



GIULIA TERLIZZI

Ricercatrice di Diritto privato comparato – Università degli Studi di Torino

IL CONTRAT D'ADHÉSION NEL CODE CIVIL RIFORMATO: PROBLEMI E PROSPETTIVE *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina del contrat d'adhésion all'interno del codice civile francese, fra vecchie e nuove definizioni. – 3. Le modifiche apportate dalla l. n° 2018-287. – 4. I problemi applicativi. – 5. Il contrat d'adhésion nella giurisprudenza esistente, fra problemi e incerte prospettive. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. – L'emergere di un'economia digitale sta dando vita a nuovi processi contrattuali, le cui parole chiave sono standardizzazione, automazione e disintermediazione. La gran parte dei contratti, compresi quelli *on line* conclusi attraverso le piattaforme digitali, si realizza senza alcuna possibilità di trattativa tra le parti per definire il contenuto del contratto; quest'ultimo è predisposto unilateralmente da una parte ed accettato – o respinto in toto – dalla parte aderente¹. Tale fenomeno si estende aldilà dei confini delineati dalla disciplina a tutela del consumatore, e tocca ambiti nuovi rispetto alla tipica contrattualizzazione standard o di massa caratterizzata dalla presenza delle condizioni generali di contratto². Seguendo l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi nazionali di diritto privato, i legislatori nazionali hanno incominciato a regolamentare i rapporti contrattuali sulla base della caratterizzazione dei contraenti secondo il loro *status* sul mercato, con l'introduzione della disciplina dedicata ai contratti del consumatore, sulla scia delle direttive 93/13/CEE, 2011/83/UE e della recentissima Direttiva 2019/2161³, e dall'altra parte di regole di protezione dell'«impresa debole»⁴.

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Cfr. sul tema, fra i molti, il recente contributo di C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in questa *Rivista*, 2021, 4, 870, 875.

² Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2020, 68, 72 s.

³ Direttiva (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. La direttiva è stata adottata in Francia con l'*ordonnance* n° 2021-1734 du 22 décembre 2021, JORF n° 0298 del 23/12/2021, le nuove regole entreranno in vigore il 28 maggio 2022. Cfr., nella dottrina francese, J.D. PELLIER, *Regard sur la directive dite Omnibus 2019/2161 du 27 novembre 2019*, in *RDC* 2020, n° 116w8, p. 76.

⁴ Anche in questo settore, il legislatore francese è intervenuto recentemente con l'*Ordonnance* n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux



Il panorama del diritto contrattuale attuale è dunque caratterizzato dall'insieme di questi tre fattori: l'abbandono del paradigma unitario del contratto basato sul consenso libero e uguale, la consapevolezza del problema generale causato dalle situazioni di squilibrio fra le parti da cui discendono contratti inefficienti e, infine, lo sforzo comune degli ordinamenti nazionali teso alla ricerca di una soluzione volta alla repressione di contratti o clausole nocivi per l'ordine sociale ed economico, attraverso sistemi di controllo sulle clausole abusive⁵. La ricerca di nuovi paradigmi muove appunto dalla *ratio* di correggere un contratto che non costituisce il frutto di una negoziazione efficiente: la protezione della parte debole è strettamente connessa a quella della concorrenzialità del mercato⁶.

In questo contesto si colloca l'inserzione della figura del contratto di adesione – e della connessa disciplina di controllo delle clausole abusive all'interno del diritto comune dei contratti – che rappresenta una delle maggiori – e più dibattute⁷ – innovazioni della riforma del *Code civil* francese del 2016⁸.

In linea con gli obiettivi enunciati nel rapporto di presentazione⁹, la legge di riforma introduce, accanto alla categoria tradizionale dei contratti liberamente negoziabili tra le parti – e cioè *de gré a gré*, letteralmente da volontà a volontà – una nuova categoria, quella del contratto di adesione, che disciplina l'ipotesi in cui una delle parti ha il controllo del contenuto del contratto, con la conseguente possibilità di introdurre stipulazioni che le sarebbero eccessivamente vantaggiose, e stabilisce, con riferimento alla figura in esame, regole particolari sulle clausole abusive e sull'interpretazione.

L'inserzione di questo nuovo articolo muove dalla constatazione che il diritto contrattuale è un diritto vivente, le cui evoluzioni toccano e mutano anche la nozione di contratto di adesione tradizionalmente concepita. Ciò emerge anche dalle dichiarazioni al pubblico del Ministro della giustizia, che per giustificare l'introduzione di un “meccanismo per combattere le clausole abusive nei contratti di adesione” porta ad esempio il contratto concluso sulla piattaforma *Airbnb*: “il contratto permette al proprietario dell'appartamento di cambiare il periodo della locazione in qualsiasi momento, senza l'accordo e senza alcun diritto dell'altra parte. Grazie alla riforma, potrò chiedere al giudice di eliminare questa clausola”¹⁰. Se il contesto evolve, va da

autres pratiques prohibées, JORF n° 0097 du 25 avril 2019 e con la Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021, JORF n° 0244 du 19 octobre 2021. Sulla protezione dell'imprenditore debole e sul contratto asimmetrico in Italia, cfr., fra i molti, V. ROPPO, *Contratto*, cit. 68, 72 s.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, 2012, 370 ss.

⁵ Cfr., sul punto, l'analisi compiuta da R. FORNASARI, *Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto*, in questa *Rivista*, 2019, 5, 451-452.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ciò è dimostrato dal fatto che il tema ha attirato l'attenzione della dottrina italiana sul tema. Cfr., fra i molti, D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019; P. SIRENA, *Dal fitness check alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, 2019 ed in particolare il contributo di F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti tra parte generale e discipline di settore*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal fitness*, cit., 163-208; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti*, in *Annuario del Contratto 2019*, Giappichelli, 2019, 242-250; ID., *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, 132 ss.; E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contratto e Impresa*, Cedam, 2018, 2, 621 ss.; F.P. PATTI, *Le clausole abusive nei contratti tra professionisti*, in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2018, 86-124, 89; G. ALPA, *Verso la riforma del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 3 ss.

⁸ *Ordonnance* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016, JO 11 février, consultabile qui <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>.

⁹ Cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, JORF n°0035 du 11 février 2016, Texte n° 25.

¹⁰ Cfr. *Communiqué de presse de Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: «Un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est introduit. Cas concret: j'ai loué un appartement pour mes vacances sur Airbnb, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme,



JUS CIVILE

sé che con esso evolve anche la nozione del contratto di adesione, come peraltro dimostrato dai lavori di riforma del codice, che ne hanno operato un'interpretazione evolutiva, come si cercherà di illustrare.

Il nuovo impianto codicistico delineato per creare un sistema “generalizzato” di tutela della parte debole sul terreno del diritto comune attraverso l'introduzione del *contrat d'adhésion* è costruito su una triade normativa: l'art. 1110, l'art. 1171 e l'art. 1190 cod. civ.

Secondo l'art. 1110 *Code civil* il *contrat d'adhésion* è “quello che comporta un insieme di clausole non negoziabili, determinate in anticipo da una delle parti” (*celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*).

Al contratto di adesione si applica l'art. 1171 cod. civ., che introduce un meccanismo per sanzionare le clausole abusive attraverso un rimedio concesso al contraente debole. In particolare, l'art. 1171 cod. civ. stabilisce che “in un contratto di adesione, qualsiasi clausola non negoziabile, determinata in anticipo da una delle parti, che crea uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti del contratto è considerata non scritta”. Palesemente richiama la disciplina consumeristica prevista dal *Code de la consommation*¹¹ anche il secondo comma dell'art. 1171 cod. civ., il quale precisa che “la valutazione dello squilibrio significativo non riguarda l'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo del servizio” (*l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*)¹².

A completamento del quadro normativo disciplinante il contratto di adesione, occorre infine segnalare l'art. 1190 *code civil*, da cui si ricava il criterio interpretativo secondo il quale nel dubbio si interpreta il contratto di adesione in favore dell'aderente e contro colui che lo ha predisposto.

Di fronte alla conclamata esigenza di una disciplina in grado di stabilire la *justice contractuelle* e di tutelare la parte debole nelle relazioni contrattuali¹³, non sono però mancate perplessità, manifestatesi, fin dalla sua prima apparizione all'interno del Progetto di riforma contenuto nell'*ordonnance* del 2016, sia nella dottrina nel dibattito politico, che si sono in particolare focalizzate sulla difficile definizione dei criteri con cui identificare la nuova figura del *contrat d'adhésion* rispetto al *contrat de gré a gré*, da un lato, e sulla difficoltà di delineare l'ambito di applicazione del contratto di adesione, a causa della coesistenza della nuova norma generale del *Code civil*, prevista all'articolo 1110 con le due norme previste nei codici di settore già esistenti, quella dell'art. L 212-1 del Codice del consumo e quella dell'art. L 442-6 del Codice commerciale, dall'altro.

je pourrai demander au juge de supprimer cette clause”. Il testo è consultabile qui <http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2016-12818/droit-des-contrats-28735.html>.

¹¹ Cfr. *Rapport au Président*, cit., sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives». Infatti, l'art. L. 212-1 cod. cons., stabilisce che nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, sono abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di creare, a danno del consumatore, uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto.

¹² Secondo l'art. L 212-1 cod. cons., l'apprezzamento del carattere abusivo delle clausole non incide né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto né sull'adeguatezza del prezzo o della remunerazione del bene venduto o del servizio offerto, purché le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile. Cfr. in dottrina, M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats*, 2016, 116 ss.

¹³ Cfr. *Rapport au Président*, cit.: “l'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle”.



In effetti, le stesse disposizioni sono cambiate nel tempo dopo il 2016. Non a caso, proprio con riguardo alle modifiche – simboliche e sostanziali – apportate dalla legge di ratifica n. 2018-287 del 20 aprile 2018¹⁴, alcuni autori parlano di una “riforma della riforma”¹⁵, con particolare riguardo all’emendamento più discusso dai parlamentari e dai giuristi: la definizione del contratto di adesione e la corrispondente determinazione del campo della lotta contro le clausole abusive¹⁶.

Nel quinto anniversario della riforma francese delle obbligazioni e dei contratti, pare utile procedere ad una analisi della dottrina e della giurisprudenza esistente per tentare di offrire, attraverso l’analisi comparativa, utili spunti di riflessione al dibattito dottrinale italiano che da tempo sente l’esigenza di rinnovare l’impianto codicistico e colmare i “vuoti” lasciati dal legislatore nell’attuale panorama del diritto contrattuale, in vista di una più efficace tutela del contraente debole attraverso un controllo sulle clausole abusive non confinato ai soli rapporti tra professionisti e consumatori, o tra professionisti, ma generalizzato a tutti i rapporti¹⁷.

L’articolo si propone quindi di ricostruire le tappe dell’ingresso del contratto di adesione nel codice civile francese fino alla versione attualmente in vigore, per verificare se gli obiettivi del legislatore francese di conciliare l’esigenza della giustizia contrattuale e della tutela del contraente debole, da un lato e quella dell’attrattività del diritto francese e dell’efficienza del mercato, dall’altro, siano stati nella pratica raggiunti.

2. – 2.1. – La nozione di contratto di adesione è, come noto, una creazione dottrinale. Fu Raymond Saleilles¹⁸ a coniarla per primo nella sua opera *De la déclaration de volonté*¹⁹ nel 1909. Nell’opera l’autore os-

¹⁴ Loi n. 2018-287, 20 avril 2018, ratifiant l’ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 21 avril 2018, consultabile qui <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000036825602/>.

¹⁵ In questo senso si pronuncia M. MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ?*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 900 ss., ma anche D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in *RDC*, 2018, 65 ss.; Id., *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Dalloz*, 2018, 912; T. REVET, *L’incohérent cantonnement, par l’Assemblée nationale, du domaine du contrat d’adhésion aux contrats de masse*, in *Dalloz*, 2018, 125 ss., specialmente al n. 3.

¹⁶ Sull’acceso dibattito dottrinario e sulle diverse proposte presentate durante i dibattiti tra le due camere, si vedano, fra i molti, F. CHENEDE, *La réforme droit de contrat et dialogue des chambres*, in *AJ contrat*, 2018, 25 ss.; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification de la réforme du droit des obligations: analyse de la deuxième lecture du Sénat*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 309 ss., in particolare nn. 6, 7, 8, 11; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in *RDC*, 2018, 65, il quale considera «l’intrusione» del *contrat d’adhésion* nel *code civil*, la vera rivoluzione operata dall’*Ordonnance* del 2016; N. BLANC, *Contrat d’adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *RDC*, 2018, 20 ss., spec. nn. 3 e 4.

¹⁷ Nonostante l’embrionale tutela prevista – con netto anticipo rispetto ad altri ordinamenti – dagli articoli 1341 e 1342 del nostro codice italiano del 1942 dedicati alle condizioni generali di contratto e ai contratti conclusi mediante moduli e formulari, e successivamente quella di settore prevista dal Codice del consumo, si rende più che mai necessario tutelare le parti deboli di rapporti contrattuali caratterizzati, in un modo o nell’altro, da una asimmetria fra le parti, quali i contratti asimmetrici fra professionisti o quelli “*supplier to customer*” non rientranti nella disciplina predisposta dal Codice del consumo, né in quella volta a tutelare altre categorie di soggetti, quali i “viaggiatori” o i “clienti”, e neppure in quella, di tipo oggettivo, posta a tutela dei soggetti che concludono contratti standard, già prevista dal codice civile. Sul tema, cfr. F. AZZARRI, *Ricodificazione*, cit., 163-208; F.P. PATTI, *Le clausole*, cit., 86-124, 89 ss.

¹⁸ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand*, LGDJ, 1901, 229-230.

¹⁹ Nell’opera di Raymond Saleilles l’autore cita a titolo di esempio, il contratto di lavoro o il contratto di trasporto senza trarre da questi esempi alcuna conseguenza essenziale, se non in termini di interpretazione degli accordi; questo concetto rimarrà quindi per molto tempo un concetto senza una disciplina definita. La nozione di contratto di adesione godrà di un certo successo e sarà ripresa nella prima metà del XX secolo da numerosi autori che cercano di chiarirla e di costruirne la definizione e il regime. Si vedano, in particolare, V. PINCHON, *Des contrats d’adhésion. Leur interprétation et leur nature*, tesi, Lyon, 1909, che aggiunge all’elenco già formulato da Ray-



serva che “ci sono dei cosiddetti contratti che sono contratti solo di nome, la cui costruzione giuridica resta da fare (...) che potrebbero essere chiamati, in mancanza di un termine migliore, contratti di adesione, nei quali vi è il predominio esclusivo di una volontà, che agisce come una volontà unilaterale, che detta la sua legge, non più a un individuo, ma a una collettività indeterminata, e che si impegna già in anticipo, unilateralmente, salvo l’adesione di coloro che vogliono accettare la legge del contratto, e appropriarsi di questo impegno già creato su se stessi”²⁰.

Sebbene non sia dunque una invenzione degli estensori dell’ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, la nozione di contratto di adesione non trovava tuttavia alcun esplicito riferimento nel diritto positivo. È infatti opportuno ricordare che a partire dalla diffusione del fenomeno dei contratti standard, che ha ulteriormente accentuato la situazione di inferiorità di una delle parti contrattuali, il legislatore francese era intervenuto puntualmente, elaborando alcune norme di protezione della parte debole specifiche per alcuni tipi contrattuali, quali i contratti di lavoro e i contratti di assicurazione. Successivamente si è provveduto a introdurre norme specifiche a seconda delle qualità dei contraenti, che hanno trovato sede nel *Code de la consommation* e nel *Code de commerce*.

2.2. – Con la riforma del *Code civil*, il tema del *contrat d’adhésion* è tornato ad occupare la scena del dibattito, dividendo la dottrina fra coloro che riconoscevano l’opportunità di inserire il *contrat d’adhésion* e la sua disciplina rimediabile nella parte generale del contratto²¹ e coloro che non ne ravvisavano la necessità²².

La soluzione che ha prevalso è, come noto, quella dell’inserimento del *contrat d’adhésion* nella disciplina generale del codice civile, in conformità agli obiettivi del processo di ricodificazione richiamati nella Relazione di presentazione del Progetto di riforma²³, in particolare quello della lotta contro le clausole abusive. Sul punto, è interessante notare che l’espressione “clausole abusive” non compare nell’*ordonnance* di riforma del 2016, ma non vi è dubbio che ad esse si riferiscono le disposizioni ora citate, come peraltro indicato nel Rapporto di presentazione della riforma: «l’*ordonnance* si propone (...) di punire l’abuso di dipendenza assimilato alla violenza e le clausole abusive nei contratti di adesione, per proteggere gli interessi della parte più debole”.

La spinta verso un diritto contrattuale più giusto ed equo permette altresì di avvicinare il diritto francese ad altri ordinamenti e ai progetti di armonizzazione europei²⁴.

A ciò si deve aggiungere un altro importante obiettivo, anch’esso richiamato nel Rapporto: il rafforzamento della “*cohérence*” del diritto contrattuale francese. Attraverso la codificazione di questa disciplina si è inteso applicare a una serie di ipotesi di contratti il cui contenuto è predeterminato in via unilaterale da una

mond Saleilles i contratti di fornitura di beni di consumo; G. DEREUX, *La nature juridique du contrat d’adhésion*, in *RTD civ.* 1910, 503; M. DOMERGUE, *Étude d’ensemble sur le contrat d’adhésion*, tesi, Bordeaux, 1935; A. RIEG, *Contrat type et contrat d’adhésion*, in *Travaux et recherches de l’Institut de droit comparé de Paris*, 1970, 105; G. BERLIOZ, *Le contrat d’adhésion*, LGDJ, 1973.

²⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration*, cit., 229-230: “Sans doute, il y a contrats et contrats [...]. Il y a de prétendus contrats qui n’ont de contrat que le nom [...] que l’on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d’adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d’une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s’engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s’emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même”.

²¹ Tra la dottrina favorevole alla ricezione del *contrat d’adhésion* sul “terrain du droit commun”, cfr. T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Dalloz*, 2015, 1220-1221.

²² Per una posizione, invece, contraria alla scelta di rendere il *contrat d’adhésion* una «catégorie ordinaire» cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2020, 227 e s.

²³ *Rapport au Président*, cit.

²⁴ Si veda in tal senso la disposizione dell’art. 4: 110 PECL.



delle parti, ma che restano fuori dalle ipotesi prese in esame dalla legislazione commerciale o da quella consumeristica, i medesimi principi sottesi a queste ultime²⁵.

Tutela della parte debole (e dunque perseguimento della giustizia contrattuale), rafforzamento dell'attrattiva del diritto francese, avvicinamento del diritto francese ad altri ordinamenti e al diritto europeo: ecco le parole d'ordine alla base di questa scelta innovativa²⁶.

3. – Come già anticipato, la legge di ratifica n° 2018-287 del 20 aprile 2018 ha modificato la definizione del contratto di adesione e, in misura minore, la definizione del contratto liberamente negoziato fra le parti (*contrat de gré a gré*).

A partire dal 1° ottobre 2018, secondo quanto disposto dall'articolo 1110 *Code civil*, il contratto di *gré a gré* (o contratto oggetto di trattativa) è un contratto le cui condizioni sono negoziabili tra le parti. (*“est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties”*), mentre il contratto di adesione è quello che “comporta un insieme di clausole non negoziabili determinate in anticipo da una delle parti” (*“est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties”*).

3.1. – Le modificazioni apportate dalla legge di ratifica ruotano intorno a tre elementi.

Il primo è l'abbandono del riferimento alle condizioni generali²⁷, utilizzato nella prima versione dell'*ordonnance*.

Occorre infatti ricordare che nella sua versione iniziale e fino alla legge di ratifica (dal 2016 al 2018), l'articolo 1110 del *code civil* definiva il contratto di adesione come un contratto “le cui condizioni generali sono sottratte alla negoziazione e sono determinate in anticipo da una delle parti”, mentre il contratto oggetto di trattativa era definito come quello “le cui clausole sono liberamente negoziate fra le parti”.

I contorni di questa definizione sono stati oggetto di un acceso dibattito²⁸. La dottrina si è divisa sul punto, specialmente sul significato da dare all'espressione “condizioni generali” e sulla portata di tale catego-

²⁵ Come dichiarato nel *Rapport au Président*, cit.: «*l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats: en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause*”.

²⁶ Cfr. *Rapport au Président*, cit.: «*Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. (...) L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle*”.

²⁷ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

²⁸ F. CHENEDE, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, in *JCP*, 2016. Act. 776 ss.; Id., *Le contrat d'adhésion dans*



ria²⁹. Infatti, mentre una parte della dottrina difendeva una interpretazione restrittiva della norma, limitandone l'applicazione ai contratti di massa che contengono termini e condizioni generali pre-redatte, che non possono essere negoziati³⁰, altri optavano per una interpretazione più ampia, non limitata ai contratti "di massa", ma comprensiva dei contratti di "dipendenza"³¹.

Sul punto, è interessante segnalare che in questa fase alcuni autori avevano rivolto la loro attenzione a modelli stranieri per trarne ispirazione.

Con particolare riguardo al rischio, paventato da una parte della dottrina, di lasciare una zona grigia e indeterminata tra i contratti di adesione e i contratti *de gré à gré*, gli stessi autori avevano suggerito di adottare la soluzione prevista dal *Code civil du Québec*, all'articolo 1379, 2 comma, secondo il quale "qualsiasi contratto che non sia un contratto di adesione è un contratto di mutuo accordo"³².

Sebbene la proposta di seguire il modello del *Code civil du Québec*, non sia stata accolta, è tuttavia opportuno riconoscere che, sotto il profilo della "incongruenza" tra le due definizioni di contratto (*de gré à gré* e *d'adhésion*) e del possibile rischio di creare una zona grigia fra le due categorie di contratti, la modifica apportata dalla legge di ratifica ha avuto il pregio di ristabilire la coerenza testuale all'articolo 1110, allineando la formulazione testuale del primo e del secondo comma della norma³³.

Anche la proposta di guardare al modello tedesco non è stata accolta, ma in questo caso la scelta di abbandonare il riferimento alle "condizioni generali" del contratto non è affatto casuale. Come osservato in dottrina, il legislatore ha "voluto distinguere il *contrat d'adhésion* dal "contratto standardizzato", o "di massa".

Ciò significa che anche un contratto predisposto per una singola operazione, se predisposto unilateralmente, "può essere qualificato come *contrat d'adhésion*"³⁴. La nuova definizione ha tolto ogni dubbio: il contratto di adesione non è più limitato ai soli contratti di massa³⁵.

le projet de réforme, in Dalloz, 2015, 1226 ss. Per una interpretazione estensiva cfr., T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, in Dalloz 2016, 1771; ID., *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in Dalloz, 2015 1217 ss.; ID., *Une philosophie générale ?*, in RDC, 2016, hors-série, 5, spec. n. 14; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in M. MEKKI (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in RDC, 2016, 358 ss.; M. MEKKI, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, 16 ss.

²⁹G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

³⁰ F. CHENEDE, *Le contrat*, cit., 776 ss.; ID. *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, cit., 1226 ss.

³¹ Per una interpretazione estensiva cfr., T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion*, in Dalloz 2016, 1771 ss.; ID. *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in Dalloz 2015 1217 ss.; ID. *Une philosophie générale ?* in RDC 2016, hors-série, 5, spec. n. 14; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in M. MEKKI (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in RDC, 2016, 358 ss.; M. MEKKI, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, in *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, 16.

³² In merito al rischio di lasciare una zona grigia e indeterminata tra i contratti di adesione e i contratti *de gré à gré* cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.; ID., *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, i quali avevano suggerito di adottare la soluzione prevista dal *Code civil du Québec*. Il comma 2 dell'articolo 1379 stabilisce che "qualsiasi contratto che non sia un contratto di adesione è un contratto di mutuo accordo. Nel diritto quebecchese, cfr. M. LEMIEUX, *Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, in *Les Cahiers de droit*, 2001, 42 (3), 841-872.

³³ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.

³⁴ La scelta di non fare più riferimento alle "condizioni generali" ma ad "un insieme di clausole" è stata salutata con favore, dal momento che risolve, almeno in parte, la confusione ingenerata dalla previgente versione, secondo la quale i contratti di adesione erano sostanzialmente "accantonati" nella categoria dei contratti di massa. Cfr. T. REVET, *L'incohérent*, cit., 124 ss. per cui fra cui quello di dover considerare i contratti in cui solo alcune clausole non sono negoziabili all'interno della classificazione dei contratti di adesione, o di trovarsi di fronte ad una categoria "pigliatutto", sprovvista di un preciso regime giuridico; ID. *Les critères du contrat d'adhésion*, in *Rec. Dalloz*, 2016, 1771 ss., spec. n. 10.

³⁵ T. REVET, *L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général*, in RDC, 2018, 4; D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, in RDC 2018, n° 115g0, 65 ss., no. 15; G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss., n. 7.



3.2. – Il secondo elemento di novità apportato dalla legge di ratifica è l'adozione del criterio della “negoziabilità” in luogo di quello della “negoziiazione”³⁶. Si tratta della modifica più innovativa³⁷. Sostituendo al requisito della negoziazione, quello della negoziabilità, la legge di ratifica della riforma ha evidenziato che la distinzione tra un *contrat de gré a gré* (oggetto di trattativa) e un *contrat d'adhésion* si basa, più che sulla effettività della negoziazione fra le parti, sulla sua stessa possibilità: quando questa possibilità (di trattativa, di negoziazione) esiste, si tratta di un contratto *de gré a gré*, quando, invece, questa possibilità manca, si tratta di un *contrat d'adhésion*³⁸. Ne discende che un contratto di fatto non negoziato, ma che avrebbe potuto esserlo, non può essere qualificato come un “contratto di adesione”³⁹. Come già anticipato, la modifica è stata ritenuta opportuna in quanto elimina la “zona grigia” lasciata aperta dalla definizione precedentemente adottata, allineando sul medesimo requisito le definizioni del contratto liberamente negoziato dalle parti e del contratto di adesione, contenute rispettivamente nel primo e nel secondo comma dell'art. 1110 *code civil*⁴⁰.

Restano molti problemi aperti. Alcuni autori si sono infatti chiesti cosa si debba intendere per “insieme di clausole non negoziabili”. Si vuole così introdurre un criterio quantitativo? Per una parte della dottrina tale riferimento a un «ensemble de clauses» ha lo scopo di evitare che un contratto che è essenzialmente negoziabile, ma che contiene un esiguo numero di clausole che non sono oggetto di negoziazione, venga considerato un contratto di adesione⁴¹.

3.3. – Il legislatore del 2018 è intervenuto anche sulla formulazione dell'art. 1171, già sopra menzionato. Nell'ambito del *contrat d'adhésion*, il legislatore ha inserito, quali ulteriori condizioni per l'apprezzamento di una clausola ivi contenuta e comportante un «déséquilibre significatif», altre due condizioni: il suo essere non negoziabile e il suo essere predeterminata da una delle parti. Ne deriva che, all'interno di un contratto di adesione, non tutte le clausole sono sottoposte al controllo del “significativo squilibrio” operato dal giudice: lo sono solo quelle non negoziabili e predeterminate in anticipo da una delle parti⁴².

In questo senso, una parte della dottrina ha sollevato qualche perplessità sulla ulteriore riduzione dell'ambito di controllo da parte del giudice. Sembra infatti quanto meno ingiustificato, sotto il profilo della

³⁶ Tale sostituzione era stata proposta da F. CHENEDE, *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des affaires civiles et du Sceau et de leurs suites*, in *Dalloz* 2017, 2214, secondo il quale «un contratto di comune accordo è un contratto i cui termini sono negoziabili tra le parti». In precedenza, la “negoziabilità” era stata evocata anche da O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexiNexis 2016, 64: “(...) è più esatto definire un contratto di mutuo accordo come uno il cui intero contenuto (compresi i termini e le condizioni generali) è liberamente negoziabile”. Più dubbioso è invece M. MEKKI, *Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016*, *Dalloz*, 2017, 462 ss., il quale «non è certo che la nozione di “negoziabilità” non ponga gli stessi problemi, soprattutto in termini di prove», cfr., nello stesso senso, M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss. Favorevoli al criterio della negoziabilità e all'abbandono delle condizioni generali di contratto sono anche T. REVET, *L'achèvement*, cit., 4; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 e ss.; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.

³⁷ In questo senso, cfr., fra gli altri, L. ANDREU, *Le nouveau contrat d'adhésion*, in *AJContrat*, 2018, 262 ss. e N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., spec. 9.

³⁸ L'antinomia fra le due norme è delineata sulla base di questo criterio: ciò che è negoziabile è definito *contrat de gré a gré*, mentre ciò che non lo è, necessariamente, un *contrat d'adhésion*. Cfr. T. REVET, *L'achèvement*, cit., 4.

³⁹ In questo senso, cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., 9.

⁴⁰ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.; Id., *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, Paris, 2018.

⁴¹ In questo senso, cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss., no. 6; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., n. 10.

⁴² Cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss.



lotta alle clausole abusive, mantenere nel contratto una clausola che provoca uno “squilibrio significativo” in un contratto di adesione, senza poterla sottomettere al sindacato di abusività, sulla base del fatto che essa sia stata negoziata o che fosse negoziabile⁴³. D’altra parte, si è osservato che questa soluzione, “benché scioccante”⁴⁴, risponde alla logica posta alla base della disciplina del contratto di adesione. Se la protezione dell’aderente ha come ragion d’essere la sua impossibilità a negoziare liberamente il contenuto del contratto (o della clausola), è logico che l’aderente venga protetto solo da quelle clausole determinanti un significativo squilibrio che non sono il frutto della libertà negoziale, ma, bensì, della sola unilaterale volontà del predisponente⁴⁵. Per contro, se tali clausole sono state liberamente negoziate (o avrebbero potuto esserlo), il controllo di abusività da parte del giudice deve – logicamente – essere escluso perché l’aderente aveva il potere di discutere il contenuto della clausola e di rifiutarla⁴⁶.

4. – Di fronte alla “novella” apportata dalla legge di ratifica sopra delineata, molti dubbi rimangono aperti.

Se è vero che, da un lato, il superamento del riferimento alle *conditions générales* ha permesso una più chiara estensione anche oltre la contrattazione di massa della figura del *contrat d’adhésion*; dall’altro lato è opportuno constatare che la definizione è ancora accusata di essere fonte di incertezza.

4.1. – Il requisito della non *négociabilité* solleva interrogativi non di poco conto sotto il profilo probatorio⁴⁷. Si è sul punto sottolineato che la nuova distinzione tra clausole negoziabili e clausole non negoziabili solleva il problema dell’onere probatorio, che dovrebbe essere – secondo la logica – messo a carico di colui che invoca la “negoziabilità”⁴⁸. Certamente non basterà un’eventuale espressa dichiarazione in contratto della negoziabilità. Ci si chiede quali possano essere le prove atte a convincere il giudice, il quale, potrebbe essere, d’altra parte, tentato di concludere che il contratto non è negoziabile sulla base di un criterio personale e soggettivo come, ad esempio, quello della ineguaglianza tra le parti (intellettuale, economica, sociale, ecc.)⁴⁹. Sul tema, alcuni autori ritengono che le parti potranno conservare e produrre scambi di e-mail, bozze di contratto e altri simili documenti per dimostrare che il contratto era negoziabile e dunque *de gré a gré*⁵⁰.

⁴³ Così N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20, n. 13; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss.

⁴⁴ D. MAZEAUD, *Le nouveau droit des obligations: observations conclusives*, RDC, 2018, Hors-série, 65 ss., n. 18.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ D. MAZEAUD, *Le nouveau*, cit., 65 ss., n. 18. Cfr., in questo senso, i chiarimenti apportati dal Ministro della Giustizia, Nicole Belloubet, sul disegno di legge adottato dal Senato sulla riforma del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni, all’Assemblea Nazionale l’11 dicembre 2017: «Il testo che avete davanti oggi definisce chiaramente la portata del divieto delle clausole abusive. Questo è importante. Un dibattito ha effettivamente avuto luogo sulla estensione di questo campo che, secondo il vostro lavoro, copre le clausole non negoziabili all’interno dei contratti di adesione. Questo emendamento, il cui impatto sarà limitato nella pratica – lo sottolineo – ha il merito di essere coerente con i criteri individuati durante la navetta per definire un contratto di adesione: la diminuzione della forza vincolante del contratto è precisamente giustificata dalla sottrazione alla negoziazione delle clausole in questione», <http://www.assemblee-nationale.fr>.

⁴⁷ N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20 ss.

⁴⁸ Cfr., in questo senso, D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in Dalloz 2018, 912 ss.; M. MEKKI, *La loi*, cit. 900 ss.; N. BLANC, *Contrat d’adhésion*, cit., 20 ss.; C. GRIMALDI, *La preuve et le contrat d’adhésion*, in RDC, 2019, n. 115z4, 135 ss. Contra, L. ANDREU, *Le nouveau*, cit., 262 ss., spec. 2.2, 9.

⁴⁹ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit. 900 ss.; spec. n. 31; A.L. ZABEL, *L’application de l’article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail*, in *Les Petites Affiches*, 6 mai 2021, n° 160h6, 16 ss.

⁵⁰ Cfr. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Ratification*, cit., 309 ss.



Si deve però segnalare che con riferimento all'art. L 442-1 del *Code de commerce* prevale l'orientamento opposto. Si deve segnalare infatti una decisione della sezione commerciale della Corte di Cassazione, basata sull'art. L 442-1 del *Code de commerce* che, secondo alcuni autori, potrebbe essere estesa agli articoli 1110 e 1171 del codice civile e chiarire il regime della prova⁵¹. Nel caso in esame, la Corte afferma che è l'attore che deve provare l'assenza di negoziazione (o negoziabilità, ex art. 1110 del *code civil*) e precisa che la prova di un fatto negativo può essere provata attraverso fatti positivi, come, per esempio, la prova del rifiuto della parte che redige il contratto di modificare una o più clausole. Il giudice, in tali ipotesi, può anche ricorrere a una serie di indizi per ravvisare l'assenza di negoziabilità, fra cui, per esempio, l'esistenza di diversi contratti emessi dallo stesso datore di lavoro e contenenti le stesse clausole⁵².

4.2. – Ulteriori dubbi emergono in merito all'ampiezza del potere di controllo affidato al giudice. Considerata l'importanza di tale potere di controllo, la dottrina ha ritenuto che sarebbe stato prezioso identificare alcuni indicatori sulla base dei quali il giudice deve qualificare una clausola come abusiva⁵³, per evitare una eccessiva “*judiciarisation du contrat*”⁵⁴ e preservare la certezza del diritto, soprattutto nel determinare il campo di applicazione della regola fra disciplina generale e discipline settoriali⁵⁵. Il legislatore ha scelto di fare ricorso a una semplice clausola generale, senza uno sforzo per articolare meglio i tratti distintivi né di fornirne una esemplificazione.

4.3. – Un notevole problema posto dalla nuova disciplina è quello del rapporto del diritto comune dei contratti di adesione con le regole proprie dei contratti conclusi tra professionisti (disciplinati nel *Code du commerce*) o tra un professionista e un consumatore (disciplinati nel *Code de la consommation*), fra cui peraltro esistono punti di connessione. Come dichiarato dai promotori della riforma⁵⁶, la nozione di *significativo*

⁵¹ Cfr. H. BARBIER, *Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ* 2020, 109 ss.: «Cette solution, rendue sur le terrain de l'article L. 442-1 du code de commerce, nous semble devoir être étendue à l'article 1171 du code civil. Il appartient au demandeur d'établir l'existence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du code civil, si bien qu'il doit prouver, lui aussi, l'absence de négociabilité des clauses litigieuses et ne bénéficie d'aucune présomption pour l'aider».

⁵² Cfr. Com. 20 nov. 2019, n° 18-12.823, con commento di H. BARBIER, *Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat*, in *RTD civ.*, 2020, 109; e in *AJ contrat*, 2020, 35, con osservazioni di F. BUY; Civ. 1re, 11 déc. 2019, n° 18-21.164, in *Dalloz*, 2019, 2405 e in *Dalloz*, 2020, 353 ss., con osservazioni di M. MEKKI; in *AJ contrat*, 2020, 97, con osservazioni di V. Legrand.

⁵³ M. MEKKI, *Droit des contrats – janvier 2019 – janvier 2020*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 353 ss.; N. BLANC, *Contrat d'adhésion*, cit., 20 ss., spec. 17.

⁵⁴ L'espressione è utilizzata da D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2018, 912 ss.

⁵⁵ Cfr. D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *RDC*, 2016, n. 2, 353 ss.

⁵⁶ Con riguardo alla nozione contenuta nell'art 1171 *code civil*, la relazione presentata al Presidente della Repubblica precisa che “i criteri di valutazione dello squilibrio sono già noti in quanto si ispirano a quelli del Codice del Consumo e derivano dal recepimento della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive”. Il governo invita quindi a fare riferimento alle soluzioni trovate nel diritto dei consumatori per qualificare le clausole abusive. Cfr. *Rapport au Président*, cit.: «*enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats: en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de com-*



squilibrium contenuta nella disciplina del contratto di adesione non è nuova, ma mutuata dal diritto dei consumatori e dal diritto commerciale, benché vi siano fra loro alcune differenze non irrilevanti.

Partendo dalla disciplina consumeristica, l'articolo L. 212-1, comma 1, del codice del consumo prevede che "nei contratti conclusi tra professionisti e non professionisti o consumatori, sono abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di creare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti del contratto a danno del consumatore". Il paragrafo tre dell'articolo prevede poi che "la valutazione del carattere abusivo delle clausole non riguarda la definizione dell'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo o della remunerazione del bene venduto o del servizio offerto, purché le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile".

Ai fini di una comparazione dell'art. 1171 cod. civ. con le norme del codice del consumo è opportuno soffermarsi su un primo elemento, riguardante la valutazione del concetto di squilibrio significativo. Nel codice del consumo, se la clausola comportante un significativo squilibrio rientra all'interno del cosiddetto elenco nero predisposto dall'articolo R. 212-1, essa si presume abusiva "*de manière irrefragable*"⁵⁷. Invece, secondo la nuova disposizione del codice civile, per dichiarare il carattere abusivo della clausola occorre rilevare

merce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

⁵⁷ Art. R. 212-1, Code de la consommation: Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irrefragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:

1° Constater l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion;

2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires;

3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre;

4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;

5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service;

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations;

7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service;

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat;

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel;

11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel;

12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.



la presenza di tre condizioni: si deve essere in presenza di un contratto di adesione, la cui clausola determinante lo squilibrio significativo sia non negoziabile e predeterminata in anticipo da una parte. Da tale impianto normativo, sembra si possa escludere l'ipotesi che il giudice nell'applicare la norma del codice civile debba necessariamente condannare ogni clausola corrispondente all'elenco dell'articolo R. 212-1, del codice del consumo.

È bene ricordare, inoltre, che nei rapporti con i consumatori, contrariamente al diritto comune e al diritto commerciale, se una clausola rientra fra quelle previste dalla lista nera la specifica trattativa non assume rilievo ai fini della sanzione di abusività, ma è sufficiente che il consumatore provi che la clausola determinava uno squilibrio significativo, e dunque la prova della negoziabilità non può essere utilizzata per rovesciare la presunzione di abusività quando la clausola contestata è inclusa all'interno del suddetto elenco⁵⁸. È evidente qui la differente logica che sta alla base, da un lato, degli articoli 1171 del codice civile e L. 442-1 del codice del commercio, focalizzati sulle circostanze di negoziazione del contratto, e, dall'altro, dell'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, la cui unica finalità è la protezione di una categoria di contraenti.

La nozione di "squilibrio significativo" appare anche nel codice del commercio. Ai sensi dell'articolo L. 442-, I, no. 2 del codice del commercio, come modificato dalla recente legge n° 2021-1357 sono sanzionate le clausole vessatorie in tutti i contratti in cui è parte un professionista⁵⁹. Va tuttavia segnalato che, se nel diritto comune non è possibile ravvisare uno "squilibrio significativo" se esso verte sul prezzo o sull'oggetto della prestazione, siffatta esclusione non è contemplata nella disciplina commerciale. Anzi, si sottolinea frequentemente che l'articolo L. 442-1, I, no. 2, del codice del commercio è pensato nel contesto delle relazioni tra grandi distributori e piccoli produttori, in cui una parte economicamente forte costringe l'altra ad accettare condizioni squilibrate proprio sotto un profilo economico⁶⁰.

Nella complessità dello scenario appena descritto, ci si è domandati se sia possibile applicare la regola prevista dall'art. 1171 del *code civil* in presenza di una clausola abusiva posta in un contratto concluso tra professionisti, o tra un professionista e un consumatore. Come noto, la prima ipotesi è retta dall'articolo L. 442-6, I del codice commerciale, mentre la seconda ipotesi è specialmente regolata dall'articolo L. 212-1 del codice del consumo. In tale quadro, quale è il posto da riservare all'articolo 1171 del codice civile?

Una prima risposta arriva dall'art. 1105 del *code civil*, il quale stabilisce che «*les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*», conformemente al principio «*specialia generalibus derogant*». Ciò permette di risolvere il problema, escludendo l'articolo 1171 ogni volta che si applica l'articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio o l'articolo L. 212-1 del codice del consumo. Nella stessa direzione, la Commissione legislativa del Senato ha chiarito la natura sussidiaria dell'articolo 1171 del codice civile: "per

⁵⁸ Si veda, sul punto, la sentenza resa dalla Cour de cassation – Première chambre civile, 11 décembre 2019 / n° 18-21.164, in *Dalloz*, 2020, 353, con commento di M. MEKKI; "la clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable". Cfr., anche il commento di V. LEGRAND, *Clause abusive noire et pouvoir d'interprétation du juge: une incompatibilité sanctionnée par la Cour de cassation*, in *AJ contrat*, 2020, 97.

⁵⁹ Cfr. l'articolo L442-1 Code du commerce, come modificato dalla LOI n° 2021-1357 du 18 octobre 2021: I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services.

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties;

⁶⁰ Cfr., in questo senso, F. CHENEDE, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, 655 ss., n. 7.



chiarire l'intenzione del legislatore al momento della ratifica dell'ordinanza e per garantire la coerenza del diritto, (...) l'articolo 1171 del codice civile non può essere applicato nei campi già coperti dall'articolo L. 442-6 del Codice di commercio e dall'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, che già permettono di sanzionare le clausole abusive nei contratti tra professionisti e nei contratti di consumo. L'articolo 1171 del codice civile ha lo scopo di sanzionare le clausole abusive nei contratti di adesione che non sono già coperti dalle discipline già esistenti"⁶¹.

Il nuovo articolo 1171 del codice civile, relativo alle clausole abusive, sarebbe in tal modo accantonato quando è applicabile l'articolo L. 212-1 del codice del consumo o l'articolo L. 442-6 del codice commerciale⁶². Tale interpretazione, sostenuta da una parte della dottrina⁶³, è stata fortemente criticata da alcune voci dottrinarie che non hanno esitato a definire tale interpretazione un'applicazione "dogmatica" dell'adagio secondo cui la norma speciale deroga alla norma generale⁶⁴ per una serie di ragioni.

In primo luogo, sebbene il principio *specialia generalibus derogant* sia pacifico, bisogna considerare che lo spirito dei testi è animato da esigenze diverse: mentre l'articolo L. 442-1 (*ex C. com.*, art. L. 442-6) è un testo di diritto della concorrenza, che istituisce un sistema di controllo del mercato volto a contrastare il comportamento di quei soggetti che operano in una situazione di dominio economico, l'articolo 1171 del codice civile è un testo di diritto contrattuale, limitato ai contratti di adesione, che stigmatizza l'assenza di negoziazione e quindi la limitazione della libertà contrattuale.

In secondo luogo, vi è una divergenza anche nel campo di applicazione della regola sul controllo delle clausole abusive, in particolar modo tra la disciplina comune e quella del codice del commercio. Esso è limitato ai contratti di adesione, nel caso del diritto comune, mentre non lo è nel codice commerciale. Anche in merito alla sanzione prevista in caso di clausole abusive occorre infine fare delle distinzioni: l'articolo L. 442-1, I, 2° del codice commerciale prevede la sanzione della nullità e della "responsabilità civile" con il conseguente risarcimento, mentre l'articolo 1171 del *code civil* "reputa non scritta la clausola abusiva".

Di fronte alla posta in gioco, la dottrina, considerando "*réglable*" che il legislatore non abbia ritenuto utile precisare i criteri di articolazione tra diritto comune e discipline di settore correggendo la formulazione dell'articolo 1105 cod. civ.", ha sostenuto la possibilità di un'opzione fra le discipline, in conformità con i criteri fatti propri, sia pure con riferimento ad altre norme, dalla giurisprudenza di Cassazione (ma non seguiti dal legislatore)⁶⁵. Come già ricordato, i testi del codice civile, del codice del commercio e del codice del consumo non sono fra loro antinomici; ognuno di essi ha un campo distinto⁶⁶. In tale scenario, un diritto di

⁶¹ Cfr., in questo senso, la relazione depositata dal senatore F. PILLET, *Rapport Sénat* n° 22, 2017-2018, <https://www.senat.fr/rap/17-022/17-0221.pdf>; cfr. anche il Rapp. AN n° 247, 2017-2018, e i dibattiti sull'articolo 1171 del codice civile discussi all'Assemblea nazionale l'11 dicembre 2017.

⁶² Cfr. *Rapp. Sénat*, n° 22, 2017-2018, cit., 60 e 61: "l'articolo 1171 del Codice civile non può essere applicato nei campi già coperti dall'articolo L. 442-6 del Codice di commercio e dall'articolo L. 212-1 del Codice del consumo, che già permettono di sanzionare le clausole abusive nei contratti tra professionisti e nei contratti di consumo".

⁶³ Cfr. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le code civil*, in *JCP*, 2016, 391 ss.

⁶⁴ Cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss., specialmente n. 15.

⁶⁵ Con riferimento all'ambiguità della disposizione contenuta nell'art. 1105 *code civil*, cfr. M. MEKKI, *La loi*, cit., 900, no. 15: "*L'ambiguïté de cette disposition a été plusieurs fois soulignée. La première difficulté consiste à savoir si les règles particulières à certains contrats renvoient au droit des contrats spéciaux ou au droit spécial applicable aux contrats (droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommation...) ? L'autre difficulté réside dans le fait que cette disposition, censée consolider la jurisprudence antérieure, n'utilise pourtant pas les conditions dégagées par la Cour de cassation. Selon cette dernière, il convient de se demander si les règles en conflit poursuivent la même finalité et si elles sont incompatibles*". Favorevole ad una opzione fra le discipline laddove compatibili è anche N. BLANC, *L'équilibre du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, n° 116b6, 155 ss., no. 8.

⁶⁶ Si veda a questo proposito, K. LAFAURIE, *Clauses abusives: l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux*, in *JCP E*, 2017, 1453 e ss.; M. MEKKI, *La loi*, cit., 900 ss., n. 15.



opzione sembra quindi concepibile, come dimostrato da alcune pronunce su norme in materia processuale proprio con riferimento al rapporto tra la disciplina comune e quella commerciale⁶⁷.

5. – Il contenzioso derivante dalle prime applicazioni dell'articolo 1171 del codice civile sta gradualmente occupando le aule delle corti d'appello. Le difficoltà di applicazione che questo testo prometteva cominciano così ad emergere.

5.1. – Con riferimento alla precisa delineazione dei confini dell'ambito di applicazione della disciplina introdotta con le norme già esistenti del codice del consumo e del codice commerciale, è interessante segnalare due decisioni rese dalla Corte d'Appello di Lione in merito a due contratti di locazioni finanziarie aventi condizioni generali particolarmente severe per i locatari⁶⁸.

Nel caso di un contratto di leasing finanziario che riservava al solo locatore il diritto di risolvere il contratto di diritto, la Corte d'Appello di Lione ha deciso che si trattava di uno squilibrio significativo ai sensi dell'articolo 1171 del codice civile⁶⁹. Nel secondo caso, riguardante la pretesa abusività di una clausola penale che obbligava l'inquilino in caso di recesso anticipato a pagare la totalità dell'affitto rimanente, i giudici hanno negato l'applicabilità dell'art. 1171 cod. civ., basandosi sul comma 2 dell'articolo 1171 del codice civile, che vieta qualsiasi controllo che verta sulla "adeguatezza del prezzo del servizio".

Nel primo caso, è interessante notare che l'articolo 1171 del codice civile è letteralmente "venuto in soccorso" della parte che lamentava l'abusività della clausola contenuta nel contratto, in quanto quest'ultima si è vista rifiutare la possibilità di invocare l'articolo L. 442-1, I, 2° del codice commerciale dinanzi alla Corte d'Appello di Lione. Va infatti precisato che inizialmente l'appellante aveva denunciato lo squilibrio della clausola risolutiva, sulla base degli articoli L. 442-1, I, 2 del codice di commercio, e 1171 del codice civile. Avendo la Corte d'Appello di Lione sostenuto che i reclami basati sull'articolo L. 442-1 erano inammissibili dinanzi ad essa, "*en raison de l'exclusivité de compétence laissée à d'autres juridictions*", ma non in ragione

⁶⁷ Cfr. *Cour d'appel de Paris*, 5 novembre 2021, n° 20/00022. In questa decisione, contrariamente all'orientamento precedente che stabiliva che in virtù dell'adagio "*specialia generalibus derogant*", l'articolo 1171 doveva essere escluso a favore dell'articolo L. 442-6, I, 2° del codice commerciale, la corte ritiene che il testo del codice civile abbia una portata generale e non possa essere messo da parte a favore di quest'ultimo. La Corte di Cassazione ha stabilito che, nell'ambito delle controversie relative all'applicazione dell'ex articolo L. 442-6, ora L. 442-1, i ricorsi contro le decisioni rese dai tribunali non specializzati sono ammissibili davanti ai tribunali ordinari d'appello, i quali devono pronunciarsi nei limiti del loro potere giurisdizionale. Seguendo questo argomento, sembra che il giudice ordinario possa così pronunciarsi in applicazione della legge ordinaria quando è questa ad essere invocata, salvo il caso in cui l'attore abbia avanzato solo la domanda di risarcimento del danno, fondata sugli articoli a tal fine preposti contenuti nel *Code de commerce*. In quest'ultimo caso, sarà il giudice specializzato quello competente a decidere. Cfr. Cass. com., 18 settembre 2019, n. 18-10.225, in *Concurrences*, 2019-4, p. 119; Cass. com., 4 novembre 2014, n. 12-25.856; Cass. com., 29 marzo 2017, n. 15-17.659, in *Bull. civ. IV*, n. 49, in *Concurrences*, 2-2017, art. 83737, con commento di M.-C. MITCHELL; in *JCP E*, 2017, 1238 con commento di R. Loir; in *JCP G*, 2017, n. 18, 498, con commento di M. BEHAR-TOUCHAIS. In dottrina, cfr. in questo senso, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, in *La semaine juridique*, 14, 2016, 391 ss.; AA.VV., *Le pouvoir accru du juge: une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 49, 2016.

⁶⁸ CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265 et n° 18/08026 con il commento di H. BARBIER, *De l'articulation de l'article 1171 du code civil avec l'article L. 442-1 du code de commerce*, in *RTD civ.*, 2020, 375 ss.

⁶⁹ CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265, cfr. L. VOGEL – J. VOGEL, *L'article 1171 du Code civil à la rescousse d'une partie irrecevable à invoquer l'article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce devant la cour d'appel de Lyon*, in *L'essentiel – Droit de la distribution et de la concurrence* – n°04 – 3 ss.; H. BARBIER, *De l'articulation*, cit., 375 ss.



della sua inapplicabilità alla controversia, si è quindi concentrata sulla verifica della applicabilità dell'articolo 1171, invocato in via sussidiaria dall'appellante. La Corte d'Appello di Lyon ha ritenuto che la clausola dovesse essere ritenuta non scritta poiché determinava un notevole squilibrio ai sensi dell'art. 1171 *code civil*⁷⁰.

In tale scenario, spetterà alla Corte di Cassazione portare alla luce una norma interpretativa al momento latente⁷¹. In ogni caso, sembra che aldilà di queste due pronunce l'orientamento dei giudici si stia consolidando verso una applicazione residuale dell'art. 1171 *code civil*⁷².

5.2. – La seconda serie di problemi con cui la giurisprudenza si è dovuta confrontare riguarda l'articolo 1171 del *code civil*. Nella prima delle due decisioni rese dalla Corte d'Appello di Lyon, i giudici hanno reputato “*non écrite*” la clausola di risoluzione inclusa nelle condizioni generali del contratto di locazione finanziaria⁷³, mentre nel secondo caso, riguardante la pretesa abusività di una clausola penale che obbliga l'inquilino in caso di recesso anticipato a pagare la totalità dell'affitto rimanente, i giudici hanno negato l'applicabilità dell'art. 1171 cod. civ., basandosi sul comma 2 dell'art. 1171 cod. civ., che vieta qualsiasi controllo che verta sulla “adeguatezza del prezzo del servizio”, dichiarando in tal modo infondata la denuncia della abusività della clausola che obbliga l'inquilino a pagare il prezzo totale. Il ragionamento dei giudici nel se-

⁷⁰ CA Lyon, 3e ch. A, 27 févr. 2020, no 18/08265. In dottrina cfr. i commenti di L. VOGEL, J. VOGEL, *L'article*, cit., 3 ss.; H. BARBIER, *De l'articulation*, cit., 375 ss.

⁷¹ In questo senso, è opportuno segnalare che con riferimento alla prima delle due decisioni rese dalla Corte di appello di Lyon, (CA Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265), la Cassazione si è recentemente espressa. Cfr. Cour de cassation, 26 gennaio 2022, n. 20-16.782, in cui la Corte cassa parzialmente la decisione della Corte d'appello di Lyon che aveva ritenuto che la clausola di risoluzione espressa concessa ad una sola delle parti integrava lo “squilibrio significativo” e perciò era da ritenersi non scritta. Secondo la Corte, «*si dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite, un tel déséquilibre ne saurait s'inférer de la seule absence de réciprocité d'une clause résolutoire de plein droit, dès lors que son unilatéralité s'explique par l'objet même du contrat et la nature des obligations dont sont respectivement tenues les parties; qu'en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire; qu'en prétendant néanmoins, s'agissant de la clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers inscrite à l'article 12.a des conditions générales du contrat de location financière, déduire un déséquilibre significatif de son seul défaut de réciprocité, la cour d'appel a violé l'article 1171 du code civil*”.

⁷² Si veda in materia commerciale, CA Caen – ch. civile et commerciale 02 – 23 septembre 2021 – n° 19/01684. L'applicazione residuale dell'art. 1171 cod. civ. è evidente anche nelle controversie relative al diritto del lavoro. In una recente decisione della corte d'appello di Parigi, chiamata a pronunciarsi sull'esistenza di un notevole squilibrio tra le parti, in conseguenza di una clausola di riduzione del termine di prescrizione contenuta in un contratto di lavoro, i giudici hanno deciso di escludere l'applicazione dell'art. 1171 cc sulle clausole abusive in quanto il contratto di lavoro non era un contratto di adesione e la clausola contestata era caratterizzata dalla reciprocità. Cfr., CA Paris, 10 février 2021, n. 18 /11116 con commento di A.L. ZABEL, *L'application de l'article 1171 du Code civil refusée à une clause de réduction de la prescription contenue dans un contrat de travail*, in *Les Petites Affiches*, 2021, n° 160h6, 16 ss.

⁷³ Per una serie di diverse ragioni. In primo luogo, perché essa è inserita solo a beneficio del locatore senza prevedere tale prerogativa a beneficio del locatario. Come noto, l'assenza di reciprocità costituisce uno dei principali criteri per la determinazione dello “squilibrio significativo”. In secondo luogo, perché la clausola risolutiva agisce nel caso di inadempienze del locatario concernenti l'esecuzione di altri contratti e nei confronti di società diverse da quelle del locatore, ossia quelle appartenenti al gruppo del locatore. In terzo luogo, la clausola risolutiva operava anche in caso di eventi che non costituivano violazioni contrattuali. Una clausola risolutiva che rinvii ad eventi esterni è soggetta al controllo sull'abusività se il tipo e il numero di eventi cui fa riferimento finiscono per indebolire e rendere eccessivamente ingiusto il contratto in una sola direzione, come nel caso di specie. In questo senso, cfr. H. BARBIER, *De l'articulation*, cit., 375 ss. In senso contrario, cfr. Cfr. Cour de cassation, 26 gennaio 2022, n. 20-16.782.



JUS CIVILE

condo caso è parso ad una parte della dottrina molto discutibile. Che si consideri o meno questa clausola di risoluzione anticipata come una clausola penale⁷⁴, la natura della somma versata sembra debba configurarsi non tanto come il prezzo, ma piuttosto come indennità, che ben può rientrare nell'ambito coperto dal primo (e non dal secondo) comma dell'art. 1171. In questo senso, sarebbe del tutto ipotizzabile il controllo sull'abusività ex art 1171 cod. civ.⁷⁵.

D'altra parte, potrebbe essere vantaggiosamente preso in prestito dalle due discipline – consumeristica e commerciale – il criterio che prevede la valutazione dello squilibrio in considerazione del contratto nel suo insieme, di modo che una clausola che, presa isolatamente, sarebbe squilibrata sia riequilibrata da altre stipulazioni. In effetti, i giudici hanno già accolto una tale interpretazione sulla base del vecchio articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio (ora C. com. art. L.442-1, I, 2°)⁷⁶. Anche il diritto dei consumatori prevede la medesima regola all'articolo L. 212-1 del codice del consumo, il quale stabilisce al secondo comma: “fatte salve le regole d'interpretazione previste dagli articoli (...) del codice civile, il carattere abusivo di una clausola è valutato facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che ruotano attorno alla sua conclusione, così come a tutte le altre clausole del contratto. La valutazione sarà fatta anche tenendo conto delle clausole contenute in un altro contratto quando i due contratti sono giuridicamente legati nella loro conclusione o esecuzione”.

Il criterio della valutazione globale dell'abusività delle clausole secondo le discipline speciali ora descritte potrebbe rappresentare un modello anche per il giudice ordinario che incomincia ora a pronunciarsi sullo squilibrio significativo ai sensi dell'articolo 1171 del codice civile.

5.3. – Un'altra serie di decisioni riguarda infine il regime delle sanzioni.

Il nuovo articolo 1171 del codice civile stabilisce che una clausola abusiva è “considerata non scritta”. La sanzione prevista dal legislatore nel diritto comune è identica a quella prevista nel diritto dei consumatori all'articolo L241-1⁷⁷, ma si discosta dalla soluzione sancita dal diritto commerciale, ai sensi del quale l'esistenza di uno squilibrio significativo può portare alla nullità e alla responsabilità del suo autore⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. a favore di questa caratterizzazione, Cass. Com. 10 mars 2015, n. 13-27.993, in *RTD civ.*, 2015, 378, con nota di H. BARBIER; contra, Cass. Civ. 2e, 13 juin 2013, n° 12-21.300, in *RTD civ.*, 2013, 601, con nota di H. BARBIER e Cass. Civ. 1re, 11 mai 2017, n° 15-21.456.

⁷⁵ Sul problema dell'articolazione delle due sanzioni allegate ad una clausola penale eccessiva, cfr. Cass. Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, in *Dalloz*, 2015, 1204 con nota di H. BARBIER, *Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite?*, in *RTD civ.*, 2015, 606 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass. com., 3 mars 2015, no 13-27.525, *Bull. civ.*, IV, no 42, D. 2015, 1021; Cass. com., 27 mai 2015, no 14-11.387, *Bull. civ.*, IV, no 87, in *RTD civ.*, 2015, 606, com. comment di H. Barbier.

⁷⁷ Article L241-1, Code de la consommation (Création Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016): *Les clauses abusives sont réputées non écrites*.

⁷⁸ Article L442-4, come modificato dalla recente Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019: I.-Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pra-



Il regime giuridico e l'effetto delle due sanzioni differiscono, anche se i giudici hanno da sempre avuto qualche difficoltà nel distinguere i due piani. Tuttavia, tale distinzione è sottolineata in una decisione resa dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione, secondo cui la domanda volta a fare ritenere non scritte le clausole oggetto della controversia non equivale a una domanda di nullità e pertanto non è soggetta al termine di prescrizione quinquennale⁷⁹. La sanzione prevista per le clausole abusive ai sensi dell'articolo 1171 del codice civile è dunque ben diversa da quella prevista ai sensi degli articoli L. 442-1 e L. 442-4 del codice commerciale.

Ci si chiede infine se sia possibile procedere alla sostituzione della clausola “reputata non scritta” con le norme suppletive nazionali, seguendo l'esempio della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritto dei consumatori⁸⁰, oppure sulla base del rinvio agli usi e alle prassi da parte del giudice commerciale, come avviene in caso di significativo squilibrio ex art. L. 442-1, I, 2, del codice del commercio. In conformità a quanto dichiarato dalla Corte di giustizia europea, sembra che tale possibilità debba essere accordata in via eccezionale e solo nel caso in cui le norme suppletive permettano di mantenere in vita il contratto ed evitare così che la sanzione sia dannosa per il contraente debole⁸¹. In ogni caso, la lacuna non può essere colmata da un generico riferimento ai principi di equità o agli usi, in quanto si tratta di disposizioni troppo generali. Infatti, mentre la sostituzione di una clausola suppletiva non richiede alcuna interpretazione da parte del giudice, la situazione è diversa per un riferimento a una disposizione troppo generale che permetterebbe al giudice, attraverso la sostituzione, di modificare “l'equilibrio degli interessi voluto dalle parti”⁸².

6. – Alla luce delle posizioni dottrinarie e delle pronunce giurisprudenziali analizzate, sembra si possa parlare, secondo un'espressione usata in dottrina, di ascesa e caduta del contratto di adesione.

La riforma ha sicuramente avuto il merito di mostrare la necessità di rispondere alla mutata realtà contrattuale. In questo senso l'aver preso in seria considerazione il problema è stato senz'altro opportuno in quanto corrispondente ad una esigenza del reale.

Come dichiarato da una autorevole dottrina, l'intenzione della riforma era quella di “adottare una regola comune, un principio generale di controllo giudiziario delle clausole vessatorie”. Sotto questo profilo, il pregio della riforma è stato senz'altro quello di non far coincidere il contratto di adesione con la categoria dei contratti di massa. In questo scenario, anche il contratto predisposto per una singola operazione, purché unilateralmente, può essere qualificato come *contrat d'adhésion*⁸³. Tuttavia, la nuova disciplina ha posto, come abbiamo visto, seri problemi interpretativi. I problemi maggiori, come si è cercato di evidenziare, riguardano il coordinamento con le discipline già esistenti nella legislazione del Codice del consumo e del codice del commercio, e la difficile individuazione del contratto di adesione all'interno del diritto comune come con-

tiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. (...).

⁷⁹ Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169, in *Dalloz*, 2019, 1033, la quale ha precisato che «la demande tendant à voir réputer non écrites des clauses au titre de la lutte contre les clauses abusives “ne s'analysait pas en une demande de nullité de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale”»; in *RTD civ.*, 2019, 334 e s., con nota di H. Barbier.

⁸⁰ Cfr. Corte giust. UE, 14 marzo 2013, aff. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, in *Dalloz* 2014, 1297.

⁸¹ Cfr. Corte giust. UE, 30 aprile 2014, aff. C-26/13, in *Dalloz* 2014, 1038.

⁸² Come peraltro confermato da una sentenza della Corte giust. UE, del 3 ottobre 2019, cfr. Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, aff. C-260/18, D. v/ Raiffeisen Bank International AG, in *Dalloz*, 2019, 1932 ss.

⁸³ T. GÉNICON, *Il contrat d'adhésion*, cit., 107.



tratto antinomico a quello oggetto di trattativa e cioè come contratto “negoziabile”. Se la nuova inserzione aveva il compito di rispondere alla esigenza di sanzionare la condotta di una parte che abusa della situazione di debolezza dell’altra, in un’ottica di giustizia contrattuale, non si può negare che tale innovazione appaia un po’ deludente rispetto ai desiderata della riforma, avendo causato una frammentazione della disciplina⁸⁴. Lo scenario giuridico attuale presenta tre figure: il contratto d’*adhésion*, il contratto *B2B*, il contratto *B2C*, disciplinate da normative che sono diverse per alcuni aspetti, e comuni per altri⁸⁵. Poiché le relazioni tra professionisti e consumatori sono soggette all’articolo L. 212-1 del codice del consumo e le relazioni tra professionisti in diritto commerciale e artigianale sono soggette all’articolo L. 442-6, I, 2°, del codice del commercio, è inevitabile che all’articolo 1171 del codice civile sia riservato un campo di applicazione davvero limitato⁸⁶.

Come si è visto, il punto è controverso. A fronte del dettato dell’art 1105 *code civil*, che escluderebbe il ricorso alla norma di diritto comune laddove si può applicare la disciplina speciale, in alcuni casi i giudici hanno comunque ammesso l’opzione fra le discipline.

Da quanto finora emerso, nell’azzardare un primo e necessariamente limitato tentativo di bilancio, certamente la riforma è stato un generoso tentativo di introdurre una norma ispirata alla giustizia contrattuale in grado di sanzionare il significativo squilibrio fra le parti contrattuali, in una prospettiva di unità che storicamente è basata sul codice civile – “ed in una prospettiva che possa catturare nuove ipotesi di squilibrio estranee all’ottica dei diritti speciali”, pensiamo ai piccoli professionisti, ai liberi professionisti, ai rapporti tra privati⁸⁷. Tuttavia, non sembra che, nelle sue scelte di dettaglio, la riforma del diritto comune francese possa rappresentare una soluzione o un modello convincente. In effetti, è legittimo chiedersi che senso abbia moltiplicare i meccanismi di sanzione delle clausole che creano uno squilibrio significativo⁸⁸, attraverso meccanismi che sembrano sovrapporsi in larga misura, sia per quanto riguarda lo scopo della protezione fornita che per quanto concerne le sanzioni previste. L’ambito di applicazione della disciplina del contratto di adesione sembra d’altronde davvero ridotto al minimo. In questa veste, che come già detto è frutto di un compromesso, il legislatore ha a mio parere tradito gli obiettivi di partenza e vanificato gli sforzi inizialmente intrapresi.

⁸⁴ Per questo motivo, una parte della dottrina avrebbe volentieri alla sua introduzione nel codice civile. Cfr. M. BEHAR-TOUCHAIS, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, N. MARTIAL-BRAZ, *Study on all mandatory rules applicable to contractual obligations in contracts for sales of tangible goods sold at a distance and, in particular online*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

⁸⁵ T. GÉNICON, *Il contrat d’adhésion*, cit., 116.

⁸⁶ Si potrebbe pensare che l’applicazione dell’art. 1171 *code civil* sia ridotta ai rapporti che coinvolgono un libero professionista cui è vietato per statuto di esercitare attività commerciale (ed è quindi escluso dal campo di applicazione del C. com. L. 442-6, I, 2°) e i suoi soci; ai rapporti tra un agente commerciale e il suo mandante, che non è coperto dall’articolo L. 442-6, I, 2°, del codice di commercio. Cfr. Cass. com., 3 avril 2013 n° 11-13.527, in *JurisData*, n° 2012-006422. Si potrebbe anche pensare ai rapporti tra privati, ma in questa ipotesi il contratto deve essere un contratto di adesione. Torna qui alla mente il caso prospettato dal ministro di giustizia in sede di presentazione degli obiettivi della riforma: quello di un contratto tra privati concluso tramite una piattaforma di economia digitale. Ma, anche qui, non è escluso che tale ipotesi possa rientrare nel campo d’applicazione dell’articolo L. 212-1 del Codice del Consumo come stabilito dalla Corte di Cassazione: “l’azione preventiva di rimozione delle clausole abusive aperta alle associazioni riconosciute di difesa dei consumatori è destinata ad applicarsi ai contratti tipo destinati ai consumatori e redatti da professionisti in vista di un uso diffuso”, Cfr. Cass. 1re civ., 3 febbraio 2011, n. 08-14.402, in *JurisData*, n. 2011-000999; e in *JCP*, G 2011, 414.

⁸⁷ T. GÉNICON, *Il contrat d’adhésion*, cit., 107.

⁸⁸ Benché sia impossibile in questa sede approfondire il tema, è importante segnalare che l’attuale modello tripartito della protezione del contraente debole previsto dall’ordinamento francese dovrà necessariamente confrontarsi e coordinarsi con le nuove direttive 2019/770/UE, 2019/771/UE e 2019/2161 finalizzate alla unificazione della disciplina sulla tutela dei consumatori nel mercato digitale.



JUS CIVILE

Rispetto alle diverse opzioni possibili, presenti nel dibattito italiano, fra l'adozione di un'unica figura contrattuale contrapposta a quella di diritto comune (ad esempio quella del "contratto asimmetrico"), con una normativa unica, e la creazione di tre figure con tre diverse normative (il "terzo contratto", il contratto del consumo" e il "contratto di diritto comune"), il legislatore francese ha optato per un'altra soluzione, inserendo, attraverso il contratto di adesione, una disciplina volta a sanzionare l'assenza di negoziabilità nei contratti conclusi anche in situazioni di parità delle parti, a prescindere dalle situazioni di forza e debolezza, mantenendo pur tuttavia le discipline di settore.

Infine, un'ulteriore critica può sollevarsi in merito al requisito cardine della negoziabilità determinante il contratto di adesione. A fronte della restrizione operata sul sindacato sull'abusività ex art. 1171, ci si può domandare se sia il riferimento al *contrat d'adhésion* la vera soluzione, o se non rappresenti invece una soluzione più efficace e coerente con gli obiettivi della Riforma l'adozione di una disciplina che, sul modello dell'articolo 4: 110 dei *Principles of European Contract law*, sanzioni le singole clausole abusive che non sono state oggetto di specifica trattativa, a prescindere dal tipo di contratto⁸⁹.

⁸⁹ Come stabilito nell'articolo 4: 110 dei PECL Cfr. articolo 4: 110 dei PECL: *A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.* In senso simile, cfr. DCFR, II. – 9:408. Come già peraltro evocato nel prezioso contributo di D. IMBRUGLIA, *La Loi de ratification dell'Ordonnance di ricodificazione e il ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1273, una tale soluzione avrebbe avuto il vantaggio di avvicinare davvero la disciplina francese a quella propria delle fonti europee di armonizzazione, secondo gli obiettivi della Riforma.