

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

15 MAGGIO 1990 N. 241

PRESIDENTE: SAJA

ESTENSORE: SPAGNOLI

PARTI: TELEMILANO E ALTRI
(*Avv. Bonomo, Vassalli*)SIAE
(*Avv. Nicolai, Picozza*)

**Diritti d'autore • Diritti di
utilizzazione economica • Attività
della SIAE • Posizione di
monopolio • Obbligo di
contrattare con divieto di
discriminazioni arbitrarie •
Sussistenza • Legge 22 aprile
1941, n. 633, art. 180 • Questione
di legittimità costituzionale •
Infondatezza.**

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, in riferimento agli artt. 3, 23 e 41 Cost. La sostanziale insostituibilità dell'attività di intermediazione della SIAE comporta che l'ente, che ne è titolare in esclusiva, eserciti in condizioni di sostanziale monopolio la gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate.

Trattandosi, pertanto, di un'esclusiva legale, derivante dall'art. 180 l. aut., è applicabile nei confronti della SIAE l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ.

(*Omissis*).

RITENUTO IN FATTO. — 1. Con atto di citazione del 14 dicembre 1987 una serie di società (Telemilano S.p.A. ed altre 40) esercenti imprese televisive aderenti ai circuiti Canale Cinque, Italia Uno, e Rete Quattro, facenti capo al gruppo Fininvest, convenivano innanzi al Tribunale di Roma la SIAE - Società Italiana degli Autori ed Editori, chiedendo che venisse accertata l'illegittimità della pretesa di quest'ultima di imporre, ai fini del rinnovo dei contratti di utilizzazione delle opere tutelate, condizioni identiche a quelle praticate alla RAI e di determinare il compenso in base ad una percentuale degli introiti per pubblicità conseguiti dai tre circuiti e raccolti dalla Publitalia S.p.A. A tal fine, chiedevano in via pregiudiziale che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, per contrasto con gli artt. 23, 41, 53 e 97 Cost.

Nel corso dell'istruttoria, le attrici venivano autorizzate dal G.I., in via provvisoria e cautelare, a continuare ad utilizzare il repertorio SIAE alle stesse condizioni convenute nei contratti scaduti, con corrispettivi rivalutati secondo gli indici ISTAT. Esse inoltre proponevano un ulteriore giudizio, poi riunito al precedente, nel quale chiedevano che venisse statuita la prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto contrattuale alle medesime condizioni o che venisse comunque determinato, in via costitutiva e sostitutiva, un equo aggiornamento dei corrispettivi medesimi.

2. Pervenute le cause al collegio, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 24 gennaio 1989, ha sollevato in riferi-

mento agli artt. 41, 3 e 23 Cost., una questione di legittimità costituzionale del citato art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri connessi al suo esercizio), nella parte in cui (commi 1 e 2) « attribuisce alla SIAE un'esclusiva, frangibile solo dagli autori o dai loro eredi, nella gestione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera tutelare.

Il Tribunale, ricorda, innanzitutto, che nella sentenza n. 65 del 1972 questa Corte ha ritenuto che la posizione di preminenza con cui la SIAE opera sul mercato — giustificata dall'esigenza di interesse generale di adeguata protezione del diritto d'autore — non comporta l'esercizio di poteri arbitrari o comunque incontrollabili in materia di determinazione dei compensi: e ciò sia perché, quale ente pubblico, la SIAE è soggetta a vigilanza governativa — e quindi ai gravami previsti in via amministrativa — sia perché sono esperibili contro i suoi atti i ricorsi giurisdizionali ove l'utente si ritenga leso nei suoi diritti o interessi legittimi.

Il giudice *a quo* esclude, invece, che ove la potestà di determinare i compensi sia dalla SIAE esercitata in modo arbitrario, l'utente disponga di rimedi giuridici adeguati.

La possibilità di praticare condizioni contrattuali sperequate non sarebbe invero esclusa dalla sua natura di ente pubblico economico; né tale condotta potrebbe essere censurata mediante un'applicazione analogica delle norme (artt. 2597 e 1679 cod. civ.) che impongono al monopolista l'obbligo di contrattare con chiunque gliene faccia richiesta e di osservare la parità di trattamento. La SIAE, infatti, non opera in condizioni di monopolio né legale né di fatto (sentenza n. 65 del 1972 cit.), ma opera *iure privatorum* ed in piena autonomia, sicché non sarebbe configurabile un controllo preventivo sulle condizioni di contratto da essa praticate ed anche un suo rifiuto di contrattare sarebbe lecito.

Inoltre, essendo tassative, nel nostro ordinamento, le ipotesi in cui sono ammesse pronunce determinative del contenuto di un obbligo, non sarebbe consentito al giudice, in mancanza di espresa previsione normativa, emettere sentenze costitutive che determinino o modifichino il contenuto del contratto che detto soggetto rifiuti di concludere o pre-

tenda di stipulare a condizioni esorbitanti. Nemmeno sarebbe possibile, poi, dichiarare l'illegittimità di condizioni contrattuali ritenute discriminatorie, non essendo individuabile un principio normativo che imponga alla SIAE di osservare la parità di trattamento tra gli utenti del repertorio. Quindi, pur essendo conferita alla SIAE una posizione di assoluta preminenza sul mercato, non vi sarebbero nell'ordinamento italiano — privo di una legislazione antitrust — strumenti di controllo preventivo o successivo (obbligo a contrattare, imposizione di parità di trattamento, predisposizione di tariffe inderogabili) idonei a contrastare eventuali tendenze all'abuso di tale posizione dominante. Nel caso di specie, uno strumento di intervento giurisdizionale non sarebbe ricavabile dagli artt. 52 e 56 legge 633 cit., che prevedono il diritto dell'ente statale esercente il servizio di radiodiffusione di utilizzare — entro certi limiti — le opere dell'ingegno dietro pagamento di un compenso che, in caso di disaccordo, è liquidato dall'autorità giudiziaria. Trattasi, infatti, di previsione non estensibile a favore di altri soggetti.

Né potrebbe, ritenersi adeguata la sola tutela amministrativa, in quanto in concreto utilizzabile più nella fase di concessione di licenze o autorizzazioni che nella vera e propria fase contrattuale.

In questa — osserva il giudice *a quo* in punto di rilevanza — dovrebbero valere criteri di ragionevolezza ed equità, specie in un mercato in cui sia impossibile rifornirsi altrove dello stesso bene o servizio; criteri che non sarebbero stati nella specie osservati, non essendo a suo avviso giustificata né la pretesa della SIAE di equiparare RAI ed emittenti private, né quella di esigere quale compenso una percentuale parametrata non sui bilanci delle società attrici, bensì sugli introiti della società (Publitalia) che svolge per esse la raccolta della pubblicità.

In ragione, perciò, della mancanza di criteri generali ed uniformi di determinazione dei compensi e di specifiche ed adeguate forme di tutela giudiziaria, il giudice *a quo* ritiene che siano violati gli artt. 3 e 41 Cost., rispettivamente sotto il profilo della disparità di trattamento e del non coordinamento dell'attività economica pubblica a fini sociali. Sarebbe

altresì violato l'art. 23 Cost., in quanto la posizione di preminenza della SIAE e la necessità per le emittenti private di utilizzare le opere tutelate renderebbero il corrispettivo determinato dalla prima « molto simile ad una prestazione patrimoniale con carattere pressoché impositivo ».

3. Le società attrici nel giudizio *a quo*, costituitesi a mezzo degli avv.ti F. Vassalli e A. Bonomo, aderiscono alla prospettazione del Tribunale. In punto di rilevanza osservano che, vertendo il giudizio *a quo* essenzialmente sulla facoltà della SIAE di determinare *secondo merum arbitrium* il compenso per l'utilizzazione da parte loro del repertorio tutelato, l'esito di esso dipende dall'ampiezza delle facoltà che possono ritenersi insite nella posizione di detto ente, cui la norma impugnata conferisce una posizione di preminenza sul mercato, senza peraltro stabilire limiti procedurali o sostanziali per la determinazione dei corrispettivi.

Nel merito, la difesa osserva che il giudizio principale è stato promosso sulla scorta delle indicazioni contenute nella sentenza n. 65 del 1972, circa i mezzi di tutela giurisdizionale idonei a controllare l'esercizio dei poteri conferiti alla SIAE. Avendo il Tribunale ritenuto di non disporre di strumenti giuridici per censurarne il comportamento, l'accoglimento della questione sarebbe necessario per consentire all'utilizzatore di far valere le proprie ragioni.

4. La SIAE, costituitasi a mezzo degli avv.ti A. Nicolai e P. Picozza, contesta innanzitutto il presupposto di fatto su cui l'ordinanza di rimessione si fonda, che cioè sia stato nella specie arbitrario pretendere un compenso parametrato sugli introiti complessivi del gruppo Fininvest. Di fronte agli attuali modi di utilizzo di massa di talune categorie di opere da parte delle imprese radiotelevisive, è ormai da tempo invalsa la prassi — non solo in Italia — di stipulare contratti che conferiscono una autorizzazione generale allo sfruttamento del repertorio tutelato, verso un corrispettivo rapportato agli introiti complessivi ed aggirantesi, come nel caso della RAI, sul 4/5%.

Il riferimento agli introiti complessivi del gruppo, già praticato nel precedente

contratto, dipenderebbe dall'essere le società emittenti locali mere appaltatrici del servizio di diffusione dei programmi, nei cui bilanci non figurano introiti per la raccolta di pubblicità, che per l'emittenza privata costituisce la risorsa essenziale. La pretesa del suddetto gruppo di fruire di condizioni contrattuali più favorevoli di quelle praticate alla RAI sarebbe d'altra parte infondata, data la posizione dominante — e di polo concorrenziale rispetto al servizio pubblico — da esso acquisita nell'ambito dell'emittenza privata (cfr. sentenza n. 826 del 1988).

Ciò premesso, la difesa della SIAE eccepisce l'inammissibilità della questione. Ammesso infatti che la norma impugnata conferisca alla SIAE una posizione dominante sul mercato, non è da essa che può farsi automaticamente discendere l'abuso concretamente lamentato dal giudice *a quo*: abuso che infatti è represso dall'art. 86 del Trattato CEE nel presupposto della liceità della posizione dominante, la quale può peraltro essere acquisita anche in assenza di un'esclusiva legale.

D'altra parte, sostiene la difesa, l'attribuzione *ex lege* di una posizione dominante non comporta sottrazione al regime ordinario dei controlli sugli atti di privata autonomia (artt. 1337, 1341, 1343 cod. civ., etc.) né presuppone la necessaria introduzione di un regime di controlli speciali. Inoltre, anche se la Corte ritenesse nella specie applicabile, in via interpretativa, l'art. 2597 cod. civ., l'effetto sul giudizio *a quo* potrebbe essere solo la declaratoria di illegittimità delle clausole che si assumono discriminatorie, ma non anche la possibilità di quella pronuncia determinativa del contenuto del contratto che costituisce l'oggetto della domanda: sicché la questione dovrebbe ritenersi irrilevante.

Siffatta pronuncia è effettivamente con consentita, come ritiene il giudice *a quo*, dato che nel nostro ordinamento — ispirato al principio di autonomia delle parti — la tutela costitutiva ha carattere eccezionale, sicché l'intervento sostitutivo del giudice può ammettersi solo nei casi espressamente previsti. Ciò però non significa — secondo la difesa della SIAE — che il privato non disponga di strumenti di tutela adeguati. Al riguardo, dopo aver richiamato la disciplina

per il controllo dell'abuso di posizione dominante contenuta nell'art. 86 del Trattato CEE, essa rileva che, stante la larga discrezionalità di cui gode la SIAE, nella specie si versa nella tematica del controllo dei c.d. poteri privati, ed in specie di quei poteri di cui godono taluni soggetti titolari di posizioni « forti » sul terreno della conclusione dei contratti. Rispetto a questi, la tutela del singolo si realizza attraverso il necessario rispetto, da parte del titolare del potere, dei doveri di buona fede e di correttezza (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), sui quali si innesta lo stesso dovere di imparzialità gravante sulla P.A. ex art. 97 Cost. e dai quali deriva l'obbligo di parità di trattamento dell'utente in presenza di situazioni che sia irragionevole trattare diversamente. In caso di inosservanza di tali parametri, è dato all'utente di agire per il risarcimento del danno eventualmente subito. Tali strumenti di tutela — osserva la difesa — possono anche apparire inadeguati e di non agevole impiego; ma ciò, seppure pone un problema di riforma del sistema vigente, non vale a legittimare la tesi del giudice *a quo* secondo cui di fronte all'abuso della posizione dominante da parte della SIAE il soggetto privato sarebbe sprovvisto di qualsivoglia tutela.

Sotto questo profilo, quindi, la questione sarebbe manifestamente infondata.

5. Il Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, rileva innanzitutto che, nella prospettazione del giudice *a quo*, il controllo contro l'abuso di posizione dominante che la norma impugnata non prevede dovrebbe realizzarsi mediante l'imposizione di un obbligo a contrattare, ovvero della parità di trattamento, ovvero mediante predisposizione di tariffe inderogabili.

A questa stregua, la questione dovrebbe essere dichiarata inammissibile, in quanto con essa si richiede un intervento manipolativo per addizione, la quale non troverebbe la sua fonte nell'ordinamento — cioè nei principi generali o in specifiche norme di legge — ma sarebbe frutto di scelta politica.

La questione sarebbe inoltre inammissibile per omessa motivazione sulla rilevanza, dato che l'arbitrarietà della con-

dotta della SIAE è prospettata solo come mera eventualità e non viene chiarito in che modo la denunciata incostituzionalità rilevarebbe nel giudizio di monito. L'accenno alla pretesa irrazionalità dell'equiparazione RAI — emittenza privata sarebbe d'altra parte incongruo rispetto alla fattispecie contrattuale esaminata ed al suo reale svolgimento.

La questione è poi manifestamente infondata — secondo l'Avvocatura — in quanto ripropone sostanzialmente quella già decisa con la sentenza n. 65 del 1972 senza prospettare argomenti nuovi. Tale non sarebbe, in particolare, quello relativo alla pretesa arbitrarietà del comportamento della SIAE, che non è suscettibile di assurgere a motivo d'incostituzionalità in quanto con esso si confonde tra « potere arbitrario » — che renderebbe illegittima la norma che lo conferisce, ma la cui sussistenza è stata esclusa dalla Corte — ed esercizio arbitrario di un potere legittimo, che non crea problemi di costituzionalità della norma che lo conferisce ma solo di responsabilità da fatto illecito in capo a chi ne fa ...

D'altra parte — osserva l'Avvocatura — le finalità eminentemente pubblicistiche assegnate alla SIAE — di tutela giuridica ed economica delle opere dell'ingegno e di promozione dello sviluppo e diffusione del patrimonio letterario e artistico italiano — fanno escludere che sia nei suoi confronti configurabile un abuso di posizione dominante. La tutela associata dei diritti degli autori, infatti, non creerebbe « alcun potere contrattuale aggiuntivo » se non in termini di ampliamento del mercato e, quindi in termini soltanto favorevoli agli utilizzatori ». Inoltre, poiché il concetto di posizione dominante dovrebbe essere considerato in riferimento alla controparte contrattuale, una posizione di soggezione di questa sarebbe nella specie da escludere, trattandosi del « più forte gruppo che opera nel settore dell'emittenza privata italiana in una posizione di oligopolio, con un indice di ascolto equivalente a quello della RAI e con un fatturato pubblicitario addirittura superiore ».

Ma anche ad ammettere — conclude l'Avvocatura — che la SIAE tenga un comportamento « arbitrario », questo sarebbe sanzionato dalle clausole dell'illecito. Essa, infatti, violerebbe sia gli obblighi assunti nei confronti degli autori,

sia i doveri pubblici che su di essa incombono, e che a suo avviso escludono che possa rifiutarsi di contrattare o di tentare di imporre prezzi fuori mercato: sicché si esporrebbe « a tutte le possibili sanzioni irrogabili dal potere di vigilanza governativa ». Incorrerebbe, inoltre, in una responsabilità extracontrattuale (o precontrattuale) nei confronti del mancato contraente, ed i suoi funzionari risponderebbero penalmente *ex art. 323 cod. pen.* La questione sarebbe quindi infondata sotto tutti i profili, ivi compreso quello riferito all'art. 23 Cost., dato che la SIAE manca di poteri impositivi.

6. Nell'imminenza dell'udienza la difesa della SIAE ha presentato due memorie aggiunte, nelle quali sono ulteriormente illustrate e specificate le tesi svolte nell'atto di costituzione.

In punto di fatto la difesa sostiene che la lunga e perdurante carenza di disciplina dell'attività radiotelevisiva privata ha reso possibile l'acquisizione di una posizione dominante in tale settore da parte del gruppo Fininvest, posizione della quale questo avrebbe abusato in danno della SIAE rifiutando la stipula di nuovi accordi ed intendendo il giudizio principale. A tale riguardo la difesa precisa che nei contratti stipulati nel 1985 con tale gruppo si stabilì la percentuale del solo 2,50% dei suoi introiti pubblicitari complessivi in quanto nel periodo 1983/84 la programmazione dei circuiti facenti capo ad esso era prevalentemente costituita da films e simili, e quindi l'utilizzazione del repertorio SIAE era molto limitata. Poiché lo sfruttamento del repertorio nel periodo successivo è cresciuto sì da diventare analogo a quello della RAI, il mantenimento delle condizioni precedenti sarebbe stato iniquo: tant'è che la RAI — che versava su un'aliquota del 4,75% (pari a 87 miliardi di lire) — lamentò la macroscopica disparità di trattamento, fino a sospendere i pagamenti ed a riprenderli solo dietro impegno della SIAE ad ottenere corrispettivi congrui dal gruppo concorrente. Perciò è stata proprio l'esigenza di pari trattamento invocata dal giudice *a quo* ad imporre alla SIAE di considerare il gruppo Fininvest in base alla sua effettiva consistenza ed alla posizione di oligopolio acquisita, e di richiedere corrispettivi adeguati al reale sfruttamento del repertorio. Questo,

d'altra parte, sarebbe riferibile al gruppo e non alle società attrici, mere appaltatrici di servizi prive di autonoma capacità di determinazione e gestione: sicché esso, delegando queste ultime alla contrattazione con la SIAE ed intendendo per loro tramite un giudizio con cui pretende di corrispondere corrispettivi irrisori, avrebbe posto in essere in danno della SIAE atti di abuso della propria posizione dominante, in quanto preordinati a praticare trattamenti per effetto dei quali questa verrebbe discriminata rispetto alle altre società di autori operanti nell'ambito della CEE.

Ciò premesso, la difesa della SIAE rileva che a precludere comportamenti arbitrari contribuisce la natura pubblica dell'ente, la quale comporta, oltre alla vigilanza governativa, un ampliamento dei doveri di correttezza apprezzabili alla stregua della clausola generale della correttezza professionale (art. 2598 cod. civ.) anche per la diretta rilevanza, nei rapporti interpretati, dal principio dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.: sicché dovrebbe ritenersi illecito *ex art. 2598 cod. civ.* il rifiuto semplice di contrattare di un'impresa in posizione dominante sul mercato.

Un giudizio di disvalore nei confronti dei comportamenti abusivi da parte di chi ottenga tale posizione dovrebbe poi essere possibile mediante l'applicazione indiretta del principio di cui all'art. 86 del Trattato CEE, che il giudice italiano dovrebbe considerare come riferimento privilegiato per precisare il contenuto di clausole generali interne, quale quella di cui all'art. 2598 cod. civ. Alla tutela risarcitoria specificamente prevista al riguardo dall'art. 2600 cod. civ. potrebbe poi accompagnarsi quella generale apprestata dall'art. 2043 cod. civ.

Rilevato, poi, che nell'ordinanza di rimessione non sono enunciate le specifiche ragioni dell'assunto contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., la difesa della SIAE osserva che, non essendo dall'ordinamento vietato il raggiungimento in via di fatto di una posizione di preminenza sul mercato, non dovrebbe essere censurabile l'attribuzione *ex lege* di tale posizione. D'altra parte, di fronte al rifiuto della SIAE l'utente potrebbe sempre procurarsi dagli autori l'assenso allo sfruttamento delle opere. Né potrebbe condividersi l'assunto del giudice *a quo* secondo

cui la norma impugnata sarebbe irrazionale in quanto non prevede una tutela di tipo costitutivo: sia perché anche l'obbligo di contrattare del monopolista legale è, salvo i casi di tariffe imposte, giuridicamente incoercibile, non esistendo, nella generalità dei casi, un'obbligazione a contenuto determinato suscettibile di essere eseguita coattivamente ex art. 2932 cod. civ.; sia perché la pronuncia di sentenze costitutivo-determinative è consentita nel nostro ordinamento solo nei casi espressamente previsti. Peraltro, per reprimere gli abusi di posizione dominante sarebbe possibile affiancare alla tutela risarcitoria la più incisiva tutela inibitoria.

Infondata è infine, ad avviso della SIAE, la censura riferita all'art. 23 Cost., dato che il compenso corrisposto dall'utente non può essere qualificato come tributo, derivando esso da un'attività svolta sul piano privatistico e non da una potestà di imperio.

La difesa della SIAE sostiene poi — in altra memoria — che la questione sarebbe inammissibile, dato che non spetta alla Corte né la qualificazione giuridica della posizione dell'utente nei confronti della SIAE — come diritto soggettivo o interesse legittimo — né l'elaborazione di una normativa antitrust, né la scelta in ordine ai controlli amministrativi da esercitare su tale ente.

7. Anche la difesa delle società attrici nel giudizio *a quo* ha presentato una memoria aggiunta. La questione sollevata sarebbe rilevante dato che con essa si chiede alla Corte una pronuncia additiva che precisi quali sono gli specifici diritti delle società emittenti ed i mezzi di una loro effettiva ed adeguata tutela giurisdizionale, con evidenti effetti sulla risoluzione del giudizio *a quo*. La tutela costitutiva dovrebbe essere riconosciuta in ragione del rilievo fondamentale che ha nel nostro ordinamento — pur se non è direttamente applicabile — l'art. 86 del Trattato CEE, che in sede comunitaria consente tale tipo di tutela. Forme di tutela costitutiva sono del resto previste dall'art. 56 e dalla sez. I del capo III della legge sul diritto di autore; e la tutela meramente risarcitoria sarebbe inidonea a salvaguardare i diritti dell'utilizzatore.

D'altra parte, non dovrebbe neanche escludersi l'applicazione analogica al-

l'impresa in posizione dominante dell'art. 2597 cod. civ.: nel qual caso la sentenza che stabilisse d'imperio il contenuto del contratto sarebbe non costitutiva, ma determinativa del regolamento d'interessi non attuato in via convenzionale, dato che integrerebbe un'applicazione del principio di parità di trattamento non comportante valutazioni discrezionali da parte del giudice. Né potrebbe dirsi che con ciò la Corte sarebbe chiamata — come sostiene l'Avvocatura — ad una scelta politica. Una sentenza che sancisse l'applicabilità dell'art. 2597 cod. civ. e della tutela determinativa non comporterebbe infatti la creazione di una norma bensì l'individuazione di quella — già implicata nel sistema — mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia: sarebbe, cioè, una legislazione « a rime obbligate » che troverebbe fondamento, oltre che nell'art. 41, anche nell'art. 21 Cost.

A sostegno della fondatezza della questione la difesa assume ancora che l'utilizzatore del repertorio SIAE funge da veicolo di promozione culturale delle opere dell'ingegno e di diffusione della cultura (artt. 21 e 33 Cost.). La sua posizione giuridica dovrebbe perciò qualificarsi come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, non potendosi riconoscere alla SIAE la potestà discrezionale di incidere su interessi di livello costituzionale. Il diritto alla stipulazione del contratto andrebbe poi affermato in quanto nella specie si sarebbe in presenza di una potestà arbitraria e non dell'esercizio arbitrario di un potere legittimo; e la norma impugnata dovrebbe essere dichiarata incostituzionale perché conferisce alla SIAE la più ampia e incontrollata discrezionalità quanto alla scelta del contraente ed alle condizioni del contratto.

D'altra parte, in un ordinamento dominato dal principio di libertà contrattuale, sarebbe inconferente — a dimostrazione dell'esistenza di strumenti giuridici contro l'abuso — il richiamo tanto ai principi di buona fede e correttezza, dato che la loro operatività presuppone che il soggetto decida di contrattare; quanto all'art. 86 del Trattato CEE che è applicabile solo laddove l'instaurando rapporto interessi il « commercio tra gli Stati membri ».

Inconferente sarebbe anche il richiamo al dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., almeno fino a che non si sancisca che da esso deriva il diritto soggettivo del privato a non subire un trattamento discriminatorio.

Non potrebbe avere ingresso, poi, neanche la tutela risarcitoria — non richiesta dalle attrici nel giudizio principale — dato che essa presuppone che si riconosca l'illiceità della condotta della SIAE e quindi il diritto soggettivo dell'utilizzatore. Non potendo aversi azione senza diritto, la norma quindi sarebbe censurabile anche in riferimento all'art. 24 Cost. Peraltro l'effettiva difesa degli interessi coinvolti potrebbe conseguirsi, secondo la difesa, solo con un'azione di tipo determinativo, e perciò quella meramente risarcitoria lascerebbe sussistere la denunciata incostituzionalità.

Sotto altro profilo, il compenso richiesto dalla SIAE andrebbe qualificato come « prestazione imposta » ex art. 23 Cost., in quanto tale carattere non è escluso per il solo fatto che la richiesta del servizio dipenda dalla volontà del privato, qualora esso sia riservato alla mano pubblica ed il suo uso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita (sentenza n. 72 del 1969). Nel caso di specie, quest'ultimo requisito sussisterebbe perché le attività in questione sono destinate a soddisfare l'interesse della collettività alla diffusione della cultura e perché la mancata accettazione del compenso « imposto » dalla SIAE comporta il sacrificio delle libertà di cui agli artt. 21 e 41 Cost.

La carenza di tutela giuridica dell'utilizzatore emergerebbe anche, secondo la difesa, dalla mancanza di una norma di azione che disciplini l'attività della SIAE e consideri qualificato, e non di mero fatto, l'interesse di costui. Non potrebbe perciò riconoscersi in capo al medesimo una posizione di interesse legittimo; e d'altra parte una tutela di tipo pubblicistico sarebbe da escludere in quanto la SIAE opera con strumenti di diritto privato e non con provvedimenti amministrativi.

La difesa chiede infine, in via subordinata, l'emissione di una sentenza interpretativa di rigetto, che alla stregua della norma impugnata — correlata con altre disposizioni — individui e ricono-

sca l'esistenza nell'ordinamento dell'obbligo della SIAE di contrarre e di osservare la parità di trattamento e dell'esperibilità da parte del privato di rimedi giurisdizionali costitutivi.

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe il Tribunale di Roma dubita della legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (« Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio »), in quanto attribuisce alla Società Italiana Autori ed Editori (SIAE) l'esclusiva nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate da detta legge — e le assegna perciò una posizione dominante sul mercato — ma non prevede adeguati strumenti giuridici di tutela contro l'abuso di tale posizione, atti ad assicurare l'obbligo dell'ente di contrarre e di osservare la parità di trattamento fra gli utenti ed a consentire a questi di reagire contro eventuali discriminazioni. La norma, perciò, in quanto non consente, in particolare, di dichiarare illecita l'imposizione di condizioni contrattuali inique e di porvi rimedio, confliggerebbe col principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 Cost., nonché con l'esigenza di coordinamento dell'attività economica pubblica a fini sociali di cui all'art. 41, comma 3, Cost. Sarebbe inoltre ravvisabile un contrasto con l'art. 23 Cost., dato che il corrispettivo determinato dalla SIAE sarebbe « molto simile ad una prestazione patrimoniale con carattere pressoché impositivo ».

2. Rispetto alla questione così prospettata l'Avvocatura dello Stato e la difesa della SIAE propongono varie eccezioni di inammissibilità: ma nessuna di esse può essere condivisa.

Non può accogliersi, in primo luogo, la tesi secondo cui l'impugnativa avrebbe dovuto essere rivolta nei confronti di norme diverse dall'art. 180 legge cit., in quanto dalla posizione conferita da tale disposizione non potrebbe farsi automaticamente discendere l'abuso concretamente ipotizzato dal giudice *a quo*. Questi, invero, presuppone l'inapplicabilità dei rimedi contro siffatti abusi previsti in altre norme; ed è logico perciò che la censura sia rivolta nei confronti di quella che tale posizione conferisce.

Non può poi essere dedotta come motivo di inammissibilità la circostanza che nell'ordinanza di rimessione non risulterebbe chiarita la rilevanza nel giudizio principale della pronuncia di incostituzionalità.

Nel valutare la rilevanza, invero, il giudice *a quo* non deve percorrere l'itinerario dell'esame del merito della causa principale — itinerario sul quale questa Corte non può entrare con le proprie valutazioni, a pena di trasfigurare il significato del proprio giudizio — essendo necessario e sufficiente che ricorra una situazione tale, valutata *a priori in limine litis*, per cui la disposizione contestata sia applicabile ai fini della decisione del giudizio *a quo* (cfr. da ultimo, in questi termini, la sentenza n. 1012 del 1988).

A maggior ragione non può valutarsi in questa sede l'ipotizzabilità o meno della discriminazione lamentata nel giudizio principale, che SIAE e Avvocatura contestano in ragione della posizione acquisita nell'emittenza televisiva privata dal gruppo cui fanno capo le società attrici, la quale a loro avviso giustifica un trattamento paritario rispetto alla RAI quanto al corrispettivo per l'utilizzazione del repertorio SIAE. Tale questione infatti, pur se concretamente incidente nel giudizio di merito, esula non solo dal giudizio di costituzionalità, ma anche dalle valutazioni sulla rilevanza che il giudice *a quo* è chiamato ad esprimere.

Le anzidette precisazioni inducono altresì ad escludere che in senso contrario alla rilevanza della questione valga l'argomento — prospettato dalla SIAE — secondo cui, anche ove la Corte ritenesse, in via interpretativa, l'applicabilità, rispetto alla fattispecie di cui al citato art. 180, dell'obbligo di contrarre e di osservare la parità di trattamento sancito per il monopolista legale dall'art. 2597 cod. civ., ciò non comporterebbe la possibilità da parte del giudice *a quo* di emettere una sentenza determinativa del contenuto del contratto, che forma oggetto della domanda nel giudizio principale. Si tratta invero di un problema attinente al giudizio di merito e concernente l'individuazione degli effetti delle pronunzie della Corte: pertanto esso non incide sulla rilevanza della proposta questione.

3. L'ordinanza del Tribunale di Roma prende le mosse, nel merito, dalla

sentenza di questa Corte n. 65 del 1972 ed assume: da un lato, che la qualificazione, ivi riconosciuta, della posizione della SIAE come di supremazia e non di monopolio comporta l'inapplicabilità nei suoi confronti di disposizioni quali quelle di cui agli artt. 2597 e 1679 cod. civ., con la conseguenza che essa non può ritenersi legalmente tenuta né a contrarre e ad osservare la parità di trattamento fra gli utilizzatori del repertorio né a praticare condizioni contrattuali prestabilite; dall'altro, che l'affermazione secondo cui esistono rimedi giurisdizionali atti ad impedire l'esercizio, da parte dell'ente, di poteri arbitrari o comunque incontrollabili in sede di determinazione dei compensi, non troverebbe riscontro nel vigente ordinamento; sicché, data la carenza di una legislazione anti-trust, dovrebbero applicarsi i comuni principi dell'autonomia contrattuale.

La censura s'incentra quindi essenzialmente sulla dedotta carenza di rimedi specifici ed adeguati rispetto alla posizione di supremazia attribuita alla SIAE dalla norma impugnata. Di conseguenza, non può ritenersi risposta appropriata al quesito così posto quella — prospettata dall'Avvocatura dello Stato e dalla SIAE — consistente nell'evidenziare l'applicabilità dei comuni principi che regolano il corretto esercizio dell'autonomia privata.

I principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia. Né è al riguardo sufficiente antidoto la natura e la finalità di ente pubblico della SIAE e la conseguente soggezione alla vigilanza governativa, ai doveri di correttezza ed imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.) ed ai comuni gravami in via amministrativa, giacché ciò può indurre a ritenere improbabile, ma non ad escludere che l'eserci-

zio dei poteri di supremazia conferitile trasmodi in arbitrarietà.

Neppure sufficiente appare il rilievo della difesa della SIAE circa la possibilità di applicare l'art. 86 del Trattato istitutivo della CEE, che — a tutela della concorrenza e dei consumatori — vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante e, tra le altre, le pratiche consistenti (lett. c) « nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza ». Anche ad ammettere che in singoli casi di negoziazione nell'ambito nazionale aventi tali caratteristiche (e magari nel caso oggetto del giudizio principale) possano ritenersi sussistenti quei requisiti — di sfruttamento abusivo di posizioni dominanti in una « parte sostanziale » del mercato comune, atto a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri — che circoscrivono l'applicabilità di tale disposizione, è evidente che ciò non potrebbe avvenire in tutte le ipotesi concretamente configurabili di abuso da parte della SIAE della propria posizione di supremazia sugli utilizzatori del repertorio. E poiché il giudizio di costituzionalità investe la norma in riferimento ai vari modi in cui essa opera nell'ordinamento, l'applicabilità solo sporadica di una disposizione di salvaguardia non può comportare un apprezzamento di validità generale.

Del resto, l'eventuale applicazione nei confronti della SIAE del citato art. 86 potrebbe subire dei limiti funzionali all'adempimento della « specifica missione » affidatale qualora la si inquadrasse tra le imprese incaricate di gestire servizi di interesse economico generale considerate nell'art. 90 dello stesso trattato CEE.

4. Salvo quanto si dirà in appresso, dalle suesposte considerazioni emerge che la questione sollevata dal Tribunale di Roma non può trovare adeguata soluzione con i comuni strumenti previsti dal vigente ordinamento civilistico: e ciò — dato l'indubbio rilievo costituzionale del quesito che con essa è stato posto — evidenzia la grave carenza del suddetto ordinamento rispetto alle esigenze di adeguamento ai valori costituzionali.

Questa Corte ha già più volte sottolineato la necessità di una efficace norma-

tiva anticoncentrazione nel complessivo settore dell'informazione (cfr., da ultimo, sent. 826 del 1988): ma essa non è meno necessaria — come si è avvertito nella sentenza n. 223 del 1982 — nel più vasto settore dell'attività economica, pur se in questo assume connotati in buona parte diversi, per la diversità dei valori tutelati. Il principio dell'autonomia contrattuale — che come si è detto comporta, tra l'altro, libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto — se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà. Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, commi 2 e 3): e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza — che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) — ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, comma 2, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie.

Di tali pressanti esigenze, nonché della già rilevata insufficienza della sola normativa comunitaria, vi è una crescente presa di coscienza — pur se con ritardo rispetto agli altri Paesi economicamente avanzati — tanto che sono stati apprestati progetti contenenti norme per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr., in particolare, il disegno di legge n. 3755 atti Camera, X Legislatura, già ap-

provato dal Senato), dei quali è auspicabile la definitiva approvazione, in quanto necessaria ai fini del rispetto dei suddetti principi costituzionali.

5. Una moderna disciplina sull'abuso di posizione dominante sarebbe certamente la più idonea a risolvere la complessa problematica qui esaminata, anche perché comporterebbe la possibilità di interventi di una apposita Autorità pubblica non concepiti in chiave meramente risarcitoria ma idonei a soddisfare i bisogni della parte che subisce l'abuso.

Tuttavia, la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Roma deve ritenersi infondata, non potendosi condividere le conclusioni che il giudice *a quo* formula a proposito della inapplicabilità alla fattispecie in esame della disposizione di cui all'art. 2597 cod. civ.

È vero infatti che la sentenza n. 65 del 1972, pur senza occuparsi di tale disposizione, esclude che la SIAE agisca come monopolista nel complesso della sua attività, in quanto ogni autore potrebbe provvedere in modo diretto all'esercizio dei propri diritti e quindi alla cessione degli stessi, senza ricorrere alla intermediazione. Tuttavia tale possibilità di esercizio diretto si è progressivamente ridotta sino a trasformarsi in mera ipotesi astratta. Infatti l'enorme diffusione delle opere dell'ingegno rende in concreto quasi sempre indispensabile l'attività di intermediazione e di protezione da parte della SIAE. Ciò vale in particolare anche per le opere straniere, rispetto alle quali l'accesso all'utilizzazione può avvenire in generale solo attraverso il detto ente, legato alle società di autori estere da contratti di reciproca rappresentanza. La sostanziale insostituibilità dell'attività di intermediazione comporta che l'ente che è titolare in esclusiva di quest'ultima eserciti in condizioni di sostanziale monopolio la gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate, in quanto gli attribuisce il potere di condizionamento degli utenti e del mercato che è proprio del monopolista. Questa qualificazione del fenomeno, del resto, è omogenea alla nozione di monopolio elaborata, proprio a proposito dell'art. 2597 cod. civ., dalla più moderna dottrina, che lo definisce secondo un'ottica funzionale, cioè come esclusiva nel-

l'offerta dei beni e servizi non facilmente sostituibili da parte dell'utente medio.

Pertanto, poiché, nel caso, si tratta di un'esclusiva legale, derivante dall'impugnato art. 180 della legge n. 633 del 1941, deve ritenersi applicabile nei confronti della SIAE l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ., con le conseguenze previste dall'ordinamento.

Questa conclusione è coerente con l'interpretazione, alla luce dell'art. 41, comma 2, Cost., di tale disposizione come intesa alla tutela dell'utente e del consumatore nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista.

D'altra parte, poiché la *ratio* dell'esclusiva in favore della SIAE sta, oltre che nella protezione dei diritti dei loro autori, nella funzione di promozione della cultura e nella diffusione delle opere dell'ingegno di carattere creativo, non vi è dubbio che il pieno dispiegarsi di tale compito potrebbe risultare menomato se l'ente non fosse tenuto a contrattare con tutti gli utilizzatori e ad assicurare loro parità di trattamento a parità di condizioni oggettive, escludendo posizioni di privilegio o di svantaggio. In tali sensi la questione deve essere dichiarata non fondata.

P.Q.M. — La Corte Costituzionale dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), sollevata in riferimento agli artt. 3, 23 e 41 Cost. dal Tribunale di Roma con ordinanza del 24 gennaio 1989 (r.o. n. 316 del 1989).

**IL « MONOPOLIO
DI FATTO »
DELLA SIAE
NEI RAPPORTI
CON LE EMITTENTI
TELEVISIVE
ED IL SUO OBBLIGO
A CONTRARRE**

Con la sentenza che si annota la Consulta torna ad occuparsi della questione della legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, sollevata in relazione agli artt. 3, 23, 41, ne dichiara la infondatezza, ed afferma in pari tempo l'applicabilità alla fattispecie esaminata dell'art. 2597 cod. civ. Sostiene la Corte, a modifica del precedente assunto della sentenza n. 65 del 1972, che la Società Italiana Autori Editori (SIAE), titolare in esclusiva dell'attività di intermediazione per l'esercizio dei diritti degli autori, agisce in condizioni di sostanziale monopolio, secondo la nozione funzionale elaborata dalla moderna dottrina, in quanto l'esercizio diretto dei diritti da parte degli autori, previsto dalla legge n. 633/1941, rappresenta una mera ipotesi astratta.

La Corte afferma quindi, in coerenza con l'art. 41 Cost., comma 2, l'obbligo per la SIAE di contrattare, con il divieto di discriminazioni arbitrarie, per l'esigenza di tutela dell'utente e del consumatore, nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere da parte del monopolista.

1. L'art. 180 della legge sul diritto di autore del 22 aprile 1941, n. 633, ha ripetutamente affrontato, per differenti rilievi, il vaglio di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 4, 18, 23, 41, 43, 53, 97, 113 Cost.¹ Per i profili che interessano la pronuncia che qui si annota, la sentenza della stessa Corte n. 65 del 1972², cui si è fondamentalmente richiamato il Tribunale di Roma nell'ordinanza con cui ha sollevato la questione di legittimità risolta con la sentenza in com-

mento, costituisce il precedente di maggior rilievo anche in considerazione di significative diversità nelle argomentazioni logico-giuridiche contenute nella pronuncia *de qua*. La Corte affermava, infatti, nella sentenza del 1972, essere errato il presupposto logico-giuridico, posto a fondamento della questione, secondo cui la SIAE opererebbe, per effetto dell'art. 180, commi 1 e 2, in regime di monopolio « di fatto o di diritto o quantomeno in posizione dominante », rispetto al quale, in presenza di abusi, gli interessati (gli utilizzatori) non avrebbero alcun rimedio giuridico.

Negava infatti la Corte il monopolio anche di fatto, nella considerazione che l'esclusiva accordata dalla legge all'intermediario non preclude all'autore, « che ne abbia la volontà e la possibilità » l'esercizio diretto dei propri diritti.

Allora, richiamando la precedente sentenza n. 25 del 1968³ — con la quale veniva risolto il dubbio della legittimità sollevato con riferimento all'art. 18 Cost. —, riteneva, peraltro, indubbia la posizione di « preminenza » della SIAE, conferita dal legislatore per l'esigenza di interesse generale, quindi pubblico, di adeguata protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi⁴.

¹ La sentenza della Corte è pubblicata anche in *Foro it.*, I, 2402, con nota di NIVARRA. L'ordinanza di rimessione del Trib. di Roma, 24 gennaio-12 maggio 1989, in *Dir. aut.*, 1989, 338, con nota di FABIANI. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità sulla legge d'autore, e, per i richiami, v., di recente, PASTORE, *Brevi annotazioni sulle due ultime pronunce della Corte Costituzionale in materia di diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 1988, 533. Dello stesso Autore, v., anche, *Tutela dei diritti d'autore di diffusione e di riproduzione fotomeccanica, nell'emittenza radiotelevisiva nelle ultime decisioni di legittimità e costituzionalità*, *ibidem*, 1986, 427, e, *Diritto di Autore ed emittenza radiotelevisiva nella più recente interpretazione di legittimità*, *ibidem*, 1985, 190.

² Corte Cost. 19 aprile 1972, n. 65, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1556.

³ Corte Cost. 17 aprile 1968, n. 25, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 899.

Il provvedimento di rimessione del Giud. conc. di Milano, 21 marzo 1966, è in *Foro it.*, 1966, I, 1878.

⁴ In dottrina, sul tema, v.: DE SANCTIS, *Società italiana degli Autori e degli Editori*, voce *Nuovo Dig. it.*, XII, Torino, 1940; *Id.*, *Autore*, voce *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; PIOLA CASELLI-ARIENZO-BILE, *Diritto di Autore*, voce *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960.

V., anche, Corte Cost. 15 aprile 1970, n. 58, in *Giust. civ.*, 1970, III, 133, con nota di richiami.

La SIAE pur svolgendo attività di intermediazione, viene comunemente ritenuta un Ente pubblico economico. V., di recente, la S.C. con sentenza, 1° ottobre 1987, n. 7335, in *Dir. aut.*, 1988, 395. Nei confronti degli utilizzatori delle opere l'Ente agisce in no-

Con successive ordinanze contenenti declaratorie di inammissibilità della dedotta questione di incostituzionalità dell'art. 180 (ed altri) della legge 633/1941⁵, la Corte ha avuto modo di ribadire il carattere di mera preminenza dell'intermediario SIAE, confermandone sia il fondamento, come in precedenza nel 1972 e nel 1968, nelle difficoltà (per gli autori) di un controllo dell'utilizzazione economica delle opere protette, sia la possibilità, non esclusa dalla legge, di un diretto rapporto tra l'autore e l'utilizzatore dell'opera, ancorché l'intermediazione risulti la forma più diffusa di tutela dei diritti dell'autore.

Invero con la seconda delle ordinanze citate (n. 361/1988), relativa a profili di legittimità sollevati dal pretore di Narni nel 1980⁶, per gli artt. 51 ss. e 180, comma 2, l.d.a. — quest'ultimo, in relazione agli artt. 4, comma 1 e 41, comma 1, Cost. —, la Consulta, pur richiamandosi alla sentenza n. 25 del 1968, nella quale si era sottolineato come la disciplina predisposta per il diritto di autore sia fondata sulla rilevanza dell'interesse generale alla tutela di tale diritto, traccia, nella pur breve esposizione, un quadro più ampio del fondamento, inserendo la vigente disciplina del diritto di autore in una cornice costituzionale nella quale si armonizzano il diritto al lavoro, quale quello degli interpreti ed esecutori, e le esigenze imprenditoriali, con la previsione della libertà dell'arte e della scienza (art. 33 Cost.), e la protezione del diritto d'autore.

me proprio come mandatario senza rappresentanza. V., oltre gli autori citati, FABIANI, *Le società di autori - Funzioni e natura giuridica*, in *Riv. soc.*, 1964, 31; ID., *Autore (diritto di)*, voce *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; REGOLI, *Natura e caratteristiche dell'attività della SIAE*, in *Dir. aut.*, 1985, 365. In giurisprudenza, v.: App. Roma 24 gennaio 1983, in *Dir. aut.*, 1983, 490; Cass. 27 giugno 1964, n. 1646, in *Foroit.*, 1966, I, 1719.

⁵ Ordinanze del 18 febbraio 1988, n. 198 e del 24 marzo 1988, n. 361, in *Dir. aut.*, 1988, 533, con nota di PASTORE.

⁶ Pret. Narni, 14 febbraio 1980, in *Dir. aut.*, 1980, 183, con nota di FRAGOLA, *Un dubbio di costituzionalità assai dubbio*, 327.

⁷ Sulla pretesa disparità di trattamento tra RAI ed emittenti private, la Corte si è pronunciata con la sentenza 24 luglio 1986, n. 215, in *Dir. aut.*, 1986, 479, con nota di FABIANI, e con la memoria presentata alla Corte dalla SIAE; v., inoltre, FRIGNANI, *Discipline antitrust e comunicazioni di massa: esperienze straniere e problematiche CEE*, in questa *Rivista*, 1989, 39 ss.

Oggi la materia è regolata dalla legge 6 agosto 1990, n. 223, avente ad oggetto la disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato.

La sentenza n. 241, che qui si esamina, dopo aver ampiamente considerato le questioni prospettate, secondo le ragioni rispettivamente esposte dal giudice *a quo* (il Tribunale di Roma), dall'Avvocatura dello Stato, per conto della Presidenza del Consiglio, dalla SIAE, nonché dalle parti attrici nel giudizio di merito (un gruppo di imprese televisive facenti capo alla Fininvest che aveva richiesto al Tribunale citato l'accertamento di illegittimità della pretesa della SIAE di imporre, in sede di rinnovo dei contratti di utilizzazione delle opere tutelate, condizioni identiche a quelle praticate alla RAI, ritenute causa di disparità di trattamento, ed un compenso in percentuale sugli introiti pubblicitari)⁷, chiamata ad occuparsi della compatibilità costituzionale dell'art. 180, commi 1 e 2, della l.d.a. con gli artt. 41, 3 e 23 Cost., conclude, in senso cronologico, il tema di fondo delle ripetute pretese di carenza di legittimità costituzionale della legge d'autore con una decisione che, nel rigettare le pretese di incostituzionalità, si connota per la presenza di rilevanti principi interpretativi e riferimenti al regime negoziale, volti a realizzare un quadro di tutela dei diritti degli utilizzatori, compatibile sia con il rispetto dei diversi precetti costituzionali sia con il diritto degli autori, in assenza di una normativa specifica, della quale si invoca l'intervento, quale moderna disciplina sull'abuso di posizione dominante.

Nel contesto la sentenza evidenzia la carenza dei comuni strumenti predisposti dall'ordinamento civilistico rispetto all'esigenza di rispondenza ai valori costituzionali, richiamando la indifferibile necessità di una normativa anticoncentrazione che risulti efficace sia nel settore dell'informazione che nel settore dell'attività economica, pur nella diversità dei valori che si intendono tutelare, evitando vanificazioni e distorsioni alla libertà di concorrenza, ritenuto valore basilare della libertà di iniziativa economica.

È bene precisare subito che la sentenza esce nel momento in cui è ormai assodata la emanazione della attesa legislazione sulla tutela della concorrenza e del mercato, avendo il disegno di legge relativo ricevuto dapprima l'approvazione del Senato, in data 16 marzo 1989, e successivamente, con modifiche, quella

della X Commissione permanente della Camera dei deputati, in sede legislativa, il 27 luglio 1990 ed ora, in via definitiva del Senato.

Contemporaneamente entra in vigore dal 21 settembre 1990, dopo un travagliato cammino, la legge comunitaria antitrust, a seguito dell'approvazione, del 21 dicembre 1989, del Regolamento CEE n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese.

L'accelerazione, tanto per quest'ultimo quanto per la legislazione nazionale, dell'iter di una normativa i cui primi progetti⁸ datano di circa trenta anni, si deve con probabilità alla ormai prossima scadenza del 1993, dal quale, come è noto, è previsto il decollo del Mercato Unico Europeo, in relazione al quale è stata con più urgenza avvertita l'esigenza di una disciplina del mercato.

La Corte rinvia ai rispettivi riferimenti contenuti nelle sentenze n. 826 del 1988⁹ e n. 223 del 1982¹⁰, precisando ancora una volta, come già nella sentenza n. 159 del 1988¹¹, che il principio della autonomia contrattuale, con la libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto, che presiede al sistema del codice civile del 1942, non trova lo stesso riscontro nel sistema della Costituzione, il quale quel principio tutela, ma solo in via indiretta, quale strumento della libertà di iniziativa economica, e pone rilevanti limiti anche a quest'ultima, ai fini di utilità sociale cui essa è preordinata.

È evidente il netto *revirement* della Corte, rispetto alla precedente sentenza n. 65 del 1972, ed anche alle più recenti ordinanze sopracitate, nelle quali si era negata la possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 2597 cod. civ. al monopolio di fatto, accogliendosi ora una tesi, scarsamente seguita in dottrina e qua e là ventilata da parte della giurisprudenza di merito¹².

Si afferma la sostanziale insostituibilità della SIAE nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate, vuoi per la larga diffusione delle opere creative e dell'ingegno, sia italiane che straniere, vuoi per la pratica impossibilità da parte di ogni autore a provvedere direttamente all'esercizio e alla cessione dei propri diritti. La prevista possibilità per l'autore di non ricorrere alla intermediazione finisce, così, per rappre-

sentare una mera ipotesi astratta, venendo l'indispensabile intermediazione e protezione della SIAE a caratterizzarsi con un potere di condizionamento degli utenti e del mercato. Si configura, in tal modo, una posizione di sostanziale monopolio di fatto, in quanto l'esclusiva offerta delle opere d'arte e dell'ingegno non risulta, facilmente, altrimenti reperibile da parte dell'utente medio. Tale qualificazione come sopraccennato è considerata, nella sentenza, corrispondente alla nozione di monopolista elaborata dalla più moderna dottrina¹³.

La Corte respinge pertanto, l'assunto, su cui si fonda l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, della dedotta mancata previsione di adeguati specifici strumenti giuridici di tutela contro l'abuso di posizione dominante, insita nella posizione di supremazia attribuita alla SIAE, ritenendo l'Ente, per la sua qualificazione di monopolista, assoggettabile, per via dell'art. 2597, all'obbligo di contrarre, nonché a quello di osservare la parità di trattamento tra gli utenti, con la possibilità

⁸ Risalgono addirittura al 1950 le prime proposte di legge per la tutela della concorrenza e del mercato, vedasi il d.d.l. Togni (1950), la proposta Malagodi-Rizzi (1955), Amendola-Longo (1960), il disegno Colombo (1960), Villabruna e altri (1966). In seguito sono state presentate altre proposte, tra cui quella Rossi ed altri (1988), ma il disegno che è giunto ora all'approvazione è il d.d.l. governativo n. 3755, presentato dal Min. Ind. Battaglia. V. i riferimenti di PALANDRI, *La tutela della concorrenza e del mercato*, in *Dir. dell'ec.*, 1989, 3, 719. Vedi anche, per i riferimenti alla legislazione antimonopolistica di settore, in particolare quella dell'editoria (legge 5 agosto 1981, n. 416, modificata con le leggi nn. 137/83, 428/84, 1/85, 67/87), FERRARA, *Normativa antitrust e tutela del pluralismo dell'informazione: «atto» dovuto del legislatore*, in *Nomos*, 1988, II, 61. Di GARIBOLDI, *Tutela della concorrenza e del mercato: due disegni di legge a confronto*, in *Riv. soc.*, 1988, 549. V. anche DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 1988, 756.

⁹ Corte Cost. 13 luglio 1988 n. 826, in questa *Rivista*, 1988, 765. Per un commento alla sentenza si vedano: CARETTI, LANZILLO, PADOVANI, PARDOLESI, *ivi*, 1989, 1 ss.

¹⁰ Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223, in *Dir. aut.*, 1983, 325.

¹¹ Corte Cost. 11 febbraio 1988, n. 159, in *Foro it.*, 1988, I, 1446. La questione di legittimità era stata sollevata per l'art. 2, comma 1 del d.l. 26 luglio 1978, convertito in legge 24 novembre 1978 (artt. 3 e 41 Cost.) sulle imprese d'assicurazione.

¹² V., Trib. Roma 30 dicembre 1971, in *Dir. aut.*, 1972, 41, sempre a proposito dell'art. 180 della l.d.a., dove l'esclusiva legale della SIAE viene qualificata come monopolio legale.

¹³ Cfr. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, voce *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976; FERRI, *Concorrenza*, voce *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

da parte di questi ultimi di esercitare mezzi adeguati di difesa contro eventuali discriminazioni.

Infine, nel confutare uno dei rilievi di parte, la sentenza considera l'insufficienza e l'inadeguatezza della normativa comunitaria, nell'art. 86 del Trattato istitutivo della CEE, in quanto non idoneo, se non in forma sporadica, per le condizioni di operatività della norma stessa, ad incidere in via generale sull'ordinamento, si intende soprattutto per il difficile accertamento del « mercato rilevante »¹⁴.

La norma citata, la quale, a tutela della concorrenza e dei consumatori, proibisce lo sfruttamento di posizione dominante e l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, allo scopo di non pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, non avrebbe infatti la possibilità di essere applicata in ambito nazionale in tutte le ipotesi in cui concretamente si configuri lo sfruttamento di posizione dominante, come, in particolare nel caso SIAE.

La disciplina dell'abuso di posizione dominante si avvale ora dell'art. 3 della legge a tutela della concorrenza e del mercato, recentemente approvata.

Dalla asserita applicabilità della disposizione dell'art. 2597 cod. civ. all'Ente in discorso, considerato *in factu* monopolista legale, ne deriva la elimina-

zione di situazioni di privilegio e di svantaggio in capo a tutti gli utilizzatori, cui viene assicurata parità di trattamento, si precisa, a parità di condizioni oggettive, e la realizzazione di una funzione promozionale della cultura e di diffusione delle opere dell'ingegno di carattere creativo, la cui *ratio*¹⁵, secondo la Corte, costituisce il fondamento dell'esclusiva in favore della SIAE, oltre che nella protezione dei diritti degli autori.

La soluzione, di carattere interpretativo, per evitare il pregiudizio dei contraenti più deboli, in coerenza con il « programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, comma 2 Cost. », è stata reperita all'interno del regime negoziale.

In sintesi, nel contesto della sentenza si sostiene: a) la insufficienza e la inadeguatezza, definite gravi, del vigente ordinamento civilistico, fondato sul preminente principio dell'autonomia contrattuale, a tutelare il contraente più debole e il conseguente pregiudizio dei valori costituzionali espressi negli artt. 41, commi 2 e 3, e 3 comma 2, Cost.; b) la tutela costituzionale del principio dell'autonomia contrattuale soltanto in via indiretta (come nella sentenza n. 159 del 1988), come strumento della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), alla cui base trovasi il valore fondamentale dalla libera concorrenza, ed il cui fine è la protezione degli interessi della collettività dei consumatori (come nella sentenza n. 223 del 1982); c) la funzione di promozione della cultura e di diffusione delle opere creative, quale *ratio* e fondamento dell'esclusiva legale della SIAE, oltre che nella protezione dell'autore; d) l'esigenza di una disciplina anticoncentrazione e gli auspicati interventi di apposita autorità pubblica per la soddisfazione dei bisogni della parte che subisce l'abuso, e per l'esercizio di controlli sull'autonomia privata; e) l'applicabilità dell'art. 2597 cod. civ. al ritenuto monopolista legale di fatto quale rimedio all'insufficienza dei principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, e delle regole di correttezza professionale, oltreché della tutela conseguente alla responsabilità extra-contrattuale, nonché delle regole pubblicistiche di correttezza ed imparzialità amministrativa ed, infine, della stessa normativa comunitaria, per la tu-

¹⁴ Il rilievo della Corte sull'art. 86 del Trattato CEE non attiene al dubbio di operatività dello stesso direttamente sul piano dei rapporti intersoggettivi, considerata ormai un dato pacifico. Cfr., GHIDINI, *op. cit.*, 789. La norma comunitaria viene equiparata al rango costituzionale per il profilo oggettivo, e al rango del codice civile per il profilo intersoggettivo.

¹⁵ Sulla *ratio* della esclusiva alla SIAE, ravvisata nell'interesse pubblico ad un equo e imparziale governo delle operazioni giuridiche ed economiche attinenti all'esercizio dei diritti di autore, v., Trib. Roma, 30 dicembre 1971, cit., ed i richiami, ivi, a conferme autorevoli in dottrina e giurisprudenza.

Nel ritenere che le « idee creative siano partecipate alla collettività », ma venga assicurato « all'autore adeguato compenso della creazione intellettuale », v. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1988, 180. L'autore, nella linea di ASQUINI (*Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, 1915, XIII; e *Del contratto di trasporto*, Torino, 1935, 7), richiama, a proposito dell'esclusiva, l'antico « privilegio » sovrano con il quale viene garantito lo sfruttamento economico ed annota la reticenza del sistema dei rapporti privati di fronte alla tutela dei beni immateriali.

Sugli indirizzi prevalenti, in tema di obbligo a contrarre, v., MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969, 324 ss.

tela dagli arbitri che possano derivare dall'esercizio di posizione di supremazia nei confronti dei soggetti più deboli, quali l'utente e il consumatore.

A prescindere dal dialogo già da tempo avviato con il legislatore per una rapida approvazione della normativa antitrust, largamente condivisa, sembra, da buona parte della dottrina¹⁶, le impegnative affermazioni della sentenza in ordine al principio dell'autonomia contrattuale e la stessa dichiarazione di applicabilità, alla fattispecie esaminata, della disposizione di cui all'art. 2597 meritano qualche ulteriore riflessione, senza tuttavia non rilevare preliminarmente una certa contraddittorietà tra i pesanti rilievi mossi al sistema civilistico, quasi una « pregiudiziale condanna », ed il conseguente reperimento all'interno dello stesso del rimedio allo squilibrio delle parti, osservandosi che, se pure la regola di quel sistema è l'autonomia dei privati, e quindi un insieme di libertà e di prerogative, nondimeno la Corte stessa ne dimostra implicitamente l'attitudine, per mezzo di limitazioni e riconfigurazioni possibili, alla tutela degli interessi meritevoli che con quell'autonomia entrino in conflitto.

2. Risulta evidente come con la sentenza che si annota la Corte prosegue nell'opera di rilettura aggiornata dell'ordinamento civilistico richiesta dai principi costituzionali, in uno con l'insistente invito rivolto al legislatore a condurre in porto una efficace legislazione che preveda strumenti idonei ad evitare o reprimere l'esercizio abusivo di posizioni di supremazia, che siano legalmente previste o meno.

La Corte è tornata dunque sul tema delle posizioni di supremazia sostenendo la valorizzazione delle potenzialità dell'art. 2597 cod. civ. e ne forza il limite testuale, ampliandone, in tal modo, la portata, nel ritenere applicabile al monopolio di fatto¹⁷.

Sull'argomento, anche nel senso indicato, non sono mancati nella dottrina più recente, contributi ed apporti¹⁸. Il dibattito che, riprendendo temi discussi nella fase precedente il nuovo codice, nel quale l'obbligo di contrarre nel caso di monopolio, come recita la rubrica, è stato introdotto, ha ripreso le mosse intorno agli anni sessanta, in concomitan-

za sia con l'incrementarsi degli interventi statali nei rapporti economici, sia man-

¹⁶ V. sul tema, con particolare riguardo all'informazione, PARDOLESI, *Etere misto e pluralismo annunciato*, in questa *Rivista*, 1989, 31 ss.; ID., *I problemi giuridici di una politica della concorrenza*, in *Quadrimestre*, 1988; GHIDINI, *op. loc. cit.* L'attesa non è però condivisa da chi ci ricorda che anche nei paesi anglosassoni, tradizionalmente antimonopolistici, è in corso un processo di attenuazione del favore per il tipo di legislazione in discorso per l'avvertita preoccupazione che le istituzioni antitrust, lungi dal realizzare una effettiva tutela della concorrenza e del mercato finiscano per diventare strumento di politica protezionista o di autentica minaccia nelle mani di chi ha interesse a sovvertirli. V., per i riferimenti, ROMANI, *Appunti per una legislazione liberale e tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1988, 487. Dello stesso autore, *La concorrenza nel sistema economico italiano*, *ibidem*, 1988, 559; ed ancora, *Linee per una legislazione antimonopolistica in Italia*, in *Dir. ed ec.*, 1988, 317.

¹⁷ Non sono mancate voci contrarie alla distinzione, per certi effetti, nella considerazione che il monopolio, riferito al mercato, è sempre di fatto, la diversità potendo risiedere nella causa, l'una, nel monopolio legale, nella legge, l'altra, nel monopolio di fatto, nella stessa libera concorrenza, all'interno della quale si realizza una competizione non solo dei soggetti operanti ma anche dei prodotti, nella qualità e nelle loro caratteristiche, nonché nei prezzi, con la possibile instaurazione di una situazione di predominio. Così v., ora, SENA, *L'abuso di posizione dominante*, in *Studi in onore di Asquini*, vol. IV, Padova, 1964, 1853. L'Autore, rifacendosi all'esperienza francese, sottolinea come la posizione di monopolio è sempre una situazione di fatto. In precedenza per il rigetto della distinzione, antecedente la codificazione dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2597 cod. civ., v. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, cit., 7 ss., nel quale l'obbligo a contrarre è collegato, secondo un'opinione allora presente in dottrina, più che al monopolio, alla semplice gestione di un pubblico servizio destinato alla generalità dei consumatori. V., anche, STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 731. Le posizioni di allora e l'analisi giuridica relativa, con la preoccupazione di rimediare alla soppressione della concorrenza, vengono ora considerate di « straordinaria modernità » e degne di pieno recupero e valorizzazione, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. In tal senso v., NIVARRA, *Contributo all'esegesi dell'art. 2597 cod. civ.*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 1988, 67.

¹⁸ Le voci favorevoli all'estensione dell'obbligo di contrarre all'ipotesi del monopolio di fatto in verità non sono numerose. Cfr. FRAGALI, in *Comm. D'AMELIO-FINZI, Libro delle obbligazioni*, vol. I, 303 ss., Firenze, 1948; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 129 ss.; con ampia bibliografia, anche straniera, NIVARRA, *op. cit.*, 126 ss. ed ivi doviziosi riferimenti; PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 275 (ma con l'ausilio dell'art. 2598, n. 3); nell'ottica di funzionalizzazione dell'impresa, LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. di dir. comm. e pubbl. dell'ec.*, dir. GALGANO, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, 312; V. FRANCESCHELLI, *Obbligo a contrarre e monopolio di fatto*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, 204; (nota a Trib. Genova, 15 novembre 1982); MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, voce *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979; in senso possibilista anche R. FRANCESCHELLI, nota a Cass. 4 settembre 1962, n. 2387, in *Riv. dir. ind.*, 1961, II, 127. Favorevole anche RESCIGNO, *Manuale del dir. privato italiano*, Napoli, 1988, 906; non è sembrato dubbioso, ma in questo senso orientato, anche ne *L'abuso*

mano che si sviluppava, negli studiosi e nella collettività, la consapevolezza, suggerita dal dato costituzionale, dell'insufficienza dell'uguaglianza formale¹⁹ e della esigenza di ripensare i temi delle libertà e delle discrezionalità, alla ricerca dell'interesse meritevole di tutela, di fronte al quale le prime dovessero in qualche modo arrestarsi. Una ricerca

che aveva il pregio di essere condotta con riferimento alle situazioni di fatto e con la verifica della diversa distribuzione dei poteri, oltre i confini dei profili esteriori.

Tutt'intorno agli interventi sull'obbligo di contrattare, previsto dal legislatore del 1942, si andava sviluppando, infatti, una riflessione più ampia sul significato delle stesse nozioni tradizionali di libertà negoziale e di libertà contrattuale²⁰ e anche sul senso nuovo di tante espressioni contenute nel codice civile (la buona fede, la correttezza, la lealtà), man mano che si percepiva la valutazione in termini costituzionali delle parole e delle espressioni utilizzate dal legislatore, termini costituzionali che, come è stato detto²¹, implicano una visione dell'individuo nel diritto privato non più ripiegato, esclusivamente, sulla tutela della propria intimità e della sfera dei suoi interessi, ma teso a realizzare, attraverso « manifestazioni attive », lo svolgimento della persona.

La sentenza torna su questi profili, per la verità in maniera piuttosto sbrigativa. Dopo un rapido accenno alle regole, ritenute insufficienti, della correttezza (art. 1175 cod. civ.), della buona fede nelle trattative (art. 1337 cod. civ.), nella interpretazione (art. 1366 cod. civ.), e nella esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.), della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.), ai doveri, anch'essi ritenuti inadeguati, correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.), sembra affidarsi, infine, ad una nozione, che si potrebbe dire costituzionale, della autonomia contrattuale — è noto che la Costituzione non parla di autonomia contrattuale né di autonomia negoziale, potendosi se mai reperire un implicito principio generale, come è stato ritenuto, nell'affermazione della libertà di iniziativa economica (art. 41), nell'art. 42 e, ma solo per valorizzarne i limiti, nell'art. 3 —, e si sofferma, per l'appunto, sui limiti imposti al principio dell'autonomia contrattuale dai principi costituzionali enunciati (artt. 3 e 41).

Dell'obbligo di contrarre si era interessata la dottrina, nella fase precedente il nuovo codice, a proposito della disciplina degli autoservizi di linea dati in concessione all'industria privata (legge 28 settembre 1939, n. 1822) e prima ancora delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse alla industria privata (r.d.

del diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 218. Contrario GHIDINI, *op. cit.*, 820 ss., ma per dolersi della rigidità della norma che attribuisce all'interventismo di matrice liberale, « cieco tributo al mito dell'autoregolazione del mercato », così impedendosi uguale tutela dei terzi nel monopolio di fatto, e che ritiene applicabile al solo settore pubblico dell'economia. In ogni caso si dichiara soddisfatto che la lacuna sia ampiamente colmata dall'art. 86 del Trattato CEE, al contrario dotato di tutta la forza espansiva. Contrari anche ASCARELLI, sia pure ritenendone l'opportunità, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, *op. cit.*, Milano, 1960, 55; MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, VI, Milano, 1965, 57; AULETTA-MANGINI, *Della disciplina della concorrenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro V, 1987, 126 ss.; GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, e, *La concorrenza e i consorzi*, Torino, 1970; ASQUINI, *L'impresa dominante*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 11.

In giurisprudenza, v. per tutte, contraria, Cass. 15 marzo 1985, n. 2018, in *Foro it.*, 1985, I, 1663, con nota di PARDOLESI; favorevole, Trib. Milano 22 marzo 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, 816, in seguito riformata sul punto da Corte di App. Milano 24 novembre 1978, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, 702, con nota di richiami. Favorevole anche Pret. Roma 10 gennaio 1983, in *Rass. giur. Enel*, 1984, 446.

Nella dottrina straniera, in particolare tedesca, per un resoconto sul dibattito, v. BELKE, *Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1966, 417 ss.; e LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, 42 ss.

¹⁹ Sono di quegli anni le pagine di RESCIGNO sulla dottrina dell'abuso di diritto, *op. cit.* Nel riproporre il discorso sui diritti fondamentali e sui rapporti privati, l'A. verificava insieme agli altri, « la scoperta di quanto sia insufficiente e persino irridente verso le possibilità e il destino dell'uomo, la proclamazione dell'uguaglianza meramente formale ».

²⁰ Sul tema, ampiamente documentato già da BARCELLONA, *op. cit.*, ci limitiamo a segnalare alcuni contributi di rilievo: GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 392 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Il dir. dell'ec.*; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 177; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; ROMAGNOLI, *Notazioni in tema di autonomia funzionale*, in *Il dir. dell'economia*, 1965, 198; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; ID., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1306. Di RESCIGNO, oltre all'opera già citata, i diversi contributi (*L'autonomia dei privati; Trasformazioni del ruolo istituzionale dei privati; Appunti sull'autonomia negoziale*) sono ora raccolti in Persona e Comunità, II, Padova, 1987. V. anche, G. FERRI, *Programmazione ed autonomia individuale nel dir. priv. it.*, in *Riv. dir. ec.*, 1966, 5 ss.

²¹ RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1982, 238.

19 maggio 1912, n. 1147), rubricata ora nel codice, all'art. 1679, con l'espressione Pubblici servizi di linea.

Nella necessità di tutelare il mercato e la libera concorrenza, in presenza della soppressione di questa a causa dell'esercizio esclusivo di un pubblico servizio, era comunemente²² collocato il fondamento alla limitazione dell'autonomia contrattuale, in un contesto normativo, di impronta liberale, sostanzialmente antimonopolistico.

L'art. 1679 cod. civ. viene comunemente richiamato in sede di applicazione dell'art. 2597 cod. civ., e lo stesso Tribunale di Roma, nel rimettere la questione alla Corte ne fa cenno, soprattutto allorché si tratti di stabilire in concreto le modalità ed i contenuti dell'obbligo di contrattare del monopolista, ritenendosi per lo più²³, compatibilmente, applicabili le disposizioni particolari dell'art. 1679 cod. civ. anche nelle situazioni considerate nella più ampia fattispecie dell'art. 2597. In sostanza tra i due articoli viene riconosciuto un rapporto di specie a genere.

Dell'obbligo a contrarre, quale istituto non del tutto anomalo nel nostro ordinamento, per la presenza delle altre molteplici limitazioni imposte alla libertà contrattuale, ci viene riferito ampiamente da chi²⁴ si è soffermato sulle varie disposizioni normative, di tipo interventistico, contenute in leggi speciali, dalla disciplina dei prezzi a quella delle proroghe nei contratti agrari, possiamo aggiungere quella delle locazioni, delle preliezioni, nonché sulle limitazioni presenti nella disciplina laburistica²⁵.

È nondimeno possibile seguirne le tracce all'interno dello stesso codice, sia per quanto riguarda il contenuto del contratto, si pensa alla inserzione automatica di clausole (art. 1339 cod. civ.), sia al di fuori della disciplina contrattuale, in altri ambiti, quali la famiglia, le associazioni, e persino nelle stesse modalità di esercizio del diritto di proprietà (art. 833 cod. civ.). Ovviamente sul significato delle disposizioni accennate diversa è stata la valutazione a seconda della disponibilità dell'interprete, e viceversa, ad abbandonare il dato meramente formale per coglierne un significato più profondo consigliato dai principi costituzionali.

Nell'ambito delle ricostruzioni che ci sono state fornite dell'art. 2597 cod. civ.,

delle quali non potremo qui riferire che per cenni sommari, l'obiettivo che ci si è posto, e su questo è esplicita anche la sentenza che andiamo annotando, è la ricerca, in termini aggiornati, della finalità che il legislatore intende perseguire con la posizione dell'obbligo e, quindi, dell'individuazione, per tale via, del destinatario della tutela ivi prevista.

La finalità appare posta giustamente in luce dalla sentenza in commento, ancorché per sommi capi, nella parità di trattamento, quale momento centrale della tutela dell'utente, tanto che, più che in posizione « ancillare »²⁶, essa emerge come la ragione stessa dell'obbligo e della limitazione imposta alla libertà di contrattare. È per ciò che l'invocazione²⁷ del divieto di estensione analogica, posto dall'art. 14 delle preleggi per le ec-

²² Cfr. STOLFI, *op. loc. cit.*

²³ L'applicabilità dell'art. 1679 cod. civ. all'ipotesi più generale prevista dall'art. 2597 cod. civ. è accolta generalmente. V. FERRI, *Manuale di dir. comm.*, Torino, 1986, 162. Favorevoli anche MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1968, 523; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 184; GRISOLI, *La concorrenza*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. RESCIGNO, 18, Torino, 1983, 334-335.

Del resto, secondo un autore tedesco, BELKE, *op. cit.*, 413, l'obbligo di contrattare senza la disciplina delle condizioni del contratto sarebbe un « coltello senza lama ».

La previsione nel codice delle due distinte fattispecie sarebbero state (cfr. NIVARRA, con dottrina contraria, *op. cit.*, 75) unicamente il frutto di una sorta di compromesso tra la tesi allora dominante (accolta nell'art. 2597) che ne prevedeva la presenza, quale corollario necessario del monopolio a tutela della libera concorrenza (v. anche Rel. del Guardasigilli) e la tesi minoritaria accolta nel 1679 che, prescindendo dal monopolio, ne ravvisava il fondamento nella gestione del pubblico servizio.

²⁴ BARCELLONA, *op. cit.*, 129 ss.

²⁵ Per questo aspetto, v. gli approfondimenti di PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965; MONTUSCHI, *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano, 1967; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 85 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1963, 142 ss.

²⁶ Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, 126. Sul principio di parità di trattamento, v. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel dir. priv.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1520; e, *Ancora sul principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, I, 668, ora in *Persona e Comunità*, I, Bologna, 1966.

²⁷ In giurisprudenza, v., per tutte, la sent. della S.C. n. 2387/1962, cit., con nota critica di FRANCESCHELLI, il quale tuttavia non giunge a concludere per l'estensione, affermando, a proposito della questione trattata (il caso Federazione Italiana Giornali): « l'impressione che... c'è da qualche parte un abuso... e dall'altra uno che cerca e non trova giustizia ».

cezioni alle regole generali, non appare più pertinente, come non è apparso al giudice della Corte, allorché si consideri l'articolo applicabile a quelle situazioni che, pur non legalmente costituite, realizzino le altre condizioni descritte nella fattispecie, vale a dire una posizione di supremazia o dominante, che, di per sé, mette a repentaglio il « bene » della parità di trattamento. In sostanza ci sembra di capire che nella sentenza il ricorso all'art. 2597 cod. civ. viene presentato quale rimedio alternativo, ma possibile, alla carenza di una legislazione antimonopolistica, non in quanto la norma sia vista in funzione antimonopolio, tutrice della libera concorrenza, bensì quale possibile limitazione, per la finalità ivi descritta del divieto di discriminazioni, della libertà contrattuale.

Da qui « l'invettiva » della Corte verso la nozione più antica e restrittiva dell'autonomia contrattuale. Del resto è possibile scoprire la già accennata coerenza della norma, non soltanto con la sopravvenuta, ma ora ispiratrice, regola costituzionale della uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2), ma anche con altre norme del codice quali quelle poste, per esempio, a tutela del contraente in stato di pericolo o di bisogno (artt. 1447 e 1448), nelle quali la debolezza di un soggetto è constatata in relazione ad una situazione di fatto prefigurata. Dal che si può trarre motivo di considerare non impossibile la estensione analogica della disposizione, a condizione che si abbia l'intendimento di reperire il significato che delle norme ci viene consigliato dal dato costituzionale.

Al di là dell'elemento meramenteattuale, non si vede, infatti, il perché, se l'obbligo di contrarre per il monopolista legale è in funzione della parità di trattamento, della quale si teme e si vuole evitare la lesione, la norma non possa ritenersi applicabile per l'ipotesi che quel monopolio, non altrimenti vietato — qui entra in gioco per l'avvenire l'intervenu-

ta legislazione antimonopolistica —, si sia venuto realizzando nei fatti attraverso la costituzione di una posizione di supremazia.

La situazione tipica individuata dal legislatore nel monopolio legale non sarebbe di ostacolo, in sostanza, ed in ciò sta la novità della sentenza rispetto alla più diffusa concezione, alla estensione della norma alle situazioni che presentano gli stessi caratteri del monopolio legale, quali quelle di posizione dominante, nelle quali è presente il rischio, prefigurato nell'obbligo, di un arbitrio e di un abuso della supremazia.

3. Il dissenso più diffuso per la soluzione della questione ora adottata dalla Corte era venuto sia dall'antica²⁸ considerazione che sussiste pur sempre nel monopolio di fatto la possibilità giuridica di un sovvertimento della situazione, sia, come si è già detto, dalla ritenuta preclusione o dalla semplice reticenza ad utilizzare nella fattispecie l'estensione analogica. Quest'ultima via è parsa persino scabrosa per quegli autori²⁹ che, pur preoccupati in qualche modo della salvaguardia della autonomia contrattuale, pervengono, tuttavia, a conclusioni favorevoli, conducendo lo sforzo interpretativo in direzione di ogni possibile adeguamento del diritto positivo alle esigenze della realtà economica e sociale, per comporne i conflitti di interessi che in essa si ingenerano. Allora l'analisi sulla possibilità che l'obbligo di contrarre sia applicabile al monopolio di fatto è stata fondata su una duplice possibilità. Nell'una il collegamento tra l'obbligo in questione e la disciplina della concorrenza *ex art.* 2598, comma 3, con la regola della correttezza professionale, dà luogo alla qualificazione del rifiuto, che si verifica nella discriminazione arbitraria in presenza di una posizione di dominio del mercato, quale illecito concorrenziale³⁰. Nell'altra si pensa l'estensione diretta dell'art. 2597, ma solo in presenza di « indici tipici », in grado di fissare una linea di « demarcazione tra disciplina legale del rapporto e sfera di competenza dell'autonomia privata ». Così nel caso di Enti pubblici che esercitano un pubblico servizio, oppure in tutte le situazioni in cui, nel concreto, non esistono possibilità alternative per conseguire il prodotto, come nel caso di una

²⁸ V. ASQUINI, *op. cit.*, 7, n. 3.

²⁹ V. BARCELLONA, *op. cit.*, 57.

³⁰ Così anche PASETTI, *op. cit.*, 275.

privativa industriale. Si è parlato infatti di monopolio funzionale³¹, quale effetto non di una formale e meccanica determinazione di una quota di mercato, ma sulla base di valutazioni di carattere funzionale, in relazione al grado di condizionamento, in concreto, esercitato o subito dalle imprese sul mercato.

Il sostegno più ampio e incondizionato alla tesi favorevole è venuto tuttavia da chi³² ha visto nell'art. 2597 cod. civ. una fondamentale irrilevanza del contratto, mettendo in risalto, piuttosto, il rapporto intersoggettivo posto in essere direttamente dalla norma.

In sostanza al superamento della distinzione tra monopolio di fatto e monopolio di diritto o legale si perviene attraverso una ricostruzione che vede nell'art. 2597 cod. civ. la centralità del rapporto tra i soggetti ed un campo di valutazione comparativa degli interessi privati, naturalmente a vantaggio del soggetto più debole e nello sforzo di evitare le disuguaglianze sostanziali, ma completamente ai margini del tema dell'autonomia o di quello della proprietà.

La scarsa rilevanza attribuita all'atto dell'autonomia, al contratto, ai fini dell'attuazione del diritto del singolo a conseguire il bene, si avvale di schemi diversi, sia che si ponga in risalto, sempre partendo dalla valutazione dell'interesse rilevante del quale si pretende la tutela, il momento della richiesta di contrarre, con il richiamo al modello teorico della formazione progressiva, sullo schema della promessa al pubblico³³, sia che si sostenga³⁴ la pienezza del vincolo obbligatorio fin dall'origine, quale diretta derivazione dalla norma, e quindi già nella fase precedente il contratto, il quale in tal modo assume solo un ruolo strumentale per conferire definitività al rapporto. Nell'un caso è la richiesta dell'utente che, consentendo la individuazione del soggetto attivo, perfeziona l'obbligazione e contestualmente viene a specificare il contenuto della prestazione, nell'altro il contenuto del rapporto è già predeterminato, attraverso la protezione degli interessi prescelti, l'obbligazione scaturisce direttamente dalla norma, ed è immediatamente azionabile.

In ambedue le ipotesi è tuttavia fondamentale il rilievo che il conflitto di interessi non attende di essere composto nell'ambito della autonomia dei privati,

ma appare già risolto direttamente dalla legge a vantaggio del soggetto più debole.

Dalle posizioni meno inclini a soffermarsi sulle nozioni di autonomia dei privati viene negato al contratto qualsiasi « valore in sé » e si rimprovera anche alle posizioni più attente « un estremo tentativo di salvaguardare il carattere negoziale della fattispecie », nella quale alla previsione di una dichiarazione di « volontà lecitamente coatta », si aggiungerebbe l'assenza, oltre che di un soggetto attivo dell'obbligo di prestare, di un contenuto dello stesso, mentre l'interesse alla percezione del bene o del servizio resterebbe comunque inattuato con la semplice stipula del contratto.

³¹ V., per tutti, GHIDINI, *op. loc. cit.*

³² V. dottrina cit. da NIVARRA, *op. cit.*

³³ V. NIVARRA, *op. cit.*, 106 ss., con richiamo a BARCELLONA, ma anche a GABRIELLI, *op. loc. cit.*, su posizioni diverse; a DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i consorzi privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 429; a FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 179. Per NIVARRA, *loc. cit.*, manca nella fattispecie dell'art. 2597 cod. civ. unicamente l'attualità dell'interesse, con la precisazione che inattuabilità dell'interesse non vuol dire inesistenza. Di qui l'esigenza di preservare la possibilità di attuazione e quindi gli effetti preliminari che si ricollegano ai cosiddetti doveri preparatori dell'impresa in regime di monopolio legale, i quali al momento della richiesta restano assorbiti nel rapporto fondamentale.

³⁴ È la tesi di BARCELLONA, *op. cit.*, per il quale la norma è fonte di un obbligo cui corrisponde un diritto soggettivo perfetto, già prima della richiesta, e il contratto che ne segue è meramente strumentale alla realizzazione dello scambio. Secondo l'Autore (p. 81, nota 87) la configurazione della situazione giuridica del consumatore, o dell'utilizzatore, non è in contrasto con la pari presenza di interessi legittimi derivanti dall'appartenenza dell'individuo a gruppi o comunità. Il riferimento è a RESCIGNO, *L'abuso...*, cit., 287, per la categoria dell'interesse legittimo di diritto privato, e per il rilievo nel collegamento con ordinamenti diversi da quello statale. Per la configurazione nella fattispecie di un interesse legittimo di diritto privato, è GABRIELLI, *op. cit.*, 190 ss., tenuto conto della indeterminatezza del soggetto protetto, pur in presenza dell'esigenza di garantire una tutela anticipata dell'interesse medesimo, tutelabile perciò dalle regole che governano la responsabilità extracontrattuale. Sulla configurazione degli interessi legittimi nel diritto privato, v. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, Milano, 1964. Per una ricostruzione che utilizza la figura del diritto potestativo, MONTESANO, *op. cit.*, 518 ss. Quanto all'obbligazione, a sostegno del requisito imprescindibile della determinatezza del soggetto attivo, v. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 41 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, voce *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 163; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 227. Per il diritto sogg. attribuito al singolo nel monopolio legale v., Cass. 25 gennaio 1985, n. 353, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1042, ed ivi i richiami.

Così sottraendo la ricostruzione al terreno della contrapposizione tra l'obbligo previsto e l'autonomia privata il rapporto viene fatto risalire direttamente alla norma.

Il momento centrale è, in tal modo, spostato sull'impresa, sull'esercizio di una attività economica in condizioni di dominio di mercato, più che di monopolio, alla quale si connette la valutazione tipica degli interessi dell'utente, più che dei concorrenti, al bene o al servizio, nella situazione di fatto, nella quale è già presupposto un conflitto derivante dalla disparità di potere contrattuale tra il gestore del servizio o il titolare del bene, il cui comportamento viene *a priori* valutato, e il concorrente-utente, considerato una sorta di « creditore sociale ».

In tal caso la divergenza tra l'esistenza dell'obbligo o del solo rapporto, che richieda una formazione successiva, e l'esercizio della situazione è considerata quale meramente cronologica.

Alle ricostruzioni descritte corrisponde, come è evidente, una più larga configurazione della fattispecie e il superamento tanto della nozione di monopolio, quanto della diretta correlazione di questo con l'autonomia contrattuale. Naturalmente cadono le remore alla estensione analogica, facendosi capo al concetto di impresa dominante, alla quale si fa risalire una tutela più pregnante, e soprattutto presente fin dall'origine del rapporto, in considerazione degli obblighi che all'impresa incombono fin dall'avvio. La tutela è riconosciuta nella

forma più estesa e significativa, compresa quella cautelare ed inibitoria, sia con riferimento agli obblighi dell'impresa monopolista (con ampio richiamo all'art. 1679, il quale, fin dall'origine, ha consentito di aprire un più vasto campo di operatività all'art. 2597) sia richiamando l'applicazione dei doveri « preliminari », quali la correttezza (art. 1175 cod. civ.), la regola della conoscenza (art. 1341 cod. civ.) la buona fede (art. 1337 cod. civ.), in sostanza attraverso le norme che regolano gli obblighi e la responsabilità contrattuale. Infine nel caso di inadempimento è ritenuta possibile³⁵ l'attuazione coattiva dell'interesse primario, cioè del bene o del servizio (art. 2931 cod. civ. per gli obblighi di fare, e art. 700 cod. proc. civ. in caso di urgenza). Ovviamente appare minore l'interesse verso l'art. 2932 cod. civ., del quale comunque si dà per certa l'applicabilità.

Viene di conseguenza respinta la ipotesi di una responsabilità di tipo aquiliano in quanto ancora ritenuta forma di tutela più debole rispetto a quella di fonte contrattuale, legata alla dimostrazione del danno ingiusto, laddove invece la lesione dell'interesse del contraente più debole, prefigurata nella fattispecie in esame, può avvalersi di una tutela più estesa con il richiamo alla fonte contrattuale della responsabilità.

Il tipo di tutela riconosciuto all'interesse e al soggetto attivo, che giocano nella fattispecie nella fase precedente, è diversamente inteso da chi si muove, pur nelle diverse posizioni e sfumature, nelle linee della cosiddetta teoria tradizionale, per la quale l'oggetto dell'obbligo è il contratto, ancorché doveroso. Occorre precisare che vengono talora etichettate all'interno della linea tradizionale sia le posizioni di confine di coloro che ritengono l'obbligo un mero dovere³⁶, sia le posizioni di coloro che hanno inteso il profilo dell'obbligo configurabile come corrispondente di un interesse che, altrove rilevante per il profilo della giurisdizione, è stato definito interesse legittimo di diritto privato³⁷.

Le posizioni che si sono mosse nella impostazione secondo cui l'obbligo a contrarre va valutato sotto il profilo del limite posto all'autonomia contrattuale ed alla volontà, piuttosto che sull'esame del rapporto intersoggettivo che precede

³⁵ V. NIVARRA, *op. cit.*, 111 ss.

³⁶ Per FERRI, *op. cit.*, 162, nel monopolio legale non vi sarebbe alcuna attribuzione di posizione soggettiva nei confronti del privato, e quindi il rifiuto illegittimo determina soltanto decadenza della concessione. Sottolinea, al contrario, il momento pubblicistico del rapporto privatistico, GIORGIANNI, *op. cit.*, 392 ss., ma si limita a constatare la crisi dei concetti classici di autonomia e di diritto soggettivo. V., inoltre, POTOTSHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 285; DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, voce *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 697 ss.; MESSINEO, *Contratto preliminare*, voce *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 165 ss.; per la tutela di tipo aquiliano anche GABRIELLI, *op. cit.*, 191; v. l'ampia letteratura citata da BARCELLONA, *op. cit.*, 37 ss.

³⁷ V. MONTESANO, *op. cit.*, e il riferimento di RESCIGNO nell'*abuso del diritto*, cit. Quest'ultimo torna ad occuparsi della categoria in occasione della Tavola rotonda tenutasi a Roma nel marzo 1987, « Ma cos'è questo interesse legittimo », in *Foro amm.*, 1988, 343.

il contratto e delle situazioni soggettive che precedono la costituzione del rapporto definitivo, hanno per lo più negato al rifiuto di contrarre la tutela specifica del contratto, svalutando effettivamente la fase precedente quest'ultimo, del quale è stato semmai rilevato il momento pubblicistico. L'azione riconosciuta al singolo è stata limitata al risarcimento del danno giuridicamente rilevante. La illiceità del rifiuto ha trovato spazio nei criteri della responsabilità aquiliana (art. 2043), notoriamente più restrittivi di quella per inadempimento.

Il rifiuto di contrarre e lo sfruttamento di posizioni di forza nella stipulazione del contratto destarono l'interesse di coloro che, raccogliendo anche gli stimoli di studiosi stranieri³⁸, approfondirono già la dottrina dell'abuso di diritto, e criticarono, in quell'ambito, sia la « paternalistica funzionalizzazione »³⁹ dell'impresa, sia l'esaltazione del rapporto sociale rispetto al rapporto giuridico, ritenuta propria di impostazioni estranee al nostro sistema, invitando piuttosto l'interprete a scoprire, ma rispettando il vincolo del dato giuridico positivo, il « destino delle prerogative private », alla luce delle modifiche prodottesi nei diritti dei privati, e della di essi sindacabilità, sia che il limite-sanzione colpisca l'esercizio dell'autonomia privata nella manifestazione del non agire, ovviamente in presenza di un obbligo, che imponga per esempio la parità di trattamento, sia nella manifestazione delle libertà positive, dopo averne definito il contenuto. Si volle condurre l'approfondimento della teoria dell'abuso, altrove sviluppata⁴⁰, sulla base delle norme e dei concetti utilizzati dal legislatore, quali ad esempio quelli di giusta causa e di giustificato motivo, e sulle sanzioni previste per gli atti che rechino pregiudizio a determinati interessi, rilevandosi nella sostanza l'insufficienza della uguaglianza meramente formale, ispirata ai valori in crisi della certezza del diritto e della garanzia delle libertà individuali, in una società dominata piuttosto dalla disuguaglianza.

Così per l'obbligo di contrarre imposto dalla legge, insieme alla parità di trattamento, nei confronti dei soggetti che operano in condizione di monopolio legale, « l'idea dell'abuso » fu vista come destinata a colmare la lacuna della

previsione legislativa dell'art. 2597 cod. civ. che non fa riferimento al monopolio di fatto.

4. Se vogliamo mantenere il discorso rigorosamente ancorato al dato del diritto positivo e dell'esperienza giuridica e vogliamo tentare nello stesso tempo di condividere la forzatura dei vincoli operata dalla Corte, non necessariamente dobbiamo ritenere l'esercizio dell'impresa il fulcro dell'intera disciplina, né mantenere ad ogni costo « l'illusione del contratto come manifestazione di libertà »⁴¹, in situazioni nelle quali i « soggetti forti finiscono con il trasformare atti formalmente qualificati come atti di autonomia, in manifestazioni di un potere unilaterale », « di fronte alla forza di chi versa in condizioni di debolezza » e « di impossibilità di resistere » ad un « dettato già preconstituito », ma possiamo rifarci ai suggerimenti di chi, fuoriuscendo dal terreno tanto dell'economia quanto della volontà individuale, ci riconduce verso la « riscoperta » dell'autonomia negoziale, sia pure nel verso della autonomia privata ma collettiva, per la tutela di interessi omogenei, piuttosto che di manifestazioni individuali, in capo a categoria « diffuse », in grado di organizzarsi attraverso forme spontanee e volontarie di aggregazione, in analogia di altre esperienze di autonomia collettiva. Come del resto, già da qualche tempo, alle stesse organizzazioni sindacali vanno affiancandosi associazioni di difesa dei consumatori⁴². In tal

³⁸ V. l'ampissima bibliografia di RESCIGNO nell'*Abuso*, *op. cit.* Sulla teoria dell'abuso v. anche SENA, *op. cit.*

³⁹ Per una critica alla funzionalizzazione dell'impresa, sostenuta da LIBERTINI, *op. cit.*, 280, MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618.

⁴⁰ La teoria dell'abuso di diritto della quale ci ha ampiamente informato RESCIGNO, *op. cit.*, originata in Francia e ripresa in Germania, si fonda sul controllo della moralità e socialità dell'atto di diritto privato. In particolare per l'illiceità del rifiuto di contrarre fondata sulla contrarietà al buon costume, SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960. La ricerca si spinge sino ad accertare i motivi e la moralità delle intenzioni sugli indirizzi politico-economici del legislatore.

⁴¹ Così RESCIGNO, in *Trasformazioni del ruolo istituzionale dei privati*, cit., 459.

⁴² V. ad es. l'Adiconsum che aderisce alla CISL e la Federconsumatori che affianca la CGIL.

modo l'autonomia privata viene riproposta in termini diversi e come capace, essa stessa, di sopperire « all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia », come si esprime la sentenza che stiamo annotando. Così « i controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie » (così nella sentenza), sarebbero affidati non tanto, o non solo, ad organi amministrativi, pubblici o semipubblici e comunque discutibili, e ad ambigue figure di « garanti », quanto alla più sicura autonomia stessa, nella nozione riveduta e proposta, in grado di svolgere, o diversamente o in ausilio, la auspicata funzione di controllo nei confronti di chi detiene il potere economico.

È questa la strada per rafforzare autenticamente la tutela degli utenti, nella prospettiva costituzionale, come da più parti ormai si insiste⁴³.

Di tutt'altra natura ci appare la difficoltà di calcolare gli indici e i criteri utili per disancorare l'applicazione della norma in argomento dall'« attracco sicuro » dell'esclusiva legale⁴⁴. Né possiamo soffermarci, per ovvie ragioni, sulla no-

zione di posizione dominante, già presente nell'art. 86 del trattato istitutivo della CEE, ed ora accolta nella legge emanata a tutela della concorrenza e del mercato. Fu anzi la difficile ricerca a sconsigliare talora chi già tentò⁴⁵ la estensione analogica dell'art. 2597, modellato sullo schema obbligatorio, e quindi in un certo senso rigido, ad ipotesi diverse dal monopolio legale. Così come non possiamo qui verificare se nella situazione di fatto da cui ha preso le mosse la sentenza siano effettivamente riconoscibili i caratteri dell'impresa dominante o del monopolio di fatto, nel quale la Corte ha identificato la intermediazione esclusiva della SIAE. Con riferimento alla quale, l'indagine potrebbe proseguire nel merito della possibilità di perseguire nei suoi confronti la conclusione del contratto, così « dettato », per mezzo di sentenza (art. 2932 cod. civ.)⁴⁶, tra l'altro, trattandosi di un ente pubblico.

MARGHERITA BIANCHINI

⁴³ V., per una completa tutela del consumatore, ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, 56 ss., e, dello stesso autore, *Consumatori e utenti: il problema dell'informazione*, in questa *Rivista*, 1985, 865. Sul versante della tutela dell'utente nei confronti dei pubblici servizi, cfr. ZENO ZENCOVICH, *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici* (nota a Corte Cost. 20 dicembre 1988, n. 1104), *ibidem*, 1988, 479; ID., *Consumatore (tutela di)*, voce *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, e bibliografia ivi citata.

⁴⁴ ASCARELLI, *op. cit.*, 156.

⁴⁵ Cfr. GUGLIELMETTI, *op. cit.*, 434.

⁴⁶ Per la possibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ancorché derivante dalla legge v. RESCIGNO, *Manuale*, cit., 1988, 672. L'autore vi dichiara che « la infungibilità della volontà negoziale privata è un antico e radicato pregiudizio ». Favorevoli anche ASCARELLI, *op. cit.*, 60; AULETTA-MANGINI, *op. cit.*, 199-200. In giurisprudenza v. Cass. 6 dicembre 1968, n. 3914, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 2048 e Trib. Napoli 26 gennaio 1979, in *Dir. giur.*, 1980, 743, con nota di CAPOZZI. *Contra*: SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 32 e GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64. Per la stessa tesi v. Cass., 23 gennaio 1978, n. 298, in *Giur. it.*, I, 1, 147, con nota di ROPPO. Sul tema in generale, v. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. RESCIGNO, 20, Torino, 1985, 344 ss. Circa l'applicabilità dell'art. 2597 alle imprese di natura pubblicitaria non sembra sussistano perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza. V. di recente Cass. 25 gennaio 1985, n. 353, cit.