

MONOPOLIO DI FATTO, DOMINIO NEL MERCATO  
ED OBBLIGO A CONTRARRE



ANTONIO DI BIASE

MONOPOLIO DI FATTO  
DOMINIO NEL MERCATO  
ED OBBLIGO A CONTRARRE

EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE

DI BIASE, Antonio  
Monopolio di fatto, dominio nel mercato ed obbligo a contrarre  
Collana: Quaderni della Rassegna di diritto civile  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017  
pp. 196; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3390-3

---

© 2017 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

## CAPITOLO I

### L'OBBLIGO A CONTRARRE DELL'IMPRENDITORE IN POSIZIONE DI DOMINIO

SOMMARIO: 1. Monopolio di fatto e dominio nel mercato. Impostazione del problema. – 2. Il contratto dell'imprenditore in posizione di dominio: tra libertà ed obbligo. – 3. Gli obblighi a contrarre nel panorama legislativo italiano. Breve inquadramento. – 4. Gli obblighi a contrarre inerenti all'attività di impresa: il monopolio. – 5. Obbligo a contrarre e monopolio di fatto: prospettive di rilettura dell'art. 2597 c.c. – 6. Dall'art. 2597 c.c. alla tutela del contraente debole: il problema della ponderazione degli interessi in conflitto. – 7. Il rifiuto a contrarre come atto di concorrenza sleale.

1. La letteratura economico-giuridica definisce come «monopolio» la situazione in cui un imprenditore, nell'ambito di un determinato mercato, si trovi da solo ad importare, produrre, distribuire e/o vendere un dato bene o servizio<sup>1</sup>. Per monopolio si può intendere dunque quella particolare configurazione industriale caratterizzata dall'esistenza di un solo produttore o distributore di un determinato bene o servizio sul mercato nazionale o su di altri mercati geografi-

<sup>1</sup> La letteratura sul tema è, come si potrà immaginare, infinita. In questa sede ci si limita a richiamare le seguenti fondamentali voci enciclopediche, contenenti ampi richiami di dottrina: E. DE SENA, *Monopoli fiscali*, in *Dig. Disc. priv. (sez. comm.)*, X, Torino, 1994, p. 52 ss.; G. DI GASPARE, *Monopolio e riserva*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 786 ss.; GIAN. GUGLIELMETTI, GIOV. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. ITALIA, *Monopoli pubblici I) Amministrazione dei monopoli di Stato*, *ivi*, p. 1 ss.; ID., *Monopoli pubblici III) Contabilità pubblica*, *ivi*, p. 1 ss.; G. LORENZON, *Monopoli fiscali*, *ivi*, p. 1 ss.; F. MOLteni, M. VERNUCCIO, *Monopoli pubblici II) Personale dipendente dai monopoli di Stato*, *ivi*, p. 1 ss.; L. RAGGI, *Monopolio (dir. amm.)*, in *Enc. it.*, XXIII, Roma, 1934, p. 696 ss.; S.L. RUJU, *Monopolio fiscale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 825 ss.; M.C. VENUTI, *Monopoli (disciplina antimonopolistica)*, in *Dig. Disc. priv. (sez. comm.)*, X, Torino, 1994, p. 34 ss.

camente piú estesi o piú ristretti<sup>2</sup>; trattasi, in altre parole, di una particolare struttura caratterizzata, dal lato dell'offerta, della presenza di un solo operatore, di un solo soggetto che sia in grado di offrire determinati beni o servizi, non sostituibili con altri equivalenti. Così, è evidente che il monopolista possa in astratto «dettar legge», fissando il prezzo del bene/servizio<sup>3</sup> e, piú in generale, determinando le altre condizioni contrattuali; ciò spiega il tradizionale *sfavor* della dottrina per tale forma di mercato<sup>4</sup>.

Se pertanto con il termine monopolio si può definire, con una certa approssimazione, la situazione di restrizione del mercato e della libertà di iniziativa economica in favore di un determinato soggetto e, al contempo, la possibilità per questo soggetto di determinare, con il proprio comportamento e le proprie decisioni, le condizioni di mercato, va brevemente accennato che tale forma di mercato non è certo

<sup>2</sup> Cfr., T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 54. Una condizione di monopolio ricorrerà, pertanto, tutte le volte nelle quali, in un certo periodo di tempo ed in un determinato mercato, vi sia un solo imprenditore che offra o domandi «beni o servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari» (così V. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 66). Si potrà dire, allora, che un imprenditore opera in regime di monopolio «quando, ad un dato livello economico, e in un dato tempo, le variazioni percentuali della domanda e/o offerta di beni o servizi da lui scambiati non provocano, sul territorio nazionale o nelle zone piú limitate in cui egli operi, apprezzabili e rilevanti variazioni sulla domanda e/o offerta di altri beni o servizi» (così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, pp. 339-340).

<sup>3</sup> Sul potere di massimizzazione dei prezzi di cui gode il monopolista, si vedano: A. AMATO, *Finanza pubblica*, Bari, 1976, p. 249 ss.; C. COSCIANI, *Istituzioni di scienza delle finanze*, Padova, 1970, p. 375 ss.

<sup>4</sup> Cfr., su tutti: R. BOWLES, *Diritto e economia*, Bologna, 1984, p. 237 ss.; F. DENOZZA, *Antitrust – Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 21 ss. Questa concezione classica è stata negli anni posta in discussione ed in parte nel tempo superata da quanti hanno evidenziato come il monopolio possa anche condurre a benefici. Per approfondimenti si rinvia, su tutti, a M. FRANZOSI, *Oligopolio – Concentrazioni (opinioni dissenzienti)*, Milano, 1989, p. 11 ss.; R.G. LIPSEY, *Introduzione all'economia*, Milano, 1974, p. 446 ss.

in sé vietata dal legislatore, bensì, al contrario, giuridicamente riconosciuta direttamente dalla Carta costituzionale: la *Grundnorm* infatti – dopo aver sancito, all’art 41, la libertà di iniziativa economica privata, intesa anche quale possibilità di accesso alle attività produttive per tutti gli individui su di un piano di parità, da attuarsi anche attraverso la rimozione di eventuali ostacoli di ordine economico e sociale – contempla, all’art. 43, la possibilità di riservare o trasferire allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti, a fini di utilità generale, l’esercizio di imprese relative a servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio, che rivestano carattere di preminente interesse generale<sup>5</sup>.

Nel sistema fatto proprio dal Costituente, dunque, la libertà di impresa può sfociare anche in situazioni di monopolio, la cui legittimità non viene negata in via di principio, ma che, tutte le volte in cui coinvolgono interessi generali, possono essere attribuite alla gestione pubblica per fini di tutela generale.

Una situazione monopolistica può derivare da una molteplicità di cause, tradizionalmente riconducibili alla nota dicotomia monopolio di diritto – monopolio di fatto. Con il primo dei due termini si fa riferimento, come noto, a tutti i casi in cui la situazione di monopolio discenda da una precisa volontà dello Stato, che riservi ad un unico soggetto l’esercizio di una determinata attività economica e, di conseguenza, ne vieti ad altri lo svolgimento<sup>6</sup>. In altre parole si tratta,

<sup>5</sup> Cfr., tra gli altri: S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1355 ss.; G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., p. 794; M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da F. Galgano, IV, Padova, 1981, p. 481 ss.; G. OPPO, *L’iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 309 ss.; A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 420; M.C. VENUTI, *Monopoli (disciplina antimonopolistica)*, cit., p. 43.

<sup>6</sup> Come noto, tale modalità di regolamentazione del mercato ha fatto negli anni il posto ad un generale fenomeno di liberalizzazione dei monopoli nazionali, in conformità delle norme e dei principi comunitari, volti alla costituzione di un mercato unico europeo, basato sui principi di concorrenza. Il tema, data la sua ampiezza, non può naturalmente essere oggetto del presente lavoro. Per una panoramica del fenomeno si rinvia ai seguenti scritti: F. BONELLI e M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 994 ss.; P.L. CARBONE,

con una certa approssimazione, di tutti i casi in cui il monopolio sia direttamente autorizzato e tutelato, in quanto tale, dall'ordinamento giuridico<sup>7</sup>.

Per converso, si usa l'espressione monopolio di fatto per indicare quelle fattispecie nelle quali la preminenza in cui si situa una determinata impresa non abbia un'origine normativa, ma sia in qualche modo il «frutto» naturale del mercato. Più precisamente, una siffatta realtà economica può derivare, secondo la migliore dottrina<sup>8</sup>: *a*) da motivi contingenti relativi alla concreta strutturazione di un determinato sistema economico, ossia da determinati fattori obiettivi di natura tecnica che non consentano, se non ad una singola impresa, di operare in un determinato settore produttivo, a prescindere quindi dalla volontà del soggetto che beneficia del monopolio, il quale può dirsi in qualche modo «naturale» o «necessitato»<sup>9</sup>; *b*) dalla stessa condotta di uno o più operatori economici, i quali creino volontariamente le condizioni e le premesse per assicurarsi posizioni di privilegio e di predominio assoluto nel mercato.

Tanto premesso, va evidenziato che sono le ipotesi di monopolio di fatto quelle più insidiose, proprio perché, rilevando su di un piano esclusivamente economico e riposando su cause extragiuridi-

*Monopolista (contratto del)*, *ivi*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 771 ss.; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998, p. 175 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in AA.Vv., *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, a cura di E. Picozza, Rimini, 1998, p. 716.

<sup>7</sup> Così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 293. Per una esemplificazione delle varie ipotesi di monopolio legale si rinvia, su tutti, a M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, pp. 293-294.

<sup>8</sup> Cfr., tra i tanti: E. DE SENA, *Monopoli fiscali*, cit., p. 53; S.L. RUJU, *Monopolio fiscale*, cit., p. 825, ed *ivi* richiami di dottrina.

<sup>9</sup> In sostanza si tratta dei casi in cui una sola impresa sia tecnicamente in grado di produrre un certo bene o svolgere un dato servizio. Ipotesi tradizionalmente ricondotte ad attività di realizzazione e gestione di infrastrutture come reti ferroviarie, reti stradali o autostradali, porti ed aeroporti, reti per la distribuzione di acqua, luce, gas e così via. Tutti settori, sia detto per inciso, interessati negli anni più recenti da ampi interventi di privatizzazione dei servizi e promozione della concorrenza.

che, sembrano sfuggire a qualsiasi qualificazione giuridica, accompagnate e «protette» come sono da quella concezione classica che vede il monopolio di fatto come un fenomeno puramente economico che opera al di fuori del diritto, quasi che ci si trovasse in un limbo estraneo al diritto e pertanto non indagato dall'interprete, ma appannaggio esclusivo della scienza economica<sup>10</sup>.

In totale disaccordo con l'impostazione appena riferita, può invece rilevarsi come siano proprio questi i casi che pongono dal punto di vista giuridico i problemi piú rilevanti, sia, a monte, con riguardo al controllo circa la correttezza o meno dell'attività e delle modalità che hanno preceduto l'acquisizione di tale potere di supremazia sul mercato; sia, a valle, circa il corretto esercizio del potere, una volta che lo stesso sia stato acquisito.

Il primo mito da sfatare è dunque quello che postula la convinzione della intrinseca irrilevanza, per il diritto, del monopolio di fatto.

Anzi, tutt'altro.

E la difficoltà dello studio di questa materia è tanto piú evidente se solo si consideri che, mentre il monopolio di diritto è in qualche modo «sancito» da un provvedimento normativo – legislativo o, secondo alcuni, anche amministrativo di concessione<sup>11</sup> – che determina altresí i limiti ed i controlli pubblicistici da esercitare, il monopolio di fatto opera, in questa accezione sí, fuori dal diritto, in maniera nascosta e «subdola», nel senso che, lungi dall'essere agevolmente riconoscibile *a priori*, può emergere soltanto al termine di un'attenta ed accurata analisi della realtà di fatto esistente in un dato settore economico. Ciò pone, evidentemente, relevantissimi problemi di prova in giudizio di tale situazione economica e, inevitabilmente, di tutela dell'operatore commerciale che intenda svolgere o proseguire l'attività «dominata» dal monopolista di fatto.

Ciò che si vuole dire è che, analizzando con estrema attenzione

<sup>10</sup> Cfr., su tutti: R. ALESSI, *I monopoli fiscali, le imposte di fabbricazione, i dazi doganali*, Torino, 1956, p. 3 ss.; B. COCIVERA, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1959, p. 287; E. DE SENA, *Monopoli fiscali*, cit., p. 53; G. LORENZON, *Monopoli fiscali*, cit., p. 1.

<sup>11</sup> Per approfondimenti su tale specifico aspetto si veda L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, p. 30 ss.

la realtà economica che ci circonda, si possono scorgere ipotesi del tutto «insospettabili» di monopoli di fatto: si pensi, per esemplificare, alle modalità ed ai meccanismi attraverso i quali i giornali quotidiani e periodici giungono nelle oltre 30.000 edicole e punti vendita vari dislocati sul nostro territorio e vengono successivamente offerti in vendita al pubblico.

In estrema sintesi, può dirsi che il settore della distribuzione dei giornali quotidiani e periodici è caratterizzato di fatto da un molteplicità di esclusive territoriali, nel senso che il territorio nazionale viene, dagli editori e/o distributori nazionali (c.d. D.N.), idealmente suddiviso in singole zone geografiche omogenee, ciascuna delle quali viene «assegnata» dai medesimi ad un distributore locale (c.d. D.L.), il quale provvede alla individuazione dei singoli punti vendita ubicati nella zona di competenza ed alla materiale consegna della stampa quotidiana e periodica.

Anche nelle zone del territorio nazionale in cui operano contestualmente più distributori locali, tali soggetti non agiscono mai in regime di concorrenza tra di loro, bensì sempre come «esclusivisti» di zona, essendo deputati alla distribuzione di prodotti editoriali differenti. Per esemplificare: si faccia il caso in cui, nell'ambito della medesima provincia, vi siano due imprese di distribuzione, delle quali l'una (impresa *Alfa*) distribuisca solo i quotidiani e l'altra (impresa *Beta*) solo periodici; oppure, nell'ambito di questa seconda tipologia di prodotti (periodici), l'una (impresa *Alfa*) distribuisca esclusivamente i periodici di proprietà della RCS Media Group<sup>12</sup> e l'altra (impresa *Alfa*) esclusivamente i periodici della Arnoldo Mondadori S.p.A.<sup>13</sup>. E così via.

Ciò significa, in ultima analisi, che il soggetto posto a valle della catena distributiva, ossia l'edicolante, se intende ricevere e porre in vendita un determinato quotidiano o periodico – in altre parole, se intende svolgere l'attività economica in questione – dovrà necessariamente rivolgersi al distributore che, nella relativa zona geografica, è deputato alla distribuzione di tale quotidiano o periodico<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Ad esempio i periodici «Amica»; «Oggi»; «Dove».

<sup>13</sup> Ad esempio i periodici «Panorama»; «TV Sorrisi e canzoni»; «Focus».

<sup>14</sup> La situazione di monopolio in cui operano i vari distributori locali è stata

Continuando ad esemplificare, e lasciando il settore della distribuzione della stampa, si consideri altresì la situazione, di recente conclusasi dopo una lunga vicenda giudiziaria<sup>15</sup>, dell'attività di gestione dell'unico mercato ortofrutticolo esistente nella città di Roma, diretto ed amministrato da un'unica società monopolista del settore<sup>16</sup>.

Oppure, ancora, a tutte quelle ipotesi di (quasi) monopolio legato alla unicità della *facility*<sup>17</sup>, ossia a quei casi in cui (si pensi ad esempio al settore del trasporto su rotaie), essendo le strutture (una rete ferroviaria, ma lo stesso discorso potrebbe valere per una pista di atterraggio, un porto, e così via) «in mano» al (quasi) monopolista di fatto, viene fortemente disincentivata, se non resa difficilmente praticabile o addirittura impossibile, qualsivoglia iniziativa di ingresso sul mercato da parte di un potenziale concorrente, il quale non dispone della infrastruttura necessaria allo svolgimento dell'attività.

E gli esempi potrebbero proseguire, per la verità, all'infinito.

Il problema di un'efficace tutela giuridica dell'imprenditore si pone,

di recente (2014) «fotografata» e «stigmatizzata» dall'*Antitrust*, nella propria Indagine Conoscitiva IC35, riguardante il settore dell'editoria quotidiana, periodica e multimediale, reperibile sul sito [www.agcm.it/indagini\\_conoscitive](http://www.agcm.it/indagini_conoscitive) (si richiamano, in particolare, il par. 54 a pag. 14 ed il par. 220 a pag. 52, ove si parla espressamente di «esclusive territoriali» in favore dei distributori locali).

<sup>15</sup> Vicenda giudiziaria culminata nella sentenza della Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Dir. ind.*, 2015, p. 537 ss., con nota di A. GERACI, *Condotta anti-concorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*; in *Urban. app.*, 2015, p. 1267 ss., con nota di M. SANTISE, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*; e in *Foro it.*, 2015, I, c. 2742 ss., con nota di M. CASORIA e R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attività giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*.

<sup>16</sup> Al riguardo, va segnalato che l'art. 27-bis della l. reg. Lazio n. 74/84, prevede che «I centri agroalimentari di interesse nazionale di Roma e Fondi, realizzati con le provvidenze della l. 41/1986, possono essere gestiti dagli stessi soggetti che hanno provveduto alla loro costruzione, ovvero, previa apposita convenzione tra soggetto costruttore e soggetto gestore approvata dalla Giunta regionale, da soggetti diversi, anche con la prevalente partecipazione di soggetti privati».

<sup>17</sup> Ossia della infrastruttura, la quale, proprio per la sua indispensabilità viene detta *essential* o *bottleneck facility*. Il tema, lungo e complesso, naturalmente non può essere affrontato in questa sede. Per utili spunti si rinvia a P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 773 ss.

poi, non solo nei casi monopolio di fatto che potremmo definire «puro» o «in senso stretto»<sup>18</sup>, ma anche in tutte quelle situazioni che – per certi versi ed entro i limiti che verranno appresso specificati – possono essere a questo assimilati. Situazioni «ibride» e spesso poco nitide in cui vi siano uno o più soggetti collocati in una posizione di assoluta dominanza o dominio sul mercato: imprenditori dotati di un notevole, seppur non assoluto, potere monopolistico; oligopolisti che si comportano collusivamente; imprenditori che operano in concorrenza monopolistica, e così via. Insomma: soggetti che fanno ricorso a strumenti e modalità di «falsificazione» del mercato meno appariscenti e marcate, in cui però la libertà di iniziativa economica, intesa qui come libertà di intraprendere e/o di svolgere una determinata attività, viene comunque elisa da una situazione di rilevante compressione del mercato stesso.

In queste fattispecie, che potremmo definire di «quasi monopolio», così come in quelle caratterizzate da un monopolio di fatto «puro», forte è l'esigenza di offrire una forma di tutela all'imprenditore che voglia entrare nel mercato e godere della prestazione (bene o servizio) di cui l'altro imprenditore sia «depositario».

A questa tematica è dedicato il presente lavoro.

2. Partendo dalle premesse sopra enunciate, è evidente che la prima e principale forma di tutela per l'imprenditore a valle, la sola capace di rimediare in radice all'assenza di libertà di iniziativa economica di cui lo stesso è vittima, sarebbe quella di imporre, all'imprenditore dominante, un obbligo a contrarre, ossia un obbligo di instaurare e mantenere rapporti commerciali con il primo. Con l'espressione «obbligo legale a contrarre» ci si può dunque riferire, con una certa approssimazione, ad una variegata categoria descrittiva adottata dalla dottrina al fine di ricomprendervi, al suo interno, tutte quelle fattispecie in cui un soggetto è tenuto a porre in essere un vincolo negoziale con un certo altro contraente o con un determinato contenuto.

Il tema, sul piano dogmatico, è di quelli che generano all'inter-

<sup>18</sup> Ipotesi, secondo alcuni, più teorica che pratica. Cfr., su tutti: G. DI GASPARE, *Monopolio e riserva*, cit., p. 3; GIAN. GUGLIEMMETTI e GIOV. GUGLIEMMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit., p. 1-2.

prete sempre grandi difficoltà ricostruttive e di inquadramento, poiché pare rievocare antichi spettri di una economia statalistica e dirigistica, oramai ripudiata da tutti gli ordinamenti occidentali moderni.

Ed infatti, secondo il comune e tradizionale sentire, il rifiuto di stipulare un contratto costituisce una normale e del tutto legittima manifestazione del principio della autonomia privata, cui fondamentale corollario è, appunto, la libertà contrattuale<sup>19</sup>, o, più genericamente, la libertà di iniziativa e di determinazione del contenuto del negozio giuridico, nei limiti, si intende, trattenuti dall'art. 1322 c.c. e dalle altre norme imperative presenti all'interno dell'ordinamento. E, in quest'ottica, è innegabile che l'obbligo a contrarre rappresenti la forma più intensa e penetrante di intervento dei pubblici poteri su di uno dei principi fondamentali regolanti la materia contrattuale, ossia l'autonomia privata.

Di qui il tradizionale disagio – ed a volte imbarazzo – in cui si sono trovate e si trovano tutt'ora dottrina e giurisprudenza tutte le volte in cui vengono in rilievo questioni relative a contrattazioni non libere, ma in qualche modo dovute o imposte; contratti, cioè, che,

<sup>19</sup> Così, tra i tanti, e con specifico riferimento all'ambito in esame: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 94; C. GRASSETTI, *Patto di boicottaggio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1959, I, p. 19 ss.; M. GHIRON, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Vassalli, Torino, 1954, p. 5 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, p. 341 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, t. 1, Milano, 1968, pp. 522-525; G. SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 1060 ss.; G. SENA, *Studi sul boicottaggio, boicottaggio primario individuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, I, p. 9 ss. Significative le parole sul punto di A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 694, secondo cui: «Il soggetto, al quale è riconosciuta tale autonomia, si determina a porre in essere il negozio in funzione del proprio interesse, come da lui valutato, essendo l'autonomia stessa lo strumento che la legge gli concede per il perseguimento degli scopi pratici meglio rispondenti ad esso interesse. Egli può, perciò, porre in essere il negozio, se lo ritenga conveniente e idoneo al raggiungimento di detti intenti pratici, o può astenersene; può porlo in essere col soggetto che ritenga più idoneo ed utile ai fini di tale raggiungimento; e può dare al negozio stesso, entro i limiti di legge, il contenuto più rispondente a detti intenti pratici ed al sottostante interesse privato proprio».

anziché costituire il frutto di una volontà, costituiscono un «atto dovuto», quasi a perdere la loro natura «negoziale» per divenire meramente una diretta attuazione del rapporto giuridico cui l'imposizione dell'obbligo legale tende<sup>20</sup>.

Di qui, anche, la – se si vuole comprensibile – estrema cautela e prudenza, manifestata soprattutto dalla giurisprudenza, nell'attività di interpretazione delle norme che introducono obblighi a contrarre, e soprattutto di quelle che prevedono coazioni a contrarre di più generalizzata portata, quali l'art. 2597 c.c.<sup>21</sup>, quasi a voler evitare il rischio che, attraverso tale strumento (quello dell'obbligo a contrarre), si possa giungere ad una vera e propria sovversione del sistema, con conseguente capovolgimento del rapporto tra regola (libertà di iniziativa economica e, quindi, anche di non stipulare negozi giuridici) ed eccezione (obbligo a contrarre).

Tale impostazione può forse oggi essere oggetto di un proficuo ripensamento.

In realtà, infatti, già da tempo autorevole dottrina ha posto in evidenza come la «genesi coattiva» di una fattispecie non escluda di per sé la configurabilità del negozio, in quanto, anche nei casi di imposizione dell'obbligo a contrarre, sussiste sempre una dichiarazione di volontà negoziale, una espressione del consenso, costitutiva di un rapporto contrattuale di diritto privato<sup>22</sup>. Si è altresì precisato che la li-

<sup>20</sup> Al riguardo non è mancato infatti chi, in passato, ha escluso la natura negoziale di tali figure: così, ad esempio, secondo questa impostazione l'obbligo legale di trasportare di cui all'art. 1697 c.c. non sarebbe un obbligo di porre in essere contratti di trasporto, bensì un obbligo di trasportare, indipendentemente dalla sussistenza di un contratto. Per tale impostazione, sotto la vigenza del precedente codice civile, si veda F. MARCHESINI, in *Foro it.*, 1899, I, c. 1320 ss.

<sup>21</sup> Sul punto si tornerà a breve.

<sup>22</sup> Cfr., per approfondimenti: A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in AA.VV., *Il codice di Commercio commentato*, VI, 2° parte, Torino, 1925, n. 9., p. 19 ss.; e, più di recente, N. VISALLI, *Il contratto imposto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 193, il quale evidenzia che il c.d. contratto imposto «conserva la natura giuridica di atto di esercizio del potere di autonomia del soggetto quel fonte costitutiva del relativo rapporto. Non si può ritenere che l'obbligo legale di contrarre sia incompatibile con la nozione di negozio giuridico», per cui, anche nei casi di obbligo a contrarre, il negozio «rimane uno strumento di autonomia privata».

bertà di autodeterminarsi nella scelta del contraente con il quale avviare la relazione ed il conseguente potere di stabilire il contenuto del regolamento negoziale debbano trovare una loro necessaria «contropartita» nella possibilità, per il soggetto che abbia subito il rifiuto, di soddisfare *aliunde* le proprie necessità, rivolgendo al altri analoga richiesta di ricevere quel bene o servizio oggetto del precedente rifiuto. Quando questa possibilità non sussiste in concreto il richiamo al principio della libertà contrattuale, si dice, non risulta soddisfacente ai fini di un positivo giudizio di liceità del rifiuto<sup>23</sup>.

Tali considerazioni, sinteticamente accennate, fanno pensare alla necessità di porre le basi per operare una rivisitazione della tradizionale impostazione regola (libertà di non contrarre) eccezione (obbligo di contrarre) e, forse, riconsiderare e reinterpretare le norme che impongono limiti alla scelta del contraente in un'ottica «allargata», volta a riequilibrare in qualche modo la diseguaglianza di potere e di forza tra i soggetti che discende da un monopolio di fatto o, comunque, da una situazione di dominio sul mercato.

L'affermazione, si confida, risulterà più chiara nel prosieguo del presente lavoro.

3. Accanto a «clausole generali» contenute, come si vedrà a breve, nel codice civile e nella più recente legislazione speciale, va detto che in numerose leggi sono rinvenibili norme che impongono a determinate categorie di soggetti degli specifici obblighi a contrarre o, se si preferisce, dei divieti del rifiuto di stipulare in contratto<sup>24</sup>.

Pur nella logica impossibilità di operare una *reductio ad unitatem* di tali fattispecie, con una certa approssimazione si può dire, in

<sup>23</sup> Così, autorevolmente, P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 32. In precedenza, si veda anche E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 5 ss. Infine, per una completa ricostruzione della tematica, si rinvia, *ex plurimis*, a P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000.

<sup>24</sup> Sulla possibilità invece di ricavare obblighi a contrarre dai generali principi dell'ordine pubblico e del buon costume si veda R. SACCO, *Contratto imposto*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, Agg. 2011, p. 261.

generale, che si tratta, in prima battuta, di tutte quelle aree di attività che per lungo periodo sono state soggette a monopoli legali ed oggi sono state, in parte più o meno consistente, liberalizzate, nel senso che il loro esercizio non è più riservato *ex lege* ad un solo soggetto. Ci si riferisce, in particolare, ai settori delle comunicazioni, del gas e dell'energia che oggi, seppur a vario titolo ed in modo molto diversificato tra di loro, si sono «aperte» alla libera concorrenza di operatori diversi dai tradizionali monopolisti legali. A tutela della concorrenza e del mercato, tali liberalizzazioni sono state sovente accompagnate dall'introduzione di norme che impongono a chi controlla certe strutture, quali reti, antenne o attrezzature localizzate, di darvi accesso a favore di clienti e fornitori e, spesso e volentieri, anche a concorrenti<sup>25</sup>.

Così, ancora, per alcune categorie di imprenditori, quali farmacisti<sup>26</sup>, tassisti<sup>27</sup>, imprese di assicurazione per la r.c. auto<sup>28</sup> e, più in generale, per i titolari di attività commerciali al dettaglio<sup>29</sup> o di spacci aperti al pubblico<sup>30</sup>, e per gli esercenti un pubblico esercizio<sup>31</sup>. Altre disposizioni introducono, ad esempio, obblighi di assunzione degli invalidi<sup>32</sup>, oppure obblighi di cessione delle valute estere<sup>33</sup>, e così via.

Anche singole norme del codice civile prevedono specifici obblighi a contrarre: si pensi, ad esempio, all'art. 1032 c.c., in materia di costituzione della servitù coattiva; all'art. 1679 c.c., in tema di obbligo a contrarre dell'esercente servizi di linea per il trasporto di persone o cose; all'art. 1706 c.c., che pone in capo al mandatario l'obbligo di ritrasferire al mandante i beni immobili o mobili registrati acquistati per

<sup>25</sup> Per un approfondimento si rinvia a C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, p. 52 ss.

<sup>26</sup> Si veda l'art. 38, r.d. n. 1706/38.

<sup>27</sup> Si veda l'art. 2, l. n. 21/92.

<sup>28</sup> Si veda l'art. 132, d.lgs. n. 209/05.

<sup>29</sup> Si veda l'art. 3, d.lgs. n. 114/98

<sup>30</sup> Si veda l'art. 19, r.d.l. n. 245/43. Articolo abrogato, a decorrere dal 16 dicembre 2009, dall'art. 2, co. 1, del d.l. n. 200/08. Successivamente l'efficacia del presente articolo è stata ripristinata dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 179/09.

<sup>31</sup> Si veda l'art. 187, r.d. n. 635/40.

<sup>32</sup> Cfr., l. n. 482/68. Legge abrogata dall'art. 22, l. n. 68/99.

<sup>33</sup> Cfr., art. 6, co. 1, lett. a), d.p.r. n. 148/88.

suo conto; all'art. 2357, co. 4, c.c., in materia di obbligo di alienazione delle azioni proprie illegittimamente acquistate; all'art. 2359-ter, c.c., in tema di obbligo di cessione delle azioni della società controllante illegittimamente acquisite dalla società controllata, e così via.

Tutte queste norme, che a vario titolo impongono un obbligo legale di contrarre o, se si preferisce, un divieto di rifiutare l'esecuzione della prestazione, prevalgono, quali norme imperative, anche su eventuali obblighi di non contrattare assunti convenzionalmente e consentono, pertanto, di ritenere illegittimo sia il rifiuto frutto di una decisione unilaterale del soggetto destinatario delle norme sull'obbligo a contrarre, sia quello posto in essere in attuazione di un contratto che tale soggetto abbia concluso con terzi<sup>34</sup>.

Ancora, e con specifico riferimento ai rapporti d'impresa: non vi è dubbio che tutte le disposizioni sugli obblighi a contrarre riguardino direttamente i rapporti tra imprenditori, o tra questi e gli utenti, e fondino in capo al soggetto che voglia godere del bene o della prestazione una pretesa direttamente azionabile in giudizio<sup>35</sup>; pretesa, lo si anticipa in questa sede, che avrà riguardo non soltanto alla prestazione in sé dovuta – nel senso di interesse alla disponibilità della prestazione nei termini e nei modi previsti dalla legge<sup>36</sup> – ma anche al rispetto di un principio di parità di trattamento<sup>37</sup>. Non può dunque avere fondamento la tradizionale impostazione pubblicistica<sup>38</sup>, che vede

<sup>34</sup> Così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 316.

<sup>35</sup> Così, tra gli altri: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 43 ss.; A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 170.

<sup>36</sup> Così, testualmente, P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 56.

<sup>37</sup> Autorevole dottrina ha poi da tempo messo in luce che «all'obbligo di contrarre deve corrispondere la chiara determinazione delle condizioni generali di contratto, sì che il contraente che non ha scelta, titolare del diritto a contrarre, possa pretendere non tanto e non solo la conclusione del contratto, quanto la determinazione del suo contenuto». Cfr., P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania il 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, p. 26.

<sup>38</sup> Per le costruzioni pubblicistiche si rinvia, su tutti, a G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, p. 165 ss.

come beneficiari finali di tali norme soltanto le pubbliche amministrazioni ed i privati come titolari di meri interessi di fatto, nei confronti dell'imprenditore, allo svolgimento delle attività previste, onde, in caso di violazione di tali obblighi, il privato potrebbe soltanto attivarsi presso la pubblica amministrazione per sollecitare l'adozione di sanzioni pubblicistiche. Interessi che diverrebbero tutelabili, nelle forme dell'interesse legittimo, soltanto ove la prestazione venga resa in forme amministrative e non contrattuali, poiché in tali casi il privato potrà richiamare i principi in tema di obbligatorietà e imparzialità dell'azione amministrativa.

La questione, invece, va vista in un'ottica prettamente privatistica di diritti ed obblighi *inter privates*.

Con una certa approssimazione, dettata dall'esigenza di generalizzazione, può dirsi che alla base di tutti questi obblighi a contrarre vi sono esigenze volte a garantire il conseguimento di beni o servizi, o comunque di utilità, rispetto ai quali il contrarre ha un carattere esclusivamente strumentale; per tale motivi può dirsi che gli obblighi a contrarre sono in generale diretti a fondare pretese sostanziali che riguardano utilità materiali, nel senso di fondare sui soggetti attivi, oltre che un diritto alla prestazione del consenso in sé, un vero e proprio diritto alla disponibilità materiale della prestazione<sup>39</sup>.

Trattasi pertanto di pretese che, lungi dal limitarsi alla stipula del contratto in sé, riguardano la complessiva attività dell'impresa obbligata, la quale sarà tenuta ad una più ampia condotta preparatoria, da tenere anche in una fase precedente la stipula del contratto, volta a rendere possibile e a non pregiudicare l'attuazione dell'interesse del soggetto avente diritto al bene o al servizio<sup>40</sup>. Ciò che si vuol evidenziare, in ultima analisi, è che l'obbligo legale a contrarre non vuol dire soltanto obbligo ad un *facere*, rappresentato dall'emissione di una dichiarazione di volontà atta a costituire il rapporto, ma significa anche svolgimento di una più complessa attività diretta alla predisposizione ed al mantenimento dei mezzi e delle strutture imprenditoriali,

<sup>39</sup> Così A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 2.

<sup>40</sup> Così, su tutti: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 298.

tali da consentire di soddisfare la richiesta della prestazione e di rendere la stessa accessibile alle condizioni stabilite dalla legge. Insomma, l'obbligo a contrarre implica anche una serie di obblighi e doveri preparatori rispetto alla costituzione del rapporto, obblighi e doveri che operano in una fase precedente il sorgere dello stesso e che consistono essenzialmente: nel mantenere l'impresa nelle condizioni di efficienza ordinaria; nel porre a disposizione dei richiedenti i beni ed i servizi compatibilmente con le normali dimensioni dell'impresa; nell'osservare un principio di parità di trattamento, e così via. L'obbligo di contrarre, pertanto, comprende in sé anche «l'obbligo di produrre nei limiti dei mezzi ordinari dell'impresa i beni o i servizi, oggetto di quel c.d. rapporto definitivo, la cui costituzione è subordinata alla successiva richiesta»<sup>41</sup> di un altro soggetto. Non può dunque condiversi quell'impostazione tradizionale che tende a ridurre e circoscrivere l'obbligo a contrarre al mero obbligo di prestare il consenso alla stipula del negozio<sup>42</sup>.

Un'ultima annotazione di carattere generale: il richiamo ai mezzi ordinari dell'impresa, se estende il contenuto dell'obbligo di contrarre alle attività preparatorie, ne costituisce anche perimetro di delimitazione, nel senso di delineare i limiti entro cui il soggetto obbligato sarà tenuto ad accettare le richieste e fornire il bene o il servizio: limiti sia qualitativi, ovvero di carattere tecnico, dati cioè dalla natura e dalla struttura dell'impresa; sia di natura quantitativa, rappresentati dalla necessità di soddisfare soltanto i bisogni medi dei *partners*, e non anche quelli imprevedibili o eccezionali<sup>43</sup>.

4. Dopo questo breve inquadramento introduttivo, va precisato che, evidentemente, non è certo scopo del presente lavoro quello di procedere ad una minuziosa, quanto poco utile (quantomeno a fini sistematici e ricostruttivi), «carrellata» di tutte le molteplici norme che

<sup>41</sup> Così P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 55.

<sup>42</sup> Per tale tesi si veda, su tutti: A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 695-696.

<sup>43</sup> Per approfondimenti si veda P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., pp. 193-195.

impongono un obbligo (o un divieto di rifiuto) di contrarre a carico di questo o quell'imprenditore, bensì, più proficuamente, quello di soffermarsi sulle disposizioni di più ampia portata e respiro, al fine di verificare, in primo luogo, se ed in qual misura l'obbligo legale di contrarre possa rappresentare uno strumento funzionale ed efficace – anche e soprattutto sotto l'aspetto della sua attuabilità coattiva – per eliminare eventuali «barriere all'entrata» e garantire una specifica tutela dell'imprenditore che voglia esercitare un'attività economica; e poi, in secondo luogo, se sia possibile (e in che termini) configurare un obbligo a contrarre a tutela generale dell'imprenditore debole.

Fatte queste premesse – prendendo le mosse dal codice civile e tralasciando singole ipotesi peculiari, non funzionali al discorso in esame<sup>44</sup> – la norma che sembra avere a primo impatto un maggior respiro ed una più ampia potenzialità applicativa è certamente rappresentata dall'art. 2597 c.c., che, testualmente, impone l'obbligo di contrattare a carico di tutte le imprese che operino in regime di monopolio legale.

È proprio su questa norma, data la sua astratta vocazione in qualche modo generalizzata, che si ritiene in prima battuta di dover concentrare l'attenzione.

La disposizione costituisce sicuramente una rilevante novità per il nostro ordinamento, in quanto con la stessa si è previsto, per la prima volta, un generale obbligo a contrarre, seppur testualmente

<sup>44</sup> Come detto, sono stati tradizionalmente ricondotti all'obbligo a contrarre, ad esempio: l'art. 1032 c.c., in materia di costituzione della servitù coattiva; l'art. 1706 c.c., che pone in capo al mandatario l'obbligo di ritrasferire al mandante i beni immobili o mobili registrati acquistati per suo conto; l'art. 2357, co. 4, c.c., in materia di obbligo di alienazione delle azioni proprie illegittimamente acquistate; l'art. 2359-ter, c.c., in tema di obbligo di cessione delle azioni della società controllante illegittimamente acquisite dalla società controllata, e così via. Si vedano, su tutti: F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, t. 1, Milano, 1987, p. 492, n. 863; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 524, i quali escludono invece l'inquadrabilità all'interno della figura dell'obbligo a contrarre sia delle ipotesi della vendita e delle compere coattive di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c. (il Messineo), sia di «tutti i casi in cui l'autonomia contrattuale è limitata nella determinazione del contenuto del contratto (ad es., proroga legale, clausole inserite di diritto) o dal rispetto del principio *emptio non tollit locatum*, ecc.» (il Carresi).

(pare) per le sole ipotesi di monopolio legale, cui corrisponde un diritto soggettivo in favore del beneficiario<sup>45</sup>. Obbligo che, secondo la Relazione al codice civile, viene introdotto «a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza»<sup>46</sup>.

Tale norma viene di regola dalla dottrina letta congiuntamente alla diversa previsione di cui all'art. 1679 c.c., che prevede obbligo a contrarre e parità di trattamento a carico delle imprese di trasporto che esercitino pubblici servizi di linea per concessione amministrativa.

Tornando all'art. 2597 c.c., la dottrina, nell'analizzare la disposizione in parola, ha sollevato ed affrontato una molteplicità di temi e problemi, spesso per la verità del tutto ignorati dalla pratica e dalle aule di tribunale<sup>47</sup>. Tra questi, per limitarsi a quelli di carattere sostanziale e tralasciando quelli di natura più prettamente processuale,

<sup>45</sup> L'immediato precedente di tale disposizione, sottolinea attenta dottrina (cfr., L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il cod. civ. comm.*, dir. da P. Schlesinger, *sub. art. 2597*, Milano, 1992, p. 6), è costituito dal monopolio in materia di pubblici servizi e, precisamente, da quello in tema di trasporti ferroviari di cui agli artt. 49 e 273, r.d. n. 1447/1912. Norma che, unitamente alle altre in tema di pubblici servizi di linea, era considerata come espressione di un principio volto a porre rimedio a situazioni in cui non vi era concorrenza. Così, tra gli altri: A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 7; ID., *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, 1915, p. XLIV; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1901, p. 430 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Ambito e condizione delle clausole che limitano o escludono la responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, II, p. 352 ss.; ID., *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, *ivi*, I, p. 258 ss.; U. PIPPIA, *Diritto ferroviario*, Milano, 1912, pp. 237-238; A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, p. 70; ID., *Il diritto di salire in tram*, in *AA.Vv., Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 145; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 131; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, III, Torino, 1898, p. 18. In giurisprudenza si veda Cass. Torino, 21 dicembre 1899, in *Foro it.*, 1900, I, c. 543 ss.

<sup>46</sup> Cfr., Relazione al libro del c.c. «Del Lavoro», n. 238.

<sup>47</sup> Sarcastiche al riguardo le parole di R. SACCO, *Contratto imposto*, cit, p. 263, il quale così si esprime: «Toccava alla dottrina creare superproblemi che la pratica ignora, e la legge non conosce, e poi coltivarli, un decennio dopo l'altro».

si elencano brevemente i seguenti piú significativi, salvo su alcuni ritornarci in seguito per quanto funzionale al discorso sviluppato:

a) se la norma pone in capo alla controparte del soggetto obbligato a contrarre un vero e proprio diritto soggettivo «perfetto», oppure una mera situazione di interesse di fatto. Tesi, quest'ultima, sostenuta prevalentemente in passato, con riferimento in generale agli obblighi a contrarre<sup>48</sup>, ed oggi largamente abbandonata dalla dottrina prevalente e piú condivisibile<sup>49</sup>, che evidenzia come la collocazione sistematica della norma all'interno del codice civile, nonché la sua *ratio* di garantire un'adeguata tutela al soggetto in favore del quale è posto l'obbligo a contrarre, inducono senz'altro a ritenere che tale disposizione contenga una norma di relazione costitutiva di un diritto soggettivo in favore del soggetto tutelato e di un corrispondente obbligo giuridico, in senso stretto, di contrarre in capo al suo destinatario. In questa prospettiva, è oggi opinione diffusa che la norma in questione generi pretese immediatamente azionabili anche nei confronti di enti pubblici<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Il piú noto sostenitore di questa impostazione è forse G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 165 ss. Secondo questa impostazione, in estrema sintesi, l'obbligo a contrarre assume rilievo nei rapporti tra l'imprenditore e la pubblica amministrazione, così che la sua violazione dà luogo soltanto a sanzioni di carattere amministrativo (che possono culminare nella decadenza dalla concessione), ma non fanno sorgere, in capo all'utente, una posizione soggettiva e la titolarità di un'azione nel caso di illegittimo rifiuto a contrarre. L'utente, in quest'ottica, potrebbe soltanto attivarsi nei confronti della pubblica amministrazione, sollecitando l'adozione di misure pubblicistiche sanzionatorie.

<sup>49</sup> Tra i tanti si vedano: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 43 ss.; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 1 ss.; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 279; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 38 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 79 ss.; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 196. Per una soluzione in qualche modo intermedia si veda G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 191, il quale parla di interesse giuridico di diritto privato.

<sup>50</sup> Così, per tutti: G. G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Milanofiori Assago, 2016, p. 1262. Tesi sostenuta anche dalla giurisprudenza maggioritaria. Su tutte si vedano: Cass., 25 gennaio 1985, n. 353, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1492 ss.; Cass., Sez. Un., 16 aprile 1977, n. 1347, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1113 ss., entrambe relative ad enti esercenti

b) Se oggetto dell'obbligo a contrarre sia la stipulazione del contratto, ossia la prestazione del consenso<sup>51</sup>; oppure direttamente la prestazione e dunque sussista, piú propriamente, un obbligo ad erogare le prestazioni rese dall'impresa monopolistica<sup>52</sup>. Secondo questa se-

servizi di erogazione di acqua potabile. In senso contrario, alcuna piú risalente giurisprudenza di merito: App. Milano, 13 marzo 1959, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 469 ss.; Trib. Milano, 21 settembre 1959, *ivi*, c. 470 ss.

<sup>51</sup> Cosí la dottrina piú tradizionale, tra cui si ricordano: A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., pp. 19-20, il quale esclude, nel caso di trasporto, un obbligo legale ad eseguire la prestazione, avendo invece l'obbligo per oggetto la prestazione del consenso per la stipulazione di un contratto di trasporto; A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 696, secondo il quale «Le prestazioni, in vista delle quali la legge ha imposto l'obbligo, verranno quindi effettuate [...] non perché esse prestazioni costituiscono direttamente oggetto d'un obbligo legale di effettuarle, bensí attraverso la mediazione d'un contratto, e cioè come conseguenze di un contratto»; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 30; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 407; L. MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967, p. 127. In giurisprudenza si esprime chiaramente in questi termini Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. civ.*, 1991, p. 89, secondo cui la posizione di monopolista configura a carico dell'Enel l'obbligo di contrattare ma non già quello di procedere all'allaccio a seguito della richiesta di ogni utente.

<sup>52</sup> In questo senso, tra gli altri: P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 765 ss.; N. DISTASO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 196 ss.; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 9; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 279 ss.; M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torno, 1995, p. 495; N. MAZZIA, *Commoda e incommoda del monopolista legale: due sentenze in (apparente) contrasto*, nota a Cass., 6 aprile 1990, n. 2913, e Trib. Lecce, 8 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 852 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 798; ID., *Contratto preliminare*, *ivi*, X, Milano, 1962, p. 185; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 38 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 104 ss. In giurisprudenza, si esprime chiaramente in questi termini Cass., Sez. Un., 11 novembre 1998, n. 11350, in *Foro it.*, 1999, I, c. 544 ss., con nota di M. FABIANI, ove si rileva che: «A ciò va poi aggiunto, in conformità alla migliore dottrina, che l'obbligo a contrarre del monopolista riguarda non solo la fase genetica, ma anche quella funzionale del rapporto, dal momento che la pretesa di chi, esercitando un diritto potestativo, chiede al monopolista la parità di trattamento, è già pretesa alla prestazione e non alla contrattazione». In senso analogo: Cass., 10 gennaio 1991, n. 186, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1821 ss.

conda impostazione, l'obbligo a contrarre, lungi dal rappresentare la prestazione principale, per così dire quella «finale» del rapporto, assume un carattere meramente strumentale rispetto ad un diverso obbligo principale, ossia quello di fornire il bene o il servizio a chiunque ne faccia richiesta.

c) Se oggetto dell'obbligo siano anche le attività preparatorie richieste per rendere eseguibile e fruibile la prestazione. In quest'ottica, si evidenzia, condivisibilmente, che il dovere giuridico del monopolista legale ha un contenuto più ampio dell'obbligo a contrarre (o ad eseguire la prestazione) in senso stretto, comprendendo, al suo interno, anche doveri preparatori e strumentali, che si sostanziano nel dovere di esercitare e tenere l'impresa in una condizione di normale efficienza e di mantenere un'offerta quantitativamente e qualitativamente adeguata al prevedibile fabbisogno degli utenti<sup>53</sup>. Nel dovere, in sostanza, di predisposizione dei mezzi necessari ad accogliere le future richieste degli utenti<sup>54</sup>. Trattasi, naturalmente, di un fascio di condotte non predeterminabili *a priori* e non riconducibili ad univoche tipologie di comportamento, ma esigibili alla stregua di un criterio di ragionevolezza, buona fede e correttezza. Si è ritenuto, così, che il fatto costituito dall'avvio dell'impresa in regime di monopolio di diritto renda precocemente e anticipatamente

<sup>53</sup> Così L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 100 ss. Secondo un'opinione, che pare muoversi in questa stessa direzione, l'ordinamento conferisce all'interessato una pretesa ad ottenere certi beni o servizi, la cui determinazione avviene attraverso una sequenza di fatti, rappresentati dalla richiesta dell'interessato (ricostruita come negozio di esercizio di un diritto potestativo) e da un atto di determinazione finale dell'oggetto, che può avvenire in forma contrattuale o, in caso di disaccordo, attraverso una sentenza determinativa. In quest'ottica quindi, l'accordo fra utente e monopolista riveste solo una funzione regolativa e non costitutiva del rapporto giuridico fra le parti, che nasce *ex lege*, in seguito alla richiesta dell'utente. Così L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 518.

<sup>54</sup> L'espressione è di L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 53. Trattasi, in altre parole, di quei mezzi «che l'imprenditore è obbligato a tenere ordinariamente a disposizione del pubblico, in funzione del livello di domanda ragionevolmente prevedibile» (così M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 307).

operativa la regola di buona fede che deve governare l'intero arco del rapporto<sup>55</sup>.

d) Quale sia l'esatta delimitazione dell'estensione dell'obbligo legale di contrarre: se cioè esso riguardi i soli casi in cui l'oggetto della legge sia direttamente ed espressamente quello di creare un monopolio e dunque per «monopolio legale» debba intendersi soltanto quello creato direttamente dalla legge; oppure se questa nozione si estenda anche ai casi in cui una situazione di monopolio si venga a creare in seguito ad atto amministrativo o regolamentare<sup>56</sup>, oppure, ancora, come effetto indiretto e consequenziale di una legge o di un atto amministrativo volti ad altri fini<sup>57</sup>.

e) Quale sia il rapporto tra l'art. 2597 c.c. e l'art. 1679 c.c.: se cioè la seconda norma, che disciplina il contratto di trasporto stipu-

<sup>55</sup> Cfr., ancora, L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 54.

<sup>56</sup> Cfr., P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, cit. p. 345, il quale ritiene che sia irrilevante, ai fini dell'applicazione della norma, la natura della fonte «da cui il monopolista immediatamente derivi il riconoscimento specifico della sua posizione».

<sup>57</sup> Per approfondimenti si rinvia a A. ASQUINI, *Sulla natura contrattuale dei trasporti nel campo dei pubblici servizi monopolistici*, Milano, 1919, p. 16 ss.; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, cit. p. 379 ss., il quale ipotizza l'applicazione della norma anche ai diritti di proprietà industriale. Da ultimo, attenta dottrina ha rilevato che, con l'entrata in vigore dell'art. 8 l. n. 287/90, sia sopravvenuto un nuovo argomento a sostegno della tesi restrittiva, che circo-scrive la norma al monopolio creato direttamente dalla legge. Il citato disposto fa riferimento, per quanto qui interessa, alle «imprese che, per disposizione di legge, [...] operano in regime di monopolio sul mercato». La nozione di «impresa in condizione del monopolio legale» ai sensi dell'art. 2597 c.c. «deve essere intesa in modo coerente alle ragioni della deroga all'applicabilità della disciplina antimopolistica, prevista dal citato art. 8, 2° co., della legge *antitrust*. Tali ragioni [...] consistono nella volontà legislativa di sottrarre ai poteri di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato le imprese monopoliste ed esercenti servizi pubblici sottoposte a disciplina pubblicistica di settore, e, per converso, di attribuire agli utenti di tali imprese un diritto soggettivo ad accedere al bene o servizio prestato dalle stesse. In tale contesto, destinatari passivi dell'art. 2597 sono da ritenersi le imprese che godono di una posizione di monopolio direttamente istituita dalla legge (o indirettamente, tramite un regime concessorio), la quale le assoggetta ad un regime pubblicistico di settore, in ragione della "funzionalizzazione" della loro attività». Così M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 492.

lato con un concessionario di pubblici servizi di linea, costituisca una specificazione della prima, destinata a regolare i rapporti tra utente e monopolista legale *tout court*, e sia pertanto informata alla medesima *ratio legis*<sup>58</sup>; oppure se tra le due norme non vi sia alcun rapporto di *genus a species*, né identità di *ratio*, avendo la prima (art. 2597 c.c.) come suo presupposto applicativo la struttura monopolistica dell'offerta e come scopo quello di proteggere il consumatore, privato della naturale tutela che deriva da una situazione concorrenziale<sup>59</sup>; mentre la seconda (art. 1679 c.c.) l'organizzazione dell'attività di impresa nella forma del pubblico servizio di linea in concessione, a prescindere dall'esistenza di una situazione monopolistica, e mirando a garantire il buon funzionamento di un pubblico servizio<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> In questo senso la dottrina piú tradizionale, che ritiene l'art. 1697 c.c. un'applicazione particolare della regola generale contenuta nell'art. 2597 c.c. In questo senso si vedano, tra gli altri: A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., p. 7 ss.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 162; V. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1964, p. 255; a cura di G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 184; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 694; P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - Azienda*, Milano, 1957, p. 418 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, cit., p. 433, nota 13; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 523; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 5; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, cit., p. 259; M. STOLFI, *Appalto. Trasporto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 85; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 244. In giurisprudenza si può ricordare: Cass., 28 luglio 1965, n. 1802, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1865 ss.

<sup>59</sup> Molto efficace è l'espressione secondo cui l'art. 2597 c.c. rappresenta il «necessario temperamento della soppressione della concorrenza», che si legge in N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 219.

<sup>60</sup> È questa l'opinione della dottrina piú moderna, tra cui si ricordano i seguenti autori: P. ALBO, *Obbligo del monopolista a contrarre e revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 478 ss.; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 8; GIAN. GUGLIEMMETTI e GIOV. GUGLIEMMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit., p. 4; M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, pp. 60-61; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 279; M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 482; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 371 ss.; L. NIVARRA, *Contributo all'esegesi dell'art. 2597 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 79; ID., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 11 ss.; ID., *La*

Nell'ambito di questa seconda corrente di pensiero non è mancato chi – pur ribadendo la diversità tra le due norme, sulla base della giusta considerazione che non sempre i trasporti di linea cui fa riferimento l'art. 1679 c.c. sono concessi in via esclusiva e che, in ogni caso, è possibile una concorrenza tra servizi di linea e non di linea – abbia condivisibilmente rilevato che l'articolo da ultimo citato, nella parte in cui fornisce una disciplina concreta dell'obbligo di contrarre, può tuttavia essere utilmente richiamato, in via analogica, per completare e dare «colore» e contenuto alla scarna previsione di cui all'art. 2597 c.c. Ciò in quanto, si dice, il fatto che il legislatore del 1942, per le due situazioni più importanti che erano già emerse nell'esperienza precedente – ossia monopolio e servizio pubblico – abbia ritenuto opportuno sancire l'esistenza di un diritto soggettivo dell'utente nei confronti dell'imprenditore, induce a ritenere che esse possano comunque, e nonostante la diversità di *ratio*, essere interpretate sistematicamente come espressione di un unico principio<sup>61</sup>. Si può quindi ritenere, ad esempio: che l'obbligo a contrarre del monopolista legale si estenda a tutte (e soltanto) le richieste «compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa»<sup>62</sup> e che queste vadano soddisfatte «secondo le condizioni generali stabilite» dal monopolista (arg. ex art. 1679, co. 1, c.c.); che, in caso di richieste eccedenti la capacità di offerta dell'impresa, le prestazioni devono eseguirsi secondo l'or-

*disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 15 ss.; R. SACCO, *Contratto imposto*, cit., p. 264; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 218 ss.

<sup>61</sup> Così M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 482-483, i quali giungono a ravvisare, nel codice civile, «il modello di un istituto unitario, relativo al comportamento delle imprese in diverso modo “funzionalizzate” nel loro operare, modello rilevante sia per l'interpretazione relativa alle previsioni contenute in leggi speciali sia per giungere ad eventuali applicazioni analogiche».

<sup>62</sup> La più condivisibile dottrina interpreta la locuzione «mezzi ordinari dell'impresa» in senso dinamico, così da riconnettere tutte le misure idonee a garantire l'accesso dell'utente al bene o al servizio. Per approfondimenti si rinvia a P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 422 ss. Sul problema se per «mezzi ordinari dell'impresa» ci si debba riferire ai mezzi di fatto esistenti all'interno dell'azienda, oppure se gli stessi debbano essere determinati in base ad un parametro oggettivo, esterno all'impresa, si vedano M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 508.

dine cronologico delle richieste (arg. ex art. 1679, co. 2, c.c.); che la eventuale clausola discriminatoria e/o piú gravosa è nulla e sostituita dalla norma delle condizioni generali di contratto (arg. ex art. 1679, ult. co., c.c.)<sup>63</sup>.

Entro i limiti appena tracciati può essere utile il richiamo all'art. 1679 c.c., per riempire cioè la lacunosa disciplina derivante dall'art. 2597 c.c., ma non per altri e diversi scopi, facendo la norma chiaramente ed indiscutibilmente riferimento ai pubblici servizi del trasporto di linea, estranei all'indagine che ci si prefigge di svolgere in questa sede.

Sembra invece vi sia sostanziale uniformità di vedute sul fatto che, in linea di massima e seppur con talune peculiarità, al contratto fra monopolista ed utente è applicabile la disciplina generale dei contratti<sup>64</sup>.

Cosí come vi è concordia nel ritenere che all'obbligo legale di contrarre debba essere correlato, quale proprio corollario, un obbligo del monopolista ad osservare la parità di trattamento nei confronti di tutte le controparti e, piú in generale, di non operare discriminazioni e/o praticare condizioni inaccettabili, particolarmente onerose o inique<sup>65</sup>. Difatti, sulla base dell'esatto rilievo secondo cui il monopoli-

<sup>63</sup> Cosí, tra gli altri: GIAN. GUGLIELMETTI e GIOV. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit., p. 4; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 305;

<sup>64</sup> Cosí, su tutti: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 309 ss. Per approfondimenti si veda anche F. BARACCHINI, *Obbligo a contrarre del monopolista, condizioni generali di contratto e modalità di conclusione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1995, p. 853 ss.; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 209 ss.

<sup>65</sup> Interessante, al riguardo, un passaggio tratto da Cass., 6 luglio 1990, n. 7159, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3181 ss., non note di N. MAZZIA, senza titolo, e di L. DI VIA, *Parità di trattamento del monopolista legale e principi di correttezza e buona fede*, secondo cui: «l'obbligo di contrarre ex art. 2597 c.c. può essere violato anche indirettamente, attraverso l'imposizione di condizioni inaccettabili, onerose o inique» e «l'uguaglianza di clausole standardizzate, ma vessatorie per tutti, non corrisponde alla *ratio* della legge», per poi proseguire facendo richiamo «all'obbligo di contrarre e di osservare la parità di trattamento fra tutti gli utenti, ai sensi dell'art. 2597 c.c.». Di esigenze di «standardizzazione contrattuale» parla Cass., 28 dicembre 1990, n. 12196, in *www.iusexplorer.it*. Rimanendo alla giuri-

sta legale, obbligato a contrarre *ex art. 2597 c.c.*, spesso ha interesse non tanto a negare alla controparte il bene o il servizio prodotto (perché, anzi, data la situazione di monopolio, aumentando i contratti stipulati, accresce i suoi profitti) quanto ad offrirli a prezzi e/o a condizioni gravose, si è tratta la conseguenza che l'obbligo di contrarre «da solo» non sarebbe in grado di tutelare adeguatamente il richiedente del servizio o del bene, se insieme non fossero prestabilite condizioni eque e contenuti non eccessivamente onerosi. È chiaro dunque che l'abuso del potere economico di cui gode l'impresa monopolistica può concretarsi sia attraverso un rifiuto a contrarre, sia mediante l'adozione di una disciplina della prestazione avente caratteri discriminatori. Del resto, diversamente opinando, il monopolista potrebbe assolvere all'obbligo di contrarre soltanto in modo formale, offrendo alle controparti «discriminate» beni o servizi a condizioni, economiche o giuridiche, di fatto impraticabili.

Uniformità di trattamento che dunque si sostanzia, in via esemplificativa, nei seguenti corollari: obbligo di praticare prezzi uguali per i medesimi servizi; obbligo di utilizzare le medesime clausole contrattuali nei rapporti con le controparti e, dunque, condizioni gene-

sprudenza, si rinvia alla lettura di Trib. Roma, 21 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2893 ss., con nota di R. SIMONE, *Esclusiva Siae, emittenza privata: il prezzo del successo*. Per la tesi che ricomprende l'obbligo di osservare la parità di trattamento all'interno dell'obbligo di contrarre si vedano, in dottrina: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 300; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 19, secondo cui la parità di trattamento costituisce «un principio valido per tutti i casi in cui l'obbligo di contrarre sia previsto al fine di consentire l'accesso di un numero indeterminato di soggetti al godimento di un bene o di un servizio, indipendentemente dalla scaturigine della pretesa attribuita al portatore della domanda»; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 128 ss.; G. OPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso: obbligo legale a contrarre e parità di trattamento degli utenti di un'impresa monopolistica*, nota a Cass., 23 gennaio 1978, n. 258, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 155. Per ulteriori riferimenti si vedano anche P. GRASSANO, *Obbligo legale a contrarre dell'impresa monopolistica e rispetto del principio di pari condizione e non discriminazione*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 45 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 128 ss., il quale evidenzia, in particolare, che l'obbligo a contrarre esige che le regole di accesso al bene «prima che uguali debbono essere eque».

rali di contratto identiche; divieto di erogare prestazioni gratuite a favore di determinati soggetti; divieto di praticare politiche di vendita con finalità discriminatorie<sup>66</sup>. Si pensi, in quest'ultimo caso, a condizioni di contratto che impongano quantitativi minimi di acquisto o vendita così elevati da «tagliare fuori» dal mercato un'intera fascia di potenziali *partners*, oppure che stabiliscano durata o acquisti accessori tali da rendere particolarmente gravosa l'instaurazione del rapporto. Insomma: solo imponendo un divieto di discriminazioni arbitrarie si consente a chiunque lo voglia di acquisire o commercializzare il bene o il servizio.

Naturalmente, il principio di parità di cui si discorre va inteso in senso sostanziale e non meramente formale<sup>67</sup>, per cui non si esclude che condizioni particolari più favorevoli possano essere praticate per determinate categorie di utenti o imprenditori (si pensi, ad esempio, ai c.d. «sconti fedeltà»<sup>68</sup>), purché la decisione possa dirsi ragionevole<sup>69</sup>, ossia abbia una giustificazione economica oggettiva. Così come, si dice, il monopolista sarà tenuto ad astenersi dal soddisfare richieste

<sup>66</sup> Così G. OPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolistica*, cit., c. 156. Al contrario, si dice, è possibile praticare condizioni differenti in presenza di situazioni soggettive riguardanti utenti svantaggiati, da favorire per interessi generali di utilità sociale. Così M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 301.

<sup>67</sup> In quest'ottica si richiama il principio di eguaglianza sostanziale, che impone di trattare in modo uguale situazioni identiche ed in modo differente situazioni diverse. Cfr., P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 770-771; M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 493 ss. Per interessanti osservazioni critiche al riguardo si rinvia a A. NEGRO, *Obbligo di parità di trattamento da parte del monopolista tra fase genetica e fase funzionale del rapporto contrattuale*, nota a Cass., 25 novembre 2013, n. 26354, in *Resp. civ. e previd.*, 2014, p. 889 ss.

<sup>68</sup> Sui quali però si vedano le precisazioni di M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., pp. 302-303.

<sup>69</sup> Così GIAN. GUGLIELMETTI e GIOV. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit. p. 4. Sembra comunque esclusa la possibilità che il monopolista legale fornisca il bene o il servizio in forma gratuita. Così M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 501, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti in tema di specificazione del principio di parità di trattamento.

di entità tale da pregiudicare il soddisfacimento delle domande future<sup>70</sup> e, piú in generale, richieste inconciliabili con la struttura e la capacità produttiva dell'impresa.

5. Tracciati in maniera estremamente sintetica i caratteri ed i principali problemi esegetici derivanti dalla lettura dell'art. 2597 c.c. e ritenuto ragionevolmente che questa norma, letta unitamente all'art. 1679 c.c., esprima il modello di un istituto unitario, relativo alla condotta delle imprese in diverso modo «funzionalizzate» nel loro operare, bisogna ora chiedersi quali siano (e prima ancora se vi siano!) le possibilità espansive di tale modello.

In particolare ci si deve domandare se l'art. 2597 c.c., cosí come letto ed interpretato, possa servire alla «nostra causa», possa cioè essere applicato anche per risolvere conflitti tra imprese di cui una sia in posizione di monopolio di fatto – e non di diritto – e l'altra intenda accedere al bene o servizio prodotto o commercializzato dalla prima. Possa, in altri termini, essere utilizzata per fondare un generale obbligo a contrarre o a fornire la prestazione in capo alle imprese che esercitano un'attività in regime di monopolio, non solo di diritto, ma anche di fatto.

A dire il vero, però, allo stato la risposta sembrerebbe essere negativa, per lo meno *de jure condito*, per due ordini di ragioni, di seguito cosí sintetizzate.

In prima istanza, si dice, in uno con quanto risulta dalla Relazione ministeriale al codice civile<sup>71</sup>, scopo della norma è quello di apprestare una tutela al consumatore/utente, resa necessaria dalla mancanza di quei mezzi di autodifesa economica che sarebbero possibili

<sup>70</sup> Cosí P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., pp. 437-438. Si veda, piú di recente, N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 222 ss.

<sup>71</sup> Secondo cui, come detto, la norma di cui all'art. 2597 c.c. «si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale, per ragioni varie e non tutte contingenti, va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i trasporti ferroviari), nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno». Si veda la *Relazione* al libro del codice civile «*Del Lavoro*», n. 238.

in una situazione di libera concorrenza<sup>72</sup>. Si garantisce così al medesimo soggetto l'accesso ed il godimento dei beni e dei servizi erogati in regime di monopolio e si impone all'imprenditore l'obbligo di erogare la prestazione oggetto dell'attività di impresa a condizioni di parità di trattamento. Obbligo che si sostanzia, come detto, principalmente: – nell'obbligo di praticare prezzi uguali per i medesimi servizi; – nel divieto di praticare politiche di vendita con finalità discriminatorie; – nella necessità di utilizzare le stesse clausole contrattuali nei rapporti con l'utenza. Così ragionando, la norma sarebbe invocabile dal solo consumatore finale del bene o del prodotto, operando, ai conflitti tra imprese, il solo il divieto di discriminazione nella fornitura di cui all'art. 3, l. n. 287/90.

Fermo quanto sopra, si aggiunge ulteriormente che la norma di

<sup>72</sup> Così, tra gli altri: G.G. AULETTA, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali della concorrenza*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, V, Bologna-Roma, 1973, p. 131; GIAN. GUGLIELMETTI e GIOV. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit., p. 4; G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Milano, 1961, p. 433; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, cit., p. 324 ss.; A. MASTRORILLI, *Rifiuto di contrarre, monopolio legale, abuso di posizione dominante*, nota a App. Milano, 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3394 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 205 ss.; ID., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, p. 99. Già in epoca precedente alla codificazione del 1942, nel senso che l'obbligo di contrarre pone rimedio alla restrizione subita dalla «libertà dei consumatori di scegliere tra i prodotti (cose o servizi) di più imprese concorrenti», si veda A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, 1915, p. XLIV; ID., *Del contratto di trasporto*, cit., p. 7. In giurisprudenza, si vedano, tra le altre: Cass., 23 febbraio 1994, n. 1785, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 359 ss., secondo cui «la l. 5 agosto 1981 n. 416 non introduce a carico delle imprese di distribuzione l'obbligo legale di contrarre con tutti i rivenditori esistenti, i quali, pertanto, non possono far valere alcun diritto alla fornitura del prodotto, né ai sensi dell'art. 41 cost., né ai sensi dell'art. 2597 c.c. – che, prevedendo l'obbligo di contrarre dell'imprenditore monopolista – è diretto esclusivamente a tutelare il consumatore del prodotto medesimo, non già il suo rivenditore»; Cass., 12 gennaio 1993, n. 266, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, p. 332 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Una (promessa) apertura della Suprema Corte all'estensione al monopolista di fatto dell'obbligo a contrarre di cui al 2597?*; Cass., Sez. Un., 15 marzo 1985, n. 2018, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1663 ss., con nota di R. PARDOLESI; Pret. Bari, 30 novembre 1988, *ivi*, 1989, I, c. 1084 ss., con nota di M.L. LA SELVA.

cui all'art. 2957 c.c. costituisce una disposizione di carattere eccezionale, poiché derogativa del principio di libertà contrattuale, e, stante il suo tenore letterale<sup>73</sup>, è applicabile soltanto all'ipotesi di monopolio legale – ossia quante volte il monopolio derivi da una disposizione di legge che vieti ad altri soggetti di produrre i medesimi beni e servizi<sup>74</sup> – e non è estensibile analogicamente alle diverse ipotesi in cui l'unicità di beni o servizi offerti all'interno di un determinato mercato e la relativa preminenza di talune imprese non derivi da una regolamentazione normativa, ma sia il «naturale» risultato di una data situazione economica<sup>75</sup>. Ciò in quanto, si dice, l'obbligo a contrarre

<sup>73</sup> Ove si parla *expressis verbis* di «monopolio legale».

<sup>74</sup> Con le precisazioni circa l'estensione della nozione di «monopolio legale» sopra viste.

<sup>75</sup> Trattasi di un principio assolutamente consolidato in giurisprudenza. Tra le tante si vedano: Cass., 5 maggio 1997, n. 3980, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 521 ss., con nota adesiva sul punto di L. ALBERTINI, *Antitrust, rifiuto di contrarre ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*; Cass., 23 gennaio 1990, n. 355, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 594 ss., con nota di S. LEONINI, *Monopoli, posizione dominante e discriminazione di prezzo*; Cass., Sez. Un., 15 marzo 1985, n. 2018, cit.; Cass., 3 luglio 1968, n. 2216, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2352 ss.; Cass., 4 settembre 1962, n. 2387, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, p. 121 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Se i consorzi siano imprenditori: un caso di esclusione dal mercato e dubbia carenza legislativa*; App. Firenze, 5 febbraio 1997, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 383 ss., con nota di D. SICILIANO, *Disciplina antitrust e provvedimenti d'urgenza in materia portuale*; Trib. Genova, 15 novembre 1982, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, p. 204 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Obbligo a contrarre e monopolio di fatto*; App. Milano, 24 novembre 1978, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, n. 1099; App. Roma, 7 dicembre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, c. 524 ss.; Trib. Roma, 15 giugno 1960, *ivi*, 1961, I, c. 554 ss., con nota di T. LIGI, *Patto di boicottaggio e obbligo di contrarre del monopolista*; Trib. Roma, 6 agosto 1955, *ivi*, 1956, I, c. 448 ss. In dottrina, ritengono destinatari passivi della norma soltanto i monopolisti legali, tra gli altri: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 55; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit., p. XLVII, n. 28, secondo cui: «Certo sarebbe desiderabile poter ammettere un obbligo legale a soddisfare le domande degli utenti a carico di tutti i monopolisti di fatto; ma questa considerazione pratica non è sufficiente a dare un fondamento giuridico a questo obbligo [...] fino a che resta pietra angolare dell'ordinamento giuridico il principio liberale individualista»; G.G. AULETTA, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali della concorrenza*, cit., p. 132, secondo cui, in caso di monopolio di fatto, «il legislatore

non si giustificerebbe in un regime di monopolio di fatto, poiché in questo caso sussisterebbero pur sempre la possibilità, giuridica ed economica, di un capovolgimento della situazione di mercato.

È evidente e palese, in tale impostazione, l'atteggiamento difensivo e di chiusura assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali, mosse dal «dogma» dell'eccezionalità della norma, in quanto derogativa del principio di libertà di impresa e di iniziativa economica, ne hanno per anni – e tutt'ora – neutralizzato le potenzialità applicative, relegandola ai margini del nostro sistema di diritto positivo. Soprattutto oggi che i monopoli di diritto stanno, pian piano, scomparendo in favore di una, più o meno marcata, liberalizzazione.

Da tali presupposti ne deriva la logica conseguenza che il rifiuto di contrarre da parte del monopolista di fatto, come tale non tenuto all'osservanza di alcun obbligo di contrarre, rappresenti una condotta di per sé lecita, potendo costituire atto illegittimo soltanto in presenza di una posizione dominante e di una mancanza di apprezzabile giustificazione nel rifiuto, oppure, di un atto di concorrenza sleale.

Il discorso potrebbe terminare a questo punto, prendendo atto dell'interpretazione restrittiva e della collocazione marginale che dottrina e giurisprudenza dominanti tradizionalmente assegnano alla norma in esame.

Prima, però, ci si vuole concedere il lusso di abbandonarsi e lasciarsi affascinare da una «suggestione», ossia quella che ipotizza una

non ha creduto di dover intervenire, almeno con una disposizione di portata generale, perché non si tratta di uno stato di fatto creato immediatamente dalla legge»; L. BARRASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, p. 133; M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, p. 567; A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 696-698; G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, cit., pp. 820-821; G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, cit., p. 433 ss.; S. HASSAN, *Diritto industriale. Commentario*, Milano, 1984, p. 555; T. LIGI, *Patto di boicottaggio e obbligo di contrattare del monopolista*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 555 ss.; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, cit., p. 334 ss. (anche se con rilevanti precisazioni, che di fatto allargano la portata applicativa della norma); G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., 57 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, fondato da F. Vassalli, VI, Torino, 1975, p. 700; G. SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1975, p. 139 ss.; ID., *L'abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 418; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 194.

applicazione della disposizione che vada ben oltre gli «angusti» confini che le sono stati «ritagliati» dal diritto «vivente».

Al riguardo, infatti, ci si permette, molto «sommessamente», di osservare, in prima battuta, che, in assenza di un dato normativo in tal senso, non paiono rinvenirsi significativi motivi ostativi tali da limitare la legittimazione attiva all'azionabilità della norma sull'obbligo di contrarre ai soli consumatori del bene e del prodotto, le ragioni di tutela dei singoli sussistendo anche in capo all'imprenditore che intenda negoziare, nell'esercizio della propria attività, il bene o il servizio oggetto di monopolio<sup>76</sup>.

Nè può costituire ostacolo insormontabile a tale lettura estensiva la già ricordata presunta *voluntas legis* e la limitazione interpretativa fornita in sede di approvazione del codice civile – ove si legge che l'art. 2597 c.c. è posto «a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza»<sup>77</sup> – trattandosi di una lettura, per quanto effettuata in sede di interpretazione autentica, «vecchia» di oltre settant'anni, «figlia» di un'epoca fondata sul «dogma» della astratta parità dei soggetti operanti sul mercato; epoca in cui non era certo così avvertita l'esigenza di approntare una specifica tutela anche in favore dell'imprenditore «debole». Esigenza, quest'ultima, che può dirsi, al contrario, rappresentare un vero e proprio obiettivo di politica legislativa degli anni moderni e del «nuovo» diritto contemporaneo, caratterizzato, come noto, dall'introduzione

<sup>76</sup> Un'apertura in tal senso è ravvisabile in M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 494; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., pp. 29-30. Anche M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., pp. 278-279, nel commentare l'art. 2597 c.c., ritiene che la Relazione al codice civile, «quando parla di consumatori, non allude soltanto ai consumatori finali, ma a tutti coloro (spesso si tratta di imprenditori minori) che hanno bisogno di conseguire i beni o i servizi dell'impresa monopolistica». Prima ancora, nel medesimo senso, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 325. È chiaro però che oggi, alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, tale distinzione tra «consumatore finale» e «consumatore a sua volta imprenditore» (così ID., *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 325) appare impraticabile.

<sup>77</sup> Si veda la già ricordata *Relazione* al libro del codice civile «*Del Lavoro*», n. 238.

di molteplici correttivi volti a riequilibrare le diseguglianze di potere tra le parti, siano anch'esse imprenditori<sup>78</sup>.

Ciò che si vuol dire è che, forse, i tempi sono oggi maturi per una rivisitazione del problema e per una rimediazione in chiave critica dell'impostazione tradizionale e dell'intenzione storica del legislatore del '42, non più sostenibile alla luce dei mutati valori che caratterizzano la società moderna. Peraltro, in generale, che la volontà storica del legislatore possa essere nel tempo superata da un'interpretazione evolutiva e più conforme ai nuovi principi economico e sociali di una data epoca storica è circostanza del tutto scontata e che non abbisogna di dimostrazione: diversamente opinando, del resto, risulterebbe automaticamente preclusa ogni e qualsivoglia manovra estensiva ed il diritto perderebbe del tutto qualsiasi legame con la realtà fattuale, sempre in divenire.

Nè, a parere di chi scrive, coglie nel segno l'osservazione di taluni<sup>79</sup>, secondo i quali con l'introduzione della normativa in tema di divieto di abuso di posizione dominante *ex art. 3, l. n. 287/90* sarebbe in ogni caso venuta meno l'esigenza di una interpretazione estensiva e/o analogica dell'art. 2597 c.c., non essendo certo coincidenti i presupposti di applicabilità delle due disposizioni. Basti considerare, per quel che in questa sede più interessa, che, mentre l'art. 2597 c.c. reprime *tout court* il rifiuto a contrarre del monopolista, dall'art. 3 della l. n. 287/90 può farsi discendere un obbligo a contrarre nei soli casi in cui si riesca a provare che il relativo rifiuto sia

<sup>78</sup> Superfluo ricordare, al riguardo, i recenti interventi normativi a protezione dell'imprenditore «debole», che vanno dalle legge in tema di subfornitura industriale a quella sul *franchising*, fino alla normativa in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, e così via. Più in generale, per una valorizzazione della persona umana si veda, *ex plurimis*, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

<sup>79</sup> Cfr., tra gli altri: G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, Torino, 2003, p. 231; M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 514-515, secondo i quali, con l'entrata in vigore della legge nazionale *antitrust*, non vi è più spazio per un problema di interpretazione analogica dell'art. 2597 c.c. In senso simile P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 770; V. VANZETTI e A. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005, p. 575 ss.

stato abusivo, ossia, in prima approssimazione, abbia rappresentato il frutto di una condotta ingiustificatamente discriminatoria.

La norma da ultimo citata si limita a dettare le regole ed i criteri e in base ai quali effettuare un complesso giudizio di comparazione tra interessi contrapposti al fine di verificare la liceità o meno della condotta tenuta dall'impresa dominante; viceversa, con la disposizione civilistica dell'art. 2597 c.c. il legislatore risolve – *a priori* ed una volta per tutte – il conflitto di interessi che viene in rilievo tutte le volte in cui vi è un monopolio, in funzione della prevalenza dell'interesse del soggetto «a valle» a godere della prestazione dell'impresa e della libertà di accesso al mercato, e ritiene così sempre illecito il *refusal to deal* dell'impresa monopolistica<sup>80</sup>.

Insomma: se l'art. 2597 c.c. reprime il rifiuto a contrarre in sé considerato, anche quando cioè lo stesso non sia qualificabile «come strumento distorsivo dello svolgimento della concorrenza nell'ambito di un'economia di mercato»<sup>81</sup>, la norma di cui all'art. 3 della l. n. 287/90 vieta tale condotta soltanto qualora si riesca a provare che la stessa si appalesi ingiustificata alla luce di un giudizio complesso ed articolato, nel quale trovano posto anche le ragioni dell'impresa dominante.

La differenza non pare di poco momento!

Pertanto – ad anche sulla scorta di un'interpretazione evolutiva dell'art. 2597 c.c., «riletto» alla luce dell'art. 41, c. 2 Cost.<sup>82</sup> e dell'art.

<sup>80</sup> L'art. 2597 c.c., è stato correttamente rilevato, «non si limita a dettare i criteri e le direttive per la soluzione di un conflitto di interessi, ma direttamente lo risolve, sancendo il primato di quello dell'utente». Così L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit. p. 89.

<sup>81</sup> Così Trib. Milano, 22 marzo 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1977, n. 702.

<sup>82</sup> Pone l'accento su tale norma, al fine di sottoporre anche il monopolista di fatto ai vincoli descritti nell'art. 2597 c.c., L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 527, secondo cui «non ci sembra più accettabile, dopo l'art. 41 cost., il diniego, tuttora diffuso, di sottoporre anche il monopolista di fatto ai vincoli descritti dall'art. 2597 c.c.». Ritiene l'art. 2597 c.c. applicabile anche ai monopoli di fatto M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit. pp. 315-316, il quale precisa che l'applicazione analogica della norma «è frutto di una normale interpretazione evolutiva dell'art. 2597, che tiene conto dei nuovi principi presenti nell'ordinamento». Sempre nel senso di un'applicabilità della norma anche ai monopoli di fatto (purché, però, tale lettura estensiva resti cir-

102 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (già 86 del Trattato Istitutivo della CEE) – potrebbe ipotizzarsi un vero e proprio «capovolgimento di fronte» e ritenere che la norma codicistica in esame, in luogo di una disposizione di carattere eccezionale<sup>83</sup> (ossia espressiva di valutazioni contrastanti ed opposte rispetto a quelle di carattere generale presenti all'interno dell'ordinamento), rappresenti una norma attuativa dei principi generali dell'ordinamento e, come tale, sia estensibile analogicamente anche alle ipotesi di monopolio di fatto, in cui forse è addirittura più sentita l'esigenza di tutela dell'imprenditore «estromesso», in ragione dell'assenza, per definizione, di normative protezionistiche che di solito accompagnano l'istituzione di monopoli legali (si pensi, ad esempio, al meccanismo di eteroregolamentazione delle condizioni generali di contratto, oppure ai vari strumenti di controllo istituzionale previsti dall'ordinamento nei casi di monopolio legale)<sup>84</sup>.

coscritta ai rapporti imprenditore/consumatore finale e non si estenda ai rapporti tra imprenditori, cui la norma resta inapplicabile) di vedano: V. FRANCESHELLI, *Obbligo a contrarre e monopolio di fatto*, cit., pp. 206-207; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 205 ss. In giurisprudenza, un'apertura in tal senso – seppur a livello di mero *obiter dictum* – la si ricava da Cass., 12 gennaio 1993, n. 266, cit., ove, in motivazione, si dice che l'art. 2597 c.c., «quand'anche estensibile alle ipotesi di monopolio di mero fatto, è diretta esclusivamente a tutelare il consumatore del prodotto e no, quindi, il rivenditore». In argomento si veda anche L. NIVARRA, *Esclusiva Siae e obbligo di contrarre: una disciplina in cerca di autore?*, nota a Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2402 ss.

<sup>83</sup> Nota e già riferita è l'opinione tradizionale che ritiene che le norme in tema di obbligo a contrarre contrastino con un principio cardine dell'ordinamento, quale è quello della libertà contrattuale, e pertanto siano norme eccezionali, come tali non applicabili analogicamente. Si vedano, tra i tanti: A. ASQUINI, *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 11; A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 696; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 207, n. 187; G. GUGLIELMETTI, *Prezzi imposti e contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, p. 65 ss.; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 67; L. MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, cit.; C. PUCHETTI, *L'attività commerciale e le prestazioni di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione*, Milano, 1942, p. 138 ss.; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 13.

<sup>84</sup> Così, «il ricorso al monopolio è stato visto come uno strumento che con-

Del resto, se l'art. 2597 c.c. esprime la necessità di una «correzione in senso concorrenziale del monopolio»<sup>85</sup>, se cioè scopo dell'obbligo a contrarre è quello di porre rimedio all'assenza di concorrenza che ha origine nel privilegio accordato ad un imprenditore nella produzione o distribuzione di un dato bene o servizio, non si vede perché mai tale meccanismo correttivo debba operare nei soli casi in cui l'organizzazione in senso monopolistico del mercato derivi da disposizioni di legge o (secondo alcuni anche) dell'autorità amministrativa, e non anche quando sia il frutto di vicende interne riconducibili agli stessi *stakeholders* del mercato; non si vede perché mai, insomma, debba applicarsi ai soli monopoli di diritto e non anche a quelli c.d. spontanei, in cui si pongono esigenze protettive (quantomeno) simili del terzo contraente (se non, come visto superiori), che si trova di fatto nella identica condizione sostanziale di inferiorità e di impossibilità di accedere *aliunde* al bene o al servizio di colui che contrarre con il monopolista legale.

Trattasi di una limitazione, a parere di chi scrive, non ragionevole e non più «al passo» con i tempi e con la moderna e più condivisibile tendenza evolutiva del pensiero giuridico, volta come visto a negare l'assunto secondo cui i limiti all'autonomia privata costituirebbero norme eccezionali, come tali non soggette ad interpretazioni estensive o analogiche.

Del resto, è agevole osservare che, anche se la «genesi» delle due forme di monopolio è profondamente diversa, nella prospettiva del soggetto protetto dalla norma – sia esso il solo consumatore o, come a parere di chi scrive, anche l'imprenditore – la situazione è la medesima, in quanto in entrambi i casi viene pregiudicata la possibilità di accesso al bene o al servizio.

Insomma: da una lettura sistematica e teleologica della norma potersi ricavare, a giudizio di chi scrive, che il presupposto essenziale dell'obbligo di contrarre vada individuato nell'assenza di concorrenza

sente all'ordinamento l'attuazione di politiche di equilibrio sociale». Così P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 762. In generale, in riferimento ai diversi interventi pubblici in materia, si rinvia a M. BESSONE, *Imprese e società*, Roma-Bari, 2001, p. 14 ss.

<sup>85</sup> Così Cass., Sez. Un., 15 marzo 1985, n. 2018, cit.

e non nelle sue cause, siano esse legali o fattuali; di conseguenza, si è destinatari dell'obbligo di contrarre previsto dalla norma in funzione della forma di mercato in cui si opera, a nulla rilevando la fonte della stessa.

Né il principale argomento di segno contrario addotto dalla dottrina in materia – secondo cui, mentre il monopolio legale è «insuperabile», quello di fatto può essere sempre superato<sup>86</sup> – pare possa cogliere nel segno, per la semplice ragione che anche il monopolio di fatto, fintanto che esiste, è al medesimo modo «insuperabile» per il soggetto che voglia fare ingresso nel mercato, per il quale nulla cambia – in termini di pregiudizio arrecato – con riferimento all'origine, legale o fattuale, della situazione lesiva. La posizione economica di privilegio assoluto di cui gode il soggetto unico ed esclusivo produttore o distributore di un determinato bene o servizio, si ripete, è la medesima, quale che sia la fonte da cui la stessa sia derivata e, in tutti i casi, si pongono le medesime esigenze di tutela della concorrenza e di un libero mercato<sup>87</sup>.

Concludendo sul punto: seguendo questo discorso potrebbero, *de iure condendo*, cadere i due limiti principali oggi rinvenibili nell'art. 2597 c.c., rappresentati, l'uno, dalla legittimazione attiva (limitata al solo consumatore), l'altra, dalla legittimazione passiva (circostritta al monopolista di diritto) e si potrebbe iniziare a concepire la norma in esame quale regola di condotta dell'impresa monopolista *tout court*,

<sup>86</sup> Cfr., tra gli altri: R. SACCO, *Contratto imposto*, cit., p. 260, secondo cui «il rimedio (cioè l'obbligo a contrarre) è meno urgente nei confronti del monopolista di fatto, che può conservare il suo monopolio solo a condizione di non chiedere controprestazioni assurde e di non restringere troppo l'offerta della merce, perché altrimenti crea un vuoto nel mercato, idoneo a far sorgere una concorrenza. E ciò spiega a sufficienza il motivo per cui il legislatore ha sottoposto il monopolio di diritto (facile ad accertarsi) a disposizioni rigide, non applicabili al monopolio di fatto (fattispecie sempre ipotetica, perché condizionata ad iniziative e interventi di terzi; e difficilissima da accertarsi)»; G. SENA, *Il boicottaggio*, cit., p. 139.

<sup>87</sup> Al riguardo, non pare senza significato la circostanza che una recente ordinanza del Tribunale delle Imprese di Palermo ha rilevato che l'art. 2597 c.c. è «da ritenersi estensibile anche al monopolio di fatto, dovendo quindi configurarsi nella specie un obbligo giuridico a contrarre». Si veda Trib. Palermo, Sez. spec. In materia di Impresa, 19 luglio 2016, proc. n. 8260/2016 r.g., *inedita*.

a prescindere dalle cause, legali o naturali, da cui sia derivata una tale situazione di privilegio sul mercato. Si offrirebbe così una tutela «forte» al soggetto che intenda svolgere, o continuare a svolgere, una determinata attività, oggetto di monopolio, preservando e ripristinando in qualche modo la funzionalità del mercato concorrenziale, in sintonia con il modello comunitario.

6. Se si ritiene di dover abbandonare, *de iure condito*, la percorribilità della strada che conduce all'applicazione dell'art. 2597 c.c., al fine di cercare di apprestare una tutela adeguata all'imprenditore che intenda accedere al bene o al servizio oggetto di monopolio di fatto non resta che tentare il richiamo ad altre normative che, pur non imponendo *tout court* un obbligo a contrarre, mirano comunque a proteggere gli interessi dei soggetti appartenenti alla categoria degli imprenditori economicamente più deboli. Così può farsi riferimento, in particolare, alla norma civilistica sulla concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.*; al divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 della l. *antitrust* n. 287/90; al divieto di abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 l. n. 192/98. Disposizioni che, come ben noto, sono idonee a reprimere forme di potere economico anche meno marcate di un vero e proprio monopolio, essendo sufficiente, a vario titolo, una situazione di forza o di dominio sul mercato.

E questo aspetto rappresenta indubbiamente un vantaggio, rispetto alla rigida normativa di cui all'art. 2597 c.c., che naturalmente richiede, per la sua applicabilità, la prova dell'esistenza di una situazione di monopolio; prova che – se non presenta particolari difficoltà in caso di monopolio legale, esaurendosi della individuazione del *factum principis* da cui deriva tale situazione di privilegio<sup>88</sup> – non è certo agevole, e anzi è spesso molto complessa, nel caso di monopolio di fatto.

<sup>88</sup> Salvo poi però, come sopra accennato, chiedersi quale ampiezza vada data alla nozione di «fonte legale»: se cioè, con tale locuzione, debba intendersi soltanto il monopolio generato direttamente da una disposizione di legge; oppure se, al contrario, si estenda anche ai casi in cui una situazione di monopolio venga creata da un atto amministrativo o regolamentare, oppure come sia effetto indiretto e consequenziale di una legge o di un atto amministrativo volti ad altri fini.

A parte quanto appena esposto, però, se si sposta l'attenzione dall'art. 2597 c.c. alle altre norme richiamate, la questione, sul piano della tutela e degli interessi protetti, muta profondamente, e ciò a prescindere dalle profonde diversità<sup>89</sup> che separano tra di loro le fattispecie richiamate – soprattutto quella in tema di concorrenza sleale e posizione dominante, da un lato, e di dipendenza economica, dall'altro – con conseguente impossibilità di riconnettere i citati dati normativi ad una piattaforma unitaria, sia dal punto di vista degli interessi protetti, sia in considerazione dei connotati tipici delle diverse fattispecie.

In primo luogo, infatti, un dato sembra certo ed inequivocabile: in queste norme non vi è nulla che imponga di per sé un obbligo a contrarre dell'impresa in posizione di vantaggio, né, *a fortiori*, un obbligo ad eseguire una data prestazione. Un eventuale rifiuto – in sé dunque perfettamente legittimo – potrà qualificarsi illecito soltanto al termine di un lungo e complesso itinerario di valutazione comparativa dei diversi e configgenti valori in gioco al fine di individuare quale di questi, di volta in volta, debba ritenersi prevalente e meritare tutela.

Diversamente, l'art. 2597 c.c., come si è già cercato di porre in rilievo, costituisce una norma che risolve a monte ed una volta per tutte il conflitto di interessi tra l'imprenditore monopolista ed il potenziale contraente a favore di quest'ultimo, sia esso un consumatore, secondo l'impostazione quasi unanimemente accolta, oppure anche un altro imprenditore, in base alla tesi che in questa sede si è proposta. Poiché l'interesse protetto dalla norma è quello che vanta il (potenziale) *partner* del monopolista al conseguimento del bene o del servizio, il dovere di contrarre è sostanzialmente un'obbligazione il cui sorgere è legato alla mera circostanza dell'esercizio dell'impresa in regime di monopolio. L'illiceità del rifiuto non è subordinata ad una valutazione comparativa degli interessi sul tappeto, ma deriva dal semplice accertamento del mancato rispetto dell'obbligo: il rifiuto di contrarre costituisce dunque *ex se* fonte di responsabilità.

<sup>89</sup> Diverse delle quali per la verità sono, a parere di chi scrive, più teoriche che pratiche.

A questo punto, però, è bene intendersi: anche nella prospettiva dell'art. 2597 c.c. potrebbe in ipotesi ammettersi la legittimità di un rifiuto a contrarre del monopolista; tuttavia tale legittimità richiederebbe la prova positiva – da fornire, deve ritenersi, ad onere del monopolista stesso – che il diniego sia giustificato da circostanze obiettive ed in qualche modo necessitate. Nella pratica, e seguendo la tesi, sopra riferita, secondo la quale l'obbligo a contrarre «abbraccia» una serie di doveri preparatori – tesi senz'altro da preferire – l'accertamento della legittimità o meno del rifiuto dovrà implicare l'esame del comportamento del soggetto obbligato anche nella fase preparatoria e precedente la richiesta, per cui quest'ultimo sarà tenuto alla difficile dimostrazione di aver predisposto mezzi e strutture imprenditoriali necessarie a soddisfare la domanda e di aver mantenuto la sua impresa nelle condizioni di efficienza ordinaria, corrispondente cioè alla richiesta media del bene o del servizio, di aver messo a disposizione dei richiedenti i beni o i servizi compatibilmente con le dette normali dimensioni d'impresa, di aver osservato il dovere di parità di trattamento, ripartendo le prestazioni in considerazione della ragionevolezza della richiesta, e così via<sup>90</sup>.

In una parola: il monopolista, per andare esente da responsabilità, deve provare l'impossibilità non imputabile della prestazione. Oppure, secondo alcuni, deve dimostrare che il diniego sia stato funzionale all'osservanza dell'obbligo, nel senso che accogliere la domanda del soggetto «rifiutato» avrebbe potuto mettere a rischio la possibilità di soddisfare future richieste<sup>91</sup>.

Insomma, quale che sia il contenuto della prova liberatoria a carico del monopolista, un dato è certo ed inconfutabile: nella prospettiva di cui all'art. 2597 c.c. – diversamente che nelle altre norme richiamate – la ragionevolezza e la legittimità del rifiuto non potranno mai discendere da una comparazione tra interessi in rilievo e dalla individuazione di quello ritenuto, di volta in volta, prevalente, ma si risolverà nel mero accertamento della sussistenza di cause di non imputabilità dell'inadempimento, o, più in generale, del diniego.

<sup>90</sup> Per questi rilievi si veda P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 54.

<sup>91</sup> Così L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 152, nota 3.

Come è facilmente constatabile, si è completamente al di fuori da una prospettiva di ponderazione di interessi in antagonismo.

Viceversa, una volta abbandonata la fattispecie di cui all'art. 2597 c.c., sembra riprendere vigore pieno il principio della libertà contrattuale, quale momento della libertà di iniziativa economica, inteso anche come autonomia nel decidere «se» contrarre e «con chi» contrarre; il quest'ottica il *refusal to deal* non può certo essere considerato un atto illecito di per sé, ma lo potrà diventare soltanto nel concorso delle circostanze qualificanti di volta in volta previste dalle norme richiamate. Tutto questo, naturalmente, con onere della prova – questa volta – tutto a carico del soggetto che invoca l'applicazione della norma da cui desumere l'illegittimità del rifiuto a contrarre, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.

Similmente è a concludersi per il principio di parità di trattamento, non essendo certo allo stato rinvenibile un generale divieto di praticare sconti, agevolazioni o, in generale, trattamenti diversificati e diseguali in favore di questo o quel *partner* commerciale.

7. Fatte queste doverose premesse, non può essere revocata in dubbio la circostanza che un rifiuto a contrarre possa in astratto essere inquadrato tra gli atti (atipici) di concorrenza sleale ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c.<sup>92</sup>. Questa disposizione, infatti, facendo generico riferimento ai principi della correttezza professionale, ben si presta ad assumere il ruolo di clausola generale dotata di una elasticità tale da ricomprendere al suo interno una potenzialmente infinita gamma di comportamenti, che possono modificarsi in relazione al di-

<sup>92</sup> In senso contrario sembra però essersi espresso di recente Trib. Roma., 8 novembre 2008, in *www.iusexplorer.it*. Questa la massima che, per la verità, lascia molto perplessi, poiché ingiustificatamente limitativa dei diritti dell'imprenditore escluso: «L'obbligo a contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto di una impresa a parità di condizione sussiste solo in capo a soggetti che si trovino in regime di monopolio legale e/o in posizione dominante riconosciuta. In assenza di queste condizioni l'imprenditore è intitolato ad agire in regime di libera contrattazione, scegliendo le proprie controparti. L'invocato articolo 2598 n. 3 c.c. costituisce clausola generale che raggruppa una serie di comportamenti non riconducibili ai precedenti n. 1 e 2; ma tra gli stessi non risulta il rifiuto di negoziare o contrarre con imprese concorrenti».

venire della realtà economica. In quest'ottica, si dice, l'interesse tutelato dalla previsione dell'obbligo a contrarre sarebbe non soltanto quello di offrire protezione alla parte piú debole del rapporto, garantendo alla stessa di accedere al mercato o di continuare a svolgere la propria attività, ma anche quello di creare una forma di controllo legislativo sull'attività del soggetto forte nell'ambito di una piú generale regolamentazione della concorrenza<sup>93</sup>.

Orbene: senza voler avventurarsi nell'esegesi di una norma dal contenuto comunque complesso e dai contorni tutt'altro che delineati, e senza neppur voler lambire l'irrisolta (e forse irrisolvibile) questione circa l'individuazione del bene giuridico dalla stessa tutelato – indagini che ci allontanerebbero troppo dal cuore del problema – in questa sede ci si limiterà a fare cenno a due questioni che si pongono a coloro che vogliono applicare la norma in esame al rifiuto a contrarre, ossia piú precisamente: *a)* se sia possibile configurare un rapporto di concorrenza, presupposto per l'applicabilità della disposizione, tra soggetti che operano a livelli differenti del medesimo mercato; *b)* quando il rifiuto a contrarre possa dirsi atto non conforme ai principi di correttezza professionale.

Il primo problema è oggi in realtà un «falso problema»: invero, secondo l'oramai comune concezione, un rapporto di concorrenza è configurabile anche tra imprenditori che operino su di un diverso livello, ossia in una delle molteplici fasi in cui viene a scomporsi il ciclo di produzione e di scambio, qualora il risultato ultimo di entrambe le attività – seppur diverse tra di loro – incida sulla stessa categoria di consumatori, quando vi sia cioè identità nel mercato di sbocco<sup>94</sup>. L'attività di concorrenza sleale può dunque essere compiuta

<sup>93</sup> COSÌ G.M. DANUSSO, *Il rifiuto di contrarre da parte di impresa dominante nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 259.

<sup>94</sup> In dottrina, tra i tanti, si vedano: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 199 ss.; P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, XVIII, Torino, 1983, p. 349; P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 100; P. BELTRAMI, *I soggetti dell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1961, I, p. 345 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da G. Vassalli, Torino, 1974, 665; G. FLORIDIA, *Correttezza e responsabilità del-*

anche da un soggetto che non operi in rapporto di concorrenza diretta con il danneggiato, purché si tratti di operatori economici dello stesso mercato. Oggi, secondo le piú moderne teorie, non è piú richiesto, pertanto, che «il soggetto attivo e quello passivo dirigano l'offerta dei beni o dei servizi alla stessa cerchia di consumatori immediati»<sup>95</sup>, essendo sufficiente che «alla fine della catena si ritrovino gli stessi consumatori»<sup>96</sup>, ovvero che «il risultato ultimo di entrambe le attività incida sulla stessa categoria di consumatori»<sup>97</sup>.

E questo, a tacer d'altro, per un'evidente esigenza di razionalità del sistema: infatti, come è stato sottolineato già diversi decenni orsono, «sarebbe veramente illogico che il fabbricante di un prodotto non potesse rivolgersi contro il rivenditore della merce o del segno distintivo contraffatto, quando proprio dall'attività di costui è condizionato il verificarsi del danno che egli potrebbe risentire»<sup>98</sup>; del pari, «il fornire ad un consumatore, che ha chiesto una certa bevanda, altra diversa, di un produttore concorrente è un fatto a valenza plurioffensiva, che realizza un pregiudizio per il consumatore e, insieme, per il produttore della bevanda chiesta e non fornita, in quanto idoneo a danneggiare l'avviamento commerciale della sua

*l'impresa*, Milano, 1982, p. 38; M. FRANZOSI, *Sui soggetti dell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, p. 111 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *Concorso di piú soggetti nell'atto di concorrenza sleale*, *ivi*, 1955, I, p. 62; P. JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, *ivi*, 1971, I, p. 245 ss.; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, *cit.*, p. 215 ss.; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, *cit.*, p. 154 ss.; C. SANTAGATA, *Condizioni generali di contratto e clausole limitative della concorrenza nei rapporti fra imprenditori e distributori*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania il 17-18 maggio 1969*, *cit.*, pp. 141-142; G. SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, II, p. 1097; L. SORDELLI, *La concorrenza sleale*, Milano, 1956, p. 49. In giurisprudenza, tra le altre: Cass., 23 marzo 2012, n. 4737, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 395; Cass., 20 maggio 1997, n. 4458, in *Dir. ind.*, 1997, 668 ss.; Cass., 4 luglio 1985, n. 4029, in *www.insexplorer.it*.

<sup>95</sup> Così G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, *cit.*, p. 14.

<sup>96</sup> Così T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, *cit.*, p. 199.

<sup>97</sup> Così Cass., 17 maggio 1966, n. 1255, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1086 ss.

<sup>98</sup> Così Trib. Napoli, 29 aprile 1967, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, c. 132 ss.

azienda»<sup>99</sup>. Detto altrimenti: «il rapporto di concorrenza rilevante ai fini della disciplina di cui agli artt. 2598-2601 c.c. è quello che può ospitare un atto, o una serie di atti, posti in essere da un imprenditore e potenzialmente dannosi per un altro imprenditore, a prescindere dal posto che entrambi occupano in seno al ciclo della produzione e della distribuzione»<sup>100</sup>. Purché, si precisa, i due imprenditori in conflitto si rivolgano, in ultimo, alla stessa clientela, agiscano cioè, sia pure in vesti differenti, su un identico mercato, offrendo beni o servizi idonei al soddisfacimento dello stesso bisogno o di bisogni similari<sup>101</sup>.

Del pari – sia detto per inciso e per evitare equivoci – non osta all'applicabilità della norma ed alla qualificazione come illecito del rifiuto a contrarre, la circostanza che il soggetto che chieda tutela non abbia ancora iniziato ad operare, appunto in conseguenza del rifiuto opposto: possono infatti essere qualificati come atti di concorrenza sleale anche quelli posti in essere nei confronti di un'impresa che sia in fase di organizzazione della propria attività, non rilevando al contrario che la stessa abbia già «acquisito concorrenza», una volta dimostrato che la stessa ha già predisposto tutti gli elementi ed i mezzi della organizzazione aziendale e risulti «tagliata» fuori dal mercato per effetto del rifiuto opposto dalla sua controparte<sup>102</sup>. Diversamente opinando, del resto, la norma determinerebbe un'inammissibile disparità di trattamento tra coloro che già operano nel mercato ed i c.d. *new comers* del settore, perdendo gran parte del suo significato e delle sue potenzialità applicative.

La seconda questione, senz'altro più problematica e complessa, attiene all'individuazione dei criteri per qualificare il rifiuto a contrarre quale illecito *ex n. 3* dell'art. 2598 c.c. Al riguardo, un primo dato sembra certo: che si voglia ricomprendere l'atto di concorrenza sleale all'interno della categoria degli atti illeciti, oppure, al contrario, che lo si consideri come una fattispecie da questi del tutto autonoma,

<sup>99</sup> Così App. Genova, 13 novembre 1982, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1982, n. 40.

<sup>100</sup> Cfr., L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 156.

<sup>101</sup> Si veda V. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, II, Milano, 1960, p. 509.

<sup>102</sup> Così Pret. Bari, 30 novembre 1988, cit.

sembra vi sia concordia, in dottrina e giurisprudenza, nel ritenere che l'illecito concorrenziale in oggetto prescinda – oltre che da un danno effettivo, richiedendo la norma idoneità lesiva, il mero *periculum*, anticipando così la tutela del soggetto ed alleggerendo l'onere probatorio dello stesso<sup>103</sup> – anche dal dolo o dalla colpa del soggetto agente<sup>104</sup>. Così si dà rilievo al solo elemento oggettivo della fattispecie, prescindendo dall'*animus nocendi*, agganciando la valutazione circa l'illiceità di un comportamento alle sole modalità dell'azione ed ai suoi caratteri obiettivi, cioè alla conformità o meno della stessa ad un modello di leale concorrenza, senza che assuma alcun rilievo l'intento dell'agente.

Premesso allora che non costituisce elemento necessario del relativo giudizio di illiceità la sussistenza di un intento lesivo soggettivo dell'agente – anche se, naturalmente, ove presente, non se ne potrebbe certo negare un «forte» valore indiziante in tal senso – può dirsi, con tutte le cautele del caso, che la condotta di rifiuto a contrarre dell'imprenditore monopolista di fatto (o comunque in posizione di dominio sul mercato) potrà ritenersi illecita tutte le volte in cui non sia sorretta da ragioni obiettivamente apprezzabili<sup>105</sup>, sia cioè priva di una

<sup>103</sup> Sul carattere in qualche modo preventivo ed anticipatorio dell'azione di concorrenza sleale, che può essere accolta anche in presenza di un danno meramente potenziale, si vedano, tra le tante: Cass., 12 febbraio 2009, n. 3478, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 584 ss.; Cass., 30 maggio 2007, n. 12681, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5071; Cass., 2 aprile 2007, n. 8215, in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 133 ss.; Cass., 23 novembre 1995, n. 12103, *ivi*, 1995, n. 3232.

<sup>104</sup> In dottrina si vedano, su tutti: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. III. L'impresa e le società*, Padova, 1994, pp. 233-234; G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da F. Galgano, IV, Padova, 1981, p. 332 ss.; P. MARCHETTI, *Osservazioni sul boicottaggio come atto di concorrenza sleale*, nota a Trib. Milano, 8 aprile 1963, in *Riv. dir. ind.*, 1963, II, p. 244 ss. In giurisprudenza si ricorda, da ultimo: App. Genova, 2 luglio 2014, in *Dir. comm. int.*, 2015, p. 1113 ss.

<sup>105</sup> Sulla nozione di «giustificazione obiettiva» si rinvia, su tutti, a C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 48 ss., il quale, in sintesi, ritiene giustificato il comportamento dell'impresa dominante quando lo stesso sia, al contempo: *a*) necessario, o comunque derivi da un'esigenza di considerevole rilevanza; *b*) proporzionale, in quanto l'azione dell'impresa dominante non può andare oltre quanto necessario a soddisfare le proprie esigenze inderogabili o comunque rilevanti.

qualsivoglia giustificazione oggettiva di natura economico/commerciale in grado di legittimare la condotta posta in essere: in tal caso – e solo in tal caso – la condotta di rifiuto a contrarre può dirsi in contrasto con la struttura concorrenziale del mercato.

Deve trattarsi, in altre parole, di un rifiuto che assuma carattere arbitrario e discriminatorio: in questi termini, si è detto, potrebbe ravvisarsi nel dovere di comportarsi secondo «correttezza professionale» un fondamento analogo al divieto di operare discriminazioni arbitrarie, allorché si versi in situazione di monopolio di fatto, o, comunque, di dominio del mercato<sup>106</sup>. Così, si aggiunge, il contenuto della correttezza potrebbe specificarsi ulteriormente attraverso il divieto di discriminazione: il collegamento tra monopolio o dominio del mercato e divieto di discriminazione verrebbe cioè «operato dalla normativa di correttezza, anziché dalla legge» e, di conseguenza, l'illiceità del rifiuto non deriverebbe dal solo dovere di correttezza, bensì «sarebbe mediata dal divieto di discriminazione che la normativa di correttezza renderebbe estensibile all'ipotesi considerata»<sup>107</sup>.

Viceversa, la condotta di rifiuto non potrà essere censurata quante volte possa dirsi rientrare nella più generale organizzazione dell'attività di impresa, ovvero nella strategia commerciale dell'imprenditore protagonista attivo del rifiuto: sia, in altri termini, sorretta da un'adeguata causa di giustificazione<sup>108</sup> dettata da una non irragionevole, né discriminatoria, scelta di politica aziendale.

Può dunque dirsi, in estrema sintesi, che il giudizio sulla giustificazione di un dato comportamento (nel nostro caso di rifiuto a contrarre) vada correttamente ricondotto ad un giudizio di utilità sociale, nel senso di accertamento della riconducibilità o meno dello stesso ai

<sup>106</sup> Così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 227 ss.

<sup>107</sup> Così P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., pp. 101-102, il quale conclude che «È nella discriminazione che può essere rintracciata la radice della illiceità».

<sup>108</sup> Sul punto si rinvia a L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 174 ss., il quale così afferma: «La clausola di giustificazione, per essere davvero tale, quindi, deve germinare dallo stesso corno di valori in cui si radica la clausola di correttezza: linearità di iniziativa economica (art. 41, 1° comma Cost.) in vista di quell'utile sociale (art. 41, 2° comma Cost.) che tipicamente si abbina alla struttura pluralistica del mercato».

principi regolatori del mercato. Un giudizio, si badi bene, che deve tener in debito conto, in un'ottica di contemperamento di interessi contrapposti, tanto la libertà di impresa del presunto soggetto passivo, al quale va riconosciuto in astratto il diritto di scegliere i propri *partners* commerciali, quanto quella del soggetto vittima del rifiuto, al quale va accordato il diritto (anch'esso in astratto) di svolgere l'attività commerciale desiderata.

Ed in quest'ottica di comparazione di interessi elemento sintomatico della illiceità della condotta, sotto lo specifico profilo della concorrenza sleale, è l'accertamento che questa condotta ha come unico effetto quello di ostacolare – o, peggio, impedire – l'attività del concorrente, senza contestuali effetti migliorativi dell'attività e dell'organizzazione imprenditoriale dell'autore dell'atto, ponendosi in contrasto con la struttura concorrenziale del mercato. In altre parole, come ha correttamente rilevato la giurisprudenza che si è occupata della questione, è necessario valutare il fine primario della condotta in parola, se cioè la stessa sia (oggettivamente) diretta a realizzare l'esigenza della razionalizzazione e/o del miglioramento della propria azienda (es: razionalizzazione e migliore distribuzione del prodotto), oppure, al contrario, sia volta principalmente a impedire le relazioni economico commerciali e lo sbocco sul mercato del soggetto «rifiutato»<sup>109</sup>. Rischio, quest'ultimo, che cresce in misura proporzionale all'aumentare del potere e del dominio sul mercato del soggetto che oppone il rifiuto, fino a divenire «sintomatico» nel caso di monopolio di fatto.

Un giudizio che ovviamente va condotto dal singolo giudice, caso per caso, tenendo conto della pratica corrente, della correttezza professionale media degli imprenditori del ramo di riferimento e, più in generale, del «buon costume commerciale» o «costume commerciale eticamente qualificato» in essere in un determinato settore<sup>110</sup>. Con-

<sup>109</sup> Cfr., tra le altre: Trib. Milano, 23 luglio 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, n. 500; Trib. Milano, 26 maggio 1994, *ivi*, 1994, n. 3125; Trib. Bari, 15 luglio 1993, *ivi*, 1993, n. 2982; Trib. Milano, 18 febbraio 1993, *ivi*, n. 2942; App. Milano, 30 marzo 1979, *ivi*, 1979, n. 1177; Trib. Milano, 24 novembre 1978, *ivi*, 1978, n. 702; Trib. Milano, 22 marzo 1976, *ivi*, 1976, n. 319.

<sup>110</sup> Si vedano su tutti: Cass., 11 ottobre 2002, n. 14479, in *Giust. civ. Mass.*,

cetti che, in sostanza, rimandano alle regole essenziali di comportamento, che esprimono il comune modo di agire e di «dover agire» delle imprese in un determinato settore e, perché no, in una determinata area geografica, in relazione alla disciplina legale ed alla situazione fattuale esistente, e perciò stesso rispondenti ad un canone di correttezza<sup>111</sup>. Correttezza, a sua volta, che va determinata alla luce dei principi costituzionali, primi tra tutti quelli desumibili dai primi due commi dell'art. 41 Cost., essendo proprio il collegamento tra libertà di iniziativa economica (di cui al co. 1) ed utilità sociale (di cui al co. 2) che consente di ricostruire il concetto di correttezza tenendo in debito conto interessi e valori della collettività, anche diversi ed ulteriori rispetto a quelli degli operatori commerciali in diretto conflitto.

Insomma: «libertà di iniziativa economica» intesa «quale premessa strumentale rispetto al funzionamento di un sistema di economia di mercato fondato sulla competizione degli operatori economici, al quale a torto o a ragione sono state affidate dal Costituente le sorti della c.d. utilità o del benessere collettivo»<sup>112</sup>; ed utilità sociale quale elemento di carattere, per così dire, deontologico, che «permette di delineare le regole cui i comportamenti competitivi devono uniformarsi, evidenziando le finalità di interesse generale ritenute dal legislatore meritevoli di condizionare le strutture di mercato»<sup>113</sup>.

Concludendo sul punto e per tentare una schematizzazione del fenomeno: un rifiuto a contrarre o a eseguire la prestazione potrà dirsi integrante un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598,

2002, p. 1784; Cass., 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1594 ss. Al «costume commerciale qualificato» fa riferimento, al fine di qualificare come illecita la condotta, Trib. Bari, 15 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 264 ss.

<sup>111</sup> La letteratura volta a specificare la nozione di correttezza professionale in tema di concorrenza sleale è praticamente infinita e non può certo darsene conto in questa sede. Piace, però, soltanto richiamare la fondamentale opera di P. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, p. 53 ss.

<sup>112</sup> Così Trib. Milano, 22 marzo 1976, cit.

<sup>113</sup> Cfr., M. MANSANI, *Slealtà concorrenziale degli atti di vendita al minuto nel commercio all'ingrosso a libero servizio*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, I, p. 327.

n. 3, c.c., soltanto alla presenza dei seguenti tre presupposti, che debbono ricorrere in via concorrente e non alternativa tra di loro:

a) esistenza di un rapporto di concorrenza tra le parti, configurabile anche, come visto, tra imprese operanti a diversi livelli dello stesso mercato;

b) condizione di obiettiva forza sul mercato da parte del soggetto autore del rifiuto, in quell'area geografica o settore del mercato, sí da poter validamente escludere dal mercato il soggetto «rifiutato»<sup>114</sup>. Il rifiuto infatti deve provenire da un'impresa in posizione di dominio sul mercato, «in caso contrario dovendosi escludere in partenza che esso possa influenzare l'andamento naturale del mercato»<sup>115</sup>. Una condizione di dominio, si badi bene, che può essere anche un *minus* e non equiparabile rispetto a quella di posizione dominante necessaria per l'applicazione della normativa *antitrust*<sup>116</sup>,

<sup>114</sup> Spesso la giurisprudenza ha ritenuto che il rifiuto a contrarre, per costituire atto di concorrenza sleale *ex art. 2598*, n. 3, c.c., debba riconnettersi ad una posizione dominante sul mercato, «che non discende necessariamente dal diritto di esclusiva nella distribuzione di uno o piú prodotti di marca, essendo sufficiente ad integrarla una situazione di predominio commerciale in base a cui si è in grado di determinare la propria politica di mercato senza tener conto di fonti di approvvigionamento concorrenziali, talché, valendosi del potere di supremazia rispetto agli altri soggetti operanti nel medesimo settore, merceologico e territoriale, si ha la possibilità di comportarsi, in misura notevole, in modo indipendente nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori». Così, tra le altre, Cass., 23 febbraio 1983, n. 1403, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, p. 3 ss. In senso analogo si veda anche Trib. Bari, 9 giugno 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 264 ss., secondo cui non è necessario, ad integrare il presupposto del dominio sul mercato, l'esistenza di una esclusiva nella distribuzione di una o piú prodotti, essendo al contrario sufficiente «una situazione di predominio commerciale che consenta di determinare la propria politica di mercato abusando del potere di supremazia rispetto agli altri operatori del settore».

<sup>115</sup> Così Trib. Milano, 22 marzo 1976, cit. Avverte L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 174: «Solo l'impresa dominante, in altre parole, può attuare un rifiuto scorretto (e idoneo a danneggiare l'altrui azienda) perché solo l'impresa dominante può, sempre tramite il rifiuto, mettere a repentaglio il valore costitutivo della correttezza professionale».

<sup>116</sup> Così Trib. Napoli, 21 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2875 ss., con nota di A.L. BITETTO.

oppure a quella di dipendenza economica richiesta dall'art. 9 della l. n. 192/1998<sup>117</sup>;

c) contrarietà ai principi di correttezza professionale della condotta posta in essere, con la precisazione che, perché possa essere integrato tale requisito, l'atto di diniego deve essere caratterizzato da un *quid pluris*, nel senso che non deve essere giustificato da alcun concreto interesse dell'organizzazione o della produzione aziendale, ma deve essere rivolto al solo o al principale scopo di escludere il concorrente dal mercato, rientrando altrimenti il rifiuto nel normale «agone» commerciale, in cui – lo si ribadisce – non è di per sé illecito rifiutare di instaurare una relazione commerciale con un soggetto, né, più in generale, escludere dal mercato un concorrente per un proprio profitto.

Un giudizio – quello di contrarietà alla correttezza professionale del rifiuto a contrarre – che, in base ai principi generali dell'ordinamento processual civilistico, andrà condotto sulla base degli elementi che il soggetto che invocherà l'applicazione della norma, ossia l'imprenditore «rifiutato», avrà l'onere di allegare e dimostrare.

Infine, non pare invece particolarmente pregnante – ed anzi, a giudizio di chi scrive, risulta forse erroneo – il richiamo al requisito della rilevanza del rifiuto in tema di sviluppo della concorrenza. Secondo questa impostazione, di carattere tradizionale, le regole sulla concorrenza, tra cui la norma di cui all'art. 2598 c.c., non potrebbero trovare applicazione a quei comportamenti che – principalmente per le loro ridotte dimensioni e diffusività – non assumono un profilo di rilevanza, che non tocchino, cioè, la struttura del mercato, così da non poter essere qualificati come strumenti distorsivi dello svolgimento della concorrenza nell'ambito di un'economia di mercato<sup>118</sup>.

Francamente tale impostazione, oltre ad essere foriera di innu-

<sup>117</sup> Sulla quale si veda *infra*.

<sup>118</sup> È infatti insegnamento tradizionale – richiamato anche dalle trattazioni più recenti (cfr., C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit. p. 21) – quello secondo cui, ai sensi della norma in commento, perché il rifiuto a contrarre possa essere qualificato come illecito è necessario altresì che lo stesso abbia ripercussioni sul normale funzionamento del mercato, assumendo il ruolo di «strumento distorsivo dello svolgimento della concorrenza nell'ambito di un'economia di mercato». Così Trib. Milano, 22 marzo 1976, cit.

merevoli incertezze applicative – non è dato sapere, infatti, quando un singolo rifiuto possa ritenersi incidente negativamente sulla struttura concorrenziale del mercato – e ulteriori difficoltà di carattere probatorio per il soggetto che richiede tutela (il quale rischia così di essere gravato da una prova che può divenire, in certi casi, «diabolica») si ritiene, sommessamente, sia proprio errata nei suoi presupposti teorici: la circostanza che un singolo imprenditore sia stato raggiunto da un rifiuto a contrarre conduce sempre ad uno svantaggio per la concorrenza, trattandosi pur sempre di una condotta anticoncorrenziale, che impedisce al soggetto l'agire sul mercato e, dunque, in ultima analisi, lo svolgersi di una corretta competizione agonistica. Si tratterà solo di vedere, sulla base dei paramenti cui prima si è accennato, se tale effetto possa ritenersi o meno lecito.

## CAPITOLO II

### IL RIFIUTO A CONTRARRE COME IPOTESI DI ABUSO

SOMMARIO: 1. Il rifiuto a contrarre e l'alterazione della concorrenza. – 2. La valenza anticoncorrenziale del monopolio. Il *refusal to supply* tra autoregolamentazione del mercato e necessità di interventi autoritativi. – 3. I vantaggi del ricorso alla normativa *antitrust* e la «speciale» responsabilità a carico dell'impresa dominante: l'allargamento dei confini dell'illecito. – 4. *Private antitrust litigations* e profili di semplificazione probatoria: l'impatto del diritto comunitario sul sistema processuale italiano. – 5. Nuovi sviluppi processuali per una corretta *workable competition*: il ruolo del d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 nei giudizi di rifiuto a contrarre. – 6. Tra tutela della concorrenza e diritto dei contratti: il rifiuto come ipotesi di abuso di dipendenza economica. – 7. Rifiuto di contrarre e convergenza delle normative in tema di abuso: tra dominanza «relativa» e dominanza «assoluta». – 8. Rilievi conclusivi. La necessità di comporre il conflitto tra le parti bilanciando interessi contrapposti.

1. Il «valore» e le conseguenze di un rifiuto a contrarre possono essere apprezzate anche in base alla normativa *antitrust*, tanto interna, contenuta nella l. n. 287/90<sup>1</sup>, quanto comunitaria, racchiusa oggi essenzialmente negli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea<sup>2</sup>.

È noto come tale disciplina – che, per dirla con le parole della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha la funzione principale «di

<sup>1</sup> Disciplina che rinvia i suoi precedenti nelle normative in tema di editoria e radiotelevisione. Per un'analisi si veda L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 51 ss.

<sup>2</sup> Ratificato in Italia con l. n. 130/08, in Gazz. Uff. n. 185 del 08/08/08. Suppl. ord., n. 188. Il confine tra le due normative è presto detto: mentre la norma interna opera al di sotto della soglia comunitaria, la normativa comunitaria trova applicazione nel caso di condotte che hanno ripercussioni negative per il commercio tra Stati membri. Per approfondimenti si rinvia, su tutti, a M. SIRAGUSA e G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Il diritto della concorrenza italiana e comunitaria: un nuovo rapporto*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 249 ss.

evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere collettivo all'interno del mercato di riferimento»<sup>3</sup> – preveda tre grandi tipologie di illeciti, e precisamente: le intese o i cartelli; le concentrazioni; l'abuso di posizione dominante. L'attenzione va naturalmente rivolta a tale ultima categoria, chiedendosi se la stessa sia idonea a ricomprendere al suo interno anche l'ipotesi di rifiuto a contrarre.

Piú nel dettaglio, l'art. 3 della l. n. 287/90, rubricato «abuso di posizione dominante», analogamente al suo predecessore, rappresentato dall'originario art. 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, oggi confluito nell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, non fornisce una definizione di posizione dominante, limitandosi a sancirne il divieto di abuso, qualora questo venga posto in essere «all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante», e ad individuare, alle lett. da *a*) a *d*), una serie di ipotesi tipiche.

Al riguardo, costituisce opinione consolidata – in qualche modo sancita dal comma 4 dell'art. 1 della legge<sup>4</sup> e seguita anche dall'Autorità *antitrust*<sup>5</sup> – quella secondo cui la definizione della nozione di posizione dominante ed il contenuto del precetto vadano ricavati dalla elaborazione effettuata in ambito comunitario, ove si è posto in evidenza che la posizione dominante va intesa come situazione di potenza economica all'interno del mercato rilevante – vale a dire dello scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda

<sup>3</sup> Cfr., Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, causa 52/09, in *Foro amm.*, *CdS*, 2011, p. 357 ss.

<sup>4</sup> Ove si prevede che «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

<sup>5</sup> Si veda al riguardo F. SAJA, *Presentazione della Relazione annuale per il 1991 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 948, ove si precisa che «il legislatore non fornisce una enumerazione tassativa delle fattispecie abusive, ma il contenuto del precetto va desunto, da un lato, utilizzando il concetto di abuso del diritto offerto dalla teoria generale, e, dall'altro, dalla nozione di posizione dominante definita dall'art. 66, n. 7, del Trattato Ceca».

ed offerta, dove si svolge il rapporto di concorrenza<sup>6</sup> – grazie alla

<sup>6</sup> Sulla fondamentale importanza dell'individuazione e dell'accertamento del mercato rilevante – operazioni che costituiscono una sorta di *prius* logico e pratico rispetto alla ricostruzione della nozione di abuso di dipendenza economica – si veda, a titolo esemplificativo, Corte Giustizia CE, 11 dicembre 1980, causa 31/80, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 201 ss., con nota di R. PARDOLESI, in cui si sottolinea che «ai fini della valutazione della posizione eventualmente dominante di un'impresa ha un'importanza essenziale la delimitazione del mercato», aggiungendosi che «le possibilità di concorrenza vanno infatti valutate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non facilmente intercambiabili con altri prodotti». Per la giurisprudenza interna si vedano, da ultimo: Cass., 9 maggio 2016, n. 9325, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, cit.; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 586 ss.; Cons. Stato, 8 agosto 2014, n. 4228, in *Foro amm., CdS*, 2014, p. 2031; Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, in *Foro it.*, 2014, III, c. 594 ss., con nota di V. C. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante da fatto illecito*. In dottrina, sulla preventiva necessità dell'individuazione del mercato rilevante, si rinvia, su tutti, a: G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1995, p. 12; F. DENOZZA, *Antitrust – Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, cit., 51 ss.; P. MAURIZI, *L'individuazione del mercato rilevante in un caso di abuso di posizione dominante*, nota a Autorità garante della concorrenza e del mercato, 10 aprile 1992, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 411 ss.; M. MOTTA e M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2004; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 65 ss. Mercato rilevante che va accertato secondo criteri territoriali (c.d. mercato geografico rilevante, inteso quale estensione geografica dove la condotta denunciata si colloca o sortisce i propri effetti) e merceologici (c.d. mercato rilevante del prodotto, inteso come ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe). La nozione di mercato rilevante non può essere analizzata in questa sede. Può solo accennarsi, in uno con parte rilevante della giurisprudenza, che «per mercato rilevante deve intendersi quella zona geograficamente circoscritta – e distinguibile dalle aree contigue, dove le condizioni concorrenziali sono sensibilmente differenti – nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili – in ragione delle caratteristiche del prodotto, del prezzo o dell'uso che ne è previsto – le condizioni di concorrenza sono omogenee e le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza»: così T.A.R. Roma, 6 settembre 2016, n. 9553, in *Foro amm., TAR*, 2016, p. 2228. Sostanzialmente conformi, ma con le precisazioni indicate di seguito, tra le ultime: Cons. Stato, 26 gennaio 2015, n. 334, in *Foro it.*, 2015, III, c. 336

quale l'impresa che la detiene è in grado di disporre di un'ampia libertà di comportamento che le permette di agire prevalentemente

ss., con nota di M. CASORIA, ove si aggiunge che la nozione di mercato rilevante, oltre ad essere connotata in senso meramente geografico e spaziale, può essere individuata «anche con riferimento al contesto nel quale l'intento anticoncorrenziale delle parti ha o avrebbe in futuro capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento delle concrete dinamiche competitive»; Cons. Stato, 4 novembre 2014, n. 5423, in *Foro amm.*, *CdS*, 2014, p. 2802. ove si precisa che la definizione di mercato rilevante «non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma è relativa anche e soprattutto all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o avrebbe, capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale»; Cons. Stato, 3 giugno 2014, n. 2837, *ivi*, p. 1746, secondo cui «La valenza dell'identificazione del mercato rilevante nel giudizio in materia *antitrust* deve essere diversamente calibrata in reazione alla natura dell'illecito contestato: in ipotesi di un'operazione di concentrazione, l'accertamento della posizione dominante di un'impresa sul mercato dipende strettamente dalla struttura dell'impresa oggetto dell'indagine; mentre con riferimento ad un caso di intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato è invece funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale. Diversamente, in caso di abuso di posizione dominante la delimitazione del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale, mentre nella materia delle intese detta operazione rileva in un momento successivo dal punto di vista logico, quello dell'inquadramento dell'accertata intesa nel suo contesto economico giuridico, in modo che l'individuazione del mercato non appartiene più alla fase dei presupposti dell'illecito, ma è funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività»; Cons. Stato, 21 maggio 2013, n. 2722, *ivi*, 2013, p. 1406; T.A.R. Roma, 2 agosto 2013, n. 7826, in *Dir. ind.*, 2014, p. 313 ss., con nota di R. GIOIA, *L'abuso di posizione dominante e la certezza del diritto*; T.A.R., Roma, 7 maggio 2013, n. 4478, in *Foro amm.*, *TAR*, 2013, p. 1554; T.A.R. Roma, 15 gennaio 2013, n. 363, in *Dir. maritt.*, 2013, p. 911 ss. La Commissione europea ha altresì precisato che «la definizione del mercato consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante» (cfr., Commissione europea, in *Gazz. Uff.*, C-372 del 9 dicembre 1997, 5-13). Sulla nozione di mercato rilevante, con particolare riferimento al settore della distribuzione dei farmaci, si veda App. Milano, 26 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1885 ss., con nota di G. CASABURI. Infine, va detto che l'individuazione in concreto di un mercato rilevante è riservato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi alla valutazione compiuta dall'Autorità stessa, salvo che questa sia viziata da vizi di travisamento dei fatti,

senza tener (necessariamente) conto dei concorrenti, degli acquirenti e dei fornitori, ostacolando così la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione<sup>7</sup>.

vizi logici o vizi di violazione di legge. Cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, 14 ottobre 2016, n. 4266, in *www.iusexplorer.it*; Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3047, in *Foro amm. CdS*, 2016, p. 1796; Cons. Stato, 26 gennaio 2015, n. 334, *ivi*, 2015, p. 116 ss.; Cons. Stato, 21 maggio 2013, n. 2722, in *Foro it. Rep.*, 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1167; Cons. Stato, 12 aprile 2013, n. 2002, *ivi*, voce cit., n. 113; Cons. Stato, 16 settembre 2011, n. 5171, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 149; Cons. Stato, 14 luglio 2011, n. 4283, *ivi*, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1338; Cons. Stato, 24 giugno 2010, n. 4016, *ivi*, 2013, voce *Aeroporto*, n. 28; Cons. Stato, 3 aprile 2009, n. 2092, in *ivi*, 2010, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 113; Cons. Stato, 16 ottobre 2002, n. 5640, in *Foro it.*, 2003, III, c. 73 ss.; Cons. Stato., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 151.

<sup>7</sup> Cfr., ad esempio, tra le tante: Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, causa 52/09, cit.; Corte Giust. CE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, p. 207 ss.; Corte Giust. CE, 29 giugno 1978, causa 77/77, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 118 ss.; Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *ivi*, 1978, IV, c. 518 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Art. 86 trattato CEE: il prezzo del "decollo"*; Comm. CE, dec. IV/26811, in *Riv. soc.*, 1972. Utili spunti sono stati ricavati anche dall'art. 66, par. 7, del Trattato costitutivo della CECA (Comunità europea del P.L. Carbone e dell'acciaio), cessato in data 23 luglio 2002, secondo cui la posizione dominante è quella che sottrae l'impresa «ad una concorrenza effettiva in una parte importante del mercato comune». Definizione seguita dalla giurisprudenza interna. Cfr., su tutti: Cass., 23 febbraio 1983, n. 1403, cit. Per la giurisprudenza amministrativa si veda, *ex plurimis*, Cons. Stato, 29 gennaio 2013, n. 548, in *Foro amm., CdS*, 2013, p. 241; Cons. Stato, 13 settembre 2012, n. 4873, *ivi*, 2012, p. 2370. Ancor prima, e sempre in ambito comunitario, si veda il *memorandum* della Commissione europea sul problema delle concentrazioni nel mercato comune, in *Riv. soc.*, 1966, p. 1182 ss., che così si esprime: «Si deve parlare di posizione dominante su un dato mercato, quando una o più imprese possono influire in misura sostanziale sulle decisioni di altri agenti economici mediante una strategia indipendente, in modo che una concorrenza praticabile e sufficientemente efficace non possa svolgersi né mantenersi su tale mercato. A parere del gruppo, bisogna ammettere che esiste sfruttamento abusivo di una posizione dominante quando l'impresa che la detiene utilizza le possibilità che ne derivano per ottenere vantaggi che le sarebbero preclusi se sussistesse una concorrenza praticabile e sufficientemente efficace. La nozione di concorrenza praticabile corrisponde ad una nozione realistica. Si ammette che esista concorrenza sufficientemente efficace quando le imprese non limitano in modo eccessivo o artificiale la vendita o la produzione, quando esse

Trattasi dunque di una situazione economica che comporta una posizione di forza sul mercato, di controllo del settore commerciale considerato, che consente cioè all'imprenditore che ne sia titolare di determinare la propria politica di mercato senza dover considerare altre fonti di approvvigionamento concorrenziali, per modo che, valendosi della situazione di supremazia rispetto agli altri soggetti che operano nello stesso settore merceologico e territoriale, egli abbia la possibilità di comportarsi in modo indipendente nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori finali. Da quanto appena detto si ricava che l'elemento determinante perché un'impresa possa dirsi in posizione dominante non è tanto l'assenza di concorrenza in sé considerata, quanto l'indifferenza dell'impresa alla pressione concorrenziale eventualmente esistente.

Al riguardo, i principali criteri di identificazione della fattispecie elaborati dalla prassi sono rappresentati – oltre, come detto, dal potere di mercato posseduto dall'impresa interessata e dal conseguente ipotetico *market share* detenuto dai concorrenti, che rappresentano sicuramente i dati più rilevanti – dai seguenti: a) valutazione dell'eventuale esistenza di barriere all'ingresso o all'espansione del mercato di riferimento, ossia sussistenza o meno di ostacoli, di varia natura<sup>8</sup>,

soddisfano la domanda facendo partecipare equamente i consumatori ai vantaggi che risultano dal progresso tecnico ed economico». In dottrina si rinvia, su tutti, a: F. DENOZZA, *Antitrust – Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, cit., 45 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Politiche comunitarie e Corte di Giustizia, sviluppi giurisprudenziali recenti in tema di concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, I, p. 12; E.A. RAFFAELLI *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 82.

<sup>8</sup> Può trattarsi, in particolare, di disposizioni di fonte legale, amministrativa o regolamentare (c.d. barriere di diritto), che limitano o rendono particolarmente oneroso l'accesso o l'espansione di nuovi operatori sul mercato di riferimento: dall'esistenza di monopoli legali, alla presenza di diritti di proprietà industriale o intellettuale (quali brevetti, diritti d'autore o marchi), fino ad arrivare alla necessità di ottenere eventuali autorizzazioni per svolgere l'attività di vendita o di commercializzazione di determinati prodotti (si pensi, ad esempio, al tanto discusso art. 2 d.lgs. n. 170/01, che subordina lo svolgimento dell'attività di vendita di giornali quotidiani o periodici al rilascio di apposita autorizzazione comunale). Oppure si pensi all'esistenza di possibili barriere di fatto, di carattere tecnico (ad esempio: la disponibilità di *know-how*, il grado di conoscenza ed

che possano rendere difficile, o addirittura impossibile, ad eventuali *new comers* l'accesso o la permanenza nel mercato di riferimento<sup>9</sup>; *b*) analisi dell'eventuale potere di acquisto dei consumatori (c.d. *buyers power*), che, qualora sussistente (si pensi alla presenza di acquirenti di considerevoli dimensioni e dotati di un consistente potere finanziario) potrebbe neutralizzare una ipotetica posizione di dominio sul mercato del fornitore, proprio perché in grado di mantenere elevata la pressione competitiva sui prezzi o di favorire l'ingresso sul mercato di nuovi operatori commerciali<sup>10</sup>; *c*) indagini circa la durata temporale del possesso della quota di mercato nel mercato rilevante<sup>11</sup>; *d*) esame, più in generale, della concreta condotta tenuta dall'impresa dominante<sup>12</sup>.

Ciò premesso, costituisce principio indiscusso quello secondo cui il raggiungimento di una posizione di *leadership* o di dominio del mercato non comporta di per sé alcun addebito di illiceità – salvo ovviamente che non sia il risultato di accordi restrittivi della concorrenza, di intese o di operazioni di concentrazione – non essendo vietata la posizione dominante in sé, che potrebbe essere anche il risultato di uno sviluppo fisiologico dei rapporti di forza che si vanno stabilendo nel tempo in seno a ciascun settore economico, bensì lo sfruttamento abusivo della stessa<sup>13</sup>. Neppure è vietato, come si è vi-

esperienza tecnica richiesta, le eventuali difficoltà di accesso alle materie prime, la necessità di usufruire di una struttura aziendale, e così via) o di natura economica (quali, ad esempio: i costi da sopportare per entrare nel mercato, la struttura della domanda che caratterizza il mercato, le caratteristiche dell'offerta di un determinato prodotto, e così via), che attengono al funzionamento dello specifico mercato considerato.

<sup>9</sup> Cfr., *ex plurimis*: Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, cit. Si veda anche Garante concorr. e merc., 3 dicembre 1998, n. 6633, in *Riv. dir. sport*, 2000, p. 197 ss. Tale criterio è stato utilizzato dalla giurisprudenza anche al fine della valutazione di anticoncorrenzialità ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c. Si veda Cass., 26 gennaio 2006, n. 1636, in *Riv. dir. ind.*, 2006, II, p. 331 ss.

<sup>10</sup> Cfr., Corte Giust. CE, 15 dicembre 1994, causa 250/92, in *Racc. giur. Corte Giust.*, 1994, I-6541.

<sup>11</sup> Cfr., Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, cit.

<sup>12</sup> Cfr., Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, cit.

<sup>13</sup> Principio del tutto consolidato. A titolo esemplificativo si veda Corte Giust. CE, 9 novembre 1983, causa 322/81, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 65 ss., con

sto, tentare di diventare, ovvero diventare effettivamente, monopolista.

L'art. 3 l. n. 287/90, dunque, nel vietare l'abuso «da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante», non mira a reprimere la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo, questo, semmai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), bensì ad impedire che tali posizioni, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e, quindi, il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante<sup>14</sup> e, più in generale, il diritto della collettività dei consumatori ed utenti di godere dei benefici derivanti dal «gioco» concorrenziale. L'abuso non è un corollario necessario della posizione di dominio occupata in un dato mercato: è vietato, dunque, al soggetto dominante, limitare la concorrenza del non dominante, così come è vietato al monopolista impedire l'entrata nel mercato ad altri imprenditori<sup>15</sup>. Situazioni che si verificano – con una certa approssimazione e rimandando, per approfondimenti, all'ampia

nota di R. PARDOLESI; Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, cit., secondo cui: «il fatto di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, se questi sono insidiati, e [...] le si deve consentire, in misura ragionevole, di compiere gli atti ch'essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi; non è però ammissibile un comportamento che abbia in realtà lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell'impresa e di farne abuso». Per la giurisprudenza interna, cfr.: Cass., 10 agosto 2012, n. 14394, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1081; T.A.R. Roma, 10 giugno 1998, n. 1902, in *Foro amm. T.A.R.*, 1999, p. 1061 ss.; T.A.R. Roma, 8 gennaio 1998, n. 96, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 1999, p. 539 ss. In dottrina si rinvia su tutti a A. FRIGNANI e M. WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, p. 99.

<sup>14</sup> Così, tra le altre: Cass., 17 maggio 2000, n. 6368, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, p. 403 ss., con nota di A. CLARONI, *Sull'abuso di posizione dominante nell'esercizio dei servizi di assistenza a terra (handling) aeroportuali*, e in *Foro it.*, 2000, I. c. 2802 ss., con note di G. COLANGELO, *La concorrenza difficile: i servizi di "handling" nel settore aeroportuale*, e di M. GIORDANO, *Aeroporti e antitrust al vaglio della Cassazione: un decollo mancato*; T.A.R. Catania, 11 agosto 2004, n. 2111, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, p. 2396.

<sup>15</sup> Così, testualmente, Cass., 10 agosto 2012, n. 14394, in *www.iusexplorer.it*.

bibliografia sul tema<sup>16</sup> – quante volte siano adottati comportamenti che consentano all’impresa, proprio in virtù della sua preminenza sul mercato, di ottenere vantaggi non conseguibili in una situazione di sostanziale concorrenza; comportamenti basati di per sé su di un uso scorretto della forza di mercato, oppure condotte di per sé lecite ma che, tuttavia, sono idonee a pregiudicare la concorrenza, poiché poste in essere da un’impresa in posizione di dominio<sup>17</sup>.

Come a dire che l’impresa che abbia acquisito una posizione di *leadership* sul mercato – e *a fortiori* è a dirsi per il monopolista – assume altresì la veste di «sorvegliato speciale», nel senso che le si attribuisce una particolare responsabilità<sup>18</sup>, con conseguente configura-

<sup>16</sup> La letteratura sul tema è senza fine. Tra le tante, si vedano le seguenti opere: R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 33 ss.; A. ASQUINI, *L’impresa dominante*, cit., p. 1 ss.; S. BASTIANON, *L’abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, p. 198 ss.; L. BIAMONTI, *Esame degli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma, con riferimento al concetto di “posizione dominante” e di “abuso di posizione dominante”*, in *Temi rom.*, Milano, 1979, p. 178 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust. Disposizioni generali sulla concorrenza e norme antitrust*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 22, Torino, 1991, p. 765 ss.; A. FRIGNANI, *Intesa, posizioni dominanti, concentrazioni (dir. comunit.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1980, p. 367 ss.; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI e L.C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, I, Bologna, 1993, p. 317 ss.; C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, cit., p. 1 ss.; E.A. RAFFAELLI *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, cit., c. 71 ss.

<sup>17</sup> Una storica sentenza della Corte di Giustizia (cfr., Corte Giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)) individuò i seguenti quattro elementi come caratterizzanti l’abuso di posizione dominante: *a*) che il comportamento sia attuato al fine di influire sulle strutture del mercato; *b*) che la natura del comportamento sia tale da risultare imposto, in quanto realizzato con mezzi difforni da quelli su cui si basa la concorrenza nazionale; *c*) che non risulti alcuna giustificazione obiettiva che lo motivi, ovvero sia dimostrato che il comportamento non fosse giustificato dal raggiungimento di un effettivo vantaggio economico da parte dell’impresa; *d*) che tale comportamento abbia l’effetto di ostacolare il mantenimento e lo sviluppo della concorrenza ancora esistente. Per una panoramica della giurisprudenza comunitaria sul punto si rinvia, su tutti, a F. MENABRINI, *L’abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.

<sup>18</sup> Di una «speciale responsabilità» che incombe sull’impresa dominante si

bilità di obblighi peculiari di astenersi da attuare comportamenti distorsivi della concorrenza; principio di «speciale responsabilità» che le impedisce di approfittare del proprio potere economico, vietandole di attuare condotte che, anche se al limite lecite per altre imprese che non si trovino nella identica posizione di dominio, potrebbero essere sanzionate come abusive, proprio perché poste in essere dal soggetto dominante. È l'abuso, dunque, che costituisce la linea di confine tra auto regolazione spontanea del mercato e necessità di una etero regolazione autoritativa *ab externo*.

Presupposto della fattispecie in esame è, dunque, un equilibrio concorrenziale di mercato «rotto» dall'asimmetria di potere tra un'impresa dominante ed altri operatori economici; scopo della norma non è quello di porre rimedio a tale situazione in sé, bensì quello di evitare che l'impresa *leader* ponga in essere condotte, commissive od omissive, ingiustificate o discriminatorie nei confronti dei *parteners* commerciali o dei consumatori. Viene dunque sanzionato un comportamento imprenditoriale «frutto di un uso *contra ius* di potere economico, i cui effetti si riverberano sull'intero mercato o su una parte consistente di esso»<sup>19</sup>.

2. Questa normativa, così sommariamente tratteggiata, ben sembra adattarsi a reprimere fattispecie di rifiuto a contrarre poste in essere dall'impresa che si trovi in posizione di monopolio di fatto sul mercato, in quanto in tale condotta possono sovente riscontrarsi i presupposti di applicabilità della norma.

Quanto al primo requisito, che potremmo definire soggettivo, rappresentato dalla posizione dominante sul mercato del soggetto che oppone il rifiuto, è evidente che, costituendo la quota di mercato posseduta dall'impresa oggetto di indagine il primo e principale indice per valutare l'esistenza di una situazione di preminenza<sup>20</sup> – ed es-

parla sin da Corte Giust. CE, 9 novembre 1983, causa 322/81, cit. Di recente, per interessanti spunti, si vedano: Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, causa 52/09, in *www.curia.europa.eu*; Trib. UE, 30 dicembre 2007, causa 340/03, *ivi*.

<sup>19</sup> Così M.C. VENUTI, *Monopoli (disciplina antimonopolistica)*, cit., p. 41.

<sup>20</sup> Così, *ex plurimis*, E.A. RAFFAELLI *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, cit., c. 83. In giurisprudenza si veda, ad esempio:

sendo viepiú tale posizione di preminenza non incompatibile con il permanere di quote di mercato a carico di altri operatori e, dunque, di un certo grado di concorrenza<sup>21</sup> – è chiaro che non vi dovrebbe essere alcun dubbio nel ritenere che un'impresa che operi in regime di monopolio o di quasi monopolio, ossia che detenga pressappoco il 100% della quota di mercato, sia *ex se* in posizione dominante, in quanto titolare di una forza tale da permetterle di sot-

Corte Giust. CE, 12 febbraio 1979, causa 85/76, in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, p. 207 ss., con nota di C. PISELLI, *Posizione dominante e suo sfruttamento abusivo nella sentenza Hoffmann-La Riche*, ove si afferma a chiare lettere che «si può ritenere che quote molto alte costituiscano, di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante». In senso conforme anche la giurisprudenza successiva: Corte Giust. CE, 28 settembre 2006, causa 552/03, in *Racc. giur. Corte Giust.*, 2006, I-9091; Corte Giust. CE, 16 marzo 2000, cause 395 e 396/96, *ivi*, 2000, I-1365; Corte Giust. CE, 14 novembre 1996, causa 333/94, *ivi*, 1996, I-5951.

<sup>21</sup> Costituisce principio acquisito, piú volte ribadito in ambito comunitario, quello secondo il quale la posizione dominante, a differenza di una situazione di monopolio, non esclude l'esistenza di un certo grado di concorrenza. Tra le tante si veda Corte Giust. CE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, cit. Per la giurisprudenza interna si veda, da ultimo: Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, cit., secondo cui «È escluso che l'esistenza di una posizione dominante sia da riferire alla sola situazione di monopolio o di quasi monopolio: perché essa può essere propria anche dei mercati dove pur si registra un'esplicazione di gioco concorrenziale; ed è anzi lí che si pongono le questioni marginali dell'illecito che vi si basa. Ciò che rileva come elemento di base su cui s'innesta la condotta abusiva è piuttosto il fatto della possibilità, da parte dell'impresa che vi versa, di influire, grazie alla sua superiorità e al potere di mercato che ne deriva, in modo notevole sulle modalità di esplicazione della concorrenza e dell'offerta: e di comportarsi senza doverne tenere necessariamente conto (cioè, in modo significativamente indipendentemente dal comportamento degli altri attori della scena) e subirne pregiudizio»; App. Milano, 16 maggio 2006, in *Foro pad.*, 2006, I. c. 532 ss., secondo cui «la posizione dominante consiste in una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento. A differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, essa non esclude l'esistenza di una certa concorrenza ma pone l'impresa che la detiene in grado se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e comunque di comportarsi sovente senza doverne tenere conto».

trarsi – in teoria anche completamente – alle regole della *workable competition*<sup>22</sup>.

Può dunque con certezza affermarsi che l'elemento costitutivo della posizione dominante – ossia quella possibilità per l'impresa di sottrarsi alla concorrenza o, comunque, di influire notevolmente sulle condizioni in cui si svolgerà la concorrenza e, in ogni caso di comportarsi in modo indipendente dai concorrenti, tenendo una condotta di sostanziale indifferenza verso le reazioni e le contromisure degli altri concorrenti che operano all'interno dello stesso mercato, cui si è accennato – è presente per definizione nelle imprese monopolistiche e che il monopolio determini una sorta di «presunzione assoluta di dominio»<sup>23</sup>; e questo, naturalmente, a prescindere ed indipendentemente da come tale monopolio sia stato costituito e da cosa sia derivato, se da una disposizione di legge o da fatti naturali. Insomma può serenamente convenirsi che la specifica valenza anticoncorrenziale del monopolio e la «rottura» dell'equilibrio del mercato che tale situazione determina<sup>24</sup> giustificano l'applicazione della normativa *antitrust*. Se infatti, come si è appena visto, la sussistenza di una posizione dominante non implica necessariamente l'esistenza di un monopolio, potendo residuare margini di concorrenza, viceversa, l'esistenza di un monopolio determina *ex se* la sussistenza di una posizione dominante sul mercato.

Quanto al secondo elemento, di natura oggettiva, non può seriamente dubitarsi<sup>25</sup> che, pur non essendo ricompresa nell'elenco (paci-

<sup>22</sup> Cfr., L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 7: «Allorché la quota abbia consistenza totalitaria, o quasi totalitaria, pertanto, non sarà necessario procedere ad ulteriori indagini». Sul rapporto tra posizione dominante e monopolio si veda anche App. Milano, 16 maggio 2006, in *Foro pad.*, 2006, c. 532 ss., con nota di S. CANESTRINI.

<sup>23</sup> L'espressione è di P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 331, nota 30, seppur con riferimento al solo monopolio legale.

<sup>24</sup> Per dirla con una nota definizione: «il passaggio da un regime in cui l'impresa è *price taking* ad un regime in cui l'impresa è *price making*». Cfr., L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 70.

<sup>25</sup> Il principio è da tempo consolidato tanto in dottrina [cfr., *ex plurimis*: R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, cit., p. 39; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile. I. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, p. 496 ss.; A. FRIGNANI, *Intesa, posizioni do-*

ficamente non tassativo, bensì meramente esemplificativo<sup>26</sup>) delle pratiche abusive interne (*ex art. 3, l. n. 287/90*) e comunitarie (art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), la fattispecie del rifiuto a contrarre può ben essere qualificata come abusiva ai sensi delle norme citate. Del resto, costituisce un dato di fatto quello che tale condotta possa costituire una delle forme più pericolose di abuso (c.d. abuso di esclusione, poiché finalizzato ad eliminare i concorrenti dal mercato o a precludere l'ingresso di nuovi operatori)<sup>27</sup> e che quindi possa, e debba, essere perseguito ai sensi di tali norme. In particolare, un rifiuto a contrarre può configurarsi – oltre che come abuso per così dire generico, in quanto rivolto ad escludere l'impresa con-

*minanti, concentrazioni (dir. comunit.)*, cit., p. 372 ss.; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 118 ss.; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 212 ss.; E.A. RAFFAELLI *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, cit., c. 887 ss.; I. VAN BAEL e J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella comunità europea*, Torino, 1994, p. 647 ss.] quanto in giurisprudenza (cfr.: Giust. CE, 2 marzo 1983, causa 7/82, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 287 ss.; Corte Giust. CE, 19 aprile 1977, causa 77/77, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, n. 1113; Corte Giust. CE, 6 marzo 1974, causa 6 luglio 1973, cit., n. 664; Corte Giust. CE, 6 marzo 1974, cause 6 e 7/73, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 261 ss.; Commissione CEE, 14 febbraio 1978, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, n. 1111; Commissione CEE, 19 aprile 1977, *ivi*, n. 991; Commissione CEE, 8 dicembre 1977, *ivi*, n. 1117; Commissione CEE, 17 dicembre 1975, n. 353/76, *ivi*, n. 885; Commissione CEE, 14 dicembre 1972, *ivi*, 1973, n. 447; App. Firenze, 5 febbraio 1997, cit.).

<sup>26</sup> Sul valore esemplificativo dell'elencazione di cui all'art. 3 l. n. 287/90 non possono esservi dubbi. Si veda già la *Prima "relazione annuale" al Presidente del Consiglio dei Ministri da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. dir. ind.*, 1991, p. 375. Trattasi di un principio assolutamente indiscusso anche in ambito comunitario. Si veda, ad esempio, Così Corte Giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, cit.; e, più di recente: Corte Giust. CE, 15 marzo 2007, causa 95/04, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 125 ss., con nota di FAELLA.

<sup>27</sup> Al riguardo si è precisato che è abusivo «il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura del mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già smiunito e ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulla prestazione degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza». Così Corte Giust. CE, 13 febbraio 1979, causa 85/76, cit.

corrente dal mercato – come abuso specifico, sussumibile sia sotto la lettera *b*) dell'art. 3 e dell'art. 102 del Trattato, in quanto volto ad impedire l'accesso o gli sbocchi sul mercato, creando una «barriera» all'entrata; che sotto la successiva lett. *c*) delle stesse disposizioni, in quanto può rappresentare una forma «estrema» di discriminazione, in quanto arbitrariamente non opposto dall'imprenditore alla generalità degli altri contraenti<sup>28</sup>.

Così, la condotta di un'impresa che detenga una posizione di *leadership* sul mercato, la quale rifiuti di soddisfare richieste ed ordinativi aventi carattere di «normalità» inoltrati da un'altra impresa, potrebbe essere considerato come abusivo sfruttamento di posizione dominante, poiché idoneo a provocare una discriminazione che può spingersi fino ad eliminare un operatore commerciale dal mercato. Se è vero, come detto, che la circostanza di detenere una posizione di dominio sul mercato non può certo impedire all'impresa di tutelare e proteggere i propri interessi commerciali e che si deve riconoscere la possibilità di compiere atti che siano ragionevolmente diretti a tale fine, non può però ammettersi un rifiuto che abbia, in realtà, il solo o principale scopo di rafforzare la posizione dominante dell'impresa e di farne abuso. Con l'ulteriore precisazione che il carattere normale dei suddetti ordinativi va determinato, dal giudice del caso concreto, in relazione all'entità degli stessi rispetto al fabbisogno del mercato, nonché alle relazioni commerciali intrattenute dall'impresa in posizione dominante con l'operatore che subisce il rifiuto o con altri imprenditori svolgenti la medesima attività<sup>29</sup>.

Insomma, in conclusione, appare chiaro che il *refusal to supply* proveniente da un'impresa egemone sul mercato – *a fortiori* se monopolista – può in astratto integrare gli estremi di un abusivo sfruttamento di posizione dominante<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Così F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, in *Resp. civ. previd.*, 1996, p. 247.

<sup>29</sup> Così Corte Giust. CE, 16 settembre 2008, cause 468/06 e 478/06, in *Dir. ind.*, 2008, p. 549 ss., con nota di G. COLANGELO, *Rifiuto di fornitura ed esportazione parallela*. Per la giurisprudenza interna utile può essere il richiamo a Cons. Stato, 20 dicembre 2010, n. 9306, in *Foro amm.*, *CdS*, 2010, p. 2766.

<sup>30</sup> Ciò è tanto vero che proprio nell'ambito del rifiuto a contrarre è stata

Naturalmente, così come si è visto quando si è affrontato il tema dell'applicabilità delle norme codicistiche in tema di repressione della concorrenza sleale, non ogni rifiuto a contrarre può essere considerato illecito e, quindi, fonte di responsabilità, ma sarà necessario, di volta in volta, esaminare l'intero contesto – da un punto di vista strutturale e comportamentale insieme<sup>31</sup> – nel quale ha avuto luogo l'adozione di tale misura, per verificarne o meno la legittimità e la razionalità economica. Al riguardo, costituisce principio spesso ribadito dalla giurisprudenza quello secondo cui il giudice, nell'accertamento della sussistenza di un abuso di posizione dominante, deve andare alla ricerca della concorrenza «virtuale» – ossia, di quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo – definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geografica, nonché l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi in questione<sup>32</sup>.

elaborata la teoria anglosassone delle *essential facilities*, secondo cui commette un abuso di posizione dominante l'impresa detentrica di un'infrastruttura essenziale (cd. «*essential facility*»), il cui accesso, da parte di imprese terze, è indispensabile per operare nel mercato a valle, che neghi tale accesso ai concorrenti su detto mercato secondario o imponga, a questi ultimi, condizioni particolarmente gravose o inique. La questione non può certo essere affrontata in questa sede. Per una panoramica della teoria in esame nell'esperienza nazionale, comparata e sovranazionale, si rinvia, su tutti, a E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle "essential facilities"*, in *Concorr. merc.*, 1998, p. 449 ss.; G. CERVIGNI, *L'intervento pubblico nelle "essential facilities", aspetti teorici e analisi istituzionale*, *ivi*, p. 295 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *"Essential facilities" nelle decisioni dell'Autorità garante*, *ivi*, p. 389 ss.; L. VASQUES, *infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, nota a Corte Giust. CE, 26 novembre 1998, causa 7/97, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 50 ss.; ID., *"Essential facilities doctrine": dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici*, in *Concorr. merc.*, 1998, p. 407 ss.

<sup>31</sup> È infatti necessario operare una duplice analisi, di tipo strutturale /oggettivo, diretta a studiare il mercato di riferimento e la posizione in esso occupata da parte dell'impresa interessata; ed un'analisi di tipo soggettivo/comportamentale, avente ad oggetto la condotta assunta da questa impresa nei confronti dei suoi concorrenti. Cfr., ad esempio: Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, cit.

<sup>32</sup> Così Cass., 17 maggio 2000, n. 6368, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, p. 403 ss.,

Occorrerà, pertanto, compiere una difficile opera di ponderazione non soltanto degli interessi, in sé contrapposti, dell'impresa dominante e di quella debole, ma anche dei più generali canoni di efficienza economica del mercato e di mantenimento o ripristino della finalità concorrenziale.

Ed in tale complessa attività di comparazione di beni giuridici giammai coincidenti – ossia: libertà di iniziativa economica del singolo operatore; libertà di non contrarre dell'impresa dominante; salvaguardia della «concorrenzialità» del libero mercato – può ritenersi, in linea generale e salvo le specificità delle singole ipotesi concrete, che il rifiuto a contrarre sia qualificabile come pratica abusiva e dunque illecita tutte le volte in cui costituisca «uno strumento più o meno diretto per mettere in difficoltà od eliminare la concorrenza»<sup>33</sup>, ovvero quando «pregiudichi arbitrariamente e ingiustificatamente il diritto di contrarre di chi debba comunque entrare in rapporti commerciali con l'impresa dominante»<sup>34</sup>; quando, cioè, non abbia una giustificazione economica oggettiva di miglioramento, o quantomeno di non pregiudizio, delle prestazioni o del bilancio dell'impresa che oppone il diniego, bensì non abbia altra motivazione che non quella di danneggiare la controparte.

E per comprendere se la concorrenza sia effettivamente falsata – o corra il rischio di esserlo – occorre anche fare riferimento, come appena detto, al concetto ipotetico di «concorrenza virtuale», chiedendosi cioè come la concorrenza avrebbe operato e si sarebbe sviluppata, nell'ambito del mercato di riferimento, se non ci fosse stata la condotta di esclusione in esame, ossia se la posizione dominante o monopolistica non fosse stata esercitata in modo abusivo.

È evidente, e non può certo essere nascosta, la delicatezza del-

con nota di A. CLARONI, *Sull'abuso di posizione dominante nell'esercizio dei servizi di assistenza a terra (handling) aeroportuali*, e in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3175 ss., con nota di F. SEBASTIO, *La posizione dominante e il suo eventuale abuso*. Per la giurisprudenza amministrativa si veda T.A.R. Catania, 11 agosto 2004, n. 2111, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 2396.

<sup>33</sup> Così G. GHIDINI e S. HASSAN, *Diritto industriale e della concorrenza nella CEE*, Milano, 1991, p. 153.

<sup>34</sup> Così F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, cit., p. 251.

l'accertamento e la permanente tensione tra istanze contrapposte che sussiste *in subiecta materia*, cui fa seguito una certa strutturale – e, si crede, in qualche modo ineliminabile – opinabilità del giudizio da adottare nel caso concreto.

Un'opinabilità che dipende, oltre che dalla fisiologica incertezza dei giudizi umani, anche e soprattutto dal problema dell'individuazione di quale sia l'interesse prevalente che la normativa *antitrust* avrebbe di mira: se l'interesse generale alla salvaguardia delle funzioni del libero mercato ed alla conservazione di una libera concorrenza tra gli operatori, eventualmente anche a scapito della tutela del singolo, vittima del rifiuto, il quale potrebbe così godere di una tutela soltanto se il proprio interesse sia coincidente con la struttura globale del mercato e con la conservazione di una efficienza concorrenziale e cioè se vi sia pregiudizio alle esigenze del mercato (indirizzo che postula, pertanto, la necessità di inquadrare il singolo rifiuto nel più ampio contesto dell'intera vicenda, valutando la strategia globale dell'impresa)<sup>35</sup>; oppure, al contrario, se sia prioritaria la necessità di apprestare protezione all'interesse personale del soggetto che entra in contatto con l'impresa dominante ed il suo diritto alla libertà di contrarre, in quanto parte debole del rapporto, a prescindere dalla valutazione della sussistenza di effetti distorsivi del rifiuto sul mercato in generale: indipendentemente, cioè, dalla ripercussioni che il *refusal to deal* possa avere sulla struttura del mercato in cui operano i richiedenti stessi<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Sull'«impossibilità di appiattare la tutela della concorrenza – intesa come meccanismo attraverso il quale vengono garantite al consumatore le prestazioni più soddisfacenti, dal punto di vista dei prezzi, delle qualità del prodotto, dei servizi accessori ecc. – sulla tutela del singolo concorrente, secondo una logica schiettamente protezionistica», si veda L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 224.

<sup>36</sup> È questa l'impostazione che sembra prevalere nella giurisprudenza, specie quella comunitaria (si vedano le sentenze citate nelle note immediatamente precedenti), preoccupata più a fornire tutela al singolo operatore vittima del rifiuto che non a valutare le ripercussioni di tale condotta sul «gioco» concorrenziale complessivamente inteso. Il che è come dire che ogni comportamento abusivo, anche di ampiezza limitata, sarebbe di per sé in grado di arrecare pregiudizio alla concorrenza e, pertanto, passibile del divieto di cui alla normativa in esame. Ed infatti, scorrendo le sentenze soprattutto più risalenti nel tempo,

È in questa tensione tra interesse individuale del soggetto debole – e, più in generale, delle parti venute in contatto – ed interesse pubblico alla libera concorrenza che si snodano le principali questioni relative all'interpretazione ed alla concreta operatività della clausola sul divieto di abuso di posizione dominante.

Personalmente, per quel che può valere, si ritiene che la lesione, conseguente al rifiuto a contrarre opposto dal monopolista, del diritto del soggetto interessato a fare ingresso nel mercato – se ovviamente derivante da una condotta abusiva nel senso sopra indicato – sia sufficiente a far scattare la reazione negativa dell'ordinamento sotto il profilo dell'illecito *antitrust*, poiché determina *ex se* l'impossibilità di quest'ultimo di svolgere l'attività desiderata e, dunque, di esercitare il proprio diritto ad operare in un mercato concorrenziale. Tanto

si può notare come il più delle volte non si faccia alcun riferimento alla situazione concorrenziale generale del mercato o ad eventuali efficienze o vantaggi che l'ingresso di un altro soggetto potrebbe determinare. Non manca però un indirizzo comunitario più recente che adotta un atteggiamento più cauto e restrittivo e, ai fini della qualificazione di abusività della condotta, pare chiedersi se ed in quale misura il singolo rifiuto possa determinare una restrizione concorrenziale. Emblematica è, al riguardo, Corte Giust. CE, 29 aprile 2004, causa 418/01, in *Racc. giur. Corte Giust.*, 2004, I-5039. Altre pronunce si limitano a sostenere il carattere di eccezionalità della valutazione in termini di abusività di un rifiuto a contrarre. Cfr., ad esempio: Corte Giust. CE, 26 novembre 1998, causa 7/97, *ivi*, 1998, I-7791. Per la giurisprudenza interna, significativa appare una recente pronuncia del Consiglio di Stato (13 maggio 2011, n. 2925, in *Foro amm.*, *CdS*, 2011, p. 1621 ss.), secondo cui «al fine della sussistenza dell'abuso è sufficiente l'oggetto e non anche l'effetto anticoncorrenziale». Del tutto minoritarie appaiono quelle pronunce che, al contrario, affermano che l'abuso di posizione dominante, perché possa assumere rilevanza per il diritto *antitrust*, deve avere un livello minimo di consistenza, da valutare discrezionalmente sulla base delle dimensioni del mercato, delle potenzialità delle imprese che vi operano e della reale importanza dell'abuso commesso, alla luce dell'obiettivo finale della tutela del consumatore (per questo indirizzo si veda, su tutti: App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 346 ss.). Limita la sussistenza di un abuso di posizione dominante sotto forma di impedimento o limitazione degli sbocchi o accessi al mercato ai soli casi in cui sia stata raggiunta la prova del danno risentito dai consumatori, «*sub specie* di variazioni peggiorative sui prezzi, quantità, qualità e varietà dei prodotti immessi sul mercato», Cons. Stato, 17 febbraio 1999, n. 172, in *Foro it.*, 2000, III, c. 251 ss., con nota di R. PARDOLESI e G. RESTA.

basta, a parere di chi scrive, per vedere integrati, nel rifiuto abusivo del monopolista, i presupposti per ritenere sussistente una «distorsione» della concorrenza – anche, in teoria, di dimensioni non rilevanti e persino minime – non essendo necessario (ai fini dell'*an*, ma semmai soltanto per calibrare il *quantum debeatur*) indagare circa, ad esempio, la consistenza e le ripercussioni di questo rifiuto sul «gioco» della concorrenza nel suo complessivo svolgersi; oppure circa gli eventuali vantaggi o meno che l'ingresso di un nuovo operatore potrebbe apportare al mercato; oppure, infine, circa la sussistenza o meno di un eventuale *vulnus* ai danni dei consumatori, sotto l'aspetto, *sub specie* di peggioramento, sul piano qualitativo e/o quantitativo, dell'offerta loro rivolta. Tutti profili che non paiono ricavarsi dalla lettura della normativa in esame, come interpretata tanto letteralmente, quanto teleologicamente.

Non sfuggirà infine al lettore attento che, seguendo l'impostazione da ultimo riferita, la *ratio* della normativa *antitrust* finirebbe con l'avvicinarsi, di fatto, a quella sottesa all'art. 2597 c.c., nel senso che entrambe le disposizioni avrebbero la prevalente funzione di garantire – l'una, ossia l'art. 2597 c.c., al consumatore (o, secondo la tesi che in questa sede si propone, anche all'imprenditore); l'altra, ossia l'art. 3 della l. n. 287/90, a qualsiasi operatore economico<sup>37</sup> – il diritto ad accedere e disporre del bene o del servizio prodotto o commercializzato dall'impresa (monopolistica per la disposizione codicistica; anche solo dominante, per la normativa *antitrust*), lasciando sullo sfondo ogni valutazione circa le ripercussioni che un rifiuto di contrarre possa avere sul «meccanismo» concorrenziale nel suo complesso<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 332, il quale ritiene il divieto di abuso di posizione dominante alla stregua di una «clausola generale a favore di qualsiasi operatore economico che possa sentire danno da un abuso di posizione dominante».

<sup>38</sup> *Contra*, nel senso di una netta differenziazione tra l'art. 2597 c.c. e l'art. 86 CEE (antesignano dell'art. 3 l. n. 287/90), si esprime L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 108; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 45 ss. Tende invece a ravvicinare le due norme (pur ben consapevole delle differenze comunque esistenti), poiché entrambe volte a tutelare l'esigenza «di compensare e contenere gli effetti di una deviazione (l'esistenza ap-

Ma questa parziale sovrapposizione, si crede, non dovrebbe costituire un problema, avendo le due norme, come visto, presupposti applicativi diversi.

3. Ora, a prescindere dalla *querelle* circa la prevalente funzionalizzazione della normativa *antitrust* alla tutela dell'interesse generale alla struttura concorrenziale del mercato, oppure dell'interesse individuale del singolo concorrente, va evidenziato come, oggi più che in passato, di fronte ad un rifiuto a contrarre possa essere particolarmente proficuo e conveniente, per il soggetto leso, reagire invocando la normativa in tema di divieto di abuso di posizione dominante. E questo anche al di là dell'ovvio vantaggio di poter contare e beneficiare dell'attività di indagine e di accertamento da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ciò in quanto la più recente elaborazione pretoria, oltre che la normativa comunitaria<sup>39</sup>, si sono mosse nel senso di un sempre maggior progressivo ampliamento della tutela – o meglio, più correttamente, di una facilitazione di accesso alla stessa – a vantaggio del soggetto che voglia invocare la lesione del proprio diritto a competere all'interno di un mercato in cui non si verifichino abusi.

punto di un'impresa monopolistica) dallo schema concorrenziale, garantendo ai *partners* di mercato dell'imprenditore dominante una tutela dei suoi interessi simile a quella che di fatto si ritiene egli riceverebbe in regime di concorrenza», P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., pp. 331-332, il quale conclude, coerentemente con le premesse, che «la somiglianza dei presupposti (assenza di concorrenza) cui si richiamano entrambe le due norme consenta di utilizzare, nell'interpretazione dell'una, i criteri elaborati per precisare i presupposti di applicabilità dell'altra». Quanto poi ai rapporti tra disciplina *antitrust* ed art. 2598 c.c., si rinvia, *ex plurimis*, a: P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 91 ss.; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 247 ss.; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 187 ss.; M.C. VENUTI, *Monopoli (disciplina antimonopolistica)*, cit., p. 37. In giurisprudenza, si veda: Cass., 10 agosto 2012, n. 14394, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1081.

<sup>39</sup> Il riferimento è, in particolare, alla Direttiva 2014/104/UE, in tema di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme in tema di illecito anticoncorrenziale, sulla quale *infra*. La Direttiva si può leggere, ad esempio, in *www.eur-lex.europa.eu*.

Questo processo, avviato decine di anni orsono e probabilmente non ancora portato a compimento, si è sostanzialmente indirizzato in una duplice direzione: dapprima, ampliando la gamma delle condotte abusive mediante una semplificazione o riduzione della struttura e degli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*; in un secondo momento, agevolando l'onere probatorio del soggetto attivo e potenziando i poteri officiosi dell'autorità giudiziaria.

Ma si proceda con ordine.

Sul primo versante, appare oramai principio del tutto acquisito, e per la verità affermato già da molti decenni, quello secondo cui la nozione di abuso di posizione dominante ha carattere esclusivamente oggettivo, con la conseguenza che, per accertare l'esistenza di una condotta abusiva, è possibile prescindere del tutto dalla sussistenza, in capo all'impresa *leader*, di una condotta soggettivamente rimproverabile<sup>40</sup>. Pertanto, se l'elemento soggettivo può costituire un utile indizio per una qualificazione in termini di abusività della condotta, esso tuttavia non è elemento strutturale ed indefettibile dell'illecito, che ne può prescindere e può essere integrato senza che sia necessaria la dimostrazione – tutt'altro che agevole – che l'abuso stesso sia stato commesso intenzionalmente, o quantomeno colposamente, dall'impresa dominante.

Se l'*intentio* del soggetto protagonista dell'abuso non rileva ai fini della commissione dell'illecito, del pari irrilevante è il carattere «effettivo» della pratica posta in essere: per la configurabilità della fattispecie descritta dalle norme interne e comunitarie non occorre dimostrare l'esistenza di concreti effetti anticoncorrenziali derivanti dalla condotta, essendo al contrario sufficiente verificare la mera potenzialità abusiva del comportamento e, quindi, la mera idoneità dello stesso a determinare un effetto escludente o di sfruttamento sul mer-

<sup>40</sup> Il carattere eminentemente oggettivo della nozione di abuso è oramai un dato acquisito ed affermato da molto tempo già in sede comunitaria. Tra le tante si ricorda: Corte Giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, cit., secondo cui «il rafforzamento della posizione dominante su un determinato mercato [...] integra un abuso a prescindere dalla colpa». Tra le pronunce successive si vedano, tra le più significative: Corte Giust. CE, 30 aprile 1986, causa 62/86, in *www.curia.europa.eu*; Trib. UE, 7 ottobre 1999, causa 228/97, *ivi*.

cato<sup>41</sup>. Insomma: qualora un'impresa in posizione dominante ponga in essere una pratica che produca un effetto preclusivo nei confronti dei propri concorrenti, la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante. Come a dire, dunque, che l'illecito in esame è un illecito di mera condotta, che si perfeziona cioè con la mera condotta anticoncorrenziale – purché, si badi, idonea ad incidere sul libero funzionamento del mercato, nel senso sopra precisato – senza che sia necessario attendere che la concorrenza sia stata indebitamente ed effettivamente alterata dalla stessa: è sufficiente già la pericolosità di quella condotta, a prescindere dalla sussistenza di un nesso da causalità rispetto all'effetto di esclusione.

Ai fini dell'abuso è sufficiente dunque la potenzialità dell'evento dannoso, ossia il tentativo di impedire, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti e servizi, la permanenza o lo sviluppo di un adeguato livello di concorrenza.

Di conseguenza, in linea teorica, anche condotte meramente vessatorie o minacciose, che non raggiungano in concreto un effetto restrittivo del mercato, potrebbero integrare la fattispecie in esame<sup>42</sup>. Si

<sup>41</sup> Anche tale aspetto può dirsi oramai *ius receptum*. Tra le tante, si vedano: Corte Giust. UE, 6 dicembre 2012, causa 457/10, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 569 ss. con nota di G. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso AstraZeneca*; Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, causa 52/09, cit.; Trib. UE, 29 marzo 2012, causa 336/07, *ivi*; Trib. UE., 17 dicembre 2003, causa 219/99, *ivi*; Trib. UE, 30 settembre 2003, causa 203/01, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 94 ss., con nota di P. SABBATINI, "Michelin II": sconti di quantità vietati all'impresa dominante. Tale indirizzo è pienamente coerente con quanto affermato dalla Commissione europea nella decisione del 20/07/99, caso IV/36.888 – *Coppa del mondo di calcio 1998*, in *Gazz. Uff.* n. L 005 del 08/01/2000, secondo cui: «L'applicazione dell'articolo 82, pur esigendo spesso una valutazione degli effetti del comportamento dell'impresa su un dato mercato, non può essere esclusa nell'ipotesi in cui tali effetti non sussistano». Per la giurisprudenza interna si vedano, a puro titolo esemplificativo: Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, cit.; Cons. Stato, 13 maggio 2011, n. 2925, cit.; Cons. Stato, 19 luglio 2002, n. 4001, in *Foro it.*, 2003, III, c. 75 ss., con nota di L. FLORE, *Istruttoria procedimentale e indagini conoscitive nell'attività dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

<sup>42</sup> Cfr., Corte Giust. CE, 30 aprile 1986, causa 62/86, cit.

immagini, allora, come, sotto questo profilo, un rifiuto a contrarre opposto da un soggetto monopolista nel mercato possa ben ricoprire i caratteri dell'illecito anticoncorrenziale

Piú controverso e meno indiscusso è forse il terzo aspetto della vicenda *antitrust*, ossia quello della essenzialità o meno, ai fini dell'integrazione dell'illecito, della prova – che ovviamente andrebbe fornita dal soggetto leso – di un collegamento causale tra la condotta abusiva e la posizione dominante. Ma anche con riferimento a tale questione – e nonostante non siano mancati, anche di recente, arresti di segno opposto<sup>43</sup> – può ragionevolmente oggi dirsi prevalente un approccio che ritiene non necessario, ai fini della fattispecie illecita, la sussistenza di un rapporto di causa/effetto tra la posizione stessa ed il suo sfruttamento abusivo<sup>44</sup>. L'impresa in posizione dominante, pertanto, potrà incorrere nel divieto sancito dalla norma anche quando, nel portare a compimento la fattispecie di abuso, non si sia avvalsa del proprio potere di supremazia economica, in quanto ciò che conta, secondo questa impostazione, non è la connessione tra il diritto e la posizione dominante, bensí sono le modalità concrete con le quali l'impresa *leader* lo ha esercitato, con l'unico o prevalente scopo cioè di escludere o limitare l'ingresso nel mercato dell'imprenditore concorrente<sup>45</sup>.

Pertanto, e seguendo questa condivisibile linea di pensiero, potranno essere qualificati come abusivi anche comportamenti adottati su mercati paralleli, ossia su mercati differenti da quello soggetto a

<sup>43</sup> Cfr., Trib. UE, 20 settembre 2013, causa 169/08, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); T.A.R. Roma, 2 agosto 2013, n. 7826, in [www.dimt.it](http://www.dimt.it).

<sup>44</sup> Trattasi, per la verità, di un indirizzo che affonda le sue radici in una risalente giurisprudenza comunitaria, secondo cui «il problema del nesso causale che dovrebbe esistere tra la posizione dominante e il suo sfruttamento è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 82 del Trattato indipendentemente dai mezzi utilizzati a tal fine» (cosí Corte Giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, cit.). Indirizzo di recente fatto proprio dalla giurisprudenza nazionale (cfr., Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, cit.).

<sup>45</sup> Cosí M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, nota a Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, in *Giorn. dir. ammin.*, 2015, p. 87 ss.

dominio, «i quali producano effetti o su questi ultimi, o sugli stessi mercati non soggetti a dominio»<sup>46</sup>: ciò in quanto, pur trattandosi di mercati distinti, benché evidentemente in qualche modo connessi, «talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato»<sup>47</sup>.

E non sfuggirà al lettore che le circostanze appena tratteggiate possono ben sussistere tutte le volte in cui un'impresa verticalmente integrata, in posizione dominante o – peggio – monopolistica su di un mercato a monte, escluda, o tenti di escludere, potenziali concorrenti sul mercato a valle, segnatamente attraverso una negazione a stipulare contratti. Del resto, in assenza di idonee e plausibili giustificazioni obiettive, economiche o strategiche, una condotta di *refusal to supply* può essere motivata soltanto con l'intenzione, da parte dell'impresa *leader*, di impedire il naturale svolgersi della concorrenza sul mercato a valle, e di rafforzare la propria posizione di dominio. Ne dovrebbe così conseguire l'abusività, per il diritto *antitrust*, di una condotta siffatta.

Insomma, nonostante l'abuso di posizione dominante continui ad essere inquadrato prevalentemente nell'ambito della responsabilità extracontrattuale – trovando il proprio fondamento nel fatto illecito altrui, ossia nella violazione delle norme sulle concorrenza<sup>48</sup> – la speciale responsabilità da cui è gravata l'impresa dominante, anche per quello che si dirà nel paragrafo seguente, assume sempre di più una peculiarità propria, che la distingue, sotto diversi profili, tanto dalla responsabilità extracontrattuale, quanto da quella contrattuale, assumendo quasi un proprio *status* e suoi contorni ben delineati che de-

<sup>46</sup> Così Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, cit.; Corte Giust. CE, 14 novembre 1996, causa 333/94, in *www.curia.europa.eu*; Corte Giust. CE, 3 ottobre 1985, causa 311/84, *Racc. giur. Corte Giust.*, 1985, I-3261.

<sup>47</sup> Così, ancora, Corte Giust. UE, 17 febbraio 2011, cit.

<sup>48</sup> Così, tra le altre: Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

terminano una fuga dalla tradizionale dicotomia responsabilità da contratto/responsabilità da atto illecito.

Infine, l'opera giurisprudenziale di ampliamento dell'illecito mediante la riduzione dei suoi elementi costitutivi si accompagna ad una nuova consapevolezza, cui in questa sede si può solo accennare, che pare si stia facendo strada, pian piano, nella giurisprudenza più attenta ed accorta: quella, cioè, di ritenere che possa configurarsi un abuso di posizione dominante anche nel caso di adozione di condotte in sé lecite, perché autorizzate e consentite dalla legge, ma che realizzino un fine illecito, perché teleologicamente orientate ad impedire l'ingresso di un potenziale concorrente nel mercato di riferimento e, più in generale, ad ostacolare il naturale esplicarsi della concorrenza<sup>49</sup>. L'abuso di posizione dominante, infatti, avendo pacificamente carattere atipico, può realizzarsi non solo mediante condotte di per sé illecite, ma anche attraverso l'esercizio di poteri e facoltà, pur astrattamente previsti e consentiti dall'ordinamento – come è, in teoria, un diniego a contrarre – che non producano alcun vantaggio apprezzabile per il suo titolare, risolvendosi in un mero nocumento per il potenziale concorrente<sup>50</sup>. Diversamente opinando, si aggiunge,

<sup>49</sup> Cfr., Cons. Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, cit.; Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 693, in *Foro amm.*, *CdS*, 2014, p. 505 ss.

<sup>50</sup> Si consideri, per esemplificare quanto detto, la seguente ipotesi, tutt'altro che «di scuola», poiché oggetto di una controversia giudiziaria che si è conclusa con una recentissima e significativa pronuncia resa dalla Sezione Imprese del Tribunale di Palermo, pronunciata in composizione collegiale in sede di reclamo (cfr., Trib. Palermo, Sez. spec. In materia di Impresa, 19 luglio 2016, proc. n. 8260/2016 r.g., cit.). Lunga e complessa la vicenda che ha portato alla pronuncia citata; vicenda che deve essere necessariamente ripercorsa nel dettaglio, al fine di comprendere appieno quanto si vuol significare. Nella provincia siciliana, anni orsono, è stato stipulato un contratto tra una società di distribuzione di giornali quotidiani e periodici e un rivenditore (c.d. «edicolante»), formalmente liberamente sottoscritto tra le parti, che prevedeva, tra l'altro, l'obbligo per il secondo di corrispondere al primo una somma di denaro a cadenza periodica per le spese derivanti dal trasporto. In particolare, la clausola recitava nel modo seguente: «Le parti esplicitamente concordano e vogliono, quale elemento essenziale del presente contratto che, in deroga a quanto disposto dall'art. 10 dell'Accordo Nazionale, il rivenditore si obbliga a corrispondere al distributore la somma che sarà concordata tra le parti sulla base della media delle

la fattispecie in esame sarebbe di difficile configurazione nella realtà dei fatti, e questo in quanto essa si realizza, il più delle volte, me-

vendite registrate della rivendita, nei due mesi di prova precedenti. In caso di mancato accordo, sempre in deroga a quanto disposto dall'art. 10 dell'Accordo Nazionale, il rivenditore si obbliga a corrispondere al distributore, quale corrispettivo del servizio aggiuntivo di distribuzione dei prodotti editoriali, la somma di euro 5,00 giornaliera». L'articolo 10 dell'*Accordo nazionale sulla vendita dei giornali quotidiani e periodici* (brevemente: A.N.) – contratto atipico siglato tra le più rappresentative associazioni di categoria degli editori, dei distributori nazionali e dei rivenditori (c.d. edicolanti) in data 19/05/05, ed entrato in vigore il successivo 01/01/06 – prevede che l'attività di distribuzione deve essere eseguita senza che il rivenditore sia tenuto «a corrispondere al soggetto che svolge l'attività di distribuzione alcun compenso, qualora non sussistano consuetudini determinate da oggettive difficoltà di accesso al punto vendita medesimo». Nell'intenzione delle parti, dunque, il distributore locale è tenuto a provvedere al trasporto dei prodotti ed al ritiro delle rese «franco punto vendita», con organizzazione di servizi in via autonoma, senza che i rivenditori siano tenuti a corrispondere alcun compenso aggiuntivo per tale servizio. Si noti sin da ora come la clausola sia stata, dalla società di distribuzione, abilmente predisposta e concepita in modo da farla apparire come frutto di accordo con l'edicolante («*Le parti esplicitamente concordano e vogliono...*»), in modo tale da (tentare di) evitare contestazioni future davanti all'autorità giudiziaria. Ciò nonostante, dopo aver versato, in adempimento di tale pattuizione, oltre \_ 3.500, l'edicolante si rivolgeva all'autorità giudiziaria, facendo valere la nullità della citata pattuizione ed il proprio diritto alla restituzione di quanto indebitamente corrisposto alla controparte. Queste, in estrema sintesi, le principali motivazioni a supporto del ricorso giudiziario: – il d.lgs. n. 170/01, recante il riordino del sistema di diffusione della stampa quotidiana e periodica, allo scopo di tutelare i primari diritti alla libera diffusione del pensiero a mezzo stampa – nonché in generale di promuovere il pluralismo ed il diritto all'informazione ex art. 21 Cost. – detta una disciplina di carattere imperativo, ponendo, in capo alle parti, una pluralità di obblighi, esemplificati in particolare all'art. 5. Obblighi che costituiscono, tutti, espressione del più generale principio di parità di trattamento ex art. 4 della citata normativa, che deve presidiare la fase della distribuzione e della vendita di giornali quotidiani e periodici; – per ciò che in questa sede più interessa, il regime «vincolistico» introdotto dalla normativa in oggetto prevede l'obbligo per le parti di osservare assoluta parità di trattamento nella predisposizione ed applicazione di tutte le «condizioni economiche» e le «modalità di cessione» delle pubblicazioni (art. 5, co. 1, lett. *b*); obbligo la cui violazione è espressamente sanzionata con la comminatoria di nullità della clausola in deroga (art. 5, co. 1, lett. *d-quinquies*). Tanto premesso in punto di diritto, l'edicolante ha dimostrato – mediante la produzione degli estratti conto inviati agli altri sui colleghi – che

dian­te l'adozio­ne di com­por­ta­men­ti in sé leciti, se visti alla luce di set­to­ri dell'ordi­na­men­to diversi da quello della con­cor­ren­za.

il dis­tri­bu­to­re ha palese­men­te vio­la­to tale obbligo lega­le, chie­den­do somme ag­giun­ti­ve per il ser­vi­zio di dis­tri­bu­zio­ne sol­tan­to allo stesso, e non anche agli al­tri edico­lan­ti ubica­ti nello stesso Co­mu­ne. La so­ci­età di dis­tri­bu­zio­ne, in al­tri ter­mi­ni, non ha richie­sto le spese per il tras­por­to agli al­tri pun­ti ven­di­ta ubica­ti nel me­desi­mo Co­mu­ne, ma solo all'edico­la del ri­cor­ren­te. La clau­so­la di cui all'art. 2 del con­tra­to è dun­que palese­men­te nulla per vio­la­zio­ne dell'art. 5, co. 1, let­te­re *b* e *d-quinquies*, d.lgs. n. 170/01. Il Giu­di­ce, adi­to ai sen­si dell'art. 702-*bis* c.p.c., ac­co­glie in pieno le doglian­ze dell'edico­lan­te (cfr., Tri­bu­na­le di Ter­mi­ni Imerese, ord. 14 aprile 2015, *inedita*); l'arti­co­la­to *decisum* si snoda nei se­guen­ti pun­ti essen­zia­li: – l'art. 5, co. 1, let­te­ra *b*, d.lgs. n. 170/01 pre­vede te­stual­men­te che «le con­di­zio­ni eco­no­mi­che e le mo­da­li­tà com­mer­cia­li di ces­sio­ne delle pub­bli­ca­zio­ni, com­pre­si­ve di ogni forma di com­pen­so ri­co­nos­ci­uta ai ri­ven­di­to­ri, de­vo­no es­se­re iden­ti­che per le di­verse ti­po­lo­gie di eser­ci­zi, es­clu­si­vi e non es­clu­si­vi, che ef­fet­tu­ano la ven­di­ta»; – dalla do­cu­men­ta­zio­ne agli atti, ri­sul­ta ine­qui­vo­ca­bil­men­te che il dis­tri­bu­to­re abbia ap­pli­ca­to, per il ser­vi­zio di dis­tri­bu­zio­ne for­ni­to, con­di­zio­ni eco­no­mi­che di­feren­ti ad eser­ci­zi com­mer­cia­li che svol­go­no la pro­pria atti­vi­tà com­mer­cia­le nella stessa zo­na di per­ti­nen­za; – né, al ri­guar­do, col­go­no nel segno le ar­go­men­ta­zio­ni della so­ci­età di dis­tri­bu­zio­ne, a giu­di­zio della quale la dis­cri­mi­na­zio­ne sud­de­ta tro­ve­rebbe giu­sti­fi­ca­zio­ne nella cir­co­stan­za che il mu­ta­men­to nel tem­po delle con­di­zio­ni di mer­ca­to, ed in par­ti­co­la­re la so­prav­ve­nu­ta «antie­co­no­mi­ci­tà» del ser­vi­zio di dis­tri­bu­zio­ne in fa­vo­re del ri­cor­ren­te, abbia im­po­sto la ne­ces­si­tà di pre­ve­de­re, per il ser­vi­zio di for­ni­tu­ra es­ple­ta­to, oneri ag­giun­ti­vi, in fun­zio­ne re­mu­ne­ra­ti­va per l'atti­vi­tà di­ven­uta ec­ces­si­va­men­te onero­sa; – la norma ci­ta­ta, in­fat­ti, nel pre­ve­de­re l'ap­pli­ca­zio­ne delle stesse con­di­zio­ni eco­no­mi­che per tut­ti gli eser­ci­zi com­mer­cia­li, non lascia spa­zio a pos­si­bi­li­tà di de­ro­ghe pat­ti­zie; – del resto, l'art. 5, co. 1, let­te­ra *d-quinquies*, d.lgs. n. 170/01 com­mi­na la san­zio­ne della nul­li­tà di tut­ti quei con­tra­ti che, in spre­gio al di­vi­e­to sopra in­di­ca­to, de­ro­ghino alla dis­po­si­zio­ne in esame, pre­ve­den­do, nello spe­ci­fi­co, una ti­pica fat­ti­spe­cie di nul­li­tà ne­ces­sa­ria­men­te par­zia­le, di­ret­ta alla ca­du­ca­zio­ne della sola clau­so­la in­va­li­da. Ine­vitabili e coe­ren­ti con le pre­mes­se sono le con­se­guen­ze che il Giu­di­ce trae dal de­li­nea­to prin­ci­pio, cer­ta­men­te di carat­te­re im­pe­ra­ti­vo, di non dis­cri­mi­na­zio­ne e di di­vi­e­to di ap­pli­ca­zio­ne di di­verse con­di­zio­ni eco­no­mi­che e di mo­da­li­tà com­mer­cia­li di­feren­ti tra pun­ti ven­di­ta: la clau­so­la in de­ro­ga deve ritene­ri­si nulla, ferma re­stan­do la piena va­li­di­tà del re­stan­te re­go­la­men­to ne­go­zia­le e la con­ser­va­zio­ne del rap­por­to com­ples­si­vo in es­se­re tra le parti. Ne de­ri­va così il di­rit­to dell'edico­lan­te alla ri­pe­ti­zio­ne di quan­to in­de­bi­ta­men­te cor­ri­spo­sto in es­e­cu­zio­ne della clau­so­la nulla. – Fine della pri­ma pun­ta­ta – L'im­por­tan­za della de­ci­sio­ne e la sua pe­ri­co­lo­sa po­ten­zia­li­tà espansiva ben al di là della sin­gola vi­cen­da pro­ces­suale (è noto in­fat­ti che l'ap­pli­ca­zio­ne di costi ag­giun­ti­vi da parte delle so­ci­età di dis­tri­bu­zio­ne

Notevoli le applicazioni e le potenzialità di tale principio, se riferito alla fattispecie oggetto della presente lavoro: sulla base di que-

è prassi ampiamente diffusa in moltissime zone d'Italia), imponevano una replica: la società di distribuzione, infatti – oltre ad aver appellato l'ordinanza (per cui pende tutt'ora giudizio di secondo grado innanzi alla Corte di Appello di Palermo) – avvalendosi di quanto espressamente previsto da una clausola del contratto, decide di non rinnovare il contratto in occasione della sua naturale scadenza, esercitando, peraltro con congruo preavviso (ben superiore ai sessanta giorni previsti in contratto), il relativo diritto di disdetta o, più precisamente, mancato rinnovo formalmente riconosciuto. Mossa formalmente ineccepibile, che però non aveva fatto i conti con la tenacia dell'edicolante, il quale decide di impugnare tale diniego di prosecuzione del rapporto, portando davanti ad un nuovo giudice la questione. Dallo scaturire di questo nuovo contenzioso deriva l'ordinanza collegiale di cui si tratta. Prima di esporre la conclusione cui è giunto il Collegio, preme evidenziare la palese, a parere di chi scrive, abusività – al limite della ritorsione – nella scelta del soggetto monopolista di interrompere i rapporti contrattuali con il rivenditore di giornali quotidiani e periodici. Ed infatti: *a*) l'edicolante era già in precedenza titolare di un punto vendita di giornali quotidiani e periodici, fornito dalla medesima società di distribuzione; *b*) tra le parti era stato sottoscritto un contratto di fornitura che prevedeva l'obbligo dell'edicolante di corrispondere al distributore una somma periodica a titolo di «servizio aggiuntivo di distribuzione»; *c*) tale pattuizione è stata dichiarata nulla dalla già ricordata pronuncia del Tribunale di Termini Imerese; *d*) la società di distribuzione, all'indomani della citata pronuncia, ha comunicato formale disdetta dal contratto in essere in occasione della sua naturale scadenza, esercitando il relativo diritto previsto nel contratto stesso; *e*) l'edicolante, contestata la legittimità di tale decisione, ha chiesto a tutti gli altri distributori della propria Regione la disponibilità alla fornitura dei prodotti editoriali, non ricevendo alcuna risposta; *f*) successivamente, si è rivolto direttamente alla F.I.E.G. (Federazione Italiana Editori Giornali) ed ai principali editori e distributori nazionali italiani, chiedendo di porre rimedio a tale pregiudizievole situazione e di ricevere da loro direttamente la fornitura dei prodotti, non ottenendo, anche in questo caso, alcuna risposta; *g*) subita la «chiusura» della propria attività di vendita di giornali quotidiani e periodici, l'(ex) edicolante ha chiesto nuovamente al distributore resistente la fornitura dei prodotti editoriali dallo stesso distribuiti, anche in questo caso senza alcun effetto positivo. Tanto esposto – e, si ripete, premessa la non contestata situazione di monopolio di fatto della società convenuta, unico distributore in tutta la zona geografica di pertinenza – l'edicolante ha eccepito l'assoluta illegittimità ed abusività del rifiuto a contrarre della sua controparte, la quale continua a fornire le altre rivendite site nello stesso Comune dell'edicolante escluso, evidenziando come, alla base di tale decisione di interrompere e non riprendere il rapporto di fornitura, non possa sussistere

sti presupposti sarebbe infatti possibile intravedere, in un rifiuto a contrarre, una condotta che – seppure sancita in un diritto ricono-

alcun motivo meritevole di tutela, né possano essere addotti motivi economici relativi ai costi gestionali e di trasporto, essendo, come detto, la zona già fornita dal medesimo distributore. Decisione, quella del distributore, che ha determinato la definitiva «uscita» dal mercato del rivenditore, impossibilitato ad «approvvigionarsi» altrove ed altrimenti. Del resto, si aggiunge, la circostanza che la società di distribuzione, dopo diversi anni di fornitura senza soluzione di continuità, abbia deciso di interrompere e negare la predetta fornitura proprio all'indomani della già citata declaratoria del Tribunale di nullità della clausola relativa ai costi gestionali, pone ulteriori dubbi circa la meritevolezza e legittimità di tale decisione, in cui riecheggia quell'intento ritorsivo (e, forse anche, punitivo) che determina quel pregiudizio arbitrario ed ingiustificato di cui prima si parlava. Ecco, dunque, un chiaro esempio di abuso di una posizione di assoluta dominanza sul mercato, da cui il Giudice Collegiale, nell'ordinanza di cui si discute, ha tratto le conseguenze del caso, proprio facendo applicazione della normativa *antitrust* citata, mediante la quale è stato stigmatizzato come «condotta anticoncorrenziale sanzionabile» il comportamento della società di distribuzione consistente nel rifiuto a contrarre. Del resto, potrebbe aggiungersi, la condotta della società di distribuzione – oltre che dei più generali doveri di buona fede e correttezza – costituisce altresì violazione della disposizione di cui all'art. art. 5, co. 1, lett. *d-quater*, d.lgs. n. 170/01 (inserito dall'art. 39, d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12), che considera come «*pratica commerciale sleale*», tra l'altro, «*la ingiustificata mancata fornitura*», tale essendo sicuramente, per tutti i motivi esposti, quella posta in essere. Nè si ritiene, a personale giudizio di chi scrive, che la società di distribuzione possa «paralizzare» l'applicazione delle norme e dei principi sopra richiamati giustificando la propria decisione con una presunta «antieconomicità» del singolo punto vendita. Infatti, oltre a quanto sopra evidenziato, ricostruendo ed analizzando la complessiva operazione negoziale che porta alla distribuzione ed alla messa in vendita dei giornali quotidiani e periodici (operazione che vede coinvolti una pluralità di soggetti (editori – distributori nazionali – distributori locali – edicolanti), posti su differenti livelli di distribuzione) può agevolmente ricavarsi che l'economicità del servizio di distribuzione ad un punto vendita debba essere valutato nell'insieme di tutta l'area distributiva assegnata dall'editore o dal distributore nazionale. Le zone distributive vengono infatti assegnate al distributore locale nel loro complesso: esse contengono aree ad alto potenziale di vendita, che vengono attribuite a condizione che vengano fornite anche aree periferiche, svantaggiate o meno redditizie. Solo così si garantisce la «copertura» dell'intero territorio nazionale; solo così si persegue anche l'interesse pubblico, derivante *in primis* dall'art. 21 Cost., alla paritaria diffusione della stampa sull'intero territorio nazionale. In breve, l'editore e/o il distributore nazionale affidano al distributore locale l'area distri-

sciuto dalla legge in favore di tutti gli operatori economici, anche quelli in posizione dominante – e seppur formalmente rispettosa della cornice attributiva di quel diritto (a non contrarre), sia in realtà assunta secondo modalità censurabili, sotto un profilo giuridico ed economico, determinando una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del soggetto che oppone il rifiuto ed il sacrificio cui incorre la sua controparte.

Si allargano così le maglie dell'illecito, con l'ingresso, anche *in subjecta materia*, della moderna categoria dell'abuso del diritto: a pensarci bene, infatti, tale «utilizzazione alterata» e «non funzionale» dello schema formale del diritto a non contrarre non è altro che una sorta di nuova possibile forma di estrinsecazione e manifestazione dell'illecito *antitrust*, portata a compimento attraverso una condotta di abuso di un diritto, ossia di una condotta che, per quanto possa apparire conforme al contenuto del diritto (a non concludere un contratto) attribuito all'imprenditore, è nella realtà – cioè soprattutto dal punto di vista economico, in quanto priva di un'apprezzabile utilità commerciale per l'impresa che la pone in essere – funzionale al conseguimento di una finalità inaccettabile, quale quella di impedire lo sbocco sul mercato di un potenziale concorrente<sup>51</sup>.

butiva nella sua interezza (e quindi sia zone ad alto potenziale di vendita, che zone a basso potenziale) con l'impegno – derivante, oltre che da eventuali specifiche pattuizioni tra le parti, sicuramente ed in ogni caso dai principi imperativi di massima diffusione della stampa di cui al d.lgs. n. 170/01 ed all'art. 21 Cost. – a fornire tutti i punti vendita ubicati nei comuni ricompresi nel territorio di competenza. Da ciò deriva che l'economicità o meno debba essere valutata tenuto conto dell'intera area assegnata e dunque anche dei margini derivanti dalla gestione delle aree ad alto potenziale. Se queste sono le premesse, inevitabili le conseguenze: l'esercizio della disdetta contrattuale da parte della società di distribuzione, così come il successivo rifiuto alla richiesta di nuova fornitura, sono illegittime. Così ha deciso il Collegio.

<sup>51</sup> Considera l'abuso di posizione dominante come fattispecie rientrante nella categoria dell'abuso del diritto, tra le altre: Cons. Stato, 12 febbraio 2014, n. 693, cit. Significativo è, al riguardo, il seguente passaggio motivazionale: «l'abuso di posizione dominante [...] non è che specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato

4. Accanto alla sopra descritta opera estensiva dei confini dell'illecito compiuta dalla giurisprudenza, si sta assistendo, negli ultimi anni, all'affermarsi di una linea di pensiero che tende ad un rafforzamento dei poteri officiosi di cui dovrebbe e potrebbe disporre l'autorità giudiziaria nell'accertamento dell'illecito *antitrust*<sup>52</sup>. Questa nuova tendenza evolutiva intrapresa dalla giurisprudenza piú moderna, si precisa, trova il proprio principale terreno elettivo nell'ambito delle *private antitrust litigations* non precedute da un accertamento o da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da una decisione della Commissione europea; in giudizi di questo tipo, c.d. *stand alone*, diversamente da quelli introdotti a valle di un accertamento compiuto dall'autorità, interna o comunitaria, di vigilanza (c.d. giudizi *follow on*), sono particolarmente evidenti e sentite le difficoltà di allegazione e di prova a cui vanno incontro i privati che intendano agire in giudizio, proprio perché ci si trova di fronte ad elementi o fatti – quali ad esempio quello del «mercato rilevante», del «dominio sul mercato», dell'«abuso» – la cui dimostrazione necessita di complessi accertamenti fattuali ed economici; accertamenti che spesso si basano su conoscenze di dati di fatto che sono nell'esclusivo dominio del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito, o di soggetti terzi, e che comunque sono non sufficientemente noti o accessibili da parte di colui che si duole della lesione.

dei concorrenti. Come è già stato puntualizzato, elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono, infatti, proprio la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 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, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od 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 è soggetta la controparte; di conseguenza l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore».

<sup>52</sup> Espressione di tale tendenza sono, ad esempio: Cass., 1 aprile 2016, n. 6366, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2065 ss.; Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, cit.; Cass., 10 settembre 2013, n. 20695, in *www.insexplorer.it*.

A fonte di tale realtà, gli strumenti probatori offerti dalla legislazione processual-civilistica italiana e basati essenzialmente su di un principio dispositivo e di onere di allegazione e di prova a carico di parte attrice, mostrano tutta la loro inadeguatezza ed insufficienza a reprimere un fenomeno complesso quale quello dell'abuso di posizione dominante; e ciò soprattutto se si considera il rigore con il quale la giurisprudenza, in ossequio al principio di disponibilità delle prove scolpito all'art. 115 c.p.c., interpreta le norme del codice di rito che disciplinano ed introducono i vari strumenti probatori o di conoscenza dei fatti rilevanti per il processo.

Per esemplificare, si consideri che:

– pur essendo pacificamente ammessa la consulenza tecnica d'ufficio anche per l'accertamento di fatti che risultano da documenti non prodotti (c.d. consulenza percipiente), tuttavia è necessario che gli stessi fatti siano compiutamente e specificamente allegati dalla parte ed altresì che si tratti di fatti accessori, essendo sconosciuto al consulente del giudice il potere di accertare i fatti principali posti a fondamento di domande e/o eccezioni il cui onere probatorio ricade sulle parti<sup>53</sup>;

– l'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.* è ammesso solo su istanza di parte ed alle condizioni (tra le altre) che il documento sia specificamente individuato o individualibile, che la parte richiedente fornisca la prova dell'esistenza del documento e che l'altra parte o il terzo ne abbiano la materiale disponibilità, essendo, al contrario, pacificamente esclusa la c.d. istanza *ad explorandum*<sup>54</sup>;

<sup>53</sup> Cfr., da ultimo: Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, cit.; Cass., 21 gennaio 2014, n. 1181, in *Guida dir.*, 2014, 12, p. 75.

<sup>54</sup> Si veda l'art. 94 disp. att. c.p.c., nonché la seguente recente giurisprudenza esemplificativa: Cass., 4 novembre 2014, n. 23481, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28639, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 1847; Cass., 9 giugno 2010, n. 1378, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 20 dicembre 2007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 26943; Cass., 5 agosto 2002, n. 11709, *ivi*, 2002, p. 1465. Per approfondimenti sui caratteri generali dell'esibizione si vedano, tra gli altri: B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VII, Torino, 1961, p. 665 ss.; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960; V. SPARANO, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961; e, più di recente: C. BESSO, *La prova prima del pro-*

– la richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 213 c.p.c., esercitabile (questa sí) anche d'ufficio, può avere ad oggetto soltanto documenti in possesso di una pubblica amministrazione<sup>55</sup>, e, comunque, non può mai sostituirsi all'adempimento dell'onere della prova che grava sulla parte interessata, con la conseguenza che la stessa si ritiene ammissibile soltanto con riferimento a fatti già allegati al giudizio dalla parte<sup>56</sup>;

– infine, l'ispezione è ammessa, ai sensi dell'art. 118 c.p.c., soltanto sulle cose indispensabili ai fini della conoscenza dei fatti di causa, ossia allorquando la prova dei fatti per il cui accertamento tale mezzo dovrebbe disporsi (fatti, si badi bene, già compiutamente allegati dalle parti) non possa essere conseguita *aliunde*, per mancanza o infruttuoso esperimento di mezzi istruttori alternativi<sup>57</sup>.

La situazione appena descritta pare non piú in linea con la recente evoluzione del diritto *antitrust* comunitario, teso a garantire una sempre maggior tutela a quello che è oramai considerato come un diritto soggettivo «perfetto» che i singoli ordinamenti nazionali devono tutelare e garantire: il diritto alla concorrenza<sup>58</sup>.

cesso, Torino, 2004, p. 180 ss.; V. CARNEVALE, *sub art. 210 c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, dir. da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, III, t. 1, Torino, 2012; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 2003.

<sup>55</sup> Così l'inequivocabile dato normativo. Già tale dato è sufficiente a convincersi della scarsa utilizzabilità dello strumento in oggetto nelle controversie di illecito *antitrust*, di regola riguardanti rapporti tra privati.

<sup>56</sup> Così, tra le altre: Cass., 7 novembre 2012, n. 14989, in *Giuda dir.*, 2012, 44, p. 74; Cass., 13 marzo 2009, n. 6218, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 454; Cass., 7 novembre 2003, n. 16713, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>57</sup> Cfr., in dottrina: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, p. 346; G. FINOCCHIARO, *Ispezione giudiziale, a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 951; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2012, p. 308, n. 138; A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 190; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. I. I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, p. 410 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, X, Torino, 1993, pp. 191-192.

<sup>58</sup> Così, *ex plurimis*: Corte Giust. CE, 18 marzo 1997, causa 282/95, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Unione europea*, n. 691. Si veda, da ultimo, il considerando

La posizione di centralità dell'obiettivo di rendere efficace ed effettiva la tutela dei principi di *workable competition* è ben testimoniato, in primo luogo, dal regolamento comunitario concernente «l'applicazione delle regole di concorrenza» n. 1/2003 del 16 dicembre 2002<sup>59</sup>, il quale chiarisce il ruolo fondamentale occupato dalle autorità giudiziarie interne nel garantire l'effettività del principio, le quali sono tenute, in particolare, ad accordare «risarcimenti danni alle parti danneggiate dalle infrazioni»<sup>60</sup>. Effettività di tutela che passa, in primo luogo, da una corretta disciplina dell'onere della prova tra le parti<sup>61</sup>, e poi dalla creazione di una «rete» di cooperazione e circolazione di informazioni tra giudici nazionali, e tra questi e le autorità *antitrust*, interne e comunitarie<sup>62</sup>, mediante la previsione di reciproci obblighi

n. 3 della Direttiva 2014/104/UE, in tema di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme in tema di illecito anticoncorrenziale, secondo cui «Gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli e attribuiscono ai singoli interessati diritti e obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare».

<sup>59</sup> Cfr., «Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato», in Gazz. Uff. UE, n. L 001, del 4 gennaio 2003.

<sup>60</sup> Si veda, in particolare, il considerando n. 7 del citato regolamento n. 1/2003, secondo cui «Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato».

<sup>61</sup> Si veda il considerando n. 5 del citato regolamento n. 1/2003.

<sup>62</sup> Autorità *antitrust* interne e comunitarie le cui competenze ed i cui poteri devono essere coordinati. Cfr., in particolare, il considerando n. 17 («Per assicurare un'applicazione coerente delle regole di concorrenza e al contempo una gestione ottimale della rete, è indispensabile mantenere la regola in virtù della quale le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento. Se un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro si sta già occupando di un caso e la Commissione intende avviare un procedimento, la Commissione dovrebbe adoperarsi in tal senso il più presto possibile. Prima dell'avvio di un procedimento, la Commissione dovrebbe consultare l'autorità na-

di informazione e modalità di cooperazione<sup>63</sup>: dalla possibilità per i singoli giudici nazionali di rivolgersi alla Commissione europea per ottenere informazioni o pareri in merito all'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza<sup>64</sup>, alla facoltà per la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di formulare osservazioni per iscritto o in forma orale dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Senza con ciò dimenticare l'importanza dei poteri, in capo alla Commissione, di esigere informazioni<sup>65</sup>, di svolgere

zionale interessata»), n. 18 («Per garantire una ripartizione ottimale dei casi tra le varie autorità nell'ambito della rete occorrerebbe prevedere una disposizione generale che consenta a un'autorità garante della concorrenza di sospendere o chiudere un caso ove un'altra autorità se ne stia già occupando o lo abbia già trattato, affinché ogni caso sia trattato da una sola autorità. Tale disposizione non dovrebbe pregiudicare la possibilità, riconosciuta alla Commissione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario anche nel caso in cui nessun'altra autorità garante della concorrenza abbia manifestato l'intenzione di occuparsene») e n. 28 («Perché le autorità garanti della concorrenza dei diversi Stati membri abbiano maggiori possibilità di applicare efficacemente gli articoli 81 e 82 del trattato, è utile consentire loro di prestarsi assistenza reciproca mediante lo svolgimento di accertamenti e l'attuazione di altre misure di acquisizione dei fatti») del medesimo regolamento.

<sup>63</sup> Cfr., in particolare, i considerando n. 15 («La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione. A tal fine è necessario istituire dei meccanismi di informazione e di consultazione. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, stabilirà e sottoporrà a revisione altre modalità di cooperazione all'interno della rete»), n. 16 («Nonostante disposizioni nazionali contrarie, lo scambio di informazioni e l'utilizzo delle stesse come mezzo di prova dovrebbe essere consentito tra i membri della rete anche se le informazioni sono riservate. Tali informazioni possono essere utilizzate per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato così come per l'applicazione parallela della legislazione nazionale sulla concorrenza, purché questa ultima applicazione si riferisca allo stesso caso e non porti a un risultato diverso») del medesimo regolamento. Alla cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza e la Commissione europea, nonché tra queste e le autorità giudiziarie nazionali, è poi dedicato il capitolo IV (artt. 11-16) del regolamento.

<sup>64</sup> Si veda il considerando n. 21 del regolamento.

<sup>65</sup> Si veda il considerando n. 23 del regolamento.

tutti gli accertamenti necessari<sup>66</sup> e, in generale, di indagine<sup>67</sup>; poteri che devono essere non solo mantenuti, ma estesi e potenziati<sup>68</sup>.

Se queste sono le premesse, è però con la successiva direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014<sup>69</sup> che è stato dato un impulso determinante all'avviato processo di semplificazione probatoria dell'illecito anticoncorrenziale. Tale normativa – sviluppando un principio di effettività della tutela già scolpito all'art. 19, p. 1, co. 2, del Trattato sull'Unione europea e all'art. 47, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – reca disposizioni per la regolamentazione delle azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazione delle disposizioni del diritto alla concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, nel dichiarato intento di fornire un quadro uniforme tale da assicurare, *in subiecta materia*, un livello di tutela analogo tra tutti i Paesi facenti parte dell'Unione europea, affinché si garantisca che la concorrenza del mercato non venga distorta da pratiche illecite.

Per il raggiungimento di tale finalità la direttiva punta anche – per quel che in questa sede interessa – sulla necessità che i singoli ordinamenti nazionali siano dotati di «norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto»<sup>70</sup> al risarcimento del danno;

<sup>66</sup> Si veda il considerando n. 24 del regolamento.

<sup>67</sup> Si veda il considerando n. 25 del regolamento. I poteri di indagine sono poi compiutamente disciplinati agli artt. 17 ss. del regolamento.

<sup>68</sup> Si consideri, ad esempio, il considerando n. 26 del regolamento, ove si evidenzia l'opportunità di «autorizzare l'accesso degli agenti e delle altre persone autorizzate dalla Commissione a tutti i locali in cui possono trovarsi documenti aziendali, comprese le abitazioni private».

<sup>69</sup> Cfr., direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, in Gazz. Uff. UE, n. L 349/1 del 5 dicembre 2014. Per un primo commento si veda G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 301 ss. La direttiva, come noto, è stata preceduta da un ampio dibattito e da approfonditi lavori, culminati nel c.d. Libro verde del 19 febbraio 2005 (COM/2005/672, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*) e nel c.d. Libro bianco del 2 aprile 2008 (COM/2008/165, *Libro bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*).

<sup>70</sup> Così il considerando n. 4 della direttiva 2014/104/UE.

norme che, in particolare, rispettino un principio di efficacia e di equivalenza<sup>71</sup>, ossia che non siano formulate o interpretate in modo tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio del diritto<sup>72</sup>. Così, dopo aver preso atto che le indagini in materia di violazioni *antitrust* «richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica»<sup>73</sup>, che gli elementi di prova «necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore»<sup>74</sup>, e che il contenzioso di cui si discute «è caratterizzato da un'asimmetria informativa»<sup>75</sup> – e quindi da una disparità di forza contrattuale – tra le parti, gli organi comunitari prendono coscienza della centralità del problema del riparto dell'onere della prova al fine di garantire un'efficace ed effettiva tutela della vittima dell'illecito, riconoscendo come «rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE»<sup>76</sup>, nonché come sia oppor-

<sup>71</sup> «A norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale» (art. 4 della direttiva 2014/104/UE).

<sup>72</sup> Si veda, in particolare, il considerando n. 11 della medesima direttiva. Si veda anche l'art. 17 della direttiva, ai sensi del quale: «Gli Stati membri garantiscono che né l'onere della prova né il grado di rilevanza della prova richiesti per la quantificazione del danno rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento».

<sup>73</sup> Si veda il considerando n. 14 della direttiva.

<sup>74</sup> Si veda, ancora, il medesimo considerando n. 14.

<sup>75</sup> Si veda il considerando n. 15 della direttiva.

<sup>76</sup> Si veda il considerando n. 14 della direttiva.

tuno «garantire agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi»<sup>77</sup>.

Coerentemente con tali constatazioni, e sempre al dichiarato fine di favorire l'utilità delle azioni giudiziarie derivanti dalla violazione del diritto alla concorrenza da parte di un soggetto, il legislatore comunitario ha previsto specifici meccanismi di *disclosure* della prova, anche al limite se contenente informazioni riservate, attraverso la possibilità, per i giudici nazionali, di emanare ordini di «divulgazione delle prove» nei confronti del convenuto o di un soggetto terzo quando la violazione denunciata dall'attore sia caratterizzata da «plausibilità» (artt. 5 ss.)<sup>78</sup>.

Questo, in estrema sintesi, il mutato scenario comunitario in materia di riparto dell'onere della prova da violazione dell'illecito *anti-trust*; uno scenario che impone sempre più all'autorità nazionale di rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza.

Uno scenario dinnanzi al quale la giurisprudenza interna non può rimanere indifferente; così, nel ricostruire il complesso quadro commerciale in cui l'abuso di posizione dominante potrebbe essersi consumato, si deve agevolare l'onere probatorio posto a carico dell'attore, valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, «per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente

<sup>77</sup> Si veda il considerando n. 15 della direttiva.

<sup>78</sup> Per un'analisi degli aspetti salienti in tema di divulgazione delle prove nell'ambito della direttiva in esame, si rinvia a S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1153 ss.

plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale»<sup>79</sup>.

Come a dire che bisogna conferire alle norme processuali in tema di mezzi di prova ed attività istruttoria un'interpretazione evolutiva, al «passo» con la realtà comunitaria e con il principale obiettivo di assicurare una tutela effettiva alla vittima di un illecito anticoncorrenziale. In questa ottica non ci si può esimere dal rilevare il ruolo essenziale che assume – o assumerà, nel futuro e quando tale nuovo principio sarà «digerito» e prenderà piede nel diritto vivente – il consulente tecnico d'ufficio, al quale – fermo l'onere di allegazione della parte, che si ritiene debba rimanere un caposaldo del nostro sistema processual civilistico – potrebbero essere demandati sempre maggiori e più rilevanti poteri di accertamento di alcuni complessi elementi del fatto illecito nella sua materialità, oltre che di quantificazione del relativo danno. Ciò sulla base di una interpretazione evolutiva del principio, che non rappresenta una novità per il diritto italiano, secondo il quale, pur non essendo la consulenza tecnica d'ufficio qualificabile come mezzo di prova in senso proprio e non potendo essere utilizzata per sgravare le parti dai loro oneri probatori, è consentito affidare all'esperto nominato dal giudice non solo il compito di valutare fatti accertati o dati per esistenti (c.d. consulenza deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (c.d. consulenza percipiente), quando si tratta di fatti che la parte ha dedotto e posto a fondamento della sua domanda ed il cui accertamento richiede specifiche cognizioni tecniche<sup>80</sup>.

5. All'interno del quadro appena tratteggiato non può farsi a meno di svolgere un rapido cenno al recentissimo d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, che reca «Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del di-

<sup>79</sup> Così, testualmente, Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, cit.

<sup>80</sup> Così, quasi testualmente, Cass., 1 aprile 2016, n. 6366, cit. Si veda anche Cass., 10 settembre 2013, n. 20695, in *www.iusexplorer.it*.

ritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea», recependo così quanto previsto in sede comunitaria circa il risarcimento del danno dall'illecito *antitrust*<sup>81</sup>.

Ora, per quel che in questa sede interessa, è d'obbligo richiamare l'attenzione su alcune importanti innovazioni normative, le quali, se utilizzate *cum grano salis*, potranno avere un impatto molto rilevante e «benefico» sul sistema della prova nei giudizi civili di risarcimento danni da illecito *antitrust*.

Innovazioni normative che, seppur contenute in una legge tesa a disciplinare testualmente il solo aspetto del risarcimento dei danni da violazione del diritto alla concorrenza, non potranno che avere ricadute, più o meno dirette, all'interno dei giudizi in tema di rifiuto a contrarre, nell'ambito dei quali, se non altro, basterà alla parte avanzare una domanda risarcitoria per poter godere dello speciale regime processuale ivi introdotto.

Questo sempre che non si voglia ritenere che la *ratio* e lo spirito della norma, lette anche alla luce delle sopra ricordate esigenze comunitarie, non giustifichi di per sé un'applicazione della nuova legge a tutti i giudizi in cui si discuta di violazione del diritto ad una equa concorrenza, a prescindere dal *petitum* che si chiede, sia esso il risarcimento del danno o altra utilità, quale ad esempio l'obbligo a contrarre. Nel qual caso un problema di applicabilità della nuova norma ai giudizi *antitrust* diversi da quelli risarcitori non si porrebbe neppure.

Tanto premesso, pare necessario descrivere sinteticamente il contenuto delle disposizioni *de qua*, ed in particolare quello delle norme ricavabili dagli artt. 3, 4, 5 e 6, racchiuse nel capo II, rubricato «*Esibizione delle prove*». Norme che attengono sia alla esibizione di documenti ordinata dal giudice nei confronti delle parti e/o dei terzi, sia all'accesso agli atti del fascicolo dell'Autorità garante. Evidente è la centralità di tale disciplina al fine di poter garantire un'efficace tutela giurisdizionale dei soggetti che subiscono un danno in conseguenza della violazione delle regole sulla correttezza.

<sup>81</sup> Il testo integrale è consultabile, ad esempio, su *Guida dir.*, 2017, 8, p. 30 ss., con commento di G. BUFFONE, *Strada in discesa per le controversie con soluzione bonaria*.

Piú precisamente, l'articolo 3 del d.lgs. n. 3/2017, in attuazione dell'art. 5 della direttiva, disciplina l'ordine di esibizione che, su richiesta di parte, il giudice nazionale può impartire alla controparte o a terzi soggetti, siano essi pubblici o privati.

L'emanazione di un ordine di esibizione necessita, in analogia con quanto già previsto dagli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c., di una istanza motivata della parte, sulla quale grava l'onere di indicare i fatti e le prove «ragionevolmente disponibili dalla controparte o dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa» (art. 3, co. 1).

Altro aspetto, strettamente connesso a quello precedente e anch'esso funzionale ad evitare abusi dello strumento ed a delimitare l'oggetto dell'ordine, è quello contenuto nel successivo co. 2, ai sensi del quale viene imposto al giudice di individuare «specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione».

Il co. 3 della disposizione, in ossequio ad un criterio di proporzionalità, fissa i criteri cui deve attenersi il giudice nell'emettere l'ordine di esibizione, al quale è demandato il potere/dovere di svolgere un controllo sulla proporzionalità della richiesta in relazione alla decisione da assumere, facendo riferimento, in particolare, a specifici criteri di valutazione elencati nel medesimo co. 3, ossia, in particolare: «in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti, e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione»; la portata ed i costi dell'esibizione, «in specie per i terzi interessati»; nonché, infine, «se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate», cui è dedicato il successivo co. 4. Resta ovviamente fermo il principio generale codicistico alla luce del quale il giudice ammette le sole prove di cui sia valutata la rilevanza e pertinenza rispetto al *thema decidendum* ed al *thema probandum*,

Gli ultimi due commi dell'art. 3, infine: disciplinano le modalità procedurali attraverso le quali si esplica il rispetto del principio del contraddittorio, garantendo, alla parte o al terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione, il diritto di essere sentito prima che il giudice provveda (co. 5); prevedono la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso (co. 6).

Proseguendo nella veloce lettura delle norme funzionali al discorso in oggetto, va posta attenzione sul successivo art. 4, che attribuisce al giudice, anche questa volta su istanza di parte, il potere di emettere un ordine di esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e del mercato, subordinando, anche questa volta, la statuizione positiva alla valutazione circa la proporzionalità della richiesta, oltre che alla sua specificità e sussidiarietà.

Si prevede, al riguardo, che: «Quando il giudice valuta la proporzionalità dell'ordine di esibizione considera altresì: a) se la richiesta è stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità o con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza; b) se la parte richiede l'esibizione in relazione all'azione per il risarcimento del danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza; c) se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza [...] o nel caso di richiesta di un'autorità garante della concorrenza». Ed ancora che l'istanza può essere accolta soltanto nel caso in cui «né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova»<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> La Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo (atto n. 350) trasmesso alla Presidenza il 27 ottobre 2016 (il documento è consultabile su [www.camera.it](http://www.camera.it)) precisa che, dalla disamina di questa disposizione, «si desume che tale disciplina mira al contemperamento tra la valorizzazione del *private enforcement*, in considerazione del fatto che il giudice può ordinare, nel processo promosso per il risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza, l'esibizione delle prove nella disponibilità dell'autorità garante, anche quando il procedimento sanzionatorio sia pendente, e la rilevante esigenza di tutelare l'efficacia del *public enforcement*, sicché l'uso delle prove ottenute mediante l'accesso al fascicolo dell'autorità garante della concorrenza non deve pregiudicare indebitamente l'efficace applicazione del diritto alla concorrenza da parte della medesima autorità. Da un lato, dunque, è garantito il diritto di chiunque, persona fisica o giuridica, e dei loro successori, agisca per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, di ottenere e utilizzare elementi probatori mediante l'accesso al fascicolo dell'autorità garante; dall'altro, l'interesse pubblicistico all'efficace applicazione del diritto della concorrenza viene garantito attraverso l'imposizione di limiti graduati all'esercizio di tale diritto d'ac-

Al riguardo, la norma identifica in sostanza tre diverse categorie di documenti: quelli per i quali l'ordine di esibizione non è mai ammissibile (c.d. *black list*, di cui al co. 5 della norma)<sup>83</sup>; quelli per i quali l'ordine di esibizione è possibile soltanto dopo che l'Autorità abbia concluso il suo procedimento amministrativo (c.d. *grey list*, di cui al co. 4)<sup>84</sup>; quelli, individuati in via residuali, per i quali è sempre ammissibile, al ricorrere dei presupposti di legge, disporre l'esibizione in giudizio, anche prima della conclusione del procedimento da parte dell'Autorità garante della concorrenza (co. 6). Il successivo art. 5, poi, introduce dei limiti all'utilizzo delle prove così ottenute<sup>85</sup>.

A completamento di questa disciplina in tema di esibizione, l'art. 6, recependo l'art. 8 della direttiva, delinea un sistema di sanzioni nei confronti del soggetto destinatario dell'ordine di esibizione, in particolare nei seguenti casi: *a*) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di esibizione del giudice; *b*) distruzione di prove rilevanti; *c*) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi imposti dall'ordine del giudice a tutela di informazioni riservate; *d*) violazione dei limiti all'uso delle prove come previsti.

cesso. In particolare, il comma 1 dell'articolo 4 stabilisce il principio per cui il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova (principio di sussidiarietà del mezzo di prova).

<sup>83</sup> Si tratta, in sostanza, delle prove aventi ad oggetto «dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, ove specificamente disciplinate».

<sup>84</sup> Si tratta, in particolare, delle seguenti categorie di prove: «a) informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità garante della concorrenza; b) informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento; c) proposte di transazione, ove specificamente disciplinate, che sono state revocate».

<sup>85</sup> In particolare, l'art. 5 così prevede: «1. Le prove che rientrano in una delle categorie di cui all'articolo 4, commi 4 e 5, primo periodo, comunque ottenute dalle parti anche mediante l'accesso al fascicolo sono ammesse negli stessi limiti di cui all'articolo 4, commi 4 e 5. 2. Le prove che rientrano nella categoria di cui all'articolo 4, comma 6, comunque ottenute dalle parti solo mediante l'accesso al fascicolo possono essere utilizzate nell'azione per il risarcimento del danno solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore nel diritto».

È inoltre prevista la possibilità di trarre, dalla condotta della parte destinataria dell'ordine, conclusioni negative, come presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, nonché la possibilità di ordinare il pagamento delle spese di lite.

Così sinteticamente accennata la nuova disciplina in tema di esibizione di prove – e lasciando agli studiosi del processo civile una compiuta e più consapevole analisi di tale importante intervento legislativo – in questa sede si intende soltanto evidenziare il grande impatto che tale normativa dovrebbe verosimilmente avere sui giudizi in cui di discute – anche o soltanto – di risarcimento danni da illecito concorrenziale; significative sono infatti le novità introdotte, che determinano una deviazione ed uno scostamento dai principi processual civilistici generali in tema di raccolta ed acquisizione della prova.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla previsione, contenuta all'art. 3, co. 2, secondo la quale l'ordine di esibizione può avere ad oggetto, non soltanto «elementi di prova», ma anche «speciali categorie di prove»; espressione – del tutto inedita nel panorama del diritto processuale italiano<sup>86</sup> – con la quale pare ampliarsi notevolmente l'oggetto dell'ordine di esibizione, come visto limitato dagli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c. e dalla giurisprudenza ai soli documenti specificamente individuati o individuabili, dei quali sia nota, o comunque indicata, la rilevanza ai fini del decidere. E così, in forza di tale locuzione, si può ipotizzare che in futuro potrebbero essere emessi (più facilmente di quanto non avvenga oggi) ordini di esibizione aventi ad oggetto una pluralità di documenti individuati mediante il riferimento a caratteri omogenei o comuni, oppure a determinati periodi temporali e, in generale, all'oggetto o al contenuto, quali, ad esempio, fatture o documenti contabili relativi ad un determinato rapporto o ad un certo periodo di tempo, ordini di servizio,

<sup>86</sup> Anche, per la verità, se un'ipotesi di esibizione di una categoria di prove può forse essere considerata quella contenuta nell'art. 2711, co. 2, c.c., che prevede l'esibizione dei «libri di commercio». Così S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., p. 1160.

corrispondenza intercorsa, e così via. E non pare irrilevante l'ulteriore circostanza che i caratteri di specificità e precisione richiesti dalla norma siano riferiti all'ordine di esibizione – che deve individuare «specificamente ed in modo circoscritto» gli elementi o le categorie di prove – e non all'istanza di parte, proprio a voler sollevare la parte, già penalizzata dal sopra ricordato *deficit* informativo, da una dettagliata e puntuale indicazione di elementi conoscitivi di cui spesso non dispone.

Grande interesse desta anche la possibilità, introdotta dal legislatore, di utilizzare gli atti dei procedimenti istruttori svolti – o, come visto, ancora in corso di svolgimento – da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: non pare superfluo, al riguardo, rilevare come l'acquisizione di tali elementi può a volte costituire per il danneggiato il principale strumento per raggiungere e fornire la prova dell'illiceità della condotta abusiva del soggetto dominante e, dunque, sottolineare l'importanza per il giudice di disporre dei risultati degli accertamenti svolti da un soggetto, quale l'Autorità *antitrust*, dotato di peculiari competenze in materia e di rilevanti poteri istruttori officiosi, difficilmente replicabili in un giudizio civile.

Ma la novità forse di maggior rilievo è quella contenuta nel successivo art. 6, che prevede la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di comminare alla parte o al terzo delle sanzioni amministrative pecuniarie per il caso, tra l'altro, di rifiuto senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione o di mancato adempimento allo stesso<sup>87</sup>. Così come la possibilità che il giudice tragga specifiche conseguenze dalla condotta della parte destinataria dell'ordine di esibizione e, valutato ogni altro elemento di prova, ritenga provato «il fatto al quale la prova si riferisce». Si tenta così di colmare la più rilevante lacuna contenuta nella disciplina codicistica dell'ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c., ossia la mancanza di sanzioni e, più in generale, di conseguenze derivanti dall'inosservanza della misura stessa, con inevitabile

<sup>87</sup> Oltre che nei casi di: mancato rispetto degli obblighi imposti dall'ordine giudiziale a tutela di informazioni riservate; violazione dei limiti all'uso delle prove, come previsti all'art. 5; distruzione di prove rilevanti.

compressione ed impedimento alla piena esplicazione del più ampio diritto alla difesa ed alla prova<sup>88</sup>.

Ed infatti, come noto, nel nostro codice di rito non è prevista espressamente alcuna conseguenza negativa per la parte che non abbia ottemperato all'ordine di esibizione; situazione che ha determinato la convinzione generalizzata di una scarsa utilità dello strumento che, seppur molto utilizzato nella prassi processuale, di fatto resta «sguarnito» di tutela. Sintetizzando, in primo luogo, si dice che il provvedimento esibitorio, in quanto avente forma di ordinanza istruttoria, non è suscettibile di esecuzione coattiva, né nelle forme degli artt. 605 ss. c.p.c., né in quelle degli artt. 612 ss. c.p.c., dal momento che esso non rientra tra i titoli esecutivi tassativamente nell'art. 474 c.p.c.<sup>89</sup>. Del pari, si evidenzia come non vi siano «appigli» normativi per ammettere l'applicabilità di sanzioni penali o di misure coercitive di alcun genere nei confronti del soggetto (sia esso parte del processo o terzo estraneo) che disattenda l'ordine di esibizione, così come ap-

<sup>88</sup> Limite più volte denunciato. Cfr., tra i tanti: B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 666 ss.; L.P. COMOGLIO, G. FERRI e M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, p. 530. A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., p. 199.

<sup>89</sup> Cfr.: Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289, *ivi*. In dottrina, tra gli altri: V. CARNEVALE, *sul art. 210 c.p.c.*, cit., p. 686; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 781; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., p. 208; F. LANCELLOTTI, *Esibizione di prove e sequestri*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, p. 558 ss. Pochissime le voci contrarie, tra cui: C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., p. 168 ss.; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, p. 118 ss. Si discute di recente se sia possibile ricorrere alla tutela offerta dall'art. 614-bis c.p.c., ossia alla possibilità di determinare una somma di denaro che sarà dovuta dall'obbligato nel caso di mancata ottemperanza dell'ordine. Sembra orientarsi in tale senso S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., p. 1165. Circa, infine, l'applicabilità dell'art. 670, n. 2, c.p.c., si rinvia, su tutti, a B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 682 ss. Ritiene il sequestro giudiziario di documenti ex art. 670 n. 2 c.p.c. lo strumento cautelare per garantire la fruttuosità dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., Trib. Verona, 5 giugno 2006, in *www.iusexplorer.it*.

pare difficilmente praticabile la strada di imporre a quest'ultimo un obbligo di risarcire i danni (in ogni caso davvero difficili da provare) causati, con la mancata esibizione, alla parte interessata all'acquisizione al processo del documento<sup>90</sup>. Infine, non par dubbio che, alla stregua del vigente ordinamento, non si sia possibile trarre dall'inottemperanza della parte all'ordine di esibizione la più grave conseguenza di un'implicita ammissione del fatto dedotto dalla controparte nell'istanza di esibizione, in analogia con quanto disposto dall'art. 232 c.p.c. con riferimento all'interrogatorio formale<sup>91</sup>.

Insomma: allo stato dell'attuale legislazione sembra potersi concludere che, in linea generale, il rifiuto dell'esibizione possa costituire esclusivamente un comportamento dal quale il giudice può desumere argomenti di prova *ex art.* 116, co. 2, c.p.c., ciò per l'ovvia considerazione che anche il rifiuto di esibire è di per sé un «contegno processuale» significativo ai sensi e per gli effetti della norma da ultimo citata<sup>92</sup>. Sempre, ovviamente, che destinatario dell'ordine rimasto inadempito sia stata una delle parti del processo, e non un soggetto terzo estraneo (nel quale ultimo caso, neppure tale conseguenza può

<sup>90</sup> Per approfondimenti si rinvia a B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 679 ss.

<sup>91</sup> Cfr., tra gli altri: B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 680; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 785. Tra le poche voci contrarie si può ricordare L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 269 ss.

<sup>92</sup> Cfr., *ex multis*: Cass., 13 giugno 2014, n. 13524, in *Riv. dir. ind.*, 2014, II, p. 417 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20104, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 1329; Cass., 3 ottobre 2008, n. 24590, *ivi*, 2008, p. 1430; Cass., 13 agosto 2004, n. 15768, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 11 agosto 2004, n. 15554, *ivi*; Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833, cit.; Cass., 7 giugno 2002, n. 8310, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 992; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10063, *ivi*, 1998, p. 2061; Cass., 12 gennaio 1996, n. 188, *ivi*, 1991, p. 31; Cass., 5 febbraio 1991, n. 1094, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1169 ss.; Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289, cit.; Cass., 29 gennaio 1980, n. 691, in *www.iusexplorer.it*. Anche la dottrina sembra pacificamente arrivare a tale conclusione: si vedano, di recente, C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., p. 168; D. VOLPINO, *sub. art. 210. Dell'esibizione delle prove*, in AA.VV., *Istruzione probatoria*, a cura di M. Taruffo, in *Comm. del cod. proc. civ.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2004, p. 222. Sul punto si vedano anche le giuste osservazioni di A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., p. 122 ss.

essere tratta). Soluzione, comunque, del tutto inappagante ai fini di una adeguata valorizzazione della misura.

Ecco che, pertanto, va salutata con enorme favore la possibilità, riconosciuta dalla nuova disposizione di recentissima introduzione, della possibilità per il giudice di trarre dal rifiuto della parte alla produzione della *res exhibenda* una conseguenza negativa di grandissimo rilievo, quale la formazione del convincimento, valutato ogni altro elemento utile, della raggiunta prova del fatto al quale la prova si riferisce.

Un notevole passo in avanti, pare a chi scrive, al fine di rendere l'ordine di esibizione finalmente efficace e funzionale al soddisfacimento del diritto alla prova della parte.

6. Il lungo cammino verso il superamento del dogma della volontà e dell'assoluta insindacabilità delle scelte negoziali – e la relativa possibilità del giudice di estendere il proprio sindacato su scelte imprenditoriali adottate in una situazione di disparità di forze tra i soggetti coinvolti – si è negli anni arricchito di una nuova disposizione: ci si riferisce all'art. 9 l. n. 192/98, norma *border line* tra diritto privato dei contratti e disciplina della concorrenza<sup>93</sup>.

Trattasi di una norma che, pur essendo stata inserita (in maniera

<sup>93</sup> Si ricordi, infatti, che, nei vari disegni di legge che hanno preceduto l'approvazione della l. n. 192/98, il divieto di abuso di posizione dominante non avrebbe dovuto avere un'autonoma collocazione sistematica, bensì avrebbe dovuto essere disciplinato come una delle fattispecie tipiche di violazione del divieto di porre in essere condotte restrittive della concorrenza, mediante l'inserimento di un art. 3-*bis* all'interno della legge *antitrust* n. 287/90 (si veda, in particolare, il testo unificato delle proposte di legge S.637 e S.644 approvato dal Senato in data 02/04/97, riportato da F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, p. 259 ss.). Fu solo in seguito al dissenso espresso dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (parere del 11 febbraio 1998, in *Boll. dell'Autorità Garante*, n. 5, del 16 febbraio 1998, p. 15 ss.), che la figura dell'abuso di dipendenza economica fu tenuta fuori dalla normativa *antitrust* ed inserita all'interno della disciplina sulla subfornitura. Per approfondimenti, si rinvia, su tutti, a: L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 833 ss.

forse un pò «infelice») all'interno di una legge di settore quale quella sulla «subfornitura nelle attività produttive» – in quanto espressione dei principi generali di correttezza e buona fede<sup>94</sup>, di giustizia ed equità nei rapporti contrattuali<sup>95</sup> e, più in generale, di divieto di abuso del diritto<sup>96</sup> e solidarietà sociale ex artt. 2 e 41 Cost.<sup>97</sup> – può oggi ra-

<sup>94</sup> Emblematiche, al riguardo: Trib. Trieste, ord. 21 settembre 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3513 ss., con nota di G. COLANGELO e A. PALMIERI, e in *Contr.*, 2007, p. 112 ss., con nota di P. QUARTICELLI; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149 ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*.

<sup>95</sup> Per un approfondimento sul punto si vedano, *ex plurimis*: G. OPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 279 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 3 ss.

<sup>96</sup> Sui rapporti tra il divieto di dipendenza economica e il divieto di abuso del diritto, si vedano, tra gli altri, L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, p. 2153 ss.; R. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998., p. 887; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 88; C. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale* diretta da F. Galgano, Padova, 1988, p. 599 ss. Per una diversa impostazione si veda F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Padova, 1997, p. 495 ss. Quanto al problema relativo alla configurabilità di un «abuso di libertà» nell'esercizio dell'autonomia privata si vedano D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, p. 96 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 234; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 167 ss.

<sup>97</sup> Per ampi riferimenti sul tema si veda G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 33 ss., che evidenzia l'esigenza di sottoporre la libertà negoziale a rigidi controlli ad impedire che un incondizionato esercizio dell'autonomia privata possa pregiudicare l'utilità sociale e le libertà altrui. Più di recente si veda E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorr. e merc.*, 2012, p. 619 ss. Quanto alla necessità che l'iniziativa economica sia improntata a principi di moralità e di correttezza, si vedano V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro di sessant'anni fa*, in *Jus*, 1998, p. 9 ss.; G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 24, il quale rileva che l'equilibrio e la giustizia dei termini dello scambio negoziale nei rapporti tra imprese influenzati da situazioni di dipendenza «interes-

gionevolmente e pacificamente ritenersi di applicazione generalizzata ad ogni relazione commerciale tra imprenditori di carattere «verticale», connotata cioè, in via diretta o indiretta, da logiche di decentramento produttivo o distributivo e da uno squilibrio di potere tra un soggetto «forte» e uno «debole»<sup>98</sup>.

sano sommariamente l'intera collettività». Sulla nuova lettura del concetto di «utilità sociale» ex art. 41 Cost., intesa oggi quale funzione di protezione della stessa autonomia privata da possibili abusi derivanti da una disparità di potere contrattuale, cfr., in particolare, A. JANNELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 60 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa*, 1997, I, p. 1 ss.

<sup>98</sup> È questo l'insegnamento che si ricava dalla recente Cass., Sez. Un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, c. 805 ss., con nota di A.L. OLIVA. Tesi che, secondo parte della dottrina, troverebbe ulteriore conferma nel recente art. 62, d.l. n. 1/02, conv. in l. n. 27/12, in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Sul punto si veda, su tutti: F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1295 ss. In precedenza, si erano espressi in senso analogo, tra le altre: App. Milano, 15 luglio 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2665 ss., con nota di F. OCCELLI, *L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?*; Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1471 ss., con nota di V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*; Trib. Roma, 30 novembre 2009, in *Foro it.*, 2011, I, c. 256 ss.; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 2249 ss.; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, *ivi*, p. 341 ss.; Trib. Trieste, 21 settembre 2006, *cit.*; Trib. Isernia, sent. 12 aprile 2006, *cit.*; Trib. Bari., ord. 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1604 ss.; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, *ivi*, 2004, I, c. 262 ss., con nota di G. COLANGELO, in *Danno e resp.*, 2009, p. 997 ss., sempre con nota di G. COLANGELO, *Subfornitura, dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 985 ss., con nota di T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto a contrarre*; Trib. di Bari, 6 maggio 2002, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1036 ss., con nota di S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, ed in *Danno e resp.*, 2002, p. 765, con nota di B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche «rewriting» contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*. Tale decisione è stata annotata anche da F. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 319 ss.; R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica «contrattuale»*, in *Giur. it.*, 2003, p. 724 ss. Si vedano anche A. PAL-

Ciò premesso, va evidenziato che questa disposizione – incentrata, come noto, sui due poli della «dipendenza economica» e

MIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, entrambi su *Foro it.*, 2002, I, c. 2178 ss. Così anche la dottrina quasi unanime. Si vedano, tra i tanti: G. AGRIFOLIO, *L'abuso di dipendenza economica nella prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 261 ss.; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 297; C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, p. 182 ss.; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 733; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 50 ss.; ID., *Lettere da Parigi: nuovi spunti giurisprudenziali sulla dipendenza economica*, in *Danno resp.*, 2005, p. 585; A. DE NICOLA e L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura ex legge 18 giugno 1998, n. 192: disciplina civilistica e fiscale*, Milano, 1998, p. 67; A. DI BIASE, *La «vocazione allargata» del divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese: limiti e presupposti applicativi*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, p. 543 ss.; F. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 91 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura*, in *Dir. e prat. soc.*, I, 30 novembre 1998, p. 15 ss.; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 230; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 1178; M. GRANIERI, *Il contratto di subfornitura industriale. I contenuti, le fonti, le formule*, Roma, 1998, p. 92 ss.; R. LECCESE, *Subfornitura*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1998, p. 241 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 5 ss.; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1998, p. 78; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 115; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 133 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub art. 9. La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 244 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, p. 122 ss.; A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 430 ss.; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 370 ss.; G. OPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore*,

dell'«abuso» della stessa<sup>99</sup> – dopo aver definito lo stato di dipendenza economica come quella «situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi», si premura di precisare che l'abuso «può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di

*contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 777 ss.; R. ROSAPEPE, *Attività d'impresa e dipendenza economica*, Salerno, 2000, p. 21. *Contra* si vedano, in giurisprudenza: Trib. Roma, 17 marzo 2010, 19 febbraio 2010, 24 settembre 2009 e 5 maggio 2009, tutte in *Foro it.*, 2011, I, c. 255 ss.; Trib. Bari, 17 gennaio 2005, in *Contr.*, 2005, p. 893 ss., con nota di L. NATALI; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262 ss., con nota di G. COLANGELO; Trib. Roma, 16 agosto 2002; Trib. Bari, 2 luglio 2002, entrambe in *Foro it.*, 2002, I, c. 3207 ss., con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*; Trib. Torino, 19 novembre 2002; Trib. Taranto, 28 settembre 1999 e 13 dicembre 1999, *ivi*, 2000, c. 624 ss., con note di A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*; e di M. GRANATIERI, *Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettuale-tecnologica del subfornitore (industriale)*. Sull'ambito di applicazione della l. n. 192/1998 si vedano anche Trib. Bologna, 14 aprile 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 748 ss.; Trib. Udine, 27 aprile 2001, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2677, con nota di A. PALMIERI. In dottrina, tra gli altri: A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 683 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, p. 466 ss.; L.C. NATALI, *nota a Trib. Bari, ord. 17 gennaio 2005*, in *Contr.*, 2005, p. 900; R. RINALDI e F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, 1999, p. 121; G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 112. Successivamente alle ricordate Sezioni Unite, nel medesimo senso si sono espresse, per esempio: Cass., 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contr.*, 2015, p. 241 ss., con nota di M. LAMICELA, *Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione «a cascata»*; Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, c. 3344 ss.; Trib. Bassano del Grappa, 2 maggio 2013, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 774 ss., con nota di D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*.

<sup>99</sup> Per approfondimenti su tali concetti si rinvia alla infinita bibliografia sul tema, facilmente reperibile ed in parte richiamata anche nelle note immediatamente precedenti e successive.

comprare», oppure «nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto»<sup>100</sup>.

Trattasi di due ipotesi – il rifiuto di vendere o di comprare<sup>101</sup>, da un lato, l'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali, dall'altro – che, a ben pensarci, non costituiscono altro che casi di rifiuto a contrarre dell'impresa dominante, distinte tra di loro dal fatto che, mentre la prima opera «a monte» del contratto, nel senso che non presuppone la sussistenza di un pregresso rapporto negoziale, la seconda, ossia la illegittima interruzione delle relazioni commerciali, opera invece «a valle» e si verifica quante volte il soggetto in posizione di supremazia provochi la cessazione della relazione in atto, recedendo da un rapporto negoziale preesistente oppure non rinnovando un contratto in occasione della sua naturale scadenza<sup>102</sup>.

Se ciò è vero, non dovrebbero esservi dubbi nel ritenere che il rifiuto a contrarre possa essere sanzionato alla stregua della norma citata anche in assenza di preesistenti rapporti negoziali e relazioni commerciali tra le imprese interessate, poiché ciò che assume rilievo è il potere di dominio che un'impresa esercita nei confronti di un'altra in conseguenza del peculiare atteggiarsi dei rapporti commerciali tra le stesse, e ciò tanto che l'impresa a valle abbia già in precedenza instaurato con quella a monte un rapporto contrattuale consolidato e duraturo, quanto nel caso opposto in cui tale rapporto non preesista<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> L'espressione «relazioni commerciali» va intesa non come mero sinonimo di «rapporto contrattuale», ma in senso più ampio, ossia come «relazioni d'affari», come cioè l'insieme delle relazioni negoziali che si instaurano e si susseguono nel tempo tra l'impresa dominante e quella dipendente. Così V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 412.

<sup>101</sup> Espressione che va ragionevolmente intesa in senso ampio, come tale comprensiva del rifiuto a fornire *tout court*.

<sup>102</sup> Così, tra gli altri: A. MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro-industriali*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, I, p. 161 ss. Così anche V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 412 ss., il quale conclude ritenendo che «le ipotesi tipiche di abuso non contrattuale sono comportamenti consistenti in un rifiuto di contrarre, opposto dall'impresa dominante all'impresa dipendente, in presenza o in assenza di pregresse relazioni d'affari».

<sup>103</sup> Così, in giurisprudenza, Trib. Catania, 5 gennaio 2004, cit. Nel mede-

Il divieto di abusare di un'altrui dipendenza economica, dunque, opera anche al di fuori e prima del contratto<sup>104</sup>.

Le due fattispecie di rifiuto a contrarre delineate dalla norma divergono, oltre che per una questione «temporale», anche sotto il profilo materiale della condotta necessaria ad integrare l'illecito, nel senso che diversi sono i presupposti richiesti: mentre nel caso di rifiuto a vedere o a comprare, perché possa disquisirsi di responsabilità da diniego, è pregiudiziale accertare che vi sia stata un'offerta negoziale valida e congrua da parte dell'imprenditore a valle, tutte le volte in cui l'abuso sia derivato da una «rottura» delle relazioni, per aversi rifiuto indebito non è necessaria la sussistenza di un'offerta dell'im-

simo senso si vedano, in dottrina: G. CERIDONO, *sub art. 9 della L. n. 192 del 1998*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 449; A. MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro-industriali*, cit., p. 161 ss.; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 357 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 389 ss.; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, p. 167 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.; B. TASSONE, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 558 ss. Ritiene invece che la norma sia applicabile, in generale, nei soli casi in cui tra le parti vi sia stato un rapporto pregresso, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub art. 9. La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 252 ss. In giurisprudenza, si esprime in senso contrario anche Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906, cit., secondo cui «Poiché l'abuso in questione si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali, esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto, tant'è che il 3° comma dell'art. 9 cit. statuisce la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica».

<sup>104</sup> Ciò ha portato la maggioranza della dottrina a ritenere che la responsabilità da rifiuto abusivo di contrarre *ex art. 9, l. n. 192/98* sia di natura extracontrattuale. Cfr., *ex plurimis*: C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, cit., c. 2178 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 414 ss.; B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche «rewriting» contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 765 ss. Per una critica a tale impostazione si veda, su tutti: A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, p. 196 ss.

presa dipendente, essendo sufficiente il recesso dal contratto o la mancata rinnovazione dello stesso, provenienti dal soggetto dominante.

Fatte queste premesse, va ora brevemente evidenziato che neppure l'art. 9 della l. 192/98, così come l'art. 3 della legge *antitrust*, vieta il raggiungimento di una posizione di dominio o di potere economico in sé, bensì censura lo sfruttamento improprio o anomalo dello stesso, mediante un utilizzo distorto di questo; un utilizzo che ben può incidere negativamente su altri interessi protetti e che, come visto, ben può concretizzarsi in un *refusal to supply*. Del resto, lo stesso tenore letterale della norma evidenzia che il legislatore non ha inteso sanzionare qualsiasi interruzione delle relazioni in atto posta in essere dall'impresa dominante, ma esclusivamente quella qualificabile come «arbitraria», ossia in qualche modo ingiustificata ed irragionevole.

Anche in questo caso, inoltre, così come visto per la posizione dominante, il primo e fondamentale presupposto per l'applicazione della norma – ossia la situazione di dipendenza economica – sussiste sempre nei confronti di un'impresa monopolista: se è vero, infatti, come dice la norma, che vi è dipendenza economica tutte le volte in cui il soggetto «debole» si trovi nell'impossibilità di fatto di reperire alternative reali e soddisfacenti sul mercato<sup>105</sup>, è evidente che in un mercato monopolistico, in cui uno ed uno solo è l'interlocutore commerciale cui necessariamente rivolgersi, la dipendenza sarà in qualche modo «strutturale» ed inevitabile, poiché non sarà mai possibile, per

<sup>105</sup> Come noto, il criterio dell'insussistenza di alternative soddisfacenti (ossia che consentano all'impresa di rimanere competitiva sul mercato), avente valore indiziante nelle intenzioni del legislatore (si legga l'art. 9, co. 1, ove si dice che «La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti») ha assunto, da sempre, valore determinante ai fini della valutazione della dipendenza economica. Così, ad esempio, MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, p. 496, il quale definisce la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato come «l'essenziale parametro costitutivo della fattispecie, rispetto al quale eventuali criteri residuali, sopra ipotizzati sulla base della congiunzione “anche” (come la lunga durata del rapporto, la dimensione dell'impresa, l'entità del fatturato), integrano semmai circostanze più specifiche od accessorie, ma non alternative, al criterio nominato».

l'impresa che subisce il rifiuto, soddisfare in altro modo equipollente il proprio interesse, «scavalcare» il *partner* obbligato e reperire *aliunde* il bene o il servizio da commercializzare, rivolgendosi ad altre imprese senza subire uno svantaggio rispetto ai propri concorrenti<sup>106</sup>. Una dipendenza, si badi, che sarà tanto più accentuata quanto più elevati e rilevanti saranno gli investimenti «idiosincratici» e «ad alta specificità», ossia quelli precipuamente e specificamente rivolti allo svolgimento di quella attività e come tali difficilmente recuperabili e riconvertibili sul mercato, effettuati dal soggetto che intende avviare o proseguire l'attività economica<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Un mercato monopolistico, anche in via di mero fatto, è infatti caratterizzato *ex se* dall'impossibilità di reperire alternative soddisfacenti.

<sup>107</sup> In generale, sull'idoneità degli investimenti specifici a creare situazioni di vera e propria «prigionia», si vedano in particolare i contributi di W. KLASS e R.T. RAPP, *Litigating the key economic issues under Kodak*, *Antitrust* 14, 17, Spring, 1993, p. 21 ss.; B. KLEIN, R.G. CRAWFORD e A.A. ALCHIAN, *Vertical integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J.L. & Econ.*, 1979, p. 141 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in  *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 21 ss., secondo il quale per definire il rapporto che dà luogo alla dipendenza, ci si può, in via alternativa, riferire «all'elemento dei costi di commutazione, che [...] caratterizza la dipendenza stessa – nel senso che il rapporto di cui è questione è quello per l'appunto che genera tali costi –, ovvero ad una nozione del tipo di quella che la dottrina germanica definisce, nell'ambito dell'interpretazione della clausola generale di buona fede, “relazione speciale” (Sonderverbindung), intendendosi per tale ogni contatto sociale qualificato, e ricomprendendovi, oltre i rapporti contrattuali o obbligatori, quelli che nascono da un negozio giuridico nullo, da negoziazioni, da rapporti economici di lunga durata, dal protrarsi degli effetti di un rapporto giuridico risolto, dal rapporto tra dipendenti di una stessa impresa, tra azionisti di una stessa società, tra proprietari di uno stesso fondo, tra vicini, e così via dicendo». Per ulteriori approfondimenti cfr. O. WILLIAMSON, *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998, p. 116 ss., il quale individua sei tipi differenti di specificità, e precisamente: specificità ubicativa, ovvero degli impianti localizzati in vicinanza; specificità delle risorse fisiche, come particolari macchinari utilizzati per la produzione; specificità delle risorse umane; specificità derivante da investimenti effettuati in impianti polivalenti; specificità del capitale rappresentato dalla marca; specificità di tempo. Si vedano anche R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale. Modelli economici e regole giuridiche*, Ristampa digitale, Trento, 2006, p. 21 e P. MILGROM e J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*,

Il problema diventa allora, anche questa volta, così come nell'ipotesi *antitrust*, essenzialmente una questione di abusività o meno del rifiuto, di valutazione, da effettuare alla stregua dei generali principi di correttezza e buona fede, circa il comportamento complessivo tenuto dalle parti entrate in contatto e degli interessi coinvolti nel caso di specie, al fine di verificare se il diniego possa essere spiegabile alla luce di giustificazioni obiettive – si pensi, ad esempio, all'esistenza di oggettive esigenze di organizzazione aziendale<sup>108</sup>, oppure al tipo di offerta presentata<sup>109</sup>, o ancora alla situazione in cui versa il soggetto da cui l'offerta promana<sup>110</sup> o alla sua pregressa condotta<sup>111</sup> – oppure sia, al contrario, discriminatorio ed arbitrario.

## 7. In questo panorama, il rifiuto di contrarre – a prescindere dai

Bologna, 1994, p. 212, i quali sottolineano che il grado di specificità corrisponde alla percentuale di valore dell'investimento che va perduta nel caso in cui lo stesso investimento venga utilizzato al di fuori della relazione contrattuale per la quale è stato impiegato. Al massimo grado di specificità, concludono gli autori citati, l'interruzione della relazione trasforma gli investimenti in costi irrecuperabili. La dottrina ha altresì evidenziato che l'importanza degli investimenti specifici tende a crescere nel corso della relazione commerciale. Si veda O. WILLIAMSON, *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, in ID., *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991, p. 147 ss.

<sup>108</sup> Come quando, ad esempio, la domanda ecceda la capacità produttiva dell'impresa dominante.

<sup>109</sup> Si pensi alle c.d. «offerte anomale», ossia quelle che, in relazione al loro contenuto ed alla situazione delle parti, siano tali «da mettere in pericolo, se l'imprenditore dominante le accettasse, il suo normale (ed equo) livello di profitto». Così P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 166. Più in generale, che l'impresa dominante non sia obbligata a soddisfare ordinativi che presentino un carattere anormale o che comunque presentino condizioni gravose, si vedano: Corte Giust. CE, 16 settembre 2008, cause riunite da 468/06 a 478/06, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, causa 27/76, cit.

<sup>110</sup> Si pensi al caso di offerta proveniente da un operatore in condizioni economiche tali da far seriamente dubitare della sua solvibilità ed idoneità a garantire l'adempimento delle obbligazioni.

<sup>111</sup> Condotta caratterizzata, ad esempio, da pregressi inadempimenti o da altre violazioni, come quando non abbia rispettato una clausola di esclusiva, intrattenendo rapporti commerciali con altre imprese concorrenti.

controversi rapporti tra divieto di abuso di posizione dominante di cui alla legge *antitrust* e divieto di abuso di dipendenza economica, il primo avente, secondo i piú, come finalità quella di impedire alterazioni della concorrenza nel mercato; il secondo, attenendo essenzialmente ai rapporti tra l'autore e la vittima dell'illecito ed avendo come scopo quello di fornire tutela all'impresa economicamente dipendente, a prescindere dall'incidenza che la condotta dominante ha sul mercato rilevante<sup>112</sup> – può in astratto essere sussunto all'interno di entrambe le fattispecie di abuso (di dipendenza economica e di posizione dominante), generando cosí un caso di concorso tra le due normative. Il diniego di contrarre del monopolista, in altri termini, costituisce una delle ipotesi in cui le due figure di abuso vengono in qualche modo a convergere all'interno di una determinata fattispecie

<sup>112</sup> In questo senso sembra esprimersi la recente giurisprudenza di legittimità. Cosí: Cass., 4 novembre 2015, n. 22584, in *www.iusexplorer.it*, ove si afferma che la nozione di abuso di dipendenza economica ha «natura puramente contrattuale» ed è quindi «priva di rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato». In un'ottica strettamente civilistica si muove anche parte della dottrina, tra cui, *ex plurimis*: G. OPPO, *I principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, I, t. 1, p. 68, secondo cui, mentre le regole *antitrust* riguardano la posizione di mercato e da questa possono riflettersi su rapporti concreti», le norme in tema di abuso di dipendenza economica «incidono direttamente su rapporti individuali e da questi possono riflettersi sul mercato»; Id., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 551 ss. Nel senso, invece, che il divieto di abuso di dipendenza economica vada inquadrato in un'ottica *antitrust*, si veda altra parte della dottrina, tra cui: C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 9 ss.; R. PARDOLESI e R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodomo di tempi migliori?*, cit., p. 712 ss. Per ulteriori approfondimenti sui rapporti tra le due norme si vedano, a titolo esemplificativo: A. FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in AA.Vv., *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, I, p. 349 ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *Prime riflessioni sulla disciplina italiana sull'abuso di posizione dominante*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 1072 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, p. 191 ss. I controversi contorni dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica, sospeso tra contratto e concorrenza, sono ben evidenziati anche da F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1313 ss.

materiale, lesiva, come tale, sia di un interesse specifico dell'impresa che subisca un rifiuto illegittimo, sia di quello generale al corretto funzionamento del mercato<sup>113</sup>.

Per essere più chiari: anche a voler concordare con l'impostazione, maggioritaria anche se un pò evanescente, secondo cui la differenza tra i due istituti consisterebbe essenzialmente nella circostanza che, mentre la nozione di posizione dominante è di carattere assoluto, poiché la forza economica è rapportata al mercato rilevante e non già ad una singola fattispecie negoziale<sup>114</sup>, quello di dipendenza econo-

<sup>113</sup> L'area di sovrapposizione tra le due fattispecie è stata compiutamente studiata da F. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 421 ss.; Id., *Obblighi di contrarre e distribuzione farmaceutica, tra diritto comune e regolamentazione di settore. Appunti per una teoria della dipendenza relativa o di gruppo ovvero della posizione dominante plurima non collettiva o disgiunta*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 342 ss. Più in generale, sulla necessità di concepire la libertà di contratto e la libertà di concorrenza alla stregua di «istituti funzionalmente connessi da cui trarre principi comuni», si veda, su tutti: G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 3 ss. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, cit., p. 44 ss.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 85 ss.; A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 683 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 433 ss.; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: «correzione» della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, in *Resp. comun. impr.*, 1998, p. 403 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, cit., p. 203 ss. Ritiene complementari la norma di cui all'art. 9 l. 192/1998 e l'art. 2598, n. 3, c.c., V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., pp. 424-425.

<sup>114</sup> Così concepita la portata della norma *antitrust*, si ritiene che il concetto di posizione dominante «non consente di reprimere i comportamenti abusivi tenuti da imprese, che, pur non detenendo un'elevata quota di mercato, sono comunque in grado di esercitare, nei confronti di un cliente o un fornitore, un potere analogo per contenuto a quello esercitato dal monopolista su tutti gli operatori presenti sul mercato» Così V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 396.

mica, è invece piú esteso e piú ampio, avendo carattere relativo, dovendo cioè essere rapportato allo specifico rapporto contrattuale, a prescindere da qualsivoglia eventuale incidenza del comportamento sul «gioco» della concorrenza nel complesso<sup>115</sup> (distinzione che riflette la piú generale e comune impostazione secondo cui, mentre i rimedi civilistici tutelano la vittima dell'inadempimento o dell'illecito, il sistema *antitrust* mira a proteggere la concorrenza in generale, prescindendo dalle singole situazioni soggettive<sup>116</sup>); anche a voler convenire con tale impostazione, si diceva, è evidente che un rifiuto a contrarre opposto da un'impresa che riveste una posizione di monopolio o quasi monopolio sul mercato, qualora sia da considerare abusivo, oltre che a rilevare all'interno dello specifico rapporto negoziale, urta per definizione contro i principi del libero mercato, alterandone ed impedendone lo svolgimento, proprio perché posto in essere da un soggetto, il monopolista, il quale, per la posizione acquisita, è in grado con le proprie scelte di condizionare, sempre e comunque, l'andamento del mercato e lo sviluppo o meno della concorrenza.

Il che è come dire che abuso di dipendenza economica ed abuso di posizione dominante – pur mantenendo in generale una propria identità logica e fattuale, e pur conservando in teoria una propria distinta individualità, riassumibile nel concetto di «dominanza relativa»,

<sup>115</sup> Così V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 401 ss., il quale, coerentemente con tali presupposti, definisce la dipendenza economica come «una situazione di soggezione in cui si trova un'impresa nei confronti di un'altra impresa, al quale, pur non detenendo una quota elevata del mercato di riferimento, (e non essendo quindi in posizione dominante), è ciononostante in grado di tenere, nei confronti di un proprio *partner* commerciale (cliente o fornitore), comportamenti in tutto e per tutto analoghi a quelli che il monopolista può imporre a tutti gli operatori presenti sul mercato». Per una diversa impostazione si veda F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1313 ss.

<sup>116</sup> Affermazione che si ritrova, ad esempio, in L. ALBERTINI, *Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa*, nota a App. Torino, 18 giugno 2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 77. Salvo poi chiedersi se la normativa *antitrust* tuteli, oltre che la concorrenza in sé, anche i concorrenti (in senso contrario si pone P. GIUDICI, *I prezzi predatori*, Milano, 2000, p. 222 ss.).

ossia radicata in uno specifico rapporto giuridico, che caratterizza la prima figura, e di «dominanza assoluta», ossia in generale nel mercato di riferimento, propria dell'illecito *antitrust*<sup>117</sup> – trovano un punto di congiungimento in fattispecie come quelle del rifiuto a contrarre del monopolista o del quasi monopolista, che possono essere ricondotte ad entrambe le normative.

Entrambe le disposizioni, a ben rifletterci, individuano rilevanti limiti esterni all'esplicazione dell'autonomia privata – fino ad eliderla del tutto, imponendo in certi casi un obbligo a contrarre – in funzione del perseguimento di interessi superiori e generali che, con riferimento alla normativa *antitrust* sono rappresentati prevalentemente dal principio di utilità sociale *ex art. 41, co. 2, Cost.* e da quello di tutela della concorrenza, che ha assunto rilievo costituzionale diretto ed autonomo con la novella dell'*art. 117 Cost.*<sup>118</sup>; laddove, invece, nell'ambito dell'abuso di dipendenza economica, sono costituiti essenzialmente nel superiore interesse dell'ordinamento all'attuazione di rapporti tra imprese economicamente e giuridicamente equilibrati, ossia nell'esigenza di promuovere contrattazioni «a condizioni eque e non discriminatorie»<sup>119</sup> e così «tutelare interessi economicamente deboli, che sarebbero lesi da uno svolgimento del tutto libero dell'attività imprenditoriale»<sup>120</sup>.

Ora, a prescindere da tali differenze di carattere concettuale, spesso rilevanti più su di un piano dogmatico che pratico, dal punto di vi-

<sup>117</sup> Distinzione che, per la verità, nei fatti diviene impercettibile, se solo si considera che la giurisprudenza europea, praticamente da sempre, ha sanzionato per abuso di posizione dominante condotte poste in essere da imprese che non detenevano una quota consistente di mercato (dominio assoluto), ma solo una posizione di dominio nei confronti della controparte (dominio relativo) nel ristretto mercato di riferimento, c.d. «mercato a misura d'impresa». Per approfondimenti si veda la giurisprudenza comunitaria citata da V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 397-398, nt. 22.

<sup>118</sup> Per approfondimenti si veda G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in AA.Vv., *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, p. 71 ss.

<sup>119</sup> Così F. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 520.

<sup>120</sup> Cfr., M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 482.

sta concreto deve ribadirsi che nella maggioranza – se non nella totalità – dei casi un rifiuto a contrarre opposto da un imprenditore monopolista di fatto, se abusivo ed ingiustificato, potrà integrare gli estremi tanto dell'abuso di dipendenza economica, quanto di quello di posizione dominante, proprio perché idoneo a determinare comunque un'alterazione del processo concorrenziale, anche se al limite circoscritto ad un singolo rapporto, ed una conseguente distorsione dell'economia di mercato; con la conseguente astratta competenza sia del Tribunale ordinario, per l'applicazione dell'art. 9 l. subfornitura, sia delle Sezioni specializzate in materia di impresa, per le questioni derivanti dalla applicazione dell'art. 33 l. *antitrust*.

Situazione che non dovrebbe legittimare la possibilità del soggetto danneggiato di cumulare i rimedi ed adire contemporaneamente o successivamente entrambe le autorità giudiziarie, come invece sembra affermare parte della dottrina<sup>121</sup>, ma che invece dovrebbe essere risolta sulla base della previsione contenuta nell'art. 3, co. 3, del d.lgs. n. 168/03, come modificato dall'art. 2, d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12, laddove, nel determinare la competenza delle Sezioni specializzate<sup>122</sup>,

<sup>121</sup> Così invece M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, cit., p. 214 ss., il quale ritiene necessario agire su entrambi i fronti, perché «se chi attacca non attacca da tutte le parti corre il rischio di sentirsi eccipire sistematicamente l'incompetenza del giudice».

<sup>122</sup> Sempre che si tratti di competenza in senso stretto (così: P. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, in *Società*, 2012, p. 825 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Ancora sulla competenza delle sezioni IP*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, p. 422 ss.; F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1339 e, prima ancora, con riferimento all'identico problema sollevato per le Sezioni specializzate della proprietà industriale ed intellettuale: M. PRADO, *Sezione specializzata e assegnazione della causa*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 585; L.C. UBERTAZZI, *La competenza per materia delle sezioni IP*, in AA.Vv., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2005, p. 159 ss. In giurisprudenza: Cass., 24 luglio 2015, n. 15619, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Dir. ind.*, 2011, p. 230 ss.; Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, *ivi*, 2009, p. 50 ss., con nota di G. CASABURI, *Sezioni specializzate, sezioni ordinarie e devoluzione delle controversie industrialistiche*; Cass., 15 gennaio 2009, n. 912, in *Foro it.*, 2009, I, c. 714 ss., con nota di G. CASABURI; Trib. Bologna, 22 giugno 2010, in *Dir. ind.*, 2011, p. 229 ss.; Trib.

si dice espressamente che le stesse «sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2», tra cui configurano «controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287»<sup>123</sup>.

Per tale motivo, prospettata dalla parte «rifiutata» non solo la violazione dell'art. 9 l. subfornitura, ma anche un abuso di posizione

Milano, 1 giugno 2009, *ivi*, p. 233 ss.; Trib. Venezia, 30 aprile 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 1882 ss., non nota di G. CASABURI, *I tribunali italiani dei marchi, disegni e modelli comunitari. Una prima ricognizione*) e non di mera ripartizione degli affari giurisdizionali tra le sezioni di uno stesso Tribunale (così invece: G. CASABURI, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 270, nt. 31; G. CICCONE, *Sezioni specializzate e sezioni ordinarie: questione di competenza o di ripartizione interna?*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 233 ss.; G. COSTANTINO, *Rassegna di legislazione (1° marzo-30 giugno 2012)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1122 ss.; P. GIUSSANI, *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in AA.Vv., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 180 ss.; ID., *Commento all'art. 2 d.l. n. 1/2012*, in *Comm. breve al c.p.c.*, a cura di Carpi e M. Taruffo, Padova, 2012, 3411; G. MONTELEONE, *Il processo nelle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale*, in AA.Vv., *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 155 ss.; M. PILLONI, *Dalle «vecchie» sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale al «nuovo» tribunale delle imprese per la competitività del processo civile*, in *Studium iuris*, 2012, p. 1238 ss.; E. SCOTTI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale (D.L. 27 giugno 2003, n. 168): osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. merito*, 2003, p. 2614 ss.; L. TENAGLIA, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Corr. giur.*, Speciale 2, p. 79; ID., *L'attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni d'impresa*, in AA.Vv., *Il processo industriale*, a cura di P. Giussani, Torino, 2002, p. 3 ss. In giurisprudenza, nel medesimo senso, si vedano: Cass., 20 settembre 2013, 21668, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95 ss.; Trib. Milano, 13 aprile 2010, in *Dir. ind.*, 2011, p. 231 ss.; Trib. Torino, 24 aprile 2008, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1285 ss.; Trib. Milano, 13 luglio 2006, in *Dir. ind.*, 2006, p. 582 ss., con nota di I.M. PRADO, *Sezioni specializzate e assegnazione della causa*).

<sup>123</sup> In quest'ottica sembrerebbero muoversi Cass., 16 giugno 2008, n. 16744 e Cass., 9 aprile 2008, n. 9167, entrambe in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, p. 329 ss., con nota di M. FILIPPELLI, *La concorrenza sleale interferente con i diritti di proprietà industriale ed intellettuale alla luce dei recenti interventi della Corte di Cassazione*.

dominante – e magari anche un atto di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.* – il giudice competente dovrebbe rinvenirsi nelle Sezioni specializzate in materia di imprese, istituite presso i Tribunali e le Corti d'Appello indicate all'art. 1 del d.lgs. n. 168/03<sup>124</sup>.

<sup>124</sup> Diverso, anche se strettamente connesso, problema è quello relativo alla ampiezza della speciale competenza cautelare attribuita alle Sezioni specializzate in materia di impresa (ieri alla Corte di Appello) dal citato art. 33, co. 2, l. n. 287/1990. Pur non potendo affrontare la questione, in questa sede va solamente accennato al fatto che, come noto, negli anni in giurisprudenza si sono contrapposte due tesi diverse. Secondo la prima, di carattere estensivo, la norma, per come è formulata, risulta idonea ad attrarre nell'ambito della tutela cautelare della Corte di Appello (oggi sezioni specializzate in materia di impresa), oltre alle misure preordinate alle sentenze di nullità e di risarcimento, tutte le azioni *antitrust*, ivi comprese quelle tendenti ad assicurare future pronunce del giudice amministrativo e dell'Autorità garante della concorrenza (cfr., tra gli altri: Trib. Salerno, 29 giugno 2009, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui «la competenza funzionale della Corte d'appello ai sensi dell'art. 33 comma 2 l. n. 287 del 1990 non è limitata alle sole misure anticipatorie degli effetti delle pronunce di nullità e di risarcimento del danno, bensì si estende a tutti i provvedimenti cautelari fondati sulla violazione della normativa *antitrust*»; App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 362 ss.; App. Torino, 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 289 ss.; App. Milano, 25 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1206 ss., con nota di P.F. VALDINA, *La rilevanza concorrenziale dei flussi di importazione nella individuazione del mercato rilevante*. In dottrina, a favore di una giurisdizione cautelare estesa e disancorata da quella di merito, si veda G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, p. 101 ss.). Secondo una diversa impostazione, invece, in questa materia la Corte di Appello (oggi la Sezione specializzata in materia di imprese) può adottare provvedimenti d'urgenza preordinati soltanto alle pronunce di nullità e di risarcimento del danno, cioè alle azioni di merito attribuite alla sua cognizione [così, ad esempio: App. Milano, 17 dicembre 2008, in *www.iusexplorer.it*; App. Torino, 18 giugno 2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 56 ss., con nota di L. ALBERTINI, *Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa*; App. Roma, 21 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3518 ss., con nota di E. SCODITTI; App. Ancona, 6 dicembre 1999, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 189 ss.; App. Roma, 14 gennaio 1993, *ivi*, 1993, I, c. 3377 ss., con nota di P.F. VALDINA, *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust*; App. Milano, 15 luglio 1992, *ivi*, I, 1992, c. 3393 ss., con nota di A. MASTRORILLI, *Rifiuto di contrarre, monopolio legale, abuso di posizione dominante*; App. Milano, 5 febbraio 1992, in *Riv. dir. ind.*, 1992, II, p. 52 ss., con nota di L. SORDELLI, *Il primo provvedimento cautelare, secondo la legge*

8. Al termine di questa breve indagine circa la praticabilità della strada di invocare le normative in tema di divieto di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica per sanzionare un rifiuto a contrarre – e prima di passare ad affrontare la tematica, di carattere piú strettamente processuale, circa la possibilità di configurare un obbligo a contrarre in senso stretto e, soprattutto, una esecuzione coattiva del relativo ordine giudiziale – si ritiene opportuno svolgere alcuni semplici e sintetici rilievi riassuntivi.

Abbandonato il terreno dell'art. 2597 c.c., si è visto, innanzi tutto, che le altre norme non vietano in sé l'acquisizione di una posizione di forza o di potere sul mercato, né, tantomeno, pongono un generale divieto di rifiutare la stipula di un contratto, rappresentando il diniego di contrarre, al contrario, una forma di esercizio della libertà di impresa e, in generale, dell'autonomia privata che non può certo essere messa in discussione.

Ammesso dunque in generale uno *ius excludendi* da parte di un qualsiasi imprenditore, si è visto però che la stessa condotta di rifiuto a contrarre, se posta in essere da un soggetto in posizione di dominio (assoluto, cioè all'interno del mercato di riferimento; relativo, ossia nei confronti del proprio *partner* commerciale) sul mercato – ed *a fortiori* se proveniente da un'impresa che opera in posizione di monopolio, anche di fatto, o ad una situazione ad esso assimilabile, che abbiamo denominato di quasi monopolio – debba essere attentamente vagliata dall'interprete, al fine di verificare che la stessa non si tramuti in un illecito, ossia in una condotta di abusivo sfruttamento della propria forza contrattuale o di mercato: se infatti ad ogni impresa non può essere negata la possibilità di decidere chi sia la controparte commerciale con la quale avviare e mantenere relazioni, siffatta scelta (sempre che non si voglia applicare l'art. 2597 c.c., che, come visto, risolve a monte il problema) deve tuttavia essere valutata

*nazionale antitrust (in una complessa vicenda di diffusione in Italia di registrazioni dal vivo eseguite all'estero senza il consenso degli autori-esecutori).* In dottrina, tra gli altri, P. MARZOLINI, *Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust (art. 33, comma 2°, L. 10.10.1990, N. 287)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 180, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sulle diverse problematiche processuali derivanti dalla norma].

con particolare attenzione e rigore tutte le volte in cui sia stata posta in essere da un soggetto dominate nel senso sopra specificato, poiché in questo caso va accertata quale sia la ragione giustificativa della stessa, nonché l'incidenza della decisione sugli altri interessi protetti. Ciò in quanto, come si è tentato di esplicitare, una stessa condotta commerciale può costituire attività lecita e quindi pienamente ammissibile, se posta in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, ovvero può determinare, al contrario, un abuso, qualora provenga da un soggetto che si trovi in tale posizione di supremazia.

Da quanto si è detto ne consegue che la liceità o meno del rifiuto di contrarre non deve essere considerata in senso astratto e «decontestualizzato», ma va indagata tenendo presente, di volta in volta, tutti i fattori del caso concreto, quali, a titolo esemplificativo: l'esatta posizione che rivestono le parti sia all'interno del mercato di riferimento, sia nei loro rapporti intersoggettivi; le condizioni generali del mercato; le tipologie di prestazioni offerte; la praticabilità o meno del ricorso, in tempi ragionevolmente brevi, ad alternative reali e soddisfacenti per l'impresa «debole»; la possibilità o meno di quest'ultima di riconvertire sul mercato la propria attività e recuperare i costi sostenuti; l'eventuale sussistenza di un ragionevole affidamento alla prosecuzione o instaurazione del rapporto, e così via.

Insomma: innumerevoli e non certo predeterminabili ed elencabili tassativamente *a priori* sono i criteri da utilizzare al fine di comporre il conflitto tra le parti e di valutare la legittimità o meno del *refusal to deal*: un contrasto reso ancora più aspro dalla circostanza che entrambi gli interessi in gioco – ossia quello a non contrarre e quello, speculare ed opposto, a contrarre – trovano il proprio referente normativo nel principio di libertà d'impresa di cui al co. 1 dell'art. 41 Cost., intesa, appunto, sia come libertà «in negativo», di non avere cioè *partners* «necessitati» e di decidere liberamente quale sia il soggetto con il quale instaurare relazioni commerciali; sia come libertà «in positivo» di avviare o proseguire un determinato rapporto commerciale.

Ed è altrettanto evidente che una contesa tra interessi di pari rango, quale quella in esame, non possa che essere affrontata e risolta caso per caso, avendo riguardo al comportamento complessivo adot-

tato dai soggetti coinvolti ed al mercato in cui essi operano e, in ultima analisi, alla finalità perseguita con la pratica commerciale di diniego a contrarre. Così, di fronte ad una controversia di tale tipologia, il giudice dovrà necessariamente infrangere il muro del dogma della volontà, irrompere all'interno della «cittadella dell'autonomia privata»<sup>125</sup>, tradizionalmente considerata inaccessibile *ab externo*, ed andare ad operare un sindacato avente ad oggetto la ragionevolezza del rifiuto, ossia la valutazione se lo stesso possa dirsi giustificato da ragioni obiettive e meritevoli di tutela o debba ritenersi, al contrario, frutto di un arbitrio e di una scelta discriminatoria, come tale in contrasto con l'utilità sociale *ex co. 2* dell'art. 41 Cost. Contrarietà che costituisce, come noto, un limite alla libera esplicazione dell'iniziativa economica, trasformando un diritto riconosciuto in una condotta illecita. O meglio: stigmatizzando come illecito l'esercizio, secondo modalità non consentite, di quello che, in astratto, è e resta un diritto (a non contrarre), pur sempre riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

Valutazione che deve essere effettuata, secondo un *iter* basato sui medesimi principi, sia nei casi di rifiuto a contrarre inteso in senso stretto, ossia nelle ipotesi di diniego ad instaurare *ab initio* un rapporto negoziale, sia nelle diverse (dal punto di vista fattuale) ipotesi di interruzione di relazioni commerciali in atto, nella duplice accezione di recesso da un contratto in essere e di mancato rinnovo di un contratto in occasione della sua naturale scadenza<sup>126</sup>. Anche in

<sup>125</sup> Secondo la celeberrima definizione contenuta nella notissima sentenza in tema di riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva. Ci si riferisce a Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss., con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*.

<sup>126</sup> In particolare, in tema di abusività del recesso *ad nutum* non può farsi a meno di ricordare Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”: l'abuso del diritto alla riscossa* (in realtà, la sentenza è stata pubblicata e commentata in moltissime altre riviste di settore). Sul solco tracciato dalla Cassazione, per un inquadramento di tale fattispecie all'interno della più generale categoria dell'abuso del diritto, si rinvia, *ex plurimis*, a S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina del contratto d'opera professionale*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 525 ss., ed ivi ulteriori richiami di giurisprudenza e dottrina.

questi casi, infatti, la scelta dell'imprenditore «forte» dovrà essere valutata in relazione alle circostanze concrete, ossia in relazione alle motivazioni poste alla base della scelta, all'andamento del pregresso rapporto (se caratterizzato da costanti e corrette relazioni o, al contrario, da inadempimenti dell'una o dell'altra parte), all'insorgenza o meno di un legittimo affidamento alla stabilità e prosecuzione del rapporto da parte del soggetto debole, all'esistenza o meno di investimenti specifici e non riutilizzabili sul mercato, all'avvenuto o meno ammortamento di tali investimenti, all'esistenza o meno di alternative praticabili sul mercato, e così via.

Su di un piano piú prettamente processuale, poi, è chiaro che l'astratta riconducibilità del rifiuto a contrarre ad entrambe le fattispecie di abuso consente alla parte che si ritenga lesa la possibilità di decidere quale autorità giudiziaria adire: se cioè rivolgersi al Tribunale ordinario, eccependo così la violazione dell'art. 9 l. n. 192/98, oppure se agire dinnanzi alle Sezioni specializzate in materia di impresa, facendo valere la violazione della normativa *antitrust*, eventualmente in concorso con l'abuso di dipendenza economica, ed adendo così un Giudice che dovrebbe in qualche modo mostrare maggiore «sensibilità» di quello ordinario verso questioni che interessano la concorrenza e, soprattutto, dovrebbe in astratto essere in grado di garantire maggior speditezza della decisione, stante l'indiscusso minore carico di lavoro di cui è gravato.

Circa il profilo probatorio, è evidente che il problema del riparto dell'onere della prova tra le parti risente della soluzione che si vuole dare al problema dell'inquadramento della responsabilità in oggetto, se cioè essa vada ricondotta all'alveo della responsabilità contrattuale, «pura» o da contatto sociale, di quella extracontrattuale o precontrattuale, nell'ambito di questa ultima categoria, di quali siano le regole che debbano governarla<sup>127</sup>.

<sup>127</sup> La tesi della responsabilità contrattuale da violazione dell'obbligo di contrarre è stata autorevolmente sostenuta, ad esempio, da P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit. p. p. 50 ss.; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 10; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 60 ss. Piú di recente si veda L. ALBERTINI, *Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisd-*

Categorie, peraltro, dai contorni oggi sempre più sfumati ed evanescenti<sup>128</sup>.

Ora: quale che sia la soluzione che si intenda prediligere non vi è dubbio che grande impatto dovrebbero poter avere i recenti arresti legislativi, supportati da certa giurisprudenza, in materia di poteri officiosi del giudice nell'accertamento di un abuso di posizione dominante, tracciati nei paragrafi precedenti.

Difficile prevedere gli sviluppi futuri di tali innovazioni, consapevoli, come si è, che tutto dipenderà, come sempre accade, dall'interpretazione che i giudici vorranno dare al «nuovo» ordine di esibizione, come codificato dal d.lgs. n. 3/2017 e dall'utilizzo che vorranno fare della consulenza tecnica d'ufficio in tale materia. Certo che, e non lo si può nascondere, nelle evoluzioni sopra delineate vi è il seme per avviare un procedimento di temperamento, nella mate-

*zione ordinaria ed amministrativa*, cit., pp. 83-84. Anche la tesi della responsabilità extracontrattuale annovera, tra le sue fila, autorevoli sostenitori. Cfr., su tutti: P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 331. Più di recente, sembrano muoversi in un'ottica extracontrattuale della responsabilità sia per l'abuso di posizione dominante, che di dipendenza economica, tra gli altri: F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, cit., p. 149; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 735; E. DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990; L. DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, p. 160; V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989, p. 199; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 133; C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, cit., c. 2188; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 412 ss.; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 333 ss. Per la tesi della responsabilità precontrattuale si veda, ad esempio, E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, nota a Corte Giust. CE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 76 ss.

<sup>128</sup> Lo rileva autorevolmente, ad esempio, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 196, con precipuo riferimento alla tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

ria dell'illecito *antitrust* – o, in senso più restrittivo, del risarcimento del danno da illecito *antitrust* – del generale principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, proprio in quanto viene messo in discussione il monopolio delle parti nell'acquisizione al giudizio del materiale istruttorio necessario per la decisione della controversia, che da sempre rappresenta uno dei capisaldi della tradizione processual civilistica italiana<sup>129</sup>. Nelle tipologie di controversie di cui si discorre, infatti, il giudice, chiamato all'accertamento del fatto, non dovrebbe potersi limitare ad una rigida applicazione delle regole civilistiche in tema di ripartizione dell'onere della prova, bensì dovrà, al contrario, adoperarsi – beninteso, nei limiti sinteticamente *supra* delineati – per rendere quanto più effettiva ed efficace possibile la tutela giurisdizionale dell'imprenditorie «a valle», tenendo costantemente nella dovuta considerazione le peculiarità che queste controversie indubbiamente presentano. Una peculiarità, si ripete, che emerge in tutta la sua evidenza nelle *private antitrust litigations* non precedute da una fase istruttorio condotta da autorità dotate di poteri pubblicistici, come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; controversie nelle quali per i privati risulta particolarmente difficoltoso, se non a volte impossibile, raccogliere i debiti elementi ed assolvere all'onere di prova a loro carico, in ragione del fatto che gli stessi non dispongono di poteri coercitivi ed ispettivi per accedere ai dati ed alle informazioni, che spesso si trovano nell'esclusiva disponibilità della controparte o di soggetti terzi.

Da qui l'esigenza – avvertita tanto in sede comunitaria, quanto dalla giurisprudenza e dal legislatore interni – quantomeno di «mitigare», «addolcire» per così dire, tale difficoltà probatoria, introducendo disposizioni funzionali all'obiettivo perseguito ed «ammorbidendo» l'interpretazione di quelle già esistenti, da leggere in senso estensivo, e valorizzando l'esercizio dei poteri di indagine e di acquisizione di dati ed informazioni utili e necessarie per la ricostru-

<sup>129</sup> Cfr., a titolo puramente esemplificativo: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012, p. 101 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2002, p. 304 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2002, p. 107 ss.

zione dell'illecito anticoncorrenziale, sempre ovviamente nel rispetto dei principi – che restano, e devono restare, dei capisaldi del sistema processual civilistico – del contraddittorio tra le parti e dell'onere di allegazione di colui che agisce in giudizio o che comunque fa valere una pretesa, il quale deve quantomeno indicare e circostanziare in modo sufficientemente plausibile e veritiero gli elementi indizianti della fattispecie denunciata. Il tutto, naturalmente, a beneficio di una *workable competition* e di una tutela giurisdizionale effettiva del soggetto leso dall'illecito *antitrust*.

Un soggetto che potrà essere anche colui a cui è stato opposto un diniego di contrarre, perlomeno quante volte in giudizio abbia chiesto anche il risarcimento dei danni.



CAPITOLO III

LA TUTELA PROCESSUALE CONTRO IL RIFIUTO  
DI ESEGUIRE LE PRESTAZIONI  
CHE FORMANO OGGETTO DELL'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Danno da mancata concorrenza e rimedi: alla ricerca di una tutela «satisfattoria». – 2. La tutela inibitoria di carattere «positivo», di merito e cautelare. Premesse per una lettura unitaria del sistema rimediale. – 3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. – 4. Il problema dell'esatta determinazione del contenuto dell'obbligo a contrarre ed i limiti al potere integrativo del giudice. – 5. L'esecuzione forzata dell'obbligo di instaurare e proseguire il rapporto contrattuale: alla ricerca di misure di coercizione indiretta. La c.d. penalità di mora. – 6. La tutela penalistica contro il rifiuto di contrarre o di eseguire la prestazione.

1. Ipotizzata la sussistenza (con i limiti e le precisazioni viste) di un obbligo a contrarre, o, secondo alcuni, di erogare le prestazioni che formano oggetto dell'impresa<sup>1</sup>, a carico del soggetto monopolista di fatto o comunque egemone sul mercato<sup>2</sup> – nonché ricostruito

<sup>1</sup> Sul punto, si veda *infra*.

<sup>2</sup> Soluzione certo non pacifica. Vi è infatti giurisprudenza – pronunciata soprattutto in tema di abuso di dipendenza economica – che esclude un obbligo a contrarre a carico del contraente «forte», limitando la tutela soltanto ad un'obbligazione risarcitoria per equivalente. Tra le altre, si vedano: Trib. Bari, 11 ottobre 2004, in *Resp. civ. previd.*, 2005, p. 605 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Subfornitura di fatto, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e tutela cautelare*; Trib. Roma, 5 novembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3440 ss., con nota di G. COLANGELO; Trib. Roma, 12 settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3207 ss., con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal "caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*. In quest'ottica, e sempre con riferimento all'art. 9 l. n. 192/1998, si è espressa la dottrina dominante, tra cui: C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002, p. 235, n. 60; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 351 ss.; A. BERTELOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 188 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, cit., p. 841 ss.; D.

un divieto di operare irragionevoli discriminazioni nella decisione circa la stipula di contratti – si pone ora il succedaneo e strettamente connesso quesito circa l'individuazione degli strumenti giuridici e delle norme per garantire una tutela effettiva al titolare del diritto.

Appare infatti evidente che, nei casi di rifiuto a contrarre, in cui è cioè in gioco l'interesse allo svolgimento di un'attività economica, insoddisfacente è sia la tutela invalidatoria/caducatoria richiamata dalle norme prima esaminate (si pensi all'art. 9, co. 3, l. n. 192/98, ai sensi del quale «Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo»; oppure, all'art. 33, co. 2, della legge *antitrust*, che si riferisce testualmente alle «azioni di nullità»), poiché la condotta abusiva si realizza di regola «al di fuori» del contratto<sup>3</sup>, sia il rimedio risarcitorio per equivalente – in ordine all'ammissibilità del quale non possono certo nutrirsi dubbi<sup>4</sup> – perché qui non si discute tanto (o non solo) dell'esistenza di un danno da spese sostenute o da mancato guadagno realizzato, bensì, più propriamente, della lesione di interessi di ben più ampia portata e spessore, quali, primi tra tutti, quello della libertà di iniziativa economica e del libero esercizio e svolgimento di un'attività d'impresa, consentendo a ciascuno il diritto di organizzare e svolgere liberamente, ossia al di fuori di illecite turbative, la propria attività<sup>5</sup>.

Risulta quindi evidente la necessità di individuare rimedi specifici che consentano al giudice di pronunciare una condanna all'esecuzione

MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 77 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub art. 9. La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 259 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 389 ss. Non sono mancate in dottrina voci contrarie, tra cui, ad esempio, MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 532 ss.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 292 ss. *Contra*: Trib. di Bari, 6 maggio 2002, cit.

<sup>3</sup> Salvo i casi, ad esempio, di illegittimo recesso, del quale se ne potrebbe dichiarare utilmente la nullità.

<sup>4</sup> Salvo discutere, come si è visto alla fine del capitolo precedente, se trattasi di una responsabilità contrattuale oppure extracontrattuale.

<sup>5</sup> Più in generale, sulla necessità «di riaffermare la priorità logico-giuridica dell'adempimento in natura e di sottrarre conseguentemente la tutela dei diritti di obbligazione dalla forma dell'equivalente monetario», si veda L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, p. 194 ss.

della prestazione denegata nei confronti del soggetto responsabile del rifiuto illecito e soprattutto – quale momento succedaneo, ma imprescindibile – di eseguire coattivamente tale condanna.

Insomma, e fermo restando quanto previsto in sede di tutela amministrativa dinnanzi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>6</sup>, una cosa è certa: sia che si ritenga il rifiuto a contrarre illegittimo in sé, ovviamente se proveniente da un monopolista, sia che lo stesso sia considerato illecito solo quando ingiustificato e derivante da un imprenditore in posizione dominante, a nulla servirebbe statuire sull’illegittimità della condotta tenuta se non si reperissero strumenti che vadano al di là di una mera tutela invalidatoria e risarcitoria per equivalente e consentano all’impresa «rifiutata» di realizzare il proprio interesse «positivo», conseguendo direttamente il bene della vita negato e, in ultima battuta, per imporre all’impresa responsabile dell’illecito di contrarre, ossia di entrare, o rientrare (nel caso di illegittimo recesso o diniego di prosecuzione della relazione), in rapporti commerciali con l’altra impresa. Per quanto possa sembrare scontato ricordarlo, è sempre attuale il monito, di chiovendiana memoria, secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire»<sup>7</sup>; pertanto, se ciò è vero, ordinare ad un’impresa di contrarre (e/o di erogare le prestazioni che formano oggetto della sua attività) e soprattutto garantire l’attuazione coattiva di tale ordine, rappresentano l’obiettivo cui deve tendere l’interprete.

In altri termini, la peculiare tipologia di danno che viene in rilievo, ossia il c.d. «danno concorrenziale», da identificarsi con il «turbamento di un’attività giuridicamente tutelata, qual è quella impen-

<sup>6</sup> Si vedano ad esempio i poteri conoscitivi, d’indagine e sanzionatori riconosciuti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato dagli artt. 10 ss. l. n. 287/90. Si veda altresì l’art. 9, co. 3-bis, l. 192/98, che attribuisce all’*Antitrust* poteri anche in tema di accertamento di abuso di dipendenza economica.

<sup>7</sup> Cfr., G. CHIOVENDA, *Dell’azione nascente da un contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, I. p. 103. Sulla necessità di modellare l’esercizio del potere giurisdizionale alla luce del ruolo e delle funzioni della Carta costituzionale, si veda, su tutti, P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e costituzione italiana*, Napoli, 2010.

ditoriale»<sup>8</sup>, in questo caso non può che eliminarsi che attraverso una modifica della condotta di diniego alla instaurazione o prosecuzione del rapporto.

Di ciò si mostra consapevole anche il legislatore, il quale, seppur in maniera forse un pò disordinata e non propriamente organica, ha fatto riferimento a volte ad un rimedio inibitorio generale (art. 2599 c.c.<sup>9</sup> e art. 9, l. n. 192/98<sup>10</sup>), altre volte ad una tutela d'urgenza (art. 33, l. 287/90<sup>11</sup>), mostrando così di aver chiara l'inadeguatezza del solo rimedio del risarcimento del danno per equivalente al fine di assicurare l'attuazione positiva dell'interesse originario dell'impresa che abbia subito un rifiuto o una interruzione delle relazioni commerciali.

Tali considerazioni impongono, a parere di chi scrive ed al di là delle specificità e peculiarità delle diverse normative sopra richiamate, un rilevante sforzo ricostruttivo dell'interprete volto a ricercare ed individuare un apparato remediale e di tutela «reale» che abbia il suo fondamento nel principio condiviso del perseguimento di una tutela effettiva della parte «rifiutata». Se si condivide tale presupposto, le varie disposizioni invocabili nel caso di rifiuto a contrarre – e ferme restando le singole specificità presenti – vanno ricondotte all'interno di un quadro un qualche modo organico, basato su principi che siano in grado di garantire, al soggetto che abbia visto negato il proprio diritto ad intrattenere un rapporto contrattuale con il monopolista, la realizzazione immediata, e non (solo) per equivalente, del proprio

<sup>8</sup> Così M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da F. Galgano, IV, Torino, 1981, p. 255.

<sup>9</sup> Ove si dice che «La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti».

<sup>10</sup> Il cui terzo comma prevede che «Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

<sup>11</sup> Si veda il co. 2, ove si staisce che «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

interesse, e questo a prescindere dalla circostanza che il *refusal to deal* sia stato in concreto sussunto all'interno della categoria dell'abuso di dipendenza economica, oppure dell'abuso di posizione dominante, oppure, dell'atto di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c. o*, piú in generale, dell'abuso del diritto.

Per tali motivi, questa ultima parte del presente lavoro sarà dedicata alla ricerca ed all'individuazione di strumenti alternativi e piú propriamente «satisfattivi» rispetto al risarcimento del danno per equivalente, ben consapevoli però del fatto che non sempre potrà in concreto ricorrersi a forme ulteriori di tutela e che la riparazione del danno mediante corresponsione di una somma di danaro a volte resterà in concreto l'unico strumento attraverso il quale poter ricevere una qualche forma di ristoro. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'impresa monopolistica o dominante, in seguito ad una *mala gestio* della propria attività e ad un mancato rispetto dei doveri preparatori su di essa gravanti – doveri consistenti essenzialmente nell'obbligo di predisporre i mezzi necessari ad accogliere ed esaudire le future richieste di esecuzione della prestazione – non sia materialmente in grado di eseguire la prestazione, non disponendo piú delle risorse o dei beni necessari.

È chiaro che, in ipotesi come questa, non resta che il risarcimento del danno in forma equivalente.

Viceversa, in tutti gli altri casi – che poi si può immaginare siano la maggioranza – occorre tendere ad una tutela «satisfattoria».

2. Chiarito che, di fronte ad un rifiuto di contrarre o ad una arbitraria interruzione delle relazioni commerciali in atto, non appaganti possono risultare sia i rimedi demolitori che quelli compensativi per equivalente del danno e che spesso l'unica forma davvero efficace di protezione è costituita da una tutela reale di carattere inibitorio, ed avventurandosi nell'arduo compito volto alla enucleazione di una serie di principi e regole di base comuni, è bene partire da una considerazione di fondo: trattandosi di bisogni che, piú di altri, necessitano di un soddisfacimento il piú rapido ed immediato possibile – proprio perché il richiedente necessita quanto prima del bene o del servizio indispensabile all'avvio o allo svolgimento dell'attività – la prima forma di tutela della quale bisogna verificare la percorri-

bilità è costituita dalla tutela d'urgenza, ossia dalla possibilità di esperire azioni inibitorie di carattere «provvisorio» o «temporaneo», che si distinguono da quelle «definitive» o finali», in quanto rese nell'ambito di un procedimento cautelare e dunque prima o nelle more che sia intervenuto un accertamento sul merito della controversia<sup>12</sup>.

Piú in generale occorre verificare, in prima battuta, se a fonte di un rifiuto abusivo a contrarre la parte lesa possa invocare una tutela inibitoria, precisandosi che si tratterà, in tale caso, di una tutela inibitoria «positiva», ossia dell'emanazione di un ordine a contrarre (o a eseguire la prestazione), ossia ad un *facere*, e non di un ordine di cessare il comportamento lesivo, ovvero un *non facere*, proprio della piú nota e diffusa inibitoria «negativa». Una tutela avente sí carattere repressivo, perché finalizzata a rimuovere la condotta antiggiuridica di rifiuto, ma soprattutto di natura preventiva, proprio perché diretta a scongiurare il verificarsi di danni futuri.

E poi, e in via consequenziale, se tale tutela possa essere resa nelle forme del provvedimento d'urgenza, o se sia necessario promuovere una ordinaria causa di merito.

Ebbene, pur nella consapevolezza dell'esistenza di una consistente parte della dottrina e della giurisprudenza che si è espressa in senso contrario<sup>13</sup> – ed altresí ben consci della inesistenza nel nostro ordi-

<sup>12</sup> Sulla distinzione tra inibitoria provvisoria o temporanea ed inibitoria definitiva o finale si rinvia, su tutti, a A. FRIGNANI, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 562, secondo cui la differenza è essenzialmente basata su di un criterio di natura processuale. Ed infatti, «l'inibitoria finale si configura come un ordine di fare o di non fare che il giudice indirizza alla parte dopo che è intervenuta una decisione sul merito della controversia, e cioè dopo che si sia accertata l'illiceità del comportamento del convenuto, mentre l'inibitoria provvisoria interviene sempre prima che si sia addivenuto ad una decisione sul merito, decisione che avrà normalmente la natura di una sentenza di accertamento».

<sup>13</sup> Ad esempio, con specifico riferimento all'ambito *antitrust*, negano espressamente la possibilità di imporre un obbligo a contrarre attraverso lo strumento cautelare, tra gli altri: App. Milano, 3 giugno 1995, in M. TAVASSI e M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998, p. 633 ss.; App. Roma, 1 aprile 1995, *ivi*, p. 592 ss.; App. Roma, 28 dicembre 1994, *ivi*, p. 592 ss.; App. Napoli, 14 luglio 1993, *ivi*, p. 536 ss.; App. Milano, 15 luglio 1992, in *Foro it.*, 1992, c. 3393 ss., con nota di A. MASTRO-

namento di una norma di carattere generale che possa legittimare il ricorso alla tutela inibitoria, come invece accade per la tutela risarcitoria, contemplata nell'articolo 2043 c.c. – si ritiene comunque che non vi siano elementi di diritto positivo talmente significativi da poter negare la percorribilità della strada «maestra» per garantire un'adeguata protezione alla vittima del rifiuto a contrarre, ossia il ricorso alla tutela inibitoria, ed anche in forma cautelare.

Non certo la tradizionale tesi secondo cui la tutela d'urgenza sarebbe ammissibile soltanto in ipotesi di pericolo di lesione di diritti assoluti<sup>14</sup>, sia perché non vi è alcuna ragione, né testuale né teleologica, per adottare una simile interpretazione restrittiva, sia, in ogni caso, perché il diritto allo svolgimento di un'attività commerciale, in quanto direttamente tutelato dall'art. 41 Cost., è comunque un diritto assoluto e non un mero diritto di obbligazione.

Neppure, a parere di chi scrive, può costituire un ostacolo insormontabile all'ammissibilità della tutela in parola la nota teoria che nega l'esperibilità di una cautela d'urgenza a protezione di diritti a prestazioni infungibili. Secondo questa impostazione, ampiamente dibattuta, poiché il requisito essenziale di ogni pronuncia è la sua coercibilità e quindi la fungibilità della prestazione dovuta, senza la quale l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 612 c.p.c. è fisicamente impossibile, e poiché l'obbligo di contrarre, o di eseguire la prestazione, in quanto obbligo di fare infungibile, è per sua natura incoercibile, *nemo ad factum praecise cogit potest*. Sarebbe così inammissibile, poiché sostanzialmente inutile, un provvedimento cautelare d'urgenza, quale quello di cui si discute, che non potrebbe mai trovare esecuzione forzata e che importerebbe conseguenze più ampie di quelle che potrebbero aversi nella successiva decisione di merito, vio-

RILLI, *Rifiuto a contrarre, monopolio legale, abuso di posizione dominante*. In dottrina, nel medesimo senso: I. PAGNI, *La tutela civile avverso l'illecito anti-trust: la latente instabilità dell'art. 33 l. 10 ottobre 1990, n. 287*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 672 ss.

<sup>14</sup> Così, autorevolmente, S. SATTA, *Limiti di applicabilità dei provvedimenti d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 153 ss.

lando così il principio della necessaria correlazione tra pronuncia di condanna ed esecuzione in forma specifica<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Tra i fautori di questa tesi si possono ricordare: C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, o. 1342 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, IV, p. 343 ss.; C. RAPISARDA e M. TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 10. In giurisprudenza, tra le tante: Cass., 24 agosto 1994, n. 7500, *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1103; Trib. Catania, 19 gennaio 2004, in *Banca borsa*, 2005, II, p. 57 ss., con nota di U. MINNECI, secondo cui «è inammissibile un provvedimento d'urgenza volto ad ottenere il ripristino di linee di credito sospese o revocate in modo asseritamente illegittimo, attesa l'infungibilità e quindi l'incoercibilità di un simile obbligo contrattuale, come tale sanzionabile soltanto mediante il risarcimento del danno patito»; Trib. Catania, 18 gennaio 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 64 ss., con nota di M. MACRÌ, *In margine al caso Parmalat. Blocco dell'erogazione del credito e (diniego di) tutela d'urgenza*, che, applicando tale principio, ha escluso che il ripristino delle disponibilità di credito venute meno a seguito di recesso o di sospensione delle linee di credito accordate da banche ad un cliente possa costituire oggetto di ordine *ex art.* 700 c.p.c.; Trib. Roma, 5 novembre 2003, cit.; Trib. Milano, 30 settembre 2003, in *Foro pad.*, 2004, I, p. 157 ss.; Trib. Palermo, 6 giugno 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 426 ss., non nota di D. AMADEI, *Michele Santoro, la Rai e l'attuazione delle misure cautelari*, secondo cui deve essere escluso «il ricorso alla tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c. nei casi in cui il pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del provvedimento sia risarcibile solo per equivalente, posto che, per principio generale, tutto ciò che dev'essere corrisposto a titolo risarcitorio non è suscettibile di pregiudizio irreparabile»; Trib. Roma, 12 settembre 2002, cit.; Trib. Napoli, 13 aprile 2002, in *Notiz. giur. lav.*, 2002, p. 729 ss.; Trib. Napoli, 3 aprile 2002, in *Giur. nap.*, 2002, p. 238 ss.; Trib. Firenze, 30 ottobre 2000, in *Foro tosc.*, 2001, p. 42 ss., con nota di D. BERTACCINI, *Ammissibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. ed obblighi di fare incoercibili*; Trib. Cagliari, 26 febbraio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 145 ss.; Trib. Palermo, 28 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2252 ss.; Trib. Torino, 10 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 814 ss.; Trib. Napoli, 31 marzo 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2245 ss.; Pret. Roma, 15 settembre 1990, in *Dir. informaz. e informatica*; Pret. Firenze, 4 febbraio 1982, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1001 ss.; Pret. Roma, 20 novembre 1975, in *Temi rom.*, 1977, p. 737 ss. Tutte le pronunce citate adducono a vario titolo, a sostegno dell'inammissibilità della tutela cautelare atipica, una serie di considerazioni: in primo luogo, l'inammissibilità della concessione di un provvedimento di urgenza che comporti conseguenze più ampie di quelle che potrebbero aversi nella successiva decisione di merito. In particolare, si sottolinea che in virtù del nesso di strumentalità «forte» tra procedimento cautelare e giudizio di merito, la concessione della misura cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c. può ritenersi

Tale tesi è stata messa fortemente in discussione da quanti<sup>16</sup> – ol-

ammissibile purché il provvedimento cautelare richiesto – idoneo a scongiurare il pregiudizio imminente e irreparabile cui si teme esposto il diritto del ricorrente nelle more del giudizio di merito – non comporti conseguenze maggiori e più ampie rispetto a quelle che il ricorrente può ottenere con il conseguimento della decisione di merito. Cosa che invece accadrebbe se fosse consentito ordinare ex art. 700 c.p.c. un *facere* infungibile. Per altro verso, strettamente connesso al primo, si evidenzia la non riconoscibilità di una tutela cautelare atipica a sostegno di un obbligo di *facere* infungibile, per il principio della correlatività tra condanna ed esecuzione forzata e, conseguentemente, dell'inammissibilità di pronunce giurisprudenziali rispetto alle quali non sia possibile un'esecuzione forzata diretta. Più in particolare, si afferma che, nel caso in cui il bene destinato a soddisfare l'interesse del creditore possa essere unicamente prodotto dall'attività del debitore per il tramite dello spontaneo adempimento, non è possibile una tutela cautelare preventiva, poiché è inconcepibile un provvedimento d'urgenza diretto a cautelare un simile obbligo, per sua natura incoercibile. In conclusione, dunque, secondo questa impostazione, nell'ipotesi di obblighi ad un fare infungibile, in quanto tali incoercibili, non può aver luogo un ordine del giudice né al termine di un giudizio ordinario a cognizione piena, né a seguito di un procedimento cautelare. L'unica tutela possibile rimarrebbe la condanna al risarcimento del danno.

<sup>16</sup> Per la dottrina si vedano, tra gli altri: M. AIELLO, G. GIACOBBE e R. PRENDEN, *Guida ai provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1982, p. 121 ss.; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, *Dei provvedimenti speciali*, Napoli, 1964, pp. 262-263; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 134; E.A. DINI e G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997, p. 398 ss.; L. MONTESANO e G. ARIETTA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 1999, p. 355; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 18; C. RAPISARDA e M. TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, cit., p. 10; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, cit., p. 1277. In giurisprudenza, sulla possibilità di un'inibitoria a contenuto positivo, si vedano: App. Milano, 10 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 1062 ss., con nota di A. DE STEFANO, *Misure cautelari e diritto antitrust nel settore delle telecomunicazioni*; Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1857 ss.; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, *ivi*, 394 ss., con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis: l'«astreinte» quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Catania, 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2813 ss., in *Danno e resp.*, 2009, p. 997 ss., con nota di G. COLANGELO, *Subfornitura, dipendenza economica ed obbligo di contrarre* e in *Contr.*, 2010, p. 249 ss., con nota di A. DI BIASE, *«Contrazione» delle relazioni commerciali ed abuso di dipendenza economica*; Trib. Trieste, 21 settembre 2006, in

tra a contestare la regola della incoercibilità dell'obbligo di concludere il contratto, stante il disposto dell'articolo 2932 c.c. – hanno condivisibilmente contestato la sussistenza di un principio di necessaria

*Foro it.*, 2006, I, c. 3513 ss., con nota di G. COLANGELO e A. PALMIERI; in *Giur. it.*, 2007, p. 1737 ss., con nota di C. SPACCAPELO, *Abuso di dipendenza economica e provvedimento d'urgenza*; e in *Contr.*, 2007, p. 112 ss., con nota di P. QUARTICELLI, *Abuso di dipendenza economica ed «estorsione» post-contrattuale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 899 ss., con nota di P. F. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese* (la decisione è commentata anche da C. MEDICI, *Il controllo sul contenuto economico dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 681 ss.); Trib. Reggio Calabria, 18 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 2000 ss.; Trib. Monza, 16 dicembre 2003, in *Giur. milan.*, 2004, p. 111 ss.; Trib. Roma, 23 luglio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2838 ss., con nota di A. CAPPABIANCA; Trib. Bari, 3 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 691; Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 300 ss., con nota di R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*; Trib. Milano, 27 gennaio 1999, in *Giur. milan.*, 2000, p. 106 ss.; Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Dir. fam.*, 1999, I, p. 226 ss., con nota di A. MIRANDA, *«Tragic choice» in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*; Trib. Milano, 2 ottobre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 241 ss.; Trib. Roma, 17 gennaio 1996, *ivi*, 1996, c. 2251 ss.; App. Milano, 29 ottobre 1992, in *Riv. crit. dir. lavoro*, 1994, p. 193 ss.; Pret. Monza, 1 agosto 1992, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1367 ss.; Pret. Parma, 3 marzo 1992, in *Dir. informaz. e informatica*, 1991, p. 939 ss.; Pret. Sassari, 13 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1656 ss.; Pret. Milano, 2 maggio 1983, in *Dir. informaz. e informatica*, 1985, p. 741 ss.; Pret. Bologna, 11 maggio 1978, in *Riv. giur. lavoro*, 1979, IV, p. 414 ss. Questo indirizzo evidenzia inoltre che un provvedimento di condanna ad un *facere*, anche se infungibile, reso in sede cautelare sarebbe altresì utile per quantificare il danno subito dal soggetto che abbia subito l'abuso anche alla luce della condotta tenuta dal soggetto abusante dopo l'eventuale obbligo imposto con il provvedimento giudiziale; se reso in fase di merito, e quindi in via definitiva, al fine di valutare l'eventuale successiva abusività del comportamento del soggetto relativamente dominante nei confronti del soggetto dipendente al di fuori della fattispecie dedotta in giudizio, sebbene nei limiti in cui il comportamento successivamente tenuto dal primo sia confrontabile con quello oggetto della pronuncia giudiziale. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, intervento al Convegno «Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario», Treviso, 16 e 17 maggio 2002.

ed indissolubile correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata<sup>17</sup>, rilevando come l'idea della inammissibilità di una pronuncia di condanna non suscettibile di esecuzione coattiva sia viziata da un errore di fondo, poiché si basa sull'indimostrato postulato secondo cui l'utilità della sentenza di condanna si identificherebbe con la sua idoneità ad essere oggetto di attuazione coattiva, con la conseguenza che una pronuncia di condanna, resa in fase cautelale o a seguito di un giudizio di merito, sarebbe *inutiliter data*, poiché appunto non eseguibile forzatamente<sup>18</sup>.

Vero è, al contrario, che la statuizione di condanna – oltre che poter trovare attuazione volontaria da parte del soggetto condannato, e dunque realizzare i suoi effetti per così dire «tipici»<sup>19</sup> – può in ogni

<sup>17</sup> Principio messo in discussione già da tempo da autorevolissima dottrina processuale civilistica. Cfr: G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 165. Successivamente, nel medesimo senso: M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, p. 74 ss.; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 175 ss.; V. DENTI, "Flashes" su accertamento e condanna, in *Riv. dir. priv.*, 1985, p. 264; S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 8 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1160 ss.; C. RAPISARDA e M. TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, cit., p. 11; M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 635; M. TARUFFO e SILVESTRI, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitiva*, in *Enc. giur.*, XIII, 1989, p. 1 ss.; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, in *Studium juris*, 2000, p. 1277 ss. Più cauto appare invece L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 93 ss.

<sup>18</sup> Così F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, cit., p. 1278 e, prima ancora, nel medesimo senso: S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 110 ss.; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 28; Id., *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1139.

<sup>19</sup> Ad una condanna inibitoria «quale strumento di pressione psicologica per un adempimento spontaneo» fanno riferimento M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 512, n. 225. In questi termini si veda anche F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 83, il quale correttamente aggiunge che «anche ammesso che la misura comporti per il ricorrente un vantaggio davvero esiguo (e tuttavia esistente), perché questo dovrebbe condurre a negare l'ammissibilità di un simile provvedimento, laddove il ricorrente abbia manifestato la volontà di ottenere comunque la misura (in un processo, qual è quello civile, a

caso costituire il presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche, tra cui quella di costituire il titolo per l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale sui beni del debitore<sup>20</sup> e soprattutto, in seguito all'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. per opera della l. n. 69/2009, legittimare l'applicazione della c.d. «penalità di mora», ossia di uno strumento di coazione indiretta che prevede il pagamento, a carico del debitore, di una somma di denaro per l'inosservanza dell'ordine giudiziale statuito nel relativo provvedimento<sup>21</sup>. Senza escludere (secondo alcuni) la possibilità di ricorrere alla disposizione di cui all'art. 388 c.p., che punisce con la reclusione (fino a tre anni) o con la multa (da euro 103 a euro 1.032) la mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice<sup>22</sup>.

Del resto – ed a conferma della circostanza che la pronuncia di condanna, pur se per ipotesi insuscettibile di esecuzione forzata, non si ridurrebbe mai ad un *flatu vocis* – va rilevato che molte sono le norme del nostro ordinamento che consentono al creditore di ottenere un provvedimento di condanna ad un obbligo incoercibile, come tale non suscettibile di esecuzione coatta, ma passibile solo di strumenti di coazione indiretta: si pensi, tanto per citare il caso più eclatante, al generale rimedio dell'azione di esatto adempimento di cui all'art. 1453 c.c., non sempre attuabile *iure imperii*, oppure alle innumerevoli disposizioni che prevedono inibitorie a protezione di diritti della personalità, di diritti reali, di diritti di privativa industriale o

carattere dispositivo)? Anche un vantaggio esiguo non può non considerarsi sufficiente per ritenere su un piano astratto teoricamente soddisfatto il requisito dell'interesse ad ottenere una misura cautelare (già assolto dalla richiesta in tal senso della parte) e della funzionalità del provvedimento richiesto».

<sup>20</sup> Sottolinea la funzione coercitiva della iscrizione ipotecaria, tra gli altri: A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 18.

<sup>21</sup> Circa la convinzione che l'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. abbia definitivamente smentito il principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, si veda, su tutti, S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 950.

<sup>22</sup> Sottolineano la funzione di coazione indiretta dell'art. 388 c.p., tra gli altri: G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, p. 34 ss.; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 18. Sul punto si veda, più diffusamente, *infra*.

d'autore, ed anche a tutela dei consumatori e dell'attività di impresa in generale. Norme che, diversamente opinando, non avrebbero alcun senso giuridico<sup>23</sup>.

Lo stesso legislatore, nel modificare nell'anno 2011 l'art. 9 della l. n. 192/1998<sup>24</sup>, ha sentito la necessità di inserire l'inibitoria – senza ulteriori specificazioni e, quindi, deve ritenersi, non solo quella negativa, ma anche quella positiva<sup>25</sup> – all'interno del novero dei rimedi esperibili a tutela dell'impresa vittima di un abuso di posizione dominante.

Similmente, l'art. 2599 c.c., dettato in tema di atti di concorrenza sleale, prevede espressamente una tutela inibitoria ad ampio spettro, volta non solo a vietare la prosecuzione di una condotta lesiva (contenuto tipico di una inibitoria negativa) ma anche, e più in generale, all'adozione di provvedimenti positivi diretti ad eliminare gli effetti della condotta anticoncorrenziale<sup>26</sup>.

Statuizione in qualche modo confermata dall'art. 33 l. n. 287/1990, che devolve alla competenza delle Sezioni specializzate in materia di impresa istituite presso i Tribunali e le Corti d'Appello, oltre alle

<sup>23</sup> Cfr., per approfondimenti: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1162 ss.; C. RAPISARDA e M. TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, cit., pp. 10-11.

<sup>24</sup> Ci si riferisce alla modifica operata dalla l. n. 57/2011, recante «Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati».

<sup>25</sup> Così F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1302, la quale evidenzia che l'art. 9, co. 3, l. n. 192/1998 utilizza l'espressione «azioni inibitorie» al plurale, «mentre, se il legislatore avesse voluto fare riferimento alla sola inibitoria negativa, avrebbe dovuto prescegliere l'uso del singolare».

<sup>26</sup> Sull'ampiezza della locuzione impiegata dall'art. 2599 c.c. e la sua idoneità a ricomprendere anche la tutela inibitoria positiva, si vedano: G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1992, p. 322; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da F. Galgano, IV, Padova, 1981, p. 251; ID., *Commento all'art. 2599 c.c.*, in *Comm. al c.c.* diretto da Cendon, V, Torino, 1991, p. 322; L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, II, Bologna, 1993, p. 1461 ss. Circa l'utilizzabilità della norma anche in materia *antitrust*, si vedano: B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Milano, 2008, pp. 93-94; L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, cit., p. 1461 ss.

azioni in materia di nullità e risarcimento del danno, anche «i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza» (anche in questo caso senza ulteriori specificazioni, né limitazioni) in relazione alle violazioni delle norme *antitrust*. Ed è evidente che sarebbe illogico riconoscere un potere cautelare anticipatorio del giudice, da esercitarsi attraverso un'inibitoria provvisoria cautelare, se poi questa inibitoria non potesse «convertirsi» in una statuizione di merito suscettibile di assumere definitività; può dunque convenirsi con quanti, in *subiecta materia*, hanno correttamente desunto dall'esplicito riconoscimento dell'inibitoria provvisoria anche l'ammissibilità di un'inibitoria giudiziale definitiva<sup>27</sup>.

Insomma, dall'analisi delle norme sopra citate, lette in combinato disposto tra di loro ed alla luce dei principi costituzionali di effettività della tutela (art. 24 Cost.) e di libertà di iniziativa economica (art. 41, co. 2, Cost.), non pare azzardato spingersi fino a ritenere una generale ammissibilità, nel nostro ordinamento, di provvedimenti inibitori a contenuto positivo, che contengano una condanna a contrarre, ovvero a continuare o ripristinare un rapporto commerciale già in atto<sup>28</sup>. Fondamento che va ravvisato sul piano sostanziale, come si diceva, in una lettura congiunta delle norme sopra citate, come costituzionalmente interpretate all'interno di un quadro sistematico più ampio, dal quale può ricavarsi la legittimità di un ordine di cessazione della condotta illecita consistente nella negazione della fornitura del bene o del servizio da parte dell'impresa *latu sensu* dominante.

Un'inibitoria che, seppur prevista da norme differenti tra di loro, emanante in contesti parimenti diversi e rispondenti a finalità (in apparenza) diverse, va necessariamente ricostruita in termini comuni ed

<sup>27</sup> Lo rileva eS. Sattamente, ad esempio, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 663.

<sup>28</sup> Nel senso che le norme di legge che prevedono singole azioni inibitorie sarebbero espressione di un principio generale tendente ad allargare l'utilizzo di questo strumento tutte le volte in cui le altre forme di tutela, ed in particolare quella risarcitoria, si rivelino inadatte, si veda M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Jus*, 1988, p. 327, il quale fonda in particolare l'ammissibilità di un'inibitoria atipica sul principio di effettività della tutela.

unitari, come possibilità di ottenere una condanna alla stipula del contratto «negato» o, più direttamente, all'esecuzione della prestazione rifiutata.

Questo discorso ci porta ad un'ulteriore considerazione: è proprio il profilo pratico degli strumenti processuali di tutela utilizzabili per reagire ad un rifiuto a contrarre che testimonia – ancora una volta ed in modo ancora più pregnante – che, al di là delle differenze «semantiche», «storiche», «formali» e «sistematiche» tra concorrenza sleale, abuso di dipendenza economica ed *antitrust*, i tre istituti hanno in realtà delle matrici di fondo fortemente comuni, rese ancor più evidenti nel caso in esame, quando cioè si intenda invocarli per imporre ad un soggetto dominante l'obbligo di contrarre. Da ciò deriva che, quantomeno con riferimento ad un rifiuto a contrarre, sembra a chi scrive più proficuo e corretto leggere le norme citate in maniera in qualche modo convergente e coerente tra loro, ritenendo, in primo luogo, che l'abuso di dipendenza economica perpetrato dal monopolista di fatto e consistente nell'esclusione del *partner* dall'esercizio di una determinata attività, oltre che incidere ovviamente sul singolo rapporto e sull'esigenza di tutelare la parte debole, non possa non riguardare anche profili di diritto alla concorrenza, e dunque interessare anche gli altri istituti richiamati, e questo anche a prescindere dalla (forse un pò «stucchevole») questione circa la natura civilistica o concorrenziale dell'art. 9 l. n. 192/1998<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Al riguardo, è ampiamente noto il contrasto in dottrina circa la natura più prettamente contrattualistica [così, a titolo esemplificativo: A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 1181 ss.; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 300; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, cit., p. 836; P.P. FERRARO, *L'abuso di dipendenza economica nei rapporti infragruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 603 ss.; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 233; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 346; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 77 ss.; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA., Vv., *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2008, p. 160 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica*

Così come, e parimenti, nell'ipotesi in esame si ritiene non abbia grande utilità ricorrere alla distinzione – di matrice più dottrinale che giurisprudenziale – tra disciplina anticoncorrenziale civilistica e normativa *antitrust*, l'una e l'altra essendo in sostanza dirette a tutelare il medesimo bene giuridico, ossia la concorrenza intesa come: *a*) libertà di iniziativa economica e, quindi, come diritto di agire nel mercato liberamente e di intraprendere qualsiasi attività economica lecita; *b*) situazione di mercato, ossia come diritto di libero accesso allo stesso<sup>30</sup>.

In quest'ottica – se si condivide la tesi della sostanziale «comune paternità»<sup>31</sup> tra abuso di dipendenza economica, concorrenza sleale ed *antitrust* – l'inibitoria positiva rappresentata dalla comminatoria di un obbligo a contrarre e ad eseguire la prestazione illecitamente rifiutata può rappresentare proprio lo strumento, ispirato ai principi di efficienza del mercato e di non discriminazione tra i vari operatori,

*e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 650 ss.; R. RINALDI e F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 137 ss.; G. OPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con una postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 696.] o di diritto della concorrenza (così, ad esempio: F. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 47 ss.; ID., *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in AA.Vv., *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, p. 162 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., p. 2) dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica.

<sup>30</sup> Per approfondimenti su tali aspetti si rinvia, *ex plurimis*, ai seguenti contributi: G. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato*, Milano, 2002, p. 5; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005, p. 86 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, p. 165 ss.; ID., *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione-Concorrenza-Benessere dei consumatori – Accesso alle informazioni*, Milano, 2008, p. 338 ss.; M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, t. II, Milano, 1999, p. 593 ss.; ID., *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 523 ss.;

<sup>31</sup> L'espressione, molto efficace, è di F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1315.

piú idoneo ad impedire che, da una situazione di mancata concorrenza, derivi un danno a questo o a quell'operatore, e, per esso, al sistema del mercato in generale<sup>32</sup>.

Una inibitoria positiva – e si viene cosí alla risposta al secondo dei quesiti posti all'inizio del presente paragrafo – che potrà ben assumere le forme del provvedimento cautelare di urgenza, considerato che, una volta che si ritenga sussistente il *fumus boni iuris*, non dovrebbe essere difficile ritenere integrato anche l'altro elemento necessario, ossia il *periculum in mora*, se solo si consideri che l'impossibilità di esercitare una determinata attività, conseguente al rifiuto a contrarre, determina sicuramente quell'«assoluto ed irreversibile venir meno del diritto» (inteso come diritto a svolgere un'attività economica) che la giurisprudenza<sup>33</sup> ritiene essere requisito necessario e sufficiente per la sussistenza del requisito del *periculum*<sup>34</sup>. Appare a chi scrive chiaro, infatti, che il pregiudizio «grave ed irreparabile», presupposto per l'accesso ad una tutela urgente, vada valutato avuto riguardo non soltanto – e non tanto – al danno economico in sé considerato, ma soprattutto con riferimento alla lesione del diritto, co-

<sup>32</sup> Per approfondimenti sul punto si veda: F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 1913-1320, la quale conclude affermando che «l'obbligo a contrarre, come rimedio generale di contenuto anche positivo, oltre che negativo interdittivo, nell'ambito della tutela dell'abuso di dipendenza economica, trova il suo fondamento nella disciplina della concorrenza e del mercato», nonché nell'art. 2599 c.c. Cosí ragionando, l'inibitoria ai sensi della norma da ultimo citata potrebbe essere concessa in base a dati puramente oggettivi ed a prescindere dalla sussistenza del dolo o della colpa dell'autore del diniego; elementi richiesti invece dall'art. 2600 c.c. ai fini del risarcimento del danno.

<sup>33</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, da ultimo: Trib. Palermo, Sez. spec. in materia di Impresa, 22 aprile 2016, *inedita*.

<sup>34</sup> Sul punto si veda quanto affermato, *ex plurimis*, dal Tribunale di Marsala, 10 maggio 2004 (in *Giur. merito*, 2005, I, p. 828 ss.), secondo cui, in ipotesi di violazione della normativa in tema di concorrenza, il pericolo del pregiudizio grave ed imminente «può essere individuato, in via presuntiva, negli effetti che normalmente e naturalmente ne conseguono, quali lo sviamento di clientela, la perdita di una quota di mercato e alle volte anche lo svilimento del segno distintivo; essi sono difficilmente riparabili per equivalente al termine del giudizio di merito, attese la capillarità e l'invasività che li caratterizza e che rende ardua la stessa individuazione e quantificazione dei danni».

stituzionalmente tutelato, di intraprendere una nuova attività di impresa e che lo stesso pregiudizio possa dirsi integrato dalla impossibilità del soggetto che abbia subito il rifiuto di accedere al mercato di riferimento, con il conseguente rischio che il tempo già trascorso e quello presumibilmente necessario alla definizione di un giudizio di merito possano ragionevolmente compromettere, anche definitivamente, la possibilità di svolgere l'attività economica in condizione paritaria con gli altri esercizi.

Come a dire che è difficile negare la circostanza secondo la quale un rifiuto a contrarre opposto da un soggetto che sia in una posizione di monopolio di fatto (o di rilevante dominanza) in un dato «mercato rilevante» sia pressoché sempre idoneo a recare pregiudizi gravi ed irreparabili – non suscettibili di essere adeguatamente ristorati «a posteriori» nella forma della tutela risarcitoria o per equivalente monetario – perché non incide esclusivamente su valori patrimoniali, ma pregiudica la capacità concorrenziale dell'impresa esclusa, ledendone il nome, precludendone determinati sbocchi commerciali, soffocandone le possibilità di sviluppo e creando barriere aggiuntive, pregiudicandone l'avviamento commerciale ed influenzando, infine, sul comportamento delle imprese concorrenti<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Così App. Milano, 23 luglio 2005, in *www.dircomm.it*, con nota di F. FABBIO, *Obblighi di contrarre e distribuzione farmaceutica, tra diritto comune e regolamentazione di settore. Appunti per una teoria della dipendenza relativa o di gruppo ovvero della posizione dominante plurima non collettiva o disgiunta*. Nel senso che l'abuso di posizione dominante, «in quanto direttamente incidente su principi e situazioni ritenute degne della massima protezione proprio perché relative a parametri inderogabili attinenti alle regole della libera concorrenza», determina sempre un pregiudizio grave e irreparabile, si veda App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 284 ss., con nota di S. BASTIANON, *Provvedimenti cautelari, antitrust e diritti televisivi*. In senso sostanzialmente analogo si veda anche VALDINA, *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust*, nota a App. Roma, 14 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3387. Circa infine il problema relativo alla possibilità, per il giudice della cautela, di ordinare la pubblicazione dell'ordinanza d'urgenza, è noto come lo stesso sia da tempo oggetto di differenti soluzioni, contrapponendosi una tesi che esclude tale possibilità (cfr., a titolo esemplificativo: Trib. Torino, 29 dicembre 1995, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 361 ss.; Pret. Roma, 2 maggio 1977, in *Temi rom.*, 1977, p. 671 ss.; E. GRASSO, *sub art. 120 c.p.c.*, in *Comm. cod. proc. civ.* diretto da AL-

Tanto basta per l'accesso alla tutela cautelare.

3. Proseguendo nell'indagine circa l'individuazione dei rimedi giurisdizionali per reagire ad un rifiuto a contrarre, anche qualora si dovesse escludere l'esistenza di una generale inibitoria atipica a contenuto positivo, altre strade potrebbero essere battute.

In particolare, occorre chiedersi, in primo luogo, se, a fonte di un rifiuto ingiustificato a contrarre, la parte lesa possa esercitare l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una pronuncia giudiziaria di carattere costitutivo che produca gli stessi effetti del contratto non concluso.

Alla questione, in uno con la dottrina assolutamente dominante<sup>36</sup>

lorio, Torino, 1973, p. 1343; S. MARTINETTO, *Quando è possibile ordinare la pubblicazione di un provvedimento d'urgenza su uno o più giornali*) ad un'altra – maggioritaria e più condivisibile – che, al contrario, la ammette [cfr., ad esempio: Trib. Roma, 18 aprile 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, p. 108 ss.; Trib. Roma, 12 luglio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 992 ss.; Trib. Modena, 3 dicembre 1998, in *www.iurisdata.it*; Trib. Macerata, 26 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 23 ss.; Trib. Trieste, 29 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 351 ss.; Trib. Torino, 22 marzo 1995, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p. 921 ss.; Trib. Firenze, 15 maggio 1993, *ivi*, 270 ss.; Pret. Milano, 19 luglio 1991, in *Foro pad.*, 1992, p. 165 ss.; Pret. Catania, 25 luglio 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, p. 673 ss.; Pret. Catania, 23 febbraio 1987, *ivi*, p. 377 ss.; Pret. Roma, 28 novembre 1985, in *Giur. merito*, 1987, p. 664 ss.; Pret. Catania, 9 dicembre 1980, *ivi*, 1980, p. 684 ss.; Pret. Roma, 12 settembre 1978, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1905 ss.; Pret. Roma, 16 luglio 1977, in *Tem. rom.*, 1977, p. 638 ss.; Pret. Roma, 4 aprile 1973, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1982 ss.; Pret. Milano, 31 luglio 1967, in *Foro pad.*, 1967, I, c. 923 ss.; Pret. Afragola, 6 febbraio 1967, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 77 ss. In dottrina: N. ABRIANI e G. COTTINO, *La concorrenza sleale*, in N. ABRIANI, G. COTTINO e M. RICOLFI, *Diritto industriale*, Padova, 2001, p. 333 ss.; B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, 1964, p. 79 ss.; E.A. DINI e G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza (nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro)*, Milano, 1997, p. 693 ss.; C. GARILLI, *Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia anti-trust*, in *Giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 855 ss.; D. SICILIANO, *Disciplina antitrust e provvedimenti d'urgenza in materia portuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 390 ss.; L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, p. 142 ss.].

<sup>36</sup> In dottrina, tra i tantissimi, si possono ricordare: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 60; G.G. AULETTA, *Delle in-*

e con parte prevalente della giurisprudenza<sup>37</sup>, pare potersi dare risposta prevalentemente positiva.

*venzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali della concorrenza*, cit., p. 134; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1991, p. 206; ID., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Vassalli, VII, 1, Torino, 1992, p. 152 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 490 ss.; A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 699; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 10; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 373; ID., *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 366 ss.; G. FERRARO, *Diritti dell'utente e diritti dell'erogatore di servizi*, in *Nuovo dir.*, 1988, p. 298; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 189, nota 62; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 856; G. GENTILE, *Il diritto dell'energia e gli studi di diritto privato*, in *Quad. giur. impr.*, 1989, 2, p. 19; GIAN. GUGLIELMETTI e GIOV. GUGLIELMETTI, *Monopolio (dir. comm.)*, cit., p. 5; M. LIBERTINI, *Le condizioni generali di contratto del monopolista legale*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 588; ID., *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 311 ss.; F. MACARIO e N. MAZZIA, *Energia (somministrazione di)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, p. 455; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 404 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv. dir.* da P. Rescigno, XX, Torino, 1998, p. 319 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., pp. 524-525; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 57; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1988, p. 299; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 48; G. OPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di una impresa monopolistica*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 162 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1270

<sup>37</sup> Così Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, I, c. 522 ss., con nota di R. BROGI; Cass., 27 novembre 2012, n. 20977, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1336; Cass., 30 marzo 2012, n. 5160, *ivi*, p. 425; Cass., 23 maggio 2008, n. 13409, in *Giuda dir.*, 2008, 42, p. 76; Cass., 15 luglio 1997, n. 6471, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1203; Cass., 9 luglio 1997, n. 6206, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, p. 482 ss., con nota di A. BARBANERA, *In tema di obbligo a contrarre a favore di terzo da nominare*; Cass., 30 maggio 1995, n. 6071, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2820 ss.; Cass., 8 marzo 1995, n. 2697, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 542; Cass., 9 luglio 1994, n. 6509, in *Vita not.*, 1995, p. 305 ss.; Cass., 21 febbraio 1992, n. 2120, in *Vita not.*, 1992, p. 1143 ss.; Cass., 8 agosto 1987, n. 6792, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 6 dicembre 1968, n. 3914, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 2048 ss.; Trib. Roma, 21 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2893 ss.; Trib. Milano, 7 giugno 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, p. 685 ss.; Trib. Napoli, 26 gennaio 1979, in *Dir. giur.*, 1981, p. 456 ss.; Pret. Roma, 2 aprile 1985, in *Riv. giur. ENEL*, 1986, p. 160 ss.; Pret. Civitacastellana, 25 febbraio 1982, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1982, n. 1527.

Non sembrano infatti cogliere nel segno gli argomenti di segno contrario, tradizionalmente addotti da quanti<sup>38</sup> hanno nel tempo circoscritto l'applicabilità della norma ai soli obblighi di contrarre di fonte convenzionale, dunque liberamente assunti dalle parti, ossia, essenzialmente, a quelli derivanti da un contratto preliminare. Argomenti che ruotano essenzialmente intorno all'assunto secondo cui l'art. 2932 c.c. debba limitarsi a dare attuazione ad un assetto negoziale già compiutamente e puntualmente delineato dalle parti, così presupponendosi la necessaria coincidenza ed identità di contenuto tra il rapporto come definito in virtù della autonomia privata e quello cristallizzato nella sentenza costitutiva, e negandosi ogni potere del giudice di supplire alle deficienze del potere contrattuale<sup>39</sup>.

In realtà, diverse argomentazioni possono essere addotte a confutazione della impostazione da ultimo riferita: in primo luogo, può evidenziarsi che il tenore letterale della norma – che fa riferimento alle nozioni di «obbligo» (nella rubrica) e di «obbligazione» (nel testo), senza ulteriormente precisare circa la relativa fonte – non sembra legittimare interpretazioni restrittive, né tantomeno si vede quale sarebbe la *ratio* di una eventuale esclusione *tout court* dell'obbligo di fonte legale dalla esecuzione in forma specifica.

Inoltre, la tesi che limita la portata dell'art. 2932 c.c. alle sole ob-

<sup>38</sup> Cfr., M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 64 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ. ital.* diretto da G. Vassalli, 1993, p. 163 ss.; ID., *Obbligo a contrarre*, cit., p. 509; C. SCOGNAMIGLIO, *Art. 1322. Dei contratti in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, pp. 31-32; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 251. In giurisprudenza si vedano, tra le altre: Cass., 23 gennaio 1978, n. 298, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2849 ss.; Trib. Udine, 17 ottobre 1987, in *Riv. giur. ENEL*, 1988, p. 441 ss.

<sup>39</sup> Il principio secondo cui presupposto per una pronuncia ai sensi dell'art. 2932 c.c. è che il preliminare contenga la determinazione di tutti gli elementi essenziali del regolamento negoziale, ossia tutti gli elementi che concorrono alla formazione del regolamento contrattuale secondo la volontà delle parti, è abbastanza ricorrente in giurisprudenza. Tra le altre si vedano: Cass., 13 settembre 1997, n. 9129, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1709; Cass., 24 ottobre 1991, n. 11284, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 10 novembre 1990, n. 10851, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, p. 34 ss.

bligazioni di fonte convenzionale, ove accolta, da un lato, determinarebbe evidenti ed inaccettabili limiti al principio di effettività e pienezza della tutela della parte lesa, dall'altro, non tiene conto del lungo processo di revisione, che ha interessato il nostro ordinamento, volto al superamento del dogma dell'assoluta inviolabilità dell'autonomia privata e della necessaria predeterminazione del contenuto dell'obbligo da parte della fonte negoziale (o legale).

Senza potersi addentrare nel merito della questione, va in questa sede soltanto ricordato come oggi la giurisprudenza piú evoluta ammetta la possibilità del giudice, nell'esercizio del proprio potere di integrazione equitativa, in sede di emanazione della sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c. di non limitarsi necessariamente ad una meccanica trasposizione della volontà delle parti, bensí di intervenire sul regolamento negoziale, modificandolo o integrandolo (ad esempio: riducendo il prezzo previsto nel preliminare), al fine di ristabilire l'equilibrio sinallagmatico dei contrapposti interessi, tutte le volte in cui il bene oggetto dello scambio risulti presentare vizi o difformità oppure presenti vincoli o pesi giuridici (si pensi ad un'ipoteca, un pignoramento o un sequestro conservativo; oppure ad un vincolo di destinazione o storico-artistico), che incidano sul suo valore o sulle sue modalità di godimento<sup>40</sup>. Ciò in quanto, si evidenzia, nell'art. 2932

<sup>40</sup> Cfr., tra le altre: Cass., 26 febbraio 2016, n. 3855, in *Resp. civ. previd.*, 2016, p. 1353 ss.; Cass., 5 dicembre 2014, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 9 febbraio 2011, n. 3176, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 211; Cass., 28 aprile 2004, n. 8143, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, in *Contr.*, 2001, p. 753 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Preliminare di compravendita e sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione*; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Giur. it.*, 2001, p. 1824 ss., con nota di V. CORRIERO, *Riequilibrio del vincolo sinallagmatico del preliminare ad opera del giudice*; Cass., 29 maggio 1999, n. 5228, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 512; Cass., 30 gennaio 1997, n. 936, *ivi*, 1997, voce cit., n. 499; Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 3 febbraio 1992, n. 1143, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1043 ss., con nota di M. DE TILLA, *Sull'applicazione dell'art. 1489 c.c. in relazione all'esistenza, sull'immobile promesso in vendita o venduto, di vincoli storici, archeologici ed urbanistici*; Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, *ivi*, 1991, I, p. 2751 ss., con nota di A. IANNACCONE, *Sulla garanzia per i vizi del bene oggetto del preliminare di vendita*; Cass., 22 dicembre 1988, n. 7013, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 239; Cass., 6 novembre 1987, n. 8220, *ivi*,

c.c. non vi è alcuna prescrizione, né espressa né tacita, di necessaria ripetizione, nella sentenza costitutiva, dello stesso contenuto precettivo fissato con il contratto preliminare. Una regola di rigida corrispondenza tra preliminare e sentenza costitutiva non si trova neppure nel secondo comma della norma citata, perché anche qui è prevista solo l'offerta della prestazione da parte di colui che propone la domanda, ma non si stabilisce la misura della prestazione stessa. Pertanto, i contenuti della sentenza costitutiva devono essere finalizzati alla produzione di effetti sostanzialmente e non solo formalmente conformi a quelli voluti e predisposti dalle parti. Appare oggi così superato, almeno secondo la tendenza più evoluta, il dogma della necessaria identità di contenuto tra contratto preliminare e sentenza costitutiva<sup>41</sup>.

Senza considerare, più in generale, tutti i casi in cui il legislatore attribuisce al giudice un potere/dovere di determinare l'oggetto dell'obbligazione o della prestazione dovuta, oppure di intervenire in funzione riequilibrativa del contenuto di un regolamento negoziale iniquo, in funzione della tutela della parte debole<sup>42</sup>.

1987, voce cit., n. 413; Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1633 ss., con nota di A. DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico* (la sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697 ss., con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare rettificato*; e in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 239 ss., non nota di L. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differenti?*); Cass., 11 maggio 1983, n. 3263, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1366; Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, c. 478 ss.; Cass., 5 agosto 1977, n. 3560, *ivi*, 1977, I, c. 2462 ss., con nota di G. LENER; Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, *ivi*, c. 669 ss., con nota di G. LENER; Cass., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 899 ss. In senso più restrittivo dei poteri del giudice, si muovono altre sentenze, tra cui si possono ricordare, tra le ultime: Cass., 16 gennaio 2013, n. 952, in *Vita not.*, 2013, p. 736 ss.; Cass., 2 novembre 2005, n. 21356, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 360 ss.; Cass., 30 agosto 2004, n. 17385, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in generale*, n. 508; Cass., 7 agosto 2002, n. 11874, *ivi*, 2002, voce cit., n. 493.

<sup>41</sup> Per una puntuale disamina di questo aspetto si vedano, su tutti: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 290 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 389 ss.

<sup>42</sup> Il tema è estremamente ampio e non può evidentemente essere trattato

Nè, tantomeno, può costituire un ostacolo alla impostazione qui accolta il principio di tipicità della tutela costitutiva che sembrerebbe ricavarsi dalla lettura dell'art. 2908 c.c.<sup>43</sup>. Principio oggi ampiamente rivisto dalla interpretazione più evoluta<sup>44</sup>.

Può dunque concludersi che il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*, sicché non vi è motivo per escludere che possa essere oggetto dell'azione *ex art. 2932 c.c.* l'ingiustificato rifiuto a contrarre derivante da un obbligo legale. Con la precisazione, doverosa, che di obbligo legale può parlarsi non soltanto quando l'obbligo abbia la sua fonte immediata nella legge, bensì anche nei diversi casi in cui vi sia pur sempre una previsione nor-

in questa sede. Per una rapida ricognizione normativa delle varie fattispecie si rinvia, su tutti, a B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 113 ss.

<sup>43</sup> È noto infatti che, secondo l'impostazione tradizionale, in un sistema basato sul principio dell'autonomia privata, quale quello italiano, la produzione di effetti costitutivi del rapporto dovrebbe essere riservato alle parti; per tale motivo, le ipotesi nelle quali tali effetti possono essere ricondotti ad una sentenza giudiziale dovrebbero essere tassativi ed eccezionali. In questo senso si vedano, su tutti: V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 346; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 60 ss.

<sup>44</sup> Nel senso della possibilità di interpretazione analogica delle norme che prevedono azioni costitutive, si veda, su tutti: G. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 245 ss.; ID., *Intervento*, in AA.Vv., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, I, Napoli, 1989, p. 605 ss. Per la conclusione secondo cui la tutela costitutiva non è tipica, né eccezionale e, comunque, il problema dell'applicabilità dell'art. 2932 c.c. agli obblighi di fonte legale non passa per l'art. 2908 c.c., si veda, su tutti: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 341 ss., spec. p. 372 ss. Infine, per una ricostruzione della questione, si rinvia a A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, cit., p. 222 ss.

mativa a monte ma la fonte formale dell'obbligo vada rinvenuta – come nel nostro caso – in un atto intermedio, di natura costitutiva, quale appunto la sentenza giudiziale<sup>45</sup>.

4. Tornando al tema dell'applicabilità o meno del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. al fine di reagire ad un rifiuto di contrarre del soggetto dominante sul mercato, va rilevato che, forse, il problema è mal posto: non si tratta tanto infatti di interrogarsi circa l'ammissibilità in astratto dello strumento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre nel caso di obbligo derivate direttamente dalla legge e non dall'autonomia privata – ammissibilità che, come appena visto, non vi è ragione per negare, non fosse altro per un'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento di fronte a situazioni sostanzialmente non dissimili tra di loro – quanto, piú precisamente di individuare i criteri di determinazione del regolamento di interessi da introdurre *ope iudicis*.

In altri termini, tutte le volte in cui manchi un contratto preliminare dal quale ricavare il regolamento di interessi voluto dalle parti e da attuare con la sentenza costitutiva, si pone il problema relativo alla difficoltà pratica di ricostruire il regolamento contrattuale – in assenza, appunto, di un precedente parametro – e di determinare ed individuare i limiti ed i criteri di un intervento giudiziale, che rischierebbe, in assenza di sicure e precise «linee guida», di sfociare in pericolose forme di soggettivismo ed arbitrio, con buona pace del principio di autonomia contrattuale, che correrebbe cosí il rischio di essere del tutto svuotato e compromesso.

Il problema, allora, non è tanto quello di ammettere in astratto la tutela in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, quanto quello (una volta ammessa) di determinare esattamente, in sede di condanna, la portata della prestazione dovuta e, conseguentemente, di stabilire entro quali limiti e fino a dove può spingersi il potere conformativo del giudice sul contenuto del negozio<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cosí F. CORAGGIO, *Abuso di posizione dominante e obblighi legali di contrarre*, cit., p. 258.

<sup>46</sup> Lo rileva esattamente, da ultimo, F. VESSIA, *Tutela cautelare d'urgenza, obblighi a contrarre e competenza giurisdizionale sull'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1321.

La questione, così posta, è sicuramente molto spinosa e mi pare possa costituire il vero cuore del problema, a prescindere dallo strumento normativo che si intende prediligere ai fini di una corretta statuizione sull'obbligo a contrarre (sia esso un'inibitoria, un'azione ex art. 2932 c.c. o un'altra azione).

Senza alcuna pretesa di individuare soluzioni valevoli *erga omnes*, possono ipotizzarsi alcuni diversi scenari pratici.

Il primo: tutte le volte in cui tra le parti in causa sussista già un precedente rapporto e si tratti, piú propriamente, di sanzionare un'interruzione arbitraria delle relazioni (si pensi ad un recesso non legittimo) o un illegittimo rifiuto a rinnovare il rapporto, il giudice, nel pronunciare sull'obbligo a contrarre, potrebbe in qualche modo ripristinare o «far rivivere» il pregresso regolamento contrattuale – eventualmente modificato in esecuzione del potere equitativo integrativo che, come appena visto, una giurisprudenza oggi maggioritaria gli riconosce – e condannare la parte autrice dell'illecito alla instaurazione/prosecuzione del rapporto alle condizioni negoziali precedentemente pattuite.

Anche però quando tra le parti non vi siano rapporti pregressi, e magari il soggetto che domanda tutela sia un *new comer* del settore, il parametro decisivo al fine di ricostruire il contenuto del rapporto potrebbe essere rappresentato dalle condizioni abitualmente praticate nel mercato di riferimento dal soggetto che abbia opposto l'illegittimo rifiuto alla conclusione del contratto. Poiché infatti, come dimostra chiaramente l'esperienza empirica, la maggior parte dei destinatari di obblighi legali a contrarre sono soggetti che operano sul mercato mediante l'utilizzo di condizioni generali di contratto, il giudice potrebbe (*rectius*: dovrebbe) utilizzare come parametro determinativo del contenuto del costituendo negozio i contratti *standards* già predisposti per regolare i rapporti con gli altri *partners*, o comunque altre tipologie di contratti simili conclusi con altri imprenditori del medesimo settore.

In questi due casi, a ben vedere, il principio dell'autonomia privata è in qualche modo salvo, poiché non si tratta di attribuire al giudice alcun «eversivo» potere creativo del vincolo, bensí, soltanto, di conferire all'autorità giudiziaria il potere, come visto, di «far rivivere» un regolamento negoziale già in precedenza puntualmente de-

finito, eventualmente operando le modifiche che già la giurisprudenza ammette (così nella prima ipotesi); oppure, al più, di individuare, tra i contenuti contrattuali già predisposti per fattispecie similari, quello più idoneo a regolare la relazione in esame (nella seconda ipotesi).

Resta, infine, in questa breve casistica, una terza possibile fattispecie, di sicuro la più problematica: quella in cui tra le parti non siano intercorse pregresse relazioni commerciali ed altresì il settore commerciale in cui si materializza il rifiuto a contrarre non sia caratterizzato da rapporti di massa, o comunque in serie, bensì da trattazioni specifiche ed individuali. In questi casi potrebbero mancare del tutto sicuri punti di riferimento ai quali ancorare il contenuto dell'emanando regolamento di interessi.

A questo punto, delle due l'una: o, in nome di una piena tutela della parte debole e del libero accesso al mercato si riconosce al giudice un ampio potere di eterointegrazione (o forse sarebbe più corretto definire di eterodeterminazione) del contenuto negoziale di un contratto il cui regolamento verrebbe letteralmente «tirato fuori dal cilindro», facendosi però carico di tutte le difficoltà teoriche/dogmatiche di giustificazione di questo potere creativo, nonché dei conseguenti rischi derivanti dall'attribuzione di uno strumento così ampio in assenza di parametri che ne controllino e ne arginino in qualche modo la possibilità di un utilizzo del tutto arbitrario ed incontrollato; oppure, molto più onestamente (a giudizio di chi scrive), si prende atto di questo limite strutturale insito nell'ordine a contrarre, riconoscendone l'impossibilità dell'utilizzo quante volte l'oggetto dell'emanando regolamento sia non solo indeterminato, ma anche indeterminabile sulla base di predeterminati e preesistenti<sup>47</sup>, così residuando soltanto una tutela risarcitoria per equivalente.

Similmente è a dirsi nei casi in cui non sia possibile rinvenire un

<sup>47</sup> Al riguardo, calzanti appaiono le parole di S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 203, secondo il quale il giudice deve arrendersi tutte le volte in cui l'autonomia «è presidiata da un nucleo irriducibile di discrezionalità oppure non vi è traccia alcuna di precedente: va da sé, infatti, che, in quest'ultimo caso, se si rimane nell'ottica dell'art. 2931, all'inciso 'qualora sia possibile' e riflettere, poi, sulla scarsa plausibilità di una determinazione giudiziale equitativa che disegni in toto la fisionomia del contratto imposto».

sicuro ed oggettivo parametro per la determinazione del prezzo del bene o del servizio: anche in questo caso un potere creativo del giudice dovrebbe essere correttamente (e con forza) negato, stante il principio della libera determinazione dei termini economici dello scambio da parte dei contraenti, non surrogabile mediante attività giurisdizionale.

Nè la questione, così come posta, pare mutare significativamente aderendo alla tesi secondo cui oggetto dell'obbligo non sarebbe quello di concludere il contratto, bensì, più propriamente, quello di fornire la prestazione<sup>48</sup>. Tale impostazione vede, come noto, nell'illecito ri-

<sup>48</sup> È noto il contrasto in dottrina (di cui si è dato conto nelle prime pagine del presente lavoro) tra i fautori della tesi, più tradizionale, secondo la quale oggetto dell'obbligo sarebbe quello di prestare il consenso, ossia in senso stretto di stipulare il contratto (cfr., tra gli altri: A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., pp. 19-20; A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 696; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 30; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 407; L. MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, cit., p. 127. Più di recente: A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, cit., p. 231 ss.; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 203) e coloro i quali ritengono invece che oggetto dell'obbligo sarebbe più propriamente quello di fornire la prestazione finale, ossia il bene o il servizio [così, tra gli altri: P.L. CARBONE, *Monopolista (contratto del)*, cit., p. 765 ss.; N. DISTASO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo legale a contrarre*, cit., p. 196 ss.; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 9; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit. p. 297 ss.; N. MAZZIA, *Commoda e incommoda del monopolista legale: due sentenze in (apparente) contrasto*, nota a Cass., 6 aprile 1990, n. 2913, e Trib. Lecce, 8 marzo 1990, cit., c. 852 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, cit., p. 798; ID., *Contratto preliminare*, cit., p. 185; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 38 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 104 ss., e, più recentemente, L. ALBERTINI, *Antitrust, rifiuto di contrarre ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, cit., p. 526; V. CARBONE, *L'obbligo del monopolista tra prestazione e contratto*, nota a Cass., 29 agosto 1994, n. 7575, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1208 ss.; B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, cit., p. 100 ss.). La giurisprudenza sembra dar maggior credito a questa seconda impostazione, affermando che «il diritto soggettivo dell'utente non si risolve ed esaurisce in un diritto alla mera prestazione del consenso (cioè ad una dichiarazione prenegoziale), ma la sua situazione giuridica è più complessa e pregnante, in quanto si caratterizza come diritto alla disponibilità della prestazione del servizio nei limiti risultanti dai mezzi ordinari dell'impresa e nel rispetto della pa-

fiuto a contrarre non tanto la violazione di un'obbligazione di *facere*, ossia di prestare il consenso alla conclusione di un contratto, quanto, piú precisamente, la violazione di un'obbligazione di *dare*, ossia consegnare il bene o erogare il servizio, con la conseguenza che, in caso di inadempimento, l'interessato potrà agire direttamente per l'attuazione coattiva del suo interesse nelle forme, «ben piú incisive»<sup>49</sup> di cui agli artt. 2930-2931 c.c. (oltre che *ex art.* 700 c.p.c.). Con il vantaggio di «saltare» il momento della determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto *ex art.* 2932 c.c. e offrire all'impresa che abbia subito un rifiuto una tutela piú rapida. Ciò in quanto, non possedendo le sentenze costitutive l'idoneità a costituire titolo esecutivo *ex art.* 474 c.p.c., l'impresa lesa dovrebbe prima agire per ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo a contrarre *ex art.* 2932 c.c. (sentenza, appunto, non costituente titolo esecutivo) e, successivamente, adire nuovamente l'autorità giudiziaria per ottenere una sentenza di condanna all'adempimento degli obblighi di dare o fare derivanti dalla sentenza.

Come ampiamente noto, questa tesi – al di là delle difficoltà di riconduzione, in taluni casi, dell'oggetto del contratto alla nozione di *fare*<sup>50</sup> – è stata criticata da parte della dottrina<sup>51</sup> per una serie di mo-

rità di trattamento» (cfr., Cass., 10 gennaio 1991, n. 186, cit.). In senso analogo: Cass., Sez. Un., 11 novembre 1998, n. 11350, cit. *Contra* però: Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249, cit. Per una puntuale ricostruzione delle contrapposte teorie si vedano, su tutti: M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 297 ss.; N. VISALLI, *Il contratto imposto*, cit., p. 200 ss. Si veda infine S. MORANDI, *Gli obblighi legali a contrarre*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, II, Torino, 2000, p. 138 ss.

<sup>49</sup> Così, testualmente, L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 200.

<sup>50</sup> Si pensi al caso del contratto di somministrazione di energia elettrica, sul quale: L. BARRASSI, *Natura del contratto di distribuzione di energia elettrica*, in *Monitore dei trib.*, 1900, p. 321; P. BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica*, in *Foro it.*, 1901, I, c. 901 ss.; M. COSTANZO, *Sulla tutela possessoria dell'utente di energia elettrica*, in *Rass. giur. ENEL*, 1975, p. 477 ss.; F. MACARIO e N. MAZZIA, *Energia (somministrazione di)*, cit., p. 454; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 201).

<sup>51</sup> Si vedano, su tutti: M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 510 ss.; A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, cit., p. 230 ss.

tivazioni, tra cui si possono ricordare le seguenti: in primo luogo, si dice, la tesi di cui sopra finisce con lo svilire il ruolo che assume il contratto anche nelle fattispecie di obbligo contrarre di fonte legale, dimenticando così che la necessità della cooperazione dell'obbligato a contrarre per la costituzione del vincolo è posta in funzione di controllo della sussistenza dei presupposti per l'attuazione di tale rapporto<sup>52</sup>; il contraddittorio tra le parti, attuato in sede di processo, serve cioè a garantire che la sentenza assolva alla funzione di controllo sulla sussistenza dei presupposti per la creazione coattiva del contratto e sulla determinazione del contenuto di questo.

Parimenti, si supera l'impostazione restrittiva, e forse eccessivamente formalistica, secondo cui la natura costitutiva della sentenza *ex art. 2932 c.c.* ne impedirebbe l'inquadramento tra i titoli esecutivi. Vero è, al contrario, che elementari esigenze di effettività della tutela impongono di ritenere che anche sentenze a contenuto prevalentemente dichiarativo o costitutivo possano dar luogo ad esecuzione forzata, in particolare tutte le volte in cui contengano statuizioni suscettibili in concreto di essere eseguite nei modi e nei termini previsti dal nostro sistema esecutivo: si è parlato, al riguardo, della possibilità che sentenze di accertamento o costitutive contengano statuizioni «latamente o propriamente condannatorie»<sup>53</sup>, o condanne im-

<sup>52</sup> Così, su tutti: G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 189, secondo cui il sistema fornisce all'obbligato a contrarre «la garanzia che il regolamento d'interessi possa dirsi introdotto solo dopo il suo consenso o, in mancanza di questo, solo con provvedimento giurisdizionale, a conclusione di un processo fondato sul principio del contraddittorio»; M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 510, i quali sottolineano la necessità della presenza «di un momento di determinazione della prestazione, contrattuale o giurisdizionale, distinto da quello, eventuale, di reazione per l'inadempimento dell'obbligo principale a fornire il bene o servizio, il cui contenuto sia stato già determinato in antecedente sede».

<sup>53</sup> Così G. MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in AA Vv., *Processo e tecniche di esecuzione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2007, p. 176; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2007, p. 524. In giurisprudenza, tra le tantissime sentenze che oramai riconoscono espressamente la possibile presenza di statuizioni di condanna all'interno di sentenze costitutive particolarmente significativa appare Cass., 3 settembre 2007, n. 18512, in *Guida dir.*, 2007, 39, p. 42

plicità<sup>54</sup>. Il ragionamento posto alla base di questa teorizzazione è chiaro, anche se tutt'altro che pacifico e da tutti condiviso<sup>55</sup>: non sem-

ss., con nota di G. SACCHETTI, della quale pare utile riportare il seguente passaggio contenuto in motivazione: «la statuizione di condanna suppone quella di accertamento della pretesa sostanziale che deve trovare attuazione tramite la condanna, è di tutta evidenza che la statuizione di accertamento presupposta ha un certo effetto secondo l'ordinamento, che è, appunto, quello di consentire l'attuazione forzata della dipendente statuizione condannatoria del giudice. [...] Ne discende che nel caso delle sentenze costitutive, poiché vi è sempre una statuizione di accertamento, qualora ad essa si accompagni una statuizione di condanna, la giustificazione dell'esecutività di quest'ultima è la medesima che opera per la statuizione di condanna che consegua all'accoglimento dell'azione di condanna, che anch'essa suppone una (logicamente) previa statuizione di accertamento». Si veda anche Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2813 ss.

<sup>54</sup> Si pensi, per rimanere in tema, alla condanna implicita del promittente venditore al rilascio dell'immobile derivante, per giurisprudenza pacifica, dalla sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c. (cfr., a titolo puramente esemplificativo: Cass., 3 maggio 2016, n. 8693, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2082 ss., con nota di G. IMPAGNATIELLO). Sulla nozione di «condanna implicita» si veda, su tutte, Cass., 26 gennaio 2005, n. 1619, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2057 ss. [la sentenza è pubblicata anche in *Corr. giur.*, 2005, p. 1229 ss., con nota di C. PETRILLO, *Da un'aprezzabile premessa (l'esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese*; e in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 855 ss.; con nota di L. MARAZIA, *L'efficacia esecutiva delle sentenze costitutive e di accertamento*], che ha premura di precisare che «per condanna implicita non deve intendersi quella che si desume dall'interpretazione coordinata tra dispositivo e motivazione della sentenza: in questo caso la condanna è esplicita nella stessa sentenza, ma solo che il contenuto del titolo esecutivo va tratto non solo dal dispositivo, ma anche dalla motivazione della sentenza, attraverso una lettura contestualizzata del primo nella seconda. Nel caso di condanna implicita, invece, l'esigenza di esecuzione della sentenza deriva dalla stessa funzione che il titolo è destinato a svolgere». Più di recente, anche se in un ambito completamente diverso, si veda Cass., 31 gennaio 2012, n. 1367, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2221 ss.

<sup>55</sup> Per approfondimenti, si rinvia, a titolo esemplificativo, ai seguenti contributi: P. BIAVATI, *Il difficile cammino della condanna alle spese: variazioni sul tema*, nota a Trib. Monza, 9 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 99 ss.; A. TRINCHI, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 882 ss.; ID., *sub art. 475, Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, II, Milano, 2013, p. 1718 ss.; E.

pre la tutela giurisdizionale derivante da un pronunciamento di accertamento o costitutivo di un rapporto è idonea a soddisfare appieno l'interesse della parte, in particolare tutte le volte in cui l'assetto dei rapporti sostanziali, statuito in sentenza, non sia in grado di per sé di adeguare la realtà materiale a quella giuridica. Si pensi, nel nostro caso, alla costituzione del vincolo contrattuale per quanto riguarda l'esecuzione delle prestazioni in esso previste. In tutti questi casi la pronuncia costitutiva, per poter perseguire l'interesse dell'avente diritto, deve necessariamente essere accompagnata da una pronuncia di condanna, volta, appunto, a conformare la realtà materiale alla realtà giuridica modificata o creata dalla sentenza costitutiva. Così, esemplificando, la sentenza costitutiva del contratto «negato», per essere «effettiva», deve accompagnarsi alla condanna all'esecuzione delle prestazioni nello stesso sancite. In tutti questi casi, la pronuncia di condanna implicita accede alla sentenza costitutiva, rappresentandone, per così dire, il naturale corollario, indispensabile al soddisfacimento dell'interesse del titolare del diritto.

Pertanto, e concludendo, affinché sussista titolo esecutivo non occorre che nella sentenza la condanna sia esplicita, potendo la necessità di esecuzione risultare dal contenuto stesso della sentenza.

Se ciò è vero, potrebbe ritenersi che, in ipotesi di violazione di obbligo legale a contrarre, specialmente se posta in essere da un'impresa monopolista (sia anche di mero fatto), la sentenza mediante la quale venga costituito *ope iudicis* il rapporto giuridico oggetto del rifiuto contenga una condanna implicita in ordine al diritto di credito alla prestazione; un diritto che, in quanto consacrato ed esattamente determinato in sentenza, riveste quei caratteri di certezza, liquidità ed esigibilità richiesti dall'art. 474 c.p.c. ai fini dell'esecutività del titolo<sup>56</sup>. Così discorrendo, nel caso di mancata volontaria attuazione della statuizione contenuta in sentenza, non sarebbe necessario per il «credi-

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 86 ss.

<sup>56</sup> Così M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 510-511. Con la precisazione che tali effetti sarebbero comunque possibili soltanto ove la parte abbia presentato in giudizio una espressa domanda in tal senso.

tore» adire nuovamente il giudice in sede di cognizione per ottenere una condanna e, dunque, un titolo esecutivo.

Altro e diverso problema sarebbe, infine, quello della possibilità di riconoscere alla condanna implicita all'attuazione delle prestazioni contenute nella sentenza *ex art* 2932 c.c. una provvisoria esecutività ai sensi dell'art. 282 c.p.c.; possibilità che, nonostante da autorevoli parti invocata con riferimento in generale alle sentenze costitutive e di accertamento<sup>57</sup>, sembrerebbe allo stato messa fortemente in dubbio da quella giurisprudenza, oggi assolutamente dominante<sup>58</sup>, che nega la possibilità di anticipare (rispetto al momento della formazione del giudicato) le statuizioni di condanna contenute nelle sentenze costitutive tutte le volte in cui queste siano legate all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico: così, ad esempio, per i capi decisori relativi al trasferimento dell'immobile, al rilascio dello stesso, al pagamento del prezzo e, in generale, a tutti gli effetti traslativi, i quali si producono soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza.

Motivo in più, quest'ultimo, per aderire, in un'ottica di effettività e maggiore rapidità della tutela, alla tesi, sopra riferita, dell'ammissibilità *tout court* di una tutela inibitoria positiva, da preferire rispetto a quella derivante dall'applicazione dell'art. 2932 c.c.

5. Quale che sia l'azione più idonea per ottenere una pronuncia di conclusione coattiva del contratto – sia essa un'inibitoria tipica, oppure un'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex art*. 2932 c.c., oppure un *tertium genus*<sup>59</sup> – resta comunque

<sup>57</sup> Così, a titolo meramente esemplificativo: F. CARPI, *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Agg., XIII, Roma, 1995, p. 4; G. FERRI, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 559 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2006, p. 305, nota 37; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 194 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, II, Napoli, 2006, p. 241 ss.

<sup>58</sup> Cfr., Cass., 3 maggio 2016, n. 8693, cit.; Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, cit.; Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4059, cit.; Cass., 6 aprile 2009, n. 8250, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 589; Cass., 16 gennaio 2006, n. 690, in *www.in-splor.it*; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26233, *ivi*.

<sup>59</sup> Va infatti ricordato che, secondo una certa scuola di pensiero, un obbligo

il problema, tutt'altro che secondario, dell'attuazione forzata di un *fare* infungibile, quale quello che, in ultima battuta, viene in rilievo nelle situazioni in esame: una volta costituito *ope iudicis* il contratto rifiutato, infatti, l'esecuzione dello stesso, nella quasi totalità dei casi, non può che essere compiuta direttamente ed esclusivamente dal soggetto obbligato, il solo presente sul mercato monopolistico di riferimento e, conseguentemente, dotato della struttura imprenditoriale necessaria ad instaurare e portare avanti relazioni commerciali con le controparti<sup>60</sup>. Appare infatti difficile negare – a prescindere dalla controversa distinzione tra obblighi di fare fungibili ed obblighi infungibili – che, nella generalità dei casi, l'obbligo di fornitura in capo al monopolista (o del soggetto egemone sul mercato) non sarà suscettibile di essere attuato attraverso la tecnica surrogatoria dell'esecuzione forzata, ovvero tramite l'attività di un terzo diverso dall'obbligato, e ciò sia per una infungibilità in senso stretto, e sia, più in generale, per una complessità o difficoltà quantitativa e qualitativa delle prestazioni in rilievo<sup>61</sup>.

a contrarre potrebbe essere ricostruito facendo ricorso alla figura del risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c., a mezzo del quale il giudice potrebbe emanare «una sentenza costitutiva (o costitutivo-determinativa) che instauri (o ripristini) rapporti contrattuali tra le parti illecitamente rifiutati (o interrotti)» e che contenga «una condanna *implicita* a porre in essere la prestazione materiale rifiutata, condanna dunque suscettibile di esecuzione forzata ex artt. 2930-2931 c.c., ove ne ricorrano i presupposti». Così M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., pp. 516-517. Per una serrata critica si rinvia, su tutti, a L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 233 ss.

<sup>60</sup> Si pensi, per riprendere un esempio già enunciato, all'obbligo del distributore di stipulare con un edicolante un contratto di fornitura di giornali quotidiani e periodici ed a tutti i molteplici obblighi che ne conseguono. Obblighi sicuramente infungibili. Per una ricostruzione della complessiva operazione economica che porta i giornali nelle edicole sia consentito il rinvio a A. DI BIASE, *L'abuso del potere negoziale nel contratto di distribuzione della stampa quotidiana e periodica*, in *Contratti*, 2016, p. 705 ss. Sulla nozione di obbligo infungibile si rinvia, su tutti, a LUISO, *Esecuzione forzata. II. Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1998, p. 3 ss.

<sup>61</sup> Si pensi, in quest'ultimo caso, alla complessa attività di distribuzione e ritiro dal commercio dei giornali quotidiani e periodici, con tutte le innumerevoli obbligazioni che ne derivano.

In altri termini, preso atto che il principio *nemo ad factum praecise cogi potest* – ossia la non coercibilità diretta di un obbligo infungibile tramite l'intervento in surroga di un soggetto terzo – è espressione di una impossibilità logica e materiale (per così dire: «naturale»), prima ancora che giuridica, è chiara la necessità di andare alla ricerca di strumenti che, pur non garantendo una esecuzione diretta dell'ordine giudiziale (impossibile *in rerum natura*), tendono comunque ad approntare una tutela specifica al creditore, incidendo sulla volontà del debitore e rendendo per quest'ultimo più conveniente l'adempimento che il non adempimento<sup>62</sup>. Si parla, in questi casi, di esecuzione indiretta, ossia di quell'attività, di carattere eminentemente compulsorio, consistente «nell'agire sull'animo dell'obligato per indurlo ad eseguire la legge»<sup>63</sup>, sotto minaccia di comminatoria di conseguenze negative, a fronte di un suo rifiuto.

Ed allora, preso atto che, nella generalità dei casi di cui si tratta, l'attuazione della condanna potrà essere assicurata soltanto mediante la tecnica delle misure coercitive indirette – e non (salvo casi eccezionali) tramite una esecuzione forzata diretta – e data per scontata altresì l'inadeguatezza di una tutela di mero accertamento<sup>64</sup>, non può che salutarsi con estremo favore la recente introduzione, ad opera della l. n. 69/2009, di una misura coercitiva indiretta di applicazione generale, a contenuto pecuniario, quale quella di cui all'art. 614-*bis*. c.p.c.

Pur dovendo in questa sede limitarsi soltanto un rapidissimo e superficiale accenno, rinviando, per approfondimenti, all'ampia bibliografia sul tema<sup>65</sup>, è bene ricordare che la norma in esame, per quel

<sup>62</sup> Cfr., su tutti: F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"*, in *Resp. civ. e previd.*, 1984, p. 26 ss.

<sup>63</sup> Secondo la celebre espressione di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 236.

<sup>64</sup> Postulato, si crede, che, proprio per la sua ovvietà, non necessiti di ulteriori precisazioni. Cfr., *ex plurimis*: A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 179-180. Inoltre, per la tesi della inidoneità della cauzione a rappresentare un efficace mezzo di coazione indiretta si veda A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 545-546.

<sup>65</sup> La bibliografia è già sterminata. Tra le opere più significative si ricordano,

che qui interessa, consente al giudice di accompagnare il provvedimento di condanna alla previsione di una sanzione accessoria consi-

oltre a quelle citate nelle note immediatamente successive, le seguenti: C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 117 ss.; G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 505 ss.; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 781 ss.; R. CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2011, p. 186 ss.; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile o di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, p. 721 ss.; ID., *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614-bis c.p.c.*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, p. 731 ss.; A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in AA.Vv., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini e S. Menchini, Torino, 2009, p. 138 ss.; C. CONSOLO, *Una buona «novella» al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 740 ss.; ID., *Sub art. 614-bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, II, Milanofiori Assago, 2013, p. 2553 ss.; F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle «astreintes»*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 1181 ss.; ID., *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 515 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 320 ss.; F. GODIO, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1181 ss.; M.A. IUORIO e G. FANELLI, *La penalità di mora nel diritto italiano*, in AA.Vv., *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di R. Capponi, Milano, 2011, p. 71 ss.; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: un mezzo di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibili e di non fare*, in AA.Vv., *Il processo civile competitivo*, a cura di A. Didone, Torino, 2010, p. 958 ss.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1546 ss.; G. MICCOLIS, *Art. 614 bis. – Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2010, p. 1047 ss.; I. PAGNI, *La «riforma» del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309 ss.; A. SALETTI, *Sub art. 614 bis c.p.c.*, in AA.Vv., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (L. 18.6.2009, n. 69)*, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Torino, 2009; M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, p. 744 ss.; F. F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 267 ss.; E.

stente nel pagamento di una somma di denaro che sarà dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, oppure per ogni ritardo nell'esecuzione della statuizione giudiziale. Trattasi della c.d. «penalità» di mora, o, secondo una nozione ben nota al diritto francese, *astreinte*<sup>66</sup>, a mezzo della quale – nell'ottica di innalzare il livello di tutela offerto dall'ordinamento e di garantire una protezione (quanto più possibile) effettiva dell'interesse del titolare del diritto – si intende sanzionare una disobbedienza ad un ordine del giudice, così inducendo il debitore ad adempiere la propria obbligazione. Al giudice della cognizione<sup>67</sup>, pertanto, è riconosciuto il potere, in virtù della norma citata, di pronunciare un provvedimento «a doppio capo»: uno principale, di condanna alla prestazione dovuta sulla base del rapporto sostanziale dedotto in giudizio; ed un altro accessorio, che preveda il pagamento di una somma di denaro predeterminata condizionato al futuro verificarsi della violazione o dell'inosservanza della statuizione principale<sup>68</sup>.

Chiara è dunque la finalità sanzionatoria e non certo riparatoria della misura in esame, in quanto la stessa non mira a ristorare il pregiudizio cagionato all'esecuzione della sentenza, ma intende punire la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'a-

VULLO, *L'art. 614-bis c.p.c.: problemi interpretativi, soluzioni dottrinali e giurisprudenziali (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2013, p. 23 ss.; ID., *L'art. 614-bis c.p.c.: problemi interpretativi, soluzioni dottrinali e giurisprudenziali (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2012, p. 1359 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 197 ss.

<sup>66</sup> Su tale istituto si rinvia, su tutti, a: G. BORRÈ, voce «*Astreintes*», in *Rep. civ.*, Dalloz, Paris, 1974, p. 1 ss.; F. CHABAS e S. DEIS-BEAUQUESNE, voce «*Astreintes*», in *Rep. civ.*, Dalloz, Paris, II, 2005, p. 1 ss.; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della sentenza civile di condanna*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2004, p. 338 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 737 ss.

<sup>67</sup> Sull'impossibilità invece di domandare l'emanazione del provvedimento ex art. 614-bis c.p.c. al giudice dell'esecuzione si veda, da ultimo, Trib. Milano, 1 luglio 2016, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>68</sup> Sui rapporti tra l'art. 614-bis c.p.c. e l'art. 2932 c.c. si veda, su tutti, I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1288 ss., ed ivi ulteriori richiami.

dempimento. In altri termini, si tratta di una vera e propria «pena privata» e non di un risarcimento del danno<sup>69</sup>.

Tale forma di coazione privata – inizialmente introdotta a presidio delle sole obbligazioni di fare infungibile e di non fare<sup>70</sup> – è stata

<sup>69</sup> Sul punto si veda, *ex plurimis*: Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, c. 3951 ss., con nota di A. MONDINI, *Astreintes, ordine pubblico e danno punitivo*.

<sup>70</sup> La rubrica della norma, nella sua versione originaria, era infatti testualmente riferita alla attuazione «degli obblighi di fare infungibile o di non fare», anche se però, nel corpo della norma, tale delimitazione non era ripetuta. Da qui il dubbio se la norma trovasse o meno applicazione anche in relazione alle obbligazioni fungibili. In favore della tesi affermativa si sono espresse, a titolo esemplificativo: Trib. Siena, 11 novembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1980 ss., con nota di A. MONDINI; Trib. Terni, 4 agosto 2009, *ivi*, 2011, I, c. 287 ss., con nota di A. MONDINI. Nel senso invece della inapplicabilità dell'art. 614-bis c.p.c. alle obbligazioni fungibili, si vedano: Trib. Livorno, 15 novembre 2011, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1980 ss., con nota di A. MONDINI; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 14 giugno 2011, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Pisa, 14 marzo 2011, *ibid.*; Trib. Modena, 7 marzo 2011, *ibid.*; Trib. Bari, 10 maggio 2011, *ibid.*; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2011, I, c. 287 ss. con nota di A. MONDINI. Per una tesi in qualche modo intermedia, che riteneva l'articolo in esame, anche se non applicabile agli obblighi di fare fungibili, invocabile per quelli di non fare fungibili, si veda Trib. Varese, 16 febbraio 2011, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare*, n. 15. In dottrina, a quanti hanno aderito alla tesi estensiva (cfr., ad esempio: S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, nota a Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 637 ss.; G. PETTI, *Commento a Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009*, in *Contr.*, 2010, p. 686 ss.; S. SALA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e "astreintes": brevi note sull'ennesima riforma del processo civile*, in *www.tribunale.varese.it*; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2002, p. 203) si sono contrapposti coloro che hanno invece circoscritto l'applicabilità della norma ai soli obblighi infungibili [cfr., ad esempio: D. AMADEI, *Le ultimissime riforme del processo civile. I provvedimenti sulle spese e in materia di attuazione degli obblighi infungibili*, in *www.judicium.it*; G. BALENA, *La nuova pseudoriforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009 n. 69)*, *ivi*; G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, cit., p. 505 ss.; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 781 ss.; A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/09*, Torino, 2009, p. 164; F. DE STEFANO, *Note a prima let-*

estesa, per effetto della novella del 2015<sup>71</sup>, a presidio di qualunque provvedimento «di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di una somma di denaro»<sup>72</sup>: oggi dunque qualsiasi condanna – anche per ipotesi alla consegna di un bene mobile, al rilascio di un bene immobile o ad un fare fungibile, ed esclusa soltanto quella al pagamento di somme di denaro – può essere accompagnata dalla previsione della misura coercitiva pecuniaria in esame, indipendentemente dalla natura, fungibile o infungibile, dell'obbligazione che deve essere adempiuta dal debitore della prestazione<sup>73</sup>.

*tura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. esecuz. forz.*, 2009, p. 530; P.G. DEMARCHI, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 439; G. FINOCCHIARO, *Con l'arrivo dell'esecuzione indiretta si accresce la tutela delle parti*, in *Giuda dir.*, dossier online, 2009, 1, p. 19 ss.; A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2085; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, cit., p. 1549; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 265].

<sup>71</sup> Si tratta dell'art. 13, d.l. n. 83/2015, conv. in l. n. 132/2015. Per un primo commento si rinvia ai seguenti contributi: M. CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *www.judicium.it*, 2015; G. FINOCCHIARO, *Misure di coercizione indiretta per gli obblighi di fare*, in *Giuda dir.*, 2015, 38, p. 56 ss.; T. GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, in *www.judicium.it*, 2015; I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.*, cit., p. 1283 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'astreinte italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 11 ss.; G. MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo Titolo IV-bis ed all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Esec. forz.*, 2016, p. 543 ss.; T. GALLETTO, *Le nuove frontiere dell'esecuzione forzata: le misure di coercizione indiretta*, in *www.judicium.it*; A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 83/2015 ... in attesa della prossima puntata ...*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 153 ss.; G. VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614 bis c.p.c. (legge 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 34 e ss.

<sup>72</sup> Si veda la nuova formulazione dell'art. 614-bis c.p.c.

<sup>73</sup> Sottolinea l'utilità della norma anche ai fini di stimolare le parti ad una rinegoziazione del regolamento contrattuale, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, p. 217.

E ad ulteriore testimonianza della volontà di un generalizzato ricorso allo strumento in esame, in linea con quanto richiesto dalla giurisprudenza comunitaria<sup>74</sup>, questa misura, seppur con rilevanti differenze, è stata estesa anche al processo amministrativo, per effetto dell'art. 114, co. 4, lett. e), del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010).

La penalità di mora, dunque, pur ovviamente non essendo in grado di assicurare, con certezza, l'oggettiva e piena soddisfazione dell'interesse del creditore – essendo l'adempimento del provvedimento cui la stessa accede sempre rimesso, in ultima analisi, ad una scelta discrezionale del soggetto obbligato – mira innegabilmente ad aumentare le *chances* di esecuzione del provvedimento e, quindi, di soddisfazione dell'interesse del titolare del diritto.

Così tratteggiato sommariamente l'istituto delle misure di coercizione indiretta ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c., è facile comprendere il largo impiego e l'utilità che se ne potrebbe ricavare nella materia degli obblighi a contrarre, a maggior ragione oggi che è venuta meno la distinzione, ai fini dell'applicabilità della norma, tra obblighi fungibili ed obblighi infungibili<sup>75</sup>: in questi casi, infatti, il giudice, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, potrebbe (o forse sarebbe meglio dire: dovrebbe) sempre – tanto in sede cautelare, quanto di merito<sup>76</sup> – far seguire la statuizione sull'illegittimità del rifiuto a con-

<sup>74</sup> Sono molti anni, in effetti, che la giurisprudenza comunitaria, ed in particolare quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, afferma che «il diritto ad un Tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte». Così, tra le altre: CEDU, 17 maggio 2011, *Ventorio / Italia*; CEDU, 13 marzo 1997, *Hornsby / Grecia*, entrambe in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). In dottrina, su tale aspetto si veda, su tutti: E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, cit., p. 1546 ss.

<sup>75</sup> Distinzione che, come facilmente intuibile, è foriera di numerose incertezze. Per approfondimenti si rinvia, su tutti, a L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 60 ss.

<sup>76</sup> Per l'applicabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. anche in fase cautelare, si vedano, tra le altre: Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2926 ss., con nota di A. PALMIERI; Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1857 ss.; Trib. Terni, 4 agosto 2009, cit. In dottrina, tra gli altri: D. AMADEI, *Una misura*

trarre e sul conseguente obbligo ad instaurare/proseguire il rapporto dalla condanna accessoria al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Una condanna che costituirebbe essa stessa, per espressa volontà normativa, titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute; condanna a carattere per così dire «condizionale», che permetterebbe così all'imprenditore escluso di precostituirsi un titolo esecutivo da azionare nel caso di futuro inadempimento del soggetto monopolista.

E nulla toglie altresì che il primo, nel caso di inadempimento all'obbligo di stipulare il contratto e ad eseguire le prestazioni che da esso gemmano, possa proporre successiva domanda di condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza del ritardo nell'adempimento: non si ravvisano infatti motivi validi per escludere un concorso tra pena privata *ex* 614-*bis* c.p.c. e risarcimento del danno, stante la già evidenziata diversa funzione assoluta dai due istituti. Pertanto,

*coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.judicium.it*; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, p. 32; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., p. 323; R. GIORDANO e A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, p. 140; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, 2009, p. 97; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, cit., p. 1548; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit., c. 265; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., p. 202 ss. *Contra*: G.L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, cit., p. 508; A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/09*, cit., p. 146; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 957, il quale però sembra comunque ammettere la possibilità, per il giudice della cautela, di applicare una sanzione, anche se individua la fonte del potere non nell'art. 614-*bis* c.p.c., bensì «nell'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice della cautela in sede di attuazione dei provvedimenti che è chiamato ad emanare». Per ulteriori approfondimenti della tematica si rinvia, su tutti, a S. RECCHIONI, *L'attuazione indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1477 ss.; F. SACCARO, *La tutela cautelare degli obblighi infungibili di fare e di non fare*, in *www.altalex.com*.

nel caso in cui l'imprenditore monopolista risulti inadempiente al provvedimento di condanna al *facere* infungibile, il creditore insoddisfatto potrebbe disporre, in ipotesi, di due distinti titoli esecutivi – il primo, alla condanna della somma di denaro determinata nella *astreinte*; – il secondo, alla condanna al risarcimento dei relativi danni. Titoli entrambi idonei ad essere portati ad esecuzione nelle forme dell'espropriazione forzata regolata dal Libro III, Titolo II, del codice di procedura civile.

In questo modo, ed augurandosi che, *in subiecta materia*, si faccia in futuro un largo impiego dello strumento in esame (certo più di quanto non sia avvenuto fino ad oggi, ove l'istituto è inspiegabilmente relegato ai margini del diritto!), si potrebbe garantire una tutela, se non piena, comunque elevata a coloro che risultino titolari alla instaurazione di un determinato rapporto commerciale, anche tutte le volte in cui le prestazioni in esso dedotte siano infungibili, ossia insuscettibili di esecuzione attraverso modalità surrogatorie della prestazione del debitore.

6. L'ingresso di una norma, quale quella di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., che generalizza la possibilità di ricorrere a strumenti di coercizione indiretta, rende meno indefettibile ed urgente la necessità di indagare circa la possibilità di rinvenire, all'interno dell'ordinamento, la presenza di altre disposizioni che possano servire al medesimo fine.

Meno indefettibile ed urgente – certo – ma sicuramente non inutile, in quanto non è affatto detto che la sola minaccia della sanzione civilistica del pagamento della penality di mora possa bastare a spingere il soggetto inadempiente ad uniformarsi al precetto del giudice; nello specifico, certo più «persuasiva» potrebbe essere l'eventuale minaccia dell'applicazione di sanzioni di natura penale, da comminare in aggiunta, e non certo in sostituzione, della sanzione civile<sup>77</sup>.

Se ciò è indiscutibile, occorre chiedersi se sia possibile presidiare la condanna ad un *facere* infungibile mediante strumenti di tutela penale. Muovendosi secondo questa direttrice di indagine, ecco che torna

<sup>77</sup> Sulla (astratta) possibilità di concorso tra la norma penale e quella di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. si veda, su tutti, S. RECCHIONI, *L'attuazione indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-*bis* c.p.c.*, cit., p. 1477 ss.

prepotentemente di moda l'antico dibattito<sup>78</sup>, forse prematuramente abbandonato, circa la possibilità di ricorrere, in questa ipotesi, alla norma di cui all'art. 388 c.p., il cui primo comma, in particolare, sotto la rubrica «mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice», dispone che chiunque, «per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032».

Come ampiamente noto, già all'indomani dell'approvazione del codice penale autorevole dottrina<sup>79</sup> tentò di dimostrare l'idoneità della norma appena citata a garantire quella piena attuazione della tutela condannatoria civile che, fino a qual momento, l'ordinamento non era riuscito a garantire. Questa tesi, raccogliendo le istanze di quanti avevano denunciato la necessità della previsione, da parte del nostro ordinamento, di un adeguato sistema di misure coercitive sull'esempio degli ordinamenti stranieri<sup>80</sup>, dopo aver evidenziato che scopo del sistema giuridico interno «è quello dell'esatto adempimento e non quello del risarcimento»<sup>81</sup>, riteneva di aver rinvenuto, nel primo comma dell'art. 388 c.p., una disposizione posta tutela dell'osservanza anche delle sentenze di condanna all'adempimento di obblighi non suscet-

<sup>78</sup> Abilmente sintetizzato da L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 218 ss.

<sup>79</sup> Il riferimento è a G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, p. 5 ss. Successivamente, però, il medesimo a. pare ripensarci (cfr., ID., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 46 ss.).

<sup>80</sup> Cfr., tra gli altri: G. ARE, *L'obbligazione e la sua esecuzione coattiva*, Roma, 1928; M. DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, I, Napoli, 1910, p. 86 ss.; L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1907, p. 155 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, p. 572 ss.; M. SARFATTI, *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di "fare" o di "non fare"*, in *Scritti in onore di Chironi*, Torino, 1904, I, p. 481 ss.

<sup>81</sup> Cfr., G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, cit., p. 19.

tibili di esecuzione forzata, da utilizzare come «sostitutivo delle deficienti sanzioni civili esecutive, e precisamente delle misure coercitive»<sup>82</sup>; una disposizione la cui efficacia dissuasiva era garantita dall'intrinseco «potere di prevenzione mediante intimidazione»<sup>83</sup> proprio della sanzione penale.

L'impostazione sopra riferita – largamente contrastata dalla dottrina, sia civilistica<sup>84</sup> che penalistica<sup>85</sup>, tanto coeva, quanto successiva – ha incontrato un importante contributo adesivo in chi ha affermato che la disposizione in oggetto può assumere, all'interno del nostro ordinamento complessivamente considerato, la funzione di «norma che predispone una forma generale di misura coercitiva attraverso cui si garantisce l'attuazione della sentenza di condanna là dove la tecnica della esecuzione forzata non serve o perché si è alla presenza di una obbligazione infungibile o difficilmente eseguibile da parte di un terzo o perché la condanna oltre a reprimere gli effetti della violazione già compiuta mira ad esplicare una funzione preventiva»<sup>86</sup>.

Contributo che si fa carico altresì anche di prevenire facili obiezioni, fondate prevalentemente sul rischio di uno «sbilanciamento in senso pubblicistico»<sup>87</sup> della giustizia civile, che potrebbe derivare dal

<sup>82</sup> Cfr., G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, cit., p. 74.

<sup>83</sup> Cfr., G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, cit., p. 76.

<sup>84</sup> Cfr., su tutti: F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, p. 278, ID., *Elusione del provvedimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 104.

<sup>85</sup> Cfr., su tutti: A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 37 ss.

<sup>86</sup> Cfr., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1170 ss.

<sup>87</sup> Rischio adombrato, ad esempio, da L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 256, il quale pone in evidenza il diverso peso dei valori che le norme penali mettono in gioco: libertà personale del debitore contro ottemperanza al comando giudiziale. Di «penalizzazione surrettizia» della giurisdizione civile parla S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 193. Nello stesso senso: V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 602-603; M. SARFATTI, *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di "fare" o di "non fare"*, cit., p. 511 ss.; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 803.

sanzionare con una misura penale quello che è – e resta – un inadempimento di un obbligo di natura civile. Avverso tali critiche, si dice, il giusto equilibrio della norma ed il raccordo tra l'interesse pubblico all'osservanza degli obblighi accertati nella sentenza civile di condanna e l'interesse privato della parte vittoriosa in giudizio all'attuazione della sentenza sono assicurati dalla necessità di una duplice iniziativa del titolare del diritto, alla cui presenza la norma subordina la punizione, ossia: *a*) l'ingiunzione ad eseguire il provvedimento, rivolta al debitore dal suo creditore (co. 1)<sup>88</sup>; *b*) nonché la querela di quest'ultimo (co. 7)<sup>89</sup>. Inoltre, si aggiunge, per evitare il rischio dell'applicazione di una sanzione limitativa della libertà personale a fonte dell'inadempimento di una mera situazione debitoria – situazione espressamente vietata dall'ordinamento interno<sup>90</sup>, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>91</sup>, che hanno definitivamente vietato l'arresto personale per debiti – la pena della reclusione, prevista dalla norma<sup>92</sup>, andrebbe limitata sol-

<sup>88</sup> Al riguardo la giurisprudenza ha specificato che, ai fini della configurabilità del reato, è necessario e sufficiente che vi sia stata una richiesta di adempimento (o una messa in mora), anche informale o implicita, purché si tratti di intimazione che sia precisa e non equivoca, che sia rivolta al debitore della prestazione (e non, per esempio, ad un professionista che operi nell'interesse di quest'ultimo; oppure ad un suo rappresentante) rigorosamente provata anche quanto alla sua ricezione da parte del debitore. Cfr., tra le più recenti: Cass. pen., 1 luglio 2014, n. 51218, in *www.insexplorer.it*; Cass. pen., 25 settembre 2013, n. 50097, *ivi*; Cass. pen., 29 febbraio 2012, n. 36010, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3146 ss., (che, in adempimento di questo principio, specifica che non è necessaria la previa notifica del provvedimento di condanna inadempito alla persona che deve osservarlo, essendo sufficiente la conoscenza di fatto della decisione giudiziale).

<sup>89</sup> Cfr., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., pp. 1170-1171.

<sup>90</sup> Si veda in particolare la l. n. 6166/1877.

<sup>91</sup> Si veda l'art. 1 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che, sotto la rubrica «Divieto di imprigionamento per debiti», prevede che «Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad un'obbligazione contrattuale».

<sup>92</sup> Lo stesso discorso vale per la pena dell'arresto, prevista dall'art. 650 c.p. (sul quale *infra*).

tanto al caso in cui il provvedimento del giudice civile rimasto inosservato sia stato pronunciato «a tutela di una situazione soggettiva di vantaggio che sia concretizzazione di un diritto di libertà», potendo in tutti gli altri casi essere comminata soltanto la sanzione pecuniaria della multa<sup>93</sup>.

Ricostruita così, in estrema sintesi, la tesi dell'applicabilità del co. 1 dell'art. 388 c.p. alle ipotesi di mancata attuazione di sentenze contenenti obblighi incoercibili – ed a prescindere dal fatto che la stessa possa essere o meno oggetto di condivisione – va in ogni caso nel contempo denunciata la sostanziale non percorribilità in concreto di tale impostazione nei casi oggetto del presente studio. E questo non tanto perché non si creda che la norma *de qua* possa in astratto costituire un efficace strumento di attuazione della sentenza civile di condanna ad un *fare* infungibile alternativo al ricorso (non percorribile) alle forme di esecuzione forzata – né perché la dottrina e soprattutto la giurisprudenza non hanno di fatto dato, negli anni, alcun riscontro positivo allo sviluppo ed alla diffusione di questa tesi – quanto (più semplicemente ma anche più profondamente) per una ragione di carattere eminentemente pratico.

Il primo comma dell'art. 388 c.p., infatti, per come è scritto, non assegna rilevanza penale a qualsiasi inadempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza o di condanna o dei quali è in corso l'accertamento dinnanzi all'autorità giudiziaria, ma richiede ai fini della punibilità un *quid pluris*, rappresentato dal compimento di atti fraudolenti o simulati diretti ad eludere gli obblighi di cui trattasi, ossia, dalla tenuta di un comportamento attivo e commissivo, contrassegnato altresì dal dolo specifico<sup>94</sup>. Pertanto, se è indubbio che gli atti

<sup>93</sup> O dell'ammenda nel caso di cui all'art. 650. c.p. Per questa impostazione si veda A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., pp. 1177-1178. A tale tesi è facile però replicare evidenziando la estrema vaghezza ed indeterminatezza del concetto di «situazione soggettiva di vantaggio che sia concretizzazione di un diritto di libertà», tutto a scapito della fondamentale esigenza di garanzia del diritto individuale alla libertà personale.

<sup>94</sup> Interpretazione pacifica. In giurisprudenza, tra le più recenti, si vedano: Cass. pen., 3 giugno 2014, n. 32440, in *Giuda dir.*, 2014, 40, p. 28; Cass. pen., 9 aprile 2014, n. 8274, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., 24 ottobre 2013, n. 5013, *ivi*; Cass. pen., Sez. un., 27 settembre 2007, n. 36692, in *Riv. pen.*, 2008,

fraudolenti richiesti dalla norma «non sono solo degli atti compiuti su dei beni, come nei casi ben noti e frequenti della sottrazione materiale, occultamento, distruzione ecc. dell'oggetto dovuto o dei beni che formano la garanzia del creditore; ma possono benanche consistere in molti altri raggiri o sotterfugi che possano servire alla fraudolenta elusione di una sentenza, la quale imponga una determinata attività o l'astensione da una determinata attività»<sup>95</sup>, è altrettanto indubitabile che per la configurabilità del reato in oggetto non è sufficiente la mera elusione della pronuncia giudiziale attraverso un comportamento inerte, occorrendo l'adozione di condotte attive come tali rivelatrici di «una volontà manifestatasi in modo particolarmente grave»<sup>96</sup>.

Seguendo questa lettura – e francamente non ne sono ipotizzabili altre, stante anche il divieto di applicazione analogica della norma penale – è chiaro che l'ambito di applicabilità della norma si riduce in maniera drastica, restando circoscritta a poche marginali ipotesi e perdendo così, di fatto, quella vocazione allargata di cui a prima impressione sembrerebbe dotata.

Per esemplificare, e tornando alle ipotesi oggetto del presente studio, è facile immaginare che, nella maggioranza dei casi, il monopolista (o il soggetto dominante) raggiunto da un provvedimento di condanna ad instaurare/proseguire il rapporto ed a fornire il bene o il servizio oggetto dello stesso – qualora non intenda ottemperare all'ordine giudiziale – si limiterà ad una condotta omissiva, rappresentata, semplicemente, dal non fornire il bene o il servizio, dal non instaurare il rapporto commerciale. Estremamente più rara, si ritiene, sarà l'ipotesi in cui sarà possibile individuare, nella condotta quest'ultimo, il compimento di un atto fraudolento, ovvero posto in essere in frode delle ragioni del creditore, e men che meno di un atto simulato, ossia la stipula di un negozio giuridico caratterizzato da una

p. 23 ss. In dottrina, a titolo esemplificativo, A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 594 e p. 601.

<sup>95</sup> Così G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, cit., p. 22.

<sup>96</sup> Così, ancora, G. VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, cit., p. 75.

preordinata divergenza tra la volontà dichiarata e quella reale (ovviamente, sia nella forma della simulazione assoluta, che in quella della simulazione relativa), finalizzati ad eludere gli obblighi di cui trattasi.

In altri termini, è lecito supporre che il monopolista che non intenda eseguire l'ordine giudiziale non farà alcunché, se non semplicemente rimanere inerte e «sordo» al comando. A fronte di questo rifiuto «puro e semplice» non sarà invocabile il primo comma dell'art. 388 c.p., poiché non sarà ravvisabile alcun comportamento positivo di esternalizzazione della volontà di togliere efficacia al provvedimento dato dal giudice. A ben vedere, allora, alla norma, calata nella realtà empirica, lungi dall'attribuire una efficacia generale, può al contrario essere riconosciuta una portata residuale e circoscritta ai soli casi, rari, in cui sussistano i requisiti dalla stessa richiesti.

Teoricamente più proficuo potrebbe essere, invece, il ricorso al secondo comma della norma, che punisce con la stessa pena di cui sopra chiunque «elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito».

Come può facilmente notarsi dalla semplice lettura della disposizione, questa fattispecie criminosa richiede infatti, ai fini della sua integrazione, solo l'elemento del dolo generico, e non anche quello della frode e del dolo specifico, essendo così sufficiente la semplice coscienza e volontà di disobbedire e non ottemperare al provvedimento del giudice, senza la presenza di quel *qui pluris* richiesto dal comma precedente<sup>97</sup>.

La norma ben si adatta, sotto questo profilo, a reprimere i casi in esame.

<sup>97</sup> Si tratta di un'interpretazione pacifica. Cfr., su tutti: U. PIOLETTI, *Provvedimento del giudice (mancata esecuzione dolosa di un)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 484 ss.), di recente ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., *ex plurimis*: Cass. pen., 16 aprile 2015, n. 25905, in *www.insexplorer.it*; Cass., 3 giugno 2014, n. 32440, cit.). In senso contrario invece L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 232 ss., il quale ritiene che il termine «elusione» di cui al co. 2 dell'art. 388 c.p. equivale agli «atti e fatti simulati e fraudolenti» di cui al primo comma della medesima norma.

Nè può essere d'ostacolo all'applicazione della norma ai casi che ci occupano la circostanza che la fattispecie delittuosa in esame preveda, per la sua compiuta integrazione, la sussistenza di una condotta elusiva dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale. Come noto negli anni si è sviluppato un acceso dibattito circa il significato da attribuire al verbo «elude», contenuto nella disposizione, che deve caratterizzare la condotta del soggetto ai fini della sussistenza del reato<sup>98</sup>. In particolare, secondo una parte della giurisprudenza, nel delitto di cui all'art. 388 c.p. il termine «elusione» dovrebbe essere inteso in senso ampio, sino a comprendere qualunque comportamento positivo o negativo (nel senso di mera inattività) – che non esige necessariamente scaltrezza o condotte subdole – diretto ad ostacolare l'esecuzione del provvedimento del giudice<sup>99</sup>. Viceversa, secondo un opposto orientamento giurisprudenziale, invece, ai fini della sussistenza del reato, non sarebbe sufficiente un mero comportamento omissivo, ma si richiederebbe una condotta attiva, ovvero commissiva, del soggetto, diretta a frustrare o quanto meno a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale; ciò perché la semplice inattività verrebbe perseguita dalla legge con sanzioni di carattere civilistico appositamente predisposte<sup>100</sup>. Secondo un indirizzo intermedio, infine,

<sup>98</sup> In dottrina si rinvia, *ex plurimis*, a L. CONTI, *Mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 299 ss.

<sup>99</sup> Cfr., ad esempio: Cass. pen., 12 aprile 2007, n. 1721, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., 8 maggio 1996, n. 6042, in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 245; Cass. pen., 4 giugno 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 302; Cass. pen., 20 gennaio 1978, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., 6 luglio 1959, in *Giust. pen.*, 1960, II, p. 140 ss.; Cass. pen., 20 giugno 1958, in *Riv. pen.*, 1959, II, p. 1204 ss.; Cass. pen., 23 aprile 1959, *ivi*, 1960, II, p. 452 ss.; Cass. pen., 5 luglio 1958, in *Giust. pen.*, 1959, II, p. 129 ss.; Cass. pen., 13 aprile 1948, *ivi*, 1948, II, p. 475 ss.; Trib. Monza, 8 aprile 2005, in *Foro ambros.*, 2005, p. 142 ss.; Trib. Rieti, 8 maggio 2001, in *Giur. mer.*, 2001, p. 995 ss. In dottrina, *ex plurimis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, II, Torino, 1997, II, p. 511.

<sup>100</sup> Cfr., ad esempio: Cass., 18 maggio 2000, n. 13106, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1006 (che limita inoltre l'applicabilità della norma ai soli atti di disposizione materiale e non anche a quelli di disposizione giuridica dei beni oggetto del vincolo); Cass. pen., 23 marzo 2000, n. 5551, *ivi*, 2000, p. 140; Cass. pen., 19 marzo 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 740; Cass. pen., 8 aprile 1981, in *Dir. lav.*, 1982, II, p. 120 ss.; Cass., 31 ottobre 1979, in *Giust. pen.*, 1980, II, p. 421. In dot-

bisognerebbe operare una distinzione in ragione della natura dell'obbligo imposto con il provvedimento giudiziale cui non si è ottemperato; piú precisamente, se si tratta di un obbligo di *non fare* il reato sarebbe integrato per il solo fatto della mancata osservanza di detto obbligo; se si tratta invece di un obbligo di *fare*, sarebbe penalmente rilevante solo il comportamento attivo volto a impedire il risultato concreto cui tende il comando giudiziale<sup>101</sup>.

Le Sezioni Unite della Cassazione, intervenendo sul tema, con una notissima decisione<sup>102</sup>, pur ritenendo in generale che l'art. 388, co. 2 richieda, ai fini della sua integrazione, una condotta «ben piú trasgressiva della mera inottemperanza» al precetto giudiziale, ossia la sussistenza di un comportamento commissivo diretto ad ostacolare l'esecuzione del provvedimento – e dunque che, in linea di massima, il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali non costituisca comportamento elusivo della norma – ha altresí chiara-

trina, *ex plurimis*, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte speciale, I, Bologna, 1997, I, p. 416.

<sup>101</sup> Per questa impostazione, si vedano, ad esempio: Cass. pen., 9 maggio 2001, n. 27409, in *Riv. pen.*, 1991, p. 723 ss.; Cass. pen., 12 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, II, c. 520 ss. All'interno di questo indirizzo si rinviene una parte della giurisprudenza che ritiene che, anche quando si tratti della violazione di obblighi di fare, «la inazione dell'obbligato può assumere rilievo ogni volta che l'esecuzione del provvedimento del giudice richieda la sua collaborazione» (cosí: Cass., pen., 18 novembre 1999, n. 2925, in *Dir. famiglia*, 2001, p. 2925 ss.; Cass. pen., 22 ottobre 1971, in *Foro it. Rep.*, 1972, voce *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, nn. 8-9; Cass. pen., 18 maggio 1967, in *Foro it.*, 1968, II, c. 189 ss.).

<sup>102</sup> Cfr., Cass. pen., Sez. un., 27 settembre 2007, n. 36692, cit. A mezzo di tale pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione, componendo un contrasto di giurisprudenza sull'oggetto giuridico dei reati previsti dall'art. 388 c.p., nei suoi primi due commi, hanno stabilito che entrambe le disposizioni non tutelano «l'interesse in sé delle decisioni giurisdizionali», bensí «hanno in realtà per oggetto giuridico l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale, che è garantito dalla Costituzione, secondo un'interpretazione ormai consolidata della Carta costituzionale». Concetto ricordato, ancor piú di recente, ad esempio, da: Cass. pen., 22 marzo 2016, n. 16398, in *www.iusexplorer.it*; Cass., pen., 25 novembre 2014, n. 51668, in *Dir. e giust.*, 2014, 1, p. 40 ss., con nota di L. PIRAS, *Il giudice ordina, l'uomo rifiuta, ma per una condanna ci vuole qualcosa in piú*; Cass. pen., 12 marzo 2014, n. 2267, in *www.iusexplorer.it*.

mente avuto modo di precisare che, ai fini della sussistenza del reato, occorre valutare la natura degli obblighi derivanti dai provvedimenti interinali tutelati dall'articolo in esame. Quando infatti si tratti di obblighi la cui esecuzione coattiva non richieda necessariamente un intervento agevolatore del soggetto obbligato, non v'è ragione di assegnare rilevanza penale al suo atteggiamento di mera inottemperanza, perché non è qui in discussione una mera trasgressione all'ordine del giudice, bensì l'ostacolo all'effettiva possibilità di una sua esecuzione. In questi casi assumono dunque rilevanza penale solo i comportamenti positivi che ostacolano dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri<sup>103</sup>.

Viceversa, quando la natura personale delle prestazioni imposte dal provvedimento escluda che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato, l'inadempimento di quest'ultimo viola di per sé la decisione giudiziale e ne pregiudica l'eseguibilità, ledendo così il bene giuridico protetto dalla norma, ossia l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale. Come a dire che, nei casi in cui l'obbligo imposto sia coattivamente inesequibile ed infungibile, richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, non sarebbe necessaria la sussistenza di un comportamento diretto a frustrare l'esecuzione coattiva del provvedimento (come invece nel caso di obblighi fungibili), ma il mero rifiuto dell'obbligato, la sua mera condotta omissiva, potrebbero integrare l'elemento materiale della «elusione» richiesto dalla norma.

Questo in estrema sintesi il principio: il mero rifiuto dell'obbligato ad eseguire il provvedimento giudiziale non ha conseguenze penali, a meno che la sua cooperazione sia indispensabile per conseguire il risultato imposto dal comando, e dunque l'effettività dello stesso.

<sup>103</sup> Per mera completezza, va rilevato che una interpretazione ampia del termine «elude» di cui alla norma, come tale ricomprendente anche la mera omissione, tende a farsi strada in tema di violazione di provvedimenti giudiziali di affidamento dei minori e, più in generale, di tutela degli incapaci. Cfr., *ex plurimis*: Cass. pen., 30 novembre 2015, n. 47287, in *Foro it.*, 2016, II, c. 145 ss., con nota di G. LEINER; Cass. pen., 5 marzo 2009, n. 27995, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1119 ss.; Trib. Roma, 26 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 3258 ss.

Se ciò è vero, se si condivide questo *dictum* (peraltro puntualmente confermato dalla giurisprudenza successiva<sup>104</sup>), non può non ritenersi che il rifiuto del monopolista di fatto (o del soggetto dominante) ad adempiere all'ordine giudiziale di contrarre o di fornire la prestazione – il rifiuto cioè ad adottare una condotta che si è visto essere infungibile ed incoercibile – non si esaurisce in una mera inottemperanza all'ordine del giudice, ma di fatto tende a impedirne o comunque a ostacolarne grandemente l'esecuzione, incidendo così sull'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale tutelato dalla norma incriminatrice in oggetto. Nell'inerzia del destinatario dell'obbligo può così vedersi integrato l'elemento della elusione del provvedimento giudiziale, richiesto dalla norma.

Il problema, semmai, è un altro, e tutt'altro che marginale: a differenza del primo comma, il secondo comma dell'art. 388 c.p. non ha un ambito oggettivo di applicazione generale, bensì circoscritto alle sole ipotesi di elusione della esecuzione di un provvedimento del giudice «che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito»: la norma, dunque (lasciando da parte l'ipotesi di provvedimenti in materia di affidamento di minori o altri incapaci, che non rileva ai fini del presente studio), da un lato, limita il suo ambito di applicazione ai soli provvedimenti di natura cautelare, ossia alle sole inibitorie c.d. «provvisorie» e non a quelle «finali»; dall'altro, si riferisce tassativamente alla sola inesecuzione di misure cautelari relative ad una delle tre materie (proprietà, possesso, credito) elencate.

A fonte di questa precisa volontà legislativa, allora, non può nutrirsi alcun dubbio sulla circostanza che il secondo comma dell'art. 388 c.p. costituisce un presidio penale esclusivamente per i provvedimenti cautelari, ed all'interno di questi solo a quelli emessi nelle

<sup>104</sup> Cfr., tra le tante: Cass. pen., 22 marzo 2016, n. 16398, cit.; Cass., pen., 25 novembre 2014, n. 51668, cit.; Cass. pen., 12 marzo 2014, n. 2267, cit.; Cass., 15 gennaio 2009, n. 6863, in *www.iusexplorer.it*; App. Catanzaro, 7 maggio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 2746 ss.; App. Milano, 20 gennaio 2010, n. 177, in *Guida dir.*, 2010, 17, p. 96; Trib. Bari, 5 luglio 2016, n. 3510, in *www.iusexplorer.it*.

materie tassativamente elencate<sup>105</sup>, né può seriamente ipotizzarsene una applicazione analogica o estensiva ad altri provvedimenti di condanna; interpretazione estensiva che potrebbe trasformare la disposizione *de qua* in una norma sanzionatoria (in potenza) di qualsiasi condotta contraria ad un provvedimento civile, in aperto contrasto con la *ratio legis* e con il divieto di cui all'art. 14 disp. sulla legge in generale<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Coerentemente con tale premessa, sono stati ad esempio ritenuti integrante la fattispecie delittuosa *ex art. 388, co. 2, c.p.*: la condotta di omesso rispetto di una inibitoria sull'uso commerciale di un'invenzione brevettata o di un marchio, oppure in tema di tutela della proprietà intellettuale di un'opera artistica, trattandosi, in questi casi, di materia relativa alla difesa della proprietà (così Cass. pen., 17 febbraio 2015, n. 15646, in *www.insexplorer.it*; Cass. pen., 25 ottobre 2004, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, n. 6; Cass. pen., 19 marzo 1997, *ivi*, 1997, voce cit., n. 4; Cass. pen., 7 febbraio 1986, *ivi*, 1987, voce cit., n. 10); la condotta di omesso rispetto dell'ordine giudiziale di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale relativa al presunto inadempimento di un contratto preliminare di compravendita da parte del promittente venditore, trattandosi materia relativa alla tutela del credito (così Cass. pen., 12 febbraio 2015, n. 17650, in *Foro it.*, 2015, II, c. 421 ss.); il mancato rispetto dell'ordine giudiziale di consegna della documentazione contabile inerente all'amministrazione di un condominio, incidendo, lo stesso, sulla corretta amministrazione della proprietà condominiale (così Cass. pen., 16 aprile 2014, n. 31192, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1129 ss.); la mancata ottemperanza all'ordine del giudice di reintegrare un dipendente nell'ufficio ricoperto, nonché nella relativa retribuzione, trattandosi di misura a tutela del credito (così Cass. pen., 26 marzo 2014, n. 39075, in *www.insexplorer.it*; Cass. pen., 17 marzo 1982, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, n. 5); l'omessa ottemperanza all'ordine di reintegra nel possesso (cfr., ad esempio: Cass. pen., 6 ottobre 1998, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, n. 3; Cass. pen., 20 ottobre 1993, *ivi*, voce cit., n. 4; Cass. pen., 12 novembre 1988, *ivi*, 1989, voce cit., n. 3, Cass. pen., 9 novembre 1983, *ivi*, 1984, voce cit., n. 12), la violazione di un provvedimento cautelare di sospensione di un'attività produttiva comportante immissioni intollerabili (così Cass., 28 marzo 2012, n. 13902, in *www.insexplorer.it*), e così via.

<sup>106</sup> Così Cass. pen., 7 maggio 2009, n. 21305, in *www.insexplorer.it*, secondo cui «L'interpretazione estensiva data dai giudici del merito, per cui qualsiasi provvedimento cautelare del giudice civile trova sanzione penale nell'elusione, rischia di trasformare l'art. 388 c.p., comma 2 in una sorta di norma tipicizzante qualsivoglia condotta contraria ad un provvedimento cautelare civile, laddove in realtà la ragione per cui solo alcuni provvedimenti sono sanzionati – e cioè solo tre

Tale doppia restrizione determina pesanti ricadute nelle ipotesi in esame: non può esservi alcun dubbio, infatti, che, per poter proficuamente utilizzare l'art. 388, co. 2, c.p. al fine di sanzionare la mancata esecuzione del provvedimento che sancisce l'obbligo a carico del monopolista di contrarre o di fornire, dovrà ricondursi tale provvedimento – beninteso, sempre che si tratti di un provvedimento che «prescriva misure cautelari», non altri – ad una delle tre categorie (proprietà, possesso, credito) alle quali la norma appresta tutela penale, ossia, in concreto – ed escluse per ovvi motivi le prime due (proprietà e possesso) che in generale nulla hanno a che vedere con la materia in esame – alla tutela del credito. E ciò sarà possibile soltanto qualora si ritenga di aderire alla tesi che qualifica la violazione dell'obbligo a contrarre o a fornire come fonte di responsabilità contrattuale<sup>107</sup>, non integrando, al contrario, la fattispecie del reato in

tipologie di provvedimenti in materia di: proprietà, possesso e credito – trova fondamento proprio nella corretta individuazione dell'interesse tutelato dalla norma», che «non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, ma l'esigenza costituzionale di effettività di giurisdizione», così che «la sanzione non segue una mera trasgressione all'ordine del giudice, bensì l'ostacolo all'effettiva possibilità di una sua esecuzione». In senso analogo: Cass. pen., 16 aprile 2014, n. 31192, cit.; Trib. Milano, 23 marzo 2012, in *Foro ambr.*, 2012, p. 20 ss.; Pret. Roma, 9 luglio 1994, in *Dir. informat.*, 1994, p. 737 ss.

<sup>107</sup> Come già accennato in precedenza, la tesi della responsabilità contrattuale da violazione dell'obbligo di contrarre è stata compiutamente esposta e condivisa da P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore-acquirente*, cit., p. 50 ss. A tale autore hanno fatto seguito, tra gli altri: L. ALBERTINI, *Le violazioni antitrust davanti al giudice civile: tra cautela e merito, tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa*, cit., pp. 83-84; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 10; M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, cit., p. 308 ss.; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 60 ss. *Contra*, su tutti, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 331, e, più di recente, tra gli altri: F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, cit., p. 149; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 735; E. DEL PRATO, *La minaccia di far valer un diritto*, cit.; L. DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, cit., p. 160; V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, cit., p. 199; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Com-*

esame l'elusione di un provvedimento cautelare a tutela del principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c.

Rimanendo in ambito penale, un'ultima direttiva di indagine può orientarsi verso l'art. 650 c.p., norma che, sotto la rubrica «Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità», sanziona penalmente chiunque «non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene». L'attenzione, ai nostri fini, va naturalmente concentrata sulla prima parte della norma, ovvero sulla locuzione «provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia», al fine di chiedersi se tale espressione possa dirsi ricomprensiva dei provvedimenti giudiziari di condanna a fornire l'impresa esclusa.

Ebbene al riguardo, ed a prescindere da ogni valutazione personale e soggettiva, non può non tenersi conto della interpretazione di tutta la giurisprudenza, di merito e di legittimità, che da sempre ritiene che, mirando la norma a tutelare interessi generali e non particolari<sup>108</sup> e considerata anche la sua collocazione sistematica<sup>109</sup>, ai fini

*mento alla l. 18 giugno 1998, n. 192, cit., p. 133; C. OSTI, Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica, cit., c. 2188; V. PINTO, L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust, cit., p. 412 ss.; L. PRATI e A. CARDINI, I rapporti di subfornitura, cit., p. 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato, cit., p. 333 ss.; N. VISALLI, Il contratto imposto, cit., p. 202 ss. Sotto una diversa prospettiva, per una interpretazione molto ampia della locuzione «credito» utilizzato dalla norma, come tale ricomprensivo «tutti i provvedimenti cautelari, presi a tutela di obbligazioni pecuniarie», si veda A. FRIGNANI, L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano, cit., p. 606.*

<sup>108</sup> Persona offesa dal reato è infatti, secondo la giurisprudenza, la collettività nel cui interesse l'ordine va adempiuto, e non il singolo privato. Così Cass., 25 febbraio 2016, n. 35287, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>109</sup> La norma è inserita all'interno del Libro III, «Delle contravvenzioni in particolare», Titolo I, «Delle contravvenzioni di polizia», Capo I, «Delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza», Sezione I, «Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica», Paragrafo 1, «Delle contravvenzioni concernenti l'inosservanza dei provvedimenti di polizia e le manifestazioni sediziose e pericolose». La collocazione sistematica della norma rende abbastanza chiaro che, nella volontà del legislatore, non tutte le violazioni dei provvedimenti del giudice possono integrare il reato contemplato da detta norma, bensì esclusivamente le inosservanze di provvedimenti giurisdizionali posti a tu-

della configurabilità del reato è necessario che il provvedimento violato sia stato emesso nell'interesse della collettività, con la conseguenza che non vi sarà sanzione penale nel caso di inosservanza di un provvedimento adottato nell'interesse di privati cittadini<sup>110</sup>. La dispo-

tela dell'ordine pubblico, ovvero strumentali all'accertamento dei fatti riguardanti comunque la collettività, e non singoli privati.

<sup>110</sup> Si vedano, tra le tante: Cass. pen., 15 settembre 2015, n. 45543, in *www.iusexplorer.it*; Cass., pen., 9 aprile 2013, n. 39217, *ivi*; Cass., pen., 23 ottobre 2012, n. 45553, *ivi*; Cass., pen., 8 febbraio 2012, n. 9157, *ivi*; Cass., pen., 4 dicembre 2007, n. 237, in *Cass. pen.*, 2009, p. 199 ss.; Cass., pen., 21 ottobre 2004, n. 49910, in *Giur. it.*, 2005, p. 1491 ss.; Cass., pen., 13 giugno 2001, n. 29436, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2370; Cass., pen., 26 gennaio 2001, n. 12924, *ivi*, 2001, p. 3413 ss., con nota di P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di tutela penale ex art. 650 c.p. per «inosservanza di provvedimenti dati per ragioni di giustizia»*, che, in adesione a detto principio, afferma che «non integra la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. la mancata ottemperanza ad un provvedimento del giudice civile emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in quanto il presupposto di detta contravvenzione è che il provvedimento sia adottato nell'interesse della collettività e non di privati individui»; Cass., pen., 4 dicembre 1996, n. 742, *ivi*, 1998, p. 111; Cass., pen., 1 dicembre 1995, n. 2195, *ivi*, 1997, p. 999; Cass., 15 aprile 1994, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Inosservanza di provvedimenti*, n. 23; Cass., pen., 4 dicembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1517 ss.; Cass. pen., 16 ottobre 1974, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce *Inosservanza di provvedimenti*, n. 6; Cass. pen., 2 ottobre 1973, *ivi*, 1974, voce *Misure di sicurezza*, nn. 43-45. Nella giurisprudenza di merito si vedano, tra le altre: Trib. Roma, 9 giugno 2014, n. 9977, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Lodi, 21 maggio 2010, in *Foro ambros.*, 2010, p. 193 ss.; Trib. Terni, 6 luglio 2009, in *Giuda dir.*, 2009, 37, p. 53; Trib. Rovereto, 11 maggio 2000, in *Foro it.*, 2002, II, c. 140 ss., con nota di A. CANEPA, *Brevi note sull'art. 650 c.p.* Nel medesimo senso si esprime la maggioranza della dottrina, che esclude a vario titolo l'applicabilità della norma ai provvedimenti tipici dell'esercizio dell'attività giurisdizionale. Tra i tanti si vedano: G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'art. 650 cod. pen.*, Milano, 1970, p. 92 ss.; E. CARLETTI, *Materiali e spunti critici per una storia del delitto di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, IV, p. 251; A. CULOTTA, *Profili ricostruttivi del reato previsto dall'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto di ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, IV, p. 3 ss.; L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, cit., p. 241; F. PAZIENZA, *L'inosservanza dei provvedimenti giudiziari*, Napoli, 1979, p. 90; C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, pp. 213-214; M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale: profili penali*, Milano, 1974,

zione, pertanto, sanzionerebbe la sola violazione di provvedimenti «oggettivamente amministrativi»<sup>111</sup>, incorporanti cioè «un tipico esercizio della potestà amministrativa»<sup>112</sup>, ossia quelli che – anche se emanati per ragioni inerenti a finalità di giustizia o, per ipotesi, provenienti da un'autorità giudiziaria – abbiano come contenuto proprio «un esercizio della potestà amministrativa destinata ad operare nei rapporti esterni all'attività propria del giudice»<sup>113</sup>.

Seguendo tale insegnamento, tra i provvedimenti la cui violazione determina l'applicazione dell'art. 650 c.p. non potrebbero mai rientrare quelli tipici della funzione giurisdizionale – come i provvedimenti (sentenze o ordinanze) di condanna del monopolista a fornire la controparte – i quali riguardano sempre un interesse particolare, o, anche se inerenti ad un interesse generale (quale la tutela della concorrenza), non mi pare possano mai attenere a quell'ordine pubblico concernete la «polizia di sicurezza»<sup>114</sup>, oggetto specifico della tutela penale di cui si discorre<sup>115</sup>.

p. 49 ss.; M. SINISCALCO, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 664 ss.; G. SPAGNOLO, *Inosservanza dei provvedimenti di polizia (contravvenzioni concernenti l')*, in *Enc. giur.* XVII, Roma, 1989, p. 3. Per una distinzione tra i provvedimenti di giustizia che, in quanto attinenti all'ordine pubblico, rientrano nell'alveo dell'art. 650 c.p., e quelli di giurisdizione che, al contrario, ne esulano, si rinvia a G. SABATINI, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, 1961, p. 166 ss.

<sup>111</sup> Così, tra le altre: Cass. pen., 15 settembre 2015, n. 45543, cit.

<sup>112</sup> Sono le parole di Cass., pen., 23 ottobre 2012, n. 45553, cit.

<sup>113</sup> Così, ancora, Cass. pen., 15 settembre 2015, n. 45543, cit.

<sup>114</sup> Espressione utilizzata, ad esempio, da Cass., 30 maggio 1995, n. 7452, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3665; Cass., pen., 11 dicembre 1992, *ivi*, 1994, p. 1850.

<sup>115</sup> È questo il motivo per il quale l'art. 650 c.p. non è applicabile ai provvedimenti in esame. Non coglie nel segno, invece, la tesi che ritiene sostanzialmente inutile l'applicazione della norma, in quanto contenente una mera contravvenzione sanzionata con pene particolarmente lievi, come tali inidonee a perseguire un effetto dissuasivo (cfr., ad esempio: C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 214). A tale affermazione è facile replicare, in uno con autorevole dottrina (cfr., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1176) che: a) in primo luogo, la circostanza che il reato in questione abbia il carattere di contravvenzione e non di delitto, risulta addirittura un vantaggio, dato che l'art. 42 c.p. precisa che «nelle contravvenzioni si è puniti anche nel caso di condotta meramente colposa (principio confermato, ove mai ce

*De jure condito*, e nonostante qualche voce contraria<sup>116</sup>, ogni tentativo di estendere l'ambito applicativo dell'art. 650 c.p., trasformando la norma in una misura di coercizione indiretta di ogni provvedimento giurisdizionale del giudice civile, primo tra tutti quello di condanna alla fornitura dei beni o servizi oggetto del monopolio, appare sinceramente difficilmente praticabile.

Pertanto, ed al termine di questo breve *excursus* in ordine alla astratta utilizzabilità della minaccia della sanzione penale al fine spingere all'adempimento del comando, pare ragionevolmente dover giungere alla conclusione di escludere la possibilità di leggere, tanto l'art. 388 c.p., nei suoi due commi, quanto l'art. 650 c.p., come norme idonee a prevedere strumenti di coercizione indiretta degli obblighi derivanti da pronunce del giudice civile che impongano, a carico del monopolista o del soggetto dominante, la stipula del contratto o la for-

ne fosse il bisogno, proprio con riferimento all'art. 650 c.p., da Cass., 10 gennaio 1995, n. 2398, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1163), evitandosi così l'inconveniente che si è visto limitare notevolmente la portata dell'art. 388, co. 1, c.p.; *b*) in secondo luogo, il carattere ripetitivo della violazione dell'ordine del giudice può giustificare l'applicazione della recidiva prevista dall'art. 99 c.p.

<sup>116</sup> È ampiamente noto come la tesi dell'applicabilità dell'art. 650 c.p. ai provvedimenti del giudice civile sia stata autorevolmente avanzata dal Proto Pisani, il quale però, dopo averla sostenuta con forma (cfr., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1175 ss.) la ha espressamente abbandonata (cfr., A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., p. 184). Successivamente la medesima tesi è stata sostenuta da F. DI LORENZO, *Osservazioni minime in tema di tutela degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti*, in *www.diritto.it*. In giurisprudenza si può citare, nel medesimo senso, qualche datata pronuncia di merito che ha ritenuto l'art. 650 c.p. come norma idonea a sanzionare anche la violazione di provvedimenti giurisdizionali in senso stretto. Espressione di tale indirizzo, sono, ad esempio: Trib. Modena, 23 febbraio 1981, in *Foro it. Rep.*, 1984, voce *Inosservanza di provvedimenti*, n. 3; Pret. Napoli, 25 febbraio 1985, *ivi*, 1986, voce cit., n. 7; Pret. Napoli, 19 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, II, c. 334 ss., con nota di R. MANCINO; Pret. Pontedera, 11 dicembre 1972, *ivi*, 1973, II, c. 36 ss. Nello stesso senso anche alcune isolate decisioni di legittimità, tra cui: Cass. pen., 16 marzo 2000, n. 4730, in *www.in-splorer.it*; Cass. pen., 29 gennaio 1971, in *Foro it. Rep.*, 1971, voce *Inosservanza di provvedimenti*, nn. 14-15. Più criptica appare, invece, Cass. pen., 6 febbraio 2007, n. 13976, in *Giur. it.*, 2007, p. 2835 ss., con nota di S. PAVESI.

nitura del bene o del servizio. Se non nei limiti, per la verità non poco angusti, sopra tratteggiati.

Non resta, pertanto, che affidarsi, allo stato, all'efficacia dissuasiva del solo art. 614-*bis* c.p.c., augurandosene nel contempo un utilizzo ben piú massiccio e coraggioso di quanto non sia accaduto fino ad oggi.



## SOMMARIO

### CAPITOLO I

#### *L'obbligo a contrarre dell'imprenditore in posizione di dominio*

1. Monopolio di fatto e dominio nel mercato. Impostazione del problema p. 5
2. Il contratto dell'imprenditore in posizione di dominio: tra libertà ed obbligo » 12
3. Gli obblighi a contrarre nel panorama legislativo italiano. Breve inquadramento » 15
4. Gli obblighi a contrarre inerenti all'attività di impresa: il monopolio » 19
5. Obbligo a contrarre e monopolio di fatto: prospettive di rilettura dell'art. 2597 c.c. » 31
6. Dall'art. 2597 c.c. alla tutela del contraente debole: il problema della ponderazione degli interessi in conflitto » 41
7. Il rifiuto a contrarre come atto di concorrenza sleale » 44

### CAPITOLO II

#### *Il rifiuto a contrarre come ipotesi di abuso*

1. Il rifiuto a contrarre e l'alterazione della concorrenza » 55
2. La valenza anticoncorrenziale del monopolio. Il *refusal to supply* tra autoregolamentazione del mercato e necessità di interventi autoritativi » 64
3. I vantaggi del ricorso alla normativa *antitrust* e la «speciale» responsabilità a carico dell'impresa dominante: l'allargamento dei confini dell'illecito » 74
4. *Private antitrust litigations* e profili di semplificazione probatoria: l'impatto del diritto comunitario sul sistema processuale italiano » 85
5. Nuovi sviluppi processuali per una corretta *workable competition*: il ruolo del d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 nei giudizi di rifiuto a contrarre » 93

187

6. Tra tutela della concorrenza e diritto dei contratti: il rifiuto come ipotesi di abuso di dipendenza economica	p.	102
7. Rifiuto di contrarre e convergenza delle normative in tema di abuso: tra dominanza «relativa» e dominanza «assoluta»	»	111
8. Rilievi conclusivi. La necessità di comporre il conflitto tra le parti bilanciando interessi contrapposti	»	119

### CAPITOLO III

#### *La tutela processuale contro il rifiuto di eseguire le prestazioni che formano oggetto dell'impresa*

1. Danno da mancata concorrenza e rimedi: alla ricerca di una tutela «satisfattoria»	»	127
2. La tutela inibitoria di carattere «positivo», di merito e cautelare. Premesse per una lettura unitaria del sistema rimediale	»	131
3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre	»	145
4. Il problema dell'esatta determinazione del contenuto dell'obbligo a contrarre ed i limiti al potere integrativo del giudice	»	151
5. L'esecuzione forzata dell'obbligo di instaurare e proseguire il rapporto contrattuale: alla ricerca di misure di coercizione indiretta. La c.d. penalità di mora	»	159
6. La tutela penalistica contro il rifiuto di contrarre o di eseguire la prestazione	»	168

Quaderni della Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri

edita con la collaborazione scientifica della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

- GABRIELLO PIAZZA, *La convalida tacita nel diritto privato*, 1980, pp. 86.
- Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Pietro Perlingieri, 1981, pp. 408.
- P. PERLINGIERI, R. PANE, O. CIAMPA, *L'aborto della minorenne e gli affidamenti familiari fra principi e prassi*, 1982, pp. 32.
- P. PERLINGIERI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, 1984, pp. 80.
- BIAGIO GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, 1984, pp. 56.
- VINCENZO E. CANTELMO, *Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola*, 1984, pp. 64.
- BRUNO TROISI, *L'autonomia della fattispecie di cui all'art. 2045 c.c.*, 1984, pp. 104.
- FILIPPO NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, 1986, pp. 202.
- G.B. ASCONE, L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, 1986, pp. 208.
- FRANCESCO MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, 1988, pp. 90.
- PAOLA D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, 1989, pp. 180.
- CAMILLO VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, 1989, pp. 156.
- MASSIMO EROLI, *I consorzi di collocamento di valori mobiliari*, 1989, pp. 76.
- ENRICO MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, 1990, pp. 188.
- DANIELA VALENTINO, *Leasing e risoluzione per inadempimento*, 1990, pp. 84.
- SALVATORE SICA, *Sperimentazione umana, disciplina francese e esperienza italiana*, 1991, pp. 202.
- FRANCESCO DE SIMONE, *I contratti associativi agrari dopo la legge 29/90*, 1991, pp. 184.
- Anziani e tutele giuridiche*, a cura di Pasquale Stanzone, 1991, pp. 474.
- ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale. A proposito dei diversi sistemi di interpretazione dei danni da circolazione di veicoli*, 1991, pp. 96.
- FRANCESCO PROSPERI, *Accordi agrari e autonomia assistita*, 1992, pp. 82.
- GILDA FERRANDO, *Profili del matrimonio civile*, 1992, pp. 146.
- FRANCESCO RUSCELLO, *Rilevanza dei diritti della persona e "ordinamento comunitario"*, 1993, pp. 118.

- R. DI RAIMO, P. FEMIA, M. MARINARO, R. MESSINETTI, P. PISACANE, M.A. UR-  
CIUOLI, *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di Pietro Perlin-  
gieri, 1993, pp. 264.
- GIUSEPPE VETTORI, *La rappresentazione (Profili interpretativi degli artt. 467, 468  
e 469 c.c.)*, 1993, pp. 42.
- LUCIA RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, 1994,  
pp. 88.
- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione  
nelle strutture organizzative*, 1994, pp. 341.
- UBALDO LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, 1994, pp.  
102.
- GABRIELLA RUBINO, *La serietà del volere*, 1994, pp. 100.
- CARMELA DI MARCO GENTILE, *Il nome della persona: tra mezzo di individuazione  
e segno di identificazione*, 1995, pp. 54.
- L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, a cura di Enrico Caterini e Giovanna Chiap-  
petta, 1995, pp. XII + 372.
- Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del  
contratto*, a cura di Giuseppe Barbagallo, Enrico Follieri, Giuseppe Vettori,  
1995, pp. 106.
- Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto, responsabilità ci-  
vile, private*, a cura di Roberto Pardolesi, 1995, pp. 550.
- NICOLA DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, 1995, pp. 192.
- GISELLA PIGNATARO, *Sulle invalidità matrimoniali negli ordinamenti civile e ca-  
nonico*, 1995, pp. 212.
- MAURO PENNASILICO, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*,  
1995, pp. 162.
- LUISA MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*,  
1995, pp. 186.
- GERARDO VILLANACCI, *Performance bond. Caratteri e funzioni*, 1996, pp. 166.
- ANTONIO SCIAUDONE, *Il fondo rustico nella proprietà e nell'impresa*, 1996, pp.  
222.
- FRANCESCO PAOLO TRAISCI, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della  
persona. Modelli a confronto*, 1996, pp. 304.
- MARIA CHIARA TATARANO, *La "prenotazione" tra prassi e autonomia d'impresa*,  
1996, pp. 304.
- Politica e legislazione ambientale*, a cura di Vincenzo Pepe, 1996, pp. 238.
- LANFRANCO FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad  
interessi usurari*, 1997, pp. 110.
- GIOVANNI MACCARRONE, *Contratto "con prestazione al terzo"*, 1997, pp. 256.
- VITO RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al codice ci-  
vile)*, 1997, pp. 140.
- PAOLO MAGGI, *Condizione unilaterale*, 1998, pp. 160.
- La trascrizione del contratto preliminare*, a cura di Achille Antonio Carrabba,  
1998, pp. 196.

- FRANCESCO SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, 1998, pp. 176.
- GIANNI BALDINI, *Responsabilità civile e ordinamento familiare. (Profili essenziali)*, 1998, pp. 108.
- FRANCESCO ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, 1999, pp. 100.
- Authorities e tutela della persona, a cura di Pietro Perlingieri, 1999, pp. IV + 288.
- ANDREA VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, 1999, pp. 80.
- SALVATORE MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, 1999, pp. 80.
- Le ONLUS tra codice civile e legislazione speciale, a cura di Michele Labriola, 2000, pp. 176.
- ERNESTO CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, 2000, pp. 232.
- GIUSEPPE PEDRIZZI, *La libertà di educazione e i suoi fondamenti costituzionali*, 2000, pp. 148.
- FABRIZIO PANZA, *Le successioni anomale con funzione produttiva*, 2000, pp. 92.
- GIOVANNI MACCARRONE, *Obbligazione di dare. Incoerenze dogmatiche e preconcetti*, 2000, pp. 200.
- STEFANIA GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, 2000, pp. 208.
- ANNA MARIA SINISCALCHI, *Formazione del contratto e determinazione del prezzo. Nel diritto uniforme della vendita internazionale*, 2001, pp. 112.
- I diritti civili dello straniero, a cura di Achille Antonio Carrabba, 2001, pp. 156.
- DOMENICO RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, 2001, pp. 176.
- GIOVANNI LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, 2001, pp. 116.
- ANTONIO LORDI, *Il prezzo nel contratto di scambio*, 2001, pp. 208.
- MARIA VITTORIA COZZI, *Tutela dei mercati finanziari e responsabilità della società di revisione*, 2001, pp. 120.
- CAROLINA PERLINGIERI FEDERICO, *I diritti della personalità nel fenomeno associativo*, 2002, pp. 64.
- NICOLA CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, 2002, pp. 256.
- ANNA CARLA NAZZARO, *Oggettività giuridica dei 'beni produttivi'. Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, 2002, pp. 208.
- ADELAIDE QUARANTA, *Acquisti degli enti non profit e sistema dei controlli*, 2002, pp. 180.
- MARCO TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, 2002, pp. 160.
- ALFONSINA DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, 2002, pp. 264.
- PAOLA D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, 2003, pp. 248.
- VERA SCIARRINO, *Tutela del minore e comunità familiari nel sistema delle adozioni*, 2003, pp. 288.
- DANIELA VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, 2003, pp. 208.

- Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di Giovanna Visintini, 2003, pp. 408.
- CONCETTA MARIA NANNA, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, 2003, pp. 380.
- GIOVANNI PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, 2003, pp. 80.
- MASSIMO GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, 2003, pp. 116.
- ELSA BIVONA, *Il bisogno abitativo del locatore fra autonomia privata e funzione sociale della proprietà*, 2003, pp. 160.
- ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *L'adempimento traslativo immobiliare nei contratti della crisi coniugale*, 2003, pp. 120.
- ANDREA VIOLANTE, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, 2003, pp. 132.
- DANIELA DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, 2003, pp. 164.
- MARIA CHIARA TATARANO, *Il recesso dall'acquisto in multiproprietà e l'effetto reale*, 2003, pp. 104.
- MARIA CHIARA TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, 2003, pp. 120.
- RAFFAELE DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, 2003, pp. 176.
- FABRIZIO CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, 2003, pp. 184.
- STEFANO POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, 2004, pp. 144.
- FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, 2004, pp. 224.
- ALESSIO DI AMATO, *Il danno da informazione economica*, 2004, pp. 256.
- Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Fabrizio Di Marzio, 2004, pp. 256.
- MARCO TATARANO, *Patti successori e partecipazioni sociali*, 2004, pp. 152.
- GERARDO VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, 2005, pp. 104.
- ANDREA ONANO, *La natura delle fondazioni di origine bancaria*, 2005, pp. 108.
- GIUSEPPE CHIAIA NOYA, *L'intervento del Fondo di garanzia per le vittime della strada*, 2005, pp. 192.
- GIOVANNI DI ROSA, *Responsabilità da custodia e rapporto di utenza autostradale*, 2005, pp. 100.
- ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *La riconciliazione dei coniugi tra separazione e "divorzio"*, 2005, pp. 340.
- MARIA VITTORIA COZZI, *Forme di protezione e discipline della prova*, 2005, pp. 116.
- ANTONIO BELLIZZI, *Dal subcontratto al subordinamento giuridico. Genesi della subfornitura tra processo produttivo e processo ordinante*, 2005, pp. 164.
- ANNA MARIA MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi di investimento finanziario*, 2005, pp. 180.

- MARIA ELENA QUADRATO, *La responsabilità civile dell'architetto*, 2005, pp. 140.
- VALERIA CORRIERO, *La funzione sociale della proprietà nelle aree protette*, 2005, pp. 180.
- Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, a cura di Pietro Perlingieri, 2005, pp. 688.
- UGO GRASSI, *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, 2006, pp. 224.
- GIANNI BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, 2006, pp. 208.
- MARIAFORTUNATA LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, 2006, pp. 144.
- FERDINANDO PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, 2006, pp. 228.
- Interessi e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di Raffaele Di Raimo, 2006, pp. 528.
- FRANCESCA CAROCCIA, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali*, 2006, pp. 212.
- IGNAZIO TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, 2006, pp. 480.
- MARCO TATARANO, *La commissione di massimo scoperto. Profili giusprivatistici*. Seconda edizione, 2007 (2004<sup>1</sup>), pp. 108.
- Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione*, a cura di Remigio Perchinunno, 2007, pp. 240.
- CATALDO DE SINNO, *Il contenuto della proprietà urbana fra libertà e controlli*, 2008, pp. 276.
- ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *Il danno alla persona. Profili sistematici e ricostruttivi*, 2008, pp. 144.
- VINCENZO VERDICCHIO, *Profili del patto di famiglia. Oggetto - Governance - Scioglimento*, 2008, pp. 112.
- DIEGO DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, 2008, pp. 176.
- GIOVANNI PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, 2008, pp. 208.
- SALVATORE CASABONA, *Il dovere di assistenza verso il genitore in stato di bisogno. Un'indagine di diritto comparato*, 2008, pp. 96.
- ANTONIO MAGNI, *Brevettabilità e biodiversità*, 2008, p. 120.
- MARCO MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, 2008, pp. 192.
- GIUSEPPE PALAZZOLO, *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, 2008, pp. 320.
- CRISTIANO CICERO, *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, 2009, pp. 128.
- GABRIELE SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, 2009, pp. 352.
- GAETANO PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione*

- immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, 2009, pp. 464.
- GABRIELE PERANO, *Situazioni di debito e legittimazione surrogatoria*, 2009, pp. 460.
- RENATO MARINI, *Revocazioni delle donazioni e tutela del donante*, 2010, pp. 176.
- MARIA INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, 2010, pp. 320.
- MARCO ANGELONE, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, 2010, pp. 192.
- MATTIA COLONNELLI DE GASPERIS, *Le azioni correlate. Tracking stocks*, 2010, pp. 188.
- ANTONIO CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, 2010, pp. 192.
- CRISTIANO CICERO, *Sul diritto civile dell'ente pubblico*, 2010, pp. 192.
- DARIO SCARPA, *Mandato nell'attività d'impresa e obblighi informativi*, 2010, pp. 168.
- LUCIA DI COSTANZO, *Sui security interests*, 2010, pp. 100.
- ANGELO TURCO, *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, 2010, pp. 336.
- ENRICO DAMIANI, *Venture capital e private equity*, 2010, pp. 96.
- MARIANO ROBLES, *Finanza di progetto e responsabilità professionale. Profili civilistici dell'asseverazione bancaria*, 2011, pp. 440.
- GABRIELLA MARCATAJO, *Rappresentanza e diritto europeo*, 2011, pp. 368.
- VINCENZO BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, 2011, pp. 320.
- VINCENZO FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, 2011, pp. 236.
- PAOLO SANNA, *La responsabilità civile delle società di rating nei confronti degli investitori*, 2011, pp. 212.
- ROBERTA MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, 2012, pp. 320.
- CAMILLO VERDE, *La circolazione dei crediti futuri*, 2012, pp. 296.
- VINCENZO VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, 2012, pp. 164.
- GAETANO EDOARDO NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, 2012, pp. 380.
- RENATO MARINI, *Il diritto all'anitazione nei rapporti familiari*, 2012, pp. 136.
- ERIKA GIORGINI, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, 2012, pp. 124.
- EMANUELA MIGLIACCIO, *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, 2012, pp. 96.
- MARCO TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, 2012, pp. 192.
- ULISSE COREA, *Obbligazioni solidali e giusto processo*, 2012, pp. 140.
- MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, 2012, pp. 88.
- PASQUALE LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione "affittiva" a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, 2013, pp. 160.

- NICOLA DI MAURO, *Oggetto ed esenzioni nella disciplina della collazione*, 2013, pp. 164.
- Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, a cura di Federico Briolini, Lisia Carota e Marialuisa Gambini, 2013, pp. 240.
- CAMILLA CREA, *Conessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, 2013, pp. 196.
- MICHELE SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, 2013, pp. 136.
- FILIPPO FIORDIPONTI, *Le fondazioni di origine bancaria e il loro ruolo di socio stabile nelle aziende di credito: un legame che non si è sciolto*, 2013, pp. 136.
- ADELE MARIA CRISTINA UDA, *Profili civilistici e modelli contrattuali del leasing d'azienda*, 2014, pp. 292.
- Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di Rosanna Pane, 2014, pp. 256.
- LUCIA DI COSTANZO, *Il trust e le sue applicazioni*, 2014, pp. 80.
- ROSARIO FRANCO, *Revoca del legato mediante alienazione e interpretazione*, 2014, pp. 112.
- MARCELLO MAZZUCA, ANDREA PORCIELLO, *Sulle successioni mortis causa. Tra autonomia e valori costituzionali*, 2014, pp. 120.
- ANTONIO CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, 2014, pp. 108.
- MAURO MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, 2014, pp. 360.
- Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di Rosanna Pane, 2015, pp. 712.
- ROBERTA MANCO, *Negoziato in danno di terzi e circolazione dei beni*, 2016, pp. 376.
- ROSARIO FRANCO, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, 2016, pp. 156.
- GUIDO BELLI, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, 2016, pp. 168.
- LUCA SITZIA, *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, 2017, pp. 288.
- Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di Rosanna pane, 2017, pp. 268.
- GAETANO EDOARDO NAPOLI, *Strumenti di protezione della persona*, 2017, pp. 232.
- Questioni di diritto della famiglia e dei minori*, a cura di Pietro Perlingieri e Giovanna Chiappetta, 2017, pp. 292.



Questo volume è stato impresso  
nel mese di luglio dell'anno 2017  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.nignat - ftc.piefra

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)