

IL “PASTICCIO” DELL’ART. 62 L. 221/2012: INTEGRAZIONE EQUITATIVA DI UN CONTRATTO PARZIALMENTE NULLO OVVERO RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DA CONTRATTO SCONVENIENTE?

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari: la vaghezza lessicale dell’art. 62 cc. 1 e 2.* – 2. – *Il (confuso) ambito applicativo del secondo comma: una dipendenza economica presunta?* – 3. *Obblighi di comportamento, condotta scorretta e prezzo iniquo: una mappatura dei possibili rimedi ad un problema di hold-up. Spunti da Cass. 21255/2013?* – 4. *Segue: le aporie della nullità di protezione e la parzialità dell’effetto ablativo.* - 5. *Art. 62, c. 2, pratiche commerciali scorrette e lesione della buona fede in contrahendo ? Luci ed ombre di una norma ambigua.* – 6. *Epilogo (con un interrogativo).*

1. Considerazioni preliminari: la vaghezza dell’art. 62 cc 1 e 2.

Da poco la galleria dei casi di lotta all’abuso della libertà contrattuale si è arricchita di una nuova fattispecie: l’art. 62 della l. 221/2012, *transtipicamente* disciplinante le relazioni commerciali tra i soggetti della filiera agroalimentare, prescrive infatti –comma 1- che i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari, eccetto quelli conclusi con il consumatore finale ovvero tra imprenditori agricoli¹, vanno redatti per iscritto e devono informarsi a principi di «trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsabilità delle prestazioni». Segue poi, al secondo comma, un catalogo di condotte vietate, dall’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (ll.

a e b) al pretendere «indebite prestazioni unilaterali» (l. d), passando per tutta una serie di casi integranti forme di estorsione pre o post contrattuale (l. c), fino all’indeterminata formula di chiusura, *ergo* trattasi di una tipizzazione normativa avente carattere puramente esemplificativo, ove il divieto involge «ogni ulteriore condotta commerciale sleale» (l. e).

Si tratta della consueta norma a struttura elastica, carente di una puntuale configurazione della fattispecie o di un tipo contrattuale di riferimento, foggiate secondo una tecnica che vede l’alternarsi di esemplificazioni (le forme, ad ampio spettro, di abuso contenute nelle ll. a-d), clausole generali (il tritico trasparenza, correttezza e proporzionalità del primo comma), e concetti indeterminati (v. lo pseudo abbozzo definitorio di condotta commerciale sleale di cui alla l. e), con un amplissimo spazio valutativo rimesso per conseguenza al giudice. Neanche la *ratio*, nel contempo, è nuova: l’art. 62 non è infatti una disposizione dirigistica che at-

¹ Quest’ultimo caso è stato introdotto dall’art. 36, c. 6-bis del d.l. 179/2012.



tenti alla libertà di determinare il contenuto del contratto, epperò neppure la si può catalogare tra le previsioni vocate a realizzare una giustizia contrattuale ovvero un'equità dello scambio nei rapporti d'impresa². Più semplicemente, la filiera agroalimentare è dominata da una strutturale asimmetria di potere contrattuale tra chi produce e chi commercializza: di conseguenza, onde evitare che abusando del proprio potere l'impresa di intermediazione commerciale si appropri di una quota parte dei profitti spettanti ai produttori, si vietano quelle condotte opportunistiche causa, per riverbero, di effetti negativi sul mercato³. Quindi, lungi dal voler innalzare il tasso di socialità del diritto contrattuale, si tratta di una normativa che, in seno ad un mercato concorrenziale, mira a rimuovere il prodursi di «condizioni concretamente non concorrenziali del singolo scambio»⁴. Nulla di più e, soprattutto, niente che addirittura scardini la cornice globale dei rapporti commerciali del settore agricolo⁵. Anche l'elencazione degli elementi che qualsiasi contratto di cessione onerosa deve riportare, durata – prezzo – quantità e caratteristiche del prodotto venduto⁶ – modalità

di consegna e di pagamento, è partecipe di questa logica: il neoformalismo che, in un'ottica di trasparenza affidante circa la convenienza economica dell'affare, impronta l'operazione non sminuisce infatti la circostanza che la determinazione del contenuto contrattuale risulta pur sempre rimessa all'autonomia delle parti. Un'autonomia legittimata, questo sì, a muoversi entro il perimetro di una *minima tipizzazione* dello scambio formalizzato *ex iure*⁷. Altro è poi dire che, quando così non sia a cagione del prodursi di un abuso del potere di mercato, l'apparato rimediale predisposto, complice l'accavallarsi di modifiche al testo di legge condotte in maniera ondivaga, risulti carente e, per certi versi, inadeguato⁸.

2. Il (confuso) ambito applicativo del secondo comma: una dipendenza economica presunta?

Per altro, se si volesse stare al tenore letterale del secondo comma, l'art. 62 sarebbe tutto fuorché una norma settoriale, l'elenco delle condotte abusive vietate involgendo, in realtà, *tutte* le relazioni commerciali tra operatori economici, «*ivi compresi* i contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari»: anche se, *melius re perpensa*, parrebbe senz'altro da preferirsi l'idea di una disposizione che travalica sì il segmento dei contratti di fornitura dei prodotti

² Come, per più di un verso parrebbero credere che sia, A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 441 ss. ed A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012, p. 4 s. Per una più meditata riflessione v. F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.

³ Nella convinzione, sottesa alla quale si intravede una precisa opzione ideologica, di un benessere collettivo che il «mercato concorrenziale deve o dovrebbe garantire»: così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012, p. 5. Echi di questo dibattito, insieme a molti altri spunti preziosi per la disamina dell'argomento, già si incontrano, per altro, nello scritto di G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di Vettori, Padova, 2005, p. 2 ss.

⁴ Così M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 41.

⁵ È questa, viceversa, l'opinione di R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti – Maugeri – Notari, Bologna, 2012, I, p. 120, secondo il quale l'art. 62 fisserebbe «principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata».

⁶ Giova per altro evidenziare che l'abbinamento, all'apparenza curioso, tra *vendita e durata*, sta invece a testimoniare che oggetto dell'art. 62 sono essenzialmente i contratti di alienazione a consegne periodiche e quelli di somministrazione: quindi cessioni di «produzioni future od *in itinere* ... [iscritte nell'area] dell'agricoltura sotto contratto ovvero del *conventional far-*

ming»: così, con la consueta chiarezza, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2013, p. 59. Non è un caso se dall'ambito di operatività del primo comma sono esclusi i contratti a esecuzione istantanea (art. 1, c. 4, del d. m. 199/2012): una fattispecie, per inciso, nella quale neanche è da supporre residui il problema, vista «l'immediatezza dell'esecuzione dello scambio tra il prodotto e il corrispettivo» (così F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 645), di una tutela della parte più debole.

⁷ Di un «minimo di omogeneità, sia pure sul piano formale, del modello negoziale» discorre A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 61. E in questo senso viene facile notare che l'art. 62 c. 1 ha in realtà una doppia anima: un modello negoziale tipizzato, seppur in senso debole, riguarda invero tutte le imprese del settore, anche quelle che non sono reciprocamente «né deboli né forti, bensì neutr[e] rispetto a tali qualifiche»: v. V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 168.

⁸ Un'inadeguatezza che forse, più in generale, è da imputare ad una «carente metabolizzazione del corretto significato giuridico del “mercato”»: così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 57.



agricoli epperò sempre rinserrata è nell'area dei rapporti tra operatori che agiscono all'interno delle filiere agroalimentari. Dopo di che potrà evidentemente trattarsi di slealtà aventi una forma contrattuale oppure materialmente destinate a manifestarsi sia *prima* che *al di fuori* di un contratto. Ma, pure a voler sorvolare sul modo in cui l'articolo è stato rubricato⁹, non parrebbe che il dato normativo avalli una generalizzazione *extra ordinem*, cioè estesa a ricomprendere qualsiasi rapporto commerciale *purché sia di filiera*¹⁰. Già, come si è fatto puntualmente notare, stona che sia stato previsto un identico trattamento normativo per contratti di scambio che si perfezionano in ambiti diversi della filiera. L'alterità dei soggetti, perché i «protagonisti delle cessioni dei prodotti agricoli non corrispondono a quelli delle altre cessioni che lungo la filiera si riferiscono ai prodotti alimentari»¹¹, andava preservata: *ergo* estendere la norma a segmenti di mercati diversi da quelli agroalimentari, facendo del 62 una *disposizione quadro* che taglia trasversalmente le relazioni *B2b*, avrebbe il significato di moltiplicare il numero delle contraddizioni e delle incoerenze

di trattamento. Insomma, può anche sostenersi che l'art. 62 costituisce un'epifania della teorica sulla contrattazione d'impresa asimmetrica¹², secondo una logica che vede i rapporti tra professionisti soggetti a regolazione protettiva *se e nella misura in cui* sono causa di un fallimento del mercato, ma col sottinteso stringente che trattasi di una rappresentazione del c.d. terzo contratto circoscritta ad un settore merceologico ben definito¹³.

Per inciso una siffatta lettura avrebbe anche l'aggio di rendere meno vischiosa un'*actio finium regundorum* col disposto di quell'art. 9 della l. 192/1998, in tema di abuso di dipendenza economica, che l'art. 62 scopertamente arieggia in più luoghi. Recentemente, per quanto lo abbiano statuito in un *obiter*, le Sezioni Unite hanno invero riconosciuto la generalità di questa norma nei rapporti tra imprese¹⁴, escludendo così che la stessa trovi applicazione nel solo comparto della subfornitura industriale. In ogni caso, fermo restando il dubbio sul rilevare dell'art. 9 quale specificazione di un principio implicito nel sistema, rimane incontrovertito che l'impresa vessata può domandarne l'applicazione soltanto se riesce a dare la (non

⁹Pur sempre infatti si fa questione di *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*. L'argomento, insieme ad altre considerazioni, torna in F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p.

¹⁰Precisazione, di qui l'enfasi del corsivo, non inutile in quanto non è mancato, in dottrina (v., per tutta una serie di indicazioni, G. SEPE, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare: profili concorrenziali e ruolo dell'AGCM*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2013, p. 35 ss. ed attentamente M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.), chi ha voluto suggerire un'interpretazione estensiva dell'art. 62, c. 2 facendone una *clausola generale* nei rapporti tra professionisti: quand'è di tutta evidenza che, pure a voler forzare un dato normativo apertamente a favore di una lettura minimalista, non si hanno i presupposti minimi per sostenere che la disposizione in oggetto abbia un perimetro applicativo trascendente i rapporti di integrale verticale. Comunque, a dirimere finalmente la questione si spera che abbia provveduto il *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari* varato dall'AGCM, sul quale *infra*, § 4, testo e note: un regolamento totalmente intessuto in una visione rigorosamente parcellizzata della novella legislativa. Dopo di che, implicherebbe tutto un altro tipo di discorso, ed infatti è questione che esula dalla stretta economia di questo scritto, interrogarsi sulla razionalità –e forse prima ancora sulla legittimità– di un intervento normativo limitante la lotta all'abuso ad un (seppur ampio) settore, quasi che delle forti asimmetrie di potere non esistessero in altri filiere.

¹¹Così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 57.

¹²V., per tutti i riferimenti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011², p. 65 ss. ed il volume collettaneo, a cura di G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Una recente messa a punto del tema è in A. M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano, 2011, 370 ss.

¹³È di tutt'altro avviso C. RABITTI BEDOGNI, *Il controllo del potere di mercato nella filiera di consumo*, in *www.agcm.it*: ma, come si diceva, non sembra che l'argomento letterale di un divieto sprovvisto di qualificativi che ne circoscrivano l'ambito applicativo possa supportare l'idea di un'estensione della norma a «tutte le ipotesi in cui ... un soggetto tenti di far leva abusivamente sul proprio superiore potere di mercato imponendo un sacrificio indebito alla propria controparte contrattuale». L'ammonimento a procedere ad una «ricostruzione tipologica delle situazioni di asimmetria di potere contrattuale fra imprenditori» si incontra, da ultimo, nella pagina di M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. I, p. 59.

¹⁴V. Cass. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, c. 805 ss. ed anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 298. Come si sa una cospicua parte della giurisprudenza di merito, nonostante l'art. 9 faccia riferimento alla vendita in luogo del richiamo alla sola subfornitura, era diversamente orientata. V., inizialmente, Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, I, p. 65 e, tra le più recenti, Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 1, c. 255 e Trib. Roma, 19 febbraio 2010, *ibid.*, c. 256, ambedue propense a trascurare (discutibilmente) la circostanza che l'art. 9, lungi dall'essere circoscritto alla dipendenza in danno del subfornitore, involge anche la c. d. dipendenza da assortimento. Per una rilevanza dell'art. 9 quale norma a valenza generale v. Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1471 ss. In dottrina, per una messa a punto del problema, v. M. MAUGERI, *La subfornitura*, in *I contratti per l'impresa*, cit., I, pp. 225 – 228.



semplice) prova di non essere riuscita a reperire sul mercato alternative soddisfacenti. E qui probabilmente, l'insidia che si tratti di un'aggiunta superflua è senz'altro pericolosamente in agguato¹⁵, si radica il tratto di *differentia* specifica.

Prima facie, infatti, l'art. 62 sanziona l'abuso senza contemplare, come co-elemento di applicabilità, la dipendenza economica dell'impresa prevaricata: quindi la rilevanza del *puro abuso*, sempre che si sostanzi in un *significativo squilibrio* eletto questo sì ad indiscusso pre-requisito tipologico di azionabilità (v. art. 1, c. 1 d. m. 199/2012 ed art. 4 Regolamento istruttorio AGCM), si mostra provvista di un perimetro più allargato. Non meno plausibilmente si potrebbe però – è vero- replicare che la dipendenza economica è da supporre, in realtà, come uno stato implicito per l'impresa agricola o agroalimentare inserita in un rapporto di filiera: già c'è, d'altra parte, il testo recentemente novellato dell'art. 9 che, per l'ipotesi di una violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi di pagamento, ipotizza un abuso, in danno delle imprese piccole e medie, «a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica»¹⁶. Ma se anche così fosse un distinguo continuerebbe a correre nitidamente tra le due disposizioni in quanto, ove un coltivatore diretto o un'impresa agroalimentare volessero eccepire un *abuso* causa, oltre che di danni, di una *nullità* (parziale) del contratto¹⁷, dovrebbe allora immaginarsi un'applicazione concorrente dell'art. 9: il quale, fuori per l'appunto dell'ipotesi che non a caso si è dovuto *testualmente* affidare all'ultimo periodo del comma 3-*bis*¹⁸, non sembra conoscere od ammettere una

dipendenza *in re ipsa*. Che l'art. 62 voglia allora restituire l'immagine di una tutela dell'impresa agricola come *professionista debole*, nell'ottica di una minorità *seu* di un'asimmetria protetta a prescindere dalla verifica dell'impatto complessivo che gli illeciti avvenuti possano poi produrre sul mercato? Se così fosse, il parallelismo col consumatore, nel senso di garantire un soggetto sì professionista ma la cui subalternità è presunta *ex iure*, non sarebbe per nulla bizzarro o fuorviante. Con una precisazione però: l'art. 62, come si è cercato di evidenziare, si applica a *tutti* i rapporti di filiera nei quali si abbia la cessione di prodotti agricoli ed alimentari. Di conseguenza, la rappresentazione nello specifico del contraente protetto *muta* in ragione del contesto di filiera coinvolto. Se, in prima battuta, il contraente debole sarà il *produttore*, successivamente non è affatto escluso che un analogo appellativo competa al *cessionario*, per es. il distributore rispetto alla grande impresa agro-alimentare o agro-industriale. Si pensi, ma gli esempi potrebbero essere più d'uno, alle clausole che imputino al fornitore tutti i costi di distribuzione dei prodotti ceduti dall'azienda produttrice ovvero alle pattuizioni che subordinino la fornitura all'inclusione, nel listino di vendita, di tutta una certa gamma o linea di prodotti.

Si materializza così quella che davvero dovrebbe poi costituire la *vexata quaestio*: di là da quelli che possano essere gli elementi identificativi della fattispecie, il problema invero è capire se la differenza tra le due previsioni sia tale da involgere le stesse tecniche di tutela, come adombrato da chi¹⁹, per la verità in una maniera non sempre lineare, ha prospettato un ricorso all'art. 9 allorché il produttore agricolo vessato intenda domandare, accanto o in luogo del risarcimento dei danni, la declaratoria di nullità della clausola abusiva. Il che, come si anticipava, lascerebbe intendere un caratterizzarsi dell'art. 62 a guisa di una disposizione *complementare*, il qualificativo stando ad indicare

¹⁵ Di un art. 62 che corre il rischio di essere o di presentarsi come «un'inutile superfetazione» discorre R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1165 ss.

¹⁶ V. art. 10, c. 2, l. 180/2011. Chi ragiona di tutela per l'impresa vessata o prigioniera del proprio contratto si iscrive in questo ordine di idee.

¹⁷ Sulla premessa, naturalmente, che una nullità non sia già prospettabile ai sensi dell'art. 62. V. *infra* nei §§ che seguono. Pare difficile, come viceversa si è pure prospettato, che l'art. 9 possa invece venire invocato per denunciare un abuso *atipico*, nel senso di non ricompreso nelle fattispecie tipizzate di cui al secondo comma dell'art. 62. La formula finale, sul divieto di «ogni ulteriore condotta commerciale sleale», non sembra infatti lasciare spazio ad interpretazioni diverse.

¹⁸ Il rilevare *legislativamente* funge così da indice qualificato di eccezionalità della previsione. *Ergo* nessuna tutela in difetto di prova della dipendenza. In dottrina si fa notare, seppur critica-

mente, che l'art. 3-*bis* potrebbe sempre leggersi nel senso che «nei rapporti intersoggettivi sarebbe comunque necessario provare la dipendenza economica» (così M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p.).

¹⁹ Il riferimento è a L. RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quelli di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 226.





che il suo spazio di operatività si ritaglia tra i due estremi della disciplina in materia di subfornitura e di quella codicistica.

3. Obblighi di comportamento, condotta scorretta e prezzo iniquo: una mappatura dei possibili rimedi ad un problema di *hold-up*. Spunti da Cass. 21255/2013?

Ai sensi dei commi 5, 6 e 7, la violazione dei divieti di abuso determina l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie disposte dall'AGCM²⁰, con un comma 10 prima parte preposto poi a garantire il diritto del contraente vessato a domandare il risarcimento dei danni²¹. Una procedura di inibitoria della pratica commerciale sleale, a parziale imitazione di quanto si legge nell'art. 37 c. cons²², è attivabile anche dalle associazioni di categoria, sempre ai sensi dell'art. 62, c. 10, seconda parte. Quindi, *prima facie*, nessuna tutela invalidante o di caducazione del contratto²³.

Difficilmente potrà però sfuggire la notazione che il disposto *de quo* ha natura di norma imperativa. Di qui l'interrogativo più stringente ed in pari tempo più intrigante: *quid iuris* quando l'effetto dell'abuso si sostanzia nella pratica

di un prezzo squilibrato ovvero, volendo riprendere la formula che si legge nell'art. 4, c. 2 del d. m. 199/2012, in prezzi «palesamente *al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli*»?

La norma si presta, per la verità, ad almeno tre interpretazioni: e molto, se non tutto, dipende in realtà da quale *vestmentum* si vuol riservare, in un rapporto obbligatorio di durata ove le parti hanno solitamente predeterminato la quantità delle rispettive prestazioni²⁴, al potere rideterminativo del giudice.

Nel dettaglio, quando si fa questione di un abuso da sfruttamento allo scopo di ricavarne un sovraprofitto²⁵, la prima ricostruzione si dovrebbe così sintetizzare.

La nullità, è vero, non è testualmente comminata: ma l'art. 62, c. 2 è quasi un calco dell'art. 102 TFUE, il quale a sua volta è riprodotto quasi alla lettera dall'art. 3 della legge *antitrust*²⁶. L'unico distinguo, certo non marginale, risiede nel fatto che l'abuso, nell'ordito dell'art. 62, rileva *ex se* senza che debba sussistere una posizione di dominanza sul mercato. Orbene, la giurisprudenza è stabile nel riconoscere che la violazione dell'art. 3 l. 287/1990, in quanto trattasi di una norma cogente, genera nullità²⁷: ai sensi perciò dell'art. 1418, c. 1, ve-

²⁰ Il loro importo –una somma compresa fra 516,00 e 3.000,00 Euro- è inferiore a quello comminato per la violazione degli obblighi formali di cui al comma 1. Il che non può non fare dubitare, se manca un ragguaglio tra misura della sanzione e l'utilità tratta dall'infrazione difetta evidentemente un'autentica carica dissuasiva, dell'effettività dell'apparato punitivo predisposto. Convince poco, perciò, il rilievo di M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, cit. p. 98 che dalla previsione di una sanzione amministrativa deduce un vantaggio per chi abusa e correlativamente un'esclusione della nullità perché, in caso contrario, «nessun beneficio l'operatore potrebbe aver tratto». Delle utilità infatti potrebbero ben esservi giacché, per quanto nulla, la clausola abusiva *in fatto* consolida degli effetti.

²¹ La tutela risarcitoria può venire domandata anche dalle associazioni dei consumatori e dalle categorie imprenditoriali.

²² Parziale perché l'art. 37 ha per oggetto l'utilizzo di c.g.c. delle quali sia accertata la vessatorietà, laddove l'inibitoria dell'art. 62 concerne tutti «i comportamenti in violazione» dei commi uno e due della disposizione in oggetto. Quindi il suo perimetro di azione è estremamente più ampio.

²³ Nell'art. 6 c. 2 del d.m. 199/2012, contenente il regolamento attuativo dell'art. 62, si legge infatti che può configurare una condotta sleale il rifiutare «il pagamento dell'intero importo pattuito per la fornitura a fronte di contestazioni solo parziali relative all'adempimento della medesima». Ma si tratta, com'è di tutta evidenza, di un'applicazione del principio contenuto nell'art. 1460, c. 2, c.c.

²⁴ La predeterminazione, lo dice bene A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 59, ha per l'acquirente il vantaggio di sapere *quanto* e *che cosa* potrà commercializzare, programmando così anticipatamente la propria attività strategica di mercato. Il produttore, a sua volta, se da un lato sa dove allocare un prodotto –facilmente deperibile- per quantità definite *ex ante*, dall'altro si cautele, visto che il corrispettivo è già stato convenuto, dalle successive oscillazioni del prezzo nelle diverse piazze di mercato. Ecco perché si parla, nella logica di un mercato globalizzato, di una «contrattazione preventiva dei prodotti agricoli [avente] due facce».

²⁵ Per questa formula, che differenzia la suddetta figura da quella contigua di un abuso di impedimento, v., in luogo di tanti, M. MAUGERI, *Invaldità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri – A. Zoppini, Bari, 2008, p. 185 ss.

²⁶ Lo fa notare R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 24.

²⁷ V. App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362; App. Milano, 19 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, c. 2155 ss. e Trib. Salerno, 29 giugno 2009, inedita. Con riguardo poi al disposto dell'art. 33, c. 2 legge *antitrust*, v. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2777, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2764. Di un art. 62 come «tipizzazione normativa dei principi guida delle relazioni negoziali, introducendo[si] norme imperative non derogabili dalle parti» discorre A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, cit. p. 446.

nendo qui in gioco una disposizione imperativa imperfetta. Ma *nullità assoluta*, in via immediata si vuole infatti tutelare la migliore funzionalità possibile del mercato agroalimentare, *rilevabile* per ciò stesso *officiosamente*, col solo tratto peculiare di essere unilateralmente direzionata in quanto, se l'espunzione della clausola si tralasse all'intero contratto, verrebbe vanificato il fine protettivo mediato: qui quell'interesse singolare dell'impresa prevaricata che, almeno di norma, è da sopporre sarà *al* contratto.

Quindi, volendo ricapitolare, una nullità che non decampa dalla disciplina di diritto comune, se non per l'eccezione incistata nel disposto dell'art. 1419, c. 1, col risultato che, caduta la clausola sul prezzo anticoncorrenziale e ridotto-teleologicamente l'effetto ablativo²⁸, si vedrà un giudice «sostituire il prezzo abusivo interrogando il mercato o simulandone il funzionamento»²⁹. Per es., in un contratto di somministrazione o di fornitura per *x* annate agrarie ove si lamenti la nullità della clausola sul prezzo, una rideterminazione condotta tramite il combinato disposto degli artt. 1474 e 1561 c.c.³⁰.

Qui –è vero- le opinioni potranno –lo sono state da subito già a margine dell'art. 9- mostrarsi divergenti: è ipotizzabile, previa una riduzione teleologica della regola di cui all'art. 1419, c. 1, una nullità correttiva che fa da sponda ad una equità integrativa secondo le

²⁸ V., *sub* art. 9 l. 192/1998, ANT. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1183 ss.

²⁹ Così M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit. p. 54. Ad una nullità correttiva, ma che non sostituisce, pensa C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.* 2004, p. 473 s., con una formula che ben si presta ad agglutinare i casi nei quali si abbia un prezzo iniquo per eccesso, perché allora sorgerà contestualmente un diritto a ripetere ex art. 2033 quanto in più è stato indebitamente pagato, ma non le ipotesi di prezzo abusivo per difetto. In quest'ultimo caso, se non si ritiene che la legislazione sull'abuso sia andata ad impattare sul disposto dell'art. 1374, si dovrebbe avere, con tutta probabilità, una nullità dell'intero contratto. Trattandosi di un *essentiale negotii*, il prezzo chiama infatti in causa l'art. 1419, c. 1 c.c., nell'ottica perciò di un'inseparabilità della clausola. V., comunque, *infra* nel testo.

³⁰ Salvo ritenere che, a cagione dell'essenzialità della clausola, si abbia una nullità dell'intero contratto accompagnata da una tutela dell'impresa vessata a titolo di ingiustificato arricchimento. Prospetta l'alternativa, senza pronunziarsi nel merito circa l'operatività dell'art. 1657 c.c. perché doveva statuire limitamento ad una questione di competenza della Corte d'appello ex art. 33 l. *antitrust*, Cass. 21 dicembre 2010, n. 25880 (est. Rordorf), in *Riv. dir. ind.*, 2011, II, p. 220, in un caso relativo ad un contratto di appalto.

modalità di cui all'art. 1374 c.c.; in alternativa si può pensare, ma con qualche perplessità in più³¹, ad un art. 62 annoverabile, per il medio di un art. 1339 chiamato in causa dall'art. 1419, c. 2, tra le disposizioni provviste di una *vis* sostitutiva, quale norma cioè che conforma il rapporto secondo una certa misura. E la misura di prezzo –almeno tendenzialmente³²- sarà pari a quella praticata in filiere, territorialmente diverse, ma concorrenziali ovvero a dei produttori non in uno stato di monocommittenza. Quindi una misura di controvalore espressa *per relationem*.

Trattasi di due congegni dogmatici senza dubbio diversi, ma non lo è troppo di più la cifra del ragionamento: una nullità che cassa ed integra, vuoi per il tramite dell'art. 1374 o dell'art. 1339, attiva infatti un'eterointegrazione che avrà come fine di ricondurre ad uno scambio *mercantilmente giustificato* ciò che l'abuso ha reso *ingiustificato*³³. L'art. 62, in ambedue le versioni, è come se recitasse nel senso che è fatto divieto, in caso di cessione di prodotti agricoli od agroalimentari, di fornire merci ad un prezzo inferiore a quello di mercato.

Per inciso, e con una maggiore linearità se trattasi di una nullità che chiama in causa l'art. 1374, nel caso l'abuso si dovesse invece sostanziare in uno squilibrio di *tipo normativo*, va da sé che dovrebbe trovare applicazione la disciplina generale o quella del tipo contrattuale

³¹ Ha ragione la dottrina –v., al termine di una diffusa analisi anche storica (pp. 113 – 128), M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 194 quando dice che il giudice può avere «certi poteri». E di nuovo questa dottrina sembra cogliere nel segno quando fa notare che la giurisprudenza coeva alla promulgazione del nuovo codice era orientata nel segno di riconoscere al giudice un potere, ai sensi dell'art. 1339, quanto alla «determinazione dei parametri di mercato». Solo che questa sensibilità, tanto nelle applicazioni giurisprudenziali successive quanto nel linguaggio della dottrina, è andata persa. *Ergo*, se si vuol ragionare in termini di nullità parziale, parrebbe più appropriato pensare che questo potere il giudice lo abbia giusta il disposto dell'art. 1374. V. comunque *infra* più diffusamente.

³² V., per misure sostitutive diversamente ispirate, sulla scorta di quella che poi è la giurisprudenza della Corte di giustizia, M. MAUGERI, *Invalitità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit. p. 189.

³³ V., sintetizzandone al massimo il discorso, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit. p. 50 (c'è «una logica mercantile che coattivamente conforma lo scambio che ad essa volesse sfuggire»). E v. anche M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p. 230.



di riferimento, secondo il canovaccio di un diritto dispositivo governante i casi di incompletezza per vessatorietà ogni qualvolta risultano travalicati i limiti entro i quali l'ordinamento riconosce giuridicità al potere di predisposizione unilaterale del professionista. Si pensi, limitando l'esemplificazione a quelle che risultano ancora essere delle prassi standardizzate, a clausole penali sproporzionate rispetto all'entità del pregiudizio sofferto, a forme di *ius variandi* con efficacia retroattiva, all'imposizione di termini eccessivamente anticipati rispetto alla scadenza del contratto (al fine di comunicare la disdetta) o, ancora più nello specifico, alla previsione di somme forfettarie che il fornitore deve anticipare per compensare i minori profitti che potrebbero derivare dalla rivendita dei suoi prodotti. Tutte ipotesi che, l'accostamento viene facile, riproducono omologhe situazioni già normate per la verità, nei rapporti *b2c*, dall'art. 33, c. 2 c. cons. alle ll. *f, i* ed *m.*: mentre, quando dovesse farsi questione di una facoltà di restituire i prodotti fuori dei termini previsti dall'art. 1495 c.c., sarà giust'appunto proprio questa disciplina a trovare compiuta applicazione. Una predisposizione unilaterale abusiva deve infatti intendersi alla stregua di una *non predisposizione*, con annessa operatività dell'art. 1374 c.c.

Resta inteso che si tratterebbe, in ogni caso, di una nullità che non è assorbente. Ove dovesse risultare che la clausola nulla ha occasionato all'impresa vessata anche altre perdite, vi sarebbe comunque modo di domandare il risarcimento dei danni: naturalmente ai sensi dell'art. 62, c. 10, nell'ottica di una responsabilità della parte che ha dato causa alla nullità³⁴, e non, come invece si sarebbe dovuto pensare se fosse mancata una comminatoria specifica, in forza dell'art. 1338 c.c.

Il quadro, come si può notare, è piuttosto elaborato: ma, in questa prima versione, segue una logica che vede l'abuso, nei contratti asimmetrici tra imprese integrate verticalmente, retto da delle nullità le quali, contrariamente a quanto si registra nell'area dei rapporti *b2c*, è preferibile pensare si iscrivano nel disposto

³⁴ Con una vessatorietà della clausola che elide, come si fa notare, «la prospettazione di un concorso della parte assoggettata, il quale possa servire ad escludere o limitare la responsabilità di chi ne sia autore» (così C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit. p. 474).

dell'art. 1421 c.c., appartenendo al *genus* delle invalidità di diritto comune³⁵. In quanto tali soggette ad una rilevabilità officiosa che, per effetto di quanto sentenziato dalle S. U. nella notissima sentenza 14828/2012, è incondizionata. Né il rilievo deve sorprendere: il fatto che l'impresa vessata abbia diritto ad *una* tutela non va per vero scambiato col diritto ad infirmare il contratto sulla scorta della *stessa* tutela prevista per lo scambio o la fornitura di consumo.

E tuttavia, come si diceva, si può leggere la norma anche con altre due modalità, una in particolare provvista di un *appeal* che da tempo, nell'area che tematizza il c.d. terzo contratto, riscuote un discreto accreditamento tra gli interpreti.

Si potrebbe pensare, ad imitazione di quanto è stato suggerito per l'art. 9 l. 192/1998³⁶, ad un art. 62 rilevante come una disposizione che dà ingresso a due rimedi: la nullità *-del* contratto però- ove il produttore abbia interesse a liberarsi dal vincolo ovvero il risarcimento dei danni, se il riequilibrio del sinallagma, insieme alle altre utilità che il contratto pendente assicura, riesce a compensare il pregiudizio occasionatosi. Il sottinteso di questo ragionamento è che, almeno sotto il profilo degli effetti economici rifratti, l'accoppiata validità del contratto – risarcimento del danno sia equipollente al binomio nullità parziale - integrazione: col vantaggio, si chiosa, di non dover alambiccare su discussi (ed incerti) «poteri di rideterminazione accordati al giudice»³⁷.

Questa interpretazione perché regga postula, nell'ordine:

-una nullità a legittimazione relativa (sì da evitare il paradosso di un'azione promossa dall'artefice dell'abuso al deliberato scopo di

³⁵ V., in special modo, R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. pp. 19 – 22.

³⁶ V., con ampia ed articolata disamina, G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2011, p. 71 ss.

³⁷ Così G. VILLA, *op. ult. cit.* p. 72, al quale sembra aderire A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 394. Ma, per il (significativo) rilievo, che «neppure necessariamente vero [è] che le due strade [-cioè la rideterminazione del prezzo e la domanda di risarcimento del danno]- portino sempre al medesimo risultato economico» v. Cass. 21 dicembre 2010, n. 25880, cit. (in motivazione).



sciogliersi da un vincolo del quale si è nel frattempo pentito),

-una nullità non rilevabile d'ufficio, in considerazione del fatto che, per la mancata previsione di una parzialità necessaria, l'agire officiosamente si tradurrebbe in una caducazione integrale del contratto);

-una nullità surrettiziamente sanabile o rinunziabile, visto che è nella piena ed insindacabile disponibilità dell'impresa vessata valutare se agire in nullità, con annessa ripetizione dell'indebito, ovvero orientarsi per il mero riequilibrio delle prestazioni. Quindi una *nullità virtuale di protezione* ma totale, *anomala* per ciò stesso in quanto le nullità di protezione solitamente si caratterizzano *ex positivo iure* perché a parzialità necessaria. Può parlarsi, con una formula ad effetto, di un art. 62 valevole come una disposizione che rimette al soggetto danneggiato da una negoziazione imperfetta l'*electio* tra due rimedi, il secondo dei quali configura un'ipotesi testuale di responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente³⁸. Il catalogo dei *casus testuales* di *culpa in contrahendo* da contratto valido passerebbe così dall'ipotesi marginale del dolo determinante del terzo (ignorato però dal contraente che ne abbia tratto vantaggio: art. 1439, c. 2 c.c.) ad una fattispecie provvista di un ben più ampio spettro, in significativa assonanza con quanto sentenziato, del resto, sia dalle Sezioni Unite nel *leading*

³⁸ Devesi per altro precisare che, al fine di orientare *in concreto* questa *electio*, molto dipenderà dal modo in cui le parti hanno convenuto il pagamento del prezzo. Gli è infatti che una *nullità di protezione del contratto* potrebbe tornare utile al produttore ove la si potesse eccepire *prima* della consegna, a mo' di eccezione neutralizzante l'intimazione –ad adempiere– della controparte. Anzi, sulla premessa di una nullità del contratto in oggetto, il produttore sarebbe anche nella condizione di disporre validamente della merce con un terzo, da cui un obliquo effetto dissuasivo che potrebbe indurre l'impresa prevaricatrice a non persistere nell'abuso. Epperò, la situazione si capovolge nel caso il contratto non sia annoverabile tra le ipotesi di cessione preventiva della produzione ed il prezzo sia esigibile *dopo* la consegna. Qui infatti la nullità del contratto avrebbe come risultato, visto che la restituzione in natura sarà difficilmente conseguibile, un diritto a ricevere il controvalore della merce non restituita, per un importo pari al prezzo di mercato che delle *res integrae* della stessa specie hanno al momento in cui «l'obbligazione restitutoria si converte in quella risarcitoria» (così A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 59). Ovvio poi che, se il prezzo corrente al tempo della restituzione dovesse risultare inferiore a quello che il prodotto fornito aveva al tempo della stipula, all'impresa abusata spetterà una *differentiam specificam* ai sensi dell'art. 1338 c.c.

case paradigmatico 26725/2007³⁹ che – *funditus*– dalla recentissima Cass. 21255/2013, resa dalla terza sezione civile, per la quale dovrebbe ormai ritenersi *generalmente ammessa* la «proponibilità di un'azione di risarcimento del danno per violazione della regola di buona fede durante le trattative pur in presenza di un contratto valido, e, comunque, in assenza di una domanda di impugnativa del medesimo, perché della stessa non ricorrono (più) i presupposti»⁴⁰. Stando infatti a questo *decisum*, dovrebbe essere pacifico che, chi condiziona scorrettamente la libertà contrattuale della controparte, debba risponderne in via risarcitoria ancorché la slealtà «non sia tale da integrare il paradigma normativo di uno dei vizi del consenso come disciplinati dal codice». Dopo di che però va anche detto, onde evitare di sviare il lettore, che il *decisum* 21255/2013 in realtà ammette una responsabilità precontrattuale *a maglie strette*, se è vero che il ricorso ad una tutela risarcitoria andrebbe contemplato solo quando la vittima «non possa esperire le impugnative contrattuali», generali o del singolo tipo. Si discorre testualmente di «uno spazio residuo»⁴¹. Ebbene, riferito all'art. 62 per come letto da questa dottrina, il discorso sarebbe assai diverso perché il contraente prevaricato potrebbe invece scegliere tra una tutela ablativa ed un risarcimento. Un *surplus* di tutela, quindi ?

4. Segue: le aporie della nullità di protezione e la parzialità dell'effetto ablativo.

Il problema –beninteso– non concerne tanto l'esattezza del fatto che l'art. 62 dia corpo ad una nullità assoluta o relativa, rilevabile officiosamente oppure no: sta anzitutto nel domandarsi se sia corretto far dipendere questi due

³⁹ V., su questo punto specifico, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 ss.

⁴⁰ Così Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, dove poi una fitta disamina degli argomenti critici adottati dalla dottrina che contesta, non senza fondamento, la teoria dei vizi incompleti del contratto.

⁴¹ Alla lettera di una risarcibilità della fattispecie concreta che «si caratterizzi per un *quid pluris* e per un *quid alii* rispetto ad una “semplice” violazione della norma di cui all'art. 1337 c.c.». In argomento v., *inter alios*, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.* 2013, p. 69 ss.





connotati dalla circostanza che, introducendo una nullità parziale del contratto, si darebbe ingresso a ciò che questa dottrina preliminarmente esclude, cioè un potere di rideterminazione accordato al giudice. Dopo di che, vero è che il richiamo, in via diretta o per analogia⁴², dell'art. 1339 c.c. incocchia nel limite di un art. 62 che non ne riproduce quell'automatismo della sostituzione, vera *conditio sine qua non* perché esso operi. Per quanto infatti la si snellisca, l'unità minima essenziale dell'art. 1339 c.c. sembra *postulare* una preesistente clausola sostitutiva, se non si vuol perdere il distinguo che passa tra una forma di ortopedia di diritto ed una che si inverte per il medio discrezionale del giudice⁴³. È un distinguo che la Cassazione ha trovato modo, sia pure con un *obiter* rimasto misconosciuto, di ribadire anche recentemente, là dove ha escluso che l'inserzione successiva, in contratti di assicurazione, di premi diversi ridotti del 20%, possa avvenire ai sensi dell'art. 1339 c.c. in quanto le determinazioni dell'AGCM non sono equiparabili alle norme imperative in materia di prezzi⁴⁴.

Quindi, per lo meno nelle applicazioni giurisprudenziali domestiche, allo stato non trova fortuna un'interpretazione evolutiva dell'art. 1339 associata a norme che prescrivano ai pro-

fessionisti di praticare un prezzo di mercato⁴⁵. E tuttavia, proprio nella prospettiva di un'interpolazione giudiziale di clausole avente funzione correttiva, residua la variabile, tratteggiante in realtà una vicenda «analogica al meccanismo dell'art. 1339⁴⁶» epperò diversa per una (ineliminabile) discrezionalità concretizzativa del giudice⁴⁷, di una nullità parziale che attiva l'equità ex art. 1374 c.c.. Quell'equità che, valorizzando il singolo contesto circostanziale di riferimento, è in grado di addivenire ad un prezzo di giustezza, come parrebbe adombrare la stessa Cassazione a proposito del ricalcolo di premi assicurativi eccessivamente elevati da riportare alla misura correttamente dovuta⁴⁸, nella prospettiva di un bilanciamento dei contrapposti interessi. Tra l'altro, neanche è detto che un'integrazione si abbia poi sempre. Ove infatti il prezzo di vendita dovesse risultare iniquo perché eccessivamente alto, una nullità che si limita a correggere, nel senso che mutila il prezzo della quota parte costituente «il guadagno dovuto allo sfruttamento»⁴⁹, avrà per vero l'effetto di scansare *ex ante*, per l'impresa danneggiata si farà evidentemente soltanto questione di ripetere quanto ha dovuto *in più* indebitamente pagare, qualsivoglia genere di vicenda integrativa. La differenza tra la sostituzione automatica di clausole e questa *nullità puramente*

⁴² L'utilizzo analogico dell'art. 1339, con riguardo ai casi di dipendenza economica, è suggerito da A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 354.

⁴³ E qui si ritiene che l'appellativo di *giudiziale*, donde il rimando all'art. 1374 in luogo dell'art. 1339, spetti in senso proprio anche alla sostituzione della misura oggettiva, «seppur non definita in termini aritmetici ma individuabile per relazione» di cui, con riguardo ai parametri di mercato, elegantemente discorre M. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit. p. 190. Della stessa v., *amplius*, *sub art. 1339*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, Torino, 2011, I, p. 518 s. Di recente si è sostenuto che l'art. 1339 trova applicazione, «secondo i più recenti indirizzi anche in mancanza di un'espressa statuizione, in ragione della rilevanza degli interessi tutelati» (così R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale e la ricostruzione del sistema*, in *Id., Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 59): il che è esatto ma tutto fuorché risolutivo. Nell'art. 62 manca infatti un'implicita clausola sostitutiva ed incontroverso rimane perciò il (vero) problema se l'art. 1339, associato che una volontà difforme delle parti rispetto al conservarsi del contratto senza la clausola emendata difetta di un qualsiasi rilievo, contempla od esclude una specificazione «della disciplina "imposta"» (così M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 518) per via giudiziale.

⁴⁴ Il riferimento è a Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1960 ss.

⁴⁵ Per quanto sia vero, come fa notare M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 522, che l'applicare l'art. 1339 «non fa venir meno la possibilità per il soggetto cui la misura è imposta, di valutare *ex ante* la convenienza economica dell'affare».

⁴⁶ Così, puntualmente, M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illecito antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 248.

⁴⁷ Quella discrezionalità che, giust'appunto, l'art. 1339 non consente: cfr. M. MAUGERI, *sub art. 1339*, cit. p. 518.

⁴⁸ Perché, escluso l'operare dell'art. 1339, «verrebbe piuttosto da pensare ad azioni di *riconduzione ad equità del corrispettivo*, quale rimedio risarcitorio a fronte della responsabilità contrattuale e/o precontrattuale»: così, seppure in una maniera non limpida, Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, cit. (in motivazione: c. vo aggiunto). Non si riesce infatti esattamente a comprendere se la correzione, nella parabola argomentativa della Corte, dovrebbe avvenire, nell'ottica del cd. quarto vizio della volontà, ai sensi dell'art. 1448 (così G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 116) ovvero in forza dell'art. 1374. Si intuisce che dovrebbe trattarsi di una correzione legata al contesto situazionale nel quale versa la singola impresa. Quindi, diversamente dalla prospettiva che imporrebbe l'utilizzo dell'art. 1339 (v. M. MAUGERI, *La subfornitura*, cit. p. 230), *non una correzione condotta su basi oggettive*. Nel contempo, ragionare di premi aventi un importo corrispondente a quello che le imprese avrebbero potuto fissare in assenza di un'intesa illecita, chiaramente non risolve.

⁴⁹ Così C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit. p. 473.

correttiva c'è e non è speciosa: una nullità che amputa limitatamente alla parte abusiva mima, in realtà, quella *geltungserhaltende Reduktion* la quale opera *come se convertisse* la clausola iniqua in una valida. Trattasi, insomma, di un rimedio che agisce alla stregua di una simil *conversione* (art. 1424 c.c.), qui non del contratto bensì di una clausola. Opporre d'altra parte, immaginando un'altra insidia della parzialità, che l'art. 1474, c. 1 ultimo cpv. e c. 2 c.c., sull'utilizzo ove il prezzo non sia stato determinato di quello normalmente praticato dal venditore ovvero del prezzo desumibile dai listini o dalle mercuriali, non è più applicabile ai contratti dell'art. 62 visto che il primo comma prescrive che il prezzo sia puntualmente indicato nel contratto⁵⁰, varrebbe a poco. Vero infatti che l'art. 62, c. 1 sembra formalizzare una deroga espressa al dettato codicistico: epperò, nel caso in cui sia iniquo, un prezzo all'origine c'è. Quindi, anche sotto questo profilo, nessuna contraddittorietà intrinseca di una nullità parziale.

Poi, per tornare alla veste da riservare alla suddetta nullità, non sarebbe granché persuasivo il legare il suo essere di protezione alla circostanza che trattasi di una comminatoria dipendente dalla *situazione complessiva* che le fa da sfondo. È assodato infatti che pure un'invalidità assoluta può venire comandata non per un vizio della fattispecie o del suo contenuto ma *per l'effetto* che l'atto produce (es. art. 2, c. 2 legge *antitrust*). Nel contempo, iscrivere l'art. 62 nella cornice di un ordine pubblico economico di direzione non ne vanifica certo un'obliqua (o per via riflessa) finalità protettiva: la tutela di un interesse generale *non* esclude infatti che si abbia una coeva protezione dei soggetti «esposti alla sopraffazione di chi restringe la concorrenza»⁵¹. E poi, se davvero fosse esatto che l'art. 62 sottende assiologicamente una nullità di protezione, allora si dovrebbe riconoscere che si ha qui una curiosa nullità a legittimazione relativa *bivalente* in

quanto *a soggetto variabile*. *Debole*, lo si evidenziava poc'anzi, è senz'altro il produttore agricolo che ceda *anticipatamente* i suoi prodotti ad un prezzo incongruo, complice il rischio che il distributore orienti in caso contrario la domanda di consumo verso beni di marche concorrenti, senza così patire una particolare flessione del volume del proprio fatturato perché i prodotti alimentari si sa scontano un alto tasso di sostituibilità⁵². In questa ipotesi sintomatica, effettivamente il rifiuto esporrebbe l'azienda produttrice al crollo del proprio fatturato in assenza di canali distributivi parimenti efficienti. Sennonché, in seno a segmenti più avanzati della filiera, *debole* può ben diventarlo il *cessionario*, per il quale assicurarsi la fornitura di un certo prodotto (materia prima o lavorato) *must-stock* per più annate sarà indispensabile tanto nell'ottica di una commercializzazione quanto in quella di una trasformazione del bene. Ma si può pensare anche al distributore che sia nuovo sul mercato e sconti quindi un sovrapprezzo legato alla mancanza di una sperimentata affidabilità. Ed allora che cosa si dovrebbe avere, il paradosso di una nullità a legittimazione mobile, non identificabile *ex ante* ma definibile *a posteriori* sulla scorta di un accertamento in fatto connesso al segmento di filiera volta per volta coinvolto? Se così fosse, davvero si tratterebbe di una *nullità protettiva in forma allotropica, inedita* perché priva di equivalenti nel panorama normativo vigente. Per inciso, neanche varrebbe osservare che la parte artefice dell'abuso è sempre quella tenuta all'esecuzione della prestazione, *neutra* rispetto al tipo contrattuale⁵³, del pagamento del prezzo, donde poi *a contrario* ricavarne l'altra protetta e legittimata, in quanto tale, ad agire: perché nel caso di abuso ai danni del fornitore, la condotta prevaricatrice proviene proprio dalla parte tenuta all'adempimento della prestazione individuante il *tipo*.

In realtà, come si è ben scritto, l'art. 62 intende fissare «talune regole del gioco nei mercati agro-alimentari [...] ciò nell'interesse ge-

⁵⁰ L'osservazione si può leggere in A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 60.

⁵¹ La notazione si legge in A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 79 (e v. anche p. 87, 89 e 91). Ma v., in modo ancor più stringente, V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 s.

⁵² Di una GDO che «esprime una domanda molto elastica nei confronti della quasi totalità dei prodotti alimentari» discorre R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit. p. 1165 ss.

⁵³ Si esprime così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 18.



nerale»⁵⁴: e questo, per definizione, è comprensivo anche di quello dei consumatori finali e degli operatori concorrenti. Quindi nullità, se la si vuole ammettere quale forma di *private enforcement*, assoluta perché il risultato protettivo sta nella parzialità⁵⁵, non nel tipo di legittimazione.

Risultato, se l'inconveniente dogmatico di consentire una sostituzione di clausole per via giudiziale è, in realtà, all'origine di una configurazione quale speciale o protettiva della nullità promanante dall'art. 62⁵⁶, passare alla terza ipotesi ricostruttiva⁵⁷, che di una *nullità non testuale assoluta* –per illegalità o financo per illiceità– esclude recisamente debba qui farsi questione, viene quasi istintivo.

5. Art. 62, c. 2, pratiche commerciali scorrette e lesione della buona fede *in contrahendo* ? Luci ed ombre di una norma ambigua.

Sulla premessa che difetta, nel sistema, una norma generale qualificante come illeciti i prezzi iniqui, giacché l'attributo dell'illecito non è tanto del prezzo ma concerne la condotta dell'impresa prevaricatrice, si potrebbe valorizzare il tratto di un art. 62 che bandisce, sia analiticamente (ll. *a- d*) che in via generale (lett. *e*)⁵⁸, qualsiasi forma di condotta commerciale sleale, per tale poi dovendosi compendiosamente intendere *ogni agire* che si discosti da quella misura di correttezza che ragionevolmente ci si deve attendere da un professionista nel mercato di riferimento. Insomma, sono gli usi commerciali e le buone prassi che daranno contenuto e sostanza al divieto, mentre l'accertamento del ricorrere di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose è rimesso allo spoglio delle condizioni esistenti nella filiera di riferimento. Dopo di che però, com'è facile da intuire, se a fare da *pendant* al nuovo è pur sempre quel canone generale di correttezza di cui per es. all'art. 2598, n. 3 c.c., volendo così pensare che il singolo atto di ingiustizia contrattuale gemini una vicenda di concorrenza sleale⁵⁹, si avrà che l'art. 62 molto banalmente rappresenta *sub specie contractus*, null'altro che una concretizzazione settoriale dell'art. 1440 c.c.: donde la previsione normativa di una validità del contratto unitamente all'obbligo di risarcimento del danno per le *condizioni non eque* imposte al produttore debole⁶⁰. Per inciso, il fatto che,

⁵⁴ Così, puntualmente, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, cit. p. 60.

⁵⁵ V., *inter alios*, V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 462 s. ed A. GENTILI, *Nullità, annullabilità inefficacia (nella prospettiva europea)*, in *Contratti*, 2003, p. 200 e 205.

⁵⁶ Per inciso, un argomento che depona a favore della nullità assoluta alligna anche nell'abrogazione dei due enunciati che si leggevano nel testo originario dell'art. 62, c. 1 riguardo alla previsione, per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, di una forma scritta comandata a pena di nullità (primo periodo), rilevabile d'ufficio (ultimo periodo). La soppressione di ambedue le prescrizioni era stata, dalla prevalente dottrina (v. A. GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 2012, p. 385), raccomandata col rilievo che, non facendosi qui questione di una nullità di protezione, nell'ipotesi di contratto verbale o incompleto, l'eccepire o il rilevare il vizio avrebbe comportato il venir meno dell'intero contratto, con gli annessi (ma anche ben poco protettivi) «obblighi restitutori per le prestazioni che fossero già state eventualmente svolte» (così L. RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quelli di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare?*, cit. p. 219). Nell'ordito dell'art. 62 non figura infatti una disposizione che ricalchi l'art. 2126 c.c. Orbene visto che, procedendo alla novellazione del dato normativo, si è avuto conferma di un'intenzione storica del legislatore di comminare una nullità ordinaria (e non una formale di protezione), perché supporre allora che, come relativa, sia stata concepita quella non testuale riguardante i casi d'abuso? D'altra parte, pensare che la versione originaria dell'art. 62 conoscesse una nullità provvista di un doppio regime, mobile a seconda che –comma 1– il contratto fosse amorfo (*seu* incompleto) ovvero –comma 2– squilibrato, pare francamente poco plausibile.

⁵⁷ Per più di uno spunto utile, v. M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, cit. p. 100.

⁵⁸ Secondo la formula della lett. e), giova ricordarlo, è bandita ogni slealtà la quale «risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento». Quindi sia a monte che a valle della filiera. Ma v. anche art. 4, c. 1 del d. m. 199/2012, secondo il quale «rientrano nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del *Forum* di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare» (c. vo aggiunto).

⁵⁹ Nell'accezione che di questa ne dà M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. p. 64, cioè concorrenza sleale nel «senso allargato di divieto di alterazione delle regole di buon funzionamento dei mercati».

⁶⁰ *Sub* art. 3 legge *antitrust*, la più organica esposizione di questa tesi si legge nelle pagine di M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illecito antitrust*, cit. p. 246 ss. e di G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella*



quando l'impresa prevaricatrice sia in posizione dominante, la pratica di imporre prezzi iniqui venga ad infrangere una specifica regola di comportamento (art. 3 l. 287/1990), comunque non deporrebbe a favore della nullità, del contratto o di una sua clausola, ai sensi dell'art. 1418, c. 1 c.c.: per la precisa ragione che la comminatoria di una nullità non testuale è vicenda dell'atto (o di una sua parte) mentre qui il divieto di prezzi iniqui, in quanto forma di condotta sleale, si sostanzia in una «regola di comportamento riguardante l'attività complessiva dell'impresa», senza tramutarsi in un divieto oggettivo che investa «la formazione o il contenuto della clausola di prezzo»⁶¹. Razionalizzando al massimo il discorso, si potrebbe insomma dire che l'art. 62 ha di mira, in realtà, la repressione di comportamenti sleali nelle relazioni verticali tra imprese della filiera agroalimentare, comportamenti tenuti abusando della propria forza commerciale: quella disciplina consumeristica delle pratiche commerciali scorrette che, per effetto di quanto disposto dall'art. 7, co. 1 e 2 del d. l. 1/2012, è stata estesa alle c.d. microimprese, ma così come identificate dall'art. 18 lett. d) c. cons., troverebbe così una sua prima concretizzazione *ad hoc* tra dei professionisti⁶². Un appiglio formale, per suffragare un'assimilazione che già l'art. 62, c. 2 lett. c) in una qualche maniera sottintende col richiamo degli usi commerciali, lo offre l'art. 4 del decreto ministeriale 199/2012: non a caso rubrica-

formazione del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 56. Per la validità del patto si pronunciava, per altro, già G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss. La tesi, viceversa, di una nullità si incontra in A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, II, p. 1528. Da ultimo, in termini di risarcimento dei danni, si esprime L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 54.

⁶¹ Così M. LIBERTINI, *op. ult. cit.* p. 248. *Amplius*, ID., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, cit. p. 127 s.

⁶² Così parrebbero intendere la disposizione in esame anche M. GIUFFRIDA, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 17 e, più nitidamente, A. GERMANÒ, *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012, ibid.*, 2012, p. 6. Il che implica però, sfruttando un suggerimento che si legge nella pagina di V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 180 che, quando una vicenda di contrattazione imperfetta interessi una singola negoziazione tra imprese vicendevolmente forti, allora i rimedi esperibili contro il *deceptor* siano quelli del «dolo ex art. 1439 - 1440».

to testualmente «pratiche commerciali sleali». E queste notoriamente, già nell'area dei rapporti *b2c*, non costituiscono una causa *autonoma* di invalidità –totale o parziale- del contratto⁶³, facendo piuttosto da presupposto –come recita l'art. 19, c. 2 c. cons.- all'applicazione delle «disposizioni normative in materia contrattuale».

Quindi un art. 62 che semplicemente vale da norma documentante una tipizzazione di abusi, illeciti *ex se* perché rilevanti senza il concorso di altri presupposti?⁶⁴ Se così fosse, l'effetto prospettabile sarebbe che non si potrà più sentenziare che la disparità di trattamento contrattuale *non è abusiva* quando il contraente che la pratica non agisce in posizione dominante, sulla premessa che, in un contesto siffatto, la disparità sia «frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trov[i] nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali»⁶⁵. Il tutto, beninteso, entro però i limiti di perimetrazione di una norma, come il regolamento procedurale dell'AGCM ha prontamente chiarito (art. 2)⁶⁶, circoscritta alla filiera agroalimentare. Fuori infatti di quest'ambito, e cioè

–per una qualsiasi relazione commerciale tra imprese sì di filiera ma che non abbia ad oggetto prodotti agricoli od agroalimentari, e

⁶³ Perché «sotto i riflettori ... c'è l'attività e non singoli specifici atti o comportamenti»: così, da ultimo, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e, più analiticamente, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali sleali*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 1114. In giurisprudenza v. CGCE, 15 marzo 2012, *Perenicova e Perenic*, C-453/10.

⁶⁴ Questo, per es. è l'avviso di F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2012, p. 11 e, seppur *incidenter*, di C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, in *www.juscivile.it*, 2013, p. 320 s., nt. 30.

⁶⁵ Così Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 585 ed anche in *Foro it.*, 2010, I, c. 1902 ss.. V, in dottrina, F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit. 11, secondo il quale l'art. 62 avrebbe il preciso effetto di assicurare «una ben più agevole sindacabilità di siffatti comportamenti».

⁶⁶ Rubricato «Ambito di applicazione», l'art. 2 è stringente nello statuire che «il presente regolamento, adottato ai sensi dell'art. 7 del decreto ministeriale di attuazione, si applica ai procedimenti dell'Autorità in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli ed alimentari, con riferimento alle relazioni economiche tra *gli operatori della filiera* connotate da un *significativo squilibrio* nelle rispettive posizioni di forza commerciale» (c. vo. aggiunto).





-nei rapporti inter-impreditoriali, sprovvisti di un'integrazione verticale, ove un'impresa abusi della propria posizione di mercato,

torna a trovare applicazione la disciplina di diritto comune. Disciplina che, fatta eccezione per il plesso normativo riservato alla microimpresa, non conosce un omologo della tutela consumeristica⁶⁷. Da cui, nelle due fattispecie indicate, proprio sull'assunto che non vi sia stata una violazione qualificata o rilevante della buona fede oggettiva, il mancato operare di una qualche tutela che implichi una ritraslazione dei costi (e dei profitti) da un contraente all'altro.

Orbene, stabiliamo pure allora che il fine dell'art. 62, c. 2 sia il «ripristino delle condizioni che l'ambiente professionale apprezza come necessarie ad una sana competizione»⁶⁸: l'area interessata è, dunque, quella prossima o nei dintorni della concorrenza sleale, dischiudendo così ampie prospettive di svolgimento per l'art. 1337 c.c., nel panorama di una «dimensione dinamica della trattativa», non rinserata «nella logica dell'atto e rilevante in sé a prescindere dalla conclusione del contratto»⁶⁹. Così ricostruito, l'art. 62 neanche decampa dall'ordito che le Sezioni Unite hanno tratteggiato nel già citato *grand arrêt* 26725/2007. E poi, se le sanzioni amministrative sono ancillari ad una (seppur flebile) funzione punitiva, è il risarcimento dei danni che si fa carico di presidiare alla reintegrazione dell'interesse leso da «scelte distorte»⁷⁰. *Una reintegrazione che, per il fatto di doversi qui tutelare il diritto ad un giusto prezzo, può ben materializzarsi nella veste di una parziale conversione dell'originario*

credito al pagamento in una obbligazione risarcitoria. Dunque un art. 62 che combatte l'abuso per mettere in condizione gli operatori della filiera agroalimentare di agire sul mercato compiendo scelte razionali o tendenzialmente qualificabili come tali.

Il problema però qual'è: come si fa a pensare, se la dipendenza economica si assume viceversa che sia un presupposto implicito dell'abuso contrattuale perpetrato ai danni dell'impresa agricola, che quanto è causa di nullità ai sensi dell'art. 9 l. 192/1998 non lo sia più per i contratti di integrazione verticale tra imprese della filiera agroalimentare? Pur sempre infatti si tratterà di un abuso sì legato ad una condotta ma riversatosi contemporaneamente in una o più clausole *del contratto*⁷¹. Per una coerenza interna del discorso, a seguire la tesi sunteggiata, si dovrebbe allora ritenere che l'art. 62 rilevi *settorialmente* alla stregua di una *norma speciale*, nel senso che la situazione di squilibrio sinallagmatico è *ivi* sì sufficiente ad integrare la fattispecie vietata dalla legge, epperò con la sola facoltà per la parte che si senta danneggiata di agire, entro un termine di prescrizione è da supporre decennale, per il risarcimento dei danni: ovvero, ma nel caso ricorrano dei presupposti che non saranno però di agevole verifica in quanto la violenza (art. 1435) ed il dolo (art. 1439) sono due vizi provvisti di una precisa *cifra* identificativa a vocazione individuale e non standardizzata⁷², per un

⁷¹ Rilievo diffuso: lo si legge opportunamente anche in F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 657.

⁷² Come nota V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 169, i vizi della volontà si materializzano secondo una forma manifestativa che ha «basi individuali», non «socialmente tipiche». Lo scarto tra una pratica commerciale scorretta ed il canovaccio codicistico dei vizi della volontà rischia, in altre parole, di essere troppo profondo per immaginare il concreto operare, eccezion fatta per casi *rariores*, di tutele ablativo. V., in luogo di tanti, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit. p. 9. Soltanto in parte degli spunti in senso contrario provengono da Cass. 5 ottobre 2010, n. 20666, in *Foro pad.*, 2011, I, c. 228, quanto ad un caso di violenza morale che annulla l'accordo, nella specie delle pressioni insistenti della controparte al fine di rideterminare, a condizioni peggiorative, il contratto. Nella (esigua) motivazione, la Corte non offre infatti argomenti per una riformulazione in senso debole della nozione di violenza, limitandosi a ragionare di una *quaestio facti* insindacabilmente apprezzata dalla Corte d'Appello. Dopo di che non c'è nulla che autorizzi a sostenere che questo *decisum*, per giunta isolato, avalli una lettura dell'art. 1435 c.c. nei termini di una violenza economica invalidante. Per quanto la massima – soprattutto- si presti a fraintendimenti, si è pur sempre al co-

⁶⁷ Donde poi decisioni come quella del Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1578 ss.: in un caso nel quale la Corte, pur riconoscendo all'art. 9 valenza di norma generale, ha escluso che l'impresa di autotrasporto potesse vantare una tutela per abuso visto che non trovandosi in relazione di integrazione verticale con l'altra impresa (nella specie, produttrice di salotti) autrice del recesso, potrà disporre, fuori del settore merceologico ove opera la recedente, di alternative soddisfacenti. E la possibilità di reperire altri *partners* commerciali mette fuori gioco, in questo schema di ragionamento, il principio di buona fede con l'annesso approfittamento della controparte.

⁶⁸ Il passo si legge in P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 45 ss.

⁶⁹ Così G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit. p. e, più diffusamente, S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 91 ss. e p. 119 s.

⁷⁰ L'espressione si legge in F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa*, cit. I, p. 89.

eventuale annullamento del contratto⁷³. Quindi, proprio perché si è unicamente avuta la violazione di una buona fede *in contrahendo*, sempre e comunque un rimedio di stretta «iniziativa» e, in pari tempo, ad insindacabile *scelta* «di parte»⁷⁴.

A supporto di un siffatto ragionamento si potrebbe addurre l'argomento sistematico che la nullità virtuale è edittalmente esclusa quando «la legge», reputando un diverso rimedio meglio acconcio alla protezione dell'interesse violato⁷⁵, «disponga diversamente». Ebbene l'art. 62, c. 10 sarebbe esattamente uno dei casi che integrano la chiusa eccezionale dell'art. 1418, c. 1 c.c. Il risarcimento dei danni, d'altra parte, se da un lato non intacca la forza di legge del contratto (art. 1372), dall'altro neppure si può dire che lasci «sopravvivere» la clausola «con i suoi effetti pienamente dannosi»⁷⁶: perché il danno liquidato, in questo nuovo e per quanto frastagliato esperimento di *market regulation*, vuol essere compensativo dello scambio iniquo.

Ma –domanda- la nullità, anche in questa versione del ragionamento, non tornerebbe a spuntare nei casi di contratti stipulati da un impresa distributrice o da un'industria alimentare che, per la situazione di dominanza relativa ricoperta, abusi della dipendenza economica –*in concreto*- del produttore agricolo suo fornitore?⁷⁷ Una *Nullità testuale*, s'intende. E l'interrogativo, nell'ottica di quello che allora

spetto di un vizio episodico catalogabile, come osserva suggestivamente Roppo, tra i «fallimenti dell'autonomia privata».

⁷³ V., rispetto ai casi di abuso di posizione dominante, R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*. III, Padova, 1997, p. 217.

⁷⁴ Così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 33. L'esperibilità dell'azione di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.), in caso di condizioni ingiustificatamente gravose, quale rimedio alternativo all'annullamento, è suggerita da A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, cit. p. 448. Il problema, dato fin troppo noto per insistervi, è che la sproporzione dovrà però allora essere *ultra dimidium*.

⁷⁵ V., in luogo di tanti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011², p. 701.

⁷⁶ Così F. BARTOLINI – A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit. p. 660.

⁷⁷ Per il rilievo che possa aversi un concorso di discipline –l'art. 3 della legge *antitrust* e la normativa sull'abuso di dipendenza economica- v. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit. p. 128. Questo a. propende però per l'idea che l'art. 9 della l. 192/98 configuri una nullità speciale di protezione. Adesivamente L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit. p. 57.

sarebbe un *concorso di discipline*, è destinato a ripetersi per i casi nei quali sia il distributore a subire, ai sensi dell'art. 9 l. 192/98, un'indebita compressione della propria capacità a stare sul mercato. Che lo squilibrio sia poi, come per lo più accadrà⁷⁸, di tipo economico o, come pure potrà capitare, di stampo normativo.

Ma non basta: la nullità, c'è da crederlo, è destinata a ripresentarsi allorché, come si ricava dall'art. 9, c. 3-*bis* della disciplina in materia di subfornitura⁷⁹, l'abuso tra imprese agroalimentari si venga a materializzare in quello spicchio d'area nel quale è dato registrare un'interferenza tra posizione dominante e dipendenza economica. Niente esclude infatti, com'è stato dimostrato⁸⁰, che si profilino casi nei quali dominanza relativa ed assoluta si trovano a coesistere. Ecco allora che gli esempi di una nullità la quale torna a dominare la scena, non mancano: ma, per le ragioni di cui sopra, si tratterà pur sempre di una nullità assistita dai connotati propri di quella generale ed assoluta, e, per chi creda che la chiusa dell'art. 1423 c.c. richiede un'eccezione *testuale*, invalicabile⁸¹. Una nullità insomma, com'anche si usa dire, che non è permesso *condividere* o sulla quale non si può *consentire*⁸²: a differenza di quanto accade nei contratti col consumatore ove, ecco un altro significativo distinguo, l'opposizione al rilievo officioso è regolarmente ammessa. Una nullità, lo si ripete, però necessariamente aggettivabile come parziale, con una determinazione della clausola sostitutiva ex

⁷⁸ Qui vale infatti il rilievo che la contrattazione tra imprese tende normalmente ad inverarsi «proprio sul terreno delle condizioni economiche del rapporto»: v. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit. p. 75.

⁷⁹ L'AGCM è tenuta infatti ad intervenire, come recita la norma, ogni qual volta la fattispecie d'abuso prodottasi «abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato».

⁸⁰ V., dettagliatamente, M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 556 ss.

⁸¹ In senso (parzialmente) difforme può vedersi, se si crede, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2008.

⁸² Sono i vocaboli che ricorrono in R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 20. Ma per l'idea di una preclusione alla rilevanza officiosa sub art. 9 ove la parte danneggiata si opponga v. S. MONTICELLI, *L'esecuzione in outsourcing delle opere e servizi*, in S. MONTICELLI – G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013, p. 158. Sulla convalida endoprocessuale della nullità di protezione può vedersi, se si vuole, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 15 ss. e p. 80 ss.





art. 1374 c.c.: l'effetto manipolativo senza dubbio c'è ma –*cave*- quest'integrazione giudiziale intacca il contratto –ed il discorso evidentemente non cambia in caso di applicazione dell'art. 1339 c.c.- assai meno di quanto stiano provvedendo a farlo certi utilizzi spregiudicati della clausola di buona fede⁸³, palesemente ancillari ad una riscrittura del regolamento contrattuale⁸⁴.

6. Epilogo (con un interrogativo)

L'art. 62 –evidentemente- non vieta la pratica di convenire prezzi di vendita più bassi a fronte di forniture di maggiore importo ovvero in presenza di un pagamento immediato in luogo di uno differito. Dubbi⁸⁵, in quanto si scorre pericolosamente nella politica dei prezzi predatori, si possono viceversa avere rispetto alla pratica dei prezzi sottocosto, indirizzata selettivamente verso alcuni distributori perché operano in un'area di mercato nella quale l'impresa fornitrice ha intenzione di affermarsi. Resta inteso, che l'art. 62, com'è stato fatto notare, è un precetto «scritto nella lingua del terzo contratto»⁸⁶, vero epicentro della riflessione non soltanto dottrinale nell'attuale stagione del contratto. Il problema sta però nel fatto che è il sistema

italiano a somigliare sempre più ad un *puzzle* incompleto le cui tessere, per farle combaciare, obbligano ad autentiche acrobazie interpretative. Dedurre per esempio dall'art. 4. c. 2 del d. m. 199/2012, nella parte in cui collega il divieto di abuso a “qualsiasi comportamento del contraente”, che il legislatore, siccome utilizza indeterminatamente il vocabolo *contraente*, ha voluto coniare una norma transtipica reggente tutta la classe dei rapporti asimmetrici d'impresa⁸⁷, di là dal nugolo di perplessità che dovrebbe suscitare il riconoscere ad un regolamento la valenza di una fonte creativa, tradisce essenzialmente un (seppur lodevole) sovrappiù assiologico che sembra molto distante dalla (confusa) finalità liberalizzante di una c.d. *mens legis*... se non superficiale per lo meno distratta. Certo, l'impressione di una normativa irragionevole o discriminatoria, nella misura in cui si prova ad imbrigliare il potere di mercato della GDO in un solo settore⁸⁸, la si ha: ma non sembra che questo autorizzi a torsioni del dato normativo in vista di ovviare ad altri fallimenti del mercato. Ed allora, che tutto piuttosto si spieghi, più banalmente, col fatto che una terza via, tra il modello tedesco dei §§ 305 – 307 *BGB* e quello francese di un art. L. 442-6 *code comm.*⁸⁹, facente da esatto *pendant* all'art. L. 132 – 1 c. *consomm.*, in realtà non esiste?

⁸³ L'allusione, evidentemente, è al *dictum* di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, sul quale, in luogo di tanti, si rinvia all'originale messa a punto di C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss. Ma molte perplessità suscita anche la meno nota Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, p. 993. In più, come fa felicemente notare M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit. p. 65, questa correzione giudiziale evita «la dilatazione applicativa, in senso correttivo, della regola generale dell'interpretazione del contratto secondo buona fede», ottenendo il felice risultato di rinserrarla nel novero dei rapporti che non sono d'impresa.

⁸⁴ Vero, insomma, che «l'integrazione del contratto e il sindacato sull'esercizio dei poteri privati non possono modificare i patti e l'intento delle parti quale da esse espresso in modo univoco» (così F. BENATTI, *Norme aperte e limiti al potere del giudice*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 25). Ma non è che una correzione condotta per il tramite dell'art. 1374 o dell'art. 1339 sovverta o stravolga il contenuto del contratto.

⁸⁵ Li adombra M. TAMPONI, *Liberalizzazioni. “terzo contratto” e tecnica legislativa*, cit. p. 91 ss., in part. p.

⁸⁶ Così R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, cit. p. 120. Lo riconosce, sia pure all'interno di un itinerario di opposto segno, V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 177.

⁸⁷ Si mostra di questo avviso, osservando che «sarebbe ben strano» il contrario, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni. “terzo contratto” e tecnica legislativa*, cit. p. 91 ss. ed in part. p. 102. Più dubitativamente R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit. p. 26 s. Ma, significativamente, per il rilievo che l'art. 62, c. 2 ha il preciso obiettivo «di proteggere l'imprenditore agricolo nei suoi difficili rapporti con il monopsonio della grande distribuzione organizzata, da cui dipende per trovare sbocchi alla sua produzione», v. V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit. p. 172 (c. vo. aggiunto).

⁸⁸ È l'opinione di R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, cit. p. 120.

⁸⁹ Sul quale, se si crede, può vedersi, S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 409 ss.