



Moneta e Credito

vol. 72 n. 288 (dicembre 2019)

Numero speciale su ordoliberalismo, economia e diritto

Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi

MARISARIA MAUGERI

Il pensiero ordoliberales è stato oggetto di grande attenzione negli ultimi anni. I cultori del diritto antitrust hanno distinto fra l'ordoliberalismo e altri tipi di neoliberalismi, con riferimento alle possibili limitazioni da imporre all'autonomia dei privati. L'articolo è dedicato in primo luogo all'analisi del modo in cui i primi ordoliberali hanno affrontato la questione delle condizioni generali di contratto, e all'impatto della tesi di tali studiosi sulla successiva disciplina tedesca ed europea. Ci si sofferma sulla differenza, nella trattazione del tema, fra l'approccio europeo e quello statunitense. Ancora oggi il neoliberalismo d'Oltreoceano porta a un intervento minore sul contratto rispetto a quello che si registra in Europa, riconducibile alla cultura ordoliberales.

The contract with consumers in the EU between Ordoliberalism and other Neoliberalisms

Ordoliberalism has been recently the object of many studies. Antitrust lawyers distinguish between ordoliberalism and other kinds of neoliberalism, with reference to limitations on private parties' autonomy. This paper focuses on the way in which ordoliberals treated the question of general terms and conditions of contracts. Focus is made also on the difference between the European and the US approaches on the topic. It is found that still today the US neoliberal approach affects contracts less than the European ordoliberal one.

Università di Catania,
email: mamaugeri@lex.unict.it

Per citare l'articolo:
Maugeri M. (2019), "Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi", *Moneta e Credito*, 72 (288): 365-378.

DOI:
https://doi.org/10.13133/2037-3651_72.288_4

JEL codes:
K12, K21, K15

Keywords:
contract law, ordoliberalism, neoliberalism

Homepage della rivista:
<http://www.monetaecredito.info>

1. Introduzione e delimitazione dell'indagine

Alcuni civilisti in Italia, ormai da anni, fanno riferimento all'analisi economica del diritto per interpretare la disciplina in tema di contratto. In particolare, molti studiosi mettono in relazione l'asimmetria informativa, come forma di *market failure*, e la disciplina a tutela del consumatore.

Cionondimeno, però, solitamente tali studiosi si limitano a prendere atto che la giustificazione dell'intervento che limita l'autonomia dei privati non risieda tanto nella tutela del contraente debole in chiave di solidarietà sociale, bensì nella tutela del mercato contro, per l'appunto, una delle forme di *market failure* e in particolare quella che opera in presenza di asimmetrie informative.¹ Gli autori, cioè, chiariscono solo che le regole non sono volte a garantire una solidarietà orizzontale di tipo redistributivo.

¹ Raramente si giunge anche a invocare l'ordoliberalismo come corrente di pensiero economico che giustifica l'intervento volto a perequare l'asimmetria informativa, ma con tale richiamo non sembra ci si riferisca allo specifico



Non vi è, in altre parole, solitamente da parte dei civilisti italiani un'analisi in chiave prescrittiva della regola da adottare per garantire l'efficienza della transazione.² Diversamente da quanto accade altrove, l'analisi economica del diritto, come modello che porta a selezionare un'interpretazione sulla base della preferibilità sotto il profilo dell'efficienza, non è un metodo che in Italia i cultori del diritto dei contratti praticano.

Altrove, invece, tale metodo è stato utilizzato, anche dai civilisti, per criticare le scelte interpretative offerte dalla Corte di Giustizia o da altre Corti. Di recente, ad esempio, proprio con riferimento al tema di cui mi occuperò in questa sede, e cioè quello del rapporto fra tutela del consumatore e pensieri economici neoliberali, Gomez Pomar (2019) ha criticato la posizione della Corte di Giustizia per il suo essere formalista, dogmatica e del tutto "impermeabile" alla letteratura teorica ed empirica sviluppata dagli economisti e dai cultori dell'analisi economica del diritto. La Corte è stata accusata di non aver tenuto conto del modo in cui le forze di mercato e altri profili non giuridici possano incidere sul contratto. Ciò per aver

pensiero sul punto di uno dei giuristi appartenenti alla scuola ordoliberale, quanto piuttosto a correnti di pensiero che, al pari dell'ordoliberalismo, si pongano come critici sia nei confronti del *laissez-faire* sia nei confronti dell'intervento in chiave di solidarietà redistributiva. Si veda, come esempio paradigmatico del modello argomentativo dei civilisti cui si fa riferimento nel testo, quanto affermato da un autorevole e bravo studioso (D'Amico, 2017, pp. 253 ss.): "I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del c.d. 'ordoliberalismo', il cui nucleo centrale – sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l'economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera 'conforme al mercato') – risiede nell'idea che, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni-quadro e poi tutelarne il buon funzionamento. L'intervento europeo nella materia dei 'contratti dei consumatori' (formula che apparentemente delimita una materia circoscritta, ma che in realtà individua un ambito che – nelle moderne 'economie di massa' – coincide con una larghissima, e ormai decisamente preponderante, porzione degli scambi di mercato) si colloca esattamente in questa prospettiva. E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si fraintenderebbe il senso di un tale intervento se lo si identificasse (principalmente) con l'obiettivo di assicurare tutela ad un 'contraente debole', allo scopo di realizzare una sorta di 'giustizia' del (singolo) contratto. Certo, questo è (probabilmente) il *fine ultimo* di tale normativa, ma esso è assunto (e perseguito) sulla base dell'idea (che già conosciamo) secondo cui il mercato (*purché esso funzioni correttamente*) a costituire il migliore strumento per realizzare una ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, il *più elevato grado di 'giustizia' dello scambio*. Il legislatore, pertanto, si guarda bene – in linea di principio – dall'interferire con i meccanismi di formazione dei prezzi (che sono poi anche i meccanismi più rilevanti di orientamento delle scelte individuali), e la sua preoccupazione è piuttosto quella di eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del c.d. 'fallimento del mercato'). E siccome queste cause – nel caso dei mercati 'finali' – si identificano (secondo la visione del legislatore europeo) con la c.d. 'asimmetria informativa', cioè con quella situazione di strutturale carenza nel consumatore delle informazioni necessarie per compiere scelte negoziali consapevoli e razionali, ecco che lo strumento fondamentale dell'intervento legislativo diventa l'imposizione al professionista di penetranti e diffusi 'obblighi di informazione' (è il tema della c.d. 'trasparenza contrattuale'), al cui adempimento dovrebbe legarsi la possibilità per il consumatore (o l'utente) di ponderare adeguatamente la decisione di porre in essere il contratto. A proposito della tutela che viene garantita attraverso rimedi contrattuali quali obblighi di informazione, *ius poenitendi*, formalismo negoziale, divieto di pratiche commerciali scorrette, ecc., si è parlato di una 'giustizia soltanto formale' o 'fredda'. Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremmo soltanto l'osservazione che lo stesso giudizio può essere probabilmente espresso anche per la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori (controllo che la dottrina appena citata ascrive al capitolo della 'giustizia sostanziale'), se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la 'perequazione' tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo nel caso in cui le clausole medesime non risultino formulate in modo chiaro e comprensibile*), e se è vero altresì che la 'vessatorietà' viene meno [...] in presenza di una *trattativa* individuale".

² Ci sono rilevanti eccezioni al trend cui si fa cenno nel testo. Penso, ad esempio, fra gli altri, ai lavori di Pietro Trimarchi, di Gianroberto Villa, di Andrea Zoppini, in cui il metodo dell'*economic analysis of law* assume un ruolo decisamente diverso.

interpretato in senso restrittivo “l’ambito” (e cioè i *Core-Terms*) che la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, esenta dal giudizio di vessatorietà.³ Secondo l’autore – che considera il testo della disciplina sul punto “dai contorni vaghi, non convincente in quanto alla desiderabilità dei risultati cui probabilmente condurrà” – la Corte avrebbe adottato un approccio “in contraddizione alla teoria economia dei contratti con i consumatori e al ruolo che questa distinzione potrebbe giocare in un regime desiderabile di contrattualistica dei consumatori” (Gomez Pomar, 2019, p. 181, nostra traduzione).⁴ Sulle ragioni di tali critiche ritornerò oltre. Va evidenziato da subito che l’auspicio dell’autore è che nel nuovo *Restatement of Consumer Contracts* presentato dall’*American Law Institute* si evitino approcci siffatti.

L’articolo assume qui particolare interesse non solo perché l’autore è uno dei maggiori esperti del diritto europeo dei contratti e di analisi economica del diritto⁵ ma, soprattutto, per quel che rileva in questa sede, perché si cominciano a delineare almeno due modelli di intervento sul contratto con i consumatori: quello seguito dalla Corte e quello dei cultori dell’*economic analysis of law* (da ora in poi, EAL), modelli di intervento che potrebbero essere alla base della distinzione fra disciplina europea e disciplina statunitense.

Nell’articolo a cui si fa riferimento, in altre parole, si va oltre la descrizione della limitazione dell’autonomia privata in chiave di perequazione dell’asimmetria di mercato e si comincia a delineare una differenza di approcci nel selezionare la “misura” dell’intervento sul contratto.

Ho ritenuto di dover mettere subito in evidenza la differenza fra il tipo di argomentazione presente in Italia e quella che si comincia a delineare altrove, al fine di chiarire la ragione per cui i civilisti italiani non si preoccupano affatto di distinguere fra le varie correnti dei neoliberalismi. Non occupandosi *funditus* di EAL, diventa, infatti, poi difficile comprendere se l’approccio utilizzato dal legislatore o dall’interprete, nel porre limiti all’autonomia dei privati, sia più legato all’ordoliberalismo o ad altra forma di neoliberalismo.

Anche altrove, però, i vari autori che seguono l’approccio di EAL si preoccupano più di verificare l’efficienza delle regole che di capire se l’approccio europeo sia riconducibile all’ordoliberalismo o a mediazioni fra questo e pensieri solidaristici o ad altro ancora.

Diversamente da quanto accade con riferimento allo studio del diritto della concorrenza,⁶ non esiste, in Italia e, per ragioni diverse, in Europa, una letteratura civilistica che operi distinzioni fra ordoliberalismo e altri tipi di neoliberalismo con riferimento alle limitazioni all’autonomia privata legate all’asimmetria informativa. In altre parole, mentre i cultori del diritto della concorrenza si interrogano da anni sul superamento o meno del modello ordoliberalesco (e sull’eventuale prevalenza del modello ‘*Chicagoan*’) nell’impostazione del diritto antitrust europeo, nel dibattito dei civilisti questa discussione è del tutto assente con riferimento alle discipline volte a perequare l’asimmetria informativa.

³ L’art. 4, comma 2, della Direttiva dispone quanto segue: La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell’oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile.

⁴ “Vague in contours, and unconvincing in terms of the desirability of the outcomes they are likely to induce [...] at odds with the underlying economics of consumer contracting and the role such a distinction may cogently play in a desirable regime for consumer contracts”.

⁵ Si veda, da ultimo, sul tema Gomez Pomar et al. (2018).

⁶ Si veda, solo ad esempio, Ghidini e Arezzo (2010).

Lo scopo di questo lavoro è quello di avviare una riflessione sul punto, con la coscienza che si tratterà solo di prime considerazioni da sviluppare in altra sede.

In questo scritto, analizzerò solo alcune discipline europee in tema i contratti con i consumatori al fine di capire se, in primo luogo, l'approccio europeo sia o meno legato all'ordoliberalismo e, in secondo luogo, vi siano differenze fra questo e l'approccio seguito dai giuristi e dagli ordinamenti che si ispirano ad altri modelli neoliberali.

Per dare risposta alle domande poste procederò come segue: nel secondo paragrafo analizzerò brevemente il pensiero degli ordoliberali in tema di condizioni generali di contratto; nel terzo paragrafo proverò a capire se e come tale pensiero abbia influenzato in Germania la redazione della disciplina delle condizioni generali di contratto; nel quarto paragrafo mi occuperò dell'influenza dell'esperienza tedesca nella redazione di alcune discipline europee e nel quinto paragrafo metterò a confronto l'esperienza europea con quella statunitense per poi trarre alcune conclusioni.

2. Ordoliberalismo e contratto

Il pensiero ordoliberales è stato oggetto di grande attenzione negli ultimi anni.⁷ Come è noto lo stesso nasce negli anni Trenta del secolo scorso con la scuola di Friburgo⁸ e riprende vigore dopo la caduta del nazismo. La rivista *Ordo*, attorno alla quale si riuniscono gli studiosi ordoliberali, viene fondata nel 1937 e riprende le pubblicazioni dopo la guerra nel 1948.⁹ Secondo alcuni autori (Hien e Joerges, 2018) l'impatto di tale teoria sul processo di integrazione europeo è sovrastimato, data la prevalenza culturale (già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso) di altre correnti neoliberali e in particolare di quelle statunitensi. Resterebbe, secondo questi autori, un'influenza indiretta di questo pensiero che si eserciterebbe attraverso il suo substrato sociologico, legato ai valori protestanti europei ancora in grado di influenzare i politici tedeschi e indirettamente l'unione europea.¹⁰

⁷ Sulle ragioni di tale interesse vedi, fra gli altri, Hien e Joerges (2018) e il volume, curato dagli stessi autori, *Ordoliberalism. Law and the Rule of Economics* (Hien e Joerges, 2017).

⁸ Anche se alcuni autori sottolineano come la sede principale di sviluppo del pensiero ordoliberales sia stata Francoforte e non Friburgo (cfr. Hien e Joerges, 2018, p. 2).

⁹ Sull'ordoliberalismo si veda da ultimo Roncaglia (2019, pp. 206 ss).

¹⁰ Per Hien e Joerges (2018, pp. 1, 6 e 7): "Gradualmente economisti vicini alla tradizione ordoliberales si sono allineati alle posizioni neoclassiche anglosassoni, e l'ordoliberalismo è caduto vittima dell'influenza americana sulle scienze economiche in Germania. [...] Ciononostante, troviamo che le tradizioni ordoliberali hanno un'influenza indiretta. Questa influenza si fonda su una base sociologica: i valori culturali protestanti che costituirono originariamente la fondazione dell'ordoliberalismo [...]. Tutte le figure chiave della prima generazione di ordoliberali erano protestanti. [...] Il progetto si allontanerà poi dalla competizione cattolica sociale, Keynesiana del welfare state, e neoclassica anglosassone. La figura chiave era il teologo protestante Dietrich Bonhöffer [...]. L'idea ordoliberales di utilizzare lo state come protettore della costituzione economica riflette la visione continentale protestante della natura umana. Le varianti americane del protestantesimo ascetico in particolare si concentrano sulla libertà e i diritti dell'individuo. Questo spesso conduce a un'ostilità verso lo stato che è aliena agli ordoliberali" ("Gradually, economists close to the ordoliberal tradition have largely aligned their positions with those of Anglo-Saxon neoclassical, ordoliberalism has fallen victim to overlying American influences on German economics [...] Nonetheless, we find ordoliberalism traditions having indirect influence. This influence is exerted based on its sociological core: the underlying Protestant cultural values that originally constituted the foundation for ordoliberalism formed [...]. All the key figures of the first ordoliberal generation were Protestants [...]. The project would later distance itself from the social-Catholic, the Keynesian-welfare-state, and the neoclassical Austrian-Anglo-Saxon competition. The key figure was the Protestant theologian Dietrich Bonhöffer [...]. The ordoliberal idea to employ the state as protector of the economic constitution reflects the Protestant continental-European views of human nature. Especially the US variants of ascetic Protestantism focus on the freedom and rights of individual. This

Altri meglio di me, anche in questo numero, hanno descritto il pensiero ordoliberal. Io in questa sede mi limiterò a ricordare che gli ordoliberali rifiutavano sia gli approcci Statocentrici, sia il *laissez faire*, sia il welfare state. Per gli ordoliberali il mercato avrebbe potuto “funzionare bene solo attraverso un insieme di regole che d[ovevano ...] essere pensate, costruite e imposte dal potere politico. Il mercato efficiente non è *locus naturalis*, ma dev’essere piuttosto concepito come un luogo artificiale, le cui regole di buon funzionamento devono essere fissate da un potere politico responsabile” (Libertini, 2010a, p. 66; si veda anche 2010b, pp. 214 ss.). Gli ordoliberali credevano nell’economia di mercato ma, ritenendo che il mercato potesse essere autodistruttivo se lasciato alle libere contrattazioni, tendendo a irrigidire le posizioni acquisite mediante la creazione di cartelli e monopoli, ritenevano necessario dotarsi di una disciplina antimonopolistica.

La rivista *Ordo*, di cui si è detto, viene fondata dal famoso giurista Franz Böhm.¹¹ Particolare rilevanza nel pensiero di questo studioso assume l’idea di *Privatrechtsgesellschaft* (società di diritto privato), considerata la forma di organizzazione sociale migliore (Böhm, 1966): una società organizzata a partire dal consenso e dalla libertà dei privati e che deve essere caratterizzata da una doppia serie di limiti, quelli nei confronti dello Stato e quelli nei confronti dei poteri privati che possono attentare al corretto funzionamento del mercato.¹² Il mercato, per Böhm, poteva funzionare a condizione di dotarsi di una disciplina in tema di tutela della concorrenza.¹³

Nonostante secondo una parte della dottrina l’evoluzione dell’impostazione di Böhm non possa che portare ad attribuire rilevanza anche ad altro tipo di squilibri fra le parti (Grundmann, 2008, pp. 580 e passim¹⁴) atte ad alterare il funzionamento del mercato, il giurista della scuola di Friburgo non ha mai affermato che la *Privatrechtsgesellschaft* dovesse essere tutelata contro altro tipo di sbilanciamenti fra parti private. Böhm non ha affrontato, dunque, la questione che già allora era presente nel dibattito delle Corti e dei giuristi, della rilevanza delle condizioni generali di contratto come fonte di sbilanciamento.

Chi prende posizione su ciò è invece Walter Eucken, secondo il quale le condizioni generali di contratto favoriscono la tendenza alla concentrazione, determinando così un’evoluzione

often culminates in hostility toward the state which is alien to ordoliberals”). Riconduce, invece, il pensiero di Eucken alla tradizione cattolica dell’epoca, espressa dalle encicliche *Rerum novarum* di papa Leone XIII del 1891 e *Quadragesimo anno* di Papa Pio XI del 1931 (Roncaglia, 2019, p. 209). Angela Merkel, in occasione della celebrazione del 125° anniversario di Eucken, nel gennaio 2016, a Friburgo, ha affermato l’importanza dei principi ordoliberali nella Germania contemporanea.

¹¹ I fondatori di *Ordo* sono stati tre: due giuristi, Böhm e Großmann-Dörth, e un economista, Walter Eucken.

¹² Sul pensiero di Böhm in tema di *Privatrechtsgesellschaft*, si veda Grundmann (2008; 2016).

¹³ Disciplina che può anche incidere sulla validità dei contratti. Si ricordi che l’unica regola dei vari Trattati europei, sicuramente non alieni al pensiero ordoliberale, che riguarda i rimedi contrattuali è inserita all’interno della disciplina in tema di intese (gli accordi anticoncorrenziali sono nulli). Sul punto sia consentito rinviare a Maugeri (2008).

¹⁴ Secondo l’autore: “La protezione della società di diritto privato dalle azioni delle parti private non è stata ‘concettualizzata’ da Böhm [...] Questo non implica che la sua idea non possa essere sviluppata per trovare applicazione anche a questi nuovi problemi [...]. Il diritto antidiscriminatorio, la protezione dei consumatori tramite la regolazione dell’informazione e la protezione degli investitori sono aree del diritto che possono affiancare il diritto della concorrenza come campi della regolazione finalizzata alla protezione della libertà materiale” (“The protection of the private law society against private parties has not been ‘conceptualized’ by Böhm himself [...]. This, however, does not imply that Böhm’s concept could not be developed further to apply to these new problems and cases [...]. Antidiscrimination, consumer protection via information rules and investor protection are the areas of law which can supplement competition law as fields of regulation which are aimed at the protection of material freedom”).

delle strutture di mercato in senso monopolistico (Eucken, 1952, p. 281).¹⁵ Come si vedrà questa idea, nonostante sia stata confutata più volte sia sotto il profilo teorico sia sotto il profilo pratico,¹⁶ resiste ancora nell'argomentazione della Corte di Giustizia.

Ciò che per noi è importante in questa sede è che già i primi ordoliberali immaginavano che si potesse intervenire sul contratto anche per evitare quello che oggi va sotto il nome di fallimento del mercato derivante dall'asimmetria informativa. Non vi era, però, chiara consapevolezza delle ragioni che dovessero spingere all'intervento.¹⁷ E d'altra parte gli studi sul tipo di *vulnus* apportato al mercato dall'asimmetria informativa sono successivi al formarsi della corrente di pensiero ordoliberale (il lavoro fondamentale di Akerlof sul tema è solo del 1970).

3. L'esperienza tedesca in tema di condizioni generali di contratto

La rivoluzione industriale e la produzione di massa hanno fatto sì che si diffondesse la prassi delle condizioni generali di contratto, ovvero della standardizzazione delle condizioni dello scambio.

La disciplina relativa al controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto è stata inserita nel BGB¹⁸ attraverso la *Schuldrechtsmodernisierung*¹⁹ (§§ 305 ss. BGB). La stessa era prima contenuta nell'AGB-Gesetz del 1976.²⁰ Prima ancora, pur non essendoci norme che disciplinassero espressamente le condizioni generali di contratto, erano state le Corti a considerare invalide alcune di queste, invocando ora il § 138 ora il § 242 del BGB (cfr. Raiser, 1958; Basedow, 1985; Hellwege, 2010).

L'inserimento nel BGB,²¹ non contemplato nella "Relazione conclusiva" della Commissione per la rielaborazione del diritto delle obbligazioni e disposto nella fase finale dei lavori in modo inatteso (cfr. Zimmermann, 2004, pp. 654-655), ha acceso un vivace dibattito con riferimento sia alla sua opportunità²² sia alla corretta collocazione della disciplina nella parte generale

¹⁵ L'autore, riferendosi alla contrattazione uniforme afferma "che incoraggia la concentrazione" ("dadurch wurde die Konzentration gefördert"). Sul punto cfr. Roppo (2017, p. 56).

¹⁶ In Germania, ad esempio, proprio uno dei primi cultori dell'analisi economica del diritto, già negli anni Sessanta del secolo scorso, dimostrava che non si registrava alcun tipo di concentrazione in ragione dell'uso delle condizioni generali di contratto (Kliege, 1966, p. 120, ripubblicato nel 2010 da GOEDOC – Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen, <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/2010/kliege.pdf>).

¹⁷ In generale a me sembra si possa dire che il pensiero ordoliberale non sia stato rigoroso nell'individuare presupposti e discipline coerenti sotto il profilo degli interventi sul mercato. Ad esempio, non mi è mai apparso chiaro in ragione di quali argomenti si ammettessero certi tipi di regolazione: si pensi a quello in materia di abuso di sfruttamento attraverso prezzi iniqui) e questo spiega probabilmente la ragione per cui gli ordoliberali vengano accostati, selezionando parti di discorso, ora a Mises – si veda l'introduzione di Lottieri alla raccolta di saggi di Röpke (Lottieri, 2006, pp. 24 e *passim*) – ora alla politica dell'SPD, il partito socialdemocratico tedesco – si veda Marty (2010). Non credo ci si discosti molto dal vero nell'affermare che quel filone di pensiero rappresenta un compromesso. Un compromesso che accetta di proteggere il processo della concorrenza e non l'efficienza allocativa. Un compromesso che non disdegna di inserire una norma di stampo tipicamente regolativo come quella sull'abuso di sfruttamento che si realizza attraverso prezzi iniqui. Un compromesso che non è sovrapponibile a quanto prescritto dalla Scuola di Chicago.

¹⁸ Il BGB, ovvero *Bürgerliches Gesetzbuch*, è l'equivalente del codice civile italiano.

¹⁹ Modernizzazione del diritto delle obbligazioni.

²⁰ L'AGB-Gesetz, ovvero *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, era la legge tedesca sulle condizioni generali di contratto.

²¹ Ha parlato, in chiave critica, di "trapianto" dell'AGB-Rechts nel BGB: Weick (2002).

²² Molto accattivante la metafora musicale utilizzata da due studiosi, Zimmermann e De Cristofaro, per rappresentare le due diverse posizioni, quella critica all'inserimento della disciplina dell'AGB-Gesetz nel BGB, il primo, e quella favorevole in ragione dell'inquadramento di questa scelta in una più ampia scelta di fondo basata su una presa d'atto da parte del legislatore dei profondi mutamenti intervenuti nella realtà dei rapporti economici, il

dello *Schuldrecht*.²³ La disciplina contenuta nei §§ 305 ss. del BGB si applica sia ai contratti stipulati fra impresa e consumatore sia ai contratti fra imprese.²⁴

Non è opportuno in questa sede entrare nei dettagli tecnici della disciplina citata.²⁵ Qui sembra solo opportuno sottolineare che la disciplina in questione non si limita affatto a imporre solo obblighi di informazione al fine di perequare l'eventuale asimmetria informativa fra le parti ma si spinge verso un controllo sul contenuto delle clausole (*Inhaltskontrolle*, controllo del contenuto, delle condizioni generali di contratto). La clausola, in caso di abusività o vessatorietà, purché non riguardi l'oggetto principale del contratto, non è efficace. Tale inefficacia non compromette la validità della rimanente parte del contratto.

Per cogliere il senso della precisazione e il suo rapporto con il tema che si sta qui trattando, conviene qui ricordare brevemente la tesi di Akerlof legata all'asimmetria informativa e il rapporto fra questa e il tema delle condizioni generali di contratto (Akerlof, 1970).

Akerlof muove grosso modo dall'idea secondo la quale se una parte del mercato non è in grado di acquisire informazioni sulla qualità dell'offerta, il valore della singola offerta viene allora stimato da ciascuno, al massimo, pari a quello della media delle offerte o addirittura pari a quello delle offerte che si collocano intorno al margine inferiore delle ipotesi possibili. Coloro che offrono prodotti o servizi di alta qualità possono aspirare ad una contro-prestazione che, nella migliore delle ipotesi, è adeguata per un prodotto o un servizio di media o di, bassa qualità. Ciò fa sì non solo che i consumatori non siano in grado di distinguere tra offerte buone e offerte cattive ma soprattutto che le offerte buone vengano sistematicamente respinte dal mercato. Da ciò deriva che il mercato tende verso il basso, verso le merci di scarto, verso quelle che gli americani chiamano, per l'appunto, "*lemons*".

Vi sono delle differenze fra quanto oggetto dell'analisi di Akerlof e la situazione che si presenta in caso di condizioni generali di contratto. Akerlof, infatti, prende in considerazione la qualità dei beni e non le condizioni normative del contratto. Pur in assenza di uno specifico intervento di regolazione, infatti, queste ultime – secondo le regole generali in materia di conclusione del contratto – intanto possono vincolare l'aderente in quanto possano essere, almeno astrattamente, conosciute da questi. L'equiparazione fra condizioni normative del contratto e qualità dei beni, pertanto, intanto si può dare in quanto si assuma che il costo di accesso all'informazione (per definizione possibile) sia proibitivo (in quanto cioè l'impossibilità materiale venga equiparata ad altro tipo di impossibilità). Cosa che si ritiene avvenga in presenza di condizioni generali di contratto.

E invero, in presenza di condizioni generali di contratto, il predisponente conosce il contenuto normativo del contratto mentre l'aderente no. Quest'ultimo entra razionalmente in una contrattazione solo se ritiene che i costi che deve affrontare per accedere all'informazione e per contrattare siano inferiori ai rischi cui va incontro. Questo fa sì che molte clausole non

secondo. Per Zimmermann (2001, p. 179): "L'effetto dell'inserimento dei nuovi paragrafi è paragonabile a quello prodotto da una moderna canzonetta, forzatamente ed erroneamente inclusa in una sinfonia classica: un corpo estraneo, privo di qualsiasi collegamento tematico e stilistico con il contesto nel quale è inserito" (la traduzione è di De Cristofaro, 2004). Per De Cristofaro (2004, p. 678): "l'ovattata e silenziosa sala per concerti da camera, per la quale la sinfonia era stata composta, da diversi decenni ormai era stata chiusa, e che d'altro canto [...] il disordinato, rumoroso stadio per concerti rock, in cui si pretendeva di continuare a sentirla risuonare, non avrebbe più potuto tollerare una musica ormai inadeguata alle esigenze del suo pubblico".

²³ Sul punto vedi di recente Ferrante e Koch (2011).

²⁴ Così disponeva anche l'AGB-Gesetz e in tal senso era orientata la giurisprudenza che fondava l'intervento volto a verificare l'abusività del contenuto delle clausole sui §§ 138 e 242 BGB (su quest'ultimo punto vedi Raiser, 1958). Sulle ragioni della originaria scelta normativa vedi Rizzo (1994, p. 218).

²⁵ Per approfondimenti sia consentito rinviare a Maugeri (2013).

vengano controllate dagli aderenti e non vengano assunte come dati rilevanti ai fini della valutazione comparativa fra prodotti.²⁶ Risulta, dunque, razionale per i predisponenti utilizzare le clausole meno vantaggiose per l'aderente, facendosi concorrenza solo sul prezzo e abbassando lo stesso, e questo determina un orientarsi del mercato verso il basso (*race to the bottom*), dando luogo a un fenomeno del tipo di quello del c.d. “*market for lemons*” descritto da Akerlof.

Per evitare questo fenomeno si può pensare o di inserire tutta una serie di obblighi di *disclosure* (eventualmente accompagnati da garanzie, possibilità di recesso o penali), così come suggerisce una parte della dottrina,²⁷ o di intervenire attraverso la standardizzazione (seppur a certe condizioni in parte derogabile) di fatto delle condizioni normative dei contratti conclusi attraverso le condizioni generali di contratto.

Il sistema tedesco in tema di condizioni generali di contratto e tutela del consumatore ha ritenuto che la mera prescrizione degli obblighi di informazione fosse insufficiente.

In Italia, invece, la disciplina in tema di condizioni generali di contratto, inserita nel codice civile del 1942, incidere palesemente meno sul contratto.

Sembra interessante notare che in Germania le ragioni dell'intervento normativo sono state a volte giustificate o facendo riferimento alla superiorità economica del professionista o al fatto che l'aderente non avrebbe avuto interesse ad impegnarsi in una contrattazione sulla singola condizione generale perché difficilmente il predisponente sarebbe giunto a modificare le condizioni standardizzate (cfr. Kotz e Flessner, 1997, p. 138).

Le due spiegazioni sono, però, infondate, perché, in primo luogo, non è vero che asimmetria informativa e asimmetria economica (mi riferisco al *market power*) vadano di pari passo e, in secondo luogo, la circostanza che il predisponente non giunga mai a modificare le condizioni standardizzate non rileva, perché l'eventuale informazione potrebbe essere utilizzata dall'aderente non per ottenere una modifica della clausola bensì per orientarsi verso un altro professionista.

Sembra che la sovrapposizione di piani possa essere legata all'impostazione di Eucken, descritta sopra, in tema di condizioni generali di contratto (“*dadurch wurde die Konzentration gefördert*”, che incoraggerebbero la concentrazione).

In Germania, invero, la disciplina in tema di condizioni generali di contratto non ha attribuito rilevanza all'eventuale sperequazione economica del contratto. Parte della dottrina ha messo in evidenza come l'approccio tedesco, particolarmente penetrante, abbia comportato una sempre più accentuata propensione delle imprese tedesche ad abbandonare, laddove possibile, il diritto interno e a preferire, laddove possibile, il ricorso a discipline di altri ordinamenti (ad esempio quella svizzera).²⁸ Anche nell'ambito della c.d. iniziativa “*Made in*

²⁶ Su tale impostazione e sulle critiche alla stessa sia consentito rinviare a Maugeri (2011, p. 258, nota 13).

²⁷ Cfr. Schäfer e Leyens (2009, p. 104), secondo i quali “deficit di informazione [...] sotto alcune condizioni possono essere superati da misure di diffusione dell'informazione (*signalling*) da parte del produttore, o da misure di acquisizione dell'informazione (*screening*) da parte del consumatore” (“Informational deficits [...] can under certain conditions be overcome by information disclosure measures by the producer (*signalling*) or by information acquisition measures (*screening*) on the part of the customer”).

²⁸ Cfr. Berger (2006; 2010); Brachert e Dietzel (2005); Lischek e Mahnken (2007). Interessante a questo proposito è il documento elaborato dalla camera di Commercio di Francoforte in cui viene messa in evidenza la differenza fra il modo in cui viene regolato il medesimo tipo di conflitto dall'ordinamento tedesco e negli altri ordinamenti partendo proprio dall'analisi di casi concreti (cfr. http://www.frankfurt-main.ihk.de/imperia/md/content/pdf/recht/AGB_b2b_Fallbeispiele_aus_der_Praxis.pdf). Si tenga conto che la fuga dal diritto interno ha riflessi anche sugli studi legali tedeschi poiché i clienti tenderanno a rivolgersi ai c.d. studi internazionali.

Germany” si è, peraltro, più volte espressa la preoccupazione che la disciplina sulle condizioni generali di contratto potesse determinare una diminuzione della competitività del sistema tedesco (cfr. Leuschner, 2010, p. 876; Berger, 2010, p. 466).

A fronte di ciò, invece, secondo un autore, l'impostazione seguita dal legislatore tedesco, definita di stampo ordoliberal, sarebbe stata riduttiva rispetto a quella che le corti tedesche, muovendosi nell'ottica della solidarietà orizzontale, avrebbero accordato ai soggetti deboli (Somma, 2005, pp. 88 e *passim*). Di qui una critica radicale al legislatore tedesco prima e a quello europeo poi.

È difficile dire se l'impostazione descritta sommariamente possa definirsi “ordoliberal”. Si è detto, infatti, che non c'è stata un'approfondita elaborazione sul punto da parte degli appartenenti alla scuola di Friburgo. Ciò che sembra certo è che, in primo luogo, l'impostazione tedesca vada oltre l'impostazione che limita l'intervento volto a perequare l'asimmetria informativa al mero obbligo di *disclosure* e che, in secondo luogo, la stessa, per altro verso, non attribuendo rilevanza alle condizioni economiche, non sembra prendere in considerazione gli squilibri di potere economico.

4. Le discipline europee e l'interpretazione della Corte

Le discipline europee in tema di tutela del consumatore sono tante.²⁹ In questa sede prenderò in considerazione, senza scendere nel dettaglio delle specifiche regole non essendo questo scritto rivolto solo a giuristi e chiedendo in anticipo scusa per le necessarie semplificazioni, solo due di esse: quella in tema di credito al consumo (Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori) e quella in tema di clausole abusive. Ritengo, infatti, che le due Direttive rappresentino due modelli diversi di intervento sull'autonomia privata. La prima prevalentemente volta a imporre obblighi di informazione e a la seconda a operare un controllo sul contenuto delle clausole.

La Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori ha abrogato (cfr. art. 29) e sostituito una delle prime direttive in materia di tutela del consumatore e cioè la direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo. La direttiva 87/102/CEE è stata considerata dal legislatore comunitario obsoleta in ragione dei significativi mutamenti intervenuti negli ultimi anni nel mercato del credito.³⁰ La Direttiva 2008/48/CE si ispira ad un modello di armonizzazione massima,³¹ che non dovrebbe consentire agli Stati membri di introdurre o mantenere norme nazionali diverse da quelle previste nella Direttiva stessa (anche se più favorevoli al consumatore), e ciò al fine di evitare distorsioni alla concorrenza e ostacoli allo sviluppo delle contrattazioni transfrontaliere aventi ad oggetto finanziamenti al consumo³² (distorsioni e ostacoli che

²⁹ Sulle origini della tutela del consumatore in Europa, cfr. Torino (2014, pp. 51 ss).

³⁰ Si veda il considerando n. 5 della nuova Direttiva, secondo il quale: “Le forme di credito offerte ai consumatori e utilizzate da questi sono cambiate notevolmente negli ultimi anni; sono comparsi nuovi strumenti di credito e il loro impiego continua a svilupparsi. Occorre pertanto modificare le disposizioni esistenti ed estenderne, se del caso, l'ambito di applicazione”.

³¹ Cfr. art. 22, primo comma, secondo il quale “Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite”.

³² Nei considerando 3 e 4 della Direttiva 2008/48/CE si legge quanto segue: “(3) Dalle [...] relazioni e consultazioni sono emerse disparità significative tra le legislazioni dei vari Stati membri nel settore del credito alle persone fisiche

un'armonizzazione c.d. minima, quale quella adottata dalla Direttiva 87/102/CEE che vietava agli Stati solo di ridurre il livello di tutela dalla stessa accordata ai consumatori, non sarebbe riuscita a eliminare).

La Direttiva 2008/48/CE impone: obblighi di *disclosure* nelle fasi precontrattuali e contrattuali (soprattutto con riferimento ai costi e al TAEG), obblighi di forma del contratto, diritti di recesso, verifica del merito creditizio e altri oneri a carico dell'intermediario prevalentemente volti a perequare l'asimmetria informativa.

Per quanto ci siano state modifiche rispetto a quanto disposto dalla Direttiva 87/102/CEE l'impostazione resta quella originaria legata all'idea che il consumatore debba ricevere adeguate informazioni sulle condizioni e sul costo del credito e sugli obblighi contrattuali.³³

È interessante notare che nelle discipline sul credito al consumo c'è un tetto al valore della transazione superato il quale il consumatore non è più tutelato. Questa regola è in linea con quegli studi di analisi economica del diritto secondo i quali, superata una certa soglia, l'attenzione che il contraente presta alla transazione e la consulenza di cui si avvale sono idonee a perequare l'asimmetria informativa.³⁴

Negli anni Ottanta del secolo scorso in Europa si erano già diffuse le tesi neoliberali d'oltreoceano e gli studi di queste correnti relative al modo di perequare l'asimmetria informativa. Non stupisce, dunque, che la Direttiva di quegli anni (Direttiva 87/102/CEE) si limitasse a imporre obblighi di *disclosure* e non sindacasse, se non in misura limitata, il contenuto delle singole clausole.

Sicuramente diversa, sotto il profilo del livello di intervento sul contratto, è, invece, la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993. Questa Direttiva, considerata il fulcro della tutela del consumatore in Europa, risente in modo chiaro dell'impostazione tedesca in tema di condizioni generali di contratto. A differenza di quella teutonica, però, la Direttiva tutela solo il consumatore, e cioè qualsiasi persona fisica che, nei contratti agisce per fini che non rientrano nella sua attività personale, e non il professionista. Trattandosi, però di una Direttiva di armonizzazione minima, gli Stati membri sono rimasti liberi di estendere la tutela anche ai non consumatori e si sono in alcuni casi avvalsi di tale facoltà.

La Direttiva consente una valutazione *ex ante* della vessatorietà delle clausole e (soprattutto dopo le numerose decisioni della Corte di Giustizia) permette un intervento generalizzato, ad opera del giudice d'ufficio, per far valere l'invalidità delle stesse.

Molti autori ritengono che la Direttiva 93/13 sia volta a risolvere il problema della debolezza del consumatore sia sotto il profilo della carenza di informazioni sia sotto quello del potere di mercato.³⁵ La stessa Corte di Giustizia sembra avvalorare questa tesi.³⁶ Ho spiegato altrove perché la tesi non mi appare convincente (Maugeri, 2011). Non si può, però, negare che

in generale, soprattutto con riferimento al credito al consumo. L'analisi dei testi nazionali che recepiscono la direttiva 87/102/CEE rivela che gli Stati membri utilizzano una serie di meccanismi di tutela dei consumatori, che si aggiungono a quanto previsto dalla direttiva 87/102/CEE, a causa delle diverse situazioni economiche o giuridiche a livello nazionale. (4) Lo stato di fatto e di diritto risultante da tali disparità nazionali in taluni casi comporta distorsioni della concorrenza tra i creditori all'interno della Comunità e fa sorgere ostacoli nel mercato interno quando gli Stati membri adottano disposizioni cogenti diverse e più rigorose rispetto a quelle previste dalla direttiva 87/102/CEE. Ciò limita le possibilità per i consumatori di beneficiare direttamente della crescente disponibilità di credito transfrontaliero. Tali distorsioni e restrizioni possono a loro volta avere conseguenze sulla domanda di merci e servizi".

³³ Sulla disciplina sul credito al consumo sia consentito rinviare a Maugeri e Pagliantini (2013).

³⁴ Sul punto sia consentito rinviare a Maugeri (2013).

³⁵ Cfr., fra gli altri, Beale (1986); Wolf (2001).

³⁶ Casi riuniti C-240/98 a C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero e altri...; Mostaza Claro v. Movil (C-168/05) CG, 26 ottobre 2006.

l'intervento sul contratto sia molto più forte di quello che si ha in forza della direttiva sul credito al consumo.

Il legislatore europeo con l'intervento sulle clausole abusive ha ripreso le tradizioni nazionali, certamente non in linea con i modelli della nuova economia istituzionale d'oltreoceano. Non sorprende, dunque, che le critiche dei cultori dell'analisi economica del diritto si appuntino sulla Direttiva 93/13 e, soprattutto, sull'interpretazione di questa offerta dalla Corte di Giustizia.

Ritorniamo, infatti, all'appunto mosso alla Corte di Giustizia dal cultore dell'EAL citato nel primo paragrafo. La Corte – si ripete – è stata accusata di essere formalista, dogmatica e del tutto “impermeabile” alla letteratura teorica ed empirica sviluppata dagli economisti e dai cultori dell'analisi economica del diritto (cfr. Gomez Pomar, 2019, pp. 177 ss.).

La decisione da cui l'autore prende le mosse per criticare la posizione assunta dalla Corte è la Sentenza Matei della nona sezione del 26 Febbraio 2015, caso C-143/13, in cui la Corte ha affermato che

L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, le espressioni “oggetto principale del contratto” e “perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro” non comprendono, in linea di principio, tipi di clausole presenti nei contratti di credito conclusi tra un professionista e consumatori, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, le quali, da un lato, consentono, in presenza di determinate condizioni, al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse e, dall'altro, prevedono una “commissione di rischio” riscossa dal mutuante. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare tale qualificazione delle suddette clausole contrattuali tenuto conto della natura, dell'impianto sistematico e delle disposizioni dei contratti di cui trattasi, nonché del contesto giuridico e fattuale nel quale le stesse si collocano.

Gomez Pomar mette in evidenza come la Corte sembri non convinta della desiderabilità dell'esenzione del giudizio di vessatorietà contenuta nell'art. 4, paragrafo 2 della Direttiva, giacché mostra di interpretarlo in modo molto restrittivo. Soprattutto, lo studioso, mette in evidenza come la Corte assuma una distinzione di *core/non core-terms*, in primo luogo, poco graduata e, in secondo luogo, legata a dati formali e non ad esempio alla circostanza che nel caso in specie la commissione rischio era stata inserita all'interno del TAEG e quindi era ben nota al consumatore. Se la ragione dell'esenzione è anche legata alla circostanza che il contraente concentra la sua attenzione su dati salienti del rapporto, come si fa a negare – si chiede l'autore – che il TAEG sia un dato più importante che una formalistica distinzione basata su definizioni codicistiche per capire se si sia davanti a un *core term* o no? Dice Gomez Pomar (2019, p. 192): “La nozione che una certa componente del prezzo sia inclusa o no nel TAEG è ‘irrelevante’ ai fini dell'esenzione del ‘*core term*’ sembra inadeguata dal punto di vista della teoria economica. Soprattutto quando questa è avanzata assieme all'asserzione che cosa è *core term* deve essere determinato sulla base di cosa il diritto dei contratti reputa essere una ‘obbligazione essenziale’ per una parte”.³⁷

Ciò che l'autore sembra dire è: non limitiamoci all'approccio europeo di stampo formalistico, proviamo a capire, come avviene negli USA attraverso l'uso della disciplina

³⁷ “The general finding that whether a given price component is included or not in the APR is ‘irrelevant’ for a finding of the ‘core term’ exemption, seems ill-advised from an economic perspective. Especially when coupled with assertion that what is a core term is something that as to be determined on the basis of what contract law deems to be an ‘essential obligation’ for a party.”

sull'*unconscionability*, se e come si possa garantire l'efficienza senza caricare gli intermediari di inutili limiti. Proviamo a chiederci se la tutela prevista dalle Direttive sul credito al consumo possa considerarsi sufficiente.

Ma questa a me sembra, per l'appunto, una richiesta di superamento di quell'atteggiamento "europeo" che non ha mai realmente voluto sciogliere la riserva sulle ragioni della tutela concessa al consumatore e che porta le Corti a proteggere quest'ultimo oltre quanto i teorici dell'EAL ritengono possa esser efficiente.

4. Usa: il *Draft di Restatement of the Law Consumer Contracts*

Nel 2019 l'American Law Institute (ALI) ha approvato un *Draft di Restatement of the Law Consumer Contracts* il cui futuro è, però, incerto. Nel *Draft* vi sono gli obblighi relativi all'*assent* che il consumatore deve dare perché le condizioni generali di contratto possano essergli applicate (§2), delle regole in tema di possibilità di modifica delle condizioni (§4), delle regole relative alla rilevanza della *deception* (§6) e delle regole in tema di *unconscionability* (§5).

Dure critiche sono state mosse al testo sia da parte dei consumatori, in relazione al meccanismo dell'*assent*, sia da parte dei professionisti con riferimento all'*unconscionability*, disciplina che consente, in vero, un controllo del contenuto delle clausole solo laddove le clausole vadano ogni tipo di ragionevolezza. L'U.S. Chamber of Commerce's Institute for Legal Reform, l'American Bankers Association e il Restaurant Law Center, hanno affermato – come riporta Frankel (2019) – che:

ha rappresentato un allontanamento cruciale dal tradizionale processo dell'ALI, creando un nuovo diritto civile invece che reiterando le norme esistenti – peraltro, in una maniera "che opera sistematicamente contro le imprese che entrano in contratti con i consumatori". Secondo i critici della lobby delle imprese, molti dei problemi nel *Restatement* risiedono nell'analisi dei contratti *unconscionable* tra imprese e consumatori. Dicono, ad esempio, che il *Restatement* importa impropriamente contenuti delle norme statali in tema di protezione dei consumatori per creare una teoria dei "contratti ingannevoli" che danneggerebbe le imprese. Nel complesso, sostengono, le regole proposte darebbero al giudice una "autorità senza precedenti" di riformare i contratti con i consumatori.³⁸

Il *Draft* dell'ALI è stato approvato inserendo un emendamento in cui si chiarisce che il *Restatement* non copre le materie disciplinate dall'UCC (Uniform Commercial Code).

Sembra, dunque, che nonostante il testo del *Restatement* si presenti come contenente una disciplina diversa e meno gravosa per i professionisti rispetto a quella europea (addirittura una disciplina da questo lato dell'oceano auspicata dai cultori dell'EAL), il contesto statunitense non si mostri affatto favorevole al riavvicinamento del diritto statunitense con quello europeo.

³⁸ "it amounted to a dramatic departure from ALI's traditional process, creating new common law rather than restating existing law – and in a way "that consistently operates against businesses that contract with consumers". According to the critics from the business lobby, many of the restatement's flaws lie in its analysis of unconscionable contracts between businesses and consumers. They say, for instance, that the restatement improperly borrows from state consumer protection laws to establish a new theory of "deceptive contracts" that would disadvantage businesses. Overall, they argue, the proposed rules would give judges "unprecedented authority to reform contracts involving consumers."

5. Conclusioni

Come si è detto nel paragrafo precedente, in tema di condizioni generali di contratto e tutela del consumatore si sta assistendo a un tentativo di avvicinamento fra due tradizioni diverse, entrambe di stampo neoliberale.

La prova di tale tentativo si trova anche nelle parole dei tre Reporters (Omri Ben-Shahar della University of Chicago Law School, Florencia Marotta-Wurgler della New York University School of Law, e Oren Bar-Gill della Harvard Law School) del *Draft*, che in un articolo apparso di recente hanno dichiarato: “In November 2018, the Reporters of the Restatement presented the draft to a group of leading European experts in consumer contract law, in a conference dedicated to the restatement held at Humboldt University in Berlin. The valuable comparative and critical insight provided during the two-day conference will be reflected in the final draft of the Restatement” (Bar-Gill et al., 2019, p. 97).

Le due tradizioni cercano, dunque, di ibridarsi ma allo stato si percepiscono forti resistenze a che ciò avvenga. Ciò che è certo è che al momento le differenze sono ancora tante. Ancora oggi il neoliberalismo d’oltre oceano porta, infatti, a un intervento minore sul contratto rispetto a quello che si ha in Europa e che viene ricondotto alla cultura ordoliberal.

Bibliografia

- Akerlof G. (1970), “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), pp. 488-500.
- Bar-Gill O., Ben-Shahar O. e Marotta-Wurgler F. (2019), “The American Law Institute’s Restatement of Consumer Contracts: Reporters’ Introduction”, *European Review of Contract Law*, 15 (2), pp. 91-98.
- Basedow J. (1985), “Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca”, *Contratto e impresa*, 1 (2), pp. 435-467.
- Beale H. (1986), “Inequality of Bargaining Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6 (1), pp. 123-136.
- Berger K.P. (2006), “Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr? Zum Differenzierungsgebot im AGB-Recht”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP*, 2006, pp. 2149-2156.
- Berger K.P. (2010), “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmervverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 63 (8), 465-470.
- Böhm F. (1966), “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo*, 17, pp. 75-151.
- Brachert S. e Dietzel A. (2005), “Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht”, *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, 2005, 441 ss.
- D’Amico G. (2017), “‘Giustizia contrattuale’ nella prospettiva del civilista”, *Diritti Lavori Mercati*, 15 (2), pp. 253-277.
- De Cristofaro G. (2004), “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Rivista di Diritto Civile*, 50 (4), pp. 667-693.
- Eucken W. (1952), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, (a cura di E. Eucken e K.P. Hensel), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ferrante E. e Koch R. (2011), “Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca”, *Contratto e impresa. Europa*, 16 (2), pp. 695-715.
- Frankel A. (2019), “State AGs protest ALI consumer contract restatement ahead of May 21 vote”, *Reuters.com*, 16 maggio, disponibile alla URL: <https://www.reuters.com/article/us-otc-ali/state-ags-protest-ali-consumer-contract-restatement-ahead-of-may-22-vote-idUSKCN1SL2VB>.
- Ghidini G. e Arezzo E. (2010), “L’assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave ‘più economica’ dell’abuso di dominanza”, *Mercato concorrenza regole*, 12 (1), pp. 115-137.
- Gomez Pomar F. (2019), “Core versus Non-core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?”, *European Review of Contract Law*, 15 (2), pp. 177-194.
- Gomez Pomar F., Ganuza J. e Artigot M. (2018), “Standard Contract Terms and Legal Controls: A Reconstruction from the Law and Economics Theory of Contracts”, *UPF Working Paper*, settembre 2018, Barcellona: Universitat Pompeu Fabra, disponibile alla URL: <https://www.upf.edu/documents/6764143/93632110/13+SEPTEMBER+GOMEZ+GANUZA+ARTIGOT+STANDARD+TERMS+NET.pdf>.
- Grundmann S. (2008), “The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law”, *European Review of Private Law*, 16 (4), pp. 553-581.

- Grundmann S. (2016), "Un diritto economico europeo in mutamento. Dall'unione della concorrenza all'unione finanziaria", *Contratto e impresa. Europa*, 21 (1), pp. 1-22.
- Hellwege P. (2010), *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hien J. e Joerges C. (a cura di) (2017), *Ordoliberalism. Law and the Rule of Economics*, Oxford: Hart Publishing-Bloomsbury Publishing.
- Hien J. e Joerges C. (2018), "Dead Man Walking? Current European Interest in the Ordoliberal Tradition", *EUI Department of Law Research*, n. 2018/3, Firenze: European University Institute, disponibile alla URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51226/LAW_2018_03.pdf?sequence=1.
- Kliege H. ([1966] 2010), *Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel*, Göttingen: Verlag Otto Schwarz; ripubblicato da GOEDOC – Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen, disponibile alla URL: <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/2010/kliege.pdf>.
- Kotz H. e Flessner A. (1997), *European Contract Law*, New York: Oxford University Press.
- Leuschner L. (2010), "AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr – Zu den Grundlagen einer Refordebatte", *JuristenZeitung*, 65 (18), pp. 875-884.
- Libertini M. (2010a), "Autorità indipendenti, mercati e regole", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1/2010, pp. 63-76.
- Libertini M. (2010b), "Concorrenza", in AA.VV., *Enciclopedia del diritto – Annali*, III vol. (pp. 191-247), Milano: Giuffrè.
- Lischek J. e Mahnken V. (2007), "Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP*, 28 (4), pp. 158-163.
- Lottieri C. (2006), "Introduzione", in Röpke W., *Il Vangelo non è socialista. Scritti su etica cristiana e libertà economica. 1959-1965*, (a cura di C. Lottieri), Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Marty F. (2010), "Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché", *Document de travail de l'OFCE*, n. 2010-30, Parigi: OFCE – Centre de recherche en économie de Sciences Po.
- Maugeri M. (2008), "Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato", in Olivieri G. e Zoppini A. (a cura di), in *Contratto e antitrust*, Roma-Bari: Laterza.
- Maugeri M. (2011), "Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 27 (5), pp. 253-260.
- Maugeri M. (2013), "Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 29 (2), parte II, 109-126.
- Maugeri M. e Pagliantini S. (2013), *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano: Giuffrè.
- Raiser L. (1958), *Ruhmesblatt des deutschen Rechtsprechung*, *JuristenZeitung*, 1, pp. 7 ss.
- Rizzo V. (1994), *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli: ESI.
- Roncaglia A. (2019), *L'età della disgregazione. Storia del pensiero economico contemporaneo*, Bari-Roma: Laterza.
- Roppo E. (2017), *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, ristampa integrata, Milano: Giuffrè.
- Schäfer H.-B. e Leyens P.C. (2009), "Judicial Control of Standard Terms and European Private Law. A Law & Economics Perspective on Draft Common Frame of Reference for a European Private Law", in Larouche P. e Chirico F. (a cura di), *Economic Analysis of the DCFR: The Work of the economic Impact Group within the CoPECL Network of Excellence* (pp. 97-119), Monaco: Sellier.
- Somma A. (2005), "Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!", *Rivista critica del diritto privato*, 23 (1), pp. 75-97.
- Torino R. (2014), "I contratti dei consumatori nella prospettiva europea", in G. Alpa (a cura di), *I Contratti del consumatore* (pp. 51-102), Milano: Giuffrè.
- Weick G. (2002), "Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik", *JuristenZeitung*, 57 (9), 442-445.
- Wolf M. (2001), "Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive", in Grundmann S., Kerber W. e Weatherill S. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (pp. 313-323), Berlin/New York: Walter De Gruyter.
- Zimmermann R. (2001), "Schuldrechtsmodernisierung?", *JuristenZeitung*, 56 (4), pp. 171-181.
- Zimmermann R. (2004), "Il BGB e l'evoluzione del diritto civile", *Contratto e impresa. Europa*, 9 (2), 625-664.