



*Direttore*

FRANCESCO RUSCELLO  
Università degli Studi di Verona

*Comitato scientifico*

LUIGI BALESTRA  
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

CARLOS CLERC  
Universidad Nacional Lomas De Zamora

IGNACIO DIAZ LEZCANO  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

GILDA FERRANDO  
Università degli Studi di Genova

CARLOS LASARTE  
Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid

GASPARO POERIO LISELLA  
Università degli Studi del Sannio

FRANCESCO MACARIO  
Università degli Studi Roma Tre

PIETRO SIRENA  
Università degli Studi di Siena

ALESSIO ZACCARIA  
Università degli Studi di Verona

*Comitato redazionale*

ALESSANDRA CORDIANO  
Università degli Studi di Verona

GIORGIA ANNA PARINI  
Università degli Studi di Verona

MARIA MARGHERITA PARINI  
Università degli Studi di Verona

## BIBLIOTECA DI DIRITTO CIVILE

Sono passati ormai quasi cinquant'anni da quando, in dottrina, si proponeva una «lettura del codice civile alla luce della Costituzione». Da allora, coerentemente alla sua storia, il diritto civile ha conosciuto grandi cambiamenti e, anche sulla spinta delle trasformazioni politiche, economiche e sociali, da complesso normativo prevalentemente fondato sull'autorità del potere legislativo interno si è modificato in complesso normativo, per dir così, anche eteroformato, assumendo sempre più le connotazioni di un «diritto civile europeo». La collana, nel tentativo di offrire un quadro sempre più attuale del diritto civile, mira a inserirsi in questo panorama.

La valutazione dei volumi proposti per la pubblicazione nella collana “Biblioteca di diritto civile” è affidata a due membri del Comitato scientifico. La valutazione — formulata tenendo conto del grado di originalità e della rilevanza anche pratica del volume proposto, dell'apparato dottrinale e giurisprudenziale considerato e del rigore metodologico — può essere: positiva; positiva, ma condizionata alla necessità di apportare revisioni o modifiche; negativa. Qualora dalle valutazioni emerga un giudizio positivo, ma condizionato a revisione o modifica, la pubblicazione è consentita soltanto a seguito dell'adeguamento. La verifica dell'adeguamento è affidata al Direttore. Il Comitato scientifico può decidere di pubblicare direttamente volumi provenienti da studiosi, anche stranieri, di comprovata esperienza e prestigio tali da essere, di per sé, motivo di lustro per la Collana.



# **Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole**

Atti del Convegno  
« Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole »  
Università degli studi di Verona, Facoltà di Giurisprudenza  
16 e il 17 settembre 2011

*a cura di*  
**Francesco Ruscello**

*Contributi di*  
Fabio Addis, Ernesto Capobianco, Francesco Di Ciommo,  
Vincenzo Farina, Aurelio Gentili, Francesco Longobucco,  
Francesco Macario, Davide Messinetti, Maria Margherita Parini,  
Valerio Pescatore, Francesco Prospero, Francesco Ruscello



Copyright © MMXII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/ A–B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5467-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2012

# Indice

## 15 Francesco Ruscello

*Ordinario di Istituzioni di diritto privato dell'Università di Verona*  
Introduzione

## 27 Fabio Addis

*Ordinario di Diritto civile dell'Università di Brescia*  
« Neoformalismo » e tutela dell'imprenditore debole

1. Il problema, 27 – 2. La pervasività del c.d. «neoformalismo»: il caso del contratto di locazione, 39 – 3. La «debolezza» dell'imprenditore commerciale, 47 – 4. La «commistione» tra forma e procedimento formativo del contratto, 50 – 5. La disciplina dell'affiliazione commerciale e dei ritardi di pagamento, 55 – 6. La disciplina della subfornitura, 60 – 7. I rapporti tra l'inizio di esecuzione e la previsione di forma vincolata, 70 – 8. Finalità protettive della forma e caratteri della nullità del contratto, 75

## 83 Aurelio Gentili

*Ordinario di Istituzioni di diritto privato dell'Università di Roma III*  
L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori

1. Il c.d. terzo contratto: una nuova categoria con una nuova disciplina?, 83 – 2. Le undici ipotesi di nullità speciale nei contratti diseguali tra imprenditori adottate dai fautori della tesi del terzo contratto, 85 – 3. Sussistenza di altre ipotesi, 93 – 4. Il preteso « nuovo » diritto dei contratti e le sue pretese nullità « speciali », 96 – 5. Rottura o sviluppo?, 103 – 6. Perché il « nuovo » diritto dei contratti non è nuovo rispetto al passato: le « nuove » nullità di protezione non sono speciali, 105 – 7. Come la riconduzione ai principi della tradizione risolve il problema della disciplina delle nuove fattispecie, 112 – 8. Perché il « nuovo » diritto dei contratti non è costruito in

modo coerente all'effettivo indirizzo futuro del diritto contrattuale, 115 – 9. Conclusioni, 117

- 119 Valerio Pescatore  
*Associato di Istituzioni di diritto privato dell'Università di Brescia*  
 Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e principio di proporzionalità

Prologo, 119 – 1. Le forme di controllo nei contratti d'impresa: delimitazione dell'indagine, 121 – 2. L'*auto-controllo*, 122 – 3. Il controllo delle autorità indipendenti, 123 – 4. Il controllo del giudice, 126 – 5. *Segue*: l'oggetto, 126 – 6. *Segue*: le tutele, 129 – 7. *Segue*: i criteri, 130 – 8. La parabola della buona fede, 131 – 9. La proporzionalità, 133 – 10. L'ordine pubblico economico, 136 – 11. *Segue*: duttilità di uno strumento dal sapore antico, 138 – Epilogo, 140

- 143 Francesco Macario  
*Ordinario di Sistemi giuridici comparati dell'Università di Roma III*  
 Contratti di rete e modalità di partecipazione. I rapporti interni fra responsabilità e conflitti d'interesse

1. Dall'organizzazione reticolare dell'attività d'impresa al contratto di rete, 143 – 2. Tipizzazione normativa del contratto e problemi sistematici irrisolti, 150 – 3. Carattere ibrido della struttura reticolare e modalità di partecipazione delle imprese in rete, 159 – 4. I rapporti interni tra responsabilità e conflitti d'interesse e la rilevanza dell'abuso come criterio di valutazione delle condotte dei partecipanti, 166

- 177 Francesco Longobucco  
*Ricercatore di Diritto privato dell'Università di Roma III*  
 Abuso di dipendenza economica e reti di impresa

- 191 Francesco Prosperì  
*Ordinario di Diritto civile dell'Università di Macerata*  
 Subfornitura e strumenti di tutela dell'imprenditore debole

1. Considerazioni preliminari sulla modesta effettività della l. n.198/1998, 191 – 2. La tutela del mercato quale fondamento unitario della tutela del consumatore e della tutela dell'imprenditore debole, 192 – 3. Il contratto di subfornitura e le categorie del



terzo contratto e del contratto asimmetrico: considerazioni critiche, 194 – 4. Il divieto di abuso di dipendenza economica quale regola a carattere generale in quanto ipotesi sintomatica del divieto di abuso del diritto (di determinare il contenuto del contratto) e compatibilità con il principio di autonomia contrattuale, 195 – 5. Abuso di dipendenza economica e clausole abusive nei contratti tra imprenditori, 197 – 6. La nozione di subfornitura e l'ambito applicativo della legge: irrilevanza della dipendenza tecnologica e/o economica dell'impresa fornitrice, 200 – 7. La limitazione della responsabilità del subfornitore all'esecuzione del progetto del committente quale elemento essenziale del contratto di subfornitura, 205 – 8. L'ulteriore requisito indispensabile dell'inserimento dei beni e servizi all'interno del ciclo produttivo dell'impresa committente, 207 – 9. Determinazione della *ratio* della tutela accordata al subfornitore e diversa configurazione della subfornitura di lavorazione rispetto a quella di prodotto, 209 – 10. Lo scarso rilievo sul piano pratico del problema della tipicità o atipicità del contratto di subfornitura, 212 – 11. La nullità del contratto di subfornitura per vizio di forma quale nullità di protezione e il diritto del subfornitore al pagamento delle spese eseguite e al risarcimento delle spese sostenute, 213 – 12. Forma scritta e contenuto minimo essenziale, 215 – 13. Obbligo a contrarre e l'abuso di dipendenza economica realizzato attraverso il rifiuto di vendere o di comprare, ovvero con l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, 217 – 14. Brevi notazioni conclusive, 218

221 Ernesto Capobianco  
*Ordinario* di Istituzioni di diritto privato dell'Università del Salento  
 L'abuso di dipendenza economica. Oltre i confini della subfornitura

1. L'abuso di dipendenza economica: lo scenario normativo, 221 – 2. Gli incerti confini di applicazione della norma di cui all'art. 9, l. n. 192 del 1998, 223 – 3. Le ragioni che inducono a prescegliere l'interpretazione più ampia. In particolare, la riconducibilità della disposizione alla buona fede, 226 – 4. L'autonomia contrattuale, i principi, il mercato, 233 – 5. Le ragioni dell'analisi economica, 236 – 6. La pretesa incoerenza del sistema nel raffronto con la diversa tutela apprestata per i consumatori, 237 – 7. La norma sull'abuso di dipendenza economica come norma di valenza generale nell'ambito della contrattazione tra imprese. Su talune inammissibili restrizioni, 240 – 8. Oltre la subfornitura. Oltre l'impresa, 244 – 9. Le utilizzazioni del principio, 245

259 Vincenzo Farina  
*Associato* di Diritto di famiglia dell'Università del Salento  
 Interruzione brutale del rapporto di *franchising*. Abuso di dipendenza economica e recesso del *franchisor*

1. Il *franchising* come contratto di durata e l'affidamento dell'affiliante sulla durata del contratto. L'abuso di dipendenza economica ed investimenti specifici: le pecu-

liarità del franchising e l'interruzione del rapporto da parte del franchisor, 259 – 2. Allocazione del rischio e gestione delle sopravvenienze nel *franchising*. L'interruzione del rapporto da parte del franchisor e sua rilevanza. Correlazione tra durata minima e periodo necessario per l'ammortamento degli investimenti. Abuso di dipendenza economica, abuso di autonomia negoziale, abuso del diritto e poteri modificativi ed integrativi del contratto da parte del giudice, 265 – 3. In particolare franchising ed abuso di dipendenza economica. Il problema dei gruppi e l'abuso del potere di direzione e coordinamento nell'ambito di una rete contrattuale, 271 – 4. Recesso e correlazione tra durata minima e periodo necessario per l'ammortamento degli investimenti. Significanza dei termini « investimento » ed « ammortamento » e tempo di ancoraggio della relativa valutazione. Valutazione non solo *ex ante*, ma anche *ex post* dell'adeguatezza della durata stabilita per ammortizzare gli investimenti specifici; irrilevanza della loro imprevedibilità al tempo della conclusione del contratto; rilevanza delle ragioni della genesi dell'investimento, 277 – 5. Estensione dell'applicabilità della disciplina contratti a tempo indeterminato Le conseguenze dello sfioramento del termine minimo di durata: inserzione automatica della clausola di durata minima ex art. 1339 e eterointegrazione del contratto ex art. 1374 c.c. Il problema del rapporto con il regolamento (CE) n. 2790/1999 del 22 dicembre 1999, 282

289 **Maria Margherita Parini**  
*Dottore di ricerca* dell'Università di Verona  
*Franchising e obblighi di disclosure*

1. Il *franchisee* « imprenditore » debole, 289 – 2. Art. 3 « Forma e contenuto del contratto », 295 – 3. Art. 4 « Obblighi dell'affiliante », 298 – 4. Art. 6 - « Obblighi precontrattuali di comportamento », 303 – 5. Sanzioni in caso di violazione degli obblighi informativi, 306 – 6. Considerazioni finali sugli strumenti di protezione introdotti dalla l. n. 129/04, 310

313 **Francesco Di Ciommo**  
*Associato di Diritto dell'economia* dell'Università di Roma Tor Vergata  
 Contratti tra imprenditori, equilibrio delle prestazioni ed efficiente gestione del rischio: tra « terzo contratto », « contratti asimmetrici » e codice civile

1. Due tesi da verificare ed una (conseguente) conclusione, 313 – 2. Regole particolari e principi generali tra « terzo contratto » e « contratto asimmetrico », 317 – 3. Autonomia privata e sindacato giudiziale, 325 – 4. Asimmetrie e disequilibri nei rapporti contrattuali, 328 – 5. Contratti tra imprenditori e gestione del rischio, 335 – 6. Un possibile (grave) paradosso, 343. – 7. Autonomia privata ed equilibrio contrattuale nel codice civile, 347. – 8. L'art. 1225: paradigma dell'approccio codicistici-

co al tema dell'equilibrio del rapporto tra debitore e creditore nell'ottica dell'efficiente gestione del rischio, 357. – 8.1 Segue: tra dolo contrattuale e prevedibilità, 368 – 9. Clausole generali ed abuso del diritto, 379. – 9.1. Gli effetti dell'abuso del diritto tra regole di validità e regole di responsabilità (o comportamento), 378 – 10. Conclusione, 383

387 Davide Messinetti  
già *Ordinario* di Diritto civile dell'Università di Firenze  
Conclusioni



Francesco Ruscello

## Introduzione

Gli anni '60 del secolo scorso, come è noto, sono stati anni di grandi e rilevanti fermenti che, protrattisi nei successivi anni '70 in maniere più o meno diversificate, non hanno mancato di produrre altrettanto diversificati effetti anche nel panorama giuridico. Per quel che riguarda il tema del nostro incontro, in quei tempi si parlava con sempre maggiore attenzione di contraente debole e dell'adeguatezza delle tutele che, con l'art. 1341, il codice civile gli riservava. Ricordo, uno per tutti, una Tavola rotonda organizzata a Catania dal sintomatico titolo « Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole ». Sicuramente, andando a rileggere le relazioni di quella Tavola rotonda<sup>1</sup>, per molti aspetti pur ancora attuali, sembrano passati non 40, ma ben più anni. Anche la scienza giuridica, tuttavia, come ogni altra scienza, subisce lo scalpitante e rapido « sviluppo delle idee », vincolata come è alla dinamica delle relazioni umane, nelle sue articolazioni sociali ed economiche, in una realtà che, proprio per il progresso tecnologico, diventa sempre più globalizzata.

L'accresciuta sensibilità verso le affermazioni della Carta costituzionale – anche questa, non a caso, di quegli stessi anni appena ri-

<sup>1</sup> Gli atti sono pubblicati nel volume *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania il 17-18 maggio 1969*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza Università di Catania, n. 67, Milano, 1970.

chiamati<sup>2</sup> – non meno della graduale effettività di alcuni suoi disposti – in particolare, per quel che ci riguarda, gli artt. 10 e 11 cost. sulla conformità del nostro ordinamento « alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute » e sulle « limitazioni di sovranità » – dischiudono gli orizzonti, non soltanto interpretativi, alla necessità di far fronte a nuove esigenze, ora reputate degne di essere tutelate, e a comunità e ordinamenti sovranazionali con sempre maggiore insistenza « invadenti ». È in questo panorama che, a grado a grado, iniziano a trovare spazio sempre più numerosi interventi legislativi, interni e di origine comunitaria: da un lato, in attuazione dei principi di eguaglianza e di solidarietà, formalizzando strumenti di protezione per i contraenti reputati deboli attraverso limiti, in certi casi anche incisivi, alla libertà di determinazione dei singoli<sup>3</sup>; dall'altro, nel tentativo di tutelare un mercato sulla carta unico, ma frutto di rapporti disciplinati diversamente in ogni singolo Stato membro e, molto spesso, danneggiato non soltanto dalla diversa tutela offerta al consumatore, ma anche dal realizzarsi di contrattazioni caratterizzate dall'abuso del potere contrattuale di un contraente a danno dell'altro.

<sup>2</sup> Il riferimento specifico è a P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, spec. c. 219 ss.; ma non si può non ricordare la vivacità del dibattito sul tema della rilevanza delle disposizioni costituzionali nel diritto civile e dell'unitarietà dell'ordinamento: dalle riflessioni che si sviluppavano sin da talune magistrali « voci » trattate nelle enciclopedie (v., per esempio, R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907 ss.; o S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, *ivi*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.) a talune « lezioni », rimaste pietre miliari in argomento (per esempio, le prolusioni di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; o di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.).

<sup>3</sup> Come si sottolinea da più parti, e non soltanto da oggi (v., a titolo esemplificativo, e nel corso del tempo, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 18; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971, p. 17; R. CLARIZIA, *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale tra le parti*, in *Studi in onore di Davide Messinetti* a cura di F. Ruscello, Napoli, 2008, p. 273), è difficile conciliare il principio di eguaglianza con il principio di libertà contrattuale, inteso, almeno nella descrizione della dottrina tradizionale (v, tra gli altri e in particolare, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, *passim*), come piena libertà dei singoli di determinare i propri interessi.

Individuato nella controparte non professionale dell'imprenditore, per dir così, e in buona sostanza, l'elemento di disturbo di un mercato che si doveva fondare sulla possibilità per le imprese di esercitare le proprie attività a condizioni di parità con ciascuna altra impresa, il legislatore comunitario, con una serie di direttive nei più diversi settori, ha iniziato a occuparsi dei consumatori<sup>4</sup>, ma prefigurando discipline contraddistinte da elementi di (talvolta forte e apparente) rottura rispetto al tradizionale diritto dei contratti e tese, per dir così, a modulare l'autonomia privata<sup>5</sup>. A ben vedere, si ipotizza bensì una tutela minima ai consumatori, ma fondamentalmente nel tentativo di garantire un eguale esercizio dell'attività di impresa<sup>6</sup>. Salvaguardando l'eguale trattamento dei consumatori in ogni Stato, infatti, si sarebbe assicurato

<sup>4</sup> La tematica dei contratti dei consumatori introduce in un universo nel quale è, ormai, difficile, orientarsi per l'innunerevole mole di contributi che si offrono all'attenzione (v., tra gli altri, soltanto a titolo esemplificativo e da diverse angolazioni, V. RIZZO, *Trasparenza e contratti dei consumatori (la novella al codice civile)*, Napoli, 1992, *passim*; P. STANZIONE, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1998, *passim*; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, *passim*; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, I, Padova, 2003, p. 451 ss.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 901 ss.) e con riferimento al quale, da qualche tempo, si aprono le porte anche a nuove proposte sistematiche nella teoria generale del contratto (tra gli altri v., in particolare, 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. 749 ss.), sottolineandosi che con l'introduzione della disciplina a tutela del consumatore verrebbe meno la tendenziale unitarietà del diritto dei contratti.

<sup>5</sup> È quanto, in particolare, rileva E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, 2003, p. 10 ss., secondo il quale, infatti, l'intervento del legislatore comunitario mira a modulare e non a limitare l'autonomia privata.

<sup>6</sup> V., infatti, F. RUSCELLO, *La Direttiva 2001/95/Ce sulla sicurezza generale dei prodotti. Dalla tutela del consumatore alla tutela della persona*, in *Vita not.*, 2004, p. 139 ss.; R. MONGILLO, *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, Napoli, 2006, p. 294 ss. Rimarcano, tra gli altri, che gli abusi realizzati in danno ai consumatori pregiudicano l'efficienza del mercato: C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 396; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 43; E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1049.

un eguale trattamento anche all'impresa, non piú esposta a discipline diverse, subordinate come erano alle particolari regole dettate dai singoli ordinamenti.

Direttamente o indirettamente che sia, il consumatore, nel corso degli anni, ha ricevuto comunque una graduale tutela<sup>7</sup>. Per contro, pur in un quadro come quello appena accennato, nel quale sembra apparire una nemmeno tanto velata volontà mirata a salvaguardare le ragioni dell'impresa in un mercato reputato squilibrato, per lunghi anni nessuna attenzione è stata prestata alla figura dell'imprenditore debole, venendo gli scambi commerciali lasciati alla piú ampia autodeterminazione delle parti. Abbandonato nella disciplina dei contratti con i consumatori, seppure in un certo senso ed entro certi limiti, il paradigma dell'astrazione dei soggetti, l'imprenditore resta, nei rapporti fra imprese, soggetto unico, espressione di una « classe » non stratificabile su livelli diversi di « potere ».

Quali possano essere state le ragioni di un simile atteggiamento non è, a ben vedere, semplice da spiegare, variando da Stato a Stato, da ordinamento a ordinamento e, non ultimo, e con ogni probabilità, in considerazione della diversa incidenza che si voglia riconoscere all'influenza dei cc.dd. poteri forti del mercato, anche finanziario. Sicuro sembra che non si è trattato di una semplice svista, ma della logica conseguenza sia del modo di intendere l'« autonomia privata » – ancora lontana, evidentemente, anche per la sua ambiguità terminologica, dall'essere immaginata quale potere di iniziativa per la forma-

<sup>7</sup> Tra le direttive comunitarie piú rilevanti si possono ricordare: la direttiva del 20 ottobre 1985, n. 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, attuata in Italia con il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50; la direttiva CEE n. 85/374 in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi, attuata con d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224; la direttiva CEE 84/450, modificata dalla direttiva 87/55, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, attuata con d.lgs. n. 74/92; la direttiva 22 febbraio 1990, n. 90/80, in materia di contratti di credito al consumo, attuata con legge comunitaria del 1992, n. 142; la direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314, in materia di contratti di viaggio tutto compreso, attuata con d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111; la direttiva del 5 aprile 1993, n. 93/13 in materia di contratti contenenti clausole vessatorie attuata con legge comunitaria del 1994. Attualmente, come è noto, l'intera disciplina è stata riunita all'interno del codice del consumo, d.lgs. 26 settembre 2005, n. 206.



zione di un regolamento contrattuale frutto, a un tempo, di un potere autonomo delle parti e di una eteronomia bensì sempre più invasiva ma, per certi aspetti, necessaria<sup>8</sup> – sia del particolare « *favor* » per una attività di impresa lasciata alla più ampia autodeterminazione: in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica (art. 2082 c.c.), l'imprenditore è reputato, in quell'astratto quadro caratterizzato da un'eguaglianza soltanto formale, il miglior arbitro dei suoi interessi<sup>9</sup>.

Se si eccettua la c.d. legge *antitrust* del 10 ottobre 1990, n. 287 – il cui scopo principale è sicuramente quello di tutelare il mercato dalle distorsioni conseguenti ad accordi anticoncorrenziali, ma che, mantenendo una situazione che vede in gara gli imprenditori per l'acquisizione della clientela, indirettamente tutela anche l'imprenditore che, proprio a causa delle suddette distorsioni, potrebbe trovarsi in posizione di debolezza<sup>10</sup> – è soltanto con la fine degli anni '90 del secolo ap-

<sup>8</sup> Sull'ambiguità dell'espressione « autonomia privata » si sofferma, in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, Napoli, 2006, p. 314 ss., dove anche gli opportuni riferimenti.

<sup>9</sup> In realtà un « mercato senza diritto » è una contraddizione (come rileva, tra gli altri, D. MESSINETTI, *La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 650) e destinato a essere regolato da rapporti di forza, configurandosi « come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantilizzazione infinita ed al conflitto continuo » (lo si legge in P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 471 ss., le parole tra virgolette sono a p. 475; ma, in linea di principio, seppure da diverse angolazioni, è ormai pacifico in dottrina: v., per esempio, C. M. MAZZONI, *Principio volontaristico e posizione dei soggetti*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 197 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 10 ss.; v., tuttavia, da una diversa angolazione, R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 21).

<sup>10</sup> V., tra i più recenti, A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli-Roma, 2006, p. 131; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Studi in onore di Davide Messinetti* a cura di F. Ruscello, Napoli, 2008, p. 266. In relazione al « diritto comunitario della concorrenza », v. S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p. 83 ss.; AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A.

pena passato e, ancor piú, agli albori degli anni 2000 che, in particolare per opera degli organi comunitari, si intravede un inizio di legislazione piú marcatamente proteso in questa direzione; talvolta, anche con raccomandazioni e disposizioni che, fuoriuscendo dagli ambiti meramente contrattuali, prevedono particolari agevolazioni finanziarie per le piccole e medie imprese. E mi piace ricordare, proprio di quel periodo, un Convegno a Barcellona su *La Armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*<sup>11</sup> durante il quale – accanto a me chiamato a relazionare sulla tutela del consumatore e che evidenziavo, negli sviluppi della normativa comunitaria, il mutato piano della sua tutela, ora non piú quale « soggetto », ma in quanto « persona »<sup>12</sup> – non si mancò di accennare, da parte di chi piú in particolare affrontò il tema dei rapporti fra imprese, l’iniziale passaggio dalla tutela del consumatore alla tutela della piccola impresa<sup>13</sup>.

Tutto ciò nella consapevolezza che l’imprenditore non è « soggetto » espressione di una categoria unitaria; nella consapevolezza che, anche nei rapporti fra imprenditori, non è difficile rilevare una differente forza contrattuale, dovuta alle cause piú diverse, talvolta momentanee e contingenti<sup>14</sup>; nella consapevolezza che l’autoregolamen-

Frignani e R. Pardolesi, Torino, 2006, *passim*; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, *passim*.

<sup>11</sup> Gli atti del quale si possono leggere nel volume *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, a cura di E. ARROYO I AMAYUELAS e F. BADOSA COLL, Atti della *III Jornada Internacional* svoltasi a Barcellona il 20 e 21 ottobre 2003 dal titolo *El dret civil català i la codificació. Propostes europees*, Valencia, 2006.

<sup>12</sup> F. RUSCELLO, *La Direttiva 2001/95/Ce sulla sicurezza generale dei prodotti. Dalla tutela del consumatore alla tutela della persona*, cit., p. 139 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è all’intervento di A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, in *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, a cura di E. ARROYO I AMAYUELAS e F. BADOSA COLL, cit., p. 429 ss.

<sup>14</sup> Rimarca che, anche nell’ambito dei rapporti contrattuali tra imprenditori, spesso le contrattazioni avvengono tra parti dotate di differente potere contrattuale, tra gli altri, V. CUFFARO, *Nuovi profili della contrattazione tra imprese*, in *L’affiliazione commerciale*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2005, p. XIV, secondo il quale, infatti, « lo svolgimento di un’attività imprenditoriale non è di per sé sinonimo di forza ogni qual volta l’imprenditore deve misurarsi con altri imprenditori che per la particolarità del mercato hanno una posizione di preminenza, difficilmente contrastabile con

tazione, di frequente, si traduce in un abuso del potere contrattuale da parte di un contraente non soltanto ai danni dell'altro, ma anche, e forse principalmente, a danno del mercato e dei consumatori<sup>15</sup>. Per certi versi, si può dire che gli stessi intendimenti di tutela del mercato che avevano spinto il legislatore comunitario a intervenire nei rapporti fra imprenditore e consumatore, inducono, ora, lo stesso legislatore a intervenire anche nei rapporti fra imprese<sup>16</sup>.

Per questa via, alcune forme di tutela previste per il « contraente debole consumatore » vengono sperimentate, sebbene in considerazione delle specificità dei rapporti sui quali incidono, anche con riferimento al « contraente debole imprenditore » e si introducono strumenti specifici dettati a vantaggio di quest'ultimo.

Un primo intervento a tutela del c.d. imprenditore debole – come detto – si può rinvenire nella legge *antitrust*. Con essa, tuttavia, presupponendosi un'effettiva lesione della concorrenza, si presentavano dei limiti a livello di contrattazione. Da qui la necessità di ipotizzare forme più efficaci di intervento che, analogamente a quanto formaliz-

l'ausilio dei soliti strumenti negoziali ». Per ciò che attiene, invece, alla « nozione » di imprenditore debole v., in particolare, E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 10, dove rileva l'impossibilità di dare a priori una definizione di imprenditore debole, dal momento che le condizioni determinanti la debolezza di un imprenditore possono essere le più svariate – la dipendenza così tecnologica come economica, l'aver sostenuto particolari investimenti non reimpiegabili, fattori endogeni derivanti dalle condizioni del mercato e così enumerando – e non possono che essere valutate *ex post*. Nello stesso senso, F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti* a cura di F. Ruscello, Napoli, 2008, p. 178.

<sup>15</sup> In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 396.

<sup>16</sup> « La percezione sempre più nitida della presenza di una disomogeneità di forze anche all'interno del mondo delle imprese » – sottolinea A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 131, dove anche il brano tra virgolette – « ha stimolato l'emanazione di regole volte a proteggere l'imprenditore debole ». In questo modo – come afferma, in particolare, R. PERCHINUNNO, *Profili generali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, IV, Padova, 2003, p. 11 – , dalla tutela del « contraente debole » consumatore e risparmiatore si passa alla tutela anche del « contraente debole » imprenditore, con l'introduzione di strumenti specifici dettati a vantaggio di tale soggetto, prefigurandosi una sorta di « trilogia contrattuale ».

zato nei contratti dei consumatori, riuscissero a tutelare la posizione contrattuale dell'imprenditore, a volta a volta, reputato piú debole.

È in quest'ordine di idee che si possono leggere la l. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura nelle attività produttive; il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; la l. 6 maggio 2004, n. 129, sull'affiliazione commerciale. Ed è in questo stesso ordine di idee che si possono analizzare alcune decisioni della Cassazione e anche della Corte di Giustizia Ce in settori diversi da quelli espressamente disciplinati – per esempio, in tema di contratto di agenzia<sup>17</sup> – o i dibattiti a margine dei contratti di rete, bensí recentemente regolati dal nostro legislatore, ma pur tuttavia abbandonati a se stessi relativamente alla disciplina dei rapporti fra i contraenti<sup>18</sup>.

Non entro, né posso entrare, nel merito delle specifiche disposizioni: gli interventi che seguiranno avranno modo di svilupparne le problematiche. Non posso esimermi, però, dal sottolineare che, almeno a tutta prima, all'interno di quelle particolari discipline sembra possibile individuare delle linee di tendenza comuni – quali l'imposizione di oneri di forma e contenuto minimo, la previsione di disposizioni finalizzate a predeterminare il contenuto del contratto, le sanzioni ipotizzate con riferimento a talune clausole, o l'introduzione di

<sup>17</sup> V., soltanto a titolo esemplificativo, le note di M. M. PARINI, *Diritto alla provvigione e ipotesi di tutela dell'agente commerciale*, in *Vita not.*, 2008, p. 803 ss.; e di A. BARBA, *Inadempimento imputabile e giusta causa di recesso dal contratto di agenzia*, in *I contratti*, 2009, p. 377 ss.

<sup>18</sup> Per tutti v. F. MACARIO e C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Reti di impresa e contratti di rete: spunti per un dibattito*, in *I contratti*, 2009, p. 915 ss., dove gli interventi di F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, p. 915 ss.; C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, p. 928 ss.; M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, p. 934 ss.; P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, p. 942 ss.; F. MACARIO, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, p. 951 ss.; M. R. MAUGERI, *Reti di impresa e contratto di rete*, p. 957; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, p. 961 ss. Piú di recente, v., altresí, P. ZANELLI, *La rete è, dunque, della stessa natura del gruppo di società?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 535 ss.; e A. GENTILI, *I contratti di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 617 ss.

forme di controllo dell'equilibrio contrattuale – che, anche per il richiamo più o meno esplicito, ma non sempre evidenziato o preso in considerazione, a principi generali del nostro ordinamento, non mi pare possano esaurire i loro ambiti di operatività all'interno delle singole fattispecie.

Il problema – proprio in quanto, molto spesso, espressione di principi generali del « sistema contrattuale » ipotizzato già dal codice civile – è di verificarne l'applicabilità anche in fattispecie non espressamente segnalate dal legislatore e di rintracciare gli eventuali strumenti utilizzabili ai fini di questa applicabilità<sup>19</sup>. Individuare un c.d. terzo contratto<sup>20</sup>, contrapposto a quello concluso tra parti dotate del medesimo potere contrattuale e a quello concluso tra consumatore e professionista, e nell'ambito del quale far rientrare i rapporti tra imprenditori dotati di differente potere contrattuale? Alcuni, seppure con argomentazioni non persuasive, lo sostengono. Immaginare un sistema, per dir così, duale, cioè fondato su contratti comuni e su contratti che, comprendenti tutti i rapporti posti in essere tra parti dotate di di-

<sup>19</sup> Si pongono tali interrogativi, tra gli altri, G. VETTORI, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. XXI; C. CAMARDI, *Efficienza e reti di impresa*, in *Studi in onore di Davide Messinetti* a cura di F. Ruscello, Napoli, 2008, p. 199 ss.; G. VILLA, *Invaldità e contratto tra imprenditori*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 123.

<sup>20</sup> La paternità di tale definizione si attribuisce a R. Pardolesi che vi ricorre nella prefazione del testo di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII. Utilizzano l'espressione terzo contratto, fra gli altri, A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 137; V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2005, p. 53 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 701; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 303; F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, cit., p. 177. Altri, tra i quali M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 144; E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, *ivi*, p. 317, propongono una distinzione analoga a quella tra primo, secondo e terzo contratto, distinguendo tra contratti *business to business* (b2b) e contratti *business to consumer* (b2c).

verso potere contrattuale, indipendentemente dalla loro qualificazione soggettiva, potrebbero essere denominati asimmetrici? È la tendenza che è suggerita da altri e che, con una operazione astrattizzante, pur si dice sembri emergere dai Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali e dai Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando<sup>21</sup>. Ripensare la teoria generale dei contratti,

<sup>21</sup> La possibilità di ricostruire una differente « categoria » di contratti, individuata nei cc.dd « contratti asimmetrici », all'interno della quale – sulla base di una « asimmetria » individuabile sotto i più diversi aspetti: da quelli economici a quelli informativi (su quest'ultimo modello di « asimmetria » v., per esempio, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole di scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555 ss.) – sarebbero riconducibili tutti i contratti stipulati tra parti dotate di differente potere contrattuale è posta in evidenza, in particolare, da V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 267 ss.; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 788 ss., secondo il quale, d'altro canto, questo nuovo paradigma troverebbe riconoscimento, oltre che nelle direttive comunitarie, in due importanti elaborazioni del nuovo diritto dei contratti: i Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali del 1994 e i principi di un diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando (1995-1999), i quali introducono importanti disposizioni applicabili a prescindere dallo *status* rivestito dalle parti, purché sussista una condizione di asimmetria tra i contraenti.

Con riferimento al problema dei « contratti asimmetrici » v. anche, pur tra diversificate (e talvolta critiche) opinioni, i contributi di F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 29; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549; E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2007, II, p. 415 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss.

In relazione ai Principi Unidroit, v., invece, tra gli altri, L. PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 566; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 29 ss.; ID., *Nuovi svi-*

anche collegando i « nuovi » strumenti di tutela a quelli già previsti dal codice, e verificando la misura entro la quale ne integrino la disciplina? Anche in proposito non manca chi lo propone<sup>22</sup> e, con ogni probabilità, in modo più convincente.

Senza voler invadere gli ambiti delle relazioni che seguiranno, e avviandomi a concludere, certo mi sembra che, a tacere della possibilità di configurare – come da taluni si prospetta<sup>23</sup> – una « teoria comune dei rapporti patrimoniali » – ciò che, per certi versi ed entro certi limiti, potrebbe anche attenuare, se non vanificare, le discussioni come proposte nei termini delineati, per aprire nuovi orizzonti di analisi – i diversi interventi legislativi, da un lato, sembrano destinati alla tutela di una molteplicità di interessi, diversi secondo le specifiche circostanze e difficilmente riconducibili alla totalità generalizzata dei soggetti coinvolti – i consumatori e gli imprenditori, gli uni e gli altri evidentemente portatori di differenti esigenze, anche in relazione alle specifiche e concrete connotazioni del soggetto considerato – ; dall'altro, pur si snodano attraverso disposti che sembrano assumere i caratteri di vere e proprie applicazioni di principi già indicati (anche) nel codice e che, per essere espressione di valori fondanti il nostro ordinamento – quali l'eguaglianza, la solidarietà, la libertà di iniziativa economica – non possono non estendersi, seppure con differenziate modalità di

*luppi dei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI*, in *Contr.e impr. europa*, 2002, p. 40 ss.

Per ciò che attiene, infine, ai principi elaborati dalla Commissione Lando, v. G. ALPA, I "Principles of European Law" predisposti dalla Commissione Lando, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483; L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 683 ss.

<sup>22</sup> In generale, sulla necessità di rileggere e integrare la teoria generale del contratto alla luce anche della legislazione e della giurisprudenza comunitaria v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, *ivi*, 2001, p. 334 ss. Sebbene con riferimento ai contratti dei consumatori, v., anche, P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

<sup>23</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, cit., p. 839 s., dove anche ulteriori riferimenti.

concretizzazione, a tutti i contratti, salvo contravvenire proprio a quei valori.