

IL DIRITTO PRIVATO LIBERISTA. RIFLESSIONI SULL TEMA DELL'AUTONOMIA PRIVATA STIMOLATE DA UN RECENTE CONTRIBUTO

Alessandro SOMMA*

RESUMEN: En el presente ensayo se hace una evaluación crítica del concepto de autonomía privada. Se hace referencia a la evolución que este concepto ha tenido, pasando por su gran auge durante el siglo XIX, y su decadencia durante el siglo XX. Asimismo, el ensayo presenta una serie de reflexiones relacionadas con el debate actual sobre la autonomía en el campo del derecho privado en Europa, abarcando temas que van desde el derecho de los contratos, el derecho de los consumidores y los conceptos de persona y mercado, hasta la relación del tema de la autonomía privada con el análisis económico del derecho, el derecho comunitario europeo y la uniformización y unificación del derecho privado.

ABSTRACT: This essay makes a critical evaluation of the concept of "freedom of contract" (private autonomy). The evolution of this concept is reviewed, touching both the time in which it was the unquestioned principle that ruled most legal relations (XIXth. century), to the time of its decay (XXth. century). Moreover, the essay develops a series of reflections related to the current debate about "freedom of contract" in the field of private law in Europe, including subjects related to contract law, consumer protection law, the concepts of person and market, economic analysis of law, communitarian law and uniformity and unification of private law.

* Investigador en el Max-Planck-Institut Für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt, Alemania.

SOMMARIO: I. *Premessa: mode e unanimismi nei dibattiti sull'autonomia privata.* II. *Il diritto dei contratti tra sociologia dei ruoli e analisi economica del diritto: la disciplina comunitaria e un recente intervento del legislatore tedesco.* III. *Persona e mercato nella transizione dalla cultura liberale al pensiero liberista: l'autonomia privata come ostacolo alla "emancipazione collettiva".* IV. *Le parole d'ordine nel dibattito sulla disciplina costituzionale dell'economia: l'individualismo come unica alternativa al totalitarismo e l'equazione tra solidarismo e totalitarismo e tra solidarismo e paternalismo.* V. *La rivoluzione mangia i suoi figli: la transizione dal diritto comunitario alla concorrenza tra ordinamenti nel processo di consolidamento del dogma liberista.* VI. *L'uso delle descrizioni "narrative" nel diritto privato liberista: la funzione propagandistica dei riferimenti all'autonomia privata.* VII. *Espedienti e ipotesi per la costruzione di un sistema privatistico solidarista: la "social contract law" al servizio dell'homo sociologicus.* VIII. *Segue: la modificazione del contratto per circostanze verificatesi entro la sfera di controllo della parte debole in una fase successiva rispetto alla sua conclusione.* IX. *Segue: la valorizzazione del vincolo contrattuale.* X. *A mo' di conclusione: il conflitto tra diritto comunitario liberista e prassi applicativa interna solidarista e la sua ricaduta sul processo di uniformazione e unificazione internazionale del diritto privato.*

I. PREMESSA: MODE E UNANIMISMI NEI DIBATTITI SULL'AUTONOMIA PRIVATA

E' un dato difficilmente controvertibile che alcuni anni or sono diversi contributi dedicati al tema dell'autonomia privata denunciavano con soddisfazione il declino delle massime individualiste celebrate dalla produzione scientifica del dopoguerra.¹ In quegli anni l'occupazione da parte dell'ordinamento degli spazi sottratti all'azione del singolo veniva sovente salutata come uno strumento

¹ V. in particolare le riflessioni sulla crisi del contratto documentate in Sacco, R. e De Nova, G., "Il contratto", in Sacco, R. (diretto), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, t. 1, p. 10 et ss. Per riferimenti al dibattito che ha considerato il diritto di proprietà v. invece Gambaro, A., "Il diritto di proprietà", in Cicu, A. e Messineo, F. (diretto), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, part. pp. 147 et ss.

di emancipazione economica e sociale che non doveva limitarsi ad interessare il solo diritto pubblico.² In tale prospettiva la dottrina ha incentivato la produzione di articolati volti a minare le fondamenta dello stato di diritto di impostazione liberale custodite in particolare dalle codificazioni civilistiche.³

Sono ben poche le tracce lasciate da simili prese di posizione. L'autonomia privata è tornata a rappresentare il valore primo attorno al quale sviluppare le riflessioni dei privatisti in tutti i settori dell'ordinamento⁴ e al codice civile la dottrina ha restituito il ruolo un tempo riservatole dalla tradizione.⁵ Prevale ora la nostalgia per un passato lontano:

Nel secolo diciannovesimo si riconduceva ogni istituto alla volontà del singolo e questo substrato volitivo era giudicato una conquista di libertà. In questo secolo si è assistito ad una progressiva inversione di tendenza, che ha sovente relegato la volontà nell'archeologia giuridica, nella coeva esaltazione del ruolo dello Stato.⁶

Il mutamento di prospettiva risulta per molti aspetti legittimato dai cambiamenti che hanno ultimamente caratterizzato le vicende in senso lato politiche nazionali e internazionali e il percorso intellettuale di numerosi esponenti delle scienze sociali non giuridiche: "il crollo dei regimi del socialismo reale alimenta la crisi del modello dirigitico dell'economia e riporta in auge, su scala mondiale, le logiche più efficientistiche che presiedono all'economia di libero mercato".⁷ Peraltro altrettanto legittimato ci sembra il sos-

2 Il profilo viene da ultimo approfondito in Engel, C., "Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln. Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel des Haftungsrechts", *JZ*, 1995, pp. 213 et ss.

3 Sul punto è d'obbligo il riferimento a Irti, N., *L'età della decodificazione*, 3a. ed., Milano, 1989.

4 Cfr. Somma, A., "Autonomia privata", in (corso di pubblicazione) *Riv. dir. civ.*, 2000, t. II.

5 Irti, V. N., *Codice civile e società politica*, Roma e Bari, 1995, pp. 36 et ss.

6 Calò, E., *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999, pp. 172 et ss., et 183.

7 Grisi, G., *L'Autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, pp. 74 y ss. Il quale aggiunge: "in parallelo, più si consolida il fenomeno della globalizzazione, più si manifesta evidente l'impossibilità di ricercare nell'ambito degli Stati nazionali soluzioni e risposte adeguate ai numerosi problemi economici e sociali sollevati dallo sviluppo".

petto che —come senza dubbio il dibattito un tempo condotto dai nemici del diritto privato tradizionale— anche quello animato dai suoi nuovi amici sia in parte caratterizzato dagli accenti propagandistici e dagli unanimismi tipici dei fenomeni alla moda.

Certo si tratta di unanimismi che celano differenze talvolta rimarchevoli tra le impostazioni dei diversi autori e che inoltre non devono oscurare le voci dissenzienti levatesi negli ultimi tempi: le riflessioni che seguono sono del resto stimulate da un contributo decisamente critico verso “la mistica del mercato”.⁸ Si tratta di riflessioni che non intendono sottrarsi al fascino della discussione condotta con i toni vivaci poco prima criticati e che pertanto sono esposte al rischio di risultare categoriche e forse irrispettose. Peraltro non sono questi i sentimenti che le animano: esse sono ispirate dal trasporto per le discussioni appassionate e dal desiderio di suscitare di nuove. Il tutto “in un clima segnato da un conflitto tanto aperto ed aspro” da indurre ad “ergersi a paladini dell’una o dell’altra opzione radicalmente assunta, piuttosto che continuare a coltivare logiche di bilanciamento”.⁹

II. IL DIRITTO DEI CONTRATTI TRA SOCIOLOGIA DEI RUOLI E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: LA DISCIPLINA COMUNITARIA E UN RECENTE INTERVENTO DEL LEGISLATORE TEDESCO

Il diritto dei consumatori si presenta oggi come un corpo di norme alla cui costruzione il legislatore prende parte con un elevato numero di interventi. Questi ultimi sono talvolta poco valorizzati dalla prassi applicativa: in alcuni settori —ad esempio nella responsabilità del produttore— disposizioni emanate in anni non recenti sono state applicate in un numero decisamente esiguo di casi.¹⁰ Inizialmente le cose si sono invece presentate nel modo opposto: sappiamo che anche nelle esperienze di “civil law” i giudici

⁸ *Ibidem*, pp. 76, 102 et ss.

⁹ *Ibidem*, p. 180.

¹⁰ Sul punto v. ad es. Franzoni, M., “Dieci anni di responsabilità del produttore”, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 823 et ss.

hanno avviato la costruzione del diritto dei consumatori nel sostanziale silenzio del legislatore o addirittura contro le sue indicazioni.¹¹

Occorre interrogarsi sui motivi di questi cambiamenti. Dobbiamo innanzitutto chiederci se il diritto dei consumatori inizialmente forgiato dalla prassi applicativa sia lo stesso diritto dei consumatori che il legislatore ha successivamente sviluppato. In caso di risposta negativa dobbiamo quindi individuare la tecnica e i valori cui i due complessi di norme sono riconducibili. E dobbiamo infine tentare di cogliere le linee di sviluppo che il futuro riserva al settore disciplinare in esame.

I termini delle riflessioni che intendiamo proporre possono essere esemplificati attraverso la ricostruzione delle vicende relative alla formazione e allo sviluppo del diritto tedesco dei contratti con i consumatori. Quest'ultimo si sviluppa a partire da alcune decisioni che nel corso degli anni sessanta codificano un sistema di controllo sulle condizioni generali di contratto fondato sul riferimento alla clausola di buona fede di cui al par. 242 BGB. Per il suo tramite la prassi applicativa dichiarava l'inefficacia delle condizioni la cui imposizione all'aderente conduceva a risultati "iniqui":

aber auch genügend ist bei Vertragsschluss die Einigung dahin, dass die von einem Vertragspartner aufgestellten Geschäftsbedingungen gelten sollen (ohne dass der andere Vertragsteil sie im einzelnen zu kennen braucht): der Unterwerfungswille des anderen Teils bezieht

¹¹ E' il caso della giurisprudenza tedesca sulla buona fede nell'esecuzione della prestazione di cui ci occuperemo nel presente paragrafo: v. fin d'ora Hart, D. e Köck, W., "Zum Stand der Verbraucherrechtsentwicklung", *ZRP*, 1991, pp. 65 et ss. Ed è il caso della prassi francese che ha forzato il sistema di tutela dei consumatori —precedente il recepimento del modello elaborato in sede comunitaria— che si fondava sul controllo amministrativo delle clausole relative alla contrattazione di massa e non consentiva un autonomo intervento giudiziale volto a sopprimere le prassi negoziali ritenute abusive. *Cfr.* Cass. civ., 6 dicembre 1989, *D. S.*, 1990, *Jurispr.*, pp. 289 et ss. con Nota di J. Ghestin e Cass. civ., 14 maggio 1991, *ivi*, 1991, *Jurispr.*, pp. 449 et ss. con Nota di J. Ghestin. In letteratura v. Karimi, A., "L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n. 95-96 du 1. février 1995", *J. C. P.*, 1996, t. I, pp. 134 et ss., n. 3918 con indicazioni sull'attuale rilevanza dell'orientamento in discorso.

sich aber gemäss Par. 242 BGB nur auf solche Bedingungen, mit deren Aufstellung er billiger-und gerechterweise rechnen kann.¹²

I giudici fondavano l'orientamento sulla circostanza che la condizione in discorso viene predisposta unilateralmente e sottolineavano che in una simile situazione merita di essere valorizzata la posizione economica e sociale favorevole in cui di norma versa il predisponente:

Wer allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt und sie den Geschäftsbeziehungen mit seinen Kunden zugrunde legt, bestimmt damit praktisch einseitig die rechtliche Abwicklung der Vertragsbeziehungen. Damit ist in aller Regel ein erhebliches wirtschaftliches und intellektuelles Übergewicht verbunden, dass zu einem Missbrauch der Vertragsfreiheit führt.¹³

Il *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* del 1976 codifica il modello elaborato dalla giurisprudenza: dichiara inefficaci le condizioni generali di contratto “che in violazione del principio di buona fede pregiudicano in misura inadeguata la controparte del predisponente” (par. 9) e individua inoltre una serie di clausole presuntivamente ritenute pregiudizievoli per l'aderente (par. 11). Anche in questo caso il riferimento alla posizione economica e sociale del predisponente costituisce un concetto centrale per la costruzione del diritto dei consumatori. Il legislatore tedesco — se si prescinde dalla circostanza che la disciplina in discussione tutela anche l'aderente non consumatore — ha del resto accolto l'indicazione della dottrina che per la costruzione del diritto dei consumatori utilizza le massime elaborate dalla sociologia dei ruoli: tra esse quella secondo cui il comportamento umano viene dettato da un sistema di norme comportamentali presidiato da sanzioni sociali che annullano l'attitudine degli individui ad autodeterminarsi nel mercato.¹⁴ Lo stesso legislatore ha inoltre valoriz-

12 BGH, 29 settembre 1960, *BGHZ*, Bd. 33 (1961), pp. 216 et ss.

13 BGH, 28 febbraio 1973, *BGHZ*, Bd. 60 (1973), pp. 243 et ss.

14 Cf. soprattutto Reich, N., “Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz”, *ZRP*, 1974, pp. 187 et ss. Tra i padri della sociologia dei ruoli v. Dahrendorf, R., *Homo Sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, trad.

zato le indicazioni di chi sottolinea come la condizione di debolezza del consumatore sia strutturale.¹⁵

Negli ultimi tempi gli interventi del legislatore tedesco hanno peraltro abbandonato l'impostazione originaria per seguire quella fatta propria dal diritto comunitario. Quest'ultimo muove da una nozione di consumatore come individuo capace di compiere scelte meditate e consapevoli nel momento in cui viene in possesso di un livello adeguato di conoscenze¹⁶ e ne concepisce pertanto la tutela come promozione del diritto all'informazione.¹⁷ In questa prospettiva lo strumento privilegiato dal diritto dei contratti cessa di essere la declaratoria di inefficacia. Si ricorre ora ad istituti come il cosiddetto diritto di recesso e a principii come quello della trasparenza dell'affare.¹⁸ Istituti e principii elaborati dai cultori dell'analisi

it. di P. Massimi, 3a. ed., Roma, 1989 con riflessioni sui comportamenti dei consumatori. V. inoltre Reh binder, M., "Status-Kontrakt-Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft", *Berliner FS für E. E. Hirsch*, darg. von Mitglieder der Jur. Fakultät zum 65. Geburtstag, Berlin, 1968, pp. 160 et ss. con riflessioni sulle anticipazioni della teoria dei ruoli nel pensiero di Gustav Radbruch.

15 Per tutti v. Reifner, U., "Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers", *ZfP*, 1978, pp. 203 et ss., e Hart, D., "Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts", *AG*, 1984, p. 75.

16 In tal modo l'idea di una "sovranità del consumatore" si sostituisce alla concezione secondo cui il mercato viene diretto dal produttore: *cf.* ad es. Kuhlmann, E., *Verbraucherpolitik. Grundzüge ihrer Theorie und Praxis*, München, 1990, pp. 27 et ss., e Dick, H., *Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung. Der Einfluss von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbrauchererschuldung und zur Verbraucherinformation*, München, 1995, pp. 13 et ss.

17 *Cfr.* l'art. 153 Trattato CE. Sul punto v. da ultimo Grub, H., "Sub Art. 153", in Lenz, C. O. (Hrsg.), *EG-Vertrag-Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung*, 2. Aufl., Köln, 1999, pp. 1263, e Kilian, W., "Äusseres und inneres System in einem noch fragmentarischen Europäischen Schuldvertragsrecht?", in Grundmann, S. (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts-Gesellschafts-Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2000, p. 434. Nella letteratura italiana *cf.* ad es. Liserre, A., "Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato", in Cesàro, E. (a cura di), *Clause abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, p. 21.

18 Sul punto v. ad es. Jung, E., "Bedeutung und dogmatische Erfassung eines Widerrufsrechts bei 'Haustürgeschäften'", *ZRP*, 1981, pp. 137 et ss., e Knütel, R., "Widerrufsbelehrung in Par. 1 AbzG", *AcP*, Bd. 185 (1985), pp. 308 et ss. Da ultimo v. Lurger, B., *Vertragliche Solidarität. Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1998, pp. 14 et ss. Nella letteratura italiana v. da ultimo Chiné, G., "Il diritto comunitario dei contratti", in Tizzano, A. (a cura di), t. 1: *Il diritto dell'Unione europea*, in Bessone, M. (diretto), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, pp. 627 et ss., e Benacchio, G. A., *Diritto privato comunitario*, *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pp. 226 et ss., con una rassegna di provvedimenti.

economica del diritto che rifiutano l'idea secondo cui un contrente può essere irrimediabilmente condizionato dalla propria posizione sociale o economica:¹⁹ “[a] man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions —what we shall call his self— interest”.²⁰

Alcuni si mostrano favorevoli alla nuova impostazione e sottolineano come il sistema informativo consenta di sviluppare un modello di tutela meno complesso e incerto di quello fondato sulla clausola di buona fede.²¹ Peraltro simili osservazioni trascurano incontrovertibili dati ricavabili dalla prassi applicativa: soprattutto che l'impostazione si deve in primo luogo al proposito di promuovere politiche del diritto di stampo liberista —o di mitigare quelle inizialmente informate a valori solidaristi— e solo indirettamente persegue scopi di altro tipo.²²

Una valutazione anche sommaria della direttiva sulle “clausole abusive nei contratti con i consumatori” consente di evidenziare il proposito in discorso. In effetti essa —che per molti aspetti mostra di essere ricavata dalla menzionata disciplina tedesca sulle condizioni generali di contratto— definisce un sistema di controllo sul contenuto dell'affare di tipo concreto e individuale laddove il modello di riferimento ne disegna uno di impronta generale e superindividuale. Il testo comunitario stabilisce inoltre che “la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto” e neppure “all'adeguamento

19 Per rilievi critici v. Traub, F., *Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, 1998, pp. 29 et ss. Da ultimo cfr. Somma, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, pp. 415 et ss.

20 Posner, R., *Economic analysis of law*, 2a. ed., Boston e Toronto, 1977, p. 3. Per riflessioni del medesimo tenore v. Kirchgässner, G., “Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre? Zur Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts”, *JZ*, 1991, pp. 104 et ss., e Schäfer, H. B., e Ott, C., *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg e New York, 1995, pp. 50 et ss. Nella letteratura italiana v. specialmente Alpa, G. et al. (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, e Cooter, R. et al., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

21 Così ad es. Lurger, B., *Vertragliche Solidarität*, cit., nota 18, pp. 31 et ss.

22 V. Albert, J. L., “Un code européen de la consommation? Observations introductives”, in Aa. Vv., *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne. Actes et débats de colloque Lyon les 12 et 13 décembre 1997*, Bruxelles, 1998, pp. 3 et ss. V. inoltre Sacco, R., “L'abuso della libertà contrattuale”, *Diritto privato*, vol. III, 1997, pp. 217 et ss. e Alpa, G., “La c. d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 744, secondo cui “nei programmi comunitari si è sovrapposto all'indirizzo interventista un indirizzo liberista”.

tezza del corrispettivo dei beni o servizi”.²³ Esso si differenzia in tal modo da quanto stabilito dal legislatore tedesco il quale si limita ad escludere che possa essere vagliata dal giudice la clausola che riproduce norme di legge.²⁴ E si differenzia inoltre dalla prassi applicativa che dichiara contrario al buon costume il contratto affetto da squilibrio tra le prestazioni nelle ipotesi —presuntivamente considerate il risultato di un abuso— in cui una parte versi in una condizione di obbiettiva debolezza economica e sociale.²⁵

La direttiva in discorso contempla inoltre un utilizzo blando della declaratoria di inefficacia delle clausole abusive in quanto non reca alcuna lista cosiddetta nera di tali clausole.²⁶ Essa rende in tal modo esplicito che la tutela del consumatore deve svolgersi entro i confini di un sistema economico fondato sulle leggi di mercato.²⁷

Un provvedimento tedesco ultimamente recepito simili indicazioni con formule che non si riferiscono a singoli tipi contrattuali o a particolari prassi negoziali²⁸ e lo stesso si verifica nella recente

23 Al proposito Alpa, G., *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli articoli 1469 bis-sexies del codice civile*, Roma, 1997, pp. 26 et ss., e Sirena, P., “Sub Art. 1469 ter-3. comma”, in Alpa, G. e Patti, S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis-1469 sexies del Codice civile*, Milano, 1997, t. 1, pp. 583 et ss.

24 Così il par. 8 ABGB. Invero anche nel contesto tedesco si ritiene che la disposizione conduca ad escludere un controllo sul prezzo stabilito da condizioni generali di contratto ed in tal senso ci si esprime nei lavori preparatori: v. *BT-Drucks. 7/3919*. Ciononostante alcuni autori contestano una simile interpretazione che ritengono non in linea con la lettera della legge: cfr. in particolare Koch, E. e Stübing, J., *Allgemeine Geschäftsbedingungen. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Neuwied e Darmstadt, 1977, p. 141. L'opposto orientamento si ricava invece da Basedow, J., *Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik*, in Zimmermann, R. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, p. 97.

25 V. ad es. BGH, 14 giugno 1984, *WM*, 1984, pp. 1046 et ss. Nel merito v. Damm, R., “Sub Par. 138”, *BGB-Alternativkommentar*, Bd. I, Neuwied e Darmstadt, 1987, p. 501, secondo cui il concetto di abuso assume “einen speziellen wirtschaftlichen, d. h. markt- und unternehmensbezogenen Stellenwert, gewissermassen als marktbezogene Sittenwidrigkeit”.

26 Sul punto v. per tutti Pardolesi, R., “Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 532 et ss.

27 Per tutti Pfeiffer, T., “Sub Art. 4 RL 93/13/EWG”, in Grabitz, E. e Hilf, M. (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. II (*Sekundärrecht*), Teil A. (*Verbraucher- und Datenschutzrecht*), hrsg. von M. Wolf, München, 1999, p. 7, osserva che “Die Bestimmung beschränkt die richterliche Missbrauchskontrolle verbrauchervertraglicher Klauseln im Interesse der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien und eines funktionierenden, auf Preis- und Leistungswettbewerb beruhenden Marktes”.

28 *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von*

proposta di revisione del diritto delle obbligazioni.²⁹ Il provvedimento introduce nel codice civile —oltre ad una definizione di consumatore mutuata dal diritto comunitario—³⁰ una disciplina del diritto di recesso nei contratti dei consumatori in genere.³¹ Quest'ultima mostra come la tutela dei destinatari finali di beni e servizi sia ora definitivamente intesa come intervento sul loro livello di autodeterminazione e consolida in tal modo la concezione del diritto dei contratti come complesso di norme concernenti il diritto all'informazione sui termini dell'affare.³²

Vorschriften auf Euro del 27 giugno 2000, in *BGBL*, 2000, I, pp. 897 et ss. Per una sintesi del provvedimento v. Bülow, P. e Artz, M. "Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB", *NJW*, 2000, pp. 2049 et ss. e Lorenz, S., "Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", in *JuS*, 2000, pp. 833 et ss.

²⁹ *Referentenentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* del 4 agosto 2000. La proposta concerne tra l'altro la riconduzione al codice civile del diritto dei consumatori attualmente contenuto nella legislazione speciale e da questo punto di vista riprende quanto ventilato da una commissione che nei primi anni ottanta si era occupata di riforma del diritto delle obbligazioni. Sui recenti sviluppi *cf.* Schmidt-Räntsch, J., "Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie", *ZEuP*, 2000, pp. 294 et ss. Le proposte formulate dalla commissione appena ricordata si ricavano da Westermann, H. P., "Verbraucherschutz", in *Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, Köln, 1983, pp. 1 et ss.

³⁰ La definizione di consumatore viene inserita tra le disposizioni codicistiche dedicate alle persone fisiche come par. 13: "Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen, noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". Sulla definizione v. Flume, W., "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung. Die Änderung des BGB durch das Fernabsatzgesetz", *ZIP*, 2000, pp. 1427 et ss., e Hensen, H. D., *Das Fernabsatzgesetz oder: Man könnte heulen*, *ivi*, 2000, p. 1151 con rilievi critici.

³¹ Par. 361a BGB: "Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss eines Vertrages mit einem Unternehmer gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat...". Per un commento v. Lorenz, S., "Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", *cit.*, nota 28, pp. 2051 et ss.

³² Da ultimo v. Roth, W. H., "Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht", in Schulte-Nölke, H. e Schulze, R. (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 45 et ss., e Antonioli Deflorian, L., *Consumer Contracts in Italian and Community Law—Patterns of integration and disintegration*, *ivi*, part. pp. 126 et ss.

III. PERSONA E MERCATO NELLA TRANSIZIONE DALLA CULTURA LIBERALE AL PENSIERO LIBERISTA: L'AUTONOMIA PRIVATA COME OSTACOLO ALLA "EMANCIPAZIONE COLLETTIVA"

L'armonizzazione del diritto dei contratti avviata in sede comunitaria si caratterizza dunque come vicenda dominata dall'analisi economica del diritto. La circostanza comporta la valorizzazione di istanze di tipo individualista e in un certo senso il recupero di criteri formalisti nella valutazione dell'atto e del vincolo contrattuale. In effetti nel diritto dei consumatori l'utilizzo di categorie mutate dalla sociologia dei ruoli previene per un verso il ricorso a politiche del diritto pensate per il soggetto unico di diritto. Per un altro verso la sovrapposizione ad esse di modelli fondati sul riconoscimento all'individuo di un illimitato potere di autodeterminazione conduce tuttavia a vanificare il potenziale antiformalista del riferimento al ruolo. In tal senso si allude all'analisi economica del diritto come ad una nuova —forse involontaria— pandettistica³³ e se ne critica l'aspirazione al confezionamento di massime universali³⁴ in quanto tali volte al confezionamento di modelli neutrali.³⁵

Quest'ultima caratteristica dell'analisi economica del diritto si deve al clima culturale che accompagna l'elaborazione del modello umano utilizzato come punto di riferimento per le proprie elaborazioni: l'*homo oeconomicus* —ovvero il *resourceful, evaluative, maximizing man*— viene teorizzato all'epoca del diritto naturale razionale. Allora l'utilizzo del modello umano in discussione si coordinava peraltro con politiche del diritto di stampo egualitarista. Inoltre lo

33 Cappellini, P., *Scienza civilistica, "rivoluzioni industriali", analisi economica del diritto: verso una neopandettistica involontaria?*, *Quad. fiorentini*, vol. 15 (1986), pp. 523 et ss. il quale annota: "Che il non risolto nodo Pandettistica appaia ritorcersi contro più d'uno di coloro che hanno tentato di escorizzarlo, è considerazione allora che non deve sorprendere più di tanto, e men che meno colta sulle labbra di un civilista".

34 V. per tutti Fezer, K. H., "Aspekte einer Rechtskritik an der oeconomic analysis of law und am property right approach", *JZ*, 1986, pp. 817 et ss. e *id.*, *Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts*, *ivi*, 1988, pp. 223 et ss. V. anche Monateri, P. G., "Risultati e regole (Un'analisi giuridica dell'analisi economica del diritto)", *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 605 et ss.

35 Tra gli economisti la pretesa neutralità del discorso economico viene criticata in particolare da Zamagni, S., *Economia e etica. Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, Roma, 1994, part., pp. 60 et ss.

stesso utilitarismo non veniva ritenuto incompatibile con il comportamento benevolo e disinteressato.³⁶

Una impostazione assimilabile ha recentemente caratterizzato la prassi applicativa della corte costituzionale tedesca che ha fatto riferimento all'autonomia privata per incidere sull'equilibrio economico del contratto e tutelare in tal modo l'autodeterminazione del consumatore contro il potere dell'impresa.³⁷ Si tratta tuttavia di una eccezione: da ultimo il riferimento in discorso si mostra legato al proposito di promuovere valori informati "all'impronta statalista che connota il montante liberismo",³⁸ in quanto tali distanti da quelli cui abbiamo ora fatto riferimento.³⁹ E in effetti "mentre nell'ottocento, il principio di libertà contrattuale si caricava di valenze e significati strettamente associati ad un trend democratico ed emancipatorio e ciò come effetto di trascinamento dalla idea di partecipazione politica, la moderna dottrina della libertà contrattuale si dimostra meno sensibile a tali valori e più preoccupata di difendere la libertà di poteri, anche forti, a fronte dell'invadenza di poteri dello Stato e/o di pubbliche autorità".⁴⁰

36 V. da ultimo Besomi, D. e Rampa, G., *Dal liberalismo al liberismo. Stato e mercato nella storia delle idee e nell'analisi degli economisti*, Torino, 1998, pp. 21 et ss. e 31 et ss., e Arnaud, A. J., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1998, p. 11., e v. Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, p. 78 che denuncia "i toni apologetici spesso impiegati per declamare le virtù innate del mercato privo di regole".

37 Cfr. BVerfG, 19 ottobre 1993, *ZIP*, 1993, pp. 1775 et ss., e BVerfG, 5 agosto 1994, *ivi*, 1994, pp. 1516 et ss. In letteratura l'impostazione seguita dal Giudice delle leggi è stata ultimamente ripresa da Lorenz, S., *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht*, München, 1997 e posta alla base di un sistema di "tutela dal contratto non voluto". Nel contesto italiano la soluzione viene prudentemente ripresa da Benedetti, G., "Il contratto", in Vettori, G. (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996, p. 79, e *id.*, "Tutela del consumatore e autonomia contrattuale", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 24 et ss. Sul punto v. Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 166 et ss.

38 Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 77 et ss.

39 La circostanza viene testimoniata anche dalle reazioni che la dottrina ha riservato alle decisioni appena richiamate: v. per tutti Adomeit, K., "Die gestörte Vertragspanität-Ein Trugbild", *NJW*, 1994, pp. 2467 et ss., e Hesse, H. A. e Kaufmann, P., "Die Schutzpflicht in der Privatrechtsprechung", *JZ*, 1995, pp. 219 et ss. V. inoltre Frank, M., "Sittenwidrigkeit als Folge 'strukturell' ungleicher Verhandlungsstärke", *JuS*, 1996, pp. 389 et ss.

40 Di Majò, A., "Libertà contrattuale e dintorni", *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 10. Analogamente Brunelle, D., *Droit et exclusion. Critique de l'ordre libérale*, Montréal e Paris, 1997, p. 198. Nella letteratura risalente v. sul punto la sintesi di Scherrer, W., *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*, Basel, 1948, part., pp. 31 et ss. V. inoltre Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 57 et ss. e 180 et ss.

La nuova impostazione si presta ad incidere in modo profondo sulla tendenza a potenziare l'autonomia privata oltre i tradizionali confini del diritto obbligatorio⁴¹ e in particolare sul processo di sviluppo dei cosiddetti diritti di terza generazione: diritti attraverso cui viene superata la concezione dell'uomo come "ente generico" e valorizzato l'individuo nelle caratteristiche che lo differenziano dai suoi simili, in particolare con riferimento alle "maniere di essere nella società come infante, come vecchio, come malato, ecc."⁴² In effetti —considerando che secondo l'impostazione prevalente il riconoscimento dei diritti in discorso comporta "l'attribuzione di sempre maggiore spazio all'autonomia privata"⁴³— si profila il rischio di una valorizzazione dell'individuo in chiave esclusivamente "mercantilistica".⁴⁴ La dottrina ha avuto modo di osservarlo trattando dell'estensione al diritto di famiglia dei modelli "propri del diritto dei traffici imperniati sulla logica dello scambio"⁴⁵ e del ricorso indiscriminato alle cosiddette *alternative dispute*

41 Ultimamente il profilo ha interessato soprattutto i cultori del diritto di famiglia: v. Oberto, G., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, t. I e II, e Angeloni, F., *Rinunzie, transazioni e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999, t. I e II. V. inoltre Comporti, M., "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro it.*, 1995, V. c. 105 et ss., e Rescigno, P., "Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Riv. dir. civ.*, 1998, t. I, pp. 111 et ss. con riferimenti di diritto straniero e comparatistici.

42 Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 67. Per riflessioni sull'azionabilità delle posizioni in discorso v. Chiarloni, S., "Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei soggetti deboli", *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 958 et ss., e Alpa, G., "La c. d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato", *cit.*, nota 22, p. 757.

43 Così Calò, E., *Il ritorno della volontà*, *cit.*, nota 6, pp. 37 e 186. V. anche D'Alberti, M., "Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 395 et ss.

44 Bobbio, N., *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, 1999, p. XIII.

45 Donisi, C., "Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia", in Fuccillo, G. (a cura di), *Famiglia e circolazione giuridica*, Milano, 1997, pp. 28 et ss. il quale invita a "non lasciarsi suggestionare dall'utopia illuminista". V. anche Gabrielli, G., "Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza", *Riv. dir. civ.*, 1996, t. I, pp. 695 et ss., e Ferrando, G., "Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela", *Dir. fam.*, 1998, pp. 722 et ss. con valutazioni sulle limitazioni all'autodeterminazione nei patti in vista della crisi coniugale. E v. *id.*, "Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto", *Fam e dir.*, 1998, part., pp. 192 et ss. per riflessioni sull'autonomia privata nella famiglia non fondata sul matrimonio.

resolution,⁴⁶ che recentemente il legislatore sembra intenzionato ad incentivare anche in violazione dei principii costituzionali in tema di contenzioso.⁴⁷

Il potenziamento dell'autonomia privata si presta poi ad indurre —accanto alla menzionata mercantilizzazione del diritto civile— il recupero di impostazioni di stampo conservatore o comunque non riconducibili al complesso di valori che fondano lo sviluppo dei diritti di terza generazione. Questo si verifica in particolare nel diritto delle persone con riferimento al riconoscimento della cosiddetta locazione d'utero, utilizzato per creare il diritto alla vita dell'embrione.⁴⁸ E si verifica inoltre nel diritto delle successioni nel quale le interpretazioni restrittive del divieto di patto successorio si devono talvolta al proposito di contrapporsi alle riforme del diritto di famiglia che hanno determinato “un arretramento dell'ordine patriarcale in favore dell'ingresso sulla scena proprietaria delle donne”.⁴⁹

In conclusione non intendiamo affermare che all'autonomia privata occorra guardare esclusivamente attraverso le lenti del mercato.⁵⁰ Riteniamo tuttavia quantomeno ottimistico pensare che in ambiente liberista le aree riservate dal diritto positivo all'autoregolamentazione possano restare insensibili alla pressione del mer-

46 Cfr. specialmente Chiarloni, S., “Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 447 et ss., e Criscuolo, F., “Modello arbitrale e strumenti alternativi alla giustizia”, *Riv. arb.*, 2000, p. 44 con inviti ad abbandonare “l'atteggiamento naïf generalmente assunto nei confronti di questi fenomeni considerati per certi versi la panacea dei mali della giustizia italiana”.

47 Al proposito v. ad es. Comoglio, L. P., “Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali”, *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 371, e Chiarloni, S., “Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)”, *Giur. it.*, 2000, p. 210 con riflessioni sul cosiddetto Progetto Folena che dispone in tema di conciliazione sia facoltativa sia obbligatoria.

48 In tal senso Trib. Roma, 17 febbraio 2000, *Corr. giur.*, 2000, pp. 483 et ss. con Nota di Sesta, M., “La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale”, *Foro it.*, 2000, I, c. 972 et ss. con Nota di A. Palmeri e R. Pardolesi.

49 Marella, M. R., “Il divieto di patti successori e le alternative convenzionali al testamento”, in Alpa, G. e Bessone, M. (a cura di), vol. II: *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, pp. 1714 et ss. Sulla riforma del divieto di patti successori v. da ultimo Roppo, V., “Per una riforma del divieto di patti successori”, *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 5 et ss.

50 Come sottolineato ad es. Horn, N., “Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts-Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der ‘Economic Analysis of Law’”, *AcP*, Bd. 176 (1976), p. 333.

cato ed essere invece consegnate all'individuo.⁵¹ Riteniamo al contrario che l'analisi economica del diritto ostacoli il riconoscimento dei menzionati diritti di terza generazione nel momento in cui cela dietro le sue massime formaliste il carattere multiforme e complesso del reale: "ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken sind unvereinbar".⁵²

Certo da simili osservazioni discende che il diritto privato dovrebbe mostrarsi meno sensibile al proposito di incrementare gli spazi lasciati all'autonomia privata: anche se in tal modo si corre il rischio di affossare le politiche del diritto volte al riconoscimento dei menzionati diritti di terza generazione. Tuttavia "un tempo si credeva che combattere per la libertà individuale non fosse incompatibile con la lotta per una emancipazione collettiva" mentre "alla fine del ventesimo secolo è sempre più chiaro che queste due esigenze sono in conflitto".⁵³

IV. LE PAROLE D'ORDINE NEL DIBATTITO SULLA DISCIPLINA COSTITUZIONALE DELL'ECONOMIA: L'INDIVIDUALISMO COME UNICA ALTERNATIVA AL TOTALITARISMO E L'EQUAZIONE TRA SOLIDARISMO E TOTALITARISMO E TRA SOLIDARISMO E PATERNALISMO

Si osservava in apertura come l'affermazione in ambito comunitario delle massime promosse dall'analisi economica del diritto contrastasse con i modelli che emergono da alcune interpretazioni del diritto dei contratti elaborate dalla prassi applicativa. Nel contesto italiano — ma non solo — simili interpretazioni si fondano sulla rilettura del codice civile alla luce dei valori fatti propri dal livello superprimario: in particolare quelli cui alludono la disposi-

51 Lo sostiene da ultimo Calò, E., *Il ritorno della volontà, cit.*, nota 6, p. 175. Per rilievi critici v. Barcellona, P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, part., p. 473.

52 Fezer, K. H., "Aspekte einer Rechtskritik an der oeconomic analysis of law und am property right approach", *cit.*, nota 34, p. 823 dove si precisa: "Die zwangsläufige Folge einer ökonomischen Rechtsanalyse ist ein verhängnisvoller Vorgang: die ökonomische Reduktion der Komplexität des Rechts. Der monokausale Theoriensatz verkürzt die Multifunktionalität des Rechtswesens". Lo stesso profilo viene trattato in Brunelle, D., *Droit et exclusion, cit.*, nota 40, p. 198.

53 Hobsbawm, E. J., *Intervista sul nuovo secolo*, a cura di A. Polito, Roma e Bari, 1999, p. 92. Sul punto v. anche Brunelle, D., *Droit et exclusion, cit.*, nota 40, p. 186 con riflessioni sulla contrapposizione tra le "doctrines émancipatrices" e le "éthiques parcellaires".

zione concernente la promozione del “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3 Cost.) e la norma in tema di “diritti inviolabili dell’uomo” (art. 2 Cost.).⁵⁴ La rilettura si serve in particolare della clausola di buona fede utilizzata per la costruzione di “una norma contrattuale adeguata alle finalità d’ordine sociale perseguite dall’ordinamento”.⁵⁵

Una simile impostazione viene accolta nelle decisioni in cui si menziona “il dovere inderogabile di solidarietà” che “applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1274 c. c.) e deve ad un tempo orientarne l’interpretazione (art. 1366 c. c.) e l’esecuzione (art. 1375 c. c.) nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro”.⁵⁶ dovere la cui violazione costituisce una ipotesi di contrarietà a norme imperative sanzionata con l’invalidità della pattuizione.⁵⁷

Le affermazioni che precedono si coordinano con una visione dell’ordinamento come complesso di doveri riconosciuti in capo

54 Quello del rapporto tra costituzione e codice civile costituisce un tema classico cui sono dedicate non poche generazioni di giuristi. Da ultimo v. le panoramiche Morelli, S., “L’applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali”, *Giust. civ.*, 1997, t. II, pp. 537 et ss. e Morelli, M. R., *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali dalla parte dei giudici*, ivi, 1999, t. II, pp. 1 et ss. V. inoltre Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 145 et ss. il quale riflette sulla rilettura delle norme ordinarie alla luce del livello superprimario come alternativa all’applicazione diretta delle disposizioni costituzionali.

55 Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, rist., Milano, 1970, pp. 163 et ss. Nello stesso senso v. Bigliazzi Geri, L., voce: “Buona fede nel diritto civile”, *Digesto civ.*, Torino, 1988, vol. II, p. 173. V. anche Cerri, A., “La Costituzione e il diritto privato”, *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1987, vol. 21, pp. 63 et ss. e Mengoni, L., “Autonomia privata e costituzione”, *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, t. I, pp. 9 et ss. secondo cui “il riferimento alle norme costituzionali ha avuto una funzione di rinnovamento della precomprensione della dottrina del diritto privato che nei primi commenti al nuovo codice civile (anteriori alla Costituzione repubblicana) aveva giudicato l’art. 1175 un *flatus vocis* o un inutile orpello”. E v. Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 149 et ss.

56 Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, *Giust. civ.*, 1994, t. I, pp. 2159 et ss. con Nota di Morelli, M. R., *La buona fede come limite all’autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*. Da ultimo v. Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, *Contratti*, 2000, pp. 118 et ss. con Nota di Bonilini, G., “Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale”, *Foro it.*, 2000, t. I, c. 1929 et ss. con Nota di Palmieri, A., *La riducibilità “ex officio” della penale e il mistero delle “liquidated damages clauses”*.

57 V. da ultimo Nanni, L., “La clausola generale di buona fede”, in Cabella Pisu, L. e Nanni, L. (a cura di), *Clausole e principii generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 332, e Franzoni, M., “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, *Contr. e impr.*, 1999, pp. 83 et ss.

agli individui. Quest'ultima ricorre nelle esperienze influenzate dalle massime solidariste di impronta prima scolastica e poi giusrazionalista che si rivolgono ad un tipo umano descritto in termini di *homo socialis*,⁵⁸ le cui caratteristiche sono ricavate dalle disposizioni superprioritarie cui abbiamo poco sopra fatto riferimento.⁵⁹

Diverse sono evidentemente le implicazioni legate alle descrizioni dell'ordinamento come complesso di diritti: descrizioni cui corrispondono riletture del solidarismo come degenerazione paternalistica che non deve coinvolgere il diritto privato⁶⁰ e proposte di azzerare il peso dell'intervento pubblico nell'economia" attraverso misure forse un tempo teorizzate in forme non altrettanto "radicali ed estreme".⁶¹ In tale prospettiva si intende potenziare l'autonomia privata oltre i limiti consentiti dalla carta costituzionale attraverso riletture dell'articolato idonee "a produrre risultati ten-

58 Sull'esperienza giusrazionalista — e in particolare sul conflitto con il modello di ordinamento promosso dall'esperienza pandettista — v. per tutti Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* 2. Aufl., Göttingen, 1967, pp. 317 et ss.: "Die methodische Grundlage dieser Wendung ist die Auffassung der socialitas und des dictamen rationis, welche christliches Naturrecht und älteres Vernunftrecht als ideale Qualitäten der menschlichen Natur verstanden, als individuelle Affecten, d. h. als blosse psychologische Realitäten". Sul nesso tra cristianesimo ed esaltazione dei doveri rispetto alle libertà v. per tutti Calasso, F., voce: "Alterum non laedere (l'esperienza storica)", *Storicità del diritto*, Milano, 1966, pp. 344 et ss. In prospettiva generale v. da ultimo Mattei, U. e Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 74, e Breccia, U., "Causa", in Alpa, G., Breccia, U. e Liserre, A. (a cura di), "Il contratto in generale", in Bessone, M. (diretto), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, pp. 71 et ss.

59 Cfr. Häberle, P., "Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff", in Neumann, M. (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums und Verfügungsrechte-Arbeitsstagung des Vereins für Socialpolitik Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Baxel 1983*, Berlin, 1984, pp. 63 et ss., il quale afferma con riferimento al diritto dei beni ma sulla scorta di rilievi generalizzabili che "in seiner sozialen Eingebundenheit ist der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff allerdings jene Grösse, die den homo oeconomicus wieder zum homo socialis macht". Per una critica del principio di efficienza sulla base di impostazioni assimilabili v. Leisner, W., *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1971, part., pp. 58 et ss.

60 Sul presupposto che il dovere di solidarietà deve tradursi unicamente nel dovere di eseguire la prestazione tributaria: v. Irti, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, pp. 85 et ss. Sul paternalismo cfr. Cosentino, F., "Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia privata", *Quadr.*, 1993, pp. 119 et ss., e Sinay-Cytermann, A., "Protection ou surprotection du consommateur?", *J. C. P.*, 1994, n. 3804, pp. 511 et ss. V. inoltre Trebilcock, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge Mass. e London, 1993, pp. 147 et ss., e Enderlein, W., *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, München, 1996, part., pp. 287 et ss. Da ultimo Breccia, U., "Causa", *cit.*, nota 58, pp. 73 et ss. con ulteriori indicazioni sul "conflitto tra efficienza e paternalismo".

61 Grisi, G., *L'Autonomia privata*, *cit.*, nota 7, p. 78.

denzialmente liberistici”⁶² o riforme volte ad affossare i riferimenti al perseguimenti di fini sociale da parte dell’iniziativa economica privata.⁶³ Si vuole infatti codificare una sorta di diritto inviolabile alla libera iniziativa economica⁶⁴ al fine di adeguare l’ordinamento italiano al complesso dei principii espressi dal livello comunitario.⁶⁵

I fautori di simili orientamenti incentivano la costruzione di un sistema di norme a misura dell’*homo oeconomicus*. Questo emerge dalle pagine degli autori che avversano la costruzione di un sistema privatistico informato alla prevalenza dell’ordinamento sull’intento individuale. Questi autori sottolineano infatti come “l’autonomia privata non abbia bisogno di concessioni da parte dell’ordinamento” e come occorra valorizzare “le regole accettate di fatto dagli operatori”.⁶⁶ In tal prospettiva essi affermano che le limitazioni all’ordine spontaneo si prestano a condurre a soluzioni di tipo tendenzialmente totalitarista.⁶⁷

Peraltro la dottrina in discussione non distingue tra i casi in cui la prevalenza dell’ordinamento sull’intento individuale costituisce applicazione di massime totalitariste —come accade in partico-

62 Libertini, M., in Aa. Vv., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1999, p. 101.

63 Nel merito v. nuovamente Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 79 et ss.

64 Sul punto v. Alpa, G., “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 48 et ss., e Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 81 et ss. e 126 et ss., che si sofferma sulle teorie concernenti la “copertura costituzionale dell’autonomia privata”. V. inoltre Benedetti, G., “Il contratto”, cit., nota 37, p. 79 con rilievi critici.

65 Irti, N., *L’ordine giuridico del mercato*, cit., nota 60, part., pp. 28 et ss. Sulla “pretesa portata destabilizzante del fattore comunitario” v. i rilievi critici di Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 91 et ss., secondo cui l’art. 41 Cost. “per nulla asseconda tendenze volte a depotenziare senso e portata del principio della libertà di iniziativa economica”.

66 Schlesinger, P., “L’autonomia privata e i suoi limiti”, *Giur. it.*, 1999, p. 229. Analogamente si esprimono alcuni studiosi della nuova *lex mercatoria* e i teorici del contratto come operazione economica: sul punto v. rispettivamente Frantese, L., “Contratto negozio e *lex mercatoria* tra autonomia ed eteronomia”, *Riv. dir. civ.*, 1997, t. I, p. 797, e D’Angelo, A., “Contratto e operazione economica”, in Alpa, G. e Bessone, M. (a cura di), vol. I: *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, in Aa. Vv., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, pp. 257 et ss.

67 A corredo delle tesi spontaneiste la letteratura liberista alimenta la contrapposizione tra “società civile” e potere politico e una sorta di senso di colpa in capo al destinatario di prestazioni sociali. Sul punto v. Brunelle, D., *Droit et exclusion*, cit., nota 40, pp. 13 et ss. e 202 il quale annota: “La conséquence première de ce genre de conceptualisation conduit à envisager la société civile comme le lieu privilégié d’actualisation et de réalisation des principes de liberté et d’égalité”. V. inoltre Arnaud, A. J., *Entre modernité et mondialisation*, cit., nota 36, pp. 43 et ss. e Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 76 e 84.

lare nella teoria fascista e nazionalsocialista del contratto— e casi in cui essa si lega al proposito di promuovere politiche del diritto di stampo solidaristico. Ecco il motivo per cui si ritiene che le limitazioni dell'autonomia privata conducono il diritto di famiglia a rivalutare le teorie istituzionali⁶⁸ e il diritto processuale civile a valorizzare oltre misura le istanze stataliste.⁶⁹ Ecco il motivo per cui si omette di ricordare che in entrambi i casi l'intervento statale non significa semplice esaltazione del settore pubblico ma tutela dell'individuo: posizioni che —come il diritto all'identità personale— costituiscono una preconditione per lo sviluppo dei diritti di terza generazione si sono del resto sviluppate proprio a partire da limitazioni all'autonomia privata.⁷⁰

I fautori dell'approccio liberista reputano invece che la tutela in discorso si realizzi in via indiretta nel momento in cui il diritto cessa di condizionare il mercato.⁷¹ In tale prospettiva —come ab-

68 Cfr. V. Carbone, "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", *Fam. e dir.*, 1994, pp. 141 et ss., e Oberto, G., *I contratti della crisi coniugale*, t. I, cit., nota 41, p. 330. Sulle teorie istituzionali della famiglia v. Pugliatti, S., voce: "Diritto pubblico e diritto privato", *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 711 et ss. e V. Frosini, "Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto", *Foro it.*, 1977, c. 84 et ss.

69 Al proposito v. i rilievi critici di Criscuolo, F., "Modello arbitrale e strumenti alternativi alla giustizia", *Riv. arb.*, 2000, p. 44 e Chiarloni, S., "Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)", cit., nota 47, p. 209.

70 V. per tutti Monateri, P. G., "La responsabilità civile", in Sacco, R. (diretto), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, pp. 434 et ss., e Visintini, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2a. ed., Padova, 1999, pp. 412 et ss. Nella prospettiva indicata non stupisce che la letteratura critica verso un sistema di tutela del consumatore incentrato sul tema dell'informazione, proponga di sviluppare un sorta di diritto all'identità personale del consumatore al fine di far fronte ai condizionamenti che si determinano nella fase del cosiddetto contatto sociale: cfr. Traub, F., *Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht*, cit., nota 19, p. 29.

71 Sono in tal modo screditate anche le proposte di costruzione di un mercato sociale che realizzerebbe l'adattamento del sistema economico ai valori costituzionali di impronta solidaristica. Tra i fautori di simili proposte v. Zöllner, W., "Die politische Rolle des Privatrechts", *JuS*, 1988, pp. 329 et ss., e id., "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen", *AcP*, Bd. 196 (1996), pp. 1 et ss. Da ultimo Drexler, J., *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen, 1998, part., pp. 217 et ss. con riferimenti ad un "verfassungsmässig begründetes Konzept der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers". Nella letteratura italiana cfr. Azzariti, G., in *Aa. Vv.*, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., nota 62, pp. 11 et ss. con interpretazioni dell'art. 41 Cost. come testo che attiene "alla realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo" e che in tal modo consente di "interpretare i fini sociali cui è predisposto l'intervento pubblico non in chiave statalista, bensì propriamente sociale".

biamo osservato trattando della disciplina comunitaria sulle clausole abusive— il diritto deve disinteressarsi dell'equilibrio economico del contratto per concentrarsi esclusivamente su quello giuridico⁷² e ignorare i profili di giustizia dello scambio.⁷³ In tal modo il mercato viene elevato a fonte di rapporti equi e pertanto a strumento di protezione dell'individuo:⁷⁴ un individuo degradato a consumatore —o a “cittadino del mercato unico”—⁷⁵ cui l'ordinamento che intenda prevenire la deriva totalitaria deve limitarsi ad assicurare meccanismi di concorrenza perfetta e adeguati livelli di informazioni concernenti la circolazione dei beni e dei servizi.⁷⁶

Occorre replicare alle affermazioni che precedono sottolineando la differenza tra il modello totalitarista e il modello solidarista. Si

⁷² Cfr. Galgano, F., “Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte”, *Contr. e impr.*, 1997, p. 422, e Vettori, G., “Autonomia privata e contratto giusto”, *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 41 et ss. Con riferimento alla disciplina comunitaria v. Roppo, V., “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, t. 1, p. 701, e Busnelli, F. D., “Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive”, *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 969.

⁷³ Nel merito v. Benatti, F., “Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 848. E v. Guizzi, G., *Mercato concorrenza e teoria del contratto*, *Riv. dir. comm.*, 1999, part., pp. 110 et ss. e Longu, T., “Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese”, *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 349 i quali ricordano che “lo stesso codice civile italiano, che sicuramente non ha accolto il postulato diretto a subordinare la vincolatività del contratto all'equivalenza oggettiva delle prestazioni, non disconosce del tutto il problema della garanzia dell'equità dello scambio”.

⁷⁴ Tra i cultori del diritto dei consumatori la visione del mercato come fonte di scambi equi viene da ultimo alimentata da Hippel, E. von, *Willkür oder Gerechtigkeit. Studien zur Rechtspolitik*, Berlin, 1998, pp. 53 et ss. in un lavoro destinato ad individuare gli antidoti contro la deriva totalitarista: L'autore precisa: “Die Marktwirtschaftliche Preisbildung—die für den Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage sorgt—entspricht besser als alle Alternativen dem Gedanken der Preisgerechtigkeit... Sozialpolitische (verteilungspolitische) Ziele dürfen nicht durch staatliche Eingriffe in den Preismechanismus angestrebt werden”. A conclusione del secondo conflitto mondiale riflessioni del medesimo tenore si trovano in Hallstein, W., *Wiederherstellung des Privatrechts*, Heidelberg, 1946, pp. 9 ss.

⁷⁵ Cfr. Kilian, W., “Äusseres und inneres System in einem noch fragmentarischen Europäischen Schuldvertragsrecht?”, *cit.*, nota 17, p. 434: “Verbraucher sind Privatrechtssubjekte, die als Marktbürger Waren und Dienstleistungen ausserhalb einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit nachfragen”.

⁷⁶ Al proposito v. Somma, A., “Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa”, *Pol. dir.*, 1998, pp. 679 et ss., e Barcellona, P., *Diritto privato e società moderna*, *cit.*, nota 51, p. 473 con riflessioni sulla “riduzione dell'uomo a soggetto di bisogni economici”. Cfr. anche Bigliuzzi Geri, L., “Condizioni generali di contratto e buona fede”, in Cesàro, E. (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, *cit.*, nota 17, p. 28 e Irti, N., *L'ordine giuridico del mercato*, *cit.*, nota 60, p. 50; il quale ammette che il diritto dei consumatori “può a ragione definirsi come diritto del mercato”.

deve in particolare ricordare che nel primo la subordinazione dell'intento individuale all'ordinamento si deve al proposito di affermare il predominio del gruppo sul singolo⁷⁷ e che nel secondo caso la subordinazione si afferma invece come strumento di tutela del soggetto i cui interessi il diritto obbiettivo intende interpretare.⁷⁸ Si deve inoltre avanzare il sospetto che un accostamento debba eventualmente interessare i modelli liberista e totalitarista: anche nel secondo si concepisce l'intervento legislativo come incentivo di una efficiente allocazione delle risorse⁷⁹ e anche nel primo — a causa dei costi imposti dal diritto dei consumatori — si limita la presenza sul mercato ad un numero ristretto di operatori e si induce in tal modo la formazione di oligopoli e monopoli.⁸⁰

Anche in ordine al tema dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali si possono segnalare differenza tra l'impostazione fatta propria dalla maggioranza degli autori e quella sponsorizzata invece dalla giurisprudenza. In una decisione della Corte di cassa-

77 Sul punto v. Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 59 et ss. con riferimenti agli interventi dello stato motivati dal proposito di "dar risposta alle istanze di solidarietà". Da ultimo cfr. Somma, A., "Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista", in (corso di pubblicazione) *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.

78 Analogamente Wilhelmsson, T., "Need-rationality in private law?", *Scandinavian studies in law*, vol. 33 (1989), pp. 223 et ss., distingue tra "goal-rational models" e "need-rational models". V. inoltre Schmidt, E., "Von der Privat-zu der Sozialautonomie. Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem", *JZ*, 1980, pp. 153 et ss., con riferimento alla cosiddetta teoria della "autonomia sociale", e Ghestin, J., *L'utile et le juste dans les contrats*, D., 1982, Chron., pp. 1 et ss., che riformula le massime utilitariste alla luce del principio di giustizia commutativa.

79 Nella letteratura nazionalsocialista Stoll, H., *Vertrag und Unrecht*, 3. Aufl. bes. von W. Felgentraeger, 1. Halbb., Tübingen, 1943, p. 43 parlava di *sinnvolle Güterverteilung* e con riferimento ad essa motivava la supremazia dell'ordinamento sull'agire privato. Ulteriori similitudini tra le teorie elaborate dai fautori dell'analisi economica del diritto e l'esperienza nazionalsocialista si ricavano con riferimento alla visione gerarchica dei rapporti interni all'impresa e alle proposte di abolizione del principio della responsabilità limitata che nel contesto tedesco discendevano dal *Führerprinzip*. Sul punto v. rispettivamente Köndgen, J., "Die Relevanz der ökonomischen Theorie der Unternehmung für rechtswissenschaftliche Fragestellungen-ein Problemerkatalog", in Ott, C. e Schäfer, H. B. (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts-Beiträge zum 3. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Heidelberg, 1993, pp. 128 et ss., e Le Goff, P., "Faut-il supprimer les sociétés à risque limité? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés", *Rev. int. dr. comp.*, 1999, pp. 593 et ss. Sul punto v. anche Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 63.

80 V. in particolare Ulmer, P., in *Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. II (*Sitzungen*), München, 1974, pp. H 21, H 25 e H 40. Al proposito v. ad es. Somma, A., "Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa", cit., nota 76, p. 686.

zione italiana si stabilisce infatti che “il difetto di equivalenza almeno tendenziale delle prestazioni” determina “l’assoluta mancanza di causa del contratto”.⁸¹

V. LA RIVOLUZIONE MANGIA I SUOI FIGLI: LA TRANSIZIONE DAL DIRITTO COMUNITARIO ALLA CONCORRENZA TRA ORDINAMENTI NEL PROCESSO DI CONSOLIDAMENTO DEL DOGMA LIBERISTA

Le riflessioni che precedono illustrano come il diritto comunitario abbia rappresentato e rappresenti un fondamentale strumento di promozione delle politiche del diritto influenzate dall’analisi economica del diritto. Non sembra tuttavia che l’utilizzo di un simile strumento sia riconducibile ad una scelta strategica dei promotori del modello liberista. Nei settori in cui le nuove idee si sono ormai affermate il loro definitivo radicamento sembra in effetti prescindere dal ricorso a strumenti di armonizzazione e uniformazione internazionale del diritto e prediligere in loro vece meccanismi che sembrano rappresentare il loro esatto contrario.

La circostanza si verifica in particolare nel diritto dei mercati finanziari che alcuni —si direbbe con l’avallo della prassi applicativa comunitaria—⁸² vorrebbero informato al modello statunitense di “federalismo competitivo”.⁸³ Il modello non si fonda sul con-

81 Cass. Civ., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, t. I, c. 1506 et ss. con Nota di Caringella, F., “Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici”, e *Corr. giur.*, 1993, pp. 174 et ss. con Nota di Mariconda, V., *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*. Nel merito v. peraltro Delfini, F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, pp. 384 et ss. con riferimenti a decisioni in cui il principio esposto viene decisamente ridimensionato.

82 *Cfr.* Corte di giustizia Comunità europee, 9 marzo 1999, in causa C.-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, pp. 647 et ss. secondo cui le norme del Trattato CE “ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l’intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l’applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo”. Al proposito v. ad es. Montalenti, P., “La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone”, *Giur. comm.*, 2000, t. I, pp. 393 et ss.

83 Così Portale, G. B., “Tra ‘deregulation’ e crisi del diritto azionario comunitario”, in *Aa. Vv.*, *La riforma delle società quotate-Atti del Convegno di studio Santa Margherita Ligure 13-14*

fronto tra ordinamenti “in funzione della migliore loro capacità di regolare autonomamente prodotti e servizi finanziari al fine di garantire ai soggetti ad essi appartenenti un migliore tenore di vita”: esso incentiva la costruzione di sistemi in grado di “offrire le maggiori garanzie ed una sede conveniente al fine di compiutamente soddisfare le esigenze e le regole dei mercati finanziari”.⁸⁴

La stessa dottrina preoccupata della valenza anticomunitaria del modello competitivo osserva che attualmente esso si limita ad affascinare i cultori del diritto societario senza incantare i civilisti “esaltati di fronte alla prospettiva di una europeizzazione del diritto privato”.⁸⁵ Non vi sono al momento indizi di una commercializzazione del diritto civile: al contrario si sottolinea il ritorno di antiche divisioni come quella tra contratti civili e contratti commerciali.⁸⁶ Ci sembra ciononostante utile fornire alcuni brevi cenni sul contesto in cui i fautori del liberismo stanno attuando la riforma del diritto societario e sulle tappe che si sono percorse in tale direzione: si tratta pur sempre di indicazioni idonee a descrivere il clima culturale in cui si muovono e del quale si cibano i privatisti.

E' noto che la riforma in discorso si propone di ridisegnare il diritto societario, per un verso incentivando la concorrenza e la

giugno 1998, Milano, 1998, p. 380 il quale rileva che solo pochi studiosi si sono “accorti che tutto questo porta alla constatazione di una crisi del diritto azionario comunitario”. Sul punto v. anche Weigmann, R., voce: “Società per azioni”, *Digesto comm.*, vol. XIV, Torino, 1997, pp. 402 et ss. Hopt, K. J., “Europäisches Gesellschaftsrecht-Krise und neue Anläufe”, *ZIP*, 1998, pp. 96 et ss.

⁸⁴ Carbone, S. M., “Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e ordinamenti nazionali (corso di pubblicazione)”, *Riv. dir. soc.*, 2000. Nello stesso senso Arnaud, A. J., *Entre modernité et mondialisation*, cit., nota 36, p. 37. Al proposito v. anche Kerber, W., “Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht”, Grundmann, S. (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, cit., nota 17, pp. 67 et ss. e Kirchner, C., *Ein Regelungsrahmen für Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt der Gemeinschaft*, ivi, pp. 99 et ss.

⁸⁵ Portale, G. B., “Tra ‘deregulation’ e crisi del diritto azionario comunitario”, cit., nota 83, p. 381.

⁸⁶ V. per tutti Zeno Zencovich, V., “Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra ‘contratti commerciali’ e ‘contratti dei consumatori’)”, *Giur. it.*, 1993, IV, c. 57 et ss. Da ultimo cfr. Vecchio, G., *In tema di contratti d'impresa*, ivi, 1999, pp. 1562 et ss., e Delfini, F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., nota 81, pp. 378 et ss. Per rilievi critici sulla sparizione di ‘un diritto comune dei contratti’ v. Benedetti, G., “Il contratto”, cit., nota 37, pp. 81 et ss.

diffusione del capitale azionario e, per un altro, informando la materia al principio di autoregolamentazione degli operatori. E' altrettanto noto che simili propositi hanno in un primo tempo interessato la disciplina dei mercati finanziari attuata con il d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58⁸⁷ e che essi costituiscono il fondamento di un recente "schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario".⁸⁸

Secondo un orientamento radicale —accreditatosi nell'esperienza nordamericana— per promuovere la diffusione del capitale azionario e l'autoregolamentazione degli operatori occorre incentivare l'autonomia statutaria attraverso l'utilizzo di norme esclusivamente dispositive che affidino "all'autonomia privata l'introduzione di strumenti di protezione" e creino in tal modo un "mercato delle norme statutarie".⁸⁹ E occorre inoltre avvalorare visioni contrattualistiche dell'ente societario e in particolare —in base alla teoria del "nexus of contracts"— ricostruirlo come un insieme di contratti posti in essere dagli amministratori e facenti capo allo statuto sociale.⁹⁰

Rispetto a simili affermazioni il legislatore italiano ha recentemente scelto una strada meno traumatica ma pur sempre "eccessivamente ottimistica sotto il profilo dell'auspicato intervento migliorativo dell'autonomia privata".⁹¹ Esso ha in effetti valorizzato profili cari ai fautori dell'analisi economica del diritto, come l'idea

87 Cd. "Riforma Draghi". Fra i tanti v. Marchetti, P., *Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate-Relazione generale*, Società, 1999, pp. 781 et ss.

88 Cd. "Riforma Mirone". In dottrina v. Panzani, L., *Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate-Introduzione*, Società, 1999, p. 781, con riferimenti al concetto di società aperta. V. inoltre Mirone, A., *Linee guida dello schema di d. d. l. per la riforma del diritto delle società* *ivi*, 2000, pp. 141 et ss. e Salafia, V., *Lo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, *ivi*, 2000, pp. 7 et ss.

89 Montalenti, P., "La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone", *cit.*, nota 82, p. 385, il quale commenta: "si tratta di una ipotesi tutta da dimostrare". V. inoltre Jaeger, P. G. e Marchetti, P., *Corporate governance*, *Giur. comm.*, 1997, t. I, pp. 625 et ss.

90 Sulla teoria v. Marchetti, C., *La "nexus of contracts" theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000. Per raffronti con il sistema di regole precedenti le scelte legislative in discussione v. Pavone La Rosa, A., "La disciplina della grande impresa tra disciplina della struttura societaria e disciplina del mercato finanziario", *Giur. comm.*, 1999, t. I, pp. 137 et ss.

91 Montalenti, P., "La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone", *cit.*, nota 82, pp. 386.

che le norme di tutela debbano limitarsi ad incidere sul livello di informazioni⁹² e che l'autonomia statutaria "è in grado di assicurare ai soggetti che entrano in relazione con l'impresa un'adeguata considerazione dei propri interessi": in quanto "nei mercati maturi anche le garanzie delle minoranze sono percepite dalle maggioranze come parte dell'ambito competitivo nel quale si valuta la loro capacità di attrarre risorse".⁹³

Il taglio liberista emerge con maggiore chiarezza dalle riforme *in itinere* destinate a generalizzare la "prospettiva di trasparenza avviata dal testo unico dell'intermediazione finanziaria" e ad adeguare il diritto societario "ad un mercato globale e unico del quale la moneta unica europea rappresenta il simbolo, lo strumento, il traguardo più evidente".⁹⁴ Le riforme alludono alla teoria del "nexus of contracts" — e ai valori su cui essa si fonda — nel momento in cui mirano a "ricondurre tendenzialmente il diritto societario nel suo alveo più proprio, che è quello di un supporto alle scelte dei soci e di soluzioni dei problemi di incompletezza contrattuale che tipicamente caratterizzano il contratto di società".⁹⁵ Inoltre esse esaltano oltremodo il tipo umano idealizzato dall'analisi economica del diritto quando indicano nella predisposizione di un sistema di "informativa societaria" un efficace strumento di tutela

⁹² Al proposito *cf.* fra i tanti Costi, R., "Società mercato e informazione societaria", *Giur. comm.*, t. I, pp. 175 et ss. e Angelici, C., "Le 'minoranze' nel decreto 58/1998: 'tutela' e 'poteri'", *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 207 et ss. con riferimenti alla menzionata "Riforma Draghi". V. inoltre Buonocore, *La riforma delle società quotate*, in Aa. Vv., *La riforma delle società quotate*, cit., nota 83, pp. 23 et ss. e 40 et ss.

⁹³ *Cf.* "L'Audizione parlamentare del 10 dicembre 1997 del Prof. Draghi davanti alla Commissione finanze e Tesoro della Camera dei Deputati", *Giur. comm.*, 1997, t. I, p. 780, dove si precisa: "Se è indubbio che sarebbe eccessivamente ottimistico fondare il sistema sulla reputazione e lungimiranza degli amministratori e degli azionisti di maggioranza nell'impiegare al meglio le risorse ad essi affidate, d'altro canto l'eccessiva rigidità delle norme poste a tutela degli interessi deboli può condurre a effetti involutivi indesiderati". V. inoltre Alpa, G., "Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore", *Banca borsa tit. cred.*, 1999, pp. 372 et ss. con riflessioni sui rischi di un sistema fondato sulla tutela indiretta dell'investitore.

⁹⁴ *Cf.* Flick, G. M., "Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario", *Riv. soc.*, 2000, pp. 1 et ss. e la *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario* (Commissione Mironi), *ivi*, 2000, p. 27.

⁹⁵ "Relazione alla Delega al Governo per la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative (Proposta di legge di iniziativa dei deputati Veltroni e altri)", *Riv. soc.*, 2000, p. 107. Nel merito v. Marchetti, P., "L'autonomia statutaria nella società per azioni", (corso di pubblicazione) *Riv. soc.*, 2000.

dei creditori in genere⁹⁶ e dei lavoratori in particolare:⁹⁷ una precisazione dalla quale emerge tra l'altro il proposito di utilizzare la teoria del "nexus of contracts" come strumento di deregolamentazione del mercato del lavoro.⁹⁸

Non stupisce che a corredo di simili proposte si formulino riflessioni sulla "competitività tra ordinamenti giuridici come elemento della competitività dei sistemi economici in un quadro complessivo di globalizzazione dell'economia":⁹⁹ riflessioni che si coordinano con il proposito di "ridurre il peso delle norme inderogabili" al fine di "accrescere gli spazi di autonomia e di libertà imprenditoriale non solo dell'azione ma anche dell'organizzazione".¹⁰⁰ Non mancano infine valutazioni che — se non denotano l'intento di affossare i valori cui si ispira la carta fondamentale — indicano almeno una loro conoscenza approssimativa: la funzione sociale si ritiene "oramai definitivamente tramontata" e sostituita da "quella dimensione aziendalistica e tutta privata in cui nacque e che è bene le competa".¹⁰¹

96 "Relazione alla Delega al Governo per la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative", *cit.*, nota 95, p. 106.

97 Nella "Relazione alla Delega al Governo per la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative", *cit.*, nota 95, p. 106 si afferma che "anche nei rapporti tra impresa e lavoratori si appalesano questioni in ordine alle quali è opportuno ricercare soluzioni anche sotto il profilo della *corporate governance*" e si menziona nel merito il sistema tedesco della *Mitbestimmung*. Nel merito è appena il caso di ricordare — oltre alla circostanza che il sistema in discorso non appartiene al genere dell'informativa societaria — che nella storia delle relazioni industriali si conoscono casi in cui nei rapporti tra impresa e lavoratori si è ricorso al "cosiddetto sistema di informazione e di consultazione in materia di investimenti e di occupazione": sistema tuttavia valorizzato per corresponsabilizzare le maestranze nei periodi di crisi e trascurato invece nelle ipotesi di fisiologico andamento della produzione. Sul punto v. per tutti Ghezzi, G., "Sub Art. 46", *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna e Roma, 1980, pp. 120 et ss., e Bonell, M. J., *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistici*, Milano, 1983, part., pp. 54 et ss., con ulteriori rilievi critici.

98 Come emerge del resto dalle formule elaborate da Ronald Coase nella seconda metà degli anni trenta. Sul punto v. per tutti Köndgen, J., "Die Relevanz der ökonomischen Theorie der Unternehmung für rechtswissenschaftliche Fragestellungen", *cit.*, nota 79, p. 139.

99 *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, *cit.*, nota 94, p. 27. Analogamente v. Marchetti, P., "L'autonomia statutaria nelle società per azioni", *cit.*, nota 95, che tuttavia per la disciplina del mercato non intende rinunciare al "presidio di norme imperative".

100 *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, *cit.*, nota 94, p. 30.

101 Flick, G. M., "Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario", *cit.*, nota 94, p. 7. A simili affermazioni si addice la riflessione di Grisi, G., *L'Autonomia*

VI. L'USO DELLE DESCRIZIONI "NARRATIVE" NEL DIRITTO PRIVATO
LIBERISTA: LA FUNZIONE PROPAGANDISTICA DEI RIFERIMENTI
ALL'AUTONOMIA PRIVATA

In tutti i settori dell'ordinamento il riferimento al diritto dei contratti costituisce esaltazione dell'autonomia privata solo se pensato per il "contratto strumento di illimitata autonomia" o eventualmente per il "contratto accordo": nelle fattispecie contrattuali ricostruite attorno al tema dell'affidamento o al profilo dello scambio sono altri i valori cui il riferimento in discorso rinvia.¹⁰² Inoltre occorre considerare il complesso delle disposizioni che compongono il settore dell'ordinamento in cui si propone di incrementare l'utilizzo dello strumento contrattuale. Ad esempio nel diritto societario il ricorso alla teoria del "nexus of contracts" nulla dice circa il valore che si intende attribuire all'autonomia privata: valore dipendente dall'ampiezza del sistema di norme imperative "storicamente imposto come rimedio ad abusi emersi nel corso di ripetute crisi economiche".¹⁰³

Anche nel diritto civile si assiste ad un crescente riferimento al diritto dei contratti in ambiti in cui esso era inusuale sino a poco tempo prima: in particolare nei settori tradizionalmente interessati da incisivi riferimenti a norme imperative e da frequenti richiami ai concetti di ordine pubblico e buon costume. Invero in simili ipotesi —in considerazione del contesto normativo che ne condiziona l'utilizzo— il contratto rileva come strumento sovente utiliz-

privata, *cit.*, nota 7, pp. 99 et ss. sulla "valenza eversiva delle spinte neoliberaliste" riferite a "modello neoliberalista nella versione più estrema... da molti prefigurata e invocata quale panacea dei mali che attanagliano le moderne società post-industriali".

¹⁰² Si allude ai genotipi contrattuali individuati da Sacco, R. e De Nova, G., "Il contratto", t. 1, *cit.*, nota 1, pp. 10 et ss.

¹⁰³ Weigmann, R., voce: "Società per azioni", *cit.*, nota 83, p. 402. Tra i classici della letteratura inglese v. Stein, P. e Shand, J., *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. di A. Maccioni, Milano, 1981, pp. 369 e 361, e Atiyah, P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford e New York, 1979, pp. 716 et ss. Nella dottrina italiana v. ad es. De Mauro, A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, part., p. 137 e Nuzzo, M., "Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici", in Vettori, G. (a cura di), *Persona e mercato*, *cit.*, nota 37, pp. 57 et ss.

zato per l'acquisizione di *status* e non indica l'operare di concezioni liberiste dell'autonomia privata.¹⁰⁴

Altrimenti detto —specialmente nelle ipotesi da ultimo menzionate— i richiami al contratto nulla dicono circa il contenuto dei valori che informano il settore disciplinare in cui essi compaiono. Peraltro quei richiami —in quanto assolvono ad una funzione su un piano meramente simbolico— costituiscono un utile indizio del crescente radicamento dei nuovi orientamenti. In effetti essi indicano l'operare di principii di ispirazione liberista e con essi un sentire comune ostile alla promozione di politiche di stampo solidarista talmente affermato da condizionare anche il discorso dei cultori del diritto processuale penale.¹⁰⁵

La circostanza ci riconduce alle elaborazioni di chi riflette sul tema della valenza “narrativa” delle disposizioni prive di portata normativa sottolineandone la crescente diffusione: “Das Wichtigste wird heutzutage nicht mehr entschieden, sondern nur noch als Wunsch geschildert”.¹⁰⁶ Possiamo in un certo senso ritenere “narrative” le descrizioni di fonte dottrinale che per molti aspetti alludono a caratteristiche prive di effettivo riscontro ma che nel contempo illustrano le tendenze in via di specificazione o anticipano gli sviluppi futuri della materia.

In tema di autonomia privata in tempi non vicini hanno avuto valenza “narrativa” le descrizioni della materia contrattuale che —al fine di preservare una sorta di purezza concettuale del contratto strumento di illimitata autonomia— miravano a ricondurre ad altro settore dell'ordinamento le fattispecie ricostruite attorno

104 Cfr. specialmente Zweigert, K. e Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. I, Tübingen, 1969, p. 6. Sul punto v. anche Zweigert, K., “*Rechtsgeschäft*” und “*Vertrag*” heute, in Caemmerer, E. von, Mentschikoff, S. e Zweigert, K. (Hrsg.), *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag* Bd. II (Nationales und vergleichendes Privatrecht), Tübingen, 1969, pp. 499 et ss.

105 V. ad es. le riflessioni sulla cosiddetta giustizia negoziata di Cordero, F., *Procedura penale*, 5a. ed., Milano, 2000, pp. 960 e 964, il quale afferma che le “vicende del consenso rispondono a categorie contrattuali” e richiama a tal fine le norme del codice civile! Per rilievi critici v. Orlandi, R., “Effettività della sanzione penale e principii processuali”, in Giunta, F. et al., *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, pp. 49 et ss., e Sinner, S., *Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht*, Frankfurt, 1999, part., pp. 261 et ss.

106 Jayme, E., “Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *Tübinger Universitätsreden*, Bd. 10 (n. F.), Tübingen, 1993, p. 37 con riferimenti alla letteratura nordamericana.

al tema dello scambio equilibrato o dell'affidamento: fattispecie collocate nella cosiddetta "terra di nessuno tra il contratto e l'illecito". Alludiamo ad esempio alla teoria della "responsabilità da affidamento" utilizzata nell'esperienza tedesca per estromettere dall'area del contratto —tra gli altri— i comportamenti rilevanti a titolo di *culpa in contrahendo*.¹⁰⁷ E ci riferiamo inoltre ad uno studio che riserva il medesimo trattamento ai "vincoli autoprovocati senza contratto" e che valuta la menzionata terra di nessuno tra il contratto e l'illecito alla luce dei dati ricavati in particolare dalla sociologia dei ruoli.¹⁰⁸

VII. ESPEDIENTI E IPOTESI PER LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA PRIVATISTICO SOLIDARISTA: LA "SOCIAL CONTRACT LAW" AL SERVIZIO DELL'*HOMO SOCIOLOGICUS*

Nelle riflessioni che precedono abbiamo tentato di individuare alcuni tratti tipici del diritto privato liberista ed abbiamo in alcuni casi accennato ad alcune caratteristiche del modello che intende contrapporvisi. Intendiamo ora riconsiderare le caratteristiche in discorso al fine di elencare alcuni connotati di un sistema fondato sul proposito di valorizzare le massime solidariste.

Quest'ultimo deve in primo luogo combattere l'approccio edonista al tema dei consumi che discende dall'essere il diritto dei consumatori un prodotto dei contesi economici e sociali in cui la commercializzazione dei beni primari ha assunto un ruolo decisamente marginale:¹⁰⁹ circostanza dalla quale emerge il proposito di

¹⁰⁷ Canaris, C. W., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971. Cfr. inoltre *id.*, "Das Verlöbniß als 'gesetzliches' Schuldverhältnis", *AcP*, Bd. 165 (1965), pp. 1 et ss., e *id.*, "Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht", *JZ*, 1968, pp. 500 et ss. Nella letteratura precedente per riflessioni assimilabili v. Ballerstedt, K., "Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter", *AcP*, Bd. 151 (1950/51), pp. 501 et ss., e Craushaar, G. von, *Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, München, 1969, part., pp. 35 et ss.

¹⁰⁸ Köndgen, J., *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Verhalten*, Tübingen, 1981. Nella letteratura italiana v. sul punto Busnelli, F. D., "Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte", *Contr. e impr.*, 1991, p. 543.

¹⁰⁹ Nel merito osserva Gärtner, R., "Zm Standort des Verbraucherrecht", *JZ*, 1992, pp. 73 et ss. Che nei paesi industrializzati "werden Wachstum und Steigerung des Lebensstandard

rescindere ogni legame con aspetti quali la tutela ambientale e i rapporti tra nord e sud del mondo.¹¹⁰ E questo nonostante la fortuna dell'analisi economica del diritto sia tra l'altro dovuta al suo essersi presentata come movimento che propone uno studio di tipo interdisciplinare¹¹¹ e nonostante si affermi che essa costituisce un sistema aperto dal punto di vista etico.¹¹²

In effetti l'analisi economica mira a rimuovere le barriere di ordine etico che ostacolano l'espansione dei consumi. In tale prospettiva all'*homo oeconomicus* si imputano comportamenti che sono ritenuti efficienti in quanto si fondano su valutazioni relative alle caratteristiche del prodotto e dell'atto che provvede alla sua circolazione¹¹³ e trascurano invece le vicende attinenti la sua produzione: come —per menzionare aspetti valorizzati dai cultori del cosiddetto consumo critico o etico— l'eventuale ruolo dell'impresa produttrice —o dell'unità economica cui essa fa capo— nel

angestrebt, und der Verbraucherschutz wird zum Instrument, auf die immer schwierigere Durchschaubarkeit moderner Produktion bei gleichzeitig steigendem Konsum zu reagieren. In diesem Zusammenhang wird auch bemerkt, dass das Waren- und Dienstleistungsangebot immer weniger auf einen zuvor artikulierten Bedarf reagiert, sondern Konsumwünsche vorwegnehme, steuere und geradezu produziere”.

110 Per riferimenti al nesso tra tematiche ambientali e consumi v. Hedemann-Robinson, M., “EC Law, the Environment and Consumers: Addressing the Challenge of Incorporating an Environmental Dimension to Consumer Protection at Community Level”, *Journ. cons. pol.*, vol. 20 (1997), pp. 1 et ss. In precedenza v. Joerges, B., *Ökologische Aspekte des Konsumverhaltens-Konsequenzen für die Verbraucherinformationspolitik*, ivi, 1981, pp. 310 et ss.

111 Al proposito v. Fezer, K. H. “Aspekte einer Rechtskritik an der oeconomic analysis of law and am property right approach”, *cit.*, nota 34, p. 819. Tracce dello scontro tra analisi economica del diritto e dogmatica si trovano in Horn, N., “Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts”, *cit.*, nota 50, p. 331 dove si allude alla “Scheinpräzision bestimmter ökonomischer Terminologien” e si rifiuta l'approccio di chi “versucht, bewährte Arbeitsbegriffe der juristischen Dogmatik durch des Kaisers neue Kleider aus der Kammer der economic analysis zu ersetzen”.

112 Kirchgässner, G., “Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre? Zur Kritik an der ökonomische Analyse des Rechts”, *cit.*, nota 20, p. 110.

113 Nel merito ci sembra ininfluente il rilievo di Kirchgässner, G., “Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre? Zur Kritik an der ökonomische Analyse des Rechts”, *cit.*, nota 20, p. 107 secondo cui il moderno *homo oeconomicus* ha superato l'approccio materialista in quanto nella scelta dei beni valorizza —accanto alle loro utilità— anche caratteristiche di ordine estetico (*sic!*). Sul consumatore come soggetto votato alla “soddisfazione edonistica delle proprie pulsioni” v. Ragone, G., *Consumi e stili di vita in Italia*, Napoli, 1985, pp. 10 et ss. e Codeluppi, V., *I consumatori. Storia, tendenze, modelli*, 3a. ed., Milano, 1995, pp. 5 et ss.

commercio internazionale di armi e l'eventuale ricorso al lavoro minorile.¹¹⁴

L'ordinamento che rifiuti di informarsi alle massime liberiste deve invece incentivare il settore del commercio equo e solidale: deve cioè promuovere la circolazione dei prodotti sulla base di rapporti equi tra i consumatori del nord e i produttori del sud e anche a tal fine incentivare la piccola produzione. Tale settore viene trascurato dalla recente disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti che mantiene il riferimento esclusivo ai "rapporti contrattuali concernenti beni e servizi" (art. 1 l. 1998 n. 281).¹¹⁵ Il medesimo settore viene inoltre affossato nel momento in cui si estendono ad esso *standard* qualitativi pensati per la produzione multinazionale forse —come abbiamo precisato trattando delle possibili degenerazioni oligopolistiche connesse con lo sviluppo del diritto dei consumatori liberista— anche al fine di eliminare la concorrenza della piccola produzione e quanto essa rappresenta.¹¹⁶

E proprio la tutela della piccola produzione costituisce uno dei fini perseguiti dalla cosiddetta "social contract law".¹¹⁷ Quest'ultima concepisce il diritto dei contratti come strumento di tutela del soggetto debole con costruzioni che rimarcano l'intento dell'ordinamento di prevalere sull'atto privato per interpretare interessi altrui e non per promuovere fini direttamente imputabili allo stato: "social contract law compris[es] all the mandatory and non-man-

114 Sul punto v. ad es. Centro nuovo modello di sviluppo, *Guida al consumo critico. Informazioni sul comportamento delle imprese per un consumo consapevole*, Bologna, 1996, pp. 9 et ss. Gesualdi, F., *Manuale per un consumo responsabile. Dal commercio equo e solidale*, Milano, 1999, part., pp. 67 et ss.

115 Si consideri anche che la disciplina sottrae inoltre ogni ruolo alle associazioni attive nel campo del commercio equo e solidale nel momento in cui vieta la partecipazione al Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti degli enti impegnati in "ogni attività di promozione o pubblicità commerciale avente per oggetto beni o servizi prodotti da terzi ed ogni connessione di interessi con imprese di produzione e distribuzione". Sul punto v. Somma, A., "Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa", *cit.*, nota 76, pp. 285 et ss.

116 Non deve confondersi con il commercio equo e solidale il cosiddetto consumerismo *soft*: il consumerismo alimentato dalle grandi imprese che —per simulare risposte alla domanda proveniente dai consumatori sensibilizzati dagli operatori del commercio solidale— immettono sul mercato produzioni che solo nominalmente si fondano su schemi produttivi diversi da quelli correnti: v. per tutti Biasin, M., *L'alta finanza alla prova dell'etica*, *Altreconomia*, 1998, n. 2, e Codeluppi, V., *I consumatori*, *cit.*, nota 113, pp. 55 et ss.

117 Wilhelmsson, T., *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, Brookfield USA, Singapore e Sydney, 1995, p. 35.

datory rules and principles of contract law which as one of their aims have the protection of the assumed weaker party".¹¹⁸

Della "social contract law" non condividiamo alcune indicazioni fornite dalla letteratura che ne ha tracciato i caratteri. Non condividiamo ad esempio alcune affermazioni che discendono dalla sua riconduzione alla teoria dello stato sociale: in particolare l'idea che la tutela del contraente debole possa efficacemente fondarsi su un sistema di informativa concernente i termini dell'affare e che possa pertanto esservi una "market oriented social contract law".¹¹⁹ Non riteniamo inoltre opportuno accedere ad un sistema di tutela del piccolo produttore attraverso una nozione di consumatore che in buona sostanza superi il riferimento ai ruoli: una nozione "person-oriented".¹²⁰ Ci sembra in effetti possibile perseguire il medesimo fine considerando che la controparte del consumatore non deve essere ricondotta ad un ruolo unico oppure valorizzando nell'ambito di quel ruolo le differenti tipologie di rapporti stabiliti dal suo titolare: i cosiddetti "segmenti di ruolo".¹²¹

La "social contract law" deve dunque coordinarsi con le massime che disegnano i tratti dell'*homo sociologicus*. Nel fare questo essa deve incentivare una rilettura del diritto dei contratti che tenda al recupero del principio di giustizia commutativa¹²² e che in tale prospettiva incida sull'equilibrio economico —oltre che nor-

118 *Ibidem*, p. 38. V. anche Sandgren, C., "A social law of contract?", *Scandinavian studies in law*, vol. 37 (1993), pp. 157 et ss. con ulteriori riferimenti di letteratura e rilievi critici.

119 Wilhelmsson, T., *Social Contract Law and European Integration*, cit., nota 117, p. 37. V. peraltro *Ibidem*, p. 211 dove si precisa che "the focus on transparency may weaken the position of content-oriented approaches needed especially for the protection of weaker groups of consumers less well equipped to take advantage of information rules".

120 Wilhelmsson, T., "Need-rationality in private law", cit., nota 78, pp. 225 et ss., e *ibidem*, pp. 35 e 163 et ss.

121 Per la nozione di "segmento di ruolo" v. Dahrendorf, R., *Homo sociologicus*, cit., nota 14, p. 52: "Ad ogni individuo toccano molti ruoli in rapporto ad ogni posizione e ciascuno di questi raccoglie una quantità di segmenti di ruolo. Le aspettative connesse con l'assolvimento del ruolo sociale di professore possono articolarsi in aspettative concernenti le relazioni professore-alunno o professore-genitori, ecc. In questo senso ogni singolo ruolo è un complesso di un insieme di aspettative di comportamento".

122 Sul tema della giustizia contrattuale commutativa v. ad es. Lanzillo, R., "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", *Contr. e impr.*, 1985, pp. 309 et ss. e Marini, G., "Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale", *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 257 et ss., con rilievi comparatistici e ulteriori indicazioni bibliografiche. Successivamente v. Knieper, R., "Das Schuldverhältnis: Geld gegen Ware in der Zeit", *KJ*, 1992, pp. 1 et ss.

mativo— tra le prestazioni.¹²³ E deve poi rappresentare il modello utilizzato in particolare per incentivare lo sviluppo dei diritti di terza generazione sulla base di schemi alternativi al modello meritocratico, “strumento di legittimazione di standard valutativi falsamente neutri”.¹²⁴ In effetti i diritti in discorso ben possono immaginarsi come proiezioni di ruoli o di segmenti di ruolo e definirsi in tal modo come posizioni il cui riconoscimento prescinde dal potenziamento dell'autonomia privata, che abbiamo osservato essere idoneo a produrre fenomeni di “mercantilizzazione” del diritto privato.¹²⁵

Ma torniamo alla tutela della piccola produzione. Nella prospettiva ora indicata occorre rigettare l'idea —cui nell'esperienza italiana accede anche il giudice delle leggi— di una “diversità ontologica” tra consumatore e professionista che impedirebbe di distinguere tra questi ultimi soggetti forti e soggetti deboli.¹²⁶ E' noto che simili indicazioni avevano trovato accoglimento nella disciplina tedesca delle condizioni generali di contratto e che esse sono state

123 Cfr. Thibierge-Guelfucci, C., “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 379 et ss. dove si precisa: “Chaque partie ne doit pas seulement recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, mais aussi ne pas se trouver soumise à des obligations disproportionnées au regard de celles de l'autre, dans l'économie globale de l'acte”.

124 Marella, M. R., “Note critiche in tema di soggettività giuridica e diversità”, *Pol. dir.*, 1998, p. 593. V. anche id., “L'integrazione sociale delle persone disabili fra normalità e differenza (In margine all'art. 8 della legge-quadro sull'handicap)”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 183 et ss.

125 Per riflessioni sul nesso tra promozione del pluralismo giuridico e valorizzazione del ruolo e dello *status v.* Brunelle, D., *Droit et exclusion, cit.*, nota 40, pp. 189 et ss. Tra le ipotesi in cui l'autonomia privata non viene ritenuta idonea a valorizzare i diritti di terza generazione possiamo ricordare la disciplina del trattamento dei dati personali cosiddetti sensibili: i dati “idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale” che “possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del garante” (art. 22 l. 1996 n. 675). Al proposito v. per tutti Rodotà, S., “Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 583 et ss., e Carbone, V., “Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali”, *Danno e resp.*, 1998, pp. 23 et ss.

126 Corte cost., 30 giugno 1999, n. 282, *Foro it.*, 1999, t. I, c. 3118 et ss. con Nota di Palmeri, A., *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale* che ritiene inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis*, nella parte in cui considera il solo consumatore.

invece trascurate in sede di redazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive: una ulteriore prova della intenzione di mutare il senso politico del sistema di tutela dei consumatori.¹²⁷ Occorre invece stimolare interventi legislativi sul modello di quelli che hanno in un primo momento considerato il tema dell'abuso di dipendenza economica: tema di rilievo comunitario¹²⁸ che in un primo momento aveva ispirato una proposta di modifica della disciplina sulla tutela della concorrenza e del mercato ma che successivamente ha ricevuto considerazione con esclusivo riferimento ai rapporti di subfornitura (art. 9 l. 1998 n. 192).¹²⁹ Ed occorre incentivare la prassi applicativa che estende la nozione di consumatore probabilmente oltre i limiti avuti in mente dal legislatore comunitario.¹³⁰ In tal modo si valorizzano le indicazioni della dottrina di formazione liberale che si sofferma —se mai ce ne fosse bisogno— sulle notevoli differenze di ordine economico e sociale che caratterizzano i rapporti tra i partecipanti al sistema di produzione di beni e servizi.¹³¹ Nel contempo si predispongono strumenti idonei ad au-

127 Tra i fautori di un diritto dei consumatori modellato sulle massime elaborate dalla sociologia dei ruoli Reich, N., "Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz", *cit.*, nota 14, pp. 187 et ss. sostiene l'opportunità di evitare la definizione di un sistema di tutela esteso ai non consumatori. Abbiamo peraltro poco sopra illustrato come proprio la valorizzazione delle massime in discorso debba portare a conclusioni di segno opposto.

128 V. da ultimo Breccia, U., "Causa", *cit.*, nota 58, pp. 75 e 80 ss.

129 E' noto che contro la proposta in discorso si è pronunciata tra gli altri l'Autorità garante della Concorrenza e del mercato: v. il *Bollettino*, 1998, n. 5, p. 16 dove si precisa che "la norma dell'articolo 9 contenuta nella proposta di legge costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali". Sulla vicenda v. Osti, C., *L'abuso di dipendenza economica, Mercato conc. reg.*, 1999, pp. 9 et ss., e Pinto, V., "L'abuso di dipendenza economica 'fuori dal contratto' tra diritto civile e diritto antitrust", *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 389 et ss.

130 Nel contesto italiano v. Trib. Roma, 20 ottobre 1999, *Contratti*, 2000, pp. 442 et ss., con Nota di Maffei, D., "Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469 bis e seguenti c. c." e *Foro it.*, 2000, t. I, c. 645 et ss. con Nota di G. Lener in cui si ritiene consumatore lo scultore che conclude un contratto per il trasporto di una sua opera. Per riferimenti ad esperienze straniere v. Lurger, B., *Vertragliche Solidarität, cit.*, nota 18, pp. 71 et ss.

131 Per questi aspetti v. per tutti Kramer, E. A., "Zur Konzeption des Konsumentenschutzrechts (Ein Bericht über die Lage in Österreich und der Schweiz vor dem Hintergrund der aktuellen deutschen Diskussion)", in *id.*, *Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts*, München, Basel, Frankfurt e Wien, 1997, pp. 260 et ss. V. inoltre Kieninger, E. M., *Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr*, *ZEuP*, 1996, pp. 481 et ss. con proposte di adottare a livello comunitario la soluzione accolta dal legislatore tedesco del 1976.

mentare la conflittualità interna al sistema in discorso e si contribuisce in tal modo a prevenire la formazione degli oligopoli e monopoli cui abbiamo in precedenza fatto riferimento.¹³²

VIII. SEGUE: LA MODIFICAZIONE DEL CONTRATTO

PER CIRCOSTANZE VERIFICATE SI ENTRO LA SFERA DI CONTROLLO DELLA PARTE DEBOLE IN UNA FASE SUCCESSIVA RISPETTO ALLA SUA CONCLUSIONE

Un ulteriore aspetto della “social contract law” attiene alla valorizzazione di determinate circostanze verificatesi oltre il momento della formazione di un contratto a prestazioni corrispettive entro la sfera di controllo delle parti: in particolare le circostanze —come ad esempio la malattia o la temporanea disoccupazione— che conducono al sovraindebitamento della parte debole di un contratto di durata e che richiederebbero interventi volti ad annullare o alleggerire la pressione debitoria. Per l'impostazione prevalente simili circostanze non devono essere considerate dal diritto dei contratti che altrimenti realizzerebbe inammissibili incursioni in aree riservate all'autoregolamentazione delle parti.¹³³ Peraltro la prassi applicativa italiana —in particolare se valutata con occhi sensibili alla speculazione— sembra in alcuni casi offrire lo spunto per letture di altro segno.¹³⁴

¹³² Per cenni a simili aspetti v. Vassallo Paleologo, F., *Mercato, disciplina dei contratti e riforme legislative*, Padova, 1996, p. 76, e Somma, A., “Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa”, *cit.*, nota 76, p. 683.

¹³³ Echi dell'impostazione tradizionale si ritrovano da ultimo in D'Angelo, A., “Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali”, *Contr. e impr.*, 2000, pp. 346 et ss. secondo cui “il contratto non può essere modificato dal giudice, il cui ruolo deve pertanto essere limitato all'apprezzamento del fatto-convenzione e a operazioni volte alla applicazione di norme, governate dalla necessità logica”.

¹³⁴ La speculazione costituisce del resto uno strumento ritenuto indispensabile alla costruzione della “social contract law”. In tal senso Sandgren, C., “A social law of contract?”, *cit.*, nota 118, p. 161 si sofferma sull'antagonismo tra il “subsumption-logical model of argumentation of the legal state” e il “goal-oriented model of the welfare state”. V. anche Ghestin, J., *L'utile et le juste dans les contrats*, *cit.*, nota 78, p. 10 il quale ritiene che la costruzione di un diritto dei contratti solidarista non possa prescindere dal ricorso a schemi arbitrari: “Que la construction ainsi proposée présente une part de schématisation non dépourvue d'arbitraire, cela n'est pas contestable. La réalité vivante et complexe des relations contractuelles se laisse difficilement enfermer dans des concepts”.

Ma procediamo con ordine e valutiamo in prima istanza la disciplina della prestazione divenuta definitivamente o temporaneamente impossibile (artt. 1256 ss. e 1463 ss. cod. civ.). Se essa fosse applicabile alle vicende ora menzionate il consumatore sovraindebitato potrebbe —rispettivamente— interrompere la propria prestazione e restituire il bene oppure dilazionarla nel tempo senza per questo dover rispondere del ritardo. Nell'esperienza italiana si suole tra l'altro affermare che la prestazione impossibile non viene imputata al debitore solo se l'impedimento ha carattere obbiettivo.¹³⁵ Questo non esclude la rilevanza di tutte le circostanze “inerenti alla persona del debitore o alla sua economia” ma in via di principio la circoscrive a quelle che “determinano spostamenti di ricchezza non giustificati dall'economia dell'affare”.¹³⁶ Una possibile rilevanza del sovraindebitamento del contraente debole come impedimento liberatorio o incidente sulla imputazione del ritardo, potrebbe ciononostante muovere dalla considerazione che la prassi applicativa —con riferimento alla prestazione dovuta dal datore di lavoro al lavoratore— ritiene la mera *difficultas praestandi* derivante da crisi temporanea del settore produttivo in cui opera il primo, un fatto impeditivo idoneo a liberare il debitore: soluzione interessante soprattutto con riferimento ai casi in cui il sovraindebitamento del consumatore deriva da temporanea disoccupazione e questa sia stata provocata dalle momentanee condizioni del mercato.¹³⁷

In tema di prestazione divenuta eccessivamente onerosa il diritto italiano precisa che la risoluzione del contratto —o l'eventuale modificazione in via equitativa del suo contenuto— presuppone “il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili” (art. 1467

135 V. ad es. Sacco, R. e De Nova, G., “Il contratto”, t. II, *cit.*, nota 1, pp. 651 et ss.

136 Cfr. Roppo, E., “Impossibilità della prestazione, eccessiva onerosità e frustration of contract”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, pp. 1239 et ss., e Bessone, M., “Impossibilità ‘economica’ della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità”, *Foro it.*, 1979, V, c. 49 et ss. Da ultimo v. De Mauro, A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, *cit.*, nota 103, pp. 31 et ss.

137 La decisione che si riferisce al fatto impeditivo in discorso è Pret. Torino, 9 febbraio 1981, in *Foro it.*, 1981, t. I, c. 1518 et ss. Al proposito v. ad es. D'Anna, S., “La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta”, Alpa, G. (a cura di), “I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile”, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2000, pp. 784 et ss.

cod. civ.). Questi devono incidere direttamente sul costo del bene cui il contratto si riferisce e non —come nell'ipotesi del sovraindebitamento— in via solo mediata.¹³⁸ Peraltro dalla disposizione menzionata la prassi applicativa —soprattutto in riferimento alle situazioni di fatto future— suole ricavare l'accoglimento nel contesto italiano della teoria della presupposizione, sulla quale il diritto dei contratti solidarista potrebbe fondare la tutela del consumatore sovraindebitato.¹³⁹ E' infatti noto che la teoria consente di ristabilire l'equilibrio tra le preazioni contrattuali sconvolto da circostanze sopravvenute tenendo conto di una sorta di presupposto di ordine obbiettivo dell'affare.¹⁴⁰ E' poi altrettanto noto che secondo alcuni essa si presta in particolare a formulare valutazioni che attraverso il canone della buona fede conducono di individuare limiti alla pretesa creditizia.¹⁴¹

La modificazione del contratto per circostanze sopravvenute alla sua conclusione potrebbe infine fondarsi sul riferimento alla clausola di buona fede anche in ipotesi distinte da quelle considerate dalla teoria della presupposizione. La clausola viene da molti ritenuta una fonte di semplice integrazione del contratto, in quanto tale non abilitata a condizionare il patto oltre la previsione di obblighi che in buona sostanza attengono alla prestazione principale: i cosiddetti obblighi accessori e strumentali di protezione.¹⁴²

138 V. per tutti Sacco, R. e De Nova, G., "Il contratto", t. II, *cit.*, nota 1, p. 677.

139 Nella prassi applicativa il riferimento all'art. 1467 cod. civ. quale fondamento positivo per la teoria della presupposizione, costituirebbe un dato acquisito: da ultimo v. ad es. la rassegna predisposta da Cirielli, S. E., "Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione contrattuale", in Alpa, G. (a cura di), "I precedenti", *cit.*, nota 137, pp. 798 et ss., V. peraltro Costanza, M., "La presupposizione nella giurisprudenza", *Quadr.*, 1984, pp. 597 et ss. con riferimenti a decisioni che propongono un diverso inquadramento.

140 Per la transizione da letture intimiste a letture obbiettive della teoria v. per tutti Bessone, M. e D'Angelo, A., voce: "Presupposizione", *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 326 et ss., e Pontani, A., "La presupposizione nella sua evoluzione con particolare riferimento all'errore ed alla causa", *Quadr.*, 1991, pp. 833 et ss. Da ultimo v. Serio, M., voce: "Presupposizione", *Digesto civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 294 et ss.

141 L'orientamento si fonda specialmente sulle elaborazioni di Bessone, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, part., pp. 285 et ss., e Roppo, E., "Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di 'presupposizione'", *Giur. it.*, 1972, t. I, c. 213 et ss.

142 V. per tutti Bianca, C. M., "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 1983, t. I, pp. 205 et ss. Da ultimo v. la sintesi di Pasquino, T., "Correttezza e buona fede oggettiva", in Alpa, G. (a cura di), "I precedenti", *cit.*, nota 137, pp. 550 e 556 et ss., con ulteriori riferimenti.

Peraltro risulta in molte ipotesi complesso classificare l'intervento giudiziale che in vario modo si fonda sulla clausola in discorso.¹⁴³ In effetti quando si mette in discussione la "piena libertà" di determinare il prezzo di una prestazione, per un verso si completa la clausola contrattuale con cui le parti stabiliscono l'equilibrio tra le prestazioni, ma per un altro si compie un'operazione che mette decisamente in ombra l'autonomia privata come fonte del contratto.¹⁴⁴ Lo stesso si verifica nel momento in cui si interviene per ridurre i tassi di interesse lecitamente pattuiti "nelle ipotesi in cui la condotta del creditore rivesta caratteristiche di mala fede".¹⁴⁵ E si verifica inoltre nella valutazione dello "intervento riduttivo" della penale in assenza di una istanza di parte "non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata".¹⁴⁶

Anche in altre esperienze la dottrina ha riflettuto sul modo di fondare sulla disciplina codicistica del contratto forme di tutela del consumatore sovraindebitato. Nel contesto tedesco si sono elaborate teorie volte a ritenere la malattia e la momentanea disoccupazione involontaria e incolpevole del debitore un impedimento idoneo a rendere la prestazione obiettivamente impossibile.¹⁴⁷ In area francese si ritiene che il diritto privato solidarista si fondi sul principio di giustizia commutativa e che questo conduca a preservare l'equilibrio tra i patrimoni dei contraenti: "la justice contractuelle conduit à exiger que le contrat ne détruise pas l'équilibre

143 Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, pp. 153 et ss.

144 Ci riferiamo a Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, cit. Alla confusione tra integrazione e creazione giudiziale sembra alludere Morelli, M. R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, cit., p. 2173 parlando del "livello apicale attribuibile al principio di correttezza".

145 Trib. Roma, 10 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, t. I, c. 343 et ss. Nel merito per riflessioni sulle differenze tra integrazione e correzione del contratto v. ad es. Riccio, A., "Il controllo giudiziale della libertà contrattuale", *Contr. e impr.*, 1999, pp. 939 et ss.

146 Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, cit. Sul punto v. ad es. Meruzzi, G., *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, *Contr. e impr.*, 2000, p. 47.

147 L'orientamento viene sostenuto in particolare da Reifner, U., *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung. Realitätsverleugnung oder soziale Auslegung im Zivilrecht*, Neuwied e Darmstadt, 1979, pp. 325 et ss. Esso non ha peraltro trovato il favore della letteratura: cfr. ad es. Medicus, D., "'Geld muss man haben'. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel", *AcP*, Bd. 188 (1988), pp. 489 et ss.

qui existait antérieurement entre les patrimoines”.¹⁴⁸ Infine nell’esperienza scandinava si ricorre alla teoria della “social force majeure” o dei “social obstacles to performe” per affermare che al consumatore sovraindebitato si deve riconoscere il diritto di lenire o annullare la pressione debitoria.¹⁴⁹

Le elaborazioni cui abbiamo fatto sommario riferimento non hanno mancato di influenzare il legislatore.¹⁵⁰ In Francia — fin dagli anni settanta — la disciplina del credito al consumo incide sui termini fissati per il pagamento del debito da parte del consumatore colpito da licenziamento,¹⁵¹ mentre un provvedimento ha successivamente messo a punto misure per far fronte al sovraindebitamento del consumatore.¹⁵² L’esperienza tedesca ha poi recentemente adottato

148 Ghestin, J., *L’utile et le juste dans les contrats*, cit., nota 78, p. 6 il quale precisa: “Ce qui est essentiel dans le contrat, au regard du droit objectif, c’est la satisfaction des besoins qu’il permet de réaliser et sa conformité à la justice commutative. Il importe que chacune des parties reçoive l’équivalent de ce qu’elle donne”.

149 V. per tutti Wilhelmsson, T., “Social Force Majeure—A New Concept in Nordic Consumer Law”, *Journ. Cons. Pol.*, vol. 13 (1990), pp. 1 et ss. Per riflessioni sul permanere delle differenze tra il modello scandinavo e quello fatto proprio dal legislatore comunitario v. Bernitz, U., “Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms”, *Scandinavian studies in law*, vol. 39 (2000), p. 19.

150 Sui termini generali del problema v. Ramsay, I., “Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy”, *Journ. Cons. Pol.*, vol. 20 (1997), pp. 269 et ss., e Niemi-Kiesilinen, J., *Changing Directions in Consumer Bankruptcy Law and Practice in Europe and USA*, ivi, vol. 20 (1997), pp. 133 et ss.

151 Cfr. l’art. 8 l. n. 78-22 *relative à l’information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*. “L’exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licencement, suspendue par ordonnance du juge d’instance statuant en référé, dans les conditions prévues à l’article 1244 du code civil”.

152 Cfr. la l. n. 89-1010 *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*. Le modifiche al provvedimento dovute in particolare alla l. 95-125 *relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile* e alla l. n. 98-657 *d’orientation relative à la lutte contre les exclusions* ne hanno accentuato il carattere solidarista: tanto che tra i fautori di un diritto dei contratti individualista Chabas, F., “Obligations-Théorie générale”, in Mazeaud, H. e L., Mazeaud, J. e Chabas, F., *Léçons de droit civil*, 9. éd., Paris, 1998, t. II, vol. I, pp. 112 et ss. lo ha ritenuto un inammissibile attentato al principio di libertà contrattuale. Sul punto v. per tutti Mazeaud, D., “Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement”, *Rev. dr. imm.*, 1995, pp. 227 et ss. e Alpa, G., “Il sovraindebitamento del consumatore: l’esperienza francese”, *Contr. e impr. Europa*, 1996, pp. 896 et ss. il quale osserva: “si rimane sconcertati nel constatare quanto sia distante l’esperienza francese per prospettiva di analisi e per concreta normazione in materia rispetto alla esperienza domestica; quanto siano mero palliativo le misure di protezione del cliente introdotte nel t. u. bancario; quanto miope ogni intervento repressivo dell’usura che non sia collocato in una più ampia analisi delle cause dell’indebitamento”.

norme in tema di “fallimento del consumatore”,¹⁵³ mentre nell’area scandinava la teoria della “social force majeure” ha trovato accoglimento soprattutto nella legislazione finlandese.¹⁵⁴

IX. SEGUE: LA VALORIZZAZIONE DEL VINCOLO CONTRATTUALE

Le riflessioni precedenti consentono di stabilire un nesso tra il proposito di costruire un diritto dei contratti di impronta solidarista e l’utilizzo di alcuni espedienti di ordine tecnico che attengono alla struttura del consenso contrattuale. In particolare esse consentono di sottolineare come il riferimento al contesto economico e sociale relativo alla formazione dell’accordo —riferimento sul quale si fonda l’utilizzo dei canoni elaborati dalla sociologia dei ruoli— necessiti di descrizioni della materia che valorizzino il profilo del vincolo e trascurino invece quello dell’atto.

Il diritto privato liberista si serve invece dell’espediente opposto: per evitare riferimenti al contesto in cui il contratto viene concluso esso muove da costruzioni pensate per il soggetto unico di diritto e per fare questo si concentra in particolare sul momento genetico della figura. Abbiamo osservato in apertura che il diritto dei consumatori alimentato dall’analisi economica del diritto si discosta solo apparentemente dallo schema tracciato, in quanto per un verso si rivolge a soggetti individuati attraverso la sociologia dei ruoli, ma per un altro destina loro disposizioni pensate per un tipo umano universale.

Anche la “social contract law” valorizza il vincolo contrattuale a scapito dell’atto nel momento in cui afferma che il contratto non deve essere visto come una vicenda nella quale le parti sono portatrici di istanze contrapposte, ma al contrario come una “form

¹⁵³ Cfr. i parr. 304 et ss. *Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994. Per una valutazione della disciplina —entrata in vigore il 1. gennaio 1999— v. ad es. Pape, G., “Ein Jahr Verbraucherinsolvenz-eine Zwischenbilanz”, *ZIP*, 1999, pp. 2037 et ss.

¹⁵⁴ Cfr. Wilhelmsson, T., “Social Force Majeure”, *cit.*, nota 149, pp. 1 et ss., e Pöyhönen, J., “Procedural and Substantive Fairness in Finnish Contract Law”, in Brownsword, R., Howells, G. e Wilhelmsson, T. (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, Aldershot, Brookfield USA, Singapore e Sydney, 1994, pp. 203 et ss. Per raffronti tra la teoria della “social force majeure” e il fallimento del consumatore v. Lurger, B., *Vertragliche Solidarität*, *cit.*, nota 18, p. 133 nt. 409.

of cooperation”.¹⁵⁵ Ci sembra peraltro che una simile visione contrasti con il proposito di ricostruire il fenomeno contrattuale alla luce della sociologia dei ruoli. Il riferimento alla “cooperation” rende in effetti evanescenti le caratteristiche che consentono di individuare il ruolo e cela inoltre il conflitto di interessi con riferimento al quale occorre costruire il sistema di tutela del contraente debole.

In un certo senso anche i fautori del diritto privato liberista si riferiscono al contratto come forma di cooperazione tra le parti nel momento in cui alludono alla figura in termini di operazione economica dotata di valenza normativa.¹⁵⁶ La costruzione si pone evidentemente il fine di esaltare il principio di autodeterminazione dei contraenti e in tale prospettiva si coordina con le teorie della causa come funzione economico individuale del contratto.¹⁵⁷ Simili teorie comportano una rinuncia dell’ordinamento ad un controllo sui tipi contrattuali non legali in base a parametri ulteriori rispetto a quelli che consentono di colpire le pratiche illecite ma non anche di incidere sui termini dello scambio o di tutelare l’affidamento di un contraente.¹⁵⁸ Esse si coordinano poi con il proposito di ampliare il ruolo della nuova *lex mercatoria* come “traduzione tecnico-giuridica di quelle pratiche commerciali che nel mercato si affermano per la loro efficacia operativa”:¹⁵⁹ attribuire valenza

¹⁵⁵ Così Wilhelmsson, T., *Social Contract Law and European Integration*, cit., nota 117, p. 39 e Thibierge-Guelfucci, C. “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, cit., nota 123, pp. 360 et ss. Sul punto v. anche Sandgren, C., “A social law of contract?”, cit., nota 118, pp. 162 et ss., con ulteriori riferimenti.

¹⁵⁶ Sulla teoria del contratto come operazione economica v. da ultimo Gabrielli, E., “Il contratto e le sue classificazioni”, Rescigno, P. (diretto), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, vol. I, t. 1, p. 49. Con specifico riferimento alla valenza normativa dell’affare v. invece D’Angelo, A., “Contratto e operazione economica”, cit., nota 66, pp. 257 et ss.

¹⁵⁷ I fautori della teoria del contratto come operazione economica sono del resto soliti riferirsi al noto contributo di Ferri, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, rist., Milano, 1968, pp. 355 et ss. L’autore affronta “i problemi che attengono alla valutazione dell’operazione economica che il negozio realizza” e precisa che “la causa come funzione economico individuale sta appunto ad indicare il valore e la portata che che all’operazione economica nella sua globalità le parti stesse hanno dato”.

¹⁵⁸ Al proposito Grisi, G., *L’Autonomia privata*, cit., nota 7, p. 122 e Somma, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, cit., nota 19, p. 403.

¹⁵⁹ Frantese, L., “Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia”, *Riv. dir. civ.*, 1997, t. I, p. 797. Per spunti sul ruolo della lex mercatoria nella costruzione del diritto privato liberista v. da ultimo Galgano, F., “Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”, *Contr. e impr.*, 2000, pp. 199 et ss.

normativa all'affare significa infatti riferirsi al contratto come ad una sorta di *lex mercatoria* pattizia.

In conclusione il diritto privato solidarista deve rigettare le teorie che in genere trascurano il vincolo e valorizzano l'atto: simili descrizioni della struttura del consenso conducono sovente a valorizzare il contratto come strumento di illimitata autonomia e ad affossare le ricostruzioni che — in quanto muovono dallo scambio o dalle aspettative dei contraenti — si contrappongono al modello liberista.¹⁶⁰

X. A MO' DI CONCLUSIONE: IL CONFLITTO TRA DIRITTO
COMUNITARIO LIBERISTA E PRASSI APPLICATIVA INTERNA
SOLIDARISTA E LA SUA RICADUTA SUL PROCESSO
DI UNIFORMAZIONE E UNIFICAZIONE INTERNAZIONALE
DEL DIRITTO PRIVATO

Dalle riflessioni sul sovraindebitamento del consumatore si traggono ulteriori conferme della insufficienza dei sistemi di tutela del contraente debole fondati sul modello informativo: modello espressione dell'individualismo responsabile¹⁶¹ sul quale si basano in particolare le discipline di fonte comunitaria emanate in materia di credito al consumo.¹⁶² In effetti il comportamento dei consumatori viene influenzato dal ricorso a tecniche di vendita che incidono sull'inconscio¹⁶³ e creano particolari simbologie attorno ai diversi beni di consumo:¹⁶⁴ tecniche che vanificano il riferimento al "cittadino del mercato unico" come operatore razionale, efficiente¹⁶⁵

¹⁶⁰ Sul punto *cf.* Macario, F., *I diritti oltre la legge. Principii e regole del nuovo diritto dei contratti, Democrazia e dir.*, 1997, p. 183. E v. Somma, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, *cit.*, nota 19, pp. 433 et ss.

¹⁶¹ Grisi, G., *L'Autonomia privata*, *cit.*, nota 7, p. 198.

¹⁶² V. per tutti Alpa, G., "Il sovraindebitamento del consumatore: l'esperienza francese", *cit.*, nota 152, pp. 896 et ss.

¹⁶³ Nel merito v. l'ormai classico V. Packard, *I persuasori occulti*, trad. it. di C. Fruttero, Torino, 1958 (v. ora *I persuasori occulti con "I persuasori occulti rivisitati negli anni ottanta"*, trad. it. di C. Fruttero, Torino, 1989).

¹⁶⁴ V. da ultimo Parmiggiani, P., *Consumo e identità nella società contemporanea*, Milano, 1997 e Paltrinieri, R., *Il consumo come linguaggio*, 1998 anche per le indicazioni bibliografiche riportate. V. inoltre i contributi raccolti in Di Nallo, E. (a cura di), *Il significato sociale del consumo*, 2a. ed., Roma e Bari, 1999.

¹⁶⁵ Questi aspetti sono trattati nelle critiche all'analisi economica del diritto formulate da

e soprattutto benestante.¹⁶⁶ Similmente comportamenti “efficienti” possono costituire il risultato di valutazioni di carattere etico e non anche di ordine razionale.¹⁶⁷

Anche i fautori di un diritto dei contratti non dominato dalle massime solidariste ammettono l'insufficienza del modello informativo. E in effetti la letteratura che sposa le tesi liberali — ma non anche quelle liberiste — ritiene estremistico considerare l'informazione il principale se non l'unico strumento di tutela dei consumatori: “Selbst ein möglichst effektiv umgesetztes liberales Verbraucherschutzkonzept kann auf soziale Verbraucherschutzrechte, die stärker als reine Informationspflichten in das Ergebnis eines ausgehandelten Vertrag eingreifen, nicht völlig verzichten”.¹⁶⁸ Gli stessi cultori dell'analisi economica del diritto mostrano inoltre di prediligere strumenti di tutela decisamente incisivi nelle elaborazioni dedicate alle tecnica di imputazione del danno extracontrattuale¹⁶⁹ e in alcune riflessioni sull'affidamento nei contratti.¹⁷⁰

Alla luce di simili affermazioni si conferma — per ammissione di alcuni tra coloro che utilizzano le costruzioni fondate sull'*homo*

studiosi di comportamentismo e di psicoanalisi: v. ad es. Hanson, J. D. e Kysar, D. A., *Taking behaviouralism seriously: some evidence of market manipulation*, *Harvard Law Rev.*, vol. 112 (1998), pp. 1420 et ss., e Schroeder, J. L., *The end of market: a psychoanalysis of law and economics*, *ivi*, vol. 112 (1998), pp. 483 et ss.

¹⁶⁶ Osserva Gärtner, R., “Zum Standort des Verbraucherrecht”, *cit.*, nota 109, p. 76 che “Das Verbraucherrecht der modernen Industriegesellschaft ist nicht auf Habenichtse und auf gesellschaftliche Randgruppen zugeschnitten, sondern auf den durchschnittlichen Wohlstandsbürger”.

¹⁶⁷ Come documentato da ultimo con riferimento al consumo di beni prodotti con tecniche particolarmente rispettose dell'ambiente: sul punto v. Thogersen, J., “The Ethical Consumer. Moral Norms and Packing Choice”, *Juorn. cons. pol.*, vol. 22 (1999), pp. 439 et ss., e Stern, P. C., *Information, Incentives, and Proenvironmental Consumer Behaviour*, *ivi*, vol. 22 (1999), pp. 461 et ss.

¹⁶⁸ Kind, S., *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information-aufgezeigt am Teilwohnrechtgesetz*, Berlino, 1998, pp. 546 et ss.

¹⁶⁹ Cfr. ad es. le riflessioni dedicate al diritto dell'ambiente. Fra i tanti v. Schmidt-Salzer, J., *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht. Betriebliche Risiken und innerbetriebliche Verantwortung*, Heidelberg, 1992, p. 156 e Engel, C., “Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln”, *cit.*, nota 2, pp. 215 et ss. con valutazioni sulla internizzazione dei costi sociali da inquinamento industriale.

¹⁷⁰ V. specialmente Marini, G., *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, part., pp. 123 et ss. con riferimenti alla teoria generale del contratto. Per riflessioni su singoli tipi contrattuali v. da ultimo Osti, C., *L'abuso di dipendenza economica*, *cit.*, nota 129.

oeconomicus— il carattere artificiale dei modelli comportamentali elaborati sulla base di questo tipo umano.¹⁷¹ A ben vedere simili ammissioni non fanno che confermare la valenza ideologica delle costruzioni in discorso: esse non possono certo aspirare all'universalità ed alla neutralità¹⁷² e devono pertanto essere vagliate specialmente in ordine al loro possibile antagonismo rispetto ai valori superprimari.¹⁷³

E proprio per tutelare simili valori ci sembra opportuno ricorrere alla "social contract law" che deve essere potenziata soprattutto in una fase caratterizzata da vicende che mettono in discussione i fondamenti della vigente carta costituzionale: da un lato il trasferimento sul piano internazionale della dialettica tra economia e democrazia e dall'altro la sottrazione al diritto pubblico interno dei compiti di redistribuzione della ricchezza.¹⁷⁴

Nel corso delle nostre riflessioni abbiamo osservato —specialmente in riferimento all'uso della clauola di buona fede— come la tutela dei valori solidaristici costituisca un proposito esplicitato dalla prassi applicativa sensibile alla valorizzazione delle disposizioni codicistiche di impronta giusrazionalista.¹⁷⁵ Da questo punto di vista si possono stabilire punti di frizione con i valori cui viene informata l'armonizzazione internazionale del diritto: ovvero con i modelli elaborati in sede comunitaria tradotti in provvedimenti normativi interni e in propositi di rilettura dei valori da attribuire

171 Sul punto v. Eidenmüller, H., *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2. Aufl., 1998, pp. 28 et ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche. V. anche Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 8. impr., London, 1996, pp. 96 et ss.

172 Nella letteratura statunitense questi aspetti sono sviluppati in particolare da Kennedy, D., *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, *Stanford Law Rev.*, vol. 33 (1981), p. 444. Sul punto v. anche Grisi, G., *L'Autonomia privata*, cit., nota 7, p. 103.

173 Eidenmüller, H., *Effizienz als Rechtsprinzip*, cit., nota 171, pp. 169 et ss.

174 Al proposito Hondius, E. H., *Protection of the Weak Party in Dutch Contract Law*, in Brownsword, R., Howells, G. e Wilhelmsson, T. (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, cit., nota 154, pp. 253 et ss. e Wilhelmsson, T., *Social Contract Law and European Integration*, cit., nota 117, p. 212. Cfr. inoltre Wightman, J., *Contract. A Critical Commentary*, London e Chicago, 1996, pp. 174 et ss. con riflessioni sul ruolo delle corti nella fase del "decline of the social democratic model".

175 V. da ultimo Breccia, U., "Causa", cit., nota 58, p. 72.

alla carta fondamentale.¹⁷⁶ Il conflitto in discorso viene notato dalla letteratura che si occupa dei diritti fondamentali sviluppati a livello comunitario¹⁷⁷ ma non da chi —al fine di incentivare la costruzione del diritto comune europeo— auspica una rilettura del diritto civile interno alla luce dei principii del diritto dei consumatori sviluppato dal legislatore di Bruxelles.¹⁷⁸

Eppure l'idea di una prassi applicativa interna solidarista contrapposta alla produzione comunitaria liberista merita di essere approfondita. Essa sembra del resto confermata dalla analisi dei propositi di uniformazione e unificazione internazionale del diritto sulla base di modelli spesso ricavati dalle decisioni dei giudici nazionali. Da questo punto di vista ci interessano in particolare i "Principles of european contract law" elaborati dalla Commissione Lando che sembrano rappresentare un'ipotesi di superamento del particolarismo giuridico improntata a valori che indicano "l'inesorabile tramonto della *sanctity of contract*".¹⁷⁹

I Principii Lando si aprono con un richiamo alla libertà contrattuale come valore subordinato al rispetto del principio di buona fede: "Parties are free to enter into a contract and to determine

176 Nel merito Joerges, C. e Brüggemeier, G., "Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts", in Müller-Graf, P. C. (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden, 1999, pp. 301 et ss. parlano di "Integration als Desintegration".

177 Nel merito Müllbert, P. O., "Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt. Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt", *ZHR*, Bd. 159 (1995), pp. 8 et ss., osserva che i diritti fondamentali elaborati a livello comunitario muovono da concezioni formaliste del principio di uguaglianza e che in quanto tali sono volte al potenziamento del principio di autonomia privata: "[Die] Grundfreiheiten des EGV... setzen die Privatautonomie als sozusagen wahre Grundfreiheit voraus. Ihre Funktion geht dahin, durch Statuierung einer möglichst liberalen (Binnen) marktordnung das privatautonome binnenmarktweite Tätigwerden der Marktbürger möglichst zu erleichtern". Nello stesso senso v. Müller-Graff, P. C., *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden, 1991, p. 17. Da ultimo v. Lurger, B., *Vertragliche Solidarität*, cit., nota 18, pp. 95 et ss.

178 V. per tutti Tonner, K., "Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", *JZ*, 1996, pp. 533 et ss. e Reich, N., *Das Phantom "Verbraucherrecht" - Erosion oder Evolution des Privatrechts?*, ivi, 1997, pp. 609 et ss.

179 Così Alpa, G., "I Principles of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando", (corso di pubblicazione) *Riv. crit. dir. priv.*, 2000 il quale precisa: "pur essendo frequenti i richiami alla intenzione delle parti il contratto è considerato nella sua oggettività". Sui contrasti tra l'unificazione internazionale del diritto fondata sulla prassi applicativa e l'armonizzazione ispirata dall'analisi economica del diritto v. da ultimo A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo: il caso della responsabilità medica*, (corso di pubblicazione) *Pol. dir.*, 2000.

its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing...” (art. 1:102).¹⁸⁰ Il principio in discussione mostra di legarsi a concezioni della giustizia contrattuale che rivelano “un raccordo ideale con l’evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di buona fede nell’esecuzione del contratto”.¹⁸¹ Simili concezioni si dimostrano irrispettose del principio di autodeterminazione delle parti specialmente con riferimento all’utilizzo della buona fede come criterio per la determinazione del contenuto non svolto del contratto: “In addition to the express terms a contract may contain implied terms which stem from... good faith and fair dealing” (art. 6:102). In tal modo si consente alla prassi applicativa di redistribuire il rischio contrattuale a favore del contraente ritenuto meritevole di protezione: il tutto sulla base di rilievi che inducono a ritenere l’intervento eteronomo idoneo a creare obbligazioni non solo accessorie.¹⁸²

Concerne poi l’equilibrio tra le prestazioni contrattuali una disposizione che i Principii Lando hanno mutuato dalla disciplina tedesca della lesione enorme. Peraltro la disposizione sembra fare proprie alcune correzioni apportate dalla prassi applicativa in sede di tutela del contraente debole: in particolare le massime —cui ci

180 V. anche l’art. 1:201: “(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty”. E v. il commento a questa disposizione in Lando, O. e Beale, H. (ed.), *Principles of European Contract Law-Parts I and II Combined and Revised*, prepared by The Commission of European Contract Law, The Hague, London e Boston, 2000, p. 113: “This Article sets forth a basic principle running through the Principles”. Sulla commistione tra principii liberali e buona fede v. per tutti Lurger, B., “Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union”, in Martiny, D. e Witzleb, N. (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin, Heidelberg e New York, 1998, p. 155.

181 Macario, F., *I diritti oltre la legge*, cit., nota 160, p. 183, e Benatti, F., “Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale”, cit., nota 73, pp. 847 et ss. seppure con riferimento ai Principii Unidroit. Sui cosiddetti Principii Lando v. da ultimo Alpa, G., *La seconda versione dei “Principles of European Contract Law”*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, t. II, p. 123 e Alessi, R., *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, cit., p. 38: “è soprattutto all’interno dei Principii elaborati in sede europea che il dovere di buona fede manifesta le sue implicazioni”. Benatti seppure con riferimento ai Principii Unidroit. Sui cosiddetti Principii Lando v. da ultimo Alpa, G., *La seconda versione dei “Principles of European Contract Law”*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, t. II, p. 123 e Alessi, R., *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, cit., p. 38: “è soprattutto all’interno dei Principii elaborati in sede europea che il dovere di buona fede manifesta le sue implicazioni”.

182 V. Lando, O. e Beale, H. (ed.), *Principles of European Contract Law*, cit., nota 180, p. 303: “If the contract would be very risky for one party unless a term is implied to give that party some protection, a suitable term should be implied”.

siamo riferiti in apertura del lavoro— concernenti l'individuazione delle ipotesi in cui si presume esservi abuso di una posizione economicamente e socialmente vantaggiosa.¹⁸³ Da questo punto di vista l'articolato riprende orientamenti accolti anche dai Principii Unidroit i quali accedono ad “una nozione ampia di contratto iniquo che consente alla parte debole di far valere un esteso numero di situazioni di inferiorità”:¹⁸⁴ una nozione in “controtendenza” rispetto al “clima di *revival* liberista che oggi si respira”.¹⁸⁵

I Principii Lando contengono infine una disciplina sulla contrattazione *standard* che per un verso riprende quanto stabilito con la direttiva comunitaria sulle clausole abusive—in particolare il divieto di incidere sull'equilibrio economico del contratto— ma che per un altro si applica a tutte le ipotesi in cui sia mancato un negoziato individuale. Anche in questo caso si fa sentire l'influenza della prassi applicativa nazionale, che nell'esperienza tedesca aveva elaborato norme sulla contrattazione *standard* non limitate ai vncoli tra professionisti e consumatori.¹⁸⁶

Ci preme in conclusione ribadire come l'unificazione internazionale del diritto consenta l'affermazioni di valori solidaristi solo se concepita come sviluppo dei principii elaborati dalla

183 Per l'art. 4:109 Principii Lando “A party may avoid a contract if, at the time of the making of the contract, (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessiv benefit...”. Nel merito v. Breccia, U., “Causa”, *cit.*, nota 58, pp. 82 et ss. secondo cui la disposizione indica “una nuova apertura degli interpreti sui temi della giustizia del contratto”.

184 Così Timoteo, M., “Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principii Unidroit”, *Contr. e impr. Europa*, 1997, pp. 141 et ss. con riferimento all'art. 3.10 Principii Unidroit. Sulla comunanza delle impostazioni che caratterizzano i Principii Lando e Unidroit v. Zimmermann, R., “Die Principles of European Contract Law”, Teile I und II, *zEuP*, 2000, p. 393, e Breccia, U., “Causa”, *cit.*, nota 58, p. 83. V. inoltre Galgano, F., “La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio”, *Contr. e impr.*, 2000, p. 297.

185 Grisi, G., *L'Autonomia privata*, *cit.*, nota 7, pp. 169 et ss.

186 *Cfr.* l'art. 4:110 Principii Lando.

prassi applicativa interna.¹⁸⁷ Da questo punto di vista occorre respingere le proposte di fondare l'unificazione in discorso sul diritto romano recentemente formulate dai fautori della "neopandettistica"¹⁸⁸ o "europandettistica".¹⁸⁹ Questi ultimi affermano che il diritto romano esprime l'essenza della tradizione europea ma mostrano nel contempo di alludere ad una tradizione con precise connotazioni politico normative: essi precisano infatti che in particolare il diritto europeo dei contratti fondato su valori individuali costituisce "roman law in modern clothing".¹⁹⁰

La valenza politico normativa del riferimento al diritto romano si chiarisce considerando la letteratura che sottolinea come in epoca moderna lo *ius commune* fosse un mito utilizzato alla stregua di un argomento retorico¹⁹¹ e come la tradizione giuridica occidentale si sia sviluppata a partire da modelli culturali solo convenzionalmente ricondotti all'esperienza romana: "what we call Roman Law is in fact a multicultural product effort of different, largely African and Semitic, Mediterranean civilizations".¹⁹² Invero il riferimento al diritto romano — quando non si iscrive in strategie di promo-

187 Sull'unificazione internazionale del diritto modellata sugli schemi dell'analisi economica v. Mattei, U., "Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi", *Contr. e impr.*, 1998, pp. 207 et ss., e *id.*, "Il nuovo diritto europeo dei contratti tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive", (corso di pubblicazione) *Riv. crit. dir. priv.*, 2000. E v. Micklitz, H. W., "Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?", *Contr. e impr.*, 1999, pp. 35 et ss.

188 Al riguardo v. Brogini, G., "Was bedeutet heute gemeineuropäisches Privatrecht?", *ŹRV*, 1997, p. 221 e Stein, P. G., *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, trad. ted. di K. Luig, Frankfurt, 1996, pp. 210 ss.

189 Kiesow, R. M., "Wagnisse", *RJ*, Bd. 19 (2000), pp. 479 et ss.

190 Così per tutti Zimmermann, R., "Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa", *JZ*, 1990, pp. 825 et ss., e *id.*, "Roman Law an European Legal Unity", in Hartkamp, A. et al. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2a. ed., Nijmegen e The Hague, London e Boston, 1998, p. 30: "That contracts based on nothing more than formless consent are, as a rule, actionable, is recognized today in all Western European legal system. This is one of those latent underlying principles of European contract law. And this principle, like many others, is in characteristic fashion Roman and non-Roman at the same time: it is Roman Law in modern clothing...". Da ultimo v. *id.*, "Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht", in *id.* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, pp. 1 et ss.

191 Halpérin, J. L., *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, p. 196. V. anche Kiesow, R. M., "Wagnisse", *cit.*, nota 189, pp. 485 et ss. per rilievi dello stesso segno riferiti al tentativo di individuare i caratteri di un diritto comune europeo altomedievale.

192 Monateri, P. G., *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, *Hastings Law Journ.*, vol. 51, 2000, pp. 479 et ss.

zione accademica della materia—¹⁹³ cela l'intento di affossare visioni solidariste del diritto privato¹⁹⁴ o comunque di avallare le sole costruzioni che si collocano entro i discreti limiti della lesione enorme.¹⁹⁵ In tal modo esso costituisce —con l'utilizzo dell'analisi economica del diritto— uno strumento del diritto privato liberista: “The Kantian and utilitarian or economic approaches to contract law thus seem to rise the same difficulties as the will theories. Ultimately, these difficulties have a common source”.¹⁹⁶

193 Fögen, M. T., “Marketing für römisches Recht”, *RJ*, Bd. 19, 2000, pp. 56 et ss.

194 Da questo punto di vista non convince l'orientamento di Schmidlin, B., “Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung: Typengebundenheit und Gestaltungsfreiheit”, in *Maior viginti quinque annis-Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for legal history of the Univ. of Utrecht*, Assen, ed. by J. E. Spruit, 1979, p. 125 secondo cui “die römische Jurisprudenz hat ihr Vertragsrecht... als eine Typenlehre nach sozialen Treuverhältnissen und objektiven Zwecken entwickelt”. V. anche *id.*, “Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung”, in Zimmermann, R. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, *cit.*, nota 24, pp. 187 et ss.

195 Sul punto v. Somma, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, *cit.*, nota 19, pp. 162 et ss. e 425 et ss.

196 Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Oxford, 1992, p. 244.