

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Concessione di vendita: recesso del produttore e tutela del concessionario

SOMMARIO: 1. Il caso: contratto di concessione di vendita e recesso. – 2. Recesso e abuso nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106. – 3. Valutazione e controllo dell'equilibrio contrattuale. Limiti del ricorso alla clausola generale di buona fede. – 4. *Segue*. Il ricorso all'abuso del diritto. Rilievi critici. Individuazione di forme di protezione diverse e ulteriori in favore della parte che subisce il recesso. – 5. *Segue*. Il c.d. abuso di potere contrattuale. – 6. Necessità di un cambio di prospettiva. Recesso *ad nutum* e disciplina codicistica. *Ratio* delle specifiche previsioni in materia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il caso: contratto di concessione di vendita e recesso

Un'ordinanza del Tribunale di Bergamo¹, passata curiosamente in sordina, offre un'importante occasione per riflettere sul recesso, nell'ambito della concessione di vendita². Pur avendo acquisito una sua tipicità sociale, il contratto in questione risulta essere una figura atipica

¹ Trib. Bergamo, 4 gennaio 2017: «*In presenza di un partner forte, il recesso può divenire rilevante alla luce della teorica della buona fede e dell'abuso del diritto in generale. A far tempo dal leading case di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106/2009, la giurisprudenza di legittimità riconosce la possibilità di un sindacato giudiziario dell'atto di autonomia privata, nell'ottica di pervenire a un bilanciamento o equilibrio dei contrapposti interessi. Con peculiare riferimento all'ipotesi del recesso, si evidenzia la necessità di una "procedimentalizzazione" dell'atto, che si sostanzia nella previsione di trattative, nel riconoscimento di indennità, etc., al fine di garantire la controparte, consentendole a sua volta di riorganizzarsi, entro un congruo periodo di tempo.*

Da questo punto di vista il recesso intimato entro il termine di soli tre mesi, pur in conformità alle previsioni contrattuali, e a fronte di un rapporto di lunga durata, presenta sicuramente dei profili di "abusività". Equo e pertinente alla fattispecie concreta sarebbe il termine di un anno a far tempo dalla comunicazione del recesso. Merita, pertanto, accoglimento la richiesta tesa a ripristinare il rapporto per un corrispondente periodo».

Il testo integrale della pronuncia può essere reperito sul sito www.infojuris.it. Un riassunto della vicenda si rintraccia in *Società*, 11, 2017, 1283.

² F. BORTOLOTTI, voce «Concessione di vendita», in *Novissimo dig.*, App., II, Torino, 1981, 221 ss.; O. CAGNASSO, voce «Concessione di vendita», in *Digesto/comm.*, III, Torino, 1988, 221 ss.

che si atteggia e modella variamente nella prassi³. Mediante tale accordo, il produttore si impegna, in linea di massima, a vendere i propri articoli al distributore; il quale si obbliga a sua volta ad acquistarli dal primo ed a promuovere la commercializzazione degli stessi. Il concessionario assume di norma, altresì, una serie di «oneri di commercializzazione», che possono spaziare dalla creazione di una rete distributiva sottostante alla realizzazione di un servizio di assistenza post vendita ovvero al mantenimento di uno stock di prodotti o pezzi di ricambio, oppure alla predisposizione – spesso secondo puntuali direttive del produttore – delle strutture e degli strumenti necessari per la massimizzazione delle vendite in un dato territorio⁴.

In un contesto sì fatto, lo scioglimento unilaterale dal vincolo contrattuale, ad opera del produttore, si mostra potenzialmente in grado di condurre sull'orlo dell'insolvenza l'impresa che subisce il medesimo, potendo in ogni caso comportare un pregiudizio tanto in termini di danno emergente quanto di lucro cessante. Confidando in un lungo periodo di collaborazione, infatti, una parte (impresa «debole»), per tenere fede ai propri impegni contrattuali, è portata a fare una serie di investimenti specifici, c.d. *relational specific investments*⁵. Laddove sostituti validi non siano rintracciabili, l'annunciata interruzione dei rapporti ad opera dell'altra (impresa «forte») si pone come un potenziale ricatto (c.d. *hold up*). Il soggetto che subisce l'interruzione non può infatti ammortizzare nel tempo gli investimenti oppure è portato ad affrontare costi elevati (*switching costs*, costi di commutazione), al fine di riconvertirli: costui si trova quindi costretto ad accettare condizioni «inique», pur di proseguire i rapporti contrattuali⁶.

Ciò è quanto lamentato dalla ricorrente, nell'ambito della vicenda in esame.

³ O. CAGNASSO, *op. cit.*, 227.

⁴ O. CAGNASSO, *op. cit.*, 232.

⁵ Si discorre, più propriamente, di *relationship-specific investments* per designare un investimento il cui ritorno dipende dalla continuazione dei rapporti commerciali; sul tema: V.P. CRAWFORD, *Relationship-Specific Investments*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 105, Issue 2, May, 1990, 561 ss.

⁶ L. CABRAL, *Economia industriale*, Roma, 2002, 270. Tali notazioni sono riprese dall'ordinanza in commento.

La controversia scaturiva dallo scioglimento unilaterale del vincolo, preceduto, conformemente alle previsioni contrattuali, da un avviso di tre mesi. La concessionaria riscontrava in tale condotta un abuso di dipendenza economica⁷, richiamandosi all'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, e lamentava l'imposizione, ad opera della controparte, di una serie di clausole vessatorie. Chiedeva l'emissione, nei riguardi della resistente, dell'ordine di astenersi da qualsiasi contegno orientato all'interruzione delle relazioni contrattuali. Domandava, in aggiunta, l'applicazione di una penale per ogni ulteriore violazione o ritardo; preannunciava una causa di inibitoria e di risarcimento danni⁸.

In via pregiudiziale la resistente eccepeva l'incompetenza del giudice adito⁹. Contestava, nel merito, l'applicabilità dell'art. 9 l. n. 192 del 1998, disposizione dettata in materia di subfornitura; negava la dipendenza economica; escludeva l'abuso; adduceva inadempimenti della controparte e giustificava il recesso in ragione di tali comportamenti¹⁰.

⁷ Sull'abuso di dipendenza economica: A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, V. CUFFARO (a cura di), Napoli, 1998, 297 ss.; D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, G. DE NOVA, A. CHIESA, F. DELFINI, D. MAFFEIS e A. SALVADÈ (a cura di), Milano, 1998, 36 ss.; R. LECCESE, voce «Subfornitura», in *Digesto/comm.*, Agg., Torino, 2000, 781; G. ALPA e R. LECCESE, *La subfornitura*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 2002, 283 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; R. PARDOLESI, *La subfornitura*, in *Manuale di diritto privato europeo, II, Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2007, 1073 s.

⁸ L'art. 9 comma 3 l. n. 192 del 1998, come novellato dalla l. 5 marzo 2001, n. 57, prevede testualmente: «Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

⁹ L'eccezione si basava sugli artt. 2359, comma 1, n. 3, c.c. e 3 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, come modificato dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. Le disposizioni richiamate attribuiscono al Tribunale delle imprese la cognizione delle cause in materia di società controllate, segnatamente in tema di società che si trovano sotto l'influenza dominante di un'altra, in ragione di particolari vincoli contrattuali. Reputa tuttavia opportuno superare l'equivoco secondo cui la dipendenza economica costituisce di per sé un esempio di controllo contrattuale ai sensi degli artt. 2359 e 2497 *septies* c.c. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. Impr.*, 2013, I, 8 ss.

¹⁰ Il recesso per inadempimento quale «mezzo di impugnazione» del contratto si distinguerebbe dall'azione di risoluzione sul piano degli effetti, in quanto

Accertata la propria competenza¹¹, il Tribunale si è dapprima soffermato sulla portata del citato art. 9¹², riferendolo a tutti i rapporti contrattuali tra imprese¹³. Ha focalizzato, poi, la dipendenza economica¹⁴, analizzando il criterio dell'impossibilità di reperire

dispiegherebbe la propria efficacia non dal momento di proposizione della domanda giudiziale, bensì non appena la dichiarazione del recedente venga resa nota alla controparte. Esso divergerebbe altresì dall'eccezione di inadempimento, ove l'eccepiente non può sottrarsi all'adempimento allorché la controprestazione venga successivamente eseguita (F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. V, Torino, 2002, 273 s.).

¹¹ Il giudice ha escluso la sussistenza di un'influenza dominante, tale da configurare un controllo. Ha riscontrato l'assenza dei particolari vincoli contrattuali di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c., ponendo l'accento sulla mancanza di un'esclusiva e sull'autonomia gestionale della concessionaria.

¹² Sul tema, A.P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, II, 2008, 261 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹³ Sotto questo profilo, l'ordinanza in commento si allinea alla tesi accolta da Cass., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. comm.*, 2012, I, 298, con nota di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*; conforme, Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241 ss., con nota di M. LAMICELA, *Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata"*. Seppure in linea di *obiter dictum*, le Sez. un. hanno affermato che l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 l. n. 192 del 1998, «configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della l. n. 192 del 1998». Nonostante in via di principio la Cassazione abbia ammesso l'operatività dell'art. 9 l. subfornitura al di fuori del predetto contratto, nel caso di specie la norma non ha trovato applicazione. Nell'accordo era infatti contemplata una clausola che deferiva al giudice straniero le controversie in materia di responsabilità contrattuale. La Corte ha richiamato la categoria dell'abuso del diritto per affermare la natura contrattuale in ordine alla responsabilità della convenuta, rilevando conseguentemente il proprio difetto di giurisdizione. Critico nei confronti della sentenza C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 103 ss.

¹⁴ L'ordinanza in commento si segnala per un ricorso a nozioni e strumenti d'indagine propri della scienza economica. Analogamente: Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro It.*, 2011, I, 1578 ss.; Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, VI, 1471 ss. Per un medesimo approccio, sul versante della dottrina: C. OSTI,

alternative¹⁵. Esaminando la fattispecie concreta, il giudice non ha riscontrato una situazione siffatta, ritenendo di dover escludere, nel caso di specie, la dipendenza economica, in virtù di due rilievi: l'assenza di investimenti specifici; l'omessa prova in ordine all'impossibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato¹⁶. Ciononostante, reputata la condotta della concessionaria inidonea a giustificare il recesso della casa madre, il Tribunale ha condannato la resistente alla prosecuzione dei rapporti, destando perplessità non tanto per l'esito quanto – e soprattutto – per l'*iter* argomentativo seguito. Ricostruito il ragionamento del giudice, il presente lavoro si propone, quindi, di offrire una soluzione alternativa.

2. *Recesso e abuso nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*

Ad avviso dell'estensore, «in presenza di un *partner forte*», se non in virtù dell'art. 9 l. n. 192 del 1998, il contegno consistente nel recesso

L'abuso di dipendenza economica, in *Mer. conc. reg.*, 1999, 9 ss.; F. SCAGLIONE, *Il diritto antitrust*, in *Diritto privato del mercato*, A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), Perugia, 2007, 424 ss.

¹⁵ Cfr. *supra*, par. 1, in part. nota 6.

¹⁶ Quanto agli investimenti, la concessionaria si era limitata a concludere un contratto di locazione. Tale investimento difettava, oltretutto, del requisito della specificità: nella nuova sede la società commercializzava non soltanto trattori provenienti dall'impresa recedente, ma anche escavatori riferibili ad altre aziende. L'unico investimento specifico che avrebbe dovuto essere fatto, in esecuzione del contratto, consisteva nell'allestimento di un'officina interna; la quale non era stata, però, mai realizzata. Rispetto all'impossibilità di reperire alternative, ad avviso del Tribunale, il concessionario avrebbe dovuto provare di aver tentato d'intraprendere, senza successo, una trattativa con un'altra impresa; la quale si poneva agli stessi livelli di mercato della recedente e si trovava ad operare, proprio in quel periodo, sul medesimo territorio.

sarebbe «rilevante alla luce della teorica¹⁷ della buona fede e dell'abuso del diritto in generale»¹⁸.

¹⁷ Il termine «teorica» lascia intendere che buona fede e abuso del diritto siano stati assunti dall'estensore nell'accezione di principi. Il rilievo trova conferma in un precedente passaggio del provvedimento in esame, là dove, riferendosi alla correttezza e buona fede nei rapporti commerciali tra imprese nonché al divieto di abuso del diritto, il giudice discorre di «principi» applicabili a tutti i contratti. Si oppone alla tesi della buona fede come principio, rimarcandone la natura di clausola generale, A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. IV, Torino, 2004, 7 ss. Sulla problematica, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 43 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici.

Quanto all'abuso, la letteratura sull'argomento è assai vasta. Si segnalano i contributi di M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105-128, 209-352, 417-457; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss. Tra gli approfondimenti monografici: V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007. Molte le voci enciclopediche: M. D'AMELIO, voce «Abuso del diritto», in *Novissimo dig.*, I, Torino, 1957, 95 ss.; SALV. ROMANO, voce «Abuso del diritto (diritto attuale)», in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 166 s.; S. PATTI, voce «Abuso del diritto», in *Digesto/civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; C. SALVI, voce «Abuso del diritto. I) Diritto civile», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.; A. GAMBARO, voce «Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, 1ss.; D. MESSINETTI, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 1 ss. Diversi contributi in G. FURGIUELE (a cura di), *Diritto privato*, 1997, 3, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998; più di recente, G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016.

Dell'abuso del diritto in termini di principio, nonostante le conclusive riserve di carattere tecnico, sembra trattare U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 26, in particolare là dove quest'ultimo rileva che, nonostante la soppressione della norma generale prevista dal progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e da quello ministeriale di codice civile, «il principio che in essa avrebbe dovuto trovare esplicita espressione» sia rimasto «vivo e pienamente operante nel nostro attuale ordinamento».

Di un principio di abuso del diritto si discorre però prevalentemente in giurisprudenza. Rappresentativa, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., ove però la Suprema corte si limita a richiamare in ordine al relativo fondamento una serie di pronunce antecedenti senza fornire ulteriori indicazioni. In senso critico sull'abuso come principio: con specifico riferimento alla sentenza citata, F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, IV, 245 ss., e C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione della nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, XI, 2547 ss.; più in generale, C. AMATO, *Considerazioni a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, I, 222 ss.

Rifacendosi alla giurisprudenza successiva alla sentenza del 2009¹⁹, sul noto caso dei concessionari di un'impresa dell'industria

¹⁸ Del pari, Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, cit., ha riconosciuto che, quand'anche non fosse stato possibile applicare la norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, le richieste attoree, volte a ottenere una tutela risarcitoria, avrebbero potuto essere in linea generale ammissibili «ove ricondotte ai princípi di buona fede oggettiva e abuso del diritto». Tuttavia, in quell'occasione, dopo aver accertato l'assenza di una dipendenza economica, il Tribunale non ha reputato contrario a buona fede e correttezza il contegno della recedente ed ha perciò respinto la domanda. Ad agire in giudizio era stato un autotrasportatore: tale soggetto lamentava l'interruzione dei decennali rapporti contrattuali con un salottificio per conto del quale era progressivamente giunto a svolgere la totalità delle sue prestazioni. Il giudice ha rilevato che i beni costituenti il complesso aziendale dell'attore avrebbero consentito a costui di offrire il servizio ad altre imprese operanti nel medesimo ambito territoriale, in una pluralità di settori merceologici, senza dover fare adattamenti e sostenere alcun costo. L'ampia possibilità di impieghi alternativi dei mezzi di trasporto avrebbe escluso, ad avviso del giudice, l'abuso; il quale non avrebbe potuto essere neppure ravvisato nell'interruzione del rapporto, in quanto una durata minima non era stata pattuita.

¹⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Sulla medesima pronuncia, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010. La sentenza della Suprema Corte trae origine da un caso di recesso. Alcune imprese avevano stipulato con un noto gruppo automobilistico contratti di concessione di vendita. Avvalendosi di una clausola contrattuale, la casa madre aveva sciolto una pluralità di negozi. Taluni concessionari, ritenendo il comportamento contrario alla clausola generale di buona fede e correttezza, avevano agito in giudizio, chiedendo al Tribunale di accertare il carattere abusivo di tale contegno e condannare, conseguentemente, la controparte a risarcire tutti i danni subiti per effetto del medesimo.

Il giudice di prime cure aveva affrontato il tema della configurabilità di un abuso in astratto, ma ne aveva escluso la sussistenza in concreto, rigettando la domanda degli attori (Trib. Roma 11 giugno 2001; stralci della sentenza in G. D'AMICO, *op. cit.*, 11 ss.).

La Corte d'Appello, nel confermare la statuizione, aveva chiarito che alcun controllo in merito alla causa del recesso *ad nutum* poteva dirsi ammissibile, essendo tale figura congeniale ai rapporti di durata e pertanto generalmente ammessa dall'ordinamento (App. Roma 18 gennaio 2005).

Un percorso diverso è stato seguito dalla Cassazione, la quale ha definito l'abuso del diritto come un criterio rivelatore della «violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza». Ad avviso della Suprema corte, l'abuso si caratterizza per una «alterata utilizzazione dello schema del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore». Il giudice di merito avrebbe perciò dovuto valutare, in concreto, se il recesso *ad nutum* fosse stato attuato con modalità e

automobilistica, il Tribunale di Bergamo ha rivendicato la possibilità di un «sindacato giudiziario dell'atto di autonomia privata», nell'ottica di pervenire a un «bilanciamento o equilibrio²⁰ dei contrapposti interessi». Di ausilio al bilanciamento dovrebbe essere, ad avviso dell'estensore, la «procedimentalizzazione» dell'atto di recesso, «che si sostanzia nella previsione di trattative, nel riconoscimento di indennità, etc.». Nel caso di specie, l'oggetto del «bilanciamento» sarebbe rappresentato, per un verso, dall'interesse della casa madre a ridisegnare la propria rete di vendita, svincolandosi dal contratto; per altro verso, da quello della controparte (non a proseguire il rapporto bensì) a riorganizzarsi «entro un congruo periodo di tempo». Tanto premesso, il Tribunale ha riscontrato «profili di abusività» nel recesso, intimato entro il termine di «soli» tre mesi, pur se conforme in astratto alle previsioni contrattuali. In definitiva, volendo ricostruire il ragionamento del giudice, costui ha ritenuto tale periodo inadatto a garantire la concessionaria, in quanto troppo breve e quindi insufficiente a consentire una riorganizzazione. Per questa via, l'estensore è giunto a reputare «equo» e «pertinente» alla fattispecie concreta il termine di un anno a far tempo dalla comunicazione del recesso.

per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti. Particolare importanza è stata attribuita dalla Cassazione alla disparità di forze fra i contraenti, in presenza della quale la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso dovrebbe essere più ampia e rigorosa, e potrebbe «prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere». In questo contesto, è stata valorizzata la buona fede in senso oggettivo ed un rilievo è stato riconosciuto all'esercizio abusivo del recesso *ad nutum*, onde evitare che quest'ultimo «si trasformi in un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico». Il giudice del rinvio è stato incaricato, quindi, di riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principi enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso, con conseguente eventuale diritto al risarcimento del danni subiti.

²⁰ Una puntualizzazione al riguardo si trova in R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, L. CABELLA PISU e L. NANNI (a cura di), Padova, 1998, 98 s. La tecnica del bilanciamento non si risolverebbe nella ponderazione ovvero nella ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti in conflitto, bensì in un sacrificio ovvero in un accantonamento di un principio o di un diritto a favore di un altro, seppure soltanto in relazione ad uno specifico caso concreto. Il bilanciamento comporterebbe l'istituzione di una «gerarchia assiologica mobile» tra i principi o diritti in conflitto: «assiologica» perché istituita tramite un giudizio di valore dell'interprete; «mobile» in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente riprodotta in quelli futuri.

3. *Valutazione e controllo dell'equilibrio contrattuale. Limiti del ricorso alla clausola generale di buona fede.*

Tale argomentazione induce diverse riflessioni. Il fondamento del predetto «sindacato giudiziario» non viene esplicitato ma soltanto adombrato mediante il richiamo alla sentenza della Cassazione sul caso dei concessionari di un noto gruppo automobilistico²¹. La Corte ha valorizzato, in quell'occasione, la clausola generale di buona fede e correttezza unitamente all'abuso del diritto. Riflessioni maturate nell'ambito dello studio del rapporto obbligatorio sono state riferite all'esercizio di una prerogativa convenzionalmente attribuita, al di fuori della piú ristretta logica credito-debito²². Ancorché la pronuncia citata si allinei per un lungo tratto alla tesi della funzione integrativa²³ della

²¹ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

²² La buona fede oltrepasserebbe infatti lo spazio ristretto del rapporto obbligatorio (A. D'ANGELO, *op. cit.*, 77), operando là dove sussiste una situazione di potere e obbligo corrente tra soggetti privati (P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Diritto civile*, 1, *Le fonti e i soggetti*, P. RESCIGNO e N. LIPARI (diretto da), Milano, 2009, 238).

²³ La buona fede figura come criterio di reciprocità, idoneo ad ampliare o restringere gli obblighi letteralmente assunti, nell'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 34 ss., spec. 66, 76 s., 89 ss., 103 e 106; ad essa è stata riferita la determinazione dell'obbligo di prestazione e altresí degli obblighi di protezione da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 193 ss., spec. nota 39, 203 s. e 368 ss.; nello stesso senso, P. CARUSI, voce «Correttezza (Obblighi di)», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 710 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss. Uno stimolo significativo nella direzione della funzione integrativa è però rappresentato dal lavoro di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 113 ss., il quale ha apertamente collocato la normativa di correttezza tra le fonti del regolamento contrattuale. La portata integrativa della buona fede è stata oggetto di diverse specificazioni; di essa discorrono: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1968, 340 ss. e 372 ss.; A. D'ANGELO, *op. cit.*, 40 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 e 211 ss.

G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 128 ss., in part. 130, riconosce una funzione integrativa della buona fede, ma di essa assume un'accezione che egli stesso definisce piú «restrittiva», sganciandola dal riferimento a «obblighi nuovi».

Assume invece una posizione peculiare A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988,

buona fede, il problema sottostante non sembra essere tanto di consentire una compenetrazione, all'interno del regolamento, di ciò che le parti non hanno previsto espressamente, quanto piuttosto di verificare se la buona fede stessa possa consentire un intervento del giudice anche in senso contrario alle determinazioni convenzionali. I due aspetti richiamano problematiche distinte ma sicuramente connesse tra di loro. Da una parte l'individuazione della funzione integrativa della buona fede; dall'altra i poteri del giudice in relazione alla determinazione del contenuto contrattuale. Vero è che con ogni probabilità il timore di ampliare i poteri di intervento del giudice sul regolamento pattizio si trova alla base dell'indirizzo più tratatizio, il quale nega ogni funzione integrativa, attribuendo alla clausola generale di buona fede portata meramente «correttiva» del c.d. stretto diritto. In quest'ottica l'operatività della buona fede rimarrebbe circoscritta alla fase esecutiva, quale criterio di valutazione della condotta dei contraenti²⁴, imponendo al giudice di considerare il comportamento delle parti non soltanto sulla base del mero dato formale, offerto dalla *regula iuris* riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l'angolo visuale della sua congruità rispetto

326, il quale riconosce funzione integrativa alla buona fede, ma nega che la stessa possa operare sul piano della «costruzione» del contenuto contrattuale. Ad avviso dell'a., pur attenendo al «come» del comportamento delle parti, la buona fede potrebbe essere, in ogni caso, fonte di obblighi, essendo opportuno non confondere l'ambito di incidenza, ossia la fase esecutiva del contratto, con il suo modo di operare. Ciò non si tradurrebbe tuttavia in una determinazione aprioristica e astratta di una schiera di doveri reciproci di comportamento, capaci di dilatare oltre misura il contenuto del rapporto, bensì in una serie di doveri attualizzanti nell'esecuzione del medesimo e in funzione delle esigenze comportate da tale svolgimento. In talune ipotesi, poi, la buona fede non si specificerebbe in doveri intesi in senso tecnico ma opererebbe soltanto sul piano esecutivo. La costruzione di un ulteriore dovere risulterebbe essere in questi casi un procedimento «artificioso» e sovrabbondante: sarebbe sufficiente, invece, attribuire una determinata qualificazione al comportamento esecutivo, sicché la «sanzione» sarebbe in linea di massima non il risarcimento del danno, ma il diniego di effetti al comportamento risultante scorretto (A. DI MAJO, *L'esecuzione*, cit., 415). Viene richiamato dall'a. citato, a titolo esemplificativo, l'art. 1460, comma II, c.c., ove il contegno, consistente nel rifiuto di eseguire la prestazione, sarebbe privo di effetti, «in quanto illegittimo». Il risarcimento potrebbe essere chiesto in tale ipotesi non in virtù del rifiuto in sé, quale contegno contrario a buona fede, ma conseguentemente al mancato adempimento (A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 416).

²⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. 1. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 39.

alle esigenze rivelate dalle circostanze del caso concreto²⁵. La buona fede sarebbe quindi un metro oggettivo ed elastico di valutazione, nell'ambito di un giudizio *a posteriori*²⁶ di secondo grado²⁷, diretto ad assicurare il rispetto sostanziale dell'assetto di interessi consacrato nell'obbligazione e nel contratto. Essa non sarebbe destinata a incidere sul *quantum*, ossia sull'estensione del diritto, bensì sul come, ovverosia sulle modalità di esercizio del medesimo²⁸, e tale risultato si raggiungerebbe principalmente mediante lo strumento tecnico della c.d. *exceptio doli generalis*²⁹.

La tesi riferita è stata altresì denominata «valutativa»³⁰, in quanto la buona fede opererebbe in quest'ottica come «strumento senz'altro

²⁵ U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Rilievi sono mossi in proposito da G. ROMANO, *op. cit.*, 140, il quale ritiene che, con riguardo al caso concreto, la regola applicabile risulta unitaria, in quanto «prodotto di una complessa attività ermeneutica» di cui la buona fede rappresenta soltanto uno tra i molti referenti. Secondo l'a., non si può separare *a posteriori*, ossia nella formazione della regola del caso concreto, il contributo della buona fede dal c.d. *strictum ius*, se non nei confini («limitati») di una interpretazione meramente letterale delle disposizioni legislative e convenzionali.

²⁷ U. NATOLI, *op. ult. cit.*

²⁸ Tanto si può desumere dalle considerazioni di L. BIGLIAZZI GERI, voce «Buona fede nel diritto civile», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 187, la quale si sofferma, nell'ambito di uno studio sulla buona fede, sul comportamento abusivo, definendolo come quel contegno che, «pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto, si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite (esterno perché) incidente non già sul *quantum* (cioè sull'estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità dell'esercizio) del diritto stesso».

²⁹ Nella prospettiva sopra richiamata, l'*exceptio* rappresenterebbe l'esito «fisiologico» della valutazione condotta alla stregua della buona fede: così A.A. DOLMETTA, voce «Exceptio doli generalis», in *Enc. Giur.*, Agg., Roma, 1997, 11, il quale tuttavia rileva che, qualora venisse negata la configurabilità dell'*exceptio*, la concezione richiamata non potrebbe essere utilmente sostenuta. Non sembra un caso, allora, che una *exceptio doli generalis* sia stata ritenuta ammissibile sulla base delle disposizioni codicistiche nelle quali viene richiamato il canone della correttezza e della buona fede obbiettiva da U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 38; ma nella medesima direzione altresì A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 420 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 150. In senso contrario, lo stesso A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 11 s.; già G.L. PELLIZZI, voce «Exceptio doli (Diritto civile)», in *Novissimo dig.*, VI, Torino, 1960, 1079.

³⁰ A.A. DOLMETTA, *op. loc. cit.*

valutativo (in termini duttili, elastici) delle singole fattispecie concrete», destinato a incidere sulle «regole di *jus strictum*»³¹.

Maggiori consensi sono stati però riscossi nel tempo dalla tesi della funzione integrativa³², pur nella diversità connotante le rielaborazioni

³¹ A.A. DOLMETTA, *op. loc. cit.*, il quale sembra dubitare, tuttavia, dell'effettiva compatibilità di questa concezione con il sistema attualmente vigente.

³² La tesi della funzione integrativa ha prodotto un processo di rivalutazione ed espansione dell'applicazione giudiziale della buona fede. Si segnala, in particolare, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. Giur.*, 1994, 566. In quell'occasione la Suprema corte ha definito la buona fede come una «regola di governo della discrezionalità», vietante l'abuso di un diritto. A questa conclusione è pervenuta a partire da una descrizione di tale clausola generale appunto come limite «interno» di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, la quale concorre alla relativa conformazione, «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio all'interesse proprio».

La sentenza sembra richiamare, in tale passaggio, la tesi di C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 204 ss., in part. 209 ss., secondo cui la buona fede nell'esecuzione del contratto si specificherebbe anche come obbligo di salvaguardia, imponendo alle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico. L'assunto pare a sua volta collimare con la Relazione del Guardasigilli al c.c. del 1942, là dove si fornisce un'indicazione più specifica del contenuto del dovere di comportarsi secondo correttezza, il quale viene risolto nel «[dovere di] comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui, fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio».

Tornando alla sentenza citata, le parti avevano stipulato un contratto di concessione per la conduzione e l'esercizio di uno stabilimento termale, il quale prevedeva il pagamento di un canone commisurato al prezzo di vendita al distributore delle bottiglie di acqua minerale. Il prezzo era stato mantenuto stabile; il canone era rimasto di conseguenza invariato. Tuttavia, secondo le allegazioni del concedente, il prezzo di vendita al pubblico era stato aumentato dalle società distributrici che appartenevano allo stesso gruppo del concessionario, facendo sorgere una controversia circa la conformità a buona fede del contegno di quest'ultimo. La Corte d'appello di Roma, pronunciandosi in sede rescissoria a séguito di impugnazione di lodo arbitrale, aveva escluso la rilevanza degli asseriti comportamenti scorretti del concessionario, in presenza di una clausola contrattuale che aveva conferito a tale soggetto una «piena libertà» nella determinazione dei prezzi di vendita, con conseguente insussistenza di un diritto del concedente ad un incremento degli stessi

delle quali essa è stata oggetto. Per un verso, difatti, si è ritenuto che l'operazione connessa alla funzione integrativa debba essere condotta pur sempre sulla base di una relazione di congruenza con il programma stabilito dai contraenti³³. Per altro verso, si è reputato – da parte di una dottrina minoritaria – che la buona fede sia destinata a prevalere anche sulle determinazioni convenzionali³⁴, e tale conclusione è stata giustificata in virtù del carattere di norma di ordine pubblico³⁵ che la buona fede assumerebbe in ragione del collegamento col principio solidaristico³⁶.

al fine di adeguare la misura del canone. Ad avviso della Cassazione, il giudice di merito non avrebbe potuto esimersi dal verificare se la frustrazione dell'aspettativa del concedente all'aumento del prezzo della bottiglia – e quindi del canone – fosse giustificata da interesse meritevole di tutela del concessionario a tenere ferme le condizioni di vendita; e se effettivamente, per mezzo delle condizioni di vendita al pubblico da parte delle società appartenenti allo stesso gruppo, il concessionario avesse lucrato di una «sproporzionata divaricazione» tra prezzi e canone. La Suprema corte ha perciò accolto il ricorso, demandando tale valutazione alla corte di merito, tenuto conto dei principi di diritto enunciati.

³³ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 241 ss.

³⁴ Una valenza normativa «sovrastante» rispetto alle pattuizioni dei contraenti è riconosciuta alla buona fede da P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 227 ss.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 206.

³⁵ In questo senso si esprime C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit., secondo cui la buona fede «concorre a creare la "regula iuris" del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano [ossia: l'art. 2 Cost. nonché gli artt. 1175, 1374, 1366 e 1375 c.c.] e che, quale principio cardine dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto». Analizzando Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, cit., A. D'ANGELO, *op. cit.*, 247 e 248, osserva che la pronuncia citata, pur adombrando le premesse del valore cogente della buona fede e dell'inderogabilità della solidarietà, non si contraddistingue per una *ratio decidendi* implicante l'invalidità della clausola contrattuale assegnante al concessionario la «piena libertà» di determinare i prezzi di vendita alla distribuzione: la prospettazione delle ipotesi (da verificarsi in fatto) di scorrettezza della condotta – si legge nella sentenza – è pur sempre riferita «allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti».

³⁶ La tendenza a stabilire e valorizzare la relazione tra buona fede-correttezza e principio costituzionale di solidarietà sociale si origina nel clima culturale maturato tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, periodo contraddistinto da una crescente attenzione della civilistica italiana verso la normativa costituzionale. Una relazione tra buona fede-correttezza e principio solidaristico è riconosciuta, seppure da prospettive e con esiti differenti, da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 172 ss.; P. BARCELLONA, *op. cit.*, 1969, 227 ss.; U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 34 e 36 ss. Tale principio viene

La buona fede risulterebbe in quest'ottica sovraordinata per ciò soltanto ai poteri dispositivi delle parti e data la sua inderogabilità il giudice sarebbe autorizzato a intervenire per rimuovere i patti con essa contrastanti.

Occorre però chiarire in che senso possa discorrersi di inderogabilità della buona fede e al contempo domandarsi se possa parlarsi di una contrarietà del contratto o di singole clausole rispetto ad essa nonché, in ultima istanza, se conseguenza di tale difformità possa essere l'invalidità.

Non può trascurarsi, a tal fine, che la clausola generale in questione è destinata a operare sul piano della valutazione dei comportamenti delle parti e non anche sul contenuto delle determinazioni convenzionali. Da tale angolo visuale, risulta opinabile la tesi³⁷ secondo cui possa parlarsi di disposizione contraria a buona fede, con conseguente invalidità, anche nel caso in cui essa legittimi la parte a comportarsi senza tenere conto dell'interesse dell'altra, ove non risulti

circoscritto alla solidarietà contrattuale da C.M BIANCA, *op. ult. cit.*, 209, il quale afferma, dapprima, che la buona fede si riporta all'idea di fondo della solidarietà e puntualizza, poi, che con riferimento alle parti del rapporto contrattuale essa si esprime in una concreta esigenza di solidarietà la quale può indicarsi come solidarietà contrattuale. Quest'ultima si specificherebbe in due fondamentali canoni di condotta, dei quali il primo opererebbe principalmente nella formazione nonché nella interpretazione del contratto e imporrebbe la lealtà del comportamento; il secondo opererebbe nell'esecuzione del contratto nonché nell'attuazione del rapporto obbligatorio e si tradurrebbe in un obbligo di salvaguardia. Di solidarietà contrattuale come «criterio di determinazione della buona fede» discorre G.M. UDA, *op. cit.*, 82 ss.

Il collegamento con le istanze solidaristiche è contestato da M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 553 ss. E già G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 625 ss., 628 e 636 s. rilevava che tale concezione mostra di concepire la buona fede in un senso che va oltre la lealtà reciproca fra contraenti – senso che ad essa attribuisce l'a. richiamato (628) – inserendovi gli stessi principi regolatori della convivenza sociale.

Reputa invece che la solidarietà non aggiunga alcunché alla buona fede poiché di essa non modifica i criteri di attuazione A. D'ANGELO, *op. cit.*, 241, il quale precisa che il punto di riferimento della concretizzazione della buona fede consiste nella composizione degli interessi individuali realizzata con il contratto e che, anche là ove essa attribuisca rilevanza a valori e interessi estrinseci al medesimo, la soluzione ispirata a tali valori e interessi non può porsi in contrasto con l'equilibrio negoziale.

³⁷ C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 206, nota 4.

che questo interesse sia irrilevante o sia stato altrimenti salvaguardato. Appare preferibile, a tale senso più radicale, quello secondo cui l'inderogabilità della buona fede si tradurrebbe nella sola nullità di pattuizioni escludenti l'applicabilità stessa della clausola generale in questione³⁸.

Argomentare in senso contrario significa trasportare la buona fede su un terreno che ad essa non appartiene.

Ciò nonostante, un'adesione alla tesi sopra criticata sembra riscontrarsi nell'ordinanza del Tribunale di Bergamo – alla quale possono essere estesi, quindi, i medesimi rilievi – là dove il giudice ha riconosciuto la possibilità di un «sindacato giudiziale» dell'atto di autonomia privata nell'ottica di pervenire a un «bilanciamento o equilibrio dei contrapposti interessi», fino a considerare il termine di preavviso pattuito come non «equo e pertinente» al caso di specie. E sembra che un ruolo decisivo, in ciò, sia stato assunto dalla rilevata posizione di supremazia dell'un contraente nei confronti dell'altro.

Quest'affermazione, tuttavia, richiede ulteriori osservazioni. La clausola generale di buona fede e correttezza, infatti, non risulta idonea a sopperire allo squilibrio che consegue all'essere una delle parti in posizione di supremazia³⁹. Non può negarsi che i contraenti debbano

³⁸ Propende per questa ricostruzione, che intende l'inderogabilità della buona fede nel senso che le parti non possono pattiziamente escludere l'operatività della medesima e non nel senso della sindacabilità delle determinazioni convenzionali reputate ad essa contrarie, A. D'ANGELO, *op. cit.*, 232 s.

³⁹ Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, I, 1467 ss. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 180 l. 22 aprile 1941, n. 633, il quale sembrava attribuire alla Società italiana autori ed editori (SIAE) una posizione di supremazia tale da sfociare in un potere arbitrario nel sistema allora vigente, caratterizzato dalla mancanza di una legislazione antitrust. Il giudice *a quo* aveva invocato gli strumenti civilistici nel quadro dell'autonomia negoziale, ritenendoli idonei ad assicurare una congrua tutela avverso il predetto potere. La Corte cost. si è però mostrata di diverso avviso, affermando che le norme le quali impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle trattative nonché nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3 c.c.) e i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) «non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia».

comportarsi secondo buona fede e correttezza sia nella fase formativa sia in quella esecutiva. Ciò non significa, però, che la buona fede imponga alla regola «liberamente contratta» un contenuto piuttosto che un altro⁴⁰. Per quel che concerne, poi, nello specifico il recesso, il sindacato sulla conformità dell'esercizio del potere rispetto alla buona fede non può avere per effetto la sostituzione della regola negoziale con quella giudiziale – come invece ha fatto il Tribunale con il provvedimento in commento – attenendo tale sindacato non alla validità della clausola, che è data per presupposta, bensì al contegno esecutivo⁴¹.

Nello stesso senso, Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685 ss.. Nel caso di specie, un commerciante aveva stipulato con una banca una convenzione per regolamentare i finanziamenti all'acquisto di beni da parte dei propri clienti, la quale prevedeva che se la documentazione prodotta per ottenere i finanziamenti fosse risultata incompleta, irregolare o falsa, il commerciante ne sarebbe stato responsabile e avrebbe dovuto restituire alla banca, in caso di inadempimento del finanziato, le somme da essa erogate. Un acquirente del commerciante non aveva restituito le somme e la banca aveva scoperto che la documentazione da lui fornita fosse falsa. Valendosi della predetta clausola, l'istituto di credito aveva quindi ottenuto un decreto ingiuntivo contro il rivenditore; il quale aveva spiegato opposizione, lamentando la vessatorietà della clausola in questione. Pur non essendo applicabile l'art. 1469 c.c., ad avviso dell'opponente essa avrebbe dovuto assumere rilievo in quanto contrastante con i «principi di lealtà, correttezza e buona fede, previsti dal combinato disposto degli artt. 1337 e 1358 c.c., essendo abnorme lo squilibrio tra i diritti e doveri delle due parti». L'opposizione era stata rigettata e la statuizione era stata confermata in appello, sicché la controversia era giunta in Cassazione. Il ricorrente lamentava violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1358 e 1375 c.c. e di ogni norma e principio in materia di applicazione dei principi di buona fede e correttezza nel rapporto contrattuale. La Suprema corte ha ritenuto infondato tale profilo di censura sia perché si denunciava la violazione di disposizioni che non avrebbero potuto trovare applicazione al caso di specie sia perché si volevano «collegare alla loro violazione conseguenze non previste dalla legge».

⁴⁰ A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 357, in commento a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, il quale aggiunge che «non c'è articolo delle nostre leggi che dica una cosa simile». Lo stesso a., altrove, puntualizza che la buona fede viene invocata in maniera «non pertinente» per affermare che alla sua stregua il giudice possa sindacare ciò che le parti hanno pattuito (ID., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, III, 329).

⁴¹ Così ha affermato Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. Giur.*, 11, 2000, 1479 ss., all'esito di una controversia relativa al recesso di una banca dal contratto di apertura di credito.

4. *Segue. Il ricorso all'abuso del diritto. Rilievi critici. Individuazione di forme di protezione diverse e ulteriori in favore della parte che subisce il recesso*

Un vaglio alla stregua della clausola generale di buona fede e correttezza, per offrire tutela al soggetto sottoposto al recesso, in verità, non appare di per sé precluso⁴². A tal riguardo, anche l'abuso del diritto assumerebbe un ruolo⁴³, quale categoria che secondo alcune costruzioni mette in discussione, più in generale, la «forza garantistica» riconosciuta a rapporti e «forme» di diritti «allo stato libero» come quelli proprietari e potestativi⁴⁴. Occorre considerare, quindi, in che termini ed entro quali limiti un simile controllo sia consentito nell'ipotesi del recesso *ad nutum* (non solo contrattualmente ma anche legalmente assegnato⁴⁵), per poi tornare al caso deciso dall'ordinanza in commento e verificare se nella specie vi fossero margini per evitare il sindacato sulla stessa previsione attributiva.

⁴² Il termine recesso designa tanto il potere quanto il relativo atto di esercizio: sul punto, S. SANGIORGI, voce «Recesso», in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p.1 s.

⁴³ Esemplificativa è la posizione di G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 767 e 777 s., il quale afferma che «il tema sempre discusso – e perciò sempre attuale – dell'abuso del diritto» viene in rilievo per valutare la possibilità di colpire un «uso» del recesso che, «non essendo conforme a buona fede, produce un danno nella controparte». Ancor prima, P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 244 rilevava che la materia dei diritti potestativi, e dei negozi «astratti» tramite cui essi sono esercitati, ha sollecitato in misura maggiore e «con urgenza», la ricerca di rimedi contro l'abuso. Più avanti, il medesimo a. osservava come la dottrina dell'abuso del diritto avvertisse i legami intercorrenti fra l'abuso e la mancanza di giusta causa, ponendo quest'ultima nonché il motivo legittimo quali termini di paragone o «antidoto» dell'abuso (253).

⁴⁴ A. DIMAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»*, in *Giust. civ.*, 1980, c. 442 s., in nota a Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, *ivi*, 1980, 439 ss., resa all'esito di un giudizio promosso da un lavoratore assunto alle dipendenze di un ente pubblico economico, il quale aveva contestato alcuni provvedimenti in materia disciplinare e di progressione di carriera. Ancorché riguardante l'esercizio di un potere c.d. «imprenditoriale», la sentenza avrebbe sollecitato una riflessione sulla rilevanza ed operatività della correttezza al di fuori dei «rapporti obbligatori in generale» (c. 449).

⁴⁵ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 1, puntualizza che il recesso, considerato come potere, può essere volontario o legale, a seconda che consegua dall'accordo delle parti ovvero dalla legge.

È opportuno rilevare, in proposito, che l'abuso presuppone una valutazione la quale si limita a escludere in date circostanze di fatto la legittimità di talune modalità di esercizio del diritto⁴⁶. Diversi criteri sono stati proposti nel tempo per compiere una siffatta valutazione. L'abuso è stato riferito a un contegno censurabile sulla base di parametri etici; a un comportamento accompagnato dall'*animus nocendi* (sul modello più tradizionale degli atti emulativi); ad una condotta contraria a buona fede; all'esercizio di un diritto difforme rispetto allo scopo per il quale è stato assegnato⁴⁷.

Nella pronuncia del 2009⁴⁸ la Cassazione ha descritto l'abuso del diritto come un «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva»; criterio che non presuppone una «violazione» in senso formale, ma delinea un'alterata utilizzazione dello schema del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore⁴⁹. La sentenza si segnala per aver esplicitato di esso gli elementi costitutivi⁵⁰, ovvero: la titolarità di un diritto soggettivo; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto,

⁴⁶ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, cit., 7.

⁴⁷ Per una disamina dei criteri di valutazione della condotta abusiva e un quadro delle diverse ricostruzioni, G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, G. MANIACI (a cura di), Milano, 2006, 136 ss. Ripercorre il dibattito italiano sull'abuso G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, V. VELLUZZI (a cura di), Pisa, 2012, 51 ss., in part. 56 ss.

⁴⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁴⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁵⁰ La Cassazione non sembra discostarsi in maniera significativa, sul punto, dal contributo di G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 30 ss. Offre una ricostruzione differente A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 311 s., il quale reputa che ai fini dell'abuso debbano ricorrere: un «atto»; la conformità strutturale di esso rispetto a un modello di comportamento permesso; il contrasto funzionale dell'atto con imperativi; «un trattamento giuridico dell'atto connesso alla funzione e non alla struttura, di segno negativo (cioè contrario al significato e ai fini dell'atto): sanzione». A questo può talvolta aggiungersi – ad avviso dell'a. da ultimo citato – un pregiudizio di qualche tipo a terzi.

anche se formalmente rispettoso della «cornice attributiva» di quel diritto, si svolga secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una «sproporzione ingiustificata» tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui la controparte è soggetta.

Rapportando al recesso *ad nutum* la categoria così configurata, può osservarsi che non sempre tale diritto può essere esercitato secondo modalità molteplici e non rigorosamente predeterminate. Una «procedimentalizzazione»⁵¹ sembra in realtà caratterizzare le ipotesi nelle quali sia imposta l'osservanza di un preavviso⁵² la cui estensione sia stata fissata dalla legge, dagli usi o dalle parti. Rappresentative risultano in proposito le ipotesi di recesso legale, revoca e disdetta di cui agli artt. 1569, 1596, 1725 e 1727, 1750, 1771, 1833 c.c., rispettivamente in materia di somministrazione, locazione, affitto, mandato, agenzia, deposito, conto corrente. Sebbene il recesso *ad nutum* si presenti puro e semplice e risulti idoneo a produrre effetti pur in mancanza di una giustificazione⁵³, in tutte le fattispecie richiamate il

⁵¹ Di «procedimentalizzazione» del diritto discorre Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cui si richiama l'ordinanza in commento.

⁵² Il preavviso è stato definito come una clausola negoziale apposta dalla legge ovvero dalla convenzione ed operante nell'ipotesi in cui la parte legittimata faccia dichiarazione di recesso. In questi termini, W. D'AVANZO, *op. cit.*, 1036, a parere del quale, più che elemento del recesso, esso si paleserebbe quale modalità di esercizio del medesimo. Riconosce che la funzione del preavviso sia quella di tutelare l'interesse strumentale a una modalità di cessazione del rapporto che non arrechi pregiudizio a chi la subisce S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 4 e 8. Grazie al distacco tra la comunicazione del recesso e il venir meno del rapporto – rileva l'a. – si profila un periodo preparatorio, diretto a consentire una «preordinata disciplina alla cessazione del vincolo» (4). Intravedono una giustificazione sostanziale del preavviso nella tutela dell'altro contraente G. GABRIELLI E F. PADOVINI, voce «Recesso (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 29.

⁵³ Per tale caratteristica il recesso *ad nutum* presenterebbe affinità con quelli che la dottrina francese definisce diritti «discrezionali, o acausali, o immotivati, o anche assoluti», ossia quei diritti per i quali sia escluso ogni sindacato in ordine a motivi e modalità di esercizio. Una «innegabile coincidenza» tra questi diritti e quelli compresi nella categoria dei diritti potestativi, nota alla nostra tradizione di pensiero, è rilevata da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 243. Un tratto potestativo si riscontrerebbe infatti nel recesso, nella misura in cui compete al titolare del diritto la scelta se esercitare o meno il medesimo. Di diritto potestativo discorre apertamente W. D'AVANZO, voce «Recesso (diritto civile)», in *Novissimo dig.*, XIV, Torino, 1967,

soggetto che esercita il recesso, la disdetta o la revoca è tenuto a dare un preavviso, ovvero sia deve concedere all'altra parte un arco temporale che le consenta di provvedere diversamente agli interessi dedotti in contratto⁵⁴. In questi casi, la modalità di esercizio del recesso è rigidamente predeterminata, sicché non residuano margini per una valutazione di abusività, difettando il requisito sopra detto, il quale richiede ai fini dell'abuso che il diritto possa essere in concreto esercitato secondo una molteplicità di contegni.

La durata del preavviso è talvolta fissata dalla legge o dagli usi: il giudice non può sindacarne, quindi, l'estensione. Altre volte, il compito di definire il preavviso è deferito alle parti, ma un vaglio del giudice non è del pari ammesso in questi casi. E tale assunto sembra trovare conferma nella previsione dell'art. 1569 c.c., là dove si prevede che ciascuno dei contraenti possa recedere dal contratto di somministrazione dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura del contratto. Solo in quest'ultimo caso, ossia in assenza di una definizione del termine di preavviso, residua un margine per un sindacato del giudice circa la congruità del termine stesso.

Tali considerazioni conducono a muovere un ulteriore rilievo avverso la pronuncia del Tribunale di Bergamo. Ivi la clausola del contratto, nell'assegnare il diritto, ne aveva subordinato l'esercizio al rispetto di preavviso di tre mesi puntualmente osservato dall'impresa resistente; ciò nonostante il giudice ha rilevato profili di abusività del contegno consistente in un preavviso di «soli»⁵⁵ tre mesi, giungendo a sindacare, quindi, la congruità del termine stabilito dai contraenti.

L'operazione compiuta dal decidente appare criticabile, in quanto non tiene affatto in considerazione la mancanza del requisito dell'abuso

1027. In giurisprudenza, sembra aver accolto questa tesi Cass., 28 gennaio 1976, in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1976, c. 82. In senso contrario, S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, 167 ss.

⁵⁴ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 130; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *op. cit.*, 31. Rappresentativo, in tal senso, sebbene in tema di rinuncia del mandatario, è l'art. 1727, il quale stabilisce che la rinuncia debba essere fatta, in ogni caso, in modo e in tempi tali che il mandante possa provvedere altrimenti, salvo il caso di impedimento grave da parte del mandatario.

⁵⁵ Così Trib. Bergamo, in commento.

di cui si è sopra detto, esplicitato peraltro dalla stessa pronuncia della Cassazione del 2009 richiamata dall'estensore.

Nel caso di specie, inoltre, sembra difettare un'alterata utilizzazione dello schema del diritto. Il recesso *ad nutum* viene comunemente riconosciuto nei rapporti di durata⁵⁶, nei quali l'esercizio del medesimo risulta strumentale alla fissazione di un termine del contratto⁵⁷, in mancanza di un'apposita previsione legale o convenzionale. L'intento sotteso dal contegno della resistente, nella fattispecie in esame, era quello di incrementare le vendite mediante una riorganizzazione della rete di distribuzione, ed esso non si mostra incompatibile con la *ratio* della previsione attributiva⁵⁸.

⁵⁶ Nel senso di riconoscere una facoltà di recedere liberamente dai contratti di durata, fondata sulla temporaneità dei rapporti obbligatori, si esprime la giurisprudenza. Esemplicative: Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, 196 ss.; Cass., 20 giugno 2001, n. 8429, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 8 ss.; Cass., 1 luglio 1998, n. 6427, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 1998, c. 557 ss.. In dottrina: S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 183; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 741, il quale considera comunque necessario un congruo preavviso, a prescindere da una sua previsione legale o convenzionale. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, artt. 1372-1405, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1993, 62 ss.. L'a. individua un principio di sfavore per i rapporti contrattuali perpetui, vincolanti le parti per l'intera propria esistenza. Pur essendo il contratto un atto di autonomia del singolo, l'accettazione di un simile vincolo comporterebbe una rinuncia alla stessa libertà contrattuale. Oltretutto, vincoli contrattuali perpetui ostacolerebbero un impiego proficuo delle risorse, impedendo il mutamento della loro destinazione. Il recesso, insieme al termine (finale massimo), risulterebbe appunto strumentale alle riferite esigenze. Contratti con durata a tempo indeterminato sarebbero quindi ammessi, ma dovrebbe riconoscersi alle parti in tali casi la facoltà di sciogliere il contratto.

⁵⁷ S. SANGIORGI, *op. ult. cit.*, 19. Discorre a tal proposito di recesso «ordinario» o «determinativo», sulla falsariga della distinzione di origine tedesca tra recesso «ordinario» e «straordinario», G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro – I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, 205 ss.

⁵⁸ Una riflessione che può essere sul punto utilmente richiamata – seppure maturata in tema di abuso di dipendenza economica – è svolta da A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 142 s., la quale considera l'art. 41 Cost. come referente normativo tanto dell'interesse dell'impresa recedente alla cessazione dei rapporti quanto della controparte alla prosecuzione dei medesimi. Ambedue e non solo il secondo si mostrerebbero dunque bisognosi di tutela, e risulterebbero meritevoli di protezione giuridica nel concorso di differenti criteri valutativi.

Può in definitiva osservarsi, nel caso del recesso, una sovrapposizione non infrequente tra il piano dell'esercizio del potere e quello della previsione attributiva, in quanto il primo si realizza proprio mediante un atto i cui elementi sono delineati dalla seconda. Il richiamo alla categoria dell'abuso conduce a porre in discussione le modalità di esercizio del diritto, ma quando tali modalità risultano conformi alla previsione attributiva, l'operazione descritta sfocia in un sindacato della stessa, e un esito siffatto risulta inammissibile, tanto più se si considera che nella sopra richiamata sentenza della Cassazione del 2009 l'abuso figura come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva»⁵⁹.

Nell'ambito del recesso *ad nutum*, dunque, sembra residuare uno spazio invero assai ristretto per la categoria dell'abuso, ma ciò non implica la mancanza di forme di protezione diverse e ulteriori⁶⁰ in favore del soggetto che subisce l'esercizio del diritto. Un rilievo potrebbe essere assunto da comportamenti realizzati dal titolare del diritto nel corso dell'esecuzione del contratto⁶¹. Si può con ciò alludere, per esempio, a quel criterio di coerenza delle condotte compendiate nella formula del divieto di *venire contra factum proprium*⁶². È l'ipotesi

⁵⁹ Peraltro, la medesima – opinabile – sovrapposizione tra l'apprezzamento dell'atto di autonomia privata, «sospeso tra interpretazione e controllo», e quello dell'esercizio del recesso è stata rilevata a proposito della stessa sentenza del 2009 da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 10.

⁶⁰ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 110, il quale riferisce l'assunto tanto alle ipotesi legali di recesso quanto ai diritti di recesso pattiziamente concessi.

⁶¹ *Ibidem*

⁶² Sul tema: F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazione giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, L. GAROFALO (a cura di), Padova, 2006, 77 ss. Propone un ricorso a tale divieto, in commento a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit., A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 361 ss., in particolare 364. In tal caso, l'abuso non concernerebbe il comportamento attuativo della facoltà *ex contractu*, bensì la condotta (contraddittoria) della parte che da un lato con propri atti postuli la prosecuzione del rapporto e dall'altro receda in maniera improvvisa e incoerente. Quindi, riferendosi al caso di specie, l'a. osserva che se il concedente avesse con i propri atti giustificato l'affidamento nella prosecuzione del rapporto, i concessionari avrebbero contestato legittimamente il di lui recesso, in quanto egli «venit contra factum proprium». Tuttavia, M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 95, puntualizza che, nel caso di specie, le parti si trovavano in una situazione non diversa

dell'esercizio di un diritto di opzione o di recesso, della revoca o dello scioglimento per effetto di clausole risolutive espresse, che facciano séguito a comportamenti i quali abbiano suscitato affidamenti circa il loro mancato esercizio⁶³. Tali considerazioni rapportate al caso di specie impongono di verificare se l'impresa recedente avesse tenuto, nel corso dell'esecuzione, contegni idonei a far confidare la controparte nella prosecuzione dei rapporti e quindi nel mancato esercizio del recesso. Emerge dall'ordinanza in commento, per esempio, che si erano svolti tre incontri, durante i quali la casa madre non aveva mai accennato al recesso. Ed allora, pur nel rispetto delle peculiarità che contraddistinguono il giudizio cautelare, un'indagine ulteriore in questa direzione sarebbe stata, probabilmente, proficua.

5. *Segue. Il c.d. abuso di potere contrattuale*

La conclusione del Tribunale non può essere argomentata neppure a partire dal c.d. abuso del potere contrattuale⁶⁴, cui la ricorrente sembra aver accennato con il lamentare l'imposizione di clausole vessatorie. L'estensore dimostra di aver considerato la problematica, ma solo in parte. Il giudice ha dato risalto al contenuto di alcune clausole evidenziate nel ricorso. Ciò ha fatto, tuttavia, solo per affermare la presenza di un partner c.d. forte, in virtù della quale, poi, ha dato rilievo alla condotta della casa madre, a prescindere dall'eventuale carattere vessatorio delle stesse e da un controllo circa il fatto che esse

da quella tipicamente precontrattuale, in quanto gli investimenti delle concessionarie erano stati fatti nel periodo successivo al recesso, durante il tempo concesso a titolo di preavviso. Più che di affidamento sulla continuazione del rapporto, dunque, si sarebbe trattato di un affidamento in ordine a una «nuova» determinazione da parte del produttore. L'a. citata ritiene di conseguenza opportuno il riferimento all'art. 1337 c.c., piuttosto che agli artt. 1366, 1175 o 1375 c.c.

⁶³ A. D'ANGELO, *op. cit.*, 110.

⁶⁴ In argomento, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, cit., 217 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 296 ss.; F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio della libertà contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, XII (suppl.), 8 ss.; F. DI MARZIO, voce «Abuso contrattuale», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2007, 1 ss.; Id., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 27 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.

integrassero o meno delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie.

L'abuso del potere contrattuale non presuppone – a differenza dell'abuso del diritto – una deviazione dell'atto di esercizio dalla situazione sottostante, ma si configura nell'ipotesi in cui si approfitti di una situazione contingente la quale attribuisce a una parte una maggiore forza contrattuale, consentendo ad essa d'imporre condizioni gravose⁶⁵.

Siffatto paradigma accomunerebbe diverse disposizioni⁶⁶. Nelle fattispecie non riconducibili ad alcuna delle riferite previsioni, la condotta del contraente dotato di maggiore forza contrattuale sembra in definitiva risolversi in una condotta contraria alla clausola generale richiamata; di modo che l'abuso di potere contrattuale non pare avere in questi casi autonomia sul piano dell'individuazione di una fattispecie cui ricondurre determinati effetti.

La riscontrata non conformità del contegno rispetto alla clausola generale di buona fede e correttezza non è peraltro sufficiente ad autorizzare un sindacato del giudice in termini di validità⁶⁷; controllo

⁶⁵ Già P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 235 rilevava che l'approffittamento della minore forza negoziale dell'altro contraente non integrasse propriamente un abuso del diritto. Sul punto si è soffermato ulteriormente C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 138 ss., il quale ha efficacemente evidenziato che nelle ipotesi riconducibili allo schema dell'abuso di potere contrattuale il limite alla libertà negoziale del soggetto (diretto a impedire che costui commetta l'abuso) non è posto per assicurare l'aderenza dell'esercizio di tale libertà alla razionalità ad essa sottesa, bensì a tutela dell'altra parte, la cui libertà negoziale risulta minacciata dalle proprie condizioni di debolezza.

⁶⁶ Si allude, in primo luogo, allo stesso art. 9, l. n. 192 del 1998. Rilevano, inoltre: l'art. 3, l. n. 287 del 1990, in materia di abuso di posizione dominante; l'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, riguardante la clausola di dilazione dei termini di pagamento; l'art. 52, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo, relativamente ai contratti stipulati telefonicamente; l'art. 34 del citato codice, in tema di clausole vessatorie.

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Dir. fall.*, 2008, 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Sulla pronuncia, altresì: A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ibidem*, 403 ss. Nell'ordinanza della prima sezione, che ha rimesso la questione alle Sez. un. (Cass., 16 febbraio 2007, n. 3684), la Suprema corte ha riconosciuto che

che possa sfociare, di séguito, in un intervento sulla determinazione convenzionale imposta dal contraente c.d. forte a scapito di quello debole.

Adottando questa prospettiva, in presenza di una disparità «qualificata», tale cioè da integrare una dipendenza economica, l'impresa debole può attivare, in caso di abuso, i rimedi previsti dalla l. n. 192 del 1998, ossia: nullità della clausola, inibitoria, risarcimento del danno. Laddove la disparità di forza non presenti i caratteri della dipendenza economica – ed è questo il caso deciso dall'ordinanza in esame – sembra prospettarsi per la parte «debole», al piú, una tutela risarcitoria⁶⁸, rimanendo invece valida la pattuizione⁶⁹.

il tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio è stato incrinato da molteplici interventi del legislatore: essi assegnerebbero rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto. Le stesse Sez. un. hanno preso atto di questo dato; hanno tuttavia ribadito l'opportunità di mantenere la separazione, reputando la tendenza riscontrata non ancora sufficiente a giustificare una diversa soluzione (Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.). In senso contrario, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 9 ss., il quale ritiene che l'allargamento dell'orizzonte all'integrazione europea abbia eroso in maniera sostanziosa la valenza delle categorie tradizionali, incapaci di adeguarsi, nella loro rigidità, agli interessi di nuova emersione e alla duttilità dello strumentario rimediale dettato dalla legislazione di derivazione comunitaria.

⁶⁸ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Contr. impr.*, 2005, 892 ss., con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, confermata da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725 (e 26724), in *Obbligazioni e contratti*, II, 2008, 104 ss., con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*. La Cassazione ha precisato in quell'occasione che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione dei contegni relativi alla fase formativa, sicché la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido.

⁶⁹ Tale soluzione sembra riferibile pur sempre al tema della giustizia contrattuale, ma si distacca dalla c.d. *substantive justice*, mantenendosi nei limiti di quella *procedural justice* da cui non pare discostarsi A. D'ANGELO, *op. cit.*, 176 ss., cui si rinvia per un approfondimento della cennata distinzione.

6. *Necessità di un cambio di prospettiva. Recesso ad nutum e disciplina codicistica. Ratio delle specifiche previsioni in materia*

Ciò posto, è possibile domandarsi se davvero la soluzione prescelta dall'estensore fosse l'unica via da intraprendere per conseguire il risultato verso cui egli s'indirizzava, ossia dare tutela all'impresa connotata come «debole».

Un'indagine può essere compiuta nell'ambito delle norme relative ai singoli contratti. Con riferimento al recesso nella concessione di vendita, parte della dottrina attribuisce risalto all'art. 1569 c.c.⁷⁰, in materia di somministrazione, il quale consente a ciascuna delle parti di sciogliere il contratto ove la durata di quest'ultimo non risulti stabilita, previo avviso nel termine pattuito ovvero in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.

L'applicazione di tale articolo può rivelarsi, tuttavia, di scarsa incidenza⁷¹, soprattutto nei casi – come quello da cui muove l'ordinanza in commento – in cui un termine di preavviso sia stato stabilito dalle parti⁷². La disposizione non risulta idonea a supportare una valutazione del giudice circa la congruità del termine pattuito: il decidente può compiere un vaglio sulla congruità del termine di preavviso in via residuale ed eventuale, ossia soltanto laddove l'estensione del medesimo non sia stata altrimenti stabilita.

Questo non è però il caso del provvedimento annotato, ove – come si è più volte evidenziato – il termine era stato fissato dalla stessa clausola contrattuale attributiva del recesso.

Una soluzione può essere rintracciata nell'art. 1750 c.c., a patto di reputare applicabili alla concessione di vendita le norme in materia di agenzia⁷³. La disposizione richiamata autorizza il giudice a intervenire

⁷⁰ R. BALDI e A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2008, 125.

⁷¹ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 325.

⁷² In questo senso, M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 93. L'a. reputa difatti condivisibile il ricorso all'art. 1569 c.c. «ovviamente solo se l'ordinamento pattizio non disponga diversamente».

⁷³ Un'affinità tra concessione di vendita e agenzia è intravista da F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 222, il quale ritiene che il contratto di concessione di vendita, basato su un rapporto di scambio, si pone per le sue peculiarità sullo stesso piano dei contratti di agenzia e commissione. Dottrina e giurisprudenza prevalenti rimarcano, però, la differenza tra i contratti in questione, ponendo l'accento in particolare sui connotati

sulla durata del preavviso a prescindere dall'esistenza o meno di una determinazione convenzionale al riguardo. Invocando tale norma, il Tribunale di Bergamo avrebbe potuto reputare non congruo il termine fissato dalle parti e prolungarlo fino a un massimo di sei mesi.

Piú delicata è la questione concernente l'applicabilità dell'art. 1751 c.c., in tema di indennità in caso di cessazione del rapporto. Le maggiori riserve che la dottrina ha manifestato circa la possibilità di estendere alla concessione di vendita le norme in materia di agenzia si concentrano proprio su questo profilo, in quanto nella concessione di vendita difetterebbero i connotati previdenziali che caratterizzerebbero invece il contratto di agenzia e giustificerebbero la previsione dell'indennità⁷⁴.

La tesi riferita si basa sul dato letterale risultante dalla formulazione originaria della disposizione richiamata⁷⁵. Occorre tuttavia considerare che l'art. 1751 c.c. ha subito importanti modifiche⁷⁶. In sèguito alla

previdenziali caratterizzanti all'origine la disciplina dell'agenzia per escludere che l'art. 1751 c.c., in tema di indennità per la cessazione del rapporto, possa essere applicato alla concessione di vendita. Un'adesione a tale tesi si riscontra in O. CAGNASSO, *op. cit.*, 226 s. Evidenzia una incompatibilità tra i due contratti anche Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *cit.*, ove i concessionari avevano sostenuto il proprio diritto a percepire una somma a titolo di indennità, invocando l'applicazione analogica del citato art. 1751 c.c. Ad avviso della Corte, il contratto di concessione di vendita si caratterizzerebbe per una complessa funzione di scambio e di collaborazione. Esso si porrebbe, però, «al di fuori dell'area di affinità con il contratto di agenzia», in quanto i profili di collaborazione sarebbero irrilevanti. In questo senso, già Cass. 21 luglio 1994, n. 6819, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 381 ss., secondo cui la concessione di vendita si collocherebbe in un'area di affinità con i contratti di somministrazione o di commissione, ma non con quello di agenzia.

⁷⁴ O. CAGNASSO, *op. loc. cit.*

⁷⁵ L'art. 1751 c.c. disponeva testualmente: «All'atto dello scioglimento del contratto a tempo indeterminato, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità proporzionale all'ammontare delle provvigioni liquidategli nel corso del contratto e nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi, dai contratti collettivi, dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

Da tale indennità deve detrarsi quanto l'agente ha diritto di ottenere per effetto di atti di previdenza volontariamente compiuti dal preponente.

L'indennità è dovuta anche se il rapporto di agenzia è sciolto per invalidità permanente e totale dell'agente.

Nel caso di morte dell'agente l'indennità spetta agli eredi».

⁷⁶ Modifiche sono state apportate alla disciplina di cui all'art. 1751 c.c. mediante il d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, attuativo della direttiva n. 86/653/CEE del

novella, la funzione dell'indennità risulta essere ora quella di compensare l'agente «per l'apporto dato alla clientela del preponente»⁷⁷. Nel testo attualmente vigente la disposizione citata prevede infatti che l'indennità sia da quest'ultimo dovuta all'agente se questi gli abbia procurato nuovi clienti oppure abbia sensibilmente sviluppato affari con quelli esistenti, potendosi ancora ricavare vantaggi da essi.

Sulla scorta di queste osservazioni può concludersi che, se da un contratto di concessione di vendita risultano obblighi di collaborazione idonei a determinare un trasferimento di clientela, non appare opportuno negare al concessionario l'indennità⁷⁸, sempre che nel caso di specie ricorrano le condizioni esplicitate dalla disposizione richiamata.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione, è molto probabile che un'influenza nel senso di orientare il decidente all'opinabile soluzione sia stata esercitata proprio dalla riscontrata posizione di forza o di supremazia dell'una impresa nei riguardi dell'altra. Tale dato rappresenta la chiave di volta dell'intera argomentazione del Tribunale; ad avviso del quale, «in presenza di un partner forte», se non in virtù dell'art. 9, l. subfornitura, il contegno consistente nel recesso sarebbe «rilevante alla luce della teorica della buona fede e dell'abuso del diritto in generale». Dopo aver constatato l'impossibilità di offrire tutela all'impresa debole mediante l'applicazione della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, il giudice ha fatto riferimento alla buona fede e all'abuso del diritto. Non potendo tale argomentazione consentire, del pari, una soluzione favorevole alla concessionaria, l'estensore si è spinto oltre, ammettendo un sindacato sull'atto di autonomia privata, passando dal

Consiglio del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, a norma dell'art. 15 della l. 29 dicembre 1990, n. 428 (L. comunitaria 1990), in G.U. del 20 settembre 1991 n. 221; nonché per mezzo del d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, adeguamento della disciplina relativa agli agenti commerciali indipendenti, in ulteriore attuazione della direttiva 86/653/CEE.

⁷⁷ M.R. MAUGERI, *op. cit.*, 94.

⁷⁸ *Ibidem.*

piano dei comportamenti a quello concernente la valutazione delle determinazioni convenzionali e intervenendo sulle medesime, modificando l'estensione del termine di preavviso.

Un'argomentazione differente era possibile. Volendo cercare una soluzione nella clausola generale di buona fede e correttezza, il giudice avrebbe potuto ritenere contraria ad essa non la previsione attributiva del diritto bensì la condotta dell'impresa, ponendo eventualmente l'accento sul contegno tenuto dalla recedente negli incontri precedenti, richiamandosi al divieto di *venire contra factum proprium* e verificando se tale comportamento fosse idoneo a far sorgere un affidamento circa il mancato o comunque non imminente esercizio del recesso. In alternativa, spostandosi su un piano diverso, il Tribunale avrebbe potuto rilevare una condotta contraria a buona fede nella fase della conclusione del contratto, consistente nell'imposizione di condizioni gravose. Ad ogni modo, ciò non avrebbe autorizzato il giudice a modificare – come invece ha fatto – il termine contemplato nella previsione attributiva del recesso, perché ritenuto non «equo e pertinente».

Una soluzione avrebbe potuto essere rintracciata, ancora, scegliendo una diversa opzione, ossia considerando le norme in materia di recesso nell'ambito del contratto di agenzia.

La pronuncia in commento reca allora con sé un equivoco di fondo: il contemperamento tra gli interessi delle parti, pur riferibile alla clausola di buona fede e correttezza, non consente al giudice di intervenire in senso contrario alle determinazioni convenzionali. Il decidente si è servito – in maniera discutibile – della categoria dell'abuso del diritto. Quest'ultimo presuppone una possibilità di scelta tra diverse modalità di esercizio, ma proprio per tale ragione esso, così configurato, non risulta pertinente al caso in esame, in cui questa possibilità non è data. Una volta rilevato l'equivoco, sembra opportuno ammonire da un ricorso indiscriminato alla c.d. «teorica della buona fede e dell'abuso del diritto», onde i predetti termini sono accostati fino a formare una sorta di endiadi «totipotente», capace di giustificare decisioni come quella in commento.