

ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E ABUSO DEL DIRITTO

LORENZO DELLI PRISCOLI

SOMMARIO: 1. Abuso di dipendenza economica e riferimento al mercato. – 2. I due momenti dell’abuso di dipendenza economica: la dipendenza economica ed il suo abuso. - 3. Abuso di dipendenza economica e analogia. - 4. Abuso di dipendenza economica e buona fede. - 5. Abuso di dipendenza economica corollario dell’abuso del diritto? - 6. I rischi del generico riferimento ad una “sproporzione ingiustificata” per l’individuazione dell’abuso. - 7. Buona fede e abuso del diritto. – 8. Giudici e abuso del diritto.

1. *Abuso di dipendenza economica e riferimento al mercato.* - Per la sua portata generale, non limitata a un singolo contratto o ad un particolare aspetto della contrattazione, la norma più importante in tema di imprenditore c.d. “debole” è rappresentata dall’art. 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998¹, che vieta l’abuso di dipendenza economica all’interno del contratto di subfornitura. Secondo tale norma, quando un’impresa approfitti della propria posizione di forza nei riguardi di un’altra impresa per trarne illeciti vantaggi, essa avrà integrato un abuso della dipendenza economica.

Il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce applicazione del principio di buona fede e del divieto di abuso del diritto e richiede sempre, per la valutazione della sua sussistenza, un riferimento al mercato – per giudicare circa la possibilità o meno per la parte che subisca l’abuso di reperire alternative soddisfacenti – anche quando non tuteli al contempo la concorrenzialità del mercato stesso (cfr. co. 3-*bis*). Si tratta dunque di una norma che si pone a cavallo tra la prospettiva microeconomica del contratto e quella macroeconomica del mercato e della concorrenza.

2. *I due momenti dell’abuso di dipendenza economica: la dipendenza economica ed il suo abuso.* - La fattispecie “abuso di dipendenza economica” può essere idealmente scomposta in due fasi, entrambe necessarie: la prima è la “dipendenza economica”² (che è la traduzione giuridica di una situazione economica in cui un soggetto si trova a dover contrattare con una parte che, nei suoi confronti, si presenta come monopolista o quasi monopolista, e che si traduce dunque in un minor potere contrattuale), la fase successiva invece è l’abuso di tale dipendenza economica.

La dipendenza economica³ (da valutare anche in relazione alla “reale possibilità ...” per una parte “di reperire... alternative soddisfacenti”⁴) attribuisce all’altra parte la possibilità di concludere un contratto caratterizzato da “un

¹ La bibliografia sull’abuso di dipendenza economica è ormai sterminata. Si indicano solo le monografie più recenti: G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009; R. CATALANO, *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009.

² Secondo Trib. Bari, 17 gennaio 2005, *Contratti*, 2005, 893, con nota adesiva di L.C. NATALI, *Abuso di dipendenza economica e “debolezza” relativa dell’impresa subfornitrice*, la dipendenza economica consiste nell’astratta capacità di esercitare il proprio potere contrattuale per imporre ad un’altra impresa condizioni eccessivamente gravose per quest’ultima a proprio esclusivo vantaggio. La parola “astratta” in effetti rende bene il concetto di “dipendenza economica”, espressione che esprime una potenzialità di abuso, ovvero la possibilità che ha l’impresa che della dipendenza economica si avvantaggia di abusare, e non anche l’abuso stesso.

³ Cfr. in questo senso Cass. n. 3638 del 2009, ove l’abuso di posizione dominante è stato escluso in corrispondenza dell’esclusione della posizione dominante. Ed invero, l’affermazione della Corte secondo la quale “non è sufficiente comprovare la esistenza di disparità di trattamento contrattuale per affermare la esistenza di abusi in un mercato specifico” risulta fondata solo se il contraente che pratica il metodo della disparità di trattamento non si trovi in posizione dominante. Difatti, in tal caso, la disparità di trattamento è frutto del lecito esercizio dell’autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non può dirsi sia così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusa, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, che sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile o grandemente difficile reperire sul mercato adeguate alternative. Si noti anche la commistione – a mio avviso corretta – tra i concetti di posizione dominante e dipendenza economica.

⁴ Cfr. Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, *Foro it.*, 2002, I, 2178, con nota adesiva di C. OSTI, *Primo affondo dell’abuso di dipendenza economica*, ordinanza secondo cui per individuare la dipendenza economica il criterio di base è quello della mancanza di alternative soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l’impresa dominante; si tratterebbe di un criterio che, ancorché elastico, rinvia al mercato nel quale l’impresa opera ed alla situazione contingente nella quale essa viene a

eccessivo squilibrio di diritti e obblighi” ed è una situazione per molti versi assimilabile alla posizione dominante di cui alla fattispecie “abuso di posizione dominante”⁵ di cui all’art. 3 l. n. 287 del 1990). La dipendenza economica infatti, come la posizione dominante, consiste soltanto in una potenzialità di abuso, non anche nell’abuso stesso e si verifica ogniqualvolta un’impresa abbia compiuto investimenti - in macchinari e conoscenze - che, per essere finalizzati al processo produttivo o distributivo proprio ed esclusivo di un’altra impresa, sarebbero difficilmente reinvestibili in un rapporto con un’impresa diversa.

L’abuso si estrinseca invece (anche se non sempre perché l’abuso di dipendenza economica può consistere anche in un illecito extracontrattuale) nella effettiva conclusione di un contratto fortemente squilibrato con pregiudizio della parte che non dispone di alternative soddisfacenti. Tali alternative infatti, pur potendo in astratto essere presenti, in concreto non saranno soddisfacenti perché determinerebbero la perdita degli investimenti compiuti e delle conoscenze acquisite durante il precedente rapporto contrattuale, cosicché accade non di rado che il soggetto che si trovi in una situazione del genere preferisca rinnovare il contratto con il precedente produttore/committente⁶, anche a condizioni a lui sfavorevoli pur di non perdere tali investimenti e conoscenze⁷. L’abuso si può manifestare in diverse forme, delle quali alcune - che non esauriscono però l’elenco delle possibili condotte illecite - sono state tipizzate dal legislatore. Esse consistono nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nell’interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto⁸.

3. *Abuso di dipendenza economica e analogia.* - La portata generale della norma dipende dalla circostanza che la dottrina pressoché unanime ritiene che la norma in tema di abuso di dipendenza economica, pur dettata all’interno della disciplina del contratto di subfornitura, possa applicarsi anche ad altri rapporti fra imprenditori in cui possa ravvisarsi la medesima *ratio*, che è quella di impedire che un’impresa approfitti della condizione di particolare debolezza (ovverosia di “dipendenza economica”) di un’altra⁹. La dipendenza economica descritta nell’art. 9 della l. n. 192 del 1998 evidenzia in effetti molti punti in comune con la dipendenza, pure economica, che si può realizzare nell’ambito di altri contratti d’impresa, e in particolare in quelli c.d. di distribuzione in esclusiva¹⁰, ove un imprenditore si assume l’incarico di distribuire i beni prodotti da un altro imprenditore usufruendo delle licenze di marchio, insegna, *know-how* di quest’ultimo. E’ infatti evidente l’affinità tra i presupposti della dipendenza: la trasmissione di un *know-how* specialistico, la dedizione della propria attività

trovarsi, in conseguenza dell’abuso subito, al fine di verificare la reale possibilità di far fronte all’imprevisto mediante il ricorso ad altro interlocutore commerciale: deve trattarsi non di una mera possibilità, astratta e ipotetica, ma di un’opportunità che in concreto il mercato offre per il raggiungimento di un risultato comunque utile per l’impresa.

⁵ Cfr. Cass. n. 3638 del 2009, cit., che riprende una definizione tratta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, caso Hoffmann-La Roche, sent. 13.2.1979 causa 85/76, secondo cui si intende posizione dominante quella che consente ad un’impresa o ad un gruppo di imprese di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai suoi concorrenti, dai suoi clienti e, in ultima analisi dai consumatori finali dei suoi prodotti o servizi.

⁶ Il soggetto in grado di abusare della dipendenza economica dell’altra parte non è pertanto monopolista (nel caso del *franchising*) o monopsonista - ovverosia l’unico a poter vendere un determinato bene - (nel caso della subfornitura) nei confronti di una generalità di soggetti tutti interessati all’acquisto o alla vendita di un certo genere merceologico, ma è monopolista o monopsonista solo nei confronti di quei determinati soggetti che abbiano compiuto specifici investimenti per adeguarsi al suo particolare sistema di produzione o distribuzione.

⁷ E’ possibile individuare un abuso di dipendenza economica anche in contratti diversi da dalla subfornitura e dai contratti di distribuzione. Si pensi ad esempio al trasportatore che si sia specializzato nel trasporto di particolari cavalli da corsa particolarmente piccoli, irrequieti e con particolari gusti alimentari: egli avrà per ipotesi acquistato dei camion con delle celle per cavalli molto piccole, addestrato del personale per non fare imbizzarrire i cavalli durante il viaggio, acquistato scorte ingenti di generi alimentari - destinati ad assecondare i particolari gusti di quei cavalli - difficili da reperire in ogni momento sul mercato.

⁸ Le condotte proibite dalla norma che vieta l’abuso di dipendenza economica sono in buona parte analoghe a quelle vietate dagli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990 (intese ed abusi di posizione dominante) e, come nel caso di queste ultime, hanno lo scopo di impedire l’approfittamento di una posizione di forza (posizione dominante e dipendenza economica esprimono entrambe il concetto di abuso di una situazione in cui una delle parti non abbia valide alternative sul mercato, ossia una situazione di monopolio o di quasi monopolio).

⁹ Cfr., per tutti, N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 4, il quale evidenzia che tale possibilità si riconnette alla necessaria circolarità del processo interpretativo del diritto e riporta l’ampia dottrina favorevole ad un’estensione in via analogica della norma). Si cita solo la dottrina contraria all’applicabilità in via analogica della norma: A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2003, 484-485 e R. RINALDI, F. TURITTO, *L’abuso di dipendenza economica*, in Sposato, Coccia, (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999, 121.

¹⁰ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, Riv. dir. impr., 2003, 549.

imprenditoriale ad un unico produttore, la configurabilità come contratti di durata in cui lo svolgimento del rapporto per un tempo prolungato, aumentando l'entità degli investimenti effettuati non riutilizzabili, accentua i profili di dipendenza; la specializzazione quindi nella distribuzione di prodotti di una sola marca, l'ingente investimento economico e l'integrazione nel processo produttivo dell'impresa del produttore¹¹, l'acquisto di beni e conoscenze non reinvestibili in altro e diverso rapporto, il danno che si avrebbe in caso di cessazione del rapporto e dunque la potenziale "ricattabilità" del distributore da parte del produttore. Inoltre la licenza di marchio, brevetto, insegna, *know-how* permettono il trasferimento di clientela dal produttore al distributore, ma poiché la clientela è legata a quelle licenze e non al distributore, con il ritiro delle stesse – al momento della cessazione del rapporto - la clientela tornerà al produttore: da qui un altro motivo di debolezza per il distributore¹².

In definitiva, poiché l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 è esplicazione del principio generale del divieto di abuso del diritto, essa costituisce una norma suscettibile di applicazione in via analogica, e dunque, potendosi creare delle condizioni di dipendenza economica anche all'interno di altri contratti d'impresa (e in particolare, si è detto, ai contratti di distribuzione in esclusiva), anche a quest'ultimi potrà applicarsi la norma che vieta l'abuso di dipendenza economica.

4. *Abuso di dipendenza economica e buona fede.* - Deve peraltro ritenersi che l'analogia non possa estendersi oltre i confini dell'imprenditore c.d. "debole" non sia possibile spingersi ad applicarla al consumatore; e lo stesso vale per le norme a tutela di quest'ultimo che non potranno uscire fuori dei confini del consumatore stesso. Ciò non perché le norme a tutela dell'imprenditore debole e del consumatore debbano essere considerate eccezionali - che anzi, come detto, costituiscono espressione di principi di grande respiro quali quelli espressi dagli artt. 2, 3, co. 2, e l'art. 41, co. 2, Cost., e quindi potrebbero al più essere considerate speciali - ma perché difetterebbe l'identità di *ratio*, presupposto imprescindibile per l'applicazione in via analogica. Infatti, mentre il consumatore è un soggetto che viene tutelato perché si giova di una presunzione assoluta nei suoi confronti di inesperienza e perché agisce non professionalmente, l'imprenditore, quand'anche "debole", è un soggetto che ha accettato di confrontarsi professionalmente con il mercato, nei cui confronti si può pretendere una diligenza qualificata dalla perizia ex art. 1176, co. 2, c.c. e la cui professionalità è insita anche nella definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. ("E' imprenditore chi esercita *professionalmente*..."). Troppo distanti dunque le figure dell'imprenditore "debole" e del consumatore, come del resto aveva anche già affermato la sentenza n. 469 del 2002 della Corte costituzionale, che aveva negato la possibilità di applicare in via analogica all'imprenditore debole la normativa a tutela del consumatore in tema di clausole abusive.

Deve ritenersi che il divieto di abuso di dipendenza economica costituisca un corollario del principio di buona fede e del divieto di abuso del diritto. Infatti l'art. 9 l. n. 192 del 1998 non è norma di carattere eccezionale, perché solo apparentemente costituisce una deroga rispetto al principio dell'autonomia negoziale; essa invece rappresenta l'espressione dei principi di buona fede, solidarietà contrattuale, correttezza nei rapporti tra imprenditori nonché di tutela del principio costituzionale della libera iniziativa economica in quanto¹³ sanziona solo quelle condotte che si estrinsecano in un abuso del proprio diritto di esplicitare la propria libertà contrattuale, e prende in considerazione soltanto la condotta dell'impresa che approfitti di una situazione di forza economica – sull'intero mercato o nei confronti di una sola impresa – per ottenerne dei vantaggi illegittimi ed è pertanto, come si è visto, una norma suscettibile di applicazione analogica. Essa rafforza la libertà di iniziativa economica perché incentiva la

¹¹ Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, Riv. dir. comm., 2004, II, 1161.

¹² L'analisi letterale dell'art. 9 della legge da ultimo citata tradisce del resto l'originaria collocazione, nei lavori preparatori, della norma all'interno di una normativa di più ampio respiro, quale è la disciplina *antitrust*: mentre infatti nel resto della legge vengono utilizzati, in contrapposizione all'impresa committente, i termini fornitore o subfornitore, nell'art. 9 viene usata, per indicare il soggetto che subisce l'abuso, l'espressione "impresa cliente o fornitrice", ove l'espressione "cliente" si attaglia perfettamente ai distributori che sono appunto "clienti" del produttore.

¹³ La giurisprudenza aveva avuto modo di esprimersi anche in senso opposto: cfr. Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, *Foro it.*, 2002, I, 3207, con nota critica di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*. Secondo quest'ultimo provvedimento infatti nel nostro ordinamento il principio di libertà di contrarre di cui agli artt. 41 Cost. e 1322 c.c., il quale è derogato solo da norme espresse che, in quanto facenti eccezione a detto principio, sono di stretta interpretazione, quali l'art. 2597 c.c., in tema di impresa monopolista. La *ratio* dell'art. 9 l. n. 192/98 sarebbe in effetti secondo il Tribunale di Bari assimilabile a quella dell'art. 2597 c.c., perché mirerebbe, derogando al principio di libertà contrattuale, a conferire al giudice un potere di riequilibrio delle prestazioni a favore del soggetto debole del rapporto, imponendo al soggetto forte l'obbligo di contrarre: sarebbe assolutamente contrario ai principi di ermeneutica giuridica ritenere che una norma inserita in una legge di settore che disciplina la subfornitura nelle attività produttive abbia un effetto così dirompente da stravolgere tutti i principi in materia contrattuale, introducendo un potere così penetrante in capo al giudice.

contrattazione, in quanto le parti grazie ad essa hanno la sicurezza di non dover subire eventuale abusi dell'altrui potere contrattuale.

Peraltro, potrebbe addirittura sostenersi che la norma in tema di abuso di dipendenza economica non sarebbe necessaria perché sarebbe sufficiente fare uso della norma sulla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Basti infatti pensare alla giurisprudenza in tema di un abuso del diritto nei contratti bancari, che ravvisa un inadempimento contrattuale per violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede durante l'esecuzione del contratto nella condotta della parte che eserciti il diritto di recesso, pur previsto dal contratto, "secondo connotati del tutto impreveduti ed arbitrari" al solo scopo di recare danno all'altra parte e non secondo modalità e tempi rispondenti ad un interesse del titolare meritevole di tutela¹⁴. Anche in altre decisioni in tema di abuso di dipendenza economica, in cui si trattava di valutare se un dato comportamento di una parte potesse integrare o meno un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in corso, si è seguito un ragionamento giuridico che rispecchia quello proprio della buona fede e della correlata tutela del legittimo affidamento. Si è affermato infatti che non vi è condotta illecita ove il recesso dal contratto non possa considerarsi come un "capriccio" o un "dispetto" del recedente, ma risponde a sue precise esigenze imprenditoriali¹⁵. Emerge pertanto la tendenza ad un bilanciamento di interessi tra la parte che effettua e quella che subisce il recesso, seguendo un ragionamento del tutto analogo a quello compiuto dalla citata giurisprudenza relativa alla valutazione dell'arbitrarietà o meno del recesso (e dunque alla valutazione della contrarietà o meno a buona fede) nei contratti bancari¹⁶ e a quello seguito dalla sentenza n. 20106 del 2009 in tema di recesso dal contratto di concessione di vendita, ove si afferma che il concreto esercizio di un diritto soggettivo riconosciuto dal contratto ad una parte possa determinare una "sproporzione ingiustificata" tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte".

Altra circostanza tenuta in considerazione nella valutazione della sussistenza dell'abuso di dipendenza economica che richiama la buona fede è il legittimo affidamento nella prosecuzione del rapporto¹⁷ che crea il prolungato svolgimento del contratto senza particolari inadempimenti¹⁸. A tal proposito occorre tenere presente che, ove si ritenga che il rapporto abbia avuto una durata significativamente lunga, si potrà addurre di essere stati indotti incolpevolmente a compiere nuovi investimenti, ma potrà al contempo solo con più difficoltà lamentarsi di

¹⁴ Tali decisioni si riferiscono all'esercizio del recesso da parte di banche da contratti di apertura di credito, e quindi sanzionano il comportamento abusivo del contraente forte: cfr. Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, *Foro it.*, 2000, I, 3495; Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, *Foro it.*, 1997, I, 2479.

¹⁵ Cfr. in questo senso Trib. Taranto, ord. 17 settembre 2003, *Foro it.*, 2003, I, 3440, secondo cui non si può ravvisare, nel recesso della concedente-Renault Italia, una condotta abusiva per "interruzione arbitraria" del rapporto commerciale in essere con il concessionario, avendo la prima adottato una legittima riprogettazione ed attuazione di una nuova rete di vendita degli autoveicoli, in una logica aziendale dettata dall'esigenza oggettiva di sopravvivenza dell'impresa in un mercato sempre più dinamico e competitivo, limitando il numero di concessionari operanti sul territorio nazionale e selezionandoli secondo criteri di capacità imprenditoriali e finanziarie.

¹⁶ Cfr. Cass. 13 aprile 2006, n. 8711, secondo cui il recesso della banca dall'apertura di credito, operato in base ad una clausola contrattuale che consenta tale recesso anche in difetto di giusta causa, mentre non implica necessariamente il recesso dall'altro contratto, giustifica solo il rifiuto di pagare gli assegni del cliente, pervenuti successivamente, sulla base dell'affidamento revocato, ma non costituisce, in costanza di contratto di conto corrente di corrispondenza, valida ragione per rifiutare al correntista di effettuare il deposito della provvista occorrente per il pagamento di essi. Quest'ultimo comportamento – se posteriore al recesso dall'apertura di credito e come tale ininfluenza nella valutazione della non arbitrarietà dello stesso – va pertanto valutato distintamente, alla luce del principio di buona fede, al fine di stabilire se, nel bilanciamento dei contrapposti interessi contrattuali, vi siano validi motivi per giustificare il recesso dal contratto di conto corrente senza quel preavviso che consenta al correntista di limitare i danni alla sua reputazione commerciale, al tempo stesso garantendo l'azienda di credito – con l'offerta della provvista – da qualsiasi rischio.

¹⁷ A tal proposito si noti che secondo Cass., 28 luglio 2005, n. 15797, nei contratti di durata (nel caso di specie si trattava di una somministrazione) è applicabile l'art. 1597 c.c. in tema di locazione, secondo cui il contratto prosegue anche dopo la scadenza se le parti dimostrano per fatti concludenti di voler continuare il rapporto.

¹⁸ Cfr. peraltro Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, *Foro it.*, 2004, I, 262, con nota critica di G. COLANGELO, ordinanza secondo cui l'art. 9 l. 192 del 1998, quand'anche ritenuta estensibile a rapporti differenti da quelli di subfornitura, va interpretata nel senso che tale interruzione è arbitraria nei limiti in cui venga esercitata senza giusta causa in quei contratti per i quali le parti non abbiano stabilito alcuna durata. Deve però ritenersi che così si introduce una distinzione - tra contratti a tempo indeterminato (in cui sarebbe ipotizzabile un abuso di dipendenza economica) e contratti a tempo determinato (in cui invece tale fattispecie non sarebbe ipotizzabile) - che appare un poco forzata, ben potendosi ipotizzare fattispecie di abuso di dipendenza economica anche nei contratti a tempo determinato, come nel caso dell'affiliante che, poco prima della scadenza del contratto, venda un grosso quantitativo di merci all'affiliato (merci contrassegnate con il marchio dell'affiliante e che dopo la conclusione del rapporto, non potendo più esporre l'insegna dell'affiliante di cui prima si disponeva in licenza, saranno ben difficilmente vendibili).

non avere avuto il tempo sufficiente per l'ammortamento degli investimenti effettuati all'inizio del rapporto¹⁹.

Deve inoltre ritenersi che l'impossibilità assoluta di impedire l'abuso o comunque l'assenza di ragionevoli alternative sono tanto più meritevoli di tutela quanto più esse derivino dal fisiologico svolgimento di un rapporto contrattuale che per sua natura – come è il caso di concessione di vendita, *franchising* o subfornitura – determina in capo ad una parte una situazione di dipendenza economica nei confronti dell'altra. E' chiaro infatti che, se l'ordinamento giuridico ritiene che tali contratti perseguano interessi meritevoli di tutela perché rispondenti alle *esigenze delle imprese* (come ritiene ad esempio la giurisprudenza – facendo applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. in relazione all'art. 41 Cost. – nel caso del *sale and lease back* o del *franchising*²⁰), sarebbe poi contraddittorio se lo stesso ordinamento giuridico considerasse lecita una condotta, posta in essere nell'ambito dello svolgimento del rapporto contrattuale, che desse luogo ad un considerevole sacrificio in capo ad una delle parti, tale da scoraggiare non solo quest'ultima ma anche altri potenziali aspiranti concessionari, affilianti o subfornitori dal porre in essere questi contratti. La rispondenza alle esigenze delle imprese di questi contratti verrebbe infatti tradita da un meccanismo di funzionamento contrattuale che ne decreterebbe ben presto il fallimento sul mercato.

5. *Abuso di dipendenza economica corollario dell'abuso del diritto?* - Secondo la sentenza della Suprema Corte n. 20106 del 2009 si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando un sacrificio sproporzionato della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti²¹. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di sindacare il merito economico del contratto e condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò venga considerata un'ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché oggetto di censura in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso²². Questa sentenza ha per la prima volta riconosciuto la configurabilità di un abuso del diritto (che viene ormai pacificamente ricondotto all'art. 2 Cost.²³ e agli artt. 1175 e 1375 c.c.²⁴) nell'esercizio del diritto di recesso contrattualmente pattuito in un contratto di

¹⁹ Si noti che l'art. 3, co. 3, della l. 129 del 2004 stabilisce che il contratto di *franchising* debba avere una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e che l'art. 3, co. 4, prevede che il contratto debba espressamente indicare l'ammontare degli investimenti che l'affiliato deve sostenere.

²⁰ Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, secondo cui lo schema socialmente tipico del cosiddetto "*sale and lease back*" presenta autonomia strutturale e funzionale, quale contratto funzionale alle esigenze dell'impresa, e caratteri peculiari di natura oggettiva e soggettiva che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie che - in quanto realizzi una alienazione a scopo di garanzia - si risolva in un negozio atipico, nullo per illiceità della causa concreta; Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, secondo cui il contratto di "*franchising*" o di affiliazione commerciale tra due società, rispondendo all'esigenza di collaborazione fra le imprese, costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'art. 1322 c.c. e ancor prima dall'art. 41 Cost., il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione di imprese.

²¹ Quest'ultimo inciso della sentenza riecheggia palesemente la definizione del vizio di legittimità di eccesso di potere di un atto amministrativo. Avrei qualche dubbio sulla correttezza di questo pur suggestivo richiamo, perché nel nostro caso il potere viene esercitato proprio per conseguire il fine per il quale il potere di recesso era stato attribuito (la possibilità di sciogliersi dal contratto nel momento in cui ciò venga ritenuto più opportuno), non vi è cioè una deviazione da tale fine, e l'illegittimità del comportamento è riconosciuta per il solo fatto di non aver adempiuto al dovere di solidarietà economica di cui all'art. 2 Cost.

²² In applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto. Tale sentenza, è stata oggetto di una molteplicità di commenti, per lo più negativi: cfr., fra i tanti, *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota critica di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, *Foro it.*, 2010, 95, Autori secondo i quali il disegno espansivo della Cassazione si espone alla sempiterna obiezione di dar vita ad un duplicato non particolarmente proficuo della buona fede oggettiva, senza considerare le insidie di un "paternalismo benevolente", esposto a vistosi rischi di incoerenza e di arbitrarietà; inoltre "la formula magica" dell'abuso appare sdruciolevole, perché il suo accertamento è esposto a vistosi rischi di incoerenza ed arbitrarietà: la complessità e la natura dinamica del fenomeno esasperano oltre ogni limite di tollerabilità il pericolo di "falsi positivi".

²³ Afferma la sentenza che il divieto di abuso del diritto deve intendersi come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

²⁴ Gli studi sul fenomeno dell'abuso trovano un sicuro punto di riferimento in P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205, il quale colloca il problema nella più ampia riflessione intorno ai corpi intermedi fra Stato e persona. Sull'onda della citata sentenza della Cassazione 18 settembre 2009, n. 20106, gli ultimi lavori in tema di abuso del diritto sono per lo più scettici in ordine all'effettiva consistenza di tale istituto. A mio modo di vedere però in questi studi si rischia di confondere la

concessione di vendita²⁵.

Occorre innanzitutto rilevare che in questa fattispecie la Cassazione non ha riconosciuto un'ipotesi di abuso di dipendenza economica (art. 9 l. n. 192 del 1998); ma, a mio avviso, per quanto detto in precedenza, ben avrebbe potuto farlo. L'abuso di dipendenza economica può infatti essere scomposto in due momenti: la "dipendenza economica" ed il suo abuso. Poiché la dipendenza economica rappresenta una potenzialità di abuso e – secondo l'art. 9 citato – deve valutarsi anche in relazione alla "reale possibilità..." per una parte "di reperire... alternative soddisfacenti"²⁶; nella fattispecie esaminata da Cass. n. 20106 del 2009 tale potenzialità si realizza in quanto in ipotesi di scioglimento del rapporto il concessionario si troverebbe a non poter più disporre dell'insegna Renault del concedente e al contempo con delle auto contraddistinte da tale marchio, con le facilmente immaginabili difficoltà per venderle, non potendosi presentare sul mercato come "concessionario autorizzato"²⁷. Nella

critica, a mio avviso più che condivisibile, alla soluzione del caso concreto – ove non sono state probabilmente tenute nel debito conto le esigenze di ristrutturazione aziendale del concedente – con la ricostruzione teorica dell'abuso del diritto effettuata dalla Suprema Corte, che invece ritengo non solo conservi un importante spazio ma anzi abbia recentemente allargato il suo campo di azione, proprio a seguito delle numerose ultime novità legislative in tema di correzione dello squilibrio di potere contrattuale. Cfr. M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 129, il quale ritiene che non vi sia spazio (logico prima che giuridico) tra il legittimo esercizio di un diritto e l'assenza del diritto stesso. Scrive infatti (p. 135) l'Autore che "l'esercizio abusivo del diritto finisce per metter capo alla irrilevanza della condotta difforme dal diritto; e per condurre al risultato, dell'assenza di qualsiasi diritto, irrilevanza appunto"; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto)*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 139, secondo cui l'abuso del diritto sarebbe un inutile doppione della buona fede; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 148, secondo cui nella citata sentenza la Cassazione, anziché limitarsi, come avrebbe dovuto, ad interpretare il contratto, lo ha addirittura riscritto; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, *Corr. giur.*, 2009, 1577; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *Contratti*, 2010, 11; diversamente si esprime C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso*, Milano, 2007, il quale concepisce l'abuso come sviamento di potere privato (eccesso della condotta rispetto all'interesse tipico previsto dalla norma), ancorché naturalmente convenendo sul carattere illecito e perciò vietato della condotta abusiva.

²⁵ La nota casa produttrice di automobili Renault, in un contesto di grave crisi economica mondiale, aveva chiesto ai suoi concessionari italiani di rinegoziare a proprio favore la misura del prezzo per la vendita delle auto tra le parti. Al rifiuto da parte dei concessionari di procedere ad un tale mutamento (deve considerarsi che la contingente situazione di difficoltà economica, soprattutto in relazione alla generale contrazione degli acquisti degli automobili, incideva naturalmente non solo sulla Renault ma anche sui suoi concessionari), la Renault decideva di avvalersi del diritto di recesso contrattualmente stabilito.

²⁶ Cfr. Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002, *Foro it.*, 2002, I, 2178, ordinanza secondo cui per individuare la dipendenza economica il criterio di base è quello della mancanza di alternative soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l'impresa dominante; si tratterebbe di un criterio che, ancorché elastico, rinvia al mercato nel quale l'impresa opera ed alla situazione contingente nella quale essa viene a trovarsi, in conseguenza dell'abuso subito, al fine di verificare la reale possibilità di far fronte all'imprevisto mediante il ricorso ad altro interlocutore commerciale: deve trattarsi non di una mera possibilità, astratta e ipotetica, ma di un'opportunità che in concreto il mercato offre per il raggiungimento di un risultato comunque utile per l'impresa.

²⁷ Il fatto di intrattenere relazioni economiche con una sola parte, di per sé, non determina una dipendenza economica, qualora non si siano anche effettuati investimenti specialistici caratterizzati dall'essere utilizzabili esclusivamente nei rapporti con quell'unico *partner* commerciale, non riutilizzabili cioè in un altro rapporto. Il *partner* infatti diventa "obbligato" solo quando lasciarlo determinerebbe dei costi così rilevanti da rendere economicamente impraticabile tale ipotesi, non anche quando è l'unico ma sul mercato esistono delle alternative che permetterebbero di rimpiazzarlo senza costi significativi di transizione. E' in questa chiave che va letto l'inciso "in questo contesto" contenuto nell'affermazione della sentenza secondo la quale non vi è dubbio che le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrando nelle prerogative dell'imprenditore operante nel mercato, che si assume il rischio economico delle scelte effettuate, ma, "in questo contesto", l'esercizio del potere contrattuale riconosciutogli dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali – quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza – alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. L'imprenditore è infatti libero di porre in essere qualsiasi condotta purché esse non incidano su un preesistente rapporto contrattuale a seguito del quale l'altra parte abbia posto in essere degli atti (quali ad esempio l'acquisto di auto Renault) facendo un *ragionevole affidamento* sulla regolare prosecuzione del contratto fino alla sua naturale scadenza. Così l'imprenditore ben potrà vendere i beni che produce al prezzo che desidera (salvo naturalmente il divieto di porre in essere condotte anticoncorrenziali); non potrà invece recedere da un contratto di concessione di vendita nel quale l'altra parte abbia acquistato delle sue auto le quali, per il fatto di essere contrassegnate da un certo marchio, non potranno facilmente essere vendute da un soggetto non concessionario (i consumatori diffidano infatti di un venditore di auto Renault che non esponga l'insegna Renault, cosa che è possibile fare solo quando si è legati alla casa produttrice da un rapporto di concessione di vendita). La dipendenza economica dunque è

ricostruzione della Cassazione invece, si sfuma, si sorvola, su un punto, quello del se sia necessario, oltre all'abuso del diritto, una situazione di potere contrattuale, una situazione cioè in qualche modo riconducibile al concetto di dipendenza economica, ove cioè la parte debole è in condizione di patire l'abuso senza avere alternative valide per evitarlo. Nella fattispecie concreta questa dipendenza, come spiegato in precedenza, c'è effettivamente, ma nella parte in diritto poi non viene individuata concettualmente come presupposto indispensabile dell'abuso. Sembrerebbe allora che tale dipendenza economica in realtà non sia necessaria, e l'abuso sia configurabile, come del resto è già stato affermato dalla Cassazione nel campo societario²⁸ o in quello bancario²⁹ per il solo fatto dell'esercizio di un diritto che al contempo provochi nella controparte un danno nettamente più consistente rispetto al vantaggio conseguito o al danno evitato dalla parte che ha esercitato il diritto. D'altro canto, proprio perché in caso di abuso di dipendenza economica la parte che subisce l'abuso non ha la possibilità di evitarlo, vi è abuso per il semplice fatto che le condizioni contrattuali siano "ingiustificatamente" gravose; nel caso dell'abuso del diritto invece sembrerebbe necessario una sproporzione maggiore, una differenza tale tra vantaggi conseguiti e danni arrecati alla controparte da rendere illecito quello che in astratto sarebbe il legittimo esercizio del diritto. Questo perché nella sentenza si afferma che: il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi; *"in ipotesi di provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa"*. In altre parole dunque abuso di dipendenza economica e abuso del diritto sono due fattispecie che hanno entrambe una portata generale ed in gran parte si sovrappongono: le differenze stanno in ciò che nell'abuso del diritto si prescinde dall'eventuale sussistenza di una dipendenza economica mentre nell'abuso di dipendenza economica non è necessario che la sproporzione tra prestazioni sia grave ma è sufficiente che sia rilevante.

Deve inoltre ritenersi che nel valutare la sproporzione tra prestazioni debba in entrambi i casi farsi riferimento non solo all'oggettivo valore di mercato delle rispettive prestazioni, ma anche al danno effettivamente subito in concreto dalla parte debole. Infatti, il riferimento all'art. 2 Cost. e dunque alla solidarietà economica impone di tenere conto delle eventuali specifiche conseguenze negative che può provocare su di un soggetto l'esercizio di un

strettamente legata al concetto di "ragionevole affidamento", che spesso viene utilizzato dalla giurisprudenza per motivare la sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto.

²⁸ L'abuso del diritto ha avuto un grande sviluppo in campo societario a seguito degli studi di Gambino (A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 121). È stato così affermato dalla Cassazione che: il vizio di una deliberazione assembleare (nella specie, di una s.p.a.) costituito dal cosiddetto eccesso di potere si verifica tutte le volte in cui la delibera stessa sia stata adottata ad esclusivo beneficio dei soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, essendo in tal caso applicabile l'art. 1375 c.c., in forza del quale il contratto deve essere eseguito in buona fede (Cass. 11 giugno 2003, n. 9353); che la deliberazione di scioglimento anticipato di una società può essere invalidata sotto il profilo dell'abuso della regola di maggioranza quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari al solo fine di perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero di ledere gli interessi degli altri soci (Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387); che l'assunzione della qualità di socio e l'obbligo di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni, che discendono dal contratto di società, non comportano la preventiva rinuncia del socio ad avvalersi dei suoi diritti e facoltà, anche derivanti da rapporti estranei al contratto sociale, ogni qual volta essi possano in ipotesi rivelarsi lesivi dell'interesse della società; pertanto, l'esercizio di tali facoltà e diritti, ove non sia allegato l'abuso del diritto, non può fondare l'azione di esclusione del socio stesso dalla società (Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776).

²⁹ Cfr. Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una circostanza (inesattezza della dichiarazione del beneficiario del credito di non essere socio di società di persone) considerata dalle parti come ipotesi tipica di giusta causa, non preclude ogni valutazione diversa da quella del semplice riscontro oggettivo della sussistenza o non della circostanza stessa; infatti, alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.), il giudice deve accertare che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, non sia esercitato con modalità del tutto 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; in senso analogo Cass. 26 febbraio 2003, n. 2642 e 21 maggio 1997, n. 4538, cit. Sempre in campo bancario ha sostenuto la Cassazione (sentenza n. 18947 del 2005) che anche in presenza di una clausola negoziale che nel regolare i rapporti di conto corrente consente all'istituto di credito di operare la compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista in qualsiasi momento e senza obbligo di preavviso, la contestazione del cliente che lamenti di non esserne stato prontamente informato e di essere andato incontro, per tale motivo, a conseguenze pregiudizievoli (rappresentate, nella specie, dall'aver emesso un assegno senza provvista e di essere stato sottoposto a procedimento penale) impone al giudice di merito di valutare il comportamento della banca alla stregua del fondamentale principio della buona fede nell'esecuzione del contratto.

diritto. Così, sia nel caso della sentenza in tema di concessione di vendita che in quella in tema di recesso improvviso da un contratto di apertura di credito è stata valutata la circostanza che il recesso abbia provocato o rischiasse di provocare il fallimento dell'impresa: il dovere di solidarietà economica di cui all'art. 2 Cost. impone infatti di tenere in debita considerazione non solo il danno provocato in astratto secondo criteri di mercato che prescindano dal caso particolare, ma anche quello in concreto arrecato alla controparte contrattuale, tenuto conto di tutte le circostanze effettive del caso di specie (ad esempio un preavviso di tre mesi da un contratto di concessione di vendita potrebbe essere normalmente ritenuto congruo; potrebbe però non esserlo in un momento storico di particolare crisi economica in cui sia più difficile reimpostare la propria produzione verso nuove attività)³⁰.

Da queste considerazioni appare evidente come, a seguito dell'evoluzione del concetto di abuso del diritto, il divieto di abuso di dipendenza economica è una norma che il più delle volte non deve essere necessariamente invocata, potendo egregiamente sopperire al suo posto il più generale principio che vieta l'abuso del diritto. In effetti l'art. 9 l. n. 192 del 1998 non deroga al principio dell'autonomia negoziale e quindi non è norma di carattere eccezionale; al contrario, sanzionando solo quelle condotte che si estrinsecano in un abuso del proprio diritto di esplicare la propria libertà contrattuale, costituisce piena espressione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti tra imprenditori nonché di tutela dei principi costituzionali di solidarietà sociale e di libera iniziativa economica, con la conseguenza che essa deve ritenersi suscettibile di applicazione analogica a quelle situazioni ove sia possibile individuare la medesima *ratio* (una situazione di dipendenza economica ed il suo abuso), ossia, ad esempio, come si è visto in precedenza, al contratto di concessione di vendita e al *franchising*³¹. Si tratta dunque di una norma che, come l'istituto dell'abuso del diritto, ha una potenzialità applicativa assai vasta.

Potrebbe addirittura sostenersi che la norma in tema di abuso di dipendenza economica, che sicuramente ha contribuito alla costruzione dell'istituto dell'abuso del diritto nella sua attuale configurazione, non sarebbe oramai più necessaria, perché sarebbe semplicemente sufficiente fare uso del principio dell'abuso del diritto o della norma sulla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Deve in effetti considerarsi che il divieto di abuso di dipendenza economica è una norma del 1998, anno in cui non era ancora stato portato a compimento il processo evolutivo-espansivo del binomio buona fede-abuso del diritto verso una direzione capace di sovvertire la lettera di una clausola contrattuale in nome di un'interpretazione della stessa alla luce dei "diritti fondamentali del mercato", ossia della solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. e dell'utilità sociale dell'art. 41, co. 2, Cost., che nel caso della dipendenza economica si fondono in un unico principio di tutela dell'imprenditore "debole" perché prigioniero della sua dipendenza economica, da valutare con riferimento alle alternative di mercato. Si è visto però che la norma in tema di abuso di dipendenza economica conserva, al di fuori delle fattispecie in cui è invocabile l'abuso del diritto, uno spazio, nelle ipotesi in cui vi sia un abuso, una dipendenza economica e uno squilibrio delle condizioni contrattuali grave ma non tale da integrare un abuso del diritto.

6. *I rischi del generico riferimento ad una "sproporzione ingiustificata" per l'individuazione dell'abuso.* - E' dunque evidente l'evoluzione assai significativa che ha avuto nel tempo l'abuso del diritto. Esso, in un primo tempo confinato nel campo dei soli diritti reali per mezzo dell'art. 833 c.c. (secondo il quale il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di *nuocere* o recare molestia *agli altri*), si è espanso in altri settori del diritto (ad esempio nel campo del diritto tributario³²), esigendo non più – come appunto nell'art. 833 c.c. – che allo svantaggio in capo a chi subisca l'abuso non corrisponda alcun beneficio in capo a chi lo pone in essere,

³⁰ Il riferimento al mercato e la solidarietà economica che ispirano l'istituto dell'abuso del diritto ricordano per certi versi i presupposti dell'azione generale di rescissione per lesione di cui all'art. 1448 c.c., ove, accanto all'approfittamento dello stato di bisogno (che potrebbe essere ricondotto ai doveri di solidarietà economica e sociale), vi è l'esplicita menzione del valore di mercato della prestazione eseguita che, se supera della metà quello della prestazione ricevuta, impedisce l'ammissibilità dell'azione.

³¹ Sull'applicabilità in via analogica del divieto di abuso di dipendenza economica cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, Riv. dir. impr., 2003, 549.

³² Cfr. ad esempio Cass. 21 aprile 2010, n. 9476, secondo cui può configurare un abuso di diritto un'elusione fiscale consistente nello scambio di fatture fra aziende di famiglia a fronte della vendita di beni a prezzi fuori mercato; Cass., 8 aprile 2009, n. 8481, secondo cui in tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'appartenenza di due società al medesimo gruppo d'impresе, pur non escludendo sul piano civilistico la liceità di un contratto di "*sale and lease back*" posto in essere tra le stesse, ed avente ad oggetto beni strumentali già ammortizzati dalla società venditrice, consente di ravvisare in tale operazione un comportamento elusivo, configurabile come abuso del diritto, potendosi escludere, proprio in virtù della rilevanza unitaria conferita dal legislatore al gruppo d'impresе, che tale contratto realizzi l'effetto economico proprio della locazione finanziaria, consistente nell'assicurare al locatore una maggiore disponibilità di denaro, e dovendo pertanto concludersi che esso è volto esclusivamente a realizzare un vantaggio fiscale, costituito per la società utilizzatrice dalla possibilità di portare in detrazione i canoni di locazione, e per la società locatrice di effettuare nuovamente l'ammortamento dei medesimi beni.

ma richiedendo “soltanto” che allo svantaggio subito debba corrispondere un vantaggio nettamente inferiore per chi abbia commesso l’abuso. Infatti, mentre prima, per scongiurare un’ipotesi di abuso, era sufficiente la dimostrazione di aver conseguito un benché minimo vantaggio, a prescindere da una valutazione dell’entità del danno provocato all’altra parte, adesso la fattispecie si è allargata notevolmente, dovendosi porre in essere una delicata e complessa – nonché indubbiamente a rischio di essere ritenuta opinabile – valutazione costi/benefici, che inevitabilmente costringe l’interprete ad indagare il contratto alla luce del contesto di mercato in cui si inserisce. Non solo infatti è difficile calcolare il beneficio di una parte e il danno per l’altra, ma è anche, una volta superato questo scoglio, assai problematico definire quale sia il limite tra uso e abuso del diritto. In cosa consiste cioè (a prescindere dal correttivo di cui si è detto della necessità di tenere conto – in virtù del dovere di solidarietà economica – delle particolari condizioni in cui versa la parte debole), *in astratto*, questa “*sproporzione ingiustificata*”? Può ad esempio ritenersi che un rapporto di uno a cinque tra vantaggi e svantaggi possa ritenersi sufficiente per ravvisarsi un abuso del diritto? La mancanza di una regola codificata in tal senso rischia di intaccare la certezza del diritto e conseguentemente la sicurezza delle contrattazioni, perché l’esercizio di ogni diritto riconosciuto contrattualmente potrebbe potenzialmente risultare illegittimo, dando luogo ad un’ipotesi di abuso del diritto. Ma forse, pensandoci bene, probabilmente si tratta del male minore, peraltro insito in sé nel concetto di “clausola generale”: d’altra parte se il principio dell’abuso del diritto è applicato – come riterrei – insieme a quello di ragionevolezza (e quindi con buon senso, scrupolo e attenzione)³³, esso ha sicuramente l’indubbio pregio di contribuire, in un periodo storico come il nostro ove le più elementari regole di correttezza del vivere civile sembrano rapidamente volatilizzarsi, ad una “moralizzazione del mercato”. Il giudice naturalmente dovrà essere persona competente, in grado di valutare il contratto alla luce dei valori espressi dal mercato³⁴, così come con la buona fede si deve rendere interprete della morale sociale³⁵.

7. *Buona fede e abuso del diritto*. - Deve a questo punto darsi conto anche del rapporto tra buona fede e abuso del diritto: a mio modo di vedere essi esprimono lo stesso concetto di solidarietà, di cui occorre soltanto farne uso, senza preoccuparsi troppo del *nomen iuris* utilizzato³⁶. Diciamo che l’abuso del diritto si sovrappone a quella particolare tipologia di buona fede detta integrativa, capace appunto di integrare il regolamento contrattuale che si sono dato le parti, con l’unica importante precisazione che, riprendendo un concetto appena espresso, quando si utilizza il termine buona fede, il giudice deve trarre la regola interpretativa dalla morale sociale corrente; nel caso dell’abuso del diritto invece da quanto è ritenuto equo e corretto sul mercato in un determinato momento storico. Si noti ad esempio come le espressioni “buona fede”, “abuso del diritto” e “slealtà” siano utilizzate dalla Suprema Corte tutte con il medesimo significato: così, secondo Cass., n. 13208 del 2010, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all’esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase; pertanto, l’apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento si ripercuote

³³ Secondo Carlo Scognamiglio la buona fede deve innestarsi sul solido terreno dei criteri di ragionevolezza, desunti dalla realtà dei traffici C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto)*, Nuova giur. civ. comm., 2010, II, 146.

³⁴ E’ importante dunque che il giudice conosca il mercato: il consigliere di Cassazione Renato Rordorf, magistrato per molti anni impegnato in controversie di diritto dell’economia sostiene appunto la necessità di una specializzazione, di un “magistrato economico” che però abbia i connotati dell’indipendenza che soltanto l’appartenenza all’ordine giudiziario pienamente garantisce: cfr. R. RORDORF, *Il giudice e l’economia*, atti del convegno tenutosi presso la Corte di Cassazione in data 17 febbraio 2010 su *Il giudice e l’economia*, il quale ricorda che l’economia ha i propri tempi che non possono attendere quelli della giustizia e che oggi il compito del giudice chiamato a pronunciarsi su fenomeni economici è diventato assai più complesso in quanto per intendere ed applicare correttamente norme giuridiche di contenuto fortemente tecnico-economico occorre che egli sia in grado di padroneggiare quel contenuto.

³⁵ Cfr. altresì C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa, Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di Castronovo, Milano, 2001, 33, secondo cui in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede il convincimento del giudice non attiene a ciò che esso ritiene giusto o no, bensì a quello che esso ritiene giusto secondo la morale sociale, che la clausola generale ha appunto la funzione di richiamare.

³⁶ Ad esempio, nella sentenza 5 marzo 2009, n. 5348, si è affermato che l’obbligo di buona fede costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell’ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all’esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase: la Suprema Corte ha conseguentemente cassato la sentenza impugnata, in virtù della quale non era stata interpretata secondo il predetto canone della buona fede oggettiva la clausola di un contratto di mediazione, con cui si era stabilito che non era dovuto alcun compenso al mediatore “ad incarico scaduto in caso di mancata vendita”, malgrado il preliminare fosse stato stipulato per l’effettivo ed idoneo intervento del mediatore e il contratto definitivo di vendita non fosse stato concluso per esigenze riconducibili esclusivamente alle parti.

sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, nel caso in cui tale soggetto abusi del suo diritto potendo comunque realizzare il suo interesse senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo³⁷. Quello che preme evidenziare è che, secondo la Cassazione, la buona fede o l'abuso del diritto devono permeare il contratto in ogni sua fase, dalla sua preparazione alla sua conclusione ed esecuzione: in altri termini non può mai sfuggirsi a tale correttivo.

E' poi significativo rilevare il processo di oggettivazione che ha avuto l'istituto dell'abuso del diritto: esso infatti ora prescinde da un'indagine in capo al soggetto abusante circa l'esistenza del c.d. "*animus nocendi*", richiesto invece per gli atti d'emulazione nei rapporti proprietari di cui al citato art. 833 c.c. in tema di immissioni³⁸. Questo perché, lo si ripete, l'istituto dell'abuso del diritto "vive" nel mercato, risponde ed è funzionale alle sue regole - che sono prettamente oggettive - e costituisce la valvola di regolazione per la valutazione della correttezza degli scambi.

8. *Giudici e abuso del diritto.* - Occorre fare attenzione a facili critiche per l'eccessivo potere attribuito ai giudici nella valutazione circa la sussistenza dell'abuso, scambiando l'istituto dell'abuso del diritto per il cavallo di Troia attraverso il quale sarebbe possibile far entrare ad ogni piè sospinto una valutazione di congruità/equità/merito del giudice circa l'equilibrio del contratto. Se infatti ad esempio due parti stabilissero, per ipotesi, la vendita per mille euro di un bene del valore di cento euro, nessuna possibilità vi sarebbe per il giudice di sindacare una clausola, quella relativa al prezzo, che le parti hanno scelto nell'esplicazione della loro libertà contrattuale, a meno che tale prezzo non sia il frutto di una condotta *antitrust* o di abuso di dipendenza economica. L'istituto dell'abuso del diritto può essere invocato soltanto in un ben più limitato numero di casi, e cioè esclusivamente quando le parti abbiano pattuito una clausola che nel mercato ha un significato diverso da quello che le vorrebbe attribuire la parte la quale se ne vuole avvalere, quand'anche quest'ultima avrebbe ragione se ci si arrestasse al significato letterale della clausola (si pensi al caso della sentenza più volte citata Cass. n. 20106 del 2009 ove la clausola invocata dal concedente attribuiva senza limitazioni il recesso, che invece è stato ritenuto abusivo dalla Cassazione)³⁹.

Altre circostanze che dovrebbero essere tenute in considerazione nella valutazione della sussistenza dell'abuso del diritto sono il fattore tempo e il fattore adempimento: è infatti il legittimo affidamento nella prosecuzione del rapporto⁴⁰ che crea il prolungato svolgimento del contratto senza particolari inadempimenti⁴¹ che connota in termini abusivi l'eventuale recesso. A tal proposito occorre però anche tenere presente che ove si ritenga che il rapporto abbia avuto una durata significativamente lunga si potrà solo con maggiori difficoltà lamentarsi di non avere avuto

³⁷ In applicazione di tale principio, la Cassazione ha cassato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato risolto per morosità un contratto di locazione, senza tener conto che il locatore avrebbe potuto compensare il suo credito con il maggior debito esistente nei confronti del conduttore

³⁸ Cfr. in questo senso Cass. 25 marzo 1995, n. 3558, secondo cui la sussistenza di un atto di emulazione postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il proprietario e di un elemento soggettivo, costituito dall' "*animus nocendi*", ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri.

³⁹ Rimane caso mai da chiarire quale peso possa assumere la circostanza eventualmente provata che una certa clausola – la cui applicazione abbia dato luogo ad una controversia circa la sussistenza o meno di un abuso del diritto – sia stata o meno oggetto di trattativa o abbia avuto un corrispettivo economico per la parte che ne può patire gli effetti (per stare ad un esempio attinente con il caso deciso dalla sentenza n. 20106 del 2009, si può pensare che la clausola di recesso sia stata compensata con uno sconto sul prezzo di acquisto delle auto). Si tratterebbe dello stesso criterio seguito nel codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), che considera alcune clausole vessatorie solo nell'ipotesi in cui non siano state oggetto di trattativa (art. 34, co. 4).

⁴⁰ A tal proposito si noti che secondo Cass., 28 luglio 2005, n. 15797, nei contratti di durata (nel caso di specie si trattava di una somministrazione) è applicabile l'art. 1597 c.c. in tema di locazione, secondo cui il contratto prosegue anche dopo la scadenza se le parti dimostrano per fatti concludenti di voler continuare il rapporto.

⁴¹ Cfr. peraltro Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, *Foro it.*, 2004, I, 262, ordinanza secondo cui l'art. 9 l. 192 del 1998, quand'anche ritenuta estensibile a rapporti differenti da quelli di subfornitura, va interpretata nel senso che tale interruzione è arbitraria nei limiti in cui venga esercitata senza giusta causa in quei contratti per i quali le parti non abbiano stabilito alcuna durata. Deve però ritenersi che così si introduce una distinzione – tra contratti a tempo indeterminato (in cui sarebbe ipotizzabile un abuso di dipendenza economica) e contratti a tempo determinato (in cui invece tale fattispecie non sarebbe ipotizzabile) – che appare un poco forzata, ben potendosi ipotizzare fattispecie di abuso di dipendenza economica anche nei contratti a tempo determinato, come nel caso dell'affiliante che, poco prima della scadenza del contratto, venda un grosso quantitativo di merci all'affiliato (merci contrassegnate con il marchio dell'affiliante e che dopo la conclusione del rapporto, non potendo più esporre l'insegna dell'affiliante di cui prima si disponeva in licenza, saranno ben difficilmente vendibili).

il tempo sufficiente per l'ammortamento degli investimenti effettuati⁴².

Il divieto di abuso del diritto consente dunque a coloro che abbiano intenzione di concludere un contratto di accostarsi ad esso con la serena consapevolezza di ricevere tutela in caso di tentativo di approfittamento di una situazione di forza la cui esistenza di per sé – quando cioè non travalica nell'abuso – non è illecita. La sussistenza o meno dell'abuso del diritto, che ha un forte radicamento nel principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., va valutata in riferimento al mercato ove si inserisce il contratto all'interno del quale si è realizzato il presunto abuso. Infatti, quando nell'esercizio di un diritto si verifica una notevole sproporzione tra il beneficio che ne trae il titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte, può distinguersi tra l'ipotesi in cui tale esercizio si sia svolto in una situazione – come nella fattispecie disciplinata dall'abuso di dipendenza economica – di impossibilità assoluta di impedirlo o comunque in assenza di ragionevoli alternative per l'altra parte e quella invece in cui quest'ultima avrebbe potuto evitare di concludere un affare per sé poco conveniente – si pensi al caso di colui che decida di comprare un bene ad un prezzo molto più alto di quello di mercato pur avendo agevolmente la possibilità di acquistare lo stesso bene o uno analogo ad un prezzo molto inferiore rivolgendosi ad un altro venditore. Solo nel primo caso può infatti individuarsi un soggetto realmente “debole”, come tale meritevole di una tutela così pregnante da parte dell'ordinamento giuridico - in nome della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e dell'utilità sociale di cui all'art. 41, co. 2, Cost. – da prevalere sul principio dell'autonomia delle parti nella cura dei propri interessi di cui è espressione la norma di cui all'art. 41, co. 1, Cost. (l'iniziativa economica è libera).

⁴² Si noti che l'art. 3, co. 3, della l. 129 del 2004 stabilisce che il contratto di *franchising* debba avere una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e che l'art. 3, co. 4, prevede che il contratto debba espressamente indicare l'ammontare degli investimenti che l'affiliato deve sostenere.