2009, p. 311 ss.

MACARIO F., *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 179 ss.

MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, p. 663 ss.

MACCARI M.V., *Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2012, p. 301 ss.

MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 6, 2003, p. 623 ss.

MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006, p. 33 ss.

MASTRORILLI A., *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 4, 2010, p. 347 ss.

MAUGERI M., *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2010, p. 231 ss.

MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e affiliazione commerciale: ambito di applicazione, contenuto del contratto, caratteri del rimedio e tutela della rete*, in A. Lopes, F. Macario, P. Mastroberardino (a cura di), *Reti di imprese. Gli scenari economici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2008, rip. in *Tra diritto e società. Studi in memoria di Paolo Berretta*, a cura di M.R. Maugeri, R. Palidda, Giuffrè, Milano, 2008, p. 173 ss.

MAUGERI M., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 7, 2011, p. 1697 ss.

MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 2005, p. 51 ss.

MELI V., *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giappichelli, Torino, 2003

MENGER A., *Lo Stato socialista*, 2° ed. tedesca, tradotto da O.H. OLBERG, Torino, 1905

MENGER A., *Il diritto civile e il proletariato*, 2° ed. tedesca, tradotto da OBEROSTER, Torino, 1894, p. 190 ss.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno, III, Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 535 ss.

MENTI F., *Il principio comunitario del divieto di abuso del diritto e il rimedio civilistico della nullità del contratto*, in *Dir. e prat. trib.*, 6, II, 2009 p. 1115 ss.

MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2005, p. 348

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 178

MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.

MESSINETTI R., *Il “falso” problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 615 ss.

MICHIELI N., *La buona fede come limite “insuperabile” all’applicazione della clausola statutaria simul stabunt, simul cadent*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2092 ss.

MINERVINI E., *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 5, 2009, p. 493 ss.

MIRONE A., *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita not.*, 2011, p. 651 ss.

MONTELEONE P., *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 3, 2010, p. 557 ss.

MORELLI M.R., *In margine ad un’ipotesi di collegamento tra “buona fede obiettiva” ed “abuso del diritto”*, in *Giust. civ.*, I, 1975, p. 1700 ss.

MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 3, 1996, p. 285 ss.

MORELLO U., *Abuso del diritto*, in A.Gambaro-U.Morello, *Lezioni di Diritto Civile*, Milano, 2012 p. 567 e ss.

MULLER-ERZBACH R., *L’abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss

NANNI L., *Abuso della banca nella concessione di credito ad impresa insolvente*, in *Fall.*, 9, 1996, p. 917 ss.

NATOLI R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 5, 2010, p. 524 ss.

NATOLI R., *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli, 2004

NATOLI R., *Brevi note sull’abuso di dipendenza economica «contrattuale»*, in *Giur. it.*, 2003, p. 724 ss.

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.;

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, I, p. 157

NERVI A., *I modelli contrattuali nel settore della distribuzione*, relazione Modena, 14 maggio 2012, inedita

NICITA A., SCOPPA V., *Economia dei contratti*, Carocci, Milano, 2005

NIGRO C.A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, I, 2010, p. 2547 ss.

NUZZO A., *L'abuso della minoranza: potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003

OLIVIERI G., ZOPPINI A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma, 2008

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 3., 2010, p. 172 ss.

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 147 ss.

OSTI C., *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, *Foro it.*, I, 2002, col. 2178 ss.

PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1995, p. 523 ss.

PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: note per una lettura sistematica*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 313 ss.

PAGLIANTINI S., *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 281 ss.

PAGLIANTINI S., *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in Aa.Vv., *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455 ss.

PLAIA A., *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, Relazione, Università Ca' Foscari di Venezia, nell'ambito del seminario Diritto dei contratti, diritto del lavoro, 30-31 gennaio 2008, in <http://www.personaedanno.it/>

PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, I, 2002, col. 2178 ss.

PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, I, 2002, col. 3208 ss.

PALMIERI A., PARDOLESI R., *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, I, 2010, p. 85 ss.

PALOMBELLA G., *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, 2006, Bari, p. 135 e ss.

PANNARALE L., *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, 2002, Milano, p. 79 e ss.

PANETTI F., *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 653 ss.

PARDOLESI R., *Una postilla sul Terzo Contratto*, 2008, in <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>

PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, p. 2 ss.

PATTI S., *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007, 2° ed., p. 81 ss.

PATTI S., *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, in *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007, 2° ed., p. 91 ss.

PESCATORE V., *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 3, 2012, p. 166 ss.

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115 ss.

PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25 ss.

PISANI MASSAMORMILE A., *Minoranze, «abusi» e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2004

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900, p. 269 ss.

PORCHEROT E., *De l'abus du droit*, Thèse Dijon, 1901-1902

PROSPERI F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. e prat. trib.*, 4, 2012, p. 717 ss.

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, p. 639 ss.

QUADRI R., *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, in *Dir. e giur.*, 1999, p. 36 ss.

RAISER L., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. di M. Graziadei, Giuffrè, Milano, 1990

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 205 ss.

RESCIGNO P., *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 4, 2011, p. 794 ss.

RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2010, p. 341 ss.

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007

RICCIO A., *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contr. e impr.*, 2, 2011, p. 297 ss.

ROBLES M., *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 755 ss.

ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, p. 168 ss

ROMEO C., *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contratti*, 11, 2007, p. 980 ss.

ROPPO V., *Prospettive del diritto europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 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.*, 4, 2001, p. 780 ss.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.

ROTONDI M., *Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, In *Recueil d'études sur le sources du droit en l'honneur de François Gény*, II, *Les sources generales des systemes juridiques actuals*, Paris, Sirey, 1934, p. 403 e ss.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova, Cedam, 1979

RUMI T., *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 7, 2012, p. 638 ss.

RUVOLO M., *Questioni giurisprudenziali in tema di subfornitura industriale ed abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 5, 2010, p. 599 ss.

SACCO R., *L'abuso del diritto*, in *Aa.Vv., Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2001, p. 309 ss.

SACCO R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 217 ss.

SALANIÉ B., *Microeconomics of market failures*, MIT press, Cambridge, Mass., 2000

SALEILLES R., *De l'abus de droit, rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du Code civil*, in *Bullettin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p.325 e ss

SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de c.c. pour l'empire allemand*, Parigi, 1925, nota 1 a pp. 370 ss.

SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giur. it.*, 4, 2010, p. 809 ss.

SALTARI L., *Il decreto "Cresci Italia"*, in *Giornale dir. amm.*, 6, 2012, p. 579 ss.

SALVI C., *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

SANTAGATA C., *Del Mandato. Delle Obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante, Art. 1710-1721*, in *Comm. del Cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro, Bologna-Roma, 1998

SANTARELLI R., *Abuso di dipendenza economica: cronaca di una sorte annunciata*, in *Foro padano*, I, 2003, p. 149 ss.

SANTARELLI U., *«Un illustre (e appartato) foglio giuridico», la Rivista di diritto privato (1931-1944)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, pp. 665 e ss., p. 673

SAVATIER J., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951

SCAGLIONE F., *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 3, 2010, p. 560 ss.

SCODITTI E., *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 12, 2010, p. 1155 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p. 139 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 1, 2012, p. 5 ss.

SERRAO D'AQUINO P., *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica di società*, in *Giur. merito*, 11, 2010, p. 2748 ss.

SIRENA P., (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006

SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2004, p. 787 ss.

STABILINI A., *L'abuso della regola di maggioranza nelle società di capitali*, in *Società*, 7, 2011, p. 841 ss.

TARELLO G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete (1972)*, in G. VISINTINI (a cura di), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 17-57

TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato 1997, III, L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, p. 435 ss.

TASSONE B., *Non solo moda (ma anche "rewriting" contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e resp.*, 7, 2002, p. 765 ss.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli, C. Granelli, 20° ed., Giuffrè, Milano, 2012

TRUBIANI F., *Un'ipotesi di utilizzo «scorretto» della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 4, 2011, p. 263 ss.

VENUTI M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Cedam, Padova, 2004

VETTORI G., *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 3, 2010, p. 166 ss.

VETTORI G., *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005, p. 9 ss.

VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2005, p. 743 ss.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2000, p. 21 ss.

VIGLIANISI FERRARO A., *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 10, 2010, p. 880 ss.

VIGLIONE F., *Il giudice riscrive il contratto tra le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p. 148 ss.

VILLA G., *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in A. D'Angelo, V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 48 ss.

VITUCCI P., *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 9 ss.

WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, a cura di M. Turvani, FrancoAngeli, Milano, 1987

ZANELLI V., *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*, in *Società*, 6, 2010, p. 689 ss.