



Il soggetto di diritto frammentato: economia politica e governamentalità del contemporaneo.

Riccardo Fornasari

► To cite this version:

Riccardo Fornasari. Il soggetto di diritto frammentato: economia politica e governamentalità del contemporaneo.. Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato, 2020, 978-88-243-2647-6. <hal-04431979>

HAL Id: hal-04431979

<https://hal.science/hal-04431979v1>

Submitted on 6 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Copyright - All rights reserved

RICCARDO FORNASARI

IL SOGGETTO DI DIRITTO FRAMMENTATO:
ECONOMIA POLITICA E GOVERNAMENTALITÀ
DEL CONTEMPORANEO

SOMMARIO: 1. La crisi del soggetto di diritto. – 2. Le origini del soggetto di diritto ed il suo ruolo nel sistema. – 3. Il nesso tra soggetto di diritto e disciplina del contratto. – 4. Le mutazioni socio-economiche e l'emergere di un nuovo paradigma. – 5. Il soggetto di diritto frammentato.

1. *La crisi del soggetto di diritto*

Il concetto di soggetto di diritto consacrato nel diritto moderno e contemporaneo, invenzione delle codificazioni borghesi ottocentesche, è in uno stato di crisi profonda, così come altri istituti fondamentali del diritto privato. In questo processo di trasformazione, l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi nazionali di diritto privato, cambiandone la struttura e decomponendone l'ordine sistematico, svolge un ruolo fondamentale. Uno degli elementi essenziali di tale evoluzione è stata la caratterizzazione dei contraenti secondo il loro *status* sul mercato: dapprima, l'introduzione (o il profondo mutamento della regolazione) della figura del consumatore¹; in seguito, la differenziazione dei professionisti e la protezione dell'«impresa debole».

Queste norme hanno causato una frammentazione del soggetto di diritto secondo le sue qualità e il ruolo che gioca nel mercato: tale novità, introdotta nei «diritti settoriali» o nel codice civile², ha stravolto la concezione del soggetto così come era stata elaborata dai giuristi del XVIII e XIX secolo. Viene rimessa in discussione l'astrazione sulla quale era fondata la sua *reductio ad unum*, considerata come elemento fondante della

¹ P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in ODCC, 2014, p. 3 ss.

² In Germania le disposizioni concernenti la protezione del consumatore sono state inserite nel codice civile con la riforma del 2002; in Francia invece vige un codice del consumo. Sul tema v. S. GRUNDMANN, S.M. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in ERCL, 2017, pp. 473-475.

codificazione borghese³, con conseguenze notevoli in relazione al ruolo della volontà e, quindi, del contratto.

Il cambiamento di paradigma concernente il soggetto, fondato su una trasformazione delle relazioni commerciali e una concezione differente del mercato e dell'ordine concorrenziale non è priva di conseguenza sulla teoria del contratto: l'unità concettuale di quest'ultima era fondata sull'incontro di due volontà libere e uguali. Se l'astrazione del soggetto di diritto è messa in discussione e superata da una logica differente, l'unità concettuale del contratto perde i propri fondamenti teorici e la propria legittimità intrinseca e può, di conseguenza, essere a sua volta rimessa in discussione, come è dimostrato, ad esempio, dall'*ordonnance* di riforma del *Code civil* francese. Queste trasformazioni segnano la fine di un approccio filosofico ed anche metodologico al diritto e vi sostituiscono una concezione «altra». In questo contributo si sosterrà che una nuova concezione del mercato di cui le regolamentazioni europee sono portatrici comporta un cambiamento della funzione della regolamentazione del diritto dei contratti e delle nozioni fondamentali che ne sono alla base. Si analizza, in chiave storica e comparata, l'evoluzione del concetto di soggetto di diritto e le razionalità della governamentalità economica e sociale che tali evoluzioni esprimono. Lo studio sarà condotto in una prospettiva di *longue durée*⁴, prendendo in considerazione i fondamenti dell'unità del soggetto di diritto così come gli elementi che, nel corso dei secoli successivi, hanno portato alla sua frammentazione ed all'attuale «crisi».

2. Le origini del soggetto di diritto ed il suo ruolo nel sistema

Il *Code Napoléon*, basandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC) del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nel sistema giuridico⁵. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a determinare i fondamenti di tale nozione sono numerose e, in questa sede, non è possibile tracciarne che le caratteristiche principali. Le basi teoriche sulle quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo⁶, secondo il

³ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, pp. 182-183, 505, 559 ss.

⁴ Il riferimento è a F. BRAUDEL, *La longue durée*, in *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 1958, p. 725 ss.

⁵ F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Paris, 2012, pp. 10-11; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017, pp. 474-475.

⁶ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 2012, circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. *Prolégomènes*, par. XI ss., par. XI et XXI; sul contratto l. I, ch. XII, p. 332 ss.

quale l'individuo è titolare di diritti inalienabili e che precedono il sistema giuridico⁷, nonché il razionalismo⁸. Tali correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo propria della filosofia dei *Lumières*; inoltre, insieme ai principi derivanti dalla morale del cristianesimo⁹ e del giansenismo¹⁰, hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier¹¹.

Nonostante la disputa circa l'influenza effettiva del pensiero di Kant sugli autori del *code Napoléon*¹², questo ha sicuramente avuto un'influenza determinante sul pensiero successivo¹³ e sui codificatori tedeschi. La filosofia kantiana comporta una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre, la teoria kantiana del diritto naturale postula un soggetto concepito come libero e razionale¹⁴.

Sulla base di tali influenze, la concezione dell'individuo propria della DDHC e del *Code Napoléon*, attraverso la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese¹⁵, postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista¹⁶. L'obiettivo è quello di sopprimere le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di essere umano: il diritto fa quindi astrazione dalle situazioni specifiche e concrete che caratterizzano la vita in società⁷, al fine di instaurare i principi di uguaglianza formale e di libertà, che viene attribuita individualmente ed universalmente ad ogni persona¹⁸.

⁷ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1949, pp. 92, 104-105.

⁸ R. DESCARTES, *Discours de la methode*, Paris, 2000.

⁹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2013, p. 39; J.-L. GAZZANIGA, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime*, in *Droits*, 1990, p. 37 ss.

¹⁰ CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, 2012, p. 97.

¹¹ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2012; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 473; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, 2014.

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

¹³ J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Paris, 1990, p. 83 ss.

¹⁴ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma, 2005; A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1978, p. 143 ss.

¹⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*.

¹⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, 2005, pp. 46 ss., 53. Circa la *fictio* della persona giuridica e l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2017, p. 42 ss.

¹⁷ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970, p. 103 ss.

¹⁸ A. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 448; M. WALINE, *op. cit.*, p. 376 ss.

Tale concezione del soggetto è adottata anche dalla dottrina tedesca. Le differenze filosofiche e teoriche alla base del *Code civil* e della dottrina tedesca del XIX secolo¹⁹, le cui elaborazioni hanno influenzato il *BGB*, sono notevoli, anche in relazione al dogma della volontà²⁰, che porta agli estremi l'astrazione dei concetti giuridici²¹ e la signoria della volontà²². Tuttavia, anche in Germania è adottata una concezione astratta del soggetto, considerato come essere razionale²³, legata alla concezione economica liberale²⁴.

Lo stesso può dirsi del codice italiano del 1865 e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni posteriori alla fine della seconda guerra mondiale, nonostante i tratti di discontinuità dipendenti dal regime politico che lo ha realizzato²⁵: la concezione del soggetto, così come quella del contratto, sono fondamentalmente liberali ed ancorate al principio della libertà contrattuale²⁶.

È importante rimarcare che tale teoria postula un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, nonché uguale a tutti gli altri²⁷: è il trionfo dell'uguaglianza formale, che determina altresì una regolamentazione unitaria del contratto. Tali concezioni giuridiche erano fondate sul contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *Code Napoléonien*, le attività produttive ed il commercio erano principalmente artigianali e familiari e, di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate²⁸.

¹⁹ A. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 585 ss.

²⁰ M.F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, M. Ch. Guenoux, t. 1, Paris, 1840, p. 328, § 53.

²¹ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria - Manifestazione - Astrazione - Efficacia*, Milano, 1998.

²² J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 2009; J. MICHAEL RAINER, *Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania*, in *Jus civile*, 2018, p. 386 ss.; C. WITZ, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, 1992, p. 87 ss.

²³ F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 42 ss., 238 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, 1, pp. 591-592; H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, in G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (a cura di), *Towards a European Legal Culture*, München-Oxford-Baden-Baden, 2014, p. 95.

²⁴ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2, Milano, 1980, pp. 196-198.

²⁵ A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino* Frankfurt am Main, 2005; P.G. MONATERI, *Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values*, in L. STILQUINI-CINELLI, A. HUTCHISON (a cura di), *The Constitutional Dimension of Contract Law*, Cham, 2017, pp. 132-137.

²⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, p. 46 ss.

²⁷ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 595.

²⁸ M. WALINE, *op. cit.*, p. 177; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 41.

Inoltre, tale visione è strettamente connessa alle teorie degli economisti e filosofi liberali classici²⁹ ed alla loro concezione del mercato³⁰. Nonostante gli approcci di tali autori presentino delle differenze, la libertà, concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto, è ancorata alle concezioni economiche del «laissez faire, laisser passer»³¹. In breve, solamente gli individui, lasciati liberi³² di agire sul mercato e di determinarsi nelle proprie scelte sulla base di un calcolo egoista, possono far aumentare il benessere della società nel suo insieme³³.

Una delle premesse di tale teoria è una concezione che si potrebbe definire «naturalista»³⁴ del mercato, concepito come ordine spontaneo³⁵ preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del giusto prezzo, ossia il prezzo adeguato al valore del bene. Il meccanismo del giusto prezzo, che si forma grazie alla concorrenza, consentirebbe un arricchimento reciproco dei contraenti e, di conseguenza, della società in generale³⁶. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di garantire l'esecuzione delle obbligazioni³⁷.

3. *Il nesso tra soggetto di diritto e disciplina del contratto*

Tali concezioni del mercato e del soggetto comportano una visione specifica del contratto: la *reductio ad unum* del soggetto di diritto implica la *reductio ad unum* del contratto. Il fondamento del contratto risiede nell'accordo³⁸, frutto dell'incontro delle volontà di soggetti liberi e razionali³⁹. Se il consenso non è viziato, l'accordo è considerato come razionale, poi-

²⁹ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 42 ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *op. cit.*, p. 107.

³⁰ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, pp. 32-33.

³¹ J.-PH. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 826; V. ROPPO, *Il contratto*, dans *Trattato Iudicazatti*, Milano, 2011, pp. 37-39.

³² P. DARDOT, CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010, pp. 26 ss., 71 ss., 101 ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004, p. 40 ss.

³³ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, Chicago, 1977, pp. 83 ss.; v. M. WALINE, *op. cit.*, p. 174. Per una critica della maniera dominante di comprendere il pensiero di A. Smith v. G. ARRIGHI, *Adam Smith in Beijing*, London-New York, 2007, p. 40 ss.; G. DOSTALER, *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, in *L'Économie Politique* 2009, 4, pp. 49-50.

³⁴ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 33 ss.; DARDOT, CH. LAVAL, *op. cit.*, p. 6 ss.

³⁵ G. DOSTALER, *L'Économie Politique*, 2009, p. 47 ss.

³⁶ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 55; v. A. SMITH, *op. cit.*, l. 4, ch. 2, p. 590 ss.

³⁷ M. WALINE, *op. cit.*, pp. 174-175.

³⁸ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1962, p. 132.

³⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011, p. 428 ss.; M.M. SALAH, *Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois*, in *RIDE*, 2013, pp. 475-476.

ché la volontà, come concepita a partire dai *Lumières* e dalle Pandette, è l'espressione diretta della ragione umana⁴⁰.

Ne consegue che, seguendo pedissequamente tale principio, nessun intervento esterno da parte di chicchessia⁴¹, che non sia giustificato dalla necessità di sanzionare un accordo che non è, in realtà, il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere permesso. Tale concezione è strettamente connessa a quella del mercato adottata dai liberali classici⁴²: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto che è concepito come naturale⁴³. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli che sono necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico.

Il principio dell'autonomia della volontà, che abbia un volare fondante o esplicativo⁴⁴ del sistema del diritto delle obbligazioni, connette tale concezione del contratto a quella del soggetto e ne giustifica la forza vincolante. Secondo la celebre espressione di Alfred Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»; il contratto è giusto perché costituisce il prodotto della volontà, che è l'espressione della libertà e della razionalità umana.

L'autonomia della volontà si basa su una concezione dell'individuo come essere completamente razionale ed informato, che agisce su un mercato concorrenziale⁴⁵. Tale concezione della volontà e del contratto è sostanziale all'approccio liberale classico⁴⁶ ed all'affermazione della società borghese, per la quale i postulati della libertà e dell'uguaglianza dei soggetti sono fondamentali per l'atto di scambio⁴⁷. La circolazione della ricchezza ed il processo di produzione mercantile necessitano dello scambio⁴⁸, che non può essere realizzato che tramite il contratto, prodotto della volontà dell'individuo⁴⁹ e fonte di diritti ed obbligazioni.

⁴⁰ D. TERRÉ-FORNACCIARI, *L'autonomie de la volonté*, in *Revue de sciences morales et politiques*, 1995, p. 264.

⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Volonté et obligation*, in «*L'obligation*», *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Paris, 2000, p. 133; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 432.

⁴² PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, 2017, p. 80.

⁴³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24 ss.

⁴⁴ CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, in D., 2002, doct. 901; E. NAVARRETTA, *Quaderni fiorentini* 2014, p. 593 ss.; R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles: De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *ERPL*, 2019, p. 788 ss.

⁴⁵ PH. JESTAZ, *Rapport de synthèse «Quel contrat pour demain?»*, in CH. JAMIN, D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 253.

⁴⁶ M. WALINE, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁷ E.-B. PAŠUKANIS, *op. cit.*, p. 106; K. MARX, *Le Capital*, l. I, ch. II, Paris, 1985, p. 112.

⁴⁸ K. MARX, *op. cit.*, l. I, ch. II, p. 112.

⁴⁹ E.-B. PAŠUKANIS, *op. cit.*, p. 102.

4. *Le mutazioni socio-economiche e l'emergere di un nuovo paradigma*

I fattori principali della crisi di questo modello sono le mutazioni profonde che hanno riguardato il contesto economico e sociale al quale la regolamentazione classica del soggetto è strettamente connessa⁵⁰. Le rivoluzioni industriali⁵¹, l'età della colonizzazione e gli sviluppi delle imprese multinazionali, con le conseguenti centralizzazioni di capitali e la transnazionalizzazione dei mercati, hanno reso arcaico il modello contrattuale sul quale la regolamentazione era fondata⁵². È quindi divenuto irrealistico concepire i contraenti come uguali e l'accordo come il prodotto della loro volontà libera. Le due guerre mondiali hanno ulteriormente approfondito questo processo, rendendo necessarie legislazioni emergenziali che limitavano notevolmente la libertà contrattuale⁵³ e rimettendo in questione l'assioma fideistico nella ragione umana.

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

Il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione mercantili fornita dal liberalismo e mira a disvelare il carattere artificiale dell'astrazione che fonda la libertà dei soggetti⁵⁴. L'unità fondamentale del soggetto, dalla quale derivava l'unità gnoseologica ed epistemologica della filosofia dominante, è messa in discussione e, con essa, le certezze concernenti la razionalità e l'esistenza di una verità da scoprire grazie ad essa.

In tale contesto si sviluppa una corrente del pensiero liberale che si pone come obiettivo quello di rifondare il liberalismo, al fine di risolvere i problemi che si erano manifestati in maniera molto acuta; la conferenza Walter Lippmann⁵⁵ è il primo passo nella costituzione di un gruppo di in-

⁵⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^e série, Paris, 1964.

⁵¹ F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle*, Paris, 1997.

⁵² P. DARDOT, CH. LAVAL, *op. cit.*, p. 124 ss.; L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *RTD civ.*, 1937, p. 1 ss.; J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 438 ss.

⁵³ A. NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 70.

⁵⁴ K. MARX, *Le Capital*, I, I, ch. II, p. 112 ss.; ID., *La questione ebraica*, Roma, 2000, p. 28 ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *op. cit.*, p. 103 ss.

⁵⁵ Conferenza svoltasi a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti sono pubblicati in L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, p. 405 ss.

tellettuale, provenienti da diverse discipline, che perseguono tale progetto⁵⁶. La storia di questo gruppo, la seguente divisione fra i teorici tedeschi (quelli che diverranno gli ordoliberali e che hanno influenzato le basi economiche e giuridiche dell'UE) e gli austro-americani (che diverranno i capifila del neoliberalismo) e la loro influenza nella rifondazione dello stato tedesco⁵⁷ vanno ben oltre l'ambito del presente contributo⁵⁸. Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'UE ed esaminare la loro concezione del diritto che risuona nei Trattati, nei regolamenti, nelle direttive e negli altri atti normativi dell'UE⁵⁹. Le differenze teoriche in relazione al pensiero liberale classico sono molto numerose; tuttavia, se si dovessero identificare degli elementi di differenziazione che hanno notevolmente influenzato il diritto dei contratti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato⁶⁰ e la concezione del soggetto che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, nonché l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, debbano essere costruiti⁶¹ tramite interventi attivi da parte del legislatore⁶². Ne consegue che gli interventi dei governanti non sono necessariamente considerati come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente questo ordine e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza è, come nel

⁵⁶ Sulla genesi dell'ordoliberalismo v. W. EUCKEN, *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 23 ss. (ed. or. *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, p. 297 ss.); O. MALATESTA, *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 67 ss.

⁵⁷ Q. SLOBODIAN, *Globalists*, Harvard, 2018, p. 204 ss.

⁵⁸ P. DARDOT, CH. LAVAL, *op. cit.*, pp. 243 ss., 328 ss.; M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 221 ss.; TH. BIEBRICHER, *Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment*, in *German Law Journal*, 2016, pp. 839-842.

⁵⁹ S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 2008, p. 553 ss.; M. LIBERTINI, *A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 491 ss.; D. J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the «New» Europe*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, p. 25 ss.; G. DALE, N. EL-ENANY, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in *German Law Journal*, 2013, p. 620 ss.

⁶⁰ W. LIPPMANN, *La cité libre*, Paris, 1938; P. DARDOT, CH. LAVAL, *op. cit.*, p. 225 ss.; R. PTAK, *Neoliberalism in Germany*, in P. MIROWSKI, D. PLEHWE (a cura di), *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, Cambridge, 2009, pp. 101-102.

⁶¹ W. RÖPKE, *Civitas humana*, Erlenbach-Zürich, 1944, p. 43 ss.; R. PTAK, *op. cit.*, p. 105.

⁶² P. DARDOT, CH. LAVAL, *op. cit.*, p. 205 ss.; R. PTAK, dans *The road from Mont Pèlerin*, p. 102.

liberalismo classico, che l'allocazione delle risorse realizzata attraverso il sistema del mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere di tutta la società⁶³: tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito, occorre fare in modo che, se necessario anche tramite interventi attivi, questi meccanismi possano funzionare correttamente e senza ostacoli⁶⁴.

Il soggetto è ancora considerato come razionale. Tuttavia, è preso in considerazione nella situazione concreta nella quale si trova ad agire. Gli sviluppi del pensiero ordoliberal portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono impedire il dispiegamento della razionalità e comportare che il contratto concluso non sia efficiente. Occorre quindi intervenire al fine di correggere tali distorsioni; gli interventi sono modellati sulla base delle situazioni che il legislatore concepisce come problematiche; ciò comporta una frammentazione della regolamentazione del contratto basata sulle categorie attraverso le quali il legislatore modella le tipologie di controllo.

Il diritto privato acquisisce allora una doppia funzione. Da un lato deve costruire e proteggere un quadro⁶⁵ all'interno del quale i soggetti possano agire e dispiegare la propria razionalità. Dall'altro, serve a controllare che i contratti rispettino la logica concorrenziale⁶⁶ e, quindi, a fare in modo che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali⁶⁷ o, se tale dispositivo non può funzionare correttamente, a correggere *ex post*, con operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare tali condizioni⁶⁸. I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme *antitrust*, ma prendono altresì in considerazione i singoli contratti. Viene realizzata una «police» dei contratti che concerne la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetta la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto.

⁶³ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern, 1952, p. 254.

⁶⁴ L. ERHARD, *La Prosperité pour tous*, Paris, 1959; S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society*, cit., p. 568 ss.; F. RIEM, *Retour sur l'ordre concurrentiel*, in *RIDE*, 2013, pp. 442-443; R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 865 ss.

⁶⁵ F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo*, 1966, p. 138.

⁶⁶ A. PIROVANO, *Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles*, in G.J. MARTIN (a cura di), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 295 ss.

⁶⁷ S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin-New York, 2012.

⁶⁸ F. MARTY, P. REIS, *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique*, in *RIDE*, 2013, p. 582.

Queste considerazioni si inscrivono nell'idea di una «società di diritto privato» che si fonda sul principio di concorrenza come principio costituzionale⁶⁹: gli uomini non si confronterebbero direttamente con lo Stato, ma sarebbero sottoposti ad un ordine giuridico che limiterebbe il potere dello Stato ed i possibili abusi di potere dei soggetti privati⁷⁰, inquadrandone le azioni e gli *status*⁷¹, al fine di garantire il benessere della società. La regolamentazione cambia profondamente perché non si fonda più su un approccio sistematico e formale⁷², che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale⁷³. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo divisato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza⁷⁴.

5. *Il soggetto di diritto frammentato*

A partire da tale quadro teorico si può comprendere la regolamentazione dell'UE e dei sistemi giuridici nazionali sulla tutela del consumatore e di altri soggetti specificamente identificati come meritevoli di una protezione speciale. La regolamentazione europea si pone come obiettivo la realizzazione e la protezione del mercato concorrenziale⁷⁵; mira ad eliminare

⁶⁹ A. PIROVANO, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne*, in R. CHARVIN, A. GUESMI (a cura di), *L'Algérie en mutation*, Paris, 2001, p. 119 ss.; L. SIMONIN, *Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat*, in P. COMMUN, *L'ordolibéralisme allemande*, Cergy-Pontoise, 2003, p. 70 ss.

⁷⁰ S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society*, cit., p. 553 ss.

⁷¹ F. BÖHM, *op. cit.*, p. 75 ss.

⁷² CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, in *Droits*, 2010, pp. 137-138 mette in evidenza come la corrente del realismo francese, che si è sviluppata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, avesse già messo in discussione tale approccio.

⁷³ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, 2005, p. 270 ss.; R. MICHAELS, *The Two Rationalities of European Private Law*, in R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oregon, 2011, pp. 154-155; M. HESSELINK, *The New European Culture*, Deventer, 2001; Id., *The New European Culture - Ten Years On*, in G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (a cura di), *Towards a European Legal Culture*, München - Oxford - Baden-Baden, 2014, p. 17 ss.

⁷⁴ F. CAFAGGI, *Private Regulation in European Private Law*, in A. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 119; H. COLLINS, *The Hybrid Quality of European Private Law*, dans R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oregon, 2011, p. 453; M.W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *ERPL*, 2010, p. 65 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1274 ss.

⁷⁵ J. ROCHFELD, *De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché*, in *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance*, *Les Petites affiches* 16 février 2009, chron. 21.

gli ostacoli alla concorrenza e ad intervenire sui contratti che, a causa di *market failures*⁷⁶, non permettono la migliore allocazione possibile delle risorse. Il concetto di *market failures*, che nasce e si sviluppa prevalentemente in ambito americano nel contesto dell'analisi economica del diritto, viene adottato in ambito europeo soprattutto al fine di valutare le problematiche della contrattazione e scegliere le soluzioni ottimali al fine di risolverle.

Il punto di partenza della razionalità normativa delle istituzioni europee non è più il soggetto di diritto astratto⁷⁷, considerato come individuo essenzialmente razionale, ma la protezione e l'implementazione dell'ordine concorrenziale del mercato. La necessità di produrre delle regole che si applichino ad una generalità di situazioni obbliga le autorità europee a trovare dei criteri generali⁷⁸ tramite i quali affrontare le summenzionate problematiche. Uno di questi criteri è lo statuto dei soggetti sul mercato e nella relazione contrattuale.

Il caso maggiormente rappresentativo di tale approccio è la legislazione consumeristica⁷⁹. La protezione del consumatore, strumento di costruzione e di istituzione del mercato unico⁸⁰, è stata da lungo tempo fissata come una delle priorità dell'UE. La risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 stabilisce il programma preliminare della CEE sulla protezione ed informazione del consumatore, dopo la quale si sono succeduti numerosi interventi settoriali. Tra questi si possono menzionare, a mero titolo esemplificativo, la direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi dai consumatori e la direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, oltre alle recentissime direttive 771/2019/UE sulla vendita di beni di consumo e 770/2019/UE sulla fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

⁷⁶ Le norme europee sono anche debitrice dei fondamenti teorici dell'analisi economica del diritto, come si evince dal fatto che esse prendano in considerazione le *markets failures*. Sulle nozioni fondamentali dell'EAL v. R. COOTER, TH. ULEN, *Law and Economics*, Berkeley, 2016; A.T. KRONMAN, R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979.

⁷⁷ Sulle trasformazioni del soggetto di diritto cfr. M.R. MARELLA, *Who Is the Contracting Party? A Trip around the Transformation of the Legal Subject*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Comparative Contract Law*, Cheltenham, 2017, p. 205 ss.

⁷⁸ F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in ODCC, 2016, pp. 442-443.

⁷⁹ Sulle logiche differenti del *Code civil* e del diritto del consumo e del diritto della concorrenza v. Y. LEQUETTE, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Livre du bicentenaire*, Paris, 2004, p. 177. Sulle differenti nozioni di consumatore v. M. COESTER, *Party Autonomy and Consumer Protection*, in *EuCML*, 2014, p. 172 ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Oregon, 2007, p. 69 ss.

⁸⁰ M.W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction*, cit., p. 58 ss.; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, 2004, p. 25.

In alcuni stati, tale tendenza si era già manifestata a livello nazionale. Ad esempio, in Germania la legge del 9 dicembre 1976 (*AGB-Gesetz*) prevedeva il controllo delle clausole abusive nei contratti *standard* e la presunzione di illiceità di alcune clausole inserite nei contratti conclusi con un consumatore. In Francia, le prime regolamentazioni in questo settore risalgono alla legge 10 gennaio 1978. Se la dottrina non ha tardato a rendersi conto delle novità che comportava un diritto particolare modellato sulle qualità dei contraenti⁸¹, è soprattutto grazie alle norme europee che questo nuovo approccio ha avuto effetti notevoli sulla regolazione di diritto privato⁸².

Occorre sottolineare l'originalità di questo approccio rispetto alla concezione classica del soggetto e del contratto. Il soggetto è preso in considerazione in relazione alla concreta situazione nella quale si trova⁸³, all'effettiva possibilità di negoziare l'accordo ed alle informazioni di cui dispone al fine di valutare le offerte concorrenti. Ne deriva che, mentre la razionalità del soggetto è sempre data per presupposta, la regolamentazione non è, tuttavia, più unitaria: la categoria del soggetto si frammenta in relazione alla condizione dell'individuo sul mercato ed ai problemi strutturali che si ritiene di dover risolvere affinché il consumatore possa effettuare la migliore scelta possibile e, quindi, la più efficiente⁸⁴.

Tale approccio si è esteso a numerosi settori in cui le situazioni potenzialmente squilibrate sono state regolate sulla base dello *status* dei contraenti. È il caso, ad esempio, dei contratti bancari e finanziari, dove la regolazione è differente in ragione della tipologia dei professionisti⁸⁵ e in relazione ai quali viene introdotta la categoria del cliente⁸⁶.

Inoltre, questa logica non è rimasta confinata a settori in cui la diffe-

⁸¹ M. ARMAND-PRÉVOST, D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé - De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in JCP G, 1979, I, doct. 2952.

⁸² G. ALPA, *The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy*, in EBLR, 2018, p. 592 ss.; P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in NGCC, 2005, p. 277 ss.; G. PAISANT, *À propos des vingt ans du Code de la consommation*, in JCP G, 2013, p. 1063, n° 4.

⁸³ E. GABRIELLI, *I contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006, p. 113 ss.; J. ROCHFELD, *Du statut du droit contractuel «de protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in *Mélanges Viney*, Paris, 2008, pp. 837-840.

⁸⁴ G. MONTI, *The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective*, in ERCL, 2007, p. 295 ss.; G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1337 ss.

⁸⁵ A. COURET et ALII, *Droit Financier*, Paris, 2012, p. 94 ss.; F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in ODCC, 2012, 10, p. 35 ss.;

⁸⁶ V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in ERCL, 2009, p. 314 ss.; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, Paris, 2017, p. 343 ss.; S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, p. 253 ss.

renza fra le categorie dei contraenti è più evidente, ma è stata adottata anche nei rapporti fra imprese (*b2b*)⁸⁷. Nonostante le divisioni della dottrina sulla necessità di una protezione generalizzata dell'impresa debole⁸⁸, sempre più norme mirano specificamente a correggere gli squilibri nei rapporti *b2b*. Come esempi si possono menzionare la direttiva concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; l'art. 4:109 dei PDEC; la direttiva 2019/633/UE.

Questo approccio della regolamentazione, imperniato sulle categorie di contraenti, non è rimasto confinato alle norme aventi una diretta origine comunitaria; al contrario, ha invece ispirato i legislatori nazionali e ha comportato l'adozione di norme che seguono la stessa razionalità a livello nazionale.

In Francia la *loi de modernisation de l'économie* del 4 agosto 2008 ha modificato l'art. L. 442-6 c. comm.⁸⁹, ora ulteriormente modificato dall'art. 2, dell'*ordonnance*, 24 aprile 2019, n. 2019-359. Una concezione analoga è espressa dall'art. 9 della legge italiana 19 giugno 1998, n. 192, che proibisce l'abuso di dipendenza economica e prevede la nullità dei patti tramite i quali si realizza tale abuso⁹⁰.

Infine, occorre sottolineare che queste norme non si riducono a dei microsistemi autonomi chiaramente distinti dal sistema principale. Dato che concernono direttamente le categorie fondanti del diritto dei contratti e i rapporti tra di esse, queste regole mettono in discussione le basi del sistema e la loro razionalità. Ne è prova la loro *vis* espansiva: pur essendo originariamente applicabili solamente ad alcuni contraenti e ad alcuni settori, hanno una tendenza ad essere applicate a casi teoricamente esterni al loro campo di applicazione, che presentano tuttavia problematiche simili. Tale applicazione estensiva viene fatta in relazione ad un problema generale che si considera strutturalmente analogo – una situazione di squilibrio fra le parti dalla quale deriva un contratto inefficiente – e ad uno scopo unitario: la repressione di contratti o clausole che si ritiene siano nocive per l'ordine sociale ed economico⁹¹.

⁸⁷ V. ROPPO, *From Consumer Contracts*, cit., p. 309 ss.

⁸⁸ M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 91 ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, *op. cit.*, p. 205 ss.

⁸⁹ R. SAINT-ESTEBEN, *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation*, in RDC, 2009, p. 1278 ss.

⁹⁰ S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Equilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455 ss.; G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 68 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 141-145 ritiene che la matrice della norma in questione sia di stampo protezionistico e dirigistico.

⁹¹ Su tali aspetti ed i numerosi esempi normativi si rimanda a R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles*, cit., p. 804 ss.

Una volta abbandonati i postulati della naturalità del mercato e dell'uguaglianza astratta del soggetto anche l'unità concettuale del contratto può essere rimessa in discussione. Ne sono un esempio le specifiche regolamentazioni del contratto in relazione alla categoria dei contraenti: le distinzioni relative allo *status* del soggetto implicano altrettante frammentazioni in relazione al contratto. Inoltre, tale razionalità conduce ad una regolamentazione del contratto frammentata non solamente sulla base dello *status* delle parti, ma anche sulla base della categoria del contratto.

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