

Le direzioni della giustizia sociale nel dibattito europeo e nazionale*

Michaela Giorgianni

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni della società e la funzione sociale del diritto privato. – 2. Il ruolo della giustizia sociale nel diritto contrattuale. – 3. La tutela delle parti deboli e la solidarietà nelle riforme dei diritti nazionali.

1. Le trasformazioni della società e la funzione sociale del diritto privato

Il dibattito intorno alla giustizia sociale mantiene la sua attualità continuando a interessare filosofi, sociologi, economisti e giuristi¹. Le ragioni sono molteplici, ma non si tratta più tanto di definire in assoluto che cosa sia “giusto” o di aprirsi in modo astratto a una pluralità di visioni e valutazioni concorrenti. Le riflessioni diventano “pratiche” includendo “metodi per comprendere come ridurre l’ingiustizia e promuovere la giustizia”². Di fronte al concreto e inarrestabile accrescimento dei poveri e dei deboli l’indagine verte allora sulle direzioni della giustizia sociale. Si cercano i diversi fondamenti e si studiano le varie conseguenze e i possibili rimedi di una preoccupante persistenza delle disuguaglianze³. Occorre partire dalla società, quale “oggetto principale della

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Cfr. di recente A. Sen, *L’idea di giustizia*, Milano 2010; M. J. Sandel, *Giustizia*, Milano 2010; J. E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2017.

² A. Sen, *L’idea di giustizia*, cit., che presenta una teoria della giustizia diretta a “orientare la riflessione pratica circa le scelte da attuare”.

³ Si vedano J. E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, cit.; A. Sen, *L’idea di giustizia*, cit., che osserva che «ciò che ci tocca non è, cosa piuttosto logica, la constatazione che il mondo è lungi dall’essere totalmente giusto – ben pochi di noi lo pretendono – ma il fatto che esistono ingiustizie palesemente risolvibili, a cui desideriamo porre rimedio».

giustizia”⁴, e dalla sua storia, dalle condizioni politiche, dai mutamenti economici e dalle trasformazioni tecnologiche. E saranno i membri della società a dover verificare le loro percezioni e le loro convinzioni per effettuare scelte responsabili per la comunità, coltivando una sensibilità culturale di rispetto e solidarietà e rinnovando costantemente il loro impegno civile. Valori che viaggiano mutevoli insieme alla società nelle sue molteplici trasformazioni a seguito di evoluzioni o di rivoluzioni⁵.

Proprio l’espressione giustizia sociale è intesa tradizionalmente come una reazione alle trasformazioni della società⁶, che sono seguite alla Rivoluzione industriale e all’avvento del capitalismo e che sono fondate sulla produzione di massa e sulla crescita illimitata, sulle differenziazioni in base alla classe sociale di appartenenza e sulla standardizzazione dei rapporti. Nel costante dialogo fra la realtà giuridica e la dimensione sociale il tema della giustizia e delle disuguaglianze investe in particolare la funzione sociale del diritto privato⁷ e il tentativo, già a partire dalla seconda metà del XIX secolo, di superare l’idea tipica della società borghese di un diritto privato individualista e liberale così come era stato consegnato dalle codificazioni moderne. Il soggetto era stato considerato fino ad allora in termini astratti e separati dal contesto socio-economico che lo circonda e in una condizione di parità formale rispetto agli altri soggetti con cui entra in rapporto. Era stata l’epoca del volontarismo e della libertà contrattuale, del diritto privato “neutrale”⁸ che ora abbisognava tuttavia di un aggiornamento.

⁴ Secondo J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Milano 2008, p. 21 ss., 24, “l’oggetto principale della giustizia è la struttura fondamentale della società, o più esattamente il modo in cui le maggiori istituzioni sociali distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale”.

⁵ Fra i diversi e più recenti studi cfr. J. Rifkin, *La terza rivoluzione industriale. Come il “potere laterale” sta trasformando l’energia, l’economia e il mondo*, Milano 2018, che considera la terza rivoluzione industriale la strada da seguire verso un’era post carbonio, più equa e sostenibile, consentendo un nuovo paradigma economico, distribuito e collaborativo; K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Roma 2019, secondo il quale la nuova trasformazione si fonda sulla rivoluzione digitale, che sta cambiando non solo il “che cosa” fare e il “come”, ma anche il “chi” siamo.

⁶ Cfr. Soprattutto Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. Trubek, A. Santos (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge 2006, p. 19 ss.; G. Marini, *L’Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2016, p. 95 ss.

⁷ Si vedano i diversi contributi contenuti in F. Macario e M. N. Miletta (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell’incontro di studio Roma 9 ottobre 2015, Roma 2017.

⁸ F. Macario, *Le ragioni di un incontro*, in F. Macario e M. N. Miletta (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, cit., p. 5 ss., 6.

La giustizia sociale, pur nel generale intento di reagire all'individualismo borghese, ha assunto sin dal principio diverse sfumature. In Germania ricordiamo soprattutto Rudolf von Jhering⁹ e la sua visione del diritto come strumento per la realizzazione di scopi sociali, nonché Otto von Gierke¹⁰, preoccupato per le sorti del futuro codice civile. In particolare Gierke ha voluto evidenziare un "cambiamento" rispetto all'età moderna, che era stata caratterizzata dall'individuo "libero e uguale" e dallo Stato "onnipotente" e "meccanico" in una "società atomizzata e meccanizzata": il "risveglio dello spirito di comunità" per la creazione dello Stato e del diritto, degli usi e dell'economia in senso sociale. E si è interrogato sul compito dell'ordinamento giuridico di fronte a questo cambiamento¹¹. Ebbene il diritto privato ha la funzione di "porre dei limiti al libero gioco della volontà individuale nella formazione di rapporti giuridici", perché una "libertà contrattuale illimitata si distrugge da sola", è "un'arma terribile" nelle mani del più forte, impiegata come mezzo per "sottomettere" il più debole; e il diritto privato ha "il compito di proteggere il debole dal forte, il benessere della collettività dall'egoismo del singolo"¹².

In Francia più voci hanno tentato di contrastare i principi formulati nel *Code Napoléon*. Così con François Gény e il metodo della "*libre recherche scientifique*" si è cercato un cambiamento di prospettiva rispetto all'*école de l'exégèse* e alla rigorosa interpretazione letterale del codice, che aveva caratterizzato gli anni successivi alla sua entrata in vigore¹³, e si è proposto di nutrire più fiducia nell'opera discrezionale dei giudici per l'interpretazione della legge. Ricordiamo anche Alfred Fouillée, filosofo e sociologo francese, che si è interrogato sui rapporti fra *justice* e *fraternité*. Conducendo a identità i due termini del raffronto, perché "la vera fratellanza è l'amore nella giustizia", ha poi concluso che "l'idea di un organismo contrattuale è identica a quella di una fratellanza regolata dalla giustizia, poiché "qui dit *organisme* dit *fraternité*" e "qui dit *contractuel* dit *juste*"¹⁴. Ancora, in una prospettiva giusrealista Léon Duguit

⁹ R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Zweite Auflage, Leipzig, 1884.

¹⁰ O. von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Wien, April 1889, Berlin 1889.

¹¹ O. von Gierke, *ivi*, p. 9 ss.

¹² O. von Gierke, *ivi*, p. 28 ss.

¹³ F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1919), II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris 1954, p. 74 ss.

¹⁴ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris 1880, p. 409 s., 410, secondo il quale «noi siamo fratelli perché accettiamo volontariamente un medesimo ideale entrando a far parte della società e ci obblighiamo a formare una medesima famiglia; noi siamo fratelli anche perché siamo per natura membri di un medesimo organismo, perché non possiamo vivere o svilupparci gli uni senza gli altri, perché la nostra stessa moralità è legata allo stato sociale e alla moralità dell'insieme».

ha affermato che il diritto non è tanto l'opera esclusiva del legislatore, quanto piuttosto "il prodotto costante e spontaneo dei fatti" e dei bisogni pratici, ed è "in uno stato perpetuo di trasformazione"¹⁵. Il nuovo sistema giuridico è "d'ordine realista" e non più fondato sull'idea del diritto soggettivo dell'individuo, ma sulla "funzione sociale che si impone agli individui e ai gruppi"¹⁶.

Con l'avvento della società industriale e il nuovo ordine proprietario definito dal sistema di fabbrica la libertà contrattuale diventa uno strumento di prevaricazione del più forte a danno del più debole. Viene limitata l'autodeterminazione del più debole attraverso una standardizzazione dei rapporti in linea con la produzione industriale. Di qui la necessità di un modello di giustizia che reagisca all'individualismo borghese e tenga in considerazione i cambiamenti economici e sociali intervenuti con la Rivoluzione industriale. Un modello che si fonda "sul tema del conflitto e sul tema della solidarietà estesa alle relazioni tra consociati: il conflitto per contrastare l'induzione alla cooperazione tipica delle società in cui la conformazione dei comportamenti individuali mirava all'equilibrio e allo sviluppo del sistema, e la solidarietà per concepire la conformazione dei comportamenti individuali come attribuzione in chiave emancipatoria di forza giuridica ai portatori di debolezza sociale strutturale"¹⁷. Si verifica in questo modo uno scontro fra istanze individualiste e istanze altruistiche, fra libertà e solidarietà nel contratto. In definitiva, di fronte a una differente visione della società la giustizia sociale e la solidarietà innovano il diritto privato di stampo ottocentesco assumendo il compito di indirizzare il comportamento dei consociati nelle relazioni private.

La storia successiva ha mostrato, tuttavia, come questa dicotomia fra libertà e solidarietà sia capace di assumere direzioni non univoche e come soltanto con il costituzionalismo del dopoguerra la risocializzazione dell'economia abbia potuto realizzarsi all'interno del meccanismo democratico esaltando la solidarietà "come modo di essere delle relazioni tra lo stato e gli individui, esattamente come delle relazioni tra individui". Ma "le democrazie tendono naturalmente a promuovere sistemi di solidarietà che i fautori del libero mercato combattono"¹⁸.

¹⁵ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1920), La Mémoire du Droit, Paris, 2008, p. 3 ss.

¹⁶ L. Duguit, *ivi*, p. 8 ss.

¹⁷ A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 39 ss., 42, 46 ss.

¹⁸ A. Somma, *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in Id. (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 227 ss.

2. Il ruolo della giustizia sociale nel diritto contrattuale

Un esempio evidente è dato dall'esperienza dell'Unione europea e dal ruolo che qui effettivamente occupa la giustizia sociale¹⁹. Non che l'Europa sia assente nella lotta contro la povertà, l'esclusione sociale e la discriminazione²⁰ al fine di garantire a tutti parità di accesso alle opportunità e alle risorse. Anzi, questa lotta costituisce uno degli obiettivi specifici dell'Unione europea e degli Stati membri nell'ambito della politica sociale. Ma l'attenzione verso le tematiche sociali, a parte alcune sporadiche eccezioni nel corso degli anni, è stata molto ridotta rispetto all'interesse prevalente nella costruzione del Mercato comune. L'azione europea è stata in ogni caso sempre improntata a garantire la sopravvivenza del mercato piuttosto che il benessere sociale. Questo perché l'Europa pone gli obiettivi di solidarietà e di giustizia sociale a latere del mercato, appoggiando i poteri forti e alimentando così la crisi dello Stato sociale e della democrazia²¹.

¹⁹ Cfr. il "Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", elaborato dal Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo. Il testo del Manifesto è pubblicato in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss., e nella versione italiana in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1 ss.

²⁰ Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa garantisce fra gli obiettivi dell'Unione (Art. I-3) "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" accanto alla sostenibilità ambientale e alla protezione sociale ("L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore"). Con riferimento alla "solidarietà" si vedano gli Artt. II-87-98 in materia di protezione dei lavoratori, della famiglia, della salute, dell'ambiente e dei consumatori. Con riguardo all'articolata disciplina antidiscriminatoria v., in particolare, l'Art. 19 TFUE (ex Art. 13 TCE), che non ha un'autonoma portata precettiva, ma conferisce al Consiglio la facoltà di prendere provvedimenti "per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"; l'Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sulla "Non discriminazione" (Art. II-81); alcune direttive in materia, quali la direttiva sull'uguaglianza razziale (2000/43/CE); la direttiva sulla parità in materia di occupazione (2000/78/CE); la direttiva sulla parità di trattamento (2006/54/CE), che accorpa una serie di direttive precedenti in materia di pari opportunità tra uomini e donne. In giurisprudenza v. soprattutto Corte giust. UE, 22.11.2005, causa C-144/04, *Mangold*, e Corte giust. UE, 19.1.2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*. Sul contratto "discriminatorio" si veda in particolare D. Maffei, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. Caggia e G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, con Introduzione di A. Zoppini, Roma 2019, p. 135 ss.

²¹ Cfr. H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss., 662 ss., il quale evidenzia come "il compito della Comunità è di promuovere il mercato e non di assicurare che questo mercato sia corretto secondo finalità distributive"; M. W. Hesselink, *CFR & Social Justice*, Munich 2008.

Nella vasta disciplina sui contratti dei consumatori, infatti, il legislatore ha inteso garantire non tanto un diritto che sia “interventista” sulle forze del mercato a fini redistributivi e di sicurezza sociale, quanto piuttosto un diritto di impronta “neoliberale” diretto a “rimuovere gli ostacoli al commercio” ed a “correggere *market failures*”. Invero il consumatore è considerato essenzialmente un attore del mercato, che soddisfa soltanto i suoi interessi economici²², e gli strumenti messi a disposizione per riequilibrare i rapporti contrattuali sono principalmente rivolti a tutelare la concorrenza e il mercato.

Mentre il diritto contrattuale sociale²³, da intendersi quale strumento di critica alle ideologie allo stato ancora dominanti, è orientato “verso valori sociali diversi da quelli liberali e puramente di mercato” e rimanda a “un incremento delle regole imperative a carattere protettivo”, che contrasta con l’autonomia dei privati e riflette “un’intrusione dei valori del Welfare State nella logica di mercato del diritto contrattuale tradizionale”. Anche se poi in realtà le soluzioni “welfariste” per una determinata esperienza possono non esserlo in altre²⁴. Con la

²² Si richiama la ben nota contrapposizione di Ralf Dahrendorf (*Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, con *Introduzione e Premessa* di F. Ferrarotti e *Traduzione* di P. Massimi, Roma 2010) fra *homo sociologicus* e *homo oeconomicus*, fondata su una tipizzazione dei comportamenti umani. L’*homo oeconomicus*, nel campo delle teorie economiche, è l’uomo “informato e razionale”, che “pesa e commisura guadagni e perdite” (pp. 39 ss., 138 ss.). Il primo tipo umano, l’*homo sociologicus*, nel campo della sociologia, attiene ai rapporti fra la società organizzata e il singolo e “vuole fornire una spiegazione dell’agire sociale”, con le sue determinazioni di ruolo condizionanti della società: “l’uomo si comporta secondo determinati ruoli” e il sistema delle sanzioni sociali determina l’obbligatorietà del modello. Per un rinvio ai tipi umani delineati da Dahrendorf e da utilizzare come punti di riferimento per il legislatore nella definizione della tutela dei consumatori, si veda A. Somma, *Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con G. Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma 2018, p. 515 ss., 524 ss.; già Id., *Il diritto dei consumatori è un diritto dell’impresa*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 679 ss., 680 ss. Si ricorda anche che non mancano le eccezioni, a partire dalla direttiva europea sulle clausole abusive, per la quale il legislatore ha preso ispirazione dall’esperienza tedesca dell’AGBG.

²³ T. Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, 1995.

²⁴ T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 267 ss., 269, che, con riferimento all’*acquis communautaire*, osserva che “se riconduciamo ad un’ispirazione welfarista l’idea di una disciplina imperativa posta a protezione del contraente debole – idea che comprende la legittimazione delle corti e di altri soggetti istituzionali ad intervenire sulle clausole abusive sulla base del principio di correttezza – è chiaro che tutto il complesso di norme che formano l’*acquis*, e segnatamente le direttive sulla vendita dei beni di consumo e sulle clausole abusive, va riguardato come welfarista. Ma allora, a meno di accontentarsi di quest’osservazione ovvia, non possiamo eludere la seguente domanda: welfarista in che senso, da quale punto di vista?”. Sull’argomento si rinvia più ampiamente a R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, 1994.

conseguente impossibilità di individuare confini certi, coerenti e generalmente validi per l'espressione "giustizia sociale", destinata a mantenere allora nella pluralità delle sue direzioni e angolature un carattere sfuggente e flessibile, ma capace allo stesso tempo di dare una maggiore carica evolutiva al diritto.

Il contratto nella sua dimensione "sociale" presenta nondimeno alcuni elementi che necessariamente lo contraddistinguono dal contratto "liberale". È infatti un atto che certamente fugge dall'astrattezza per guardare alle esigenze concrete e alle identità. Non è un atto statico, ma si muove continuamente per adeguarsi ai mutamenti e ai bisogni della società e si arricchisce della dinamicità dei diversi contesti in cui opera. È soprattutto un atto "solidale" diretto a tutelare maggiormente gli interessi della collettività rispetto agli interessi personali. In questi termini esso presenta un'immagine del rapporto che poggia non tanto sui diritti, quanto piuttosto sui doveri sociali fra le parti e verso la società, consentendo di colmare le disuguaglianze sociali attraverso un'equa distribuzione delle risorse. Superando la separazione fra pubblico e privato il contratto sociale può allora rappresentare un importante strumento di redistribuzione della ricchezza non solo fuori dal mercato, ma anche nel mercato.

Quando si parla invece di giustizia nel diritto dei contratti tradizionalmente si osserva che essa può essere soltanto "commutativa"²⁵, nel senso che "parifica un'eguaglianza violata a causa di un guadagno o di una perdita ingiusti" ed è diretta a "compensare, restituire, ripristinare" conseguendo il principio del rendere a ciascuno ciò che gli appartiene²⁶. Questo perché "il contratto rinnega sé stesso se è orientato verso la logica distributiva, mentre è quest'ultima che deve accompagnare i più deboli – ovviamente per il tramite di interventi legislativi – verso le esigenze del contratto e del mercato"²⁷.

²⁵ La distinzione fra giustizia "commutativa" o "regolatrice" e giustizia "distributiva", fondate rispettivamente sull'uguaglianza e sulla proporzione, risale, come è noto, al discorso di Aristotele sulla giustizia, considerata la più importante fra le virtù etiche (*Etica Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10 – 1132 b 9).

²⁶ B. Pastore, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 187 ss.

²⁷ Così E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in S. Mazzamuto e L. Nivarra, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 51 ss., 73 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss., 1286 s., la quale spiega che "il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili e che, dunque, rivendicano non tanto condizioni economiche eque rispetto al mercato, quanto condizioni adeguate alla loro situazione di debolezza". Pertanto "il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per chi è in condizioni di debolezza sociale". Si veda anche G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur.dir. priv.*, 2019, p. 1 ss., 3 ss., il quale ritiene che "sino a quando col termine "contratto" si indicherà un *atto di autonomia privata* (...) non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali", che non possono essere

Sono più rare le voci che diversamente sostengono la possibilità di una giustizia “redistributiva” in materia contrattuale, vale a dire di una giustizia che considera le persone come appartenenti ad un “insieme sociale” e affronta “problemi di ripartizione, attribuzione o assegnazione”, facendo “le parti di qualcosa di comune: beni, incombenze, risorse naturali, opportunità, ruoli e cariche, profitti e vantaggi, oneri, responsabilità”²⁸. Seguendo questa prospettiva il giudice deve essere chiamato a giudicare se l’affare privato è “giusto” e il contratto diventa in questo modo uno “strumento di redistribuzione”. Le regole che governano i rapporti privati assumono rilevanza per la distribuzione della ricchezza nella società²⁹ e devono essere impiegate per raggiungere le finalità distributive soprattutto quando le alternative possono risultare “più costose o intrusive”³⁰. Si osserva inoltre come le regole contrattuali consentano di alterare la distribuzione delle risorse “non solo rispetto alle parti di un singolo contratto, ma anche fra le categorie a cui le parti appartengono e persino all’interno di una stessa categoria fra diverse tipologie di soggetti”³¹. Si evidenzia così l’ampiezza della dimensione distributiva nel diritto contrattuale sociale, che produce esternalità, vale a dire interessa ugualmente persone, categorie di persone,

risolti dal “privato”, ma soltanto dai “pubblici poteri”; e, sempre nella “prospettiva di un intervento pubblico”, conclude che “semmai il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della *fiscalità generale*”. Cfr. A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, in *Yale Law Journal*, 1979-1980, p. 472 ss., 510, il quale, nel descrivere due metodi di redistribuzione della ricchezza, *taxation* e *regulatory control of private transactions*, ritiene che la scelta dipende dal contesto, che è variabile, e che i due metodi non si escludono a vicenda: a volte sarà preferibile un metodo, altre volte l’altro metodo, altre volte ancora un “mix” di entrambi.

²⁸ B. Pastore, *ivi*, p. 188 s., secondo il quale il diritto privato “non è in grado di farsi carico delle finalità redistributive collegate alla realizzazione di assetti sociali giusti. Non può, però, occultarle, chiudendosi in una logica autoreferenziale. Esso, pur nella sua tecnicità, deve restare aperto alle esigenze equitative e solidaristiche”.

²⁹ A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, cit., p. 473; Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, p. 563 ss., secondo il quale “distributive and paternalist motives play a central role in explaining the rules of the contract and tort systems with respect to agreements”.

³⁰ A.T. Kronman, *ivi*, p. 474.

³¹ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss., 70 ss., 90, il quale, indagando sui difficili rapporti fra giustizia contrattuale e giustizia sociale, con specifico riferimento alle *market failures* e agli effetti distributivi nel diritto dei contratti, osserva anche che “ogni cambiamento, anche di scala ridotta, nella struttura istituzionale che regola le transazioni è in grado di produrre effetti redistributivi potenzialmente rilevanti sul potere contrattuale delle parti”.

comunità esterne allo specifico contratto³². Se così inteso, si può assegnare allora anche “al contratto, e dunque al mercato, il compito di realizzare la giustizia distributiva, oltre che quella commutativa”³³.

Fra gli esempi di interventi con finalità distributive si richiamano le norme sui salari minimi, l'equo canone, i tassi d'interesse eccessivi o usurari nei contratti di credito al consumo e il controllo sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. Anche le regole che tutelano una parte dai raggiri o dalle pressioni dell'altra parte o che prevedono la correttezza nella fase della conclusione del contratto possono considerarsi dirette a garantire la giustizia nei rapporti contrattuali. Ma solitamente in questi ultimi casi si ritiene che lo scopo principale sia quello di correggere il malfunzionamento del mercato e non di riequilibrare i contratti³⁴. D'altra parte si osserva che “il diritto dei contratti necessariamente sposa un'idea di giustizia contrattuale, al fine di realizzare un particolare assetto distributivo”, sulla base della considerazione che “il funzionamento dei mercati non può essere agevolato senza indirizzarne contemporaneamente gli effetti”³⁵. Di qui la “ricerca di un regime più efficace di giustizia contrattuale in modo compatibile con l'effettiva realtà di mercato”³⁶.

3. La tutela delle parti deboli e la solidarietà nelle riforme dei diritti nazionali

Lo stato attuale del diritto dei contratti è caratterizzato dal pluralismo giuridico e da una disciplina “multilivello” che, per superare l'astrattezza della normativa di impronta individualista e volontaristica, ha proceduto a una differenziazione all'interno della società effettuando una tipizzazione dei comportamenti umani³⁷ e valorizzando le molteplici diversità e identità. La dimensione sociale tende così a identificarsi con la “protezione delle parti deboli”³⁸ e la solidarietà nei rapporti privati guarda alla “debolezza di queste parti

³² In questo senso anche T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 277, il quale sottolinea, accanto ad una “prospettiva interna” relativa al rapporto contrattuale specifico, anche una “prospettiva esterna” riguardante i rapporti esterni con i terzi.

³³ Cfr., invece, E. Navarretta, *ivi*, p. 1286.

³⁴ Si veda ampiamente H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., p. 666 ss., 667 s.

³⁵ H. Collins, *ivi*, p. 668.

³⁶ H. Collins, *ivi*, p. 661, 673 ss.

³⁷ Si veda R. Dahrendorf, *Homo sociologicus*, cit.

³⁸ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 205 ss., 220, che così esemplifica: “Singole categorie di parti deboli vengono gradualmente definite in relazione a singole categorie di parti

deboli e tenta di riequilibrarla nella definizione delle loro relazioni giuridiche con le parti forti”. Questa prospettiva può presentare “una colorazione molto più marcatamente distributiva”, se cerca di limitare il potere delle parti più forti richiedendo “regole che domandano alle parti forti di fare concessioni a quelle deboli, per il loro specifico bene” e con riferimento ai rapporti contrattuali prevede “l’estensione della responsabilità del forte nei confronti del debole”³⁹. In questi casi, infatti, la disciplina considera i bisogni della parte debole che giustificano la sua protezione.

Nel corso del ventesimo secolo gli Stati europei, grazie al lavoro congiunto dei giudici e del legislatore, hanno cominciato rispettivamente ad interpretare le disposizioni contrattuali alla luce delle clausole generali⁴⁰ e ad adottare discipline speciali dirette a controllare lo squilibrio contrattuale⁴¹ al fine di realizzare la giustizia distributiva nei rapporti privati⁴². Non necessariamente però la “tutela della parte debole” è orientata a garantire una maggiore redistribuzione della ricchezza, come è dimostrato anche dalle più recenti riforme e proposte di riforma delle codificazioni nazionali⁴³, che si inseriscono in quell’ampio movimento di

forti come avviene per i lavoratori nei confronti dei datori di lavoro, delle donne nei confronti degli uomini, dei consumatori nei confronti dei professionisti-venditori, dei poveri rispetto alla classe media ed agli abbienti, degli immigranti illegali rispetto a quelli legali ed i cittadini, dei disoccupati cronici rispetto agli occupati, dei bambini rispetto agli adulti, degli incapaci mentali rispetto ai “normali”, dei disabili rispetto agli abili e così via”. Il pensiero di Kennedy è ripreso da G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit., p. 64 ss.

³⁹ Du. Kennedy, *ivi*, p. 221-222. Cfr. E. Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1287, secondo la quale non potendo la redistribuzione sociale “puramente affidarsi alla giustizia contrattuale, diverso è chiedersi se la debolezza sociale in quanto dato reale non si riverberi in qualche modo sulle asimmetrie microeconomiche, instillando in tal modo sulla giustizia contrattuale qualche “goccia di olio sociale”, che dà un sostegno, sia pur piccolissimo, al perseguimento degli obiettivi sociali”.

⁴⁰ Sull’argomento la letteratura è sterminata. Più di recente v. G. D’Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, con la Presentazione di P. Grossi, Milano, 2017. Per la giurisprudenza tedesca è d’obbligo il rinvio a BGH, 4 novembre 1964, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1965, p. 246 ss.

⁴¹ Con riferimento alla disciplina sulle clausole abusive si pensi al Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (AGB-Gesetz), all’ Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) e alla l’art. 35 della Loi n. 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services (Loi Scrivener).

⁴² Si veda H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., p. 661 s., secondo il quale “sebbene non si debbano sopravvalutare le conquiste dello stato sociale, i suoi meccanismi di prelievo fiscale e di redistribuzione sono più efficaci rispetto agli interventi contro le clausole abusive. La disciplina delle clausole vessatorie, comunque, può essere considerata un elemento utile per il raggiungimento di finalità redistributive”.

⁴³ Per una visione generale si vedano i contributi contenuti in R. Schulze, F. Zoll (ed.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, Munich, 2013.

“decodificazione” e “ricodificazione” e rientrano nel naturale e continuo ciclo evolutivo del diritto legislativo e dello strumento codice⁴⁴.

Si deve ricordare al riguardo come diverse esperienze di diritto codificato abbiano cercato di ritrovare la coerenza del sistema rimediando a quell'isolamento del diritto europeo dei consumatori e a quel frazionamento del diritto nazionale che si erano venuti a creare con il recepimento della normativa europea. Alcune hanno ordinato la materia in un codice di settore, altre hanno avviato una riforma del codice civile con l'integrazione delle nuove regole. Così sull'esempio del *Code de la Consommation* francese il nostro ordinamento ha adottato un separato Codice del Consumo, mentre in Germania con la *Schuldrechtsmodernisierung* il diritto dei consumatori è stato inserito nel *BGB* seguendo l'impostazione olandese del nuovo *Burgerlijk Wetboek*. Non si è trattato di un semplice problema di collocazione normativa, ma di verificare i rapporti e la compatibilità fra diritto comune dei contratti e diritto speciale dei consumatori e le valutazioni sono state differenti nelle diverse esperienze. D'altra parte, non solo l'ammodernamento dei codici civili e la creazione di codici di settore, ma anche la nascita di nuovi codici civili in diversi paesi⁴⁵ e il progetto di un codice civile europeo dimostrano come il primato della legge e dello schema codicistico non siano venuti meno⁴⁶, anche se i codici sono ormai disancorati dal

⁴⁴ Sul movimento legislativo della “decodificazione” e sul declino della forma codice si rinvia a N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; Id., “*Codici di settore*”: compimento della “decodificazione”, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss., il quale osserva che i codici di settore “non segnano un ritorno al codice, ossia alla forma storica del codice, ma sviluppo e compimento del processo di decodificazione. Non ricostruiscono e restaurano, ma sospingono e radicalizzano la decostruzione”; si costruisce un poli-sistema costituito da micro-sistemi e la codificazione di settore è “produttrice di micro-sistemi legislativi”. A questa tesi si contrappone quella di G. Alpa (*I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 351 ss., 355), che propone di guardare ai codici di settore come a “leggi complementari al codice civile”, che “disciplinano rapporti strettamente collegati con quelli regolati nel codice civile”; il codice civile si pone allora “al centro di un sistema stellare, di cui ogni codice costituisce il satellite”.

⁴⁵ Oltre al codice civile olandese del 1992, si pensi al codice civile brasiliano del 2009, al codice civile argentino del 2014 e al codice civile cinese del 2017.

⁴⁶ Si vedano soprattutto L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 515 ss.; R. Sacco, *I codici civili dell'ultimo cinquantennio*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 311 ss.; C. Castronovo, *Decodificazione delegificazione ricodificazione*, in *Jus*, 1993, p. 39 ss., 40, il quale osserva che la decodificazione è “un diverso modello di legiferare, nel quale si può dire adottato il principio “ogni materia una legge”. Essa perciò non mette in questione la legge come fonte formale”.

“concetto di Stato-nazione”⁴⁷ e non si presentano più come delle strutture tendenzialmente complete e immutabili.

Orbene la tutela della parte debole nelle sue molteplici manifestazioni ha occupato e occupa una parte importante nelle riforme e nei progetti ancora in corso. Basti pensare alla più recente riforma francese del diritto dei contratti e delle obbligazioni⁴⁸, che costituisce il risultato di un ampio dialogo fra le diverse fonti del diritto, fra discorsi giurisprudenziali e riflessioni dottrinali⁴⁹. Dopo più di duecento anni il diritto comune dei contratti era diventato un diritto essenzialmente giurisprudenziale: il *Code civil* non rifletteva più lo stato del diritto e necessitava di un ammodernamento, al quale la giurisprudenza aveva cercato fino a quel momento di sopperire adattando il testo ai cambiamenti sociali ed economici, colmando le lacune e riscrivendo le regole⁵⁰. Così erano stati applicati il principio di buona fede e le regole sulla causa del contratto per prevenire e sanzionare gli abusi derivanti da contratti squilibrati come i contratti d’adesione e di dipendenza economica.

Con riferimento ad alcune applicazioni delle disposizioni sulla causa del contratto per tutelare la parte debole si può ricordare la giurisprudenza che si è formata a proposito delle clausole di limitazione o di esclusione della responsabilità. L’impiego della teoria della causa in queste ipotesi è stato considerato da molti audace, perché ha attribuito al giudice un ampio potere d’intervento sul contenuto del contratto. Invero essa è stata utilizzata dalla Corte per ristabilire l’equilibrio fra le prestazioni delle parti, mentre tradizionalmente il giudice poteva valutare soltanto l’esistenza, e non la consistenza, della controprestazione. In particolare la *Chambre commerciale* della *Cour de cassation* nel famoso *arrêt Chronopost*⁵¹ era stata chiamata a pronunciarsi sul problema

⁴⁷ L. Mengoni, *ivi*, p. 516, il quale evidenzia che l’idea di codice “si è ridotta a un concetto puramente tecnico” e la sua “forza (...) deriva precisamente dal senso profondo della sistematicità del diritto”.

⁴⁸ La riforma ha riguardato i Titoli III, IV e IV *bis* del Libro III del *Code civil* ed è stata adottata con ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, successivamente modificata dalla legge di ratifica n. 2018-287 del 20 aprile 2018.

⁴⁹ Si fa riferimento ai ben noti progetti dottrinali che hanno preceduto la riforma: P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*. Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, *Ministre de la Justice*, 22 Settembre 2005; F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009; Id., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; Id. (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris 2013.

⁵⁰ Elogi e critiche al *Code civil* sono stati fatti in occasione del suo bicentenario, celebrato in un contesto europeo e dove si invitava a una riforma di ampio respiro. I diversi contributi si possono leggere in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004.

⁵¹ Cass., com., 22.10.1996, n. 93-18632, in *D.*, 1997, p. 121 ss.

della limitazione della responsabilità contrattuale contenuta in una clausola di un contratto di spedizione. Nel caso di specie la società Banchereau SA aveva affidato alla società Chronopost, “*spécialiste du transport rapide*”, un plico contenente un’offerta per una gara d’appalto, che tuttavia non era stato inviato al destinatario nei tempi previsti. Questo aveva comportato un pregiudizio a Banchereau dovuto alla perdita di chance di vincere la gara. Il contratto concluso fra Chronopost e Banchereau conteneva una clausola, che prevedeva che, in caso di mancato rispetto del termine di consegna, Chronopost si impegnava a rimborsare soltanto il costo dell’invio della lettera. La clausola limitativa di responsabilità, quindi, annullava nella sostanza l’obbligazione essenziale del contratto. Invero la finalità perseguita dal cliente non risiedeva soltanto nel trasporto, ma in un trasporto che rispettasse il termine di consegna stabilito. Orbene la *Chambre commerciale*, al fine di tutelare l’interesse del contratto e fondandosi sull’assenza di causa, ha stabilito che in ragione dell’inadempimento dell’obbligazione essenziale da parte di Chronopost la clausola limitativa di responsabilità del contratto, che “contraddiceva la portata dell’impegno assunto”, doveva considerarsi come non scritta: “*la clause limitative de responsabilité qui contredit l’obligation essentielle du contrat doit être réputée non écrite, par application de l’article 1131 du Code civil*”.

Ma non necessariamente una clausola limitativa di responsabilità riguardante un’obbligazione essenziale del debitore deve essere invalida, anche se in alcune pronunce ampiamente criticate dalla dottrina la *Cour de cassation* si è mossa inizialmente in questo senso⁵². In seguito la Corte è tornata su una posizione più equilibrata, affermando che per considerare non scritta una clausola limitativa di responsabilità è necessario ricercare se, tenuto conto delle circostanze e dell’importo stabilito, la clausola “contraddica la portata dell’obbligazione essenziale”, se essa “priva della sua sostanza l’obbligazione essenziale del debitore”⁵³. La nuova posizione della giurisprudenza, stabilendo dei limiti all’invalidità delle clausole limitative di responsabilità che contraddicono l’obbligazione essenziale del debitore, è così più conforme alla libertà contrattuale e alla certezza delle transazioni.

Inoltre era prevalsa un’interpretazione estensiva delle regole di diritto speciale, come il diritto dei consumatori, e una loro applicazione nell’ambito del

⁵² Si veda D. Mazeaud, *Saga Chronopost, les maîtres du temps perdent une manche...*, in *D.*, 2006, 2288 ss.

⁵³ Nel caso *Faurecia II* (Cass., com., 29.6.2010, n. 09-11841, in *D.*, 2010, p. 1832 ss.) la Corte aveva ritenuto valida una clausola limitativa di responsabilità, che prevedeva un ammontare molto basso, ma che era stata negoziata mediante importanti compensazioni (una riduzione del prezzo del 49%). Si veda ora l’art. 1170 *Code civil*.

diritto comune dei contratti, al fine di superare l'idea della parità delle parti e di riequilibrare le posizioni contrattuali.

Un noto *arrêt* della *Cour de cassation* del 28 aprile 1987⁵⁴ riguardava il caso di un agente immobiliare che aveva concluso un contratto relativo a un sistema di allarme per i locali dell'agenzia. In quell'occasione la Corte ha affermato l'applicabilità del diritto dei consumatori a favore dell'agente immobiliare, perché il contratto concluso “échappait à la compétence professionnelle” del cliente, il quale “relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur”. Attraverso il criterio soggettivo della competenza, quindi, si è estesa la normativa di tutela del consumatore anche al “professionista profano” nei rapporti endocommerciali e si è riconosciuta la possibilità di una disparità di potere anche fra professionisti. Ma questa teoria è stata oggetto di critiche per la difficoltà di accertamento in concreto della competenza, per la circostanza che la comprensione di alcune clausole non abbisogna di specializzazione, nonché per la minore tutela del consumatore che ne conseguiva. In un secondo tempo la *Cour de Cassation* con un *arrêt* del 24 gennaio 1995⁵⁵, seguita poi dalla giurisprudenza successiva, ha utilizzato un criterio oggettivo per determinare il campo di applicazione della disciplina delle clausole abusive e individuare i casi in cui il professionista possa essere assimilato a un consumatore, stabilendo che le norme sui consumatori “ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant”. Di conseguenza il professionista che conclude un contratto che non presenta un rapporto diretto con la sua attività professionale potrà essere tutelato dalla normativa dei consumatori.

Con la riforma del diritto dei contratti e delle obbligazioni si è cercato principalmente non solo di rendere il *Code civil* più accessibile e intellegibile ai cittadini e agli operatori economici (“*accessibilité*”) e di rinforzare l'attrattività del diritto francese delle obbligazioni e la sua influenza sul piano europeo e mondiale (“*attractivité*”), ma altresì di garantire la “*protection de la partie faible*”⁵⁶. Così la regola sulla buona fede non è più limitata alla fase dell'esecuzione del contratto, ma è stata estesa alle fasi della negoziazione e della formazione⁵⁷. È stato codificato un dovere generale di informazione⁵⁸, che costituisce una

⁵⁴ Cass., 28.4.1987, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1988, *Jur.*, p. 1 ss.

⁵⁵ Cass., 24.1.1995, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, *Jur.*, p. 327 ss.

⁵⁶ Si vedano, fra gli altri, C. Champalaune, *Les grands traits de la réforme*, e Ph. Stoffel-Munck, *Les enjeux majeurs de la réforme. «Attractivité, Sécurité, Justice»*, in Id. (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris 2015, p. 7 ss., 18 ss.

⁵⁷ Art. 1104 *Code civil*.

⁵⁸ Art. 1112-1 *Code civil*.

concretizzazione del dovere di buona fede e dovrebbe compensare un'asimmetria informativa fra le parti contrattuali. Il legislatore ha poi introdotto la categoria del contratto d'adesione⁵⁹, che prende atto di una disegualianza strutturale nei rapporti contrattuali, prevedendo anche la specifica regola dell'*interpretatio contra proferentem*, per cui una clausola ambigua si interpreta contro colui che l'ha proposta⁶⁰. La violenza "economica" è ora disciplinata in una regola che in via generale assimila alla violenza l'abuso dello stato di dipendenza⁶¹. Infine è stata codificata la sanzione per quelle clausole dei contratti d'adesione che creano uno squilibrio significativo fra i diritti e gli obblighi delle parti⁶² ed è stata introdotta la figura dell'*imprévision* nel diritto dei contratti⁶³.

La riforma del *Code civil*, se è stata salutata con grande favore da alcuni⁶⁴ per la risistemazione della materia nel codice, per le novità introdotte e in generale per la modernizzazione che avrebbe apportato al diritto privato francese, da altri è stata considerata invece una riforma che non avrebbe niente di rivoluzionario⁶⁵. Il nuovo diritto dei contratti non avrebbe molto innovato rispetto al passato, anzi l'*ordonnance* e poi la legge di ratifica avrebbero cercato di limitare o di cancellare quelle novità che avrebbero potuto contrastare con le esigenze proprie degli ambienti economici. Se è vero, infatti, che le regole del *Code civil* sono state adattate all'attuale contesto economico e sociale, è altresì vero che il legislatore della riforma ha inteso in ogni caso preservare gli originari fondamenti del codice, il "volontarisme" e la "liberté contractuelle". Fra le modifiche ricordiamo, infatti,

⁵⁹ Art. 1110 *Code civil*.

⁶⁰ Art. 1190 *Code civil*.

⁶¹ Art. 1143 *Code civil*.

⁶² Art. 1171 *Code civil*.

⁶³ Art. 1195 *Code civil*.

⁶⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 2016, p. 48, osserva che "cette réforme est fort bien venue et globalement fort bien faite" e "la réforme ne sera ainsi certainement pas à droit constant. C'est en effet un leurre de penser qu'un nouveau texte et de nouvelles formulations ne donneront pas lieu à maints nouveaux procès et, dès lors, à maintes nouvelles interprétations jurisprudentielles". Si veda anche B. Fages, *Droit des obligations*, Paris 2016, p. 35.

⁶⁵ O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, *Introduction*, p. 1 ss., 4, dove si osserva che "Il n'existe à notre époque, dans la société française, aucune révolution de nature à provoquer ou à justifier une table rase du passé".

Gli studiosi, oltre a evidenziare alcune imprecisioni e alcune dimenticanze, criticano anche al governo di non avere cercato ispirazione "en interne", ma di avere preferito ricorrere al diritto comparato, spesso limitandosi ai progetti d'armonizzazione europea (p. 6 ss.). Cfr. D. Mazeaud, *Observations finales*, in Ph. Chauviré (dir.), *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance*, Paris 2016, p. 85 ss., 90, che, con riferimento alle regole dedicate ai contratti d'adesione, parla di una rivoluzione del *Code civil*.

come nel testo definitivo della riforma sia stato cancellato il riferimento ai diritti fondamentali contro l'abuso della libertà contrattuale. Sono state in parte svuotate poi le originarie disposizioni sul dovere generale di informazione precontrattuale, escludendo un obbligo di informarsi a carico del debitore dell'informazione, quindi la presunzione di conoscenza o conoscibilità, e prevedendo restrittivamente che l'informazione abbia "un legame diretto e necessario con il contenuto del contratto o la qualità delle parti". Inoltre è stata colpita la regola sulla *lutte contre les clauses abusives*, che si discosta per ampiezza anche rispetto ai progetti dottrinali, essendo stata limitata ai contratti d'adesione e avendo escluso il controllo sullo squilibrio economico del contratto⁶⁶.

La tendenza a un diritto dei contratti "più giusto" è in linea con quella di altre esperienze nazionali e con i progetti di unificazione del diritto contrattuale europeo. Le regole del *Code civil* riformato, tuttavia, sono state in parte svuotate del loro contenuto per ricercare delle disposizioni "equilibrate", volte a conciliare la giustizia contrattuale con la certezza del diritto e l'efficacia economica⁶⁷. D'altra parte è interessante notare che solo dopo un anno dalla legge di ratifica parte della dottrina ha ricominciato a discutere sull'idea di un "nuovo *Code civil*", un codice ripensato nella sua totalità, di sistema e di contenuto, e non soltanto "aggiustato"⁶⁸. A parte nuovamente il posto centrale che sembra ancora mantenere la "codificazione" e la "forma codice" nella cultura dei civilisti, occorrerebbe in realtà riflettere meglio sulle carenze degli attuali codici civili e tentare di rendere il diritto civile più attrattivo⁶⁹.

In questo gioco di codificazioni e ricodificazioni si inserisce da ultimo il Disegno di legge italiano del 19 marzo 2019 che, nell'ampiezza e varietà dei suoi contenuti, reca la delega al Governo per una riforma del codice civile anche per

⁶⁶ Si vedano, in particolare, N. Dissaux/ C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. Commentaire article par article*, Dalloz, 2015; N. Dissaux/ C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris 2016.

⁶⁷ Cfr. B. Fages, *Droit des obligations*, cit., p. 35; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016, p. 6, il quale osserva che gli obiettivi della *justice contractuelle* e della *sécurité contractuelle* possono rivelarsi contraddittori e talvolta si è dovuto effettuare una scelta; e si chiede se il nuovo diritto "se révèle-t-il plus "protecteur" qu' "efficace", ou, au contraire, plus "prévisible" que "juste"? Il est difficile de répondre avec certitude à cette question. Seul le temps, et avec lui l'application prétorienne de la loi nouvelle, révélera la portée des arbitrages opérés".

⁶⁸ B. Beignier, *Pour un nouveau code civil*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 713 ss. Cfr. T. Revet, *A propos de l'article de Bernard Beignier «Pour un nouveau code civil»*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1011 ss.

⁶⁹ C. Jamin, *Des juges sans droit civil*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1705.

il diritto dei contratti⁷⁰. Come si legge nella *Relazione*, “nel dettare i principi e criteri direttivi di cui all’articolo 1, comma 1, lettere da *f*) a *i*), si prevede un insieme di misure, volte a tutelare, prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria, che coprono l’intero arco della vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva”⁷¹. Gli interventi in materia contrattuale concernono innanzitutto l’obbligo di informazione nella fase delle trattative e le diverse “pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o scorrette”, nonché “la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all’altra”. In sostanza si tratta di previsioni che mirano ad estendere ai contratti di diritto comune le regole proprie dei contratti dei consumatori. Le discussioni riguardano inoltre l’invalidità delle clausole che siano “in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale”; una disciplina per le c.d. sopravvenienze nei contratti di durata, già tutelate sulla base del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto e previste nei diversi progetti di unificazione del diritto contrattuale a livello europeo e internazionale; l’introduzione di “nuovi schemi contrattuali” sufficientemente tipizzati sul piano sociale⁷². Tra le varie proposte si limiteranno qui le osservazioni soltanto su alcune che più possono interferire sul significato da attribuire alla protezione delle parti deboli e alla giustizia sociale.

Risulta subito evidente come il disegno di legge delega sia stato fortemente influenzato dalle precedenti riforme di altre esperienze nazionali molto vicine alla nostra, soprattutto dalla rivisitazione del *Code civil*⁷³. Sono diversi, infatti, i

⁷⁰ Disegno di legge, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte) di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019: Delega al Governo per la revisione del codice civile. (n. 1151). Il disegno di legge delega, oltre al diritto dei contratti, investe la disciplina delle associazioni e fondazioni per coordinarla con la disciplina del terzo settore; l’impiego del contratto per regolare importanti momenti della vita familiare; la quota riservata ai legittimari e il divieto dei patti successori; la responsabilità civile e l’esigenza di avvicinare la responsabilità in materia contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale; la disciplina di nuove forme di garanzia del credito; il *trust* e gli altri contratti di affidamento fiduciario. Si vedano M. Franzoni, *Il Codice civile in ... "restauro"*, in *bolognaforense.net*; *L’importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte*, Intervista a cura di E. Scoditti, in *Questione Giustizia*, 2020, p. 12 ss.

⁷¹ *Relazione*, p. 9. In un altro punto della *Relazione* si equipara al “consumatore” “la parte contrattuale che si trovi in una situazione di asimmetria di fatto” (p. 11).

⁷² *Relazione*, p. 8 ss.

⁷³ Nell’intervista già citata e curata da Scoditti il Presidente del Consiglio dei Ministri Conte osserva in generale come l’obiettivo finale della riforma sia quello di avere “una disciplina dei rapporti privati più organizzata sul piano sistematico, più rispondente agli attuali bisogni della prassi, come pure un sistema giuridico nel suo complesso più competitivo e sempre più attento alla tutela dei diritti” (p. 12).

parallelismi che si possono individuare fra il disegno di legge e la riforma francese. Così la previsione di una disciplina sugli obblighi di informazione nella fase precontrattuale⁷⁴ ricorda ampiamente il nuovo e già menzionato art. 1112-1 del *Code civil*⁷⁵. Si vuole, d'altra parte, codificare una regola che certamente non è nuova, perché costituisce una concretizzazione del principio di buona fede. Si tratta inoltre di una regola di carattere generale, fondata sulle informazioni “di rilievo determinanti per il consenso”, e non di una tipizzazione “in una lista” di specifiche informazioni, così come si ritrovano invece nella normativa di origine europea⁷⁶, ma che male si conciliano con il linguaggio di un codice civile. Ma occorre soprattutto osservare come dalla previsione restino escluse le informazioni che riguardano “il valore dell’oggetto del contratto”, e quindi il contenuto economico dell’accordo. Questo ad ulteriore riprova del fatto che il discorso sulle asimmetrie informative non è tanto rivolto a garantire una maggiore protezione del contraente debole, quanto piuttosto a tutelare i rapporti economici e la libertà contrattuale correggendo il malfunzionamento del mercato⁷⁷. La normativa sugli obblighi di informazione non guarda quindi alla distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi e a una migliore allocazione delle risorse.

Una seconda osservazione attiene alla previsione del disegno di legge delega di introdurre l’invalidità del contratto o della clausola in contrasto con i diritti

⁷⁴ I principi e criteri direttivi contenuti nel disegno di legge delega indicano di “prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un’informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all’altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell’oggetto del contratto” (Art. 1, comma 1, lett. f).

⁷⁵ In questo senso anche C. Scognamiglio, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni- Informazioni precontrattuali*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 591.

⁷⁶ C. Scognamiglio, *ivi*, p. 591, osserva che un’eventuale disciplina sugli obblighi di informazione porta ad “avvicinare, dal punto di vista dell’ampiezza degli obblighi informativi gravanti sulle parti nella fase delle trattative, la regolamentazione dei contratti non riconducibili all’area di quelli *business to consumer* alla disciplina dei contratti dei consumatori”; anche se la tecnica legislativa è diversa, perché “affidata ad un mix” tra la clausola generale di affidamento e il “concetto indeterminato” del rilievo determinante dell’informazione; mentre ricorda che le regole sulle informazioni precontrattuali contenute nel Codice del consumo sono ispirate “ad una tecnica di elencazione ben più analitica delle informazioni che debbono essere fornite dal professionista al consumatore”.

⁷⁷ Sul punto si vedano A. Somma, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell’impresa*, cit., p. 681 ss.; H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., p. 663; T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 275 s., il quale osserva che “il concetto di mercato razionale è sovente associato alle disposizioni in tema di obblighi precontrattuali di informazione” che tentano di “rafforzare e prendere sul serio il tradizionale paradigma dell’autonomia privata (...)”.

fondamentali della persona⁷⁸. Si tratta di un problema che, discusso nel corso dei lavori preparatori della riforma del *Code civil*, è stato poi messo da parte nel testo definitivo, forse anche per la scarsa influenza che nell'esperienza francese ha sempre avuto la teoria dei diritti dell'uomo in materia contrattuale. L'idea del disegno di legge di "porre al centro della disciplina civilistica i diritti fondamentali della persona" considerando la loro efficacia nei rapporti privati⁷⁹ costituisce d'altra parte una teoria concorrente con la teoria sociale del contratto. Invero con la soggettivazione del sistema giuridico fondata sui diritti fondamentali si considera il singolo individuo piuttosto che la società nel suo insieme, si ha una visione "atomistica" della società che non contrasta, ma si pone a latere del mercato.

Da ultimo non può non notarsi la mancanza nel disegno di legge delega di una previsione generale sulla tutela dalle clausole abusive. Il nostro sistema attuale, come è noto, dispone soprattutto di una serie di previsioni speciali che tutelano i consumatori e le imprese nei rapporti con le altre imprese. Mi riferisco in particolare alla disciplina sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, alla fattispecie dell'abuso di dipendenza economica e da ultimo alla normativa riguardante la cessione dei beni e prodotti agricoli e alimentari⁸⁰. Il codice civile contiene invece soltanto una regola generale sul controllo formale fondato sulla doppia sottoscrizione, che non tutela l'aderente ma l'impresa forte. Sarebbe auspicabile allora per garantire una maggiore giustizia sociale una generalizzazione della regola sulle clausole abusive a favore della parte debole e una sua estensione anche allo squilibrio economico del contratto in linea con i progetti dottrinali che hanno preceduto la riforma francese⁸¹. In questo caso il

⁷⁸ I principi e criteri direttivi contenuti nel disegno di legge delega indicano di "prevedere l'invalidità delle clausole, dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale, operante soltanto a vantaggio del titolare dei predetti diritti, con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto" (Art. 1, comma 1, lett. h).

⁷⁹ Si veda sempre l'intervista già citata al Presidente Conte, p. 13. Si vedano anche più dettagliatamente sull'argomento G. Alpa e G. Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino 2018.

⁸⁰ Si fa riferimento in particolare all'art. 62 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 sulle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e al relativo regolamento di attuazione. Sull'argomento si veda R. Torino, *La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1425 ss.

⁸¹ Ricordo che l'*Avant-Projet Catala* ha indicato una regola molto ampia, l'Art. 1122-2, esplicitamente ispirata ai Principi di diritto europeo dei contratti: "Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur, ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée". Va detto anche che il *Projet Terré* in questo caso ha seguito il *Projet Catala*, prevedendo

legislatore italiano dovrebbe guardare quindi al di là della regola definitiva dell'art. 1171 *Code civil*, che è stata limitata per venire incontro agli ambienti economici preoccupati per la certezza delle transazioni commerciali.

Da queste brevi osservazioni occorre chiedersi, infine, se un'eventuale futura riforma del codice civile italiano potrà rappresentare un passo in avanti o un'altra occasione mancata verso una maggiore tutela delle parti deboli. Resta in ogni caso incerta la direzione che seguirà la giustizia sociale nel diritto contrattuale.

ABSTRACT: The paper deals with the concept of social justice. The topic is observed from an historical and doctrinal point of view (moving from the industrial revolution), then with specific regard to the rising idea of social justice in contract law, and finally considering the current forms of protection of the weak party in the European legal orders.

KEYWORDS: Social justice - contract law - consumer protection

Michaela Giorgianni – Ricercatrice confermata in Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza - Università di Roma (michaela.giorgianni@uniroma1.it)

una regola generale di tutela contro le clausole abusive: l'Art. 67 prevede che "En outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande".