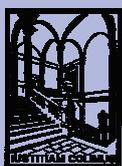


JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



Estratto



G. Giappichelli Editore



RICCARDO FORNASARI*

Dottorando di ricerca – Università degli Studi di Bologna

CREPUSCOLO DEGLI IDOLI. DALLA FRAMMENTAZIONE DEL SOGGETTO ALLA FRAMMENTAZIONE DEL CONTRATTO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le aporie connesse all'analisi incentrata sull'autonomia della volontà. – 3. Il soggetto, categoria fondante del diritto dei contratti. – 4. Unità del contratto. – 5. L'esempio delle condizioni generali nel codice civile italiano. – 6. Il cambiamento di prospettiva e l'affermarsi di una nuova razionalità. – 7. La frammentazione del soggetto. – 8. La frammentazione del contratto. – 9. Le conseguenze teoriche e pratiche.

1. – La crisi degli istituti fondamentali del diritto dei contratti dei sistemi di *civil law* dell'Europa continentale, connessa alle evoluzioni del diritto contemporaneo, è al centro delle analisi dei giusprivatisti¹. In questo processo di trasformazione, l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi nazionali di diritto privato, cambiandone la struttura e decomponendone l'ordine sistematico, svolge un ruolo fondamentale. Uno degli elementi essenziali di tale evoluzione è stata la caratterizzazione dei contraenti secondo il loro *status* sul mercato: dapprima, l'introduzione (o il profondo mutamento della regolazione)² della figura del consuma-

* Dottorando di ricerca in cotutela (Università di Bologna e Université Paris Nanterre); LLM (King's College, Londra).

** Lo scritto costituisce una traduzione, con alcuni aggiornamenti ed integrazioni, del saggio intitolato *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *European Review of Private Law*, 2019, 4.

¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila* (Torino: Giappichelli, 3° éd. 2011); CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, (Paris: Dalloz 2003); C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2015); C. Thibierge-Guelfucci, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *RTD civ. (Revue trimestrielle de droit civil)* 1997, pp. 57 et ss.; F. DI MARZIO (dir.), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive* (Milano: Giuffrè 2004).

² Ad esempio, in Francia la prima regolamentazione concernente i contratti conclusi da un consumatore è stata realizzata nel 1978; in Germania nel 1976 (v. par. 7-8).



tore³; in seguito, la differenziazione dei professionisti e la protezione dell'«impresa debole».

Queste norme hanno causato una frammentazione del soggetto di diritto secondo le sue qualità e il ruolo che gioca nel mercato: questa novità, introdotta nei «diritti settoriali» o nel codice civile⁴, ha stravolto la concezione del soggetto così come era stata elaborata dai giuristi del XVIII e XIX secolo. Viene rimessa in discussione l'astrazione sulla quale era fondata la *reductio ad unum* del soggetto, considerata come elemento fondante della codificazione borghese⁵, con conseguenze notevoli in relazione al ruolo della volontà e, quindi, del contratto.

Il cambiamento di paradigma concernente il soggetto, fondato su una trasformazione delle relazioni commerciali e una concezione differente del mercato e dell'ordine concorrenziale non è, infatti, priva di conseguenza sulla teoria del contratto: l'unità concettuale di quest'ultima era fondata sull'incontro di due volontà libere e uguali. Se l'astrazione del soggetto di diritto è messa in discussione e superata da una logica differente, l'unità concettuale del contratto perde i propri fondamenti teorici e la propria legittimità intrinseca e può, di conseguenza, essere a sua volta rimessa in discussione, come è dimostrato, ad esempio, dall'*ordonnance* di riforma del *code civil* francese⁶. Queste trasformazioni segnano la fine di un approccio filosofico ed anche metodologico al diritto e vi sostituiscono una concezione «altra». In questo articolo si sosterrà che questa nuova concezione del mercato comporta un cambiamento della funzione della regolamentazione del diritto dei contratti e delle nozioni fondamentali che ne sono alla base.

L'articolo analizza le trasformazioni del diritto contemporaneo attraverso il prisma della nozione di soggetto. Le mutazioni che una nuova concezione del mercato e la costruzione e lo sviluppo dell'Unione Europea (UE) hanno comportato saranno analizzate utilizzando esempi tratti dal diritto francese, tedesco e italiano. Lo studio sarà condotto in una prospettiva di «longue durée»⁷, prendendo in considerazione i fondamenti del-

³ P. SIRENA, 'L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato', *ODCC (Osservatorio del diritto civile e commerciale)* 2014, pp. 3 et ss.

⁴ In Germania le disposizioni concernenti la protezione del consumatore sono state inserite nel codice civile con la riforma del 2002; in Francia invece vige un codice del consumo. Sul tema v. S. GRUNDMANN et S.M. SCHÄFER, 'The French and the German Reforms of Contract Law', 13. *ERCL (European Review of Contract Law)* 2017, pp. (459) 473-475.

⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna: Il Mulino 1998), pp. 182-183, 505, 559 et ss.

⁶ Circa la categoria del «contrat d'adhésion» e il nuovo art. 1171 del *code civil* v. par. 8.

⁷ Il riferimento è a F. BRAUDEL, 'La longue durée', 13. *Annales. Economies, sociétés, civilisations* 1958, pp. 725 et ss.



l'unità del soggetto di diritto così come gli elementi che, nel corso dei secoli successivi, hanno portato alla sua frammentazione ed all'attuale «crisi». Al contrario, gli elementi di *path dependence* dei sistemi nazionali sui quali si sono innestate dette trasformazioni, nonostante siano molto importanti al fine di comprendere le evoluzioni di ogni sistema, vanno ben oltre l'ambito di questo scritto e non saranno esaminate.

Innanzitutto, saranno analizzati i fondamenti teorici e filosofici dell'unità del soggetto nei codici liberali classici, così come le conseguenze di questa concezione sulla teoria del contratto. Le regole del codice civile italiano relative alle clausole abusive inserite nelle condizioni generali saranno prese in considerazione come esempi paradigmatici della tensione tra gli sviluppi degli scambi commerciali e l'approccio classico⁸. In seguito, i fattori che hanno rivoluzionato il contesto sociale, economico e filosofico sul quale la teoria classica si basava saranno messi in evidenza, focalizzandosi sullo sviluppo della regolamentazione dell'UE e la sua razionalità: saranno esaminati gli effetti di questo mutamento di paradigma sulla nozione di soggetto e di contratto. Infine, saranno messe in evidenza le conseguenze che ciò implica sulla struttura e le categorie cardinali del diritto dei contratti.

2. – Nelle elaborazioni dottrinali di diritto privato di *civil law* la regolamentazione del contratto è usualmente trattata a partire dal principio dell'autonomia della volontà, che è innanzitutto analizzato in relazione al contesto che ne ha consentito lo sviluppo e, in seguito, in relazione alle limitazioni ed alle critiche, sempre più rilevanti, di cui è stato oggetto a partire dall'inizio del XX secolo. Tuttavia, esaminare le trasformazioni profonde che hanno coinvolto il diritto dei contratti attraverso il prisma dell'autonomia della volontà e, quindi, del rapporto tra la volontà e la legge⁹, comporta usualmente alcune pre-comprensioni che ne strutturano l'analisi.

Infatti, tale approccio costringe il giurista (o, meglio, il giurista di *civil law* è portato) a concepire le nuove norme che apparentemente limitano l'autonomia dei contraenti in una prospettiva dicotomica rispetto alla volontà; inoltre, il presupposto, più o meno

⁸ Il termine «classico», secondo l'utilizzo usuale, fa riferimento ai codici ed ai sistemi normativi del XIX e dell'inizio del XX secolo, così come agli economisti liberali del medesimo periodo.

⁹ Tale problematica si è posta a partire dall'affermazione del principio dell'autonomia della volontà, soprattutto circa il ruolo fondatore o derivato della legge rispetto alla forza creatrice della volontà, v. CH. JAMIN, 'Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil', *D. (Recueil Dalloz)* 2002, doctr. 901; N. IRTI, 'Per una concezione normativa dell'autonomia privata', *72. Riv. trim. dir. proc. civ. (Rivista trimestrale di diritto e procedura civile)* 2018, pp. 555 et ss.



esplicito, di numerose analisi è che tali interventi tendano ad un'allocazione delle risorse differente da quella che sarebbe realizzata se la volontà dei contraenti non fosse stata limitata dalla legge. Tale approccio, nonostante sia fecondo di risultati e appropriato al fine di esaminare gli interventi del legislatore che hanno avuto luogo intorno alla metà del secolo scorso¹⁰, è, a nostro avviso, limitato e limitante nel momento in cui si vogliono analizzare le radici e le ragioni profonde della «nouvelle crise du contrat»¹¹, poiché non permette di cogliere appieno le trasformazioni sociali, economiche e teoriche che ne sono alla base.

Inoltre, tale approccio soffre di un'aporia storica ed una logica. Da un lato, è opportuno constatare che, come oramai riconosciuto dalla dottrina maggioritaria¹², il principio dell'autonomia della volontà non è stato alla base della codificazione francese¹³, ma è stato affermato quasi un secolo dopo la codificazione stessa, sotto l'influenza della dottrina tedesca¹⁴. Nonostante la notevole capacità esplicativa di tale principio, le regole concernenti il contratto presentavano già tutte le principali caratteristiche del diritto liberale classico, benché tale dogma non fosse stato elaborato dai codificatori.

Dall'altro, il principio di libertà contrattuale (espressione determinante della teoria dell'autonomia della volontà) rimane centrale nella teoria dei contratti contemporanea,

¹⁰ Per la chiarificazione delle norme a cui ci si riferisce, di cui il contenuto, il momento di approvazione ed il carattere unitario o molteplice dipendono dalle specificità nazionali v. par. 7.

¹¹ Il riferimento è all'opera CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise*.

¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique* (Paris: Dalloz, 14^e éd. 2010), pp. 86 et ss.; G. ROUHETTE, "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat', dans *Études offertes à René Rodière* (Paris: Dalloz 1981), pp. (247) 248-249.

¹³ X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française* (Poitiers: Éditions Dominique Martin Morin, 3^e éd. 2015), pp. 259 et ss.; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris: PUF, 2^e éd. 2012), pp. 142 et ss.; G. ROUHETTE, 'La force obligatoire du contrat – Rapport français', dans D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (Paris: L.G.D.J. 1987), pp. 27-55. V. aussi les observations de Portalis sur la prédominance de la loi par rapport à la volonté: J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques* (Aix-en-Provence: PUAM 1988), pp. 77-78. La nozione di autonomia della volontà, invece, è stata per la prima volta utilizzata in diritto internazionale privato, v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (Paris: Dalloz Précis, 2^e éd. 2010), pp. 826-827; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations* (Paris: L.G.D.J., 8^e éd. 2016), p. 251; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté* (Paris: PUF 1980); A. NEGRI, 'Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi', 6. *Eur. dir. priv. (Europa e diritto privato)* 2003, pp. 51 et ss.

¹⁴ A partire dal XX secolo la dottrina afferma che il principio sarebbe oramai divenuto un pilastro del diritto dei contratti, v. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil français et allemand*, thèse Dijon, 1912; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2 (Paris: Dalloz, 10^e éd. 1948), pp. 11-16; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1 (Paris: Recueil Sirey, 3^e éd. 1938), pp. 99-103; J.-F. NIORT, 'Le code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national', *RTD civ.* 2005, p. (257) 273.



soprattutto nel diritto privato europeo¹⁵, che è tuttavia considerato come una delle fonti principali delle summenzionate limitazioni. Inoltre, l'art. 1102 del codice civile francese riformato¹⁶, che per la prima volta consacra nel diritto francese in maniera esplicita ed affermativa tale principio, ed il riconoscimento del rango costituzionale del principio della libertà contrattuale in alcuni paesi¹⁷ testimoniano la persistente centralità di tale nozione.

Queste conclamate manifestazioni del principio non ne hanno tuttavia rimesso in discussione le mutazioni avvenute negli ultimi decenni. In ragione di tali elementi apparentemente contrastanti, ci sembra opportuno cambiare prospettiva, al fine di analizzare queste evoluzioni attraverso nozioni differenti, che permettano altresì di esaminare le nuove caratteristiche dell'autonomia contrattuale e le sue implicazioni. Focalizzarsi sulla concezione del soggetto, anche in relazione al mercato, e, quindi sulla tipologia di regolamentazione del contratto che ne consegue, consente di superare l'impasse determinata dalle problematiche concernenti il rapporto tra la volontà e la legge e, allo stesso tempo, di analizzare tali trasformazioni attraverso una nozione fondamentale del diritto privato.

3. – Il code Napoléon, basandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC) del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nel sistema giuridico¹⁸. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a determinare i fondamenti di tale nozione sono numerose e, in questa sede, non è possibile tracciarne che le caratteristiche principali. Le basi teoriche sulle

¹⁵ S. GRUNDMANN, 'The Structure of European Contract Law', 9. *ERPL* (*European Review of Private Law*) 2001, pp. 505 et ss.; ID., 'On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law', 18. *ERPL* 2010, pp. (1055) 1058 et ss.

¹⁶ PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 246, sottolineano il legame tra questo articolo e la filosofia dei *Lumières*. V. anche LARRIBAU-TERNEYRE, 'Les résultats: une nouvelle conception du contrat?' dans V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats?* (Pau: PUPPA 2016), pp. (29) 34-36.

¹⁷ In relazione al diritto francese v. J. GHESTIN, 'La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle', *JCP G* (*La Semaine Juridique Édition Générale*) 2013, p. 929. In relazione al diritto tedesco v. L. RAISER, 'La Costituzione e il diritto privato', dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it. *Il compito del diritto privato* (Milano: Giuffrè 1990, éd. originelle 1977), pp. 171 et ss.; J. MICHAEL RAINER, 'Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania', *Jus civile* 2018, p. (386) 388; B. SCHÜTTE, 'The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. 217 et ss.

¹⁸ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes* (Paris: Dalloz, 8^e éd. 2012), pp. 10-11; A. PA-DOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe* (Cambridge: Cambridge University Press 2017), pp. 474-475.



quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo¹⁹, secondo il quale l'individuo è titolare di diritti inalienabili e che precedono il sistema giuridico²⁰, nonché il razionalismo²¹. Tali correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo propria della filosofia dei Lumières; inoltre, insieme alle preoccupazioni derivanti dalla morale del cristianesimo²² e del giansenismo²³, hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier, i due autori che hanno notevolmente influenzato le norme del *Code civil*²⁴.

Nonostante la disputa circa l'influenza effettiva del pensiero di Kant sugli autori del code Napoléon²⁵, questo ha sicuramente avuto un'influenza determinante sul pensiero successivo²⁶ e sui codificatori tedeschi. La filosofia kantiana comporta una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre, la teoria kantiana del diritto naturale postula un soggetto concepito come libero e razionale²⁷.

¹⁹ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix* (Paris: PUF 2012, éd. originelle 1625), circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. Prolégomènes, par. XI et ss., par. XI et XXI; sul contratto I. I, ch. XII, pp. 332 et ss. Sulle origini delle teorie del diritto naturale e le loro differenze v. N. ISRAËL et L. GRYN, *Généalogie du droit moderne* (Paris: Payot 2006).

²⁰ M. WALINE, *L'individualisme et le droit* (Paris: Éditions Domat Montchrestien, 2^e éd. 1949), pp. 92, 104-105.

²¹ R. DESCARTES, *Discours de la methode* (Paris: Flammarion 2000).

²² F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* (Paris: Dalloz, 11^e éd. 2013), p. 39. Circa le influenze del pensiero cristiano sulle dottrine di Domat e Pothier v. J.-L. GAZZANIGA, 'Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime', 12. *Droits* 1990, pp. 37 et ss.; A.-J. ARNAULD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1969), pp. 199 et ss. Circa le influenze dell'ideologia cristiana sulla Rivoluzione francese v. M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 43-44.

²³ CH. ATIAS, *Philosophie du droit* (Paris: PUF, 3^e éd. 2012), p. 97.

²⁴ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 473; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali* (Torino: Giappichelli, 3^e éd. 2014); M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, 'Le sujet de droit: trois hypostases', dans 34. *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* (Paris: Sirey 1989), pp. 13 et ss. Per una messa in discussione delle influenze del liberalismo, che avrebbero riguardato più gli interpreti del codice che i suoi redattori, v. A. BÜRGE, 'Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral', *RTD civ.* 2000, pp. 1 et ss.; X. MARTIN, *Nature humaine*.

²⁵ Numerosi autori affermano che il pensiero kantiano non abbia avuto un'influenza sui codificatori, ma sui giuristi del periodo successivo, v. CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, p. 12. Tuttavia, occorre sottolineare che Portalis conosceva l'opera di Kant, che critica, ma di cui non mette in discussione la concezione del soggetto come essere razionale, v. J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophiques au XVIII^e siècle* (Paris: Dalloz 2007, réimpression 3^e éd. 1834), ch. XXII, pp. 53 et ss.

²⁶ Sull'importanza del pensiero kantiano per la concezione moderna del diritto v. J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie* (Paris: Galilée 1990), pp. 83 et ss.

²⁷ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (Roma: Laterza 2005, éd. originale 1797). Sul pensiero giuridico di Kant v. A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État* (Paris: Pedone, 3^e éd. 1978), pp. 143 et ss.



Sulla base di tali influenze, la concezione dell'individuo propria della *DDHC* e del *code Napoléon*, attraverso la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese²⁸, postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista²⁹. L'obiettivo è quello di sopprimere le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di essere umano: il diritto fa quindi astrazione dalle situazioni specifiche e concrete che caratterizzano la vita in società³⁰, al fine di instaurare i principi di uguaglianza formale e di libertà, che viene attribuita individualmente ed universalmente ad ogni persona³¹.

Tale concezione del soggetto è adottata anche dalla dottrina tedesca. Le differenze filosofiche e teoriche alla base del *code civil* e della dottrina tedesca del XIX secolo³², le cui elaborazioni hanno influenzato il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sono notevoli³³, anche in relazione al dogma della volontà (*Willensdogma*)³⁴, che porta agli estremi l'astrazione dei concetti giuridici³⁵ e la signoria della volontà³⁶. Tuttavia, anche in Germania è adottata una

²⁸ Circa le origini politiche e teoriche del *Code napoléonien* v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 473. Sui differenti momenti della Rivoluzione e le ideologie che li hanno contraddistinti v. A. FORREST, *The French Revolution* (Oxford: Blackwell 1995).

²⁹ A. SUPIOT, *Homo juridicus* (Paris: Seuil 2005), pp. 46 et ss., 53. Circa la *fictio* della persona giuridica e l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato* (Padova: Cedam, 17° éd. 2017), pp. 42 et ss.; CH. RADÉ, 'Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?', dans *Mélanges Hauser* (Paris: LexisNexis-Dalloz 2012), pp. (589) 590 et ss.; D. CANALE, 'The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe', dans D. Canale, p. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro et alii (dir.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900* (Dordrecht: Springer 2009), pp. (135) 141 et ss.

³⁰ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Paris: Études et Documentation Internationales 1970), pp. 103 et ss. afferma che l'astrazione e l'impersonalità del soggetto di diritto derivano dai rapporti sociali mercantili della società capitalista.

³¹ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 448 afferma che: «The text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights'(Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula.» Tale libertà individuale ha fatto sì che il modello sia definito come «individualista» v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali* (Torino: Giappichelli, 3° éd. 2014); M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, dans *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* 1989, pp. 13 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, p. (29) 32.

³² Circa il pensiero di Puchta, di Windscheid, la *Begriffsjurisprudenz* e le Pandette v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, pp. 585 et ss.

³³ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 526.

³⁴ M. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, t. 1 (Paris: Firmin Didot Frères 1840), p. 328, § 53 afferma che: «on peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre».

³⁵ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia* (Milano: Giuffrè 1998).



concezione astratta del soggetto, considerato come essere razionale³⁷, legata alla concezione economica liberale³⁸.

Lo stesso può dirsi del codice italiano del 1865 e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni posteriori alla fine della seconda guerra mondiale, nonostante i tratti di discontinuità dipendenti dal regime politico che lo ha realizzato³⁹: la concezione del soggetto, così come quella del contratto, sono fondamentalmente liberali ed ancorate al principio della libertà contrattuale⁴⁰.

In relazione a ciò che più ci interessa in questa sede, è importante rimarcare che tale teoria postula un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, nonché uguale a tutti gli altri⁴¹: è il trionfo dell'uguaglianza formale⁴², che determina altresì una re-

³⁶ Sullo sviluppo della dottrina dell'autonomia della volontà in Germania v. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (Tübingen: Mohr Siebeck 2009); J. MICHAEL RAINER, *Jus civile* 2018, pp. 386 et ss. Sull'autonomia della volontà e gli atti giuridici v. C. WITZ, *Droit privé allemand. I. Actes juridiques, droits subjectifs – BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires* (Paris: Litec 1992), pp. 87 et ss.; M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand* (Paris: L.G.D.J., 2^e éd. 2017), pp. 75 et ss.

³⁷ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 556; F. GALGANO, *Diritto privato*, pp. 42 et ss., 238 et ss.; E. NAVARRETTA, 'L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi', 43. *Quaderni fiorentini* 2014, 1, pp. (589) 591-592; H.-W. MICKLITZ, 'The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture', dans G. Helleringer et K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C. H. Beck-Hart-Nomos: München-Oxford-Baden-Baden 2014), p. (81) 95. Sulle peculiarità della concezione spagnola del ruolo del soggetto di diritto e dell'autonomia della volontà, influenzata dall'opera di K. Krause, v. S. MARTÍN, 'La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)', 43. *Quaderni fiorentini* 2014, 1, pp. 481 et ss..

³⁸ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2 (Milano: Giuffrè 1980, éd. originelle 1967), pp. 196-198.

³⁹ Sul rapporto tra diritto privato e regime fascista v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2005); P. G. MONATERI, 'Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. (123) 132-137.

⁴⁰ Circa la concezione dell'autonomia della volontà del giurista che ha diretto i lavori di realizzazione del codice: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli* (Torino: UTET, 2^e éd. 1950), pp. 46 et ss.

⁴¹ E. NAVARRETTA, *Quaderni fiorentini* 2014, p. (589) 595.

⁴² Questa concezione non è scossa dalla persistente presenza, in Francia e in Germania, del codice del commercio a fianco del codice civile. Innanzitutto, sino alle più recenti riforme, questi codici erano arcaici e avevano un ambito di regolazione limitato: il diritto del commercio era costituito soprattutto da leggi speciali (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial* (Paris: L.G.D.J., 11^e éd. 2015), p. 20). Inoltre, tali codici si basavano comunque su alcune nozioni fondamentali tratte dal codice civile, tra cui quelle di soggetto e di obbligazione (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, p. 35). Infine, questi codici non promuovevano una visione differente del soggetto e del contratto (P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1 (Paris: Economica 2005), pp. 3 et ss.). Sull'unificazione, in Italia, del codice civile e del codice del commercio v. F. GALGANO, 'Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti



golamentazione unitaria del contratto⁴³. Tali concezioni giuridiche erano fondate sul contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *Code Napoléonien*⁴⁴, le attività produttive ed il commercio erano principalmente artigianali e familiari e, di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate⁴⁵.

Inoltre, tale visione è strettamente connessa alle teorie degli economisti e filosofi liberali classici⁴⁶ ed alla loro concezione del mercato⁴⁷. Nonostante gli approcci di tali autori presentino delle differenze, la libertà, concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto, è ancorata alle concezioni economiche del «laissez faire, laissez passer»⁴⁸. In breve, solamente gli individui, lasciati liberi⁴⁹ di agire sul mercato e di determinarsi nelle loro scelte sulla base di un calcolo egoista, possono far aumentare il benessere della società nel suo insieme⁵⁰. La circolazione della ricchezza

economici', dans F. Galgano (dir.), *La costituzione economica*, t. 1, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (Padova: Cedam 1977), pp. (3) 88 et ss.; G. AULETTA, 'L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942', dans *Scritti giuridici*, t. 8 (Milano: Giuffrè 2001), pp. 205 et ss.

⁴³ V. par. 4.

⁴⁴ In tale epoca in Francia lo sviluppo del capitalismo industriale non era che agli esordi, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p. 177.

⁴⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p. 41.

⁴⁶ F. GALGANO, *Diritto privato*, pp. 42 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, pp. (29) 31-32; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 107: «historiquement cependant l'acte d'échange précisément a fait murir l'idée de sujet, comme porteur de toutes les prétentions juridiques possibles. C'est seulement dans l'économie marchande que naît la forme juridique abstraite, autrement dit que la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions juridiques concrètes. Seul le transfert continu des droits qui a lieu sur le marché crée l'idée d'un porteur immuable de ces droits. Sur le marché celui qui oblige quelqu'un s'oblige simultanément. Il passe à tout instant de la situation de partie prétendante à la situation de partie obligée. Ainsi se crée la possibilité de faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept juridique.»

⁴⁷ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp. 32-33.

⁴⁸ J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, p. 826; V. ROPPO, *Il contratto*, dans *Trattato Iudica-Zatti* (Milano: Giuffrè 2011, 2^e éd.), pp. 37-39.

⁴⁹ Le giustificazioni dei limiti dell'intervento dello stato non sono le stesse per tutti i liberali. Schematicamente, si possono individuare due correnti: la prima, che mette al centro l'aspetto giuridico, fonda questi limiti sui diritti naturali dell'individuo. La seconda, che mette al centro l'aspetto scientifico, li basa sulla natura dell'individuo e il suo agire interessato. Occorre tuttavia sottolineare che queste correnti sovente si intrecciano; quella che in questa sede ci interessa maggiormente, dato che è alla base della codificazione francese, è la corrente giuridica, v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde* (Paris: La Découverte/Poche 2010), pp. 26 et ss., 71 et ss., 101 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique* (Paris: Gallimard Seuil 2004), pp. 40 et ss.

⁵⁰ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7 (Chicago: University of Chicago Press 1977), pp. 83 et ss. La libertà contrattuale è quindi un corollario di tale teoria economica, v. M. WALINE, *L'individualisme* p. 174. Per una critica della maniera dominante di comprendere il pensiero di A. Smith v. G. DO-



avrebbe come effetto quello di permettere la migliore allocazione possibile delle risorse.

Una delle premesse di tale teoria è una concezione che si potrebbe definire «naturalista»⁵¹ del mercato, concepito come ordine spontaneo⁵² preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del giusto prezzo, ossia il prezzo adeguato al valore del bene⁵³. Il meccanismo del giusto prezzo, che si forma grazie alla concorrenza, permetterebbe un arricchimento reciproco dei contraenti e, di conseguenza, della società in generale⁵⁴. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di garantire l'esecuzione delle obbligazioni⁵⁵.

4. – La concezione del mercato e del soggetto di cui abbiamo abbozzato i tratti fondamentali comporta altresì una visione specifica del contratto: la *reductio ad unum* del soggetto di diritto comporta la *reductio ad unum* del contratto. Invero, il fondamento del contratto risiede nell'accordo⁵⁶, frutto dell'incontro delle volontà di soggetti liberi e razionali⁵⁷. Se tale consenso non è viziato⁵⁸, l'accordo è considerato come razionale⁵⁹, poiché la volontà, come

STALER, 'Les chemins sinueux de la pensée économique libérale', 44. *L'Économie Politique* 2009, 4, pp. (42) 49-50.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp. 33 et ss.; DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 6 et ss.

⁵² G. DOSTALER, *L'Économie Politique* 2009, pp. (42) 47 et ss.

⁵³ Il tema del giusto prezzo è costante in tutte le correnti del liberalismo classico. Così i fisiocratici lo definiscono il «buon prezzo», v. E. DEPITRE, Introduction à Dupont de Nemours, *De l'exportation et de l'importation des grains* (Paris: P. Geuthner 1911), pp. XXIII-XXIV; Marshall il «prezzo normale», v. A. MARSHALL, *Principles of Economics* (London: Macmillan & Co. 1890), anche se già a partire dalla fine del XIX secolo si cominciava a porre la problematica dell'alterazione della concorrenza e, quindi, del meccanismo di formazione del prezzo, v. L. PFISTER, 'Contrat, libre concurrence et ordre public: la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle', *Revue des contrats (RDC)* 2012, p. 349.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p. 55; v. A. SMITH, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, pp. 590 et ss..

⁵⁵ M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 174-175.

⁵⁶ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1962), p. 132; D. DE-ROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* (Paris: Economica, 2^e éd. 2012), pp. 173 et ss.; J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (Paris: Dalloz, 2^e éd. 2010), p. 829 osserva che, nonostante la maggior parte della dottrina consideri la libertà contrattuale come espressione dell'autonomia della volontà, questo ragionamento è errato, poiché il principio del consenso ha radici ben più antiche del principio dell'autonomia.

⁵⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* (Paris: PUF 2011), pp. 428 et ss.; M. M. SALAH, 'Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois', 27. *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2013, pp. 475-476.

⁵⁸ Il problema dei vizi del consenso è infatti legato al consensualismo ed al ruolo della volontà nella creazione dell'impegno, v. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* (Paris: L.G.D.J. 1961), p. 89.

JUS CIVILE



concepita a partire dai *Lumières* e dalle Pandette, è l'espressione diretta della ragione umana⁶⁰.

Ne consegue che, seguendo pedissequamente tale principio, nessun intervento esterno da parte di chicchessia⁶¹, che non sia giustificato dalla necessità di sanzionare un accordo che non è, in realtà, il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere permesso. Tale concezione è strettamente connessa a quella del mercato adottata dai liberali classici⁶²: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto che è concepito come naturale⁶³. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli che sono necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico.

Il principio dell'autonomia della volontà, che abbia un valore fondante o esplicativo⁶⁴ del sistema del diritto delle obbligazioni, connette tale concezione del contratto a quella del soggetto e ne giustifica la forza vincolante. Secondo la celebre espressione di Alfred Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»⁶⁵; il contratto è giusto perché costituisce il prodotto della volontà, che è l'espressione della libertà e della razionalità umana. In altri termini, in relazione allo scambio, non ci sono criteri che possano guidare l'interprete altri e differenti da quello della libera scelta sul mercato, reputato come il migliore perché determinato dalla decisione individuale ed egoista del soggetto.

L'autonomia della volontà si basa su una concezione dell'individuo come essere comple-

⁵⁹ L'antagonismo tra gli interessi dei contraenti e la necessità del consenso degli stessi garantiscono che gli interessi di una parte non siano sacrificati, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p. 177.

⁶⁰ D. TERRÉ-FORNACCIARI, 'L'autonomie de la volonté', in *Revue de sciences morales et politiques* 1995, p. (255) 264.

⁶¹ M. WALINE, *L'individualisme*, p. 170 afferma, circa il contenuto del principio dell'autonomia della volontà: «toute obligation, pour être sanctionnée par le Droit, doit être librement consentie; mais, à l'inverse, toute obligation, du moment qu'elle est librement consentie, doit être sanctionnée par le Droit». V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, 'Volonté et obligation', dans «L'obligation», *Archives de philosophie du droit*, t. 44 (Paris: Dalloz 2000), p. (129) 133; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, p. 432.

⁶² PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations* (Paris: LexisNexis, 14^e éd. 2017), p. 80.

⁶³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo* (Napoli: Editoriale Scientifica 2010), pp. 24 et ss.

⁶⁴ Sulle differenti concezioni dell'autonomia della volontà da un punto di vista politico e storico v. CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; N. IRTI, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, pp. 555 et ss.; SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp. 35 et ss.; J.-P. CHAZAL, 'De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil', *RTD civ.* 2001, pp. 265 et ss.; CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; E. NAVARRETTA, *Quaderni fiorentini* 2014, pp. (589) 593 et ss.

⁶⁵ Sulla quale v. J.-F. SPRITZ, "'Qui dit contractuel dit juste": quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée', *RTD civ.* 2007, pp. 281 et ss.



tamente razionale ed informato, che agisce su un mercato concorrenziale⁶⁶. Tale concezione della volontà e del contratto è consustanziale all'approccio liberale classico⁶⁷ e all'affermazione della società borghese, per la quale i postulati della libertà e dell'uguaglianza dei soggetti sono fondamentali per l'atto di scambio⁶⁸. La circolazione della ricchezza ed il processo di produzione mercantile necessitano dello scambio⁶⁹, che non può essere realizzato che tramite il contratto, prodotto della volontà dell'individuo⁷⁰ e fonte di diritti ed obbligazioni⁷¹.

In tale quadro teorico si comprende altresì l'unità del concetto di contratto: la nozione di contratto è unitaria perché non ci sono gradi di intensità differente del consenso o della sua forza vincolante. La volontà è il prodotto della razionalità naturale del soggetto; la regolamentazione dei contratti speciali si inserisce nel contesto della libertà contrattuale, che è il quadro fondamentale in relazione al quale tali norme hanno un valore suppletivo o integrativo⁷², e non di microsistemi fondati su una logica alternativa.

5. – Un esempio paradigmatico di tale approccio teorico è la regolamentazione del codice civile italiano delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali (art. 1341 c.c.) e nei contratti in serie⁷³ (art. 1342 c.c.).

Tale esempio è interessante perché queste norme sono state adottate in un contesto economico che era molto evoluto – in ragione dello sviluppo delle strutture produttive e del commercio – rispetto al contesto precedentemente esaminato e, quindi, mette in evidenza la tensione endogena a tale approccio in relazione alle evoluzioni del mondo

⁶⁶ PH. JESTAZ, 'Rapport de synthèse "Quel contrat pour demain?"', dans Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat* (Paris: Dalloz 2003), p. (243) 253.

⁶⁷ M. WALINE, *L'individualisme*, p. 176.

⁶⁸ È «dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination», v. E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 106; K. MARX, *Le Capital*, I, ch. II (Paris: Flammarion 1985, 1^{re} éd. française 1867), p. 112.

⁶⁹ K. MARX, *Le Capital*, I, ch. II, p. 112.

⁷⁰ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 102.

⁷¹ «L'économie de marché ne fonctionne pas sans des sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et obligations», v. M.-A. FRISON-ROCHE, 'Droit et économie', dans F. Terré (dir.), *Regards sur le droit* (Paris: Dalloz, 2010), p. (119) 124. V. aussi E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, pp. 88-89.

⁷² L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, p. 25.

⁷³ Sulle controversie concernenti tale nozione in Francia all'inizio del XX secolo v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp. 441 et ss.



commerciale. Inoltre, la regolamentazione delle clausole vessatorie è stata oggetto di plurimi interventi del diritto dell'UE e dei legislatori nazionali: è quindi utile esaminare i cambiamenti nelle modalità di valutazione delle problematiche che queste sollevano, nonché le soluzioni apportate.

Le due norme summenzionate rivestono carattere di novità e sono estremamente originali rispetto alle altre codificazioni. Il Rapporto di presentazione al Re del codice civile evidenzia il fatto che la loro introduzione sia stata motivata dal contesto economico dell'epoca⁷⁴. Gli sviluppi del sistema industriale e del commercio hanno modificato la struttura produttiva e commerciale, rendendo molto più evidente lo squilibrio dei contraenti nella negoziazione di massa⁷⁵. Le imprese, in ragione delle necessità del commercio e della standardizzazione degli scambi, avevano iniziato a strutturare i rapporti contrattuali utilizzando contratti in serie. In tali casi, il modello di contratto concepito in ogni caso come un rapporto tra pari non era adeguato rispetto alla realtà commerciale.

Sulla base di tali considerazioni, il legislatore ha introdotto nel codice civile gli articoli 1341 e 1342. L'art. 1341, concernente la validità e l'efficacia delle condizioni generali, prevede che queste sono valide se erano conosciute o conoscibili dall'altra parte al momento della conclusione del contratto. La norma costituisce una deroga al principio del consenso, poiché vi sostituisce la conoscibilità⁷⁶; tuttavia, ciò che in questa sede ci interessa maggiormente sono le condizioni di validità ed efficacia delle clausole vessatorie, regolate dal secondo comma e applicabili anche ai contratti in serie (art. 1342, comma 2 c.c.). Si prevede che determinate clausole sono valide solamente se sono state specificamente approvate per iscritto dall'altra parte. La giurisprudenza ha interpretato tale condizione nel senso di richiedere una specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali o nel contratto in serie⁷⁷: la sottoscrizione garantirebbe la piena conoscenza ed accettazione di queste clausole notevolmente penalizzanti⁷⁸.

Il legislatore italiano si trovava di fronte ad un problema: il fatto che alcuni contratti

⁷⁴ Su tali aspetti v. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della carta del lavoro»* (Roma: Istituto Poligrafico dello Stato 1943), pp. 391-392, n° 612.

⁷⁵ V. ROPPO, *Contratti standard* (Milano: Giuffrè 1975, réimpression 2017), pp. 9 et ss.

⁷⁶ V. ROPPO, *Contratti standard*, pp. 174 et ss.

⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, pp. 851-852.

⁷⁸ Per la medesima ragione le clausole vessatorie devono essere specificamente indicate ed un generico riferimento a tutte le clausole del contratto non è sufficiente, v. *ex multis* Corte di Cassazione 12 ottobre 2016, n. 20606, ECLI:IT:CASS:2016:20606CIV, www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=.%2F20161012%2Fsnciv@s62@a2016@n20606@tO.clean.pdf



sono pressoché imposti e che vi sono previste clausole molto squilibrate; questa situazione oggettiva avrebbe potuto mettere in pericolo il fondamento della teoria classica del contratto. Tuttavia, la soluzione apportata, ossia la sottoscrizione delle clausole vessatorie, si inserisce nel solco dell'approccio classico. Il problema delle condizioni generali e dei contratti in serie è affrontato come un problema di consenso e di volontà, non di asimmetria informativa o di potere contrattuale: il consenso, manifestato in modo «rinforzato», è infatti condizione necessaria e sufficiente per la validità di tali clausole.

I postulati della razionalità del soggetto e della libertà contrattuale come principi guida che conducono al miglior risultato – senza alcun intervento esterno sul contesto contrattuale (*a priori*) o il contratto (*a posteriori*) in ragione dello squilibrio della relazione contrattuale – non sono rimessi in questione. Se si pensa alla regolamentazione consumeristica contemporanea di derivazione europea, la distanza teorica è evidente⁷⁹: mentre l'approccio di quest'ultima prende in considerazione un problema di asimmetria informativa dei contraenti e prevede la nullità delle clausole significativamente squilibrate, salva la prova della loro specifica negoziazione, il codice civile italiano pone il problema in relazione alla volontà: la garanzia della conoscenza delle clausole e, quindi, del consenso, è condizione necessaria e sufficiente per la loro validità ed efficacia.

6. – La concezione che abbiamo appena analizzato è entrata in uno stato di crisi, dovuto a plurimi fattori che ne hanno stravolto la struttura, anche da un punto di vista teorico e filosofico. In ragione dell'ampiezza, della profondità e la complessità di tali mutazioni, è opportuno limitarsi ad illustrare alcuni elementi che, a nostro avviso, hanno giocato un ruolo fondamentale in tale processo.

La stretta connessione tra la regolamentazione classica del soggetto e del contratto e il contesto economico e sociale è già stata messa in evidenza: i fattori principali della crisi di questo modello sono dunque le mutazioni profonde che hanno riguardato tale contesto⁸⁰. Le rivoluzioni industriali⁸¹, l'età della colonizzazione e gli sviluppi delle imprese multinazionali, con le conseguenti concentrazioni di capitale e la transnazionalizzazione

⁷⁹ V. par. 7.

⁸⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^{re} série, (Paris: Dalloz, 3^e éd. 1964); CH. RADÉ, 'Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?', dans *Mélanges Hauser* (Paris: LexisNexis-Dalloz 2012,) pp. (589) 599-580. Sur la crise du modèle économique classique v. B. LAVERGNE, *Grandeur et déclin du capitalisme* (Paris: Librairie des Médecis 1938).

⁸¹ F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle* (Paris: Albin Michel 1997).



dei mercati, hanno reso arcaico il modello contrattuale sul quale le regolamentazioni classiche erano fondate⁸². È quindi divenuto completamente irrealistico concepire i contraenti come astrattamente uguali e l'accordo come il prodotto della loro volontà libera⁸³. Le due guerre mondiali hanno ulteriormente approfondito questo processo, rendendo da un lato necessarie legislazioni emergenziali che limitavano notevolmente la libertà contrattuale⁸⁴ e, dall'altro, rimettendo in questione l'assioma fideistico nella ragione umana. Tali eventi hanno rappresentato punti di svolta nella rappresentazione e nella costruzione dell'individuo, nonché nell'efficienza del sistema economico.

Inoltre, i fondamenti filosofici di tale concezione sono stati rivoluzionati: la filosofia di Nietzsche segna una svolta decisiva, rimettendo in discussione la concezione razionalista del soggetto che era stata sostenuta dalla filosofia occidentale⁸⁵. A partire da tale prospettiva, si sviluppano in tutti i settori delle scienze delle correnti di pensiero che analizzano la crisi della razionalità, la frammentazione del soggetto e della sua coscienza.

Inoltre, il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione mercantili fornita dal liberalismo e mira a disvelare il carattere artificiale dell'astrazione che fonda la libertà dei soggetti⁸⁶. Di conseguenza, l'unità fondamentale del soggetto, dalla quale derivava l'unità gnoseologica e epistemologica della filosofia dominante, è

⁸² P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 124 et ss.; L. JOSSERAND, 'Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats', *RTD civ.* 1937, pp. 1 et ss.; M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, 'Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel', *JCP G* 1979, I, doc. 2952, n° 10; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp. 438 et ss.

⁸³ M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 182 et ss.; CH. JAMIN, 'Plaidoyer pour le solidarisme contractuel', dans *Mélanges Ghestin* (Paris: L.G.D.J. 2001), pp. 441 et ss., secondo il quale la filosofia dell'autonomia della volontà è «purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale». D'un point de vue économique v. F. PERROUX, 'Esquisse d'une théorie de l'économie dominante', *Économie appliquée* 1948, pp. 243 et ss. Sulla crisi del pensiero liberale alla fine del XIX secolo e lo sviluppo del realismo francese, che mette in evidenza la necessità di riforme al fine di salvare la società borghese: CH. JAMIN, 'Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée', 51. *Droits* 2010, pp. (137) 142 et ss. Già A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, pp. 13-14 mettono in evidenza il carattere fittizio della presunzione di uguaglianza tra i contraenti, in ragione dello sviluppo del sistema capitalista.

⁸⁴ A. NEGRI, *Eur. dir. priv.* 2003, p. (51) 70; W.H. VAN BOOM, 'The Great War and Dutch Contract Law: Resistance, Responsiveness and Neutrality', 2. *Comparative Legal History* 2014, pp. 303 et ss., disponibile anche su ssrn.com/abstract=2544542.

⁸⁵ Nietzsche ha messo a nudo il carattere artificiale e falso della razionalità umana, mostrando non solamente i limiti della conoscenza che si pretende di raggiungere tramite di essa, ma anche il carattere imposto, al tempo stesso limitante e strutturante, di valori che si pretendono invece universali

⁸⁶ K. MARX, *Le Capital*, I. I, ch. II, pp. 112 et ss.; ID., *La questione ebraica* (Roma: Editori Riuniti, 6° éd. 2° ristampa 2000), pp. 28 et ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 103 et ss.; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit* (Paris: Maspero 1976), pp. 128–137.



messa in discussione e, con essa, le certezze concernenti la razionalità e l'esistenza di una verità da scoprire grazie ad essa.

In tale contesto si sviluppa una corrente del pensiero liberale che si pone come obiettivo quello di rifondare il liberalismo, al fine di risolvere i problemi che si erano manifestati in maniera molto acuta; la conferenza Walter Lippmann⁸⁷ è il primo passo nella costituzione di un gruppo di intellettuali, provenienti da diverse discipline, che perseguono tale progetto⁸⁸. La storia di questo gruppo, la seguente divisione fra i teorici tedeschi (quelli che diverranno gli ordoliberali e che hanno influenzato le basi economiche e giuridiche dell'UE) e gli austro-americani (che diverranno i capifila del neoliberalismo) e la loro influenza nella rifondazione dello stato tedesco⁸⁹, benché molto interessanti, vanno ben oltre l'ambito della presente trattazione⁹⁰. Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'UE⁹¹ e la loro concezione del diritto che risuona nei Trattati, nei regolamenti, nelle direttive e negli altri atti normativi dell'UE⁹². Le differenze teoriche in relazione al pensiero liberale classico

⁸⁷ Conferenza che si è svolta a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti del convegno sono pubblicati in L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann* (Lormont: Le Bord de l'eau 2012), pp. 405 et ss.

⁸⁸ Sulla genesi dell'ordoliberalismo v. gli articoli contenuti nel numero monografico della rivista *Filosofia Politica*, 2019, n. 1 e, in particolare, v. W. EUCKEN, *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 23 ss. (ed. or. *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, pp. 297 ss.); O. MALATESTA, *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 67 ss.

⁸⁹ Per una ricostruzione originale, che tende a ricostruire i punti di contatto fra queste due correnti e che mette in luce l'influenza di F.V. Hayek sui pensatori tedeschi che hanno inciso nella formazione e strutturazione dell'UE v. Q. SLOBODIAN, *Globalists*, Harvard, 2018, p. 204 ss.

⁹⁰ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 243 et ss., 328 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp. 221 et ss. Sulle differenze tra queste due correnti da un punto di vista giuridico v. TH. BIEBRICHER, 'Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment', 17. *German Law Journal* 2016, pp. (835) 839-842.

⁹¹ Alcuni pensatori ordoliberali della prima generazione, come Röpke e Rüstow, erano contrari alla formazione della Comunità europea, che consideravano come una frammentazione ispirata da finalità protezionistiche, del mercato mondiale. Tuttavia, i pensatori successivi, tra cui Müller-Armack e Mestmäcker, concentrati sulla costruzione del *framework* giuridico del mercato, erano invece favorevoli a tale costruzione e ne hanno ispirato la costruzione, utilizzando direttamente anche le idee e le proposte dei pensatori ordoliberali della prima generazione, cfr. Q. SLOBODIAN, *Globalists*, cit., p. 183 ss.

⁹² S. GRUNDMANN, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', 16. *ERPL* 2008, pp. 553 et ss.; M. LIBERTINI, 'A «Higly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution', 9. *Concorrenza e mercato* 2011, pp. 491 et ss.; D. J. GERBER, 'Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe', 42. *The American Journal of Comparative Law* 1994, pp. 25 et ss.; G. DALE et N. EL-ENANY, 'The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda', 14. *German Law Journal* 2013, pp. (613) 620 et ss.

JUS CIVILE



sono molto numerose; tuttavia, se si devono identificare degli elementi di differenziazione determinanti che hanno notevolmente influenzato il diritto dei contratti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato⁹³ e la concezione del soggetto che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale del mercato come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, nonché l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, debbano essere costruiti⁹⁴ tramite interventi attivi da parte del legislatore⁹⁵. Se tale ordine non è ontologicamente dato, ne consegue che gli interventi dei governanti non sono necessariamente considerati come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente questo ordine e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza di tale concezione è, come nel liberalismo classico, che l'allocatione delle risorse realizzata attraverso il sistema del mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere di tutta la società⁹⁶: tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito e preservato, occorre fare in modo che, se necessario anche tramite interventi attivi, questi meccanismi possano funzionare correttamente e senza alcun ostacolo⁹⁷.

Il soggetto è ancora considerato come razionale. Tuttavia, è preso in considerazione nella situazione concreta nella quale si trova ad agire. Gli sviluppi del pensiero ordoliberale portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono impedire il dispiegamento della razionalità del soggetto e comportare che, a causa di queste distorsioni, il contratto concluso non sia efficiente. Occorre quindi intervenire al fine di correggere tali distorsioni; gli interventi sono modellati sulla base delle situazioni che il legislatore concepisce come problematiche. Di conseguenza, esse

⁹³ W. LIPPMANN, *La cité libre* (Paris: Librairie de Médecis 1938); P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 225 et ss.; R. PTAK, 'Neoliberalism in Germany', dans P. Mirowski et D. Plehwe (dir.), *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought* (Cambridge: Harvard University Press 2009), pp. (98) 101-102.

⁹⁴ W. RÖPKE, *Civitas humana* (Erlenbach-Zürich: Rentsch 1944), pp. 43 et ss.; R. PTAK, dans *The road from Mont Pèlerin*, p. (98) 105.

⁹⁵ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 205 et ss.; R. PTAK, dans *The road from Mont Pèlerin*, p. (98) 102.

⁹⁶ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (Bern: A. Franke 1952), p. 254.

⁹⁷ L. ERHARD, *La Prosperité pour tous* (Paris: Plon 1959); S. GRUNDMANN, *ERPL* 2008, pp. (553) 568 et ss.; F. RIEM, 'Retour sur l'ordre concurrentiel', 27. *RIDE* 2013, pp. (435) 442-443; R. FORNASARI, 'L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto', *Contratto e impresa (Contr. e impr.)* 2016, pp. (836) 865 et ss.



comportano una frammentazione della regolamentazione del contratto basata sulle categorie attraverso le quali il legislatore modella le tipologie di controllo.

In tale contesto, il diritto privato gioca un ruolo fondamentale: dato che il contratto è lo strumento giuridico attraverso il quale sono realizzati lo scambio e, dunque, l'allocazione delle risorse, esso diventa l'oggetto degli interventi miranti a fare sì che il dispositivo concorrenziale possa funzionare correttamente. Il diritto privato acquisisce allora una doppia funzione. Da un lato deve costruire e proteggere un quadro⁹⁸ all'interno del quale i soggetti possano agire e dispiegare la propria razionalità. Dall'altro, serve a controllare che i contratti rispettino la logica concorrenziale⁹⁹ e, quindi, a fare in modo che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali¹⁰⁰ o, se tale dispositivo non può funzionare correttamente, a correggere *ex post*, con delle operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare tali condizioni¹⁰¹. I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme *antitrust*, ma prendono altresì in considerazione i singoli contratti. Viene realizzata una «police» dei contratti che concerne la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetta la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto.

Queste considerazioni si inscrivono nell'idea di una «società di diritto privato» (le cui radici, secondo F. Böhm, devono essere ricondotte alla Rivoluzione francese), che si fonda sul principio di concorrenza come principio costituzionale¹⁰²: gli uomini non si confronterebbero direttamente con lo Stato, ma sarebbero sottoposti ad un ordine giuri-

⁹⁸ F. BÖHM, 'Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft', 17. *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)* 1966, p. (75) 138.

⁹⁹ La stretta connessione tra il diritto della concorrenza e il diritto contrattuale è stata evidenziata da A. PIROVANO, 'Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles', dans G. J. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* (Paris: LGDJ 1998), pp. 295 et ss.

¹⁰⁰ Circa l'importanza degli obblighi informativi in relazione al diritto dei contratti v. S. GRUNDMANN, W. KERBER et S. WEATHERILL (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin – New York: de Gruyter 2001, ristampa 2012); M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats* (Paris: L.G.D.J. 1992).

¹⁰¹ F. MARTY et P. REIS, 'Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique', 27. *RIDE* 2013, p. (579) 582. Sur le nouveau et majeur rôle du pouvoir judiciaire v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 265-266; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p. 180.

¹⁰² A. PIROVANO, 'L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne', dans R. Charvin, A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation* (Paris: L'Harmattan 2001), pp. 119 et ss.; L. SIMONIN, 'Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat', dans P. Commun, *L'ordolibéralisme allemand* (Cergy-Pontoise: Cirac 2003), pp. (67) 70 et ss.



dico che limiterebbe il potere dello Stato e i possibili abusi di potere dei soggetti privati¹⁰³, inquadrando le azioni e gli *status* dei soggetti¹⁰⁴, al fine di garantire il benessere della società.

Le implicazioni di tale nuova prospettiva e dei suoi effetti sugli ordini giuridici nazionali, anche dal punto di vista delle fonti del diritto e delle interazioni tra la sfera pubblica e la sfera privata, sono innumerevoli. L'approccio della regolamentazione cambia profondamente perché non si fonda più su un approccio sistematico e formale¹⁰⁵, che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale¹⁰⁶. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo divisato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza¹⁰⁷. Le problematiche giuridiche sono analizzate e le soluzioni sono apportate seguendo questo quadro teorico: l'unità che precedentemente derivava dalla costruzione di un sistema coerente, deve oramai essere trovata nell'obiettivo di tali norme.

¹⁰³ S. GRUNDMANN, *ERPL* 2008, pp. 553 et ss.

¹⁰⁴ F. BÖHM, *Ordo Jahrbuch* 1966, pp. 75 et ss.

¹⁰⁵ CH. JAMIN, *Droits* 2010, pp. (137) 137-138 mette in evidenza come la corrente del realismo francese, che si è sviluppata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, avesse già messo in discussione tale approccio. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, 'L'asphyxie doctrinale', dans *Mélanges B. Oppetit* (Paris: Litec 2009), pp. 47 et ss. sottolineano le problematiche che queste mutazioni comportano per la costruzione del sistema giuridico.

¹⁰⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus* (Paris: Seuil 2005), pp. 270 et ss.; R. MICHAELS, 'The Two Rationalities of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), pp. (139) 154-155; M. HESSELINK, *The New European Culture* (Deventer: Kluwer 2001); sul medesimo tema v. anche le riconsiderazioni dello stesso autore a dieci anni di distanza: M. W. HESSELINK, 'The New European Culture – Ten Years On', dans G. Helleringer et K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C. H. Beck – Hart – Nomos: München – Oxford – Baden-Baden 2014), pp. 17 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 82 et ss.

¹⁰⁷ F. CAFAGGI, 'Private Regulation in European Private Law', dans A. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. Hondius, C. Mk, E. du Perron (dir.), *Towards a European Civil Code* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4^e éd. 2011), p. (91) 119; ID., 'The making of European private law: governance design', dans F. Cafaggi et H. Muir-Watt (dir.), *Making European Private Law* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar 2008), pp. (289) 292 et ss.; H. COLLINS, 'The Hybrid Quality of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), p. 453. In relazione al diritto del consumo v. M. W. HESSELINK, 'Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, pp. (57) 65 et ss.; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie* (Paris: Seuil 2010), pp. 59 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 85-88; E. NAVARRETTA, 'Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale', *Riv. dir. civ.* 2016, pp. (1262) 1274 et ss.; F. MACARIO, 'Autonomia privata (profili costituzionali)', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII (Milano: Giuffrè 2015), p. (61) 93.



Detto approccio si è inoltre reso necessario in ragione della competenza teleologica dell'UE in materia contrattuale: detta competenza non si fonda su alcuna norma che concerna esplicitamente tale settore; invece, è giustificata dall'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)¹⁰⁸, che prevede la competenza degli organi dell'UE quando il ravvicinamento delle legislazioni è necessario per la costruzione ed il funzionamento del mercato interno¹⁰⁹. Di conseguenza, l'attribuzione normativa dell'UE è limitata e, soprattutto, funzionalmente orientata ad uno scopo specifico, che struttura gli interventi normativi.

7. – A partire da tale quadro teorico si può comprendere la regolamentazione dell'UE e dei sistemi giuridici nazionali sulla tutela del consumatore e di altri soggetti specificamente identificati come meritevoli di una protezione speciale, che hanno profondamente modificato i sistemi nazionali di diritto privato; a partire da ciò, si possono altresì apprezzare le differenze tra queste norme e quelle della metà del XX secolo concernente la regolazione di certi contratti specifici¹¹⁰.

Gli interventi concernenti, per esempio, il contratto di lavoro¹¹¹ e di locazione di immobili urbani¹¹² erano il risultato di una scelta politica che si poneva in antagonismo con l'approccio liberale classico. Tali leggi non miravano a far sì che il dispositivo concor-

¹⁰⁸ R. MICHAELS, *The Foundations of European Private Law*, p. (139) 154; E. CLAUDEL, 'Les perspectives du droit européen des contrats', dans M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires* (Paris: Dalloz 2014), p. (219) 221.

¹⁰⁹ L'art. 114, al. 1 prevede che: «sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.» H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p. (81) 85 afferma: «The 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market provided the necessary legitimation for European legislators to instrumentalise law to open up and shape markets. This is where the birth of the EU as a market state can be located.»

¹¹⁰ La regolamentazione di alcuni contratti speciali ha portato alcuni autori a parlare di crisi del contratto già a partire dalla metà del secolo scorso, v. H. BATIFFOL, 'La "crise du contrat" et sa portée', dans *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, (Paris: Sirey 1968), pp. 13 et ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p. 43.

¹¹¹ Circa il diritto italiano v. M. BARBERA, 'I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive', dans L. Nivarra (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 315 et ss.

¹¹² Sul il diritto italiano v. F. PADOVINI, 'I locatari', dans L. Nivarra (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 443 et ss.



renziale potesse funzionare correttamente, ma a realizzare una distribuzione differente delle risorse rispetto a quella che sarebbe risultata dalla contrattazione. Queste norme erano il risultato di un conflitto sociale, che aveva messo in discussione la concezione liberale e vi aveva opposto una concezione radicalmente differente¹¹³. Al contrario, la regolamentazione europea si pone come obiettivo la realizzazione e la protezione del mercato concorrenziale¹¹⁴; mira ad eliminare gli ostacoli alla concorrenza e ad intervenire sui contratti che, a causa di *market failures*¹¹⁵, non permettono la migliore allocazione possibile delle risorse. Il concetto di *market failures*, che viene inventato e si sviluppa prevalentemente in ambito americano nel contesto dell'analisi economica del diritto, viene adottato in ambito europeo soprattutto al fine di valutare le problematiche della contrattazione e scegliere le soluzioni ottimali al fine di risolverle. Di conseguenza, le *rationes* e le finalità di queste due tipologie di intervento sul contratto, benché entrambe si distacchino dalla concezione classica, sono differenti¹¹⁶. Tali evoluzioni non possono essere quindi considerate come un fenomeno unitario, che rimette in causa l'autonomia della volontà; al contrario, è necessario rimarcare la rottura che interviene tra di esse e ricostruirle secondo la loro razionalità.

Ritornando alle trasformazioni contemporanee, il punto di partenza della razionalità normativa delle istituzioni europee è differente da quello della teoria classica: non è più il soggetto di diritto astratto, considerato come individuo essenzialmente razionale, ma la protezione e l'implementazione dell'ordine concorrenziale del mercato, per il corretto funzionamento del quale le norme devono essere strutturate. La necessità di produrre delle regole che si applichino ad una generalità di situazioni obbliga le autorità europee a trovare dei criteri generali¹¹⁷ tramite i quali affrontare le summenzionate problematiche. Uno di questi criteri è lo statuto dei soggetti sul mercato e nella relazione contrattuale.

¹¹³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, pp. 26 et ss.

¹¹⁴ J. ROCHFELD, 'De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché', dans *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance*, *Les Petites affiches* 16 février 2009, chron. 21.

¹¹⁵ Le norme europee sono anche debitrice dei fondamenti teorici dell'analisi economica del diritto, come si evince dal fatto che esse prendano in considerazione le *markets failures*. Sulle nozioni fondamentali dell'analisi economica del diritto v. R. COOTER et TH. ULEN, *Law and Economics* (Berkeley: Berkeley Law, 6° éd. 2016); A. T. KRONMAN et R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law* (Boston-Toronto: Little, Brown & Cie, 1979).

¹¹⁶ Distingue fra queste due tipologie di interventi anche M.R. MAUGERI, *Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al Fiscal Compact*, in *Pers. e mercato*, 2014, p. (96) 97-98.

¹¹⁷ F. DENOZZA, 'In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale', *ODCC* 2016, pp. (419) 442-443.



Il caso maggiormente rappresentativo di tale approccio è, chiaramente, la legislazione consumeristica¹¹⁸. La protezione del consumatore, strumento di costruzione e di istituzione del mercato unico¹¹⁹, è stata da lungo tempo fissata come una delle priorità dell'UE. La risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975¹²⁰ stabilisce il programma preliminare della Comunità economica europea (CEE) sulla protezione ed informazione del consumatore, dopo la quale si sono succeduti numerosi interventi settoriali¹²¹. Tra questi, la direttiva concernente le clausole abusive nei contratti conclusi dai consumatori¹²² e la direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011¹²³.

¹¹⁸ Sulle logiche differenti del *code civil* e del diritto del consumo e del diritto della concorrenza v. Y. LEQUETTE, 'Recodification civile et prolifération des sources internationales', dans *Livre du bicentenaire* (Paris: Dalloz-Litec 2004), p. (171) 177. Tuttavia, non bisogna pensare che la concezione della categoria del consumatore sia statica e non evolva nel tempo; sulle differenti nozioni di consumatore v. M. COESTER, 'Party Autonomy and Consumer Protection', 3. *EuCML* 2014, pp. (170) 172 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law* (Oregon: Hart Publishing 2007), pp. 69 et ss.

¹¹⁹ M. W. HESSELINK, *ERPL* 2010, pp. (57) 58 et ss. Sulla funzione del diritto del consumo che, come noto, è legata al corretto funzionamento del mercato v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* (Paris: L.G.D.J. 2004), p. 25; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp. 10 et ss.

¹²⁰ Circa un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione dei consumatori v. [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=FR).

¹²¹ Per esempio, la dir. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj; la dir. 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj; la dir. 2002/65/CE del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, data.europa.eu/eli/dir/2002/65/oj; la dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali, data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj; la dir. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, data.europa.eu/eli/dir/2007/64/oj; la dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

¹²² Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj. Sugli sviluppi e le applicazioni che hanno riguardato tale direttiva v. H.W. MICKLITZ et N. REICH, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', 51. *Common Market Law Review (CMLR)* 2014, pp. 771 et ss.

¹²³ Sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj. Sulla proposta di direttiva che ne è alla base v. M. LOOS, 'Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, pp. 15 et ss.; S. WHITTAKER, 'Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'"harmonisation complète"', *D.* 2009, pp. 1152 et ss.



In alcuni stati, tale tendenza si era già manifestata a livello nazionale. Ad esempio, in Germania la legge del 9 dicembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz*) prevedeva il controllo delle clausole abusive nei contratti *standard* e la presunzione di illiceità di alcune clausole inserite nei contratti conclusi con un consumatore. In Francia, le prime regolamentazioni in questo settore risalgono alla legge 10 gennaio 1978¹²⁴, che aveva predisposto una Commissione incaricata di valutare la legittimità di determinate clausole dei contratti conclusi dai consumatori, che dovevano in seguito essere regolamentate dal governo, ma che non prevedeva un intervento diretto del giudice nell'accordo¹²⁵. Se la dottrina non ha tardato a rendersi conto delle novità che comportava un diritto particolare, modellato sulle qualità dei contraenti¹²⁶, è soprattutto¹²⁷ grazie alle norme europee che questo nuovo approccio ha avuto effetti notevoli sulla regolazione di diritto privato¹²⁸.

Le summenzionate direttive prevedono numerose norme miranti a fare sì che il consumatore sia completamente informato¹²⁹ e possa dispiegare la propria razionalità coscientemente e efficacemente. Tra queste norme, la regola che prevede la nullità delle clausole che comportano, contro la buona fede, uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti (escluse quelle concernenti l'oggetto principale o il prezzo, se redatte in maniera chiara)¹³⁰, a meno che esse non siano state specificamente negoziate dai contraenti, è estremamente rappresentativa di tale concezione¹³¹.

¹²⁴ Relativa all'informazione e alla protezione dei consumatori nel settore di determinate operazioni creditizie.

¹²⁵ J. GHESTIN, 'Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs', *D.* 1990, pp. 289 et ss. esamina gli sviluppi giurisprudenziali concernenti le clausole abusive.

¹²⁶ M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, 'Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au diriguisme contractuel', *JCP G* 1979, I, doct. 2952.

¹²⁷ Sulla particolarità del caso tedesco, che [stato il modello della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, v. par. 8.

¹²⁸ G. ALPA, 'The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy', 29. *European Business Law Review (EBLR)* 2018, pp. (589) 592 et ss.; G. PAISANT, 'À propos des vingt ans du Code de la consommation', *JCP G* 2013, p. 1063, n° 4 sottolinea il ruolo determinante dell'UE nello sviluppo del diritto del consumo. V. anche P. SIRENA, 'Il codice civile e il diritto dei consumatori', *NGCC (Nuova giurisprudenza civile commentata)* 2005, pp. 277 et ss.

¹²⁹ Sui doveri di informazione v. S. GRUNDMANN, 'Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law', 39. *CMLR* (2002), pp. (269) 272 et ss.; E. HALL, G. HOWELLS et J. WATSON, 'The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law', 8. *ERCL* 2012, pp. 139 et ss.; M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 174.

¹³⁰ Su tale aspetto v. Cour de Justice UE, 20 settembre 2017, n. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuuc e.a. v. Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, *Il Corriere giuridico* 2018, p. 745.

¹³¹ Art. 3 della dir. 93/13/CEE.



Questa norma mira a correggere le asimmetrie informative¹³² (una parte della dottrina ritiene che tenda altresì a rimediare alle asimmetrie di potere contrattuale)¹³³, che caratterizzano la relazione fra professionisti e consumatori. L'obiettivo specifico della regola è controverso. Alcuni autori focalizzano l'attenzione sulla protezione della parte debole¹³⁴, altri sostengono invece che la regola miri invece principalmente alla protezione della concorrenzialità del mercato¹³⁵; una parte della dottrina ha infine argomentato che, al fine di favorire la standardizzazione dei contratti, ritenuta efficiente, è necessario che le parti non siano obbligate a negoziare il contenuto di ogni accordo e, quindi, che le clausole abusive siano eliminate di diritto¹³⁶. Tuttavia, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che la regola sia finalizzata a garantire il buon funzionamento del mercato¹³⁷, affinché la scelta del consumatore, normalmente determinata dal prezzo e dall'oggetto, possa essere razionale e, di conseguenza, che il contratto sia efficiente¹³⁸.

¹³² S. GRUNDMANN, 'EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources', dans H. Collins (dir.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (The Hague: Kluwer Law International 2004), pp. (209) 211 et ss.

¹³³ M. W. HESSELINK, 'Unfair Terms in Contracts between Businesses' dans J. Stuyck et R. Schulze (dir.), *Towards a European Contract Law* (Munich: Sellier European Law Publishers 2011), pp. (131) 132-134; M. WOLF, 'Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive', dans S. Grundmann, W. Kerber et S. Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin-New York: de Gruyter 2001, ristampa 2012), p. (313) 323. Sulle teorie concernenti le finalità della protezione dei consumatori v. K. J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection* (The Hague: Kluwer Law International 2005), pp. 170 et ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar, 2^e éd. 2013); N. Reich, 'Economic Law, Consumer Interests and EU Integration', dans H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott, *Understanding EU Consumer Law* (Portland: Intersentia 2009), pp. (1) 6 et ss.

¹³⁴ M. W. HESSELINK, 'Common Frame of Reference & Social Justice', 4. *ERCL* 2008, p. (248) 262.

¹³⁵ M. SCHILLING, 'Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms', 33. *European Law Review* (*Eur. Law Rev.*) 2008, pp. 336 et ss.

¹³⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, 'No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts', 23. *ERPL* 2015, pp. (195) 210 et ss.

¹³⁷ R. ZIMMERMANN, 'Contract Law Reform: The German Experience', dans S. Vogenauer et S. Weatherill (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law* (Oxford-Portland: Hart Publishing 2006), pp. (71) 83 e ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, *ERPL* 2015, p. (195) 209; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law of Contract* (Portland: Hart Publishing, 2^e éd. 2006), p. 167; M. SERIO, 'Profili comparatistici delle clausole vessatorie', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p. (77) 78.

¹³⁸ T.M. WILHELMSSON, 'Varieties of Welfarism in European Contract Law', 10. *Eur. Law Rev.* 2004, pp. (712) 726-728; A. GENTILI, 'Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti', *Rivista di diritto civile* (*Riv. dir. civ.*) 2016, p. (1479) 1489. M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 172 afferma che «consumer protection law, thus, turned into "consumer law" as part of market oriented legislation.» La funzione della regolamentazione del mercato delle norme concernenti la protezione del consumatore è messa in evidenza



Occorre sottolineare l'originalità di questo approccio rispetto alla concezione classica del soggetto e del contratto. Il soggetto è preso in considerazione in relazione alla concreta situazione nella quale si trova¹³⁹, all'effettiva possibilità di negoziare l'accordo e alle informazioni di cui dispone al fine di valutare le offerte concorrenti¹⁴⁰. Ne deriva che, se la razionalità del soggetto è sempre data per presupposta, la regolamentazione non è più, tuttavia, unitaria: la categoria del soggetto si frammenta in relazione alla condizione dell'individuo sul mercato e ai problemi strutturali che si ritiene di dover risolvere affinché il consumatore possa effettuare la migliore scelta possibile e, quindi, la più efficiente¹⁴¹. Il controllo sulle clausole vessatorie, invece, non è escluso che dalla effettiva negoziazione del contratto: in tale caso, si ritiene che l'asimmetria informativa non sussista e che il consumatore abbia potuto effettuare una scelta pienamente razionale. La distanza teorica che separa tale norma e l'art. 1341, comma 2 c.c. è notevole: ciò che rende la clausola valida ed efficace non è più la prova del consenso, ma la negoziazione, considerata come garanzia dell'espressione di razionalità.

Tale approccio si è esteso a numerosi settori, in cui le situazioni potenzialmente squilibrate sono state regolate sulla base dello *status* dei contraenti. È il caso, ad esempio, dei contratti bancari e finanziari, dove la regolazione è differente in ragione della tipologia dei professionisti¹⁴² e in relazione ai quali viene introdotta la categoria del cliente¹⁴³.

Inoltre, questa logica non è rimasta confinata a settori in cui la differenza fra le categorie dei contraenti è più evidente, ma è stata adottata anche nei rapporti fra imprese (*b2b*)¹⁴⁴. No-

dal P. SIRENA, 'L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto', *Riv. dir. civ.* 2004, pp. 787 et ss.

¹³⁹ J. ROCHFELD, 'Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme', dans *Mélanges Viney* (Paris: L.G.D.J. 2008), pp. (835) 837-840; E. GABRIELLI, 'I contraenti', dans P. Sirena (dir.), *Il diritto europeo dei contratti di impresa* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 113 et ss.

¹⁴⁰ M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 173.

¹⁴¹ Sulle intersezioni fra diritto del consumo e diritto della concorrenza v. G. MONTI, 'The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective', 3. *ERCL* 2007, pp. 295 e ss.; G. AGRIFOGLIO, 'Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)', *Contr. e impr.* 2008, pp. (1333) 1337 et ss.

¹⁴² A. COURET e ALII, *Droit Financier* (Paris: Dalloz, 2° éd. 2012), pp. 94 et ss.; F. DENOZZA, 'Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti', *ODCC* 2012, pp. (5) 10, 35 et ss.; M. KRUIHOF et W. GERVEN, 'A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID', Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07, 8 juin 2010, ssrn.com/abstract=1622682.

¹⁴³ V. ROPPO, 'From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?', 5. *ERCL* 2009, pp. (304) 314 e ss.; Th. BONNEAU, *Droit bancaire* (Paris: LGDJ, 12° éd. 2017), pp. 343 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari', *I Contratti* 2018, pp. 253 e ss.

¹⁴⁴ V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 309 et ss.



nostante le divisioni della dottrina sulla necessità di una protezione generalizzata dell'impresa debole e sull'opportunità di estendere anche a questa la protezione del consumatore o dispositivi analoghi¹⁴⁵, sempre più norme mirano specificamente a correggere gli squilibri nei rapporti *b2b*. Infatti, la realtà del commercio mostra che, anche in questi casi, degli squilibri fra i contraenti possono comportare delle distorsioni del dispositivo concorrenziale e, quindi, giustificare l'intervento del giudice. Alcuni esempi testimoniano questa tendenza.

L'art. 4:109 dei Principi di diritto contrattuale europeo (PDEC) prevede la nullità di un accordo dal quale una parte tragga un profitto ingiusto o un vantaggio iniquo sfruttando una situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità dell'altra parte. La situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità integra l'asimmetria di potere tra i contraenti; il vantaggio eccessivo o l'abuso l'inefficienza del contratto.

Il Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare fra imprese in Europa¹⁴⁶ mette in evidenza la necessità di lottare contro le pratiche commerciali sleali nel mercato unico, in ragione della distorsione della concorrenza che queste potrebbero generare e della perdita di competitività nelle catene di fornitura alimentare. La debolezza di alcune parti rispetto alle altre ed i possibili abusi, realizzati attraverso alcune clausole contrattuali, fondano la necessità del controllo del contenuto contrattuale¹⁴⁷. Questa intenzione è stata confermata da un recente comunicato stampa¹⁴⁸, in cui la Commissione ha riaffermato di volere lottare contro le pratiche commerciali sleali al fine di proteggere i soggetti più deboli della catena, al quale ha fatto seguito l'approvazione della risoluzione del 12 marzo 2019¹⁴⁹.

¹⁴⁵ M. HESSELINK, 18. *ERPL* 2010, pp. (57) 91 e ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, 23. *ERPL* 2015, pp. (195) 205 et ss., che argomentano in favore di un controllo dello squilibrio anche nei contratti *b2b* e mettono in luce le differenti funzioni dell'intervento del giudice.

¹⁴⁶ Libro verde 31.1.2013 COM(2013) 37 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0037. Questo Libro verde era stato preceduto dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2011 su un commercio al dettaglio più efficace e più equo [2010/2109(INI)], 5 luglio 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0307, e dall'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – «Insieme per una nuova crescita», COM(2011) 206 del 13 aprile 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0206.

¹⁴⁷ La medesima preoccupazione circa lo squilibrio di potere contrattuale nella filiera agroalimentare e gli effetti negativi per la concorrenza che tale squilibrio può comportare è stata espressa dal *Conseil de la concurrence* francese (avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, spéc. par. 43-44).

¹⁴⁸ Comunicato del 12 aprile 2018, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_fr.htm.

¹⁴⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali nelle relazioni fra imprese nella catena di fornitura alimentare (COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD)).



La direttiva concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁵⁰ può esserne considerata un ulteriore esempio. Anche se la direttiva non prevede esplicitamente una distinzione tra parti forti e deboli, mira a proteggere le piccole e medie imprese, alle quali dei contraenti economicamente più forti potrebbero imporre dei termini di pagamento eccessivamente dilazionati¹⁵¹. In tale caso, si prevedono dei termini di pagamento fissi (art. 3) e un meccanismo volto a lottare contro le clausole ritenute abusive (art. 7).

Questo approccio della regolamentazione, imperniato sulle categorie di contraenti, non è rimasto confinato alle norme aventi una diretta origine comunitaria; al contrario, ha invece ispirato i legislatori nazionali e ha comportato l'adozione di norme che seguono, almeno parzialmente, la stessa razionalità a livello nazionale. In alcuni settori i legislatori hanno deciso di adottare dei dispositivi normativi volti ad inquadrare l'autonomia delle parti e a vietare determinate clausole, ritenute nocive. Due esempi, che concernono i contratti di distribuzione e subfornitura e le situazioni di dipendenza economica che normalmente caratterizzano questi rapporti, possono aiutare a chiarire tali aspetti.

In Francia la *loi de modernisation de l'économie* del 4 agosto 2008 ha modificato l'art. L. 442-6 c. comm.¹⁵², ora ulteriormente modificato dall'art. 2, dell'*ordonnance*, 24 aprile 2019, n. 2019-359 (che ha approfondito e ulteriormente rinforzato il processo analizzato). Il comma 2 della versione antecedente all'ultima riforma di tale articolo disponeva la nullità di determinate clausole molto squilibrate¹⁵³. Inoltre il comma 1, n. 2) prevedeva la responsabilità di colui che sottometta o tenti di sottomettere «un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».¹⁵⁴ Nonostante si

¹⁵⁰ Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 concernente la lotta contro il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, data.europa.eu/eli/dir/2011/7/oj, che ha abrogato la direttiva 2000/35/CE du 29 juin 2000, data.europa.eu/eli/dir/2000/35/oj. L'art. 1, al. 1 di tale direttiva dichiara il proprio obiettivo: «Le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME.»

¹⁵¹ V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 312-313.

¹⁵² Sui rapporti di tale disposizione con il diritto del consumo v. R. SAINT-ESTEBEN, 'L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation', *RDC* 2009, pp. (1275) 1278 et ss.

¹⁵³ Tipizzazione oggi eliminata e sostituita con una clausola generale prevista all'art. dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 1 *cod. comm.*, il quale dispone: «engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services: 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

¹⁵⁴ Sanzione ora prevista dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 2 *cod. comm.*



disponesse espressamente, come sanzione, il risarcimento del danno causato, la giurisprudenza ha ritenuto che le clausole abusive potessero altresì essere dichiarate nulle o come non scritte¹⁵⁵. La situazione di dipendenza e, quindi, di debolezza di un contraente rispetto all'altro era determinata attraverso la sottomissione o il tentativo di sottomissione¹⁵⁶. Tale sottomissione, unita allo squilibrio¹⁵⁷, comportava la possibilità di reputare come non scritta la clausola abusiva¹⁵⁸.

La *ratio* della norma è di correggere un contratto che non costituisce il frutto di una negoziazione efficiente¹⁵⁹: la protezione della parte debole¹⁶⁰ è strettamente connessa a quella della concorrenzialità del mercato¹⁶¹. La regola è infatti situata in un capitolo intitolato «pratiques restrictives de concurrence». Inoltre, la dottrina ha affermato che lo squilibrio del contratto, derivante da un'asimmetria informativa o di potere contrattuale¹⁶², da un lato è causa

¹⁵⁵ Tale sanzione è oggi esplicitamente prevista dal nuovo art. L. 442-4, comma 1 *cod. comm.* Antecedentemente all'ultima riforma tale soluzione era stata seguita da molte sentenze, fra cui: Cour d'appel de Paris 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, *RTD com. (Revue trimestrielle de droit commercial)* 2013, p. 500, obs. M. Chagny = *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. 208, note N. Mathey; Cour d'appel de Paris 29 octobre 2014, n° 13/11059, *D.* 2015, p. 943, obs. D. Ferrier = *RTD com.* 2014, p. 785, chron. M. Chagny.

¹⁵⁶ Circa i criteri per determinare la sottomissione v. Cour de cassation com. 4 octobre 2016, n° 14-28013, *Carrefour c/ min. Éco*, *RDC* 2017, p. 81, comm. M. Behar-Touchais.

¹⁵⁷ Circa la definizione di squilibrio v. Cour de cassation com. 3 mars 2015, n° 13-27525, *Eurauchan c/ min. Éco*, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030324689; Cour de cassation com., 29 septembre 2015, n° 13-25043; Cour d'appel de Paris 4 octobre 2017, n° 16/06674, *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi; Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23547, *RDC* 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi.

¹⁵⁸ Sulle sanzioni previste dalla legge e le loro applicazioni v. D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution* (Paris: LexisNexis, 8^e éd. 2017), pp. 183 et ss.

¹⁵⁹ I giudici prendono sovente in considerazione l'assenza di negoziazione al fine di infliggere la sanzione, v. per esempio Cour de cassation com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, *D.* 2015, p. 1204, p. 2530, obs. N. Dorandeu.

¹⁶⁰ D. BOSCO, 'Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives: observations sur la question des "clauses abusives"', dans C. Bloch, A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'influence e la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (Paris: Dalloz 2018), p. (16) 17. Sulla differenza tra l'approccio francese e tedesco v. S. GRUNDMANN et S.M. SCHÄFER, *ERCL* 2017, pp. (459) 467-468 n. 21.

¹⁶¹ Il legame intercorrente tra la protezione della parte debole e della concorrenza è stato messo in evidenza da tempo: A. PIROVANO, 'Logique concurrentielle et logique contractuelle', dans J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* (Paris: L.G.D.J. 1998), p. (293) 295; F. GALGANO, 'Qui suo iure abutitur neminem laedit?', *Contr. e impr.* 2011, p. (311) 315; N. IRTI, *Testo e contesto* (Padova: Cedam 1996), pp. 82-83; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0* (Padova: Cedam 2018), pp. 138 et ss.; A. BIENAYMÉ, 'L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence', *RIDE* 1995, pp. 378 et ss.

¹⁶² Il fatto che si prenda in considerazione anche lo squilibrio di potere contrattuale è reso evidente dal



di inefficienza; dall'altro, il moltiplicarsi di contratti squilibrati potrebbe intaccare la concorrenzialità del mercato ¹⁶³.

Tale norma è stata oggetto di un'applicazione estensiva. È stata infatti applicata anche al di fuori del contesto per il quale era stata concepita: il suo campo di applicazione non è più limitato ai contratti della grande distribuzione ¹⁶⁴; inoltre, la nozione di «partenaire» adottata era ampia: la norma può essere applicata anche ad un singolo contratto, se la sua esecuzione è continuata nel tempo ¹⁶⁵. Infine, i giudici sovente presumevano la sottomissione in ragione dello squilibrio, senza condurre un'analisi più approfondita ¹⁶⁶.

Una concezione analoga è espressa dall'art. 9 della legge italiana 19 giugno 1998, n. 192, che proibisce l'abuso di dipendenza economica e prevede la nullità dei patti tramite i quali si realizza tale abuso ¹⁶⁷. Tale regola, originariamente limitata ai contratti di sub-

fatto che si possano sanzionare anche le clausole relative al prezzo, v. Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23.547, *JCP G* 2017, p. 255, obs. M. Behar-Touchais.

¹⁶³ Trib. Com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *RTD com.* 2015, p. 483 note M. Chagny, dove si afferma che l'art. 442-6 *code comm.* che vieta le clausole che creino uno squilibrio significativo è una *loi de police* «nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays». V. aussi O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* (Paris: LexisNexis 2016), pp. 300 et ss.

¹⁶⁴ Tribunal de commerce de Paris 12 décembre 2013, n° 11/18274, *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais.

¹⁶⁵ Oggi la nozione di *partenaire* è stata eliminata e le summenzionate sanzioni si applicano in relazione al contesto ed alla tipologia di contratto, così delimitata dall'art. L. 442-1, comma 1 *cod. comm.*: «... dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services...». Per la soluzione antecedente alla riforma cfr. avis CEPC, n° 15-01 du 22 janvier 2015. Per l'applicazione di tale disposizione a contratti che non coinvolgono dei *partenaires commerciaux stricto sensu*, v. Cour d'appel de Paris 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4; Cour d'appel d'Aix-en-Provence 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04; Cour d'appel de Grenoble 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0; Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324 Cour d'appel de Nancy 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: Cour d'appel de Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800; Cour d'appel d'Orléans 25 février 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5; Cour d'appel de Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

¹⁶⁶ *Contra* Cour de cassation com. 27 mai 2015, n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, dove si afferma che occorre in concreto verificare l'assenza di potere di negoziazione del *partenaire* debole.

¹⁶⁷ S. PAGLIANTINI, 'L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto', dans G. Vettori, *Equilibrio e usura nei contratti* (Padova: Cedam 2002), pp. 455 et ss.; PH. FABBIO,



fornitura, è stata in seguito applicata dalla giurisprudenza in altri settori, in virtù del fatto che essa sarebbe espressione del principio generale di buona fede e di divieto di abuso del diritto¹⁶⁸.

Le due norme introducono un controllo del contratto e delle sue clausole che, in ragione della relazione di dipendenza di un contraente rispetto all'altro (e dunque dell'asimmetria informativa e di potere contrattuale), non costituiscono un equilibrio efficiente fra i diritti e le obbligazioni delle parti¹⁶⁹.

Infine, occorre sottolineare che queste norme non si riducono a dei microsistemi autonomi e chiaramente distinti dal sistema principale¹⁷⁰. Dato che esse concernono direttamente le categorie fondanti del diritto dei contratti e i rapporti tra di esse, queste regole mettono in discussione le basi del sistema e la loro razionalità. Ne è prova la loro *vis* espansiva: pur essendo originariamente applicabili solamente ad alcuni contraenti e ad alcuni settori, hanno una tendenza ad essere applicate a casi, teoricamente esterni al loro campo di applicazione, che presentano tuttavia problematiche similari. Tale applicazione estensiva viene fatta in relazione ad un problema generale che si considera strutturalmente analogo – una situazione di squilibrio fra le parti dalla quale deriva un contratto inefficiente – e ad uno scopo unitario: la repressione di contratti o clausole che si ritiene siano nocive per l'ordine sociale ed economico.

Un criterio determinante sulla base del quale è effettuata tale categorizzazione è la qualità dei contraenti¹⁷¹: di conseguenza, l'unità del soggetto di diritto si frantuma, lasciando posto alle considerazioni dettate dalla realtà dei rapporti mercantili e agli obiet-

L'abuso di dipendenza economica (Milano: Giuffrè 2007); G. AGRIFOGLIO, *Contr. e impr.* 2008, pp. (1333) 1347 et ss.; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale* (Trento: Università degli Studi di Trento 2012), eprints.biblio.unitn.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato* (Napoli: Jovene 2004); M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 141-145 ritiene che la matrice della norma in questione sia di stampo protezionistico e dirigistico. Riconduce invece alla finalità di tutela della struttura concorrenziale del mercato G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 68 ss.

¹⁶⁸ Cass. Sez. Un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 298 ss., con nota di V.C. Romano; M. FRANZONI, 'Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto', *Contr. e impr.* 1999, p. (83) 88; R. CATERINA, 'Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale', dans S. Mazzamuto et L. Nivarra, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino: Giappichelli 2017), p. (201) 202.

¹⁶⁹ M. BARCELLONA, *Della causa* (Padova: Cedam 2015), pp. 578-580.

¹⁷⁰ Come nel caso delle norme concernenti il contratto di lavoro o di locazione. V. anche N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* (Aix-en-Provence: PUAM 2002), pp. 538-540.

¹⁷¹ Sul tema v. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative* (Paris: L.G.D.J. 2002).



tivi che la regolazione persegue. Inoltre, dato che l'approccio alla regolazione del contratto che era il fondamento della *reductio ad unum* del soggetto, era altresì il presupposto dell'unità del consenso e del contratto, il cambiamento di tale approccio e la frammentazione del soggetto comportano ugualmente delle frammentazioni del contratto.

8. – Una volta abbandonati i postulati della naturalità del mercato e dell'uguaglianza astratta del soggetto, ne deriva altresì che l'unità concettuale del contratto può essere rimessa in discussione.

Ne sono un esempio le specifiche regolamentazioni del contratto in relazione alla categoria dei contraenti: le distinzioni relative allo statuto del soggetto implicano altrettante frammentazioni in relazione al contratto. Tale frammentazione emerge anche dal linguaggio giuridico, nel quale penetrano le nozioni di contratto del consumatore e contratti conclusi da un'impresa debole. La dottrina ha creato numerose definizioni, che si basano sull'idea che il contratto non sia più uno solo e, quindi, che la categoria unitaria del contratto non esista più¹⁷². Ad esempio, le nozioni di «secondo contratto», «terzo contratto»¹⁷³ e «contratto asimmetrico»¹⁷⁴, volte a comprendere queste trasformazioni, sono divenute comuni e ha avuto luogo un vivace dibattito concernente gli elementi e le *rationes* di queste distinzioni¹⁷⁵. Si inseriscono nello stesso solco le regolamentazioni di contratti specifici, che stabiliscono numerosi limiti circa il contenuto dell'accordo e mirano

¹⁷²N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2013), p. 151; R. SAVATIER, 'Le droit et l'accélération de l'histoire', *D.* 1951, pp. 16 et ss. ha parlato di «éclatement de la notion traditionnelle de contrat».

¹⁷³V. G. GITTI, G. VILLA (dir.), *Il terzo contratto* (Bologna: Il Mulino 2008); P. SIRENA (dir.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato* (Milano: Giuffrè 2006); R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali* (Napoli: Edizioni scientifiche Italiane 2015); R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche* (Padova: Cedam 2010).

¹⁷⁴V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. 304 et ss.; ID., 'Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma', *Rivista di diritto privato* 2001, pp. 769 et ss.; ID., *Il contratto del duemila*, pp. 65 et ss.; A. M. BENEDETTI, 'Contratto asimmetrico', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali V (Milano: Giuffrè 2012), pp. 370 et ss.

¹⁷⁵G. VETTORI, 'Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise', 9. *ERCL* 2013, pp. 221 et ss.; A. ZOPPINI, 'Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza', *Riv. dir. civ.* 2008, pp. 365 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa', *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 2010, pp. (409) 414 et ss.; L. NONNE, 'La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto', in *Contr. e impr.* 2016, pp. (979) 986 et ss.



ad eliminare i possibili abusi derivanti da situazioni strutturalmente squilibrate¹⁷⁶.

Inoltre, tale razionalità conduce ad una regolamentazione del contratto frammentata non solamente sulla base dello *status* delle parti, ma anche sulla base della categoria del contratto. In tali casi non sono le qualità dei contraenti che rilevano, ma le condizioni in cui è stato concluso l'accordo e, più specificamente, la negoziazione¹⁷⁷: facciamo riferimento alle norme che prevedono una regolazione dei contratti in serie o delle condizioni generali. Ne sono degli esempi i testi di *soft law*, che prevedono delle regole specifiche volte a lottare contro le clausole vessatorie nei contratti in serie. È il caso, come noto, dell'art. 4:110 PDEC o degli articoli II. – 9:404 e 9:405 *Draft Common Frame of Reference*.

Tuttavia, in questa sede si vuole attirare l'attenzione sul fatto che questa razionalità non è rimasta confinata al diritto comunitario ed ai cosiddetti «diritti settoriali», ma che essa penetra nel diritto comune dei contratti¹⁷⁸, stravolgendo la struttura unitaria sulla quale esso si fondava. Al fine di dimostrarlo, scegliamo due esempi che mettono in luce l'interdipendenza e il fondamento comune dell'unità del soggetto di diritto e del contratto e, di conseguenza, il fondamento comune della loro frammentazione. Il primo, che segue un criterio misto (allo stesso tempo soggettivo e oggettivo), si pone a monte degli sviluppi europei: concerne la regolamentazione delle clausole abusive nel contratto

¹⁷⁶ Si potrebbe menzionare il regolamento (CEE) n° 4087/88 del 30 novembre 1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, data.europa.eu/eli/reg/1988/4087/oj, ora abrogato, e la direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, data.europa.eu/eli/dir/1986/653/oj. Queste disposizioni non sono una semplice regolamentazione di alcuni contratti speciali, ma tendono all'autonomia, alla creazione di sistemi indipendenti che prendono in considerazione le caratteristiche di tali rapporti economici e vi apportano delle soluzioni. V. anche V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 329 et ss.

¹⁷⁷ L'importanza della negoziazione è messa in evidenza dalle definizioni e le conseguenti differenze di regolamentazione che derivano dall'art. 7 della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (DCEV). Sui problemi di inefficienza concernenti i *contrats d'adhésions* v. J. KLICK, 'The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination vs. Behavioural Bias', 32. *Florida State University Law Review* 2005, pp. 555 et ss.; A. N. HATZIS, 'An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts', dans H. Collins (dir.), *Standard Contract Terms in Europe* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008), pp. 43 et ss.

¹⁷⁸ Si è affermato che il diritto interno debba essere interpretato alla luce del diritto europeo, v. M. FRANZONI, 'L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato', *Obbligazioni e contratti* 2007, pp. (884) 886 et ss. Circa l'influenza del diritto del consumo e della concorrenza sul diritto generale v. M. CHAGNY, 'L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat', *RDC* 2004, pp. 861 et ss.; J. CALAIS-AULOY, 'L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats', *RTD civ.* 1994, pp. 239 et ss.; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique* (Paris: L.G.D.J. 2000).



d'adesione in Germania, che ha in seguito influenzato la direttiva 93/13/CEE¹⁷⁹. Il secondo concerne la recente introduzione dell'art. 1171 nel codice civile francese.

Alla base delle riflessioni che hanno portato all'adozione della regolamentazione tedesca vi è l'aver preso in considerazione la trasformazione della realtà delle relazioni commerciali e la diffusione dei contratti non negoziati¹⁸⁰. La legge 9 dicembre 1976 (*AGB-Gesetz*), infatti, si inserisce in un solco giurisprudenziale che aveva utilizzato il § 138 *BGB* (nullità per violazione del buon costume), il § 242 *BGB* (clausola generale di buona fede) e il § 315 (carattere necessariamente equo di un termine essenziale determinato unilateralmente da una delle parti e, in caso di violazione, determinazione equitativa del giudice) al fine di sanzionare clausole estremamente squilibrate¹⁸¹. Questa legge approfondisce tale processo e conferisce uno statuto autonomo e generale al controllo delle clausole abusive. I dubbi concernenti i criteri da adottare al fine di delimitare il campo della regolamentazione hanno portato ad un compromesso che prende in considerazione un criterio oggettivo (le condizioni generali) ed un criterio soggettivo (fondato sulle qualità dei contraenti). In particolare, il controllo concernente le clausole abusive è previsto per tutti i contratti in serie (quindi, anche per quelli conclusi da professionisti); al contrario, le norme che stabiliscono presunzioni di invalidità sono limitate ai consumatori.

Al momento della riforma del *BGB* (entrata in vigore nel 2002), tale regolamentazione è stata introdotta nel codice ai §§ 305-310¹⁸². La disposizione fondamentale, concernente le clausole abusive, è prevista dal § 307, che prevede l'inefficacia delle clausole inserite nelle condizioni generali che, contrariamente alla buona fede, comportano uno svantaggio eccessivo per il contraente che non le ha predisposte. Tale protezione non è quindi limitata ai consumatori, ma si applica a tutti i contratti: le condizioni di applicazione sono la mancanza di negoziazione dei termini dell'accordo e il fatto che il contratto sia destinato ad essere utilizzato in più di un rapporto (almeno tre)¹⁸³.

¹⁷⁹ C. CASTRONOVO, 'Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p. (5) 20.

¹⁸⁰ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, pp. 164 et ss.; D. VON BREITENSTEIN, 'Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales', *Gaz. Pal. (Gazette du Palais)* 1978, 1, p. 110.

¹⁸¹ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 164; D. VON BREITENSTEIN, *Gaz. Pal.* 1978, p. 110; E. VON CAEMMERER, 'Standard Contract Provisions and Standard Form Contracts in German Law', 8. *Victoria University Wellington Law Review* 1975, pp. (235) 240 et ss.

¹⁸² Sulle recenti applicazioni di queste disposizioni v. T. NAUDE et CH. KOEP, 'Factors Relevant to the Assessment of the Unfairness or Unreasonableness of Contract Terms: Some Guidance from the German Law on Standard Contract Terms', 26. *Stellenbosch Law Review* 2015, pp. (85) 87 et ss.

¹⁸³ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 171.



La dottrina è divisa circa la razionalità della norma: in un primo momento, si attirava l'attenzione soprattutto sullo squilibrio che caratterizza le relazioni governate tramite condizioni generali. In seguito è stata invece soprattutto messa in evidenza l'efficienza dell'utilizzazione delle condizioni generali, che si ritiene eliminino i *transaction costs* connessi nella negoziazione; di conseguenza si rende necessario espungere le clausole più nocive per la parte che le ha accettate al fine di proteggere il mercato¹⁸⁴. In generale, l'obiettivo è correggere le clausole che non sono solamente dannose per la parte più debole, ma anche inefficienti e che potrebbero falsare la concorrenzialità del mercato¹⁸⁵.

Il secondo esempio proposto è, invece, il prodotto di una riforma molto recente e mostra la crescente influenza del diritto del consumo e del diritto della concorrenza sul diritto comune dei contratti. Queste influenze si sono in un primo momento espresse nelle applicazioni giurisprudenziali di alcune regole¹⁸⁶; in seguito, sono direttamente penetrate nella legislazione: è questo il caso del nuovo art. 1171 c.c. francese.

La riforma del *code Napoléon* ha introdotto la categoria del *contrat d'adhésion*. Questa nozione, dapprima elaborata dalla dottrina¹⁸⁷, non aveva trovato riconoscimento fino all'*ordonnance* del 2016¹⁸⁸. L'importanza di tale innovazione è stata chiaramente percepita dalla dottrina che, prima della riforma, si chiedeva se ci fosse ancora, in Francia, un diritto comune dei contratti¹⁸⁹ e, dopo la riforma, ha affermato che essa è portatrice di una «philosophie générale»¹⁹⁰ e che, oramai, non c'è più un solo contratto, ma due¹⁹¹.

¹⁸⁴ Su questi differenti approcci teorici v. SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, pp. 165-166.

¹⁸⁵ D. COESTER-WALTJEN, 'Consumer Protection and General Business Terms', 3. *EuCML* 2014, p. (160) 161; W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, p. 281. Sur l'inefficience des clauses déséquilibrées et sur la nécessité de les éliminer v. PH. H. CLARKE, 'Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. (185) 191 et ss.

¹⁸⁶ CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* (Paris: L.G.D.J. 2009), pp. 317 et ss.

¹⁸⁷ L'espressione è stata elaborata da R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (Paris: Pichon 1901); su questa nozione in prospettiva storica v. F. CHÉNÉDÉ, 'Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion', *RDC* 2012, 1^{re} partie pp. 241 et ss.; 2^e partie pp. 1017 et ss..

¹⁸⁸ La nozione di *contrat d'adhésion* deriva dalle trasformazioni economiche e sociali dovute alla società industrializzata ed alla consumazione di massa, v. PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 224.

¹⁸⁹ Y. LEQUETTE, 'Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?', *RDC* 2015, pp. 616 et ss.

¹⁹⁰ T. REVET, 'Une philosophie générale?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, pp. 5 et ss.



Il *contrat d'adhésion* è definito come «celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties»¹⁹². Ai *contrats d'adhésion* si applica l'art. 1171, che stabilisce che «dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

Queste regole sono state oggetto di un vivo dibattito concernente la loro opportunità, il loro campo di applicazione, la loro finalità e il loro rapporto¹⁹³. Per quanto ci interessa in questa sede, occorre segnalare alcuni aspetti: in primo luogo, la loro fonte di ispirazione; in seguito, la razionalità di cui sono portatrici; infine, i loro effetti sulla regolamentazione del contratto.

Circa le fonti di ispirazione, esse possono essere ricondotte agli artt. L. 212-1 *code cons.* e L. 442-6 *code comm.*¹⁹⁴. In ragione della sanzione prevista e del campo di applicazione, che esclude le clausole concernenti il prezzo e l'oggetto principale, è ragionevole affermare che l'influenza del *code de la consommation* abbia prevalso¹⁹⁵. Tuttavia, a

¹⁹¹ Ossia il *contrat de gré à gré* e il *contrat d'adhésion*.

¹⁹² Quella presentata nel testo è la versione applicabile ai contratti conclusi a partire dall'1 ottobre 2018. La versione in vigore per i contratti conclusi dall'1 ottobre 2016 all'1 ottobre 2018 è la seguente: «Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.»

¹⁹³ M. CHAGNY, 'La généralisation des clauses abusives', dans Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (Paris: Dalloz 2015), pp. 47 et ss.; PH. STOFFEL-MUNK, 'Clauses abusives: on attendait Grouchy...', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p. 56; N. DISSAUX, 'Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p. 53; J. JÉRÔME, 'Une source d'échec: les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats', dans G. Lardeux, A. Sériaux et V. Égéa (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun* (Aix-en-Provence: PUAM 2017), pp. 95 et ss.; T. REVET, 'L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse', *D.* 2018, pp. 124 et ss.; N. BLANC, 'Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification', *RDC* 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, pp. 20 et ss.

¹⁹⁴ D. FENOUILLET, 'Le juge et les clauses abusives', *RDC* 2016, pp. (358) 359 et ss. Sul rapporto fra l'art. 1171 *code civil* e i «diritti settoriali» v. M. CHAGNY, 'Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats', *RTD com.* 2016, pp. 451 et ss.; X. LAGARDE, 'Questions autour de l'article 1171 du Code civil', *D.* 2016, pp. 2174 et ss.

¹⁹⁵ Come afferma anche il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives»; M. CHAGNY, dans *Réforme du droit des contrats*, pp. (47) 49 et ss.; X. LAGARDE, *D.* 2016, p. 2174.



prescindere dalla fonte principale, occorre sottolineare che le due regole hanno come finalità (diretta o indiretta) la protezione della concorrenzialità del mercato. In altri termini, il contenuto del contratto è controllato tramite una «*police des clauses*»¹⁹⁶, volta a eliminare dall'accordo quelle clausole che creano uno squilibrio significativo.

Il legislatore ha preso coscienza dell'inadeguatezza, rispetto alla pratica concreta, del modello regolamentare classico, secondo cui il contenuto del contratto sarebbe il prodotto del consenso libero e informato, dunque espressione di razionalità: questo presupposto non può operare allorché il contratto è imposto da una delle parti. Oramai, è la negoziazione l'elemento che garantisce che il soggetto abbia non solamente preso conoscenza, ma anche determinato attivamente il contenuto del contratto. Allorché ciò non è accaduto, l'intervento del giudice è giustificato, al fine di correggere le distorsioni dell'accordo dovute alle asimmetrie che caratterizzano la relazione tra le parti.

La razionalità e gli obiettivi perseguiti tramite i «diritti settoriali» si riverberano e penetrano nel diritto generale, trasmettendogli (almeno parzialmente) la propria logica. Se i «diritti settoriali» continuano, evidentemente, ad innestarsi sul diritto generale dei contratti, quest'ultimo ne è a sua volta influenzato. Ne deriva che le influenze di questa nuova modalità di concepire la regolamentazione e le sue finalità penetrano non solamente tramite regole provenienti dall'UE, ma anche tramite l'incidenza che queste regole hanno sui sistemi giuridici nazionali e sulla loro applicazione.

Oramai, la fine della concezione del mercato come ordine spontaneo e del consenso come espressione di razionalità si riflette anche nella regolamentazione dei contratti di diritto generale. Il criterio di categorizzazione adottato è differente: non è più la qualità di un contraente, ma l'effettiva negoziazione del contratto che prevale. Il fondamento teorico, invece, è, lo stesso: in alcuni casi, nonostante il consenso non viziato e il rispetto dell'ordine pubblico, il contenuto del contratto deve essere sottoposto al controllo del giudice, affinché questi possa verificarne l'equilibrio e la razionalità dell'impegno¹⁹⁷.

9. – La nuova concezione del soggetto e del mercato implica un approccio differente

¹⁹⁶ M. MEKKI, 'Réforme du droit des obligations: clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)', *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière* 18 novembre 2016, pp. 5 et ss.; inoltre l'art. 442-6 *code de commerce* è stato definito una «*police des marchés*», v. X. LAGARDE, *D.* 2016, pp. 2174 et ss.

¹⁹⁷ F. ROUVIÈRE, 'Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats', *RDC* 2016, p. 600; U. BRECCIA, 'Tempi e luoghi del diritto dei contratti', *I contratti* 2018, pp. (5) 16-17; R. FORNASARI, 'La meritevolezza della clausola *claims made*', *Responsabilità civile e previdenza* 2017, pp. (1372) 1378 et ss.



alla regolamentazione. L'analisi effettuata ha permesso di inquadrare le trasformazioni che hanno radicalmente modificato il diritto contemporaneo dei contratti in una nuova prospettiva, grazie alla quale sono state messe in evidenza radici e razionalità di queste mutazioni. L'esame delle trasformazioni nella concezione del mercato, del soggetto e del contratto permette di mettere in luce le logiche che danno forma a questa evoluzione e di sottolineare le discontinuità nei processi di cambiamento del diritto europeo dei contratti, evitando le incomprensioni che caratterizzano sovente le analisi del rapporto tra legge e volontà.

L'esame delle radici profonde e delle logiche che determinano questa crisi è ancora più necessario al fine di cogliere i punti focali di una legislazione che diventa sempre più disordinata e di una giurisprudenza variegata e stratificata¹⁹⁸, la cui importanza è sempre più rilevante¹⁹⁹. Esaminare queste mutazioni attraverso la prospettiva di nozioni fondamentali permette da un lato di cogliere il processo generale, dall'altro di sviluppare una griglia d'analisi che può essere applicata a regole specifiche. Questa disamina critica è altresì fondamentale al fine di discernere le caratteristiche connesse alla *path dependence* che caratterizza l'implementazione e l'applicazione di queste norme al livello nazionale²⁰⁰, che aggiunge un'ulteriore complessità a questo quadro multilivello.

La «crisi» del diritto dei contratti è stata ed è talmente profonda che ha implicato che fossero rimesse in discussione due categorie centrali del diritto delle obbligazioni moderno, la cui elaborazione era stata fondamentale per l'affermazione e la consacrazione della società borghese e di un'economia incentrata sulla produzione e lo scambio. Queste due nozioni nella loro elaborazione teorica erano divenute idoli, espressioni della nuova concezione dell'essere umano portata dalla Rivoluzione francese e dal liberismo, che sono rimaste saldamente alla base del diritto dei contratti anche quando il loro carattere

¹⁹⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* (Torino: Giappichelli 2016).

¹⁹⁹ TH. REVET, 'La légisprudence', dans *Mélanges Ph. Malaurie* (Paris: Défrenois 2005), pp. 377 et ss.; L. AYNES, 'Le juge et le contrat: nouveaux rôles?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, pp. 14 et ss.

²⁰⁰ G. TEUBNER, 'Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies', *Modern Law Review* 1998, pp. 11 et ss.; K. O' REILLY, 'Achieving the Uniform Application of European Private Law', 23. *ERPL* 2015, pp. (1027) 1035 et ss.; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 168; G. DE CRISTOFARO, 'After Implementing Directive 2011/83/EU in the Member States: Are the National Provisions on Consumer Contracts Really Harmonised? Some Critical Remarks', 3. *EuCML* 2014, pp. 217 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp. 165 et ss.; B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law* (Oxford: Hart Publishing 2017), pp. 12-15; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 100-109; E. HONDIUS, 'Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law', 24. *ERPL* 2016, pp. 457 et ss.



astratto diveniva sempre più evidente. Resistenza e permanenza dimostrate dalla regolazione delle clausole vessatorie nel codice civile italiano, che per ragioni temporali si confronta con un contesto economico differente da quello del XIX secolo: la risposta giuridica, nonostante la coscienza delle nuove esigenze, si iscrive nella tradizione, limitandosi a pretendere una prova rinforzata della volontà.

Idoli, infine, che giungono al crepuscolo quando una nuova razionalità scuote il quadro teorico sul quale essi erano stati costruiti. Una nuova concezione del mercato e delle interazioni contrattuali fra i soggetti, così come le esigenze concernenti la costruzione e lo sviluppo del mercato unico e le limitazioni alla competenza normativa dell'UE nel settore, sono portatori di una nuova concezione della regolazione, non più volta alla costruzione di un sistema, ma fondata sull'obiettivo da raggiungere. L'unità del sistema, che derivava da un approccio formale e dogmatico, basato su categorie fondanti, deve oggi essere invece ricercata nell'identità dell'obiettivo perseguito.

Questo approccio funzionale, limitato in un primo momento alle norme di «diritto settoriale», ha una tendenza espansiva. Innanzitutto, attraverso l'estensione del campo di applicazione di queste regole, grazie ad una loro applicazione estensiva; in seguito, tramite l'influenza che queste norme hanno sul diritto generale; infine, attraverso l'ispirazione che supporta le riforme dei sistemi giuridici nazionali. Questa espansione continua è dovuta al fatto che queste norme non costituiscono dei microsistemi; al contrario, rimettono in questione il rapporto tra la legge, il soggetto di diritto e l'autonomia delle parti, ossia il cuore del diritto dei contratti. Questo nuovo approccio potrebbe estendersi ad innumerevoli situazioni; teoricamente, ad ogni relazione contrattuale che appaia affetta da *market failures* che non permettono ai contraenti di concludere il contratto più efficiente.

È stato sostenuto che queste norme proteggono l'autonomia della volontà, perché proteggono un consenso veramente libero ed informato²⁰¹: la formula, nonostante sia corretta, ci pare riduttiva rispetto all'intensità ed alla *ratio* di questi interventi. Infatti, non si tratta solamente, tramite il dovere di informazione, di rendere informate le parti; si tratta invece di effettuare, nei casi identificati come patologici, un intervento che modelli il contenuto del contratto²⁰² secondo il paradigma che il legislatore si prefigura come corretto.

Tali evoluzioni mettono in costante tensione l'ordine sistematico degli ordinamenti na-

²⁰¹ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, pp. 89-90; sull'importanza della lucidità del consenso v. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation*, p. 569.

²⁰² M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 173 afferma: «we should not forget that the EU provides us with normative expectations and guidelines as to how we have to play this role – namely as individuals who make use of available information and who responsibly care for and protect their own interests.» V. anche G. ROUHETTE, dans *Études offertes à René Rodière*, pp. (247) 257-258.



zionali, favorendo interpretazioni ed approcci alla regolamentazione innovativi. Le decisioni ed argomentazioni (del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina) relative a tali evoluzioni inducono l'interprete ad una precisa scelta di politica del diritto, che deve ad esempio decidere se interpretare tutto il diritto privato alla luce dei principi UE, nell'ottica della tutela della costruzione ed implementazione del mercato unico, oppure se proteggere valori differenti, corrispondenti ad altre scelte di politica del diritto, come la realizzazione di una giustizia distributiva che modifichi la distribuzione delle ricchezze stabilita dalle parti. Nonostante si sia sostenuto che la realizzazione di tali obiettivi possa convivere ed essi possano essere anche complementari, a nostro avviso occorre fare le debite distinzioni, poiché – nonostante in alcuni casi possa esservi una possibile convergenza – essi si fondano su criteri di apprezzamento e modalità operative differenti.

Ciò che riteniamo debba essere valorizzato è il fatto che tracciare la genealogia della crisi del diritto contrattuale contemporaneo permette di abbandonare, nel dibattito scientifico, concetti generali che possono avere plurime interpretazioni o, quantomeno, induce l'interprete, nel momento in cui egli utilizza tali concetti, a problematizzarli ed esplicitare come lo stesso li intenda. Inoltre, dato che le soluzioni a tali contraddizioni ed incertezze, oltre che la determinazione dei successivi sviluppi, costituiscono scelte di politica del diritto, tale disamina circa la razionalità delle norme ha il pregio di riaprire il dibattito sul diritto privato come strumento di organizzazione sociale; ciò è ancora più rilevante nel contesto attuale, nel quale si discute di una possibile riforma del codice civile.

Da un punto di vista strettamente operativo, invece, le soluzioni ai possibili contrasti emergenti dai mutamenti analizzati devono essere trovate tramite l'interpretazione della razionalità della disposizione rilevante nel singolo contesto e la sua applicazione coerente con tale razionalità, motivando adeguatamente il percorso logico-argomentativo che porta a proporre una determinata soluzione. Ciò consente non solo di ancorare il contenuto della decisione al dettato normativo, ma anche di sviluppare un dibattito profondo sulle modalità di applicazione delle disposizioni più controverse (come le clausole generali), oltre che di condividere criteri applicativi e modelli di decisione. Infatti, dato che il controllo sul contratto introdotto con le nuove disposizioni richiede che i giudici effettuino una valutazione in concreto di ogni singolo contesto, non si possono fissare dei parametri generali e validi *a priori*; il dibattito deve, invece, necessariamente focalizzarsi sui criteri di giudizio (comuni) per giungere alla decisione.

Si evidenzia infine che queste trasformazioni necessitano di un notevole sistema di rimedi e sanzioni, il che implica un ruolo sempre più importante del giudice²⁰³: è da molto tempo

²⁰³ U. BRECCIA, *I contratti* 2018, p. (5) 23.

JUS CIVILE



ormai che il giudice non è più – sempre che lo sia mai stato – soltanto la *bouche de la loi*. Tuttavia, questo approccio comporta un interventismo giudiziario senza precedenti, che porta a riconsiderare la teoria delle fonti del diritto e il rapporto tra i contraenti e l'autorità giudiziaria²⁰⁴. Inoltre, potrebbe porsi la questione non solo del ruolo, ma anche, più in generale, della funzione del potere giudiziario e delle modalità di formazione dei giudici. Ma questa è un'altra storia.

²⁰⁴ In relazione alla riforma del *code napoléonien* v. F. ROUVIÈRE, *RDC* 2016, p. (600) 601.