

## ABUS DE DÉPENDANCE E CONTROLLO DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE\*

| 526 Di Francesco Rende

**SOMMARIO:** 1. *Le ragioni della riforma del Code civil-* 2. *La libertà contrattuale nelle disposizioni introduttive alla disciplina del contratto* – 3. *Autonomia privata e giustizia contrattuale nella genesi dell'abus de dépendance* – 4. *L'inserimento dello squilibrio contrattuale tra i requisiti della fattispecie* – 5. *L'état de dépendance* – 6. *Il contegno del contraente forte* – 7. *L'abus de dépendance quale patologia del regolamento contrattuale* – 8. *I*

*ABSTRACT.* La disciplina dell'abus de dépendance, considerata disposizione simbolo della riforma del diritto patrimoniale francese, è stata al centro di un acceso dibattito nel corso dell'iter legislativo che ha condotto al testo definitivo dell'art. 1143 del Code. Il risultato finale è apparso a molti autori inappagante e, soprattutto, non in linea con le aspettative generate dalla loi n° 2015-177. Il presente lavoro affronta le principali questioni interpretative sollevate dal testo della disposizione. Si evidenzia, inoltre, l'incongruenza della collocazione dell'abus de dépendance tra i vizi del consenso e se ne propone una ricostruzione quale patologia del regolamento contrattuale. Un siffatto mutamento di prospettiva si ripercuote sul piano dei rimedi aprendo la strada a tecniche di tutela conformative del contratto.

*The discipline of abus de dépendance, considered an iconic provision of the reform of French patrimonial law, was the subject of controversial discussions during the legislative process that led to the definitive text of art. 1143 of the Code. The final result appeared to many authors to be unsatisfactory and, above all, not in line with the expectations generated by loi n ° 2015-177. This work addresses the main interpretative issues raised by the text of the provision. Furthermore, it's highlighted the inconsistency of its location among the vices of consent and a reconstruction of the abus de dépendance is proposed as a pathology of the contractual regulation. Such a change of perspective affects the system of remedies, opening the way to conforming protection techniques of the contract.*

### 1. Le ragioni della riforma del *Code civil*.

In una fase storica caratterizzata da un significativo rallentamento del processo di costruzione del diritto contrattuale europeo e dal riaffiorare dei nazionalismi all'interno degli Stati membri dell'U.E., i codici civili nazionali si rinnovano per fronteggiare, da una ritrovata posizione di centralità, le nuove sfide dei mercati<sup>1</sup>.

Ultimo a capitolare<sup>2</sup>, dopo oltre duecento anni di resistenza, è stato il *Code Napoléon* vero e proprio monumento storico<sup>3</sup> e simbolo dell'identità nazionale francese.

Il percorso di riforma del *Code*, avviato all'indomani dei festeggiamenti per il suo bicentenario e completato con la *loi* n° 2018-287<sup>4</sup>, è

stato piuttosto lento<sup>5</sup> ed accidentato, salvo subire un'improvvisa accelerazione nel 2015 allorché l'art. 8 della *loi* n° 2015-177<sup>6</sup>, con il dichiarato obiettivo di predisporre una regolamentazione del diritto patrimoniale competitiva sul piano internazionale<sup>7</sup>, ha demandato al governo il compito di provvedere ad *ammodernare, semplificare, migliorare la leggibilità e l'accessibilità* della disciplina generale del contratto, delle obbligazioni e delle prove, nonché di *garantire la certezza del diritto e l'efficacia della regolamentazione*.

L'impianto originario del *Code* non poteva, infatti, considerarsi al passo con le esigenze emerse *medio tempore* nella società francese e collegate alla evoluzione dei rapporti di natura patrimoniale; soltanto l'incessante opera di aggiornamento ed integrazione portata avanti dalla giurisprudenza aveva consentito la sopravvivenza della disciplina ottocentesca delle obbligazioni e dei contratti<sup>8</sup>.

Un siffatto assetto poneva evidenti problemi di certezza giuridica<sup>9</sup> e rendeva il diritto patrimoniale francese poco competitivo rispetto a quello di altri Stati<sup>10</sup>.

La delega al Governo, tuttavia, ha suscitato una forte opposizione, ritenendosi che, per il suo

<sup>1</sup> G. VETTORI, *Introduzione*, in G. VETTORI - E. NAVARRETTA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, numero monografico di *Persona e mercato*, 1-2018, p. 4 il quale evidenzia come i codici nazionali siano interessati da importanti processi di revisione "pensati per accrescere identità e incidenza su aree economiche rilevanti". Sulla necessità di considerare tali processi riformatori del diritto nazionale quali catalizzatori per il diritto contrattuale europeo v., H. MUIR WATT - S. GRUNDMANN, *Editorial*, in *ERCL*, 2017, p. 336; S. GRUNDMANN - M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, *ivi*, spec., pp. 468 s. e 490.

<sup>2</sup> Anche in Italia è da tempo avvertita l'esigenza di un ammodernamento del Codice civile. Di recente, su iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro della giustizia è stato presentato al Senato il Ddl n. 1151 recante la "Delega al Governo per la revisione del codice civile" (cfr., L. BALESTRA-V. CUFFARO-C. SCOGNAMIGLIO-G. VILLA, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 598 ss.). Un'ampia riflessione sulle esigenze di riforma del libro IV del Codice civile venne svolta dalla dottrina in occasione del Convegno organizzato per il cinquantenario della Rivista di Diritto Civile, su *Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale* (Treviso, 23-25 marzo 2006) i cui Atti sono pubblicati in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2006.

<sup>3</sup> Cfr., G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.

<sup>4</sup> Cfr., *Loi* n° 2018-287 du 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, in *Journal officiel* del 21 aprile 2018. Come si vedrà nel prosieguo, la legge non si è limitata ad una mera ratifica ma ha inciso profondamente su talune disposizioni dell'*ordonnance* tanto da indurre taluni autori a ribattezzarla come "*réforme de la réforme*" (cfr., M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 900 ss.; X. DELPECH, 2019, *où va le droit des contrats?*, in *AJ Contrats*, 2019, p. 1. Per un primo commento a tale legge v., J.-D. PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée !*, in *Actualité Dalloz*, 30 avril 2018; D. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 912 ss.; B. MALLET-BRICOUT, *Une ratification multidimensionnelle - À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *RTDCiv.*, 2018, p. 740 ss.; N. DISSAUX, *La réforme du*

*droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018*, in *AJDI*, 2019, p. 336 ss.

<sup>5</sup> Risale, infatti, al 2005 il primo progetto di riforma guidato da Pierre Catala (cfr., P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, *La Documentation Française*, 2006). Ad esso sono seguiti quello coordinato da François Terré (F. Terré (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009) ed un terzo elaborato da un gruppo di studio costituito dalla Corte di Cassazione francese (cfr., *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, reperibile su <https://www.courdecassation.fr>). Come ricorda G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., peraltro, una prima iniziativa di riforma può farsi risalire al progetto di codice italo-francese proposto da Vittorio Scialoja e pubblicato nel 1927.

<sup>6</sup> Cfr., *Loi* n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

<sup>7</sup> L'*exposé des motifs*, *loi* n° 2015-177 precisa che tra gli obiettivi della riforma vi è quello di contribuire "*au rayonnement et à l'attractivité du système juridique français*".

<sup>8</sup> Basti pensare che prima dell'*ordonnance* del 2016 il *Code* non conteneva alcuna disposizione concernente la formazione del contratto la cui regolamentazione era interamente rimessa al formante giurisprudenziale.

<sup>9</sup> Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *JORF* n°0035 du 11 février 2016 *texte* n° 25, reperibile anche su <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, p. 2 ove l'incertezza viene espressamente collegata anche al mutare degli orientamenti giurisprudenziali.

<sup>10</sup> Quali quello inglese nonché quello tedesco, portoghese e spagnolo recentemente interessati dalla riforma della disciplina delle obbligazioni e dei contratti.



significato simbolico, il *Code*, vera e propria “Costituzione civile”<sup>11</sup>, non potesse essere così profondamente modificato senza l’approvazione delle due Camere. Soltanto l’intervento del *Conseil constitutionnel*<sup>12</sup>, confermando la piena legittimità della succitata delega, ha posto fine alla *querelle*.

Nonostante i diversi incidenti di percorso, decorso appena un anno dalla l. n. 2015/177, l’*ordonnance* del 10 febbraio 2016<sup>13</sup> ha quasi interamente riscritto i titoli III (dedicato alle fonti delle obbligazioni<sup>14</sup>), IV (concernente il regime generale delle obbligazioni) e IV bis (relativo alle prove)<sup>15</sup> del libro III<sup>16</sup> del *Code Civil* al fine di conseguire la *semplificazione*, l’*ammodernamento* e la conformità al principio della *certezza del diritto*.

D’altra parte, l’urgenza di conformare la disciplina francese agli standard internazionali

forniva una decisiva spinta propulsiva all’approvazione della riforma.

Il rafforzamento dell’attrattività della legge francese, in termini *politici, culturali ed economici* è, invero, indicato, anche dal Rapporto al Presidente della Repubblica<sup>17</sup>, tra gli obiettivi primari dell’intervento normativo e rappresenta, a nostro avviso, il filo conduttore delle principali novità introdotte nella disciplina generale del contratto<sup>18</sup>.

Si spiegano, in tale prospettiva, talune caratteristiche significative della riforma concernenti tanto l’impalcatura generale e le scelte di fondo, quanto alcuni specifici istituti.

## 2. La libertà contrattuale nelle disposizioni introduttive alla disciplina del contratto.

A tracciare le linee direttrici della riforma sono gli art. 1101 e ss. contenenti le *dispositions liminaires* alla disciplina del contratto. Una forte influenza è stata, in particolare, esercitata dai progetti concernenti l’armonizzazione del diritto contrattuale europeo ed internazionale<sup>19</sup> (dai Principi Unidroit<sup>20</sup> al DFCR<sup>21</sup>, dai Principi Lando<sup>22</sup> al Codice Gandolfi, tutti espressamente richiamati dal Rapporto al Presidente della Repubblica) considerati punti di riferimento, in quanto elaborati tenendo conto delle esigenze degli operatori del mercato ed attraverso uno sforzo di sintesi delle

<sup>11</sup> Cfr., G. VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 4.

<sup>12</sup> Il progetto di *ordonnance* redatto dal Ministero di Giustizia ha determinato lo scontro tra l’Assemblea nazionale (favorevole al progetto) ed il Senato (contrario a che una riforma così importante venisse approvata tramite *ordonnance*) finché, ai sensi dell’art. 45 della Costituzione francese, l’Assemblea ha autorizzato il governo ad adottare l’ordinanza di riforma. Ne è seguito un ricorso innanzi alla Corte costituzionale da parte di un folto gruppo di senatori; la Corte ha ritenuto, però, legittimo l’operato dell’Assemblea. Sul punto v., G. VETTORI, *Introduzione*, cit., spec., p. 6 s.; B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform and the Political Process*, in *ERCL*, 2017, p. 337 ss.

<sup>13</sup> Per una disamina generale dell’*ordonnance* v., N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016)*. *Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, *passim*; F. POLLAUD DULIAN, *Réforme du droit civil des contrats par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, in *RTDcom.*, 2016, p. 504; H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l’ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 247 s.; J.-D. PELLIER, *L’ordonnance portant réforme du droit des contrats*, cit.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell’ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss. e, per la dottrina italiana, G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss.; G. VETTORI- E. NAVARRETTA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, cit., *passim*; D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, *passim*; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l’Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 322; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.

<sup>14</sup> Al suo interno il titolo III è articolato in sottotitoli: il contratto (sottotitolo uno), la responsabilità extracontrattuale (sottotitolo due) le altre fonti delle obbligazioni (sottotitolo tre).

<sup>15</sup> In precedenza, il titolo III era dedicato al contratto ed alle obbligazioni convenzionali in generale, il titolo IV alle altre fonti delle obbligazioni ed il titolo IV bis alla responsabilità per prodotto difettoso.

<sup>16</sup> Come è noto, il libro III del *Code Civil* è dedicato ai differenti modi di acquisto della proprietà.

<sup>17</sup> Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., p. 3.

<sup>18</sup> L’obiettivo viene seguito anche attraverso l’opera di semplificazione del lessico e dei concetti utilizzati volta a rendere maggiormente accessibile e fruibile la disciplina in esame anche ai non addetti ai lavori. Sul punto v., però, L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2016, p.1143 ss., che ridimensiona la portata delle novità lessicali.

<sup>19</sup> Cfr., S. GRUNDMANN – M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, cit., p. 468. Gli A., evidenziano l’innovatività, sotto il profilo in esame, della scelta operata dal legislatore francese rispetto, ad esempio, a quello tedesco che avrebbe fondato la *Schuldrechtmodernisierung* essenzialmente sulla direttiva del 1999 concernente la vendita dei beni di consumo. Sull’opportunità che i giudici francesi diano applicazione alle nuove disposizioni tenendo conto del substrato che ne ha influenzato la redazione ed in guisa da promuovere la costruzione di un comune diritto europeo dei contratti, v., B. FAUVARQUE-COSSON, *The French Contract Law Reform*, cit., spec., p. 353.

<sup>20</sup> Cfr., *Unidroit Principles of international commercial contracts*, reperibili su <http://www.unidroit.org>.

<sup>21</sup> Il riferimento è al *Draft common frame of reference* reperibile su: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

<sup>22</sup> Il riferimento è, naturalmente, ai Principi di diritto europeo dei contratti pubblicati in *Eur. dir. priv.*, 2000, con introduzione di C. Castronovo.

diverse esperienze nazionali e di quella comunitaria<sup>23</sup>.

Per identificare le regole introduttive si è scelto, tuttavia, di non ricorrere all'espressione "principi"<sup>24</sup>. La variazione non riflette una mera preferenza lessicale; il Rapporto svela l'esistenza di una ragione sostanziale: evitare ogni qualificazione atta a legittimare interventi giudiziali eccessivamente pervasivi dell'autonomia privata<sup>25</sup>.

All'interno del citato nucleo normativo, assoluta centralità rivestono la libertà contrattuale (art. 1102) e la buona fede (art. 1104)<sup>26</sup> che, come richiesto dall'art. 8, comma 1, della legge del 2015, costituiscono le stelle polari di una riforma intesa a coniugare i due principi secondo un modello (ricorrente nei summenzionati progetti europei<sup>27</sup>) nel quale alla seconda è assegnato il compito di disegnare i confini della prima<sup>28</sup>.

La libertà contrattuale – valore di rango primario secondo una consolidata interpretazione della Corte

Costituzionale francese<sup>29</sup> - è declinata dall'art 1102 come libertà di stipulare o non stipulare il contratto, determinarne il contenuto e la forma<sup>30</sup> nei limiti fissati dalla legge<sup>31</sup>, scegliere la controparte.

In una prima stesura dell'*ordonnance*, peraltro, la libertà contrattuale non consentiva di derogare alle disposizioni protettive dei diritti e delle libertà fondamentali applicabili ai rapporti tra privati; faceva eccezione l'ipotesi in cui la lesione fosse indispensabile per la protezione di interessi meritevoli di tutela e proporzionata alle finalità perseguite<sup>32</sup>.

Siffatta apertura alla c.d. costituzionalizzazione del diritto contrattuale<sup>33</sup>, foriera – secondo la dottrina - di un controllo sull'autonomia privata eccessivamente esteso, siccome preordinato alla

<sup>23</sup> Secondo G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., tuttavia, "di europeo, per la verità, nel testo di questa *ordonnance* c'è molto poco".

<sup>24</sup> Cfr. anche G. ALPA, *Op.loc.ult.cit.*

<sup>25</sup> Il termine principi avrebbe potuto, secondo il Rapporto, indurre ad assegnare rango superiore alle disposizioni in esame sì da legittimare operazioni ermeneutiche eccessivamente votate alla giustizia perequativa. Nella prospettiva del legislatore della riforma, invece, "il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes". Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., p. 5.

<sup>26</sup> La centralità assunta dalla buona fede all'interno del *Code* dopo la riforma è rimarcata da S. GRUNDMANN – M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, cit., spec., p. 470 ss.

<sup>27</sup> Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., dove si chiarisce che l'espressa previsione di siffatti principi mira a ravvicinare l'ordinamento francese agli statuti normativi dei progetti europei di armonizzazione del diritto contrattuale nonché a taluni ordinamenti nazionali. Sul rapporto tra buona fede e libertà contrattuale v., anche G. HELLERINGER, *The Anatomy of the New French Law of Contract*, in *ERCL*, 2017, p. 355 ss.

<sup>28</sup> Il riferimento è a quella tendenza, emersa soprattutto nel diritto comunitario, a non modellare direttamente ed *a priori* i contenuti del programma negoziale, ma ad intervenire *ex post* ove il regolamento definito in piena autonomia dai privati, costituendo il frutto di condotte scorrette o abusive, abbia oltrepassato i limiti normativamente fissati. Su tale tecnica normativa, cfr., G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 230 (ove si discorre di "limiti quantitativi"); C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, Torino, Utet, 1999, p. 1030; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, spec., p. 659; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore* in *Contr. impr.*, 2006, p. 673 ss. (ove si discorre di "controllo della deroga al diritto positivo"); ANG. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 159.

<sup>29</sup> Sin dal 1998, il *Conseil constitutionnel* aveva, gradualmente, elevato la libertà contrattuale al rango di valore primario derivante dall'art. 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (cfr., *Conseil constitutionnel, décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, in *RTD Civ.*, 1998, p. 796, con *obs* di N. MOLFESSIS, secondo cui «le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789»). Siffatta affermazione, ripresa in più occasioni (cfr., *Conseil constitutionnel, décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, in *D.* 2001, p. 1766, con *obs* di D. RIBES (nella sentenza espressamente si afferma che il principio della libertà contrattuale «découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen») è stata successivamente specificata nella sua portata applicativa chiarendo che le deroghe al principio della libertà contrattuale devono rispondere a finalità di interesse generale (cfr., *Conseil constitutionnel, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie*, in *AJDA*, 2007, p. 192, con nota di G. MARCOU e in *D.*, 2007, p. 1760, con nota di M. VERPEAUX) e non possono comunque, essere sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito (cfr., *Conseil constitutionnel, décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, Association Temps de Vie*, in *D.*, 2012, p. 2622, con *obs* di P. LOKIEC - J. PORTA e in *Dr. soc.*, 2012, p. 796, con nota di J. BONNET). I medesimi limiti valgono nel caso in cui il legislatore vada ad incidere sul contenuto di contratti legalmente conclusi (cfr. *Conseil constitutionnel, décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, loi relative à la sécurisation de l'emploi*, in *RTD civ.*, 2013, p. 832, con *obs* di H. BARBIER e in *JCP G*, 2013, p. 929, con nota di J. GHESTIN; *Conseil constitutionnel, décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, loi pour la confiance dans la vie politique*, in *AJDA*, 2017, p. 1692).

<sup>30</sup> Non è espressamente codificata, invece, la libertà di stipulare contratti atipici. Sul punto, v., L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 322.

<sup>31</sup> L'art. 1102, 2° comma, precisa, inoltre, che "la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public".

<sup>32</sup> Cfr., G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss.

<sup>33</sup> Cfr., G. ALPA, *Op. loc. ult. cit.*



salvaguardia di interessi individuali<sup>34</sup>, è stata espunta dalla stesura definitiva dell'art. 1102 del *Code*. Rimosso ogni riferimento ai diritti fondamentali<sup>35</sup>, il rispetto degli interessi generali da parte dei privati viene assicurato imponendo l'osservanza delle disposizioni di *ordine pubblico*.

Per preservare la libertà contrattuale da possibili incursioni della giurisprudenza, anche il Rapporto ha cura di precisare che tutte le disposizioni del *Code* presentano natura *dispositiva* salva diversa esplicita previsione<sup>36</sup>. L'indicazione appare piuttosto eloquente benché, secondo una parte della dottrina<sup>37</sup>, la stessa non assuma valore vincolante lasciando all'interprete, volta per volta, il compito di stabilire la natura imperativa o meno della norma derogata dall'autonomia privata<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cfr., G. TERLIZZI, *Erosione e scomparsa delle clausole dei "buoni costumi" come limite all'autonomia contrattuale*, in G. VETTORI- E. NAVARRETTA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, cit., p. 140; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, cit., p. 2.

<sup>35</sup> La dottrina ha dato letture differenti di tale rinuncia. Secondo F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, cit., p. 627 ss., la violazione di tali regole sarebbe riconducibile alla trasgressione dell'ordine pubblico. Secondo G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., la dottrina francese è sempre stata contraria alla costituzionalizzazione del diritto privato.

<sup>36</sup> Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., p. 5.

<sup>37</sup> Cfr., G. VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 7. Sul tema v., anche G. HELLERINGER, *The Anatomy of the New French Law of Contract*, cit., spec., pp. 374-375.

<sup>38</sup> La questione assume, peraltro, particolare rilievo anche in relazione a talune delle principali novità introdotte dalla riforma, quale, ad es., la disciplina della *imprévision*. Nel caso di circostanze sopravvenute che rendono eccessivamente onerosa l'esecuzione del contratto, infatti, il novellato art. 1195 del *Code* contempla taluni strumenti di tutela dei quali la parte svantaggiata può avvalersi a condizione che non abbia accettato il rischio legato alle sopravvenienze. Da qui, secondo taluni autori, la possibilità di inserire nel contratto una clausola di accettazione del rischio che escluderebbe l'operatività dell'art. 1195. In tal senso, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., p. 441. A ciò si aggiunge che il *Code* non qualifica espressamente l'art. 1195 come norma imperativa e ciò, come si è precisato, secondo il *Rapporto*, implicherebbe automaticamente la possibilità di una deroga. In senso contrario si rileva, tuttavia, che la espressa previsione di imperatività manca per una pluralità di disposizioni (quale ad esempio quella sulle clausole generali) certamente da considerarsi di ordine pubblico. In tal senso v., G. VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 7. Sul punto v., H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats*, cit., p. 247 s.; MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, in *Dossier Pratique*, Paris, 2016, p. 169 s.; V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 392 ss.

### 3. Autonomia privata e giustizia contrattuale nella genesi dell'*abus de dépendance*.

La tensione tra autonomia privata e ordinamento giuridico ha fortemente condizionato anche il percorso che ha condotto all'introduzione nel *Code civil* dell'*abus de dépendance*, eletto dalla dottrina francese a disposizione simbolo della novella<sup>39</sup>.

Per chiarire il senso dell'affermazione è opportuno dar conto, almeno sommariamente, dei contributi giurisprudenziali e dottrinali con i quali si è confrontato il legislatore francese.

Nel 2000, una nota pronuncia della Corte di Cassazione francese riconosce la rilevanza giuridica delle condizioni di debolezza in cui può versare una parte nel momento della contrattazione e, pur escludendo il ricorrere di una *lésion*<sup>40</sup>, risolve il caso concreto applicando alla fattispecie la disciplina dei *vizi del consenso* ed in particolare quella della violenza<sup>41</sup>.

Emerge, così, la figura della c.d. *violence économique* successivamente messa a punto da una pronuncia del 2002 nella quale si precisa che «*seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance*

<sup>39</sup> Secondo E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique)*, in *RTDcom*, 2016, p. 461, il novellato art. 1143 del *Code est sans doute une des dispositions les plus remarquées de la nouvelle codification*. Nello stesso senso anche F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, p. 655 ss.

<sup>40</sup> La *lésion*, intesa quale pregiudizio subito da una delle parti a causa della sproporzione tra le prestazioni è considerata generalmente irrilevante dall'ordinamento giuridico francese (cfr., art. 1118 del *Code* precedente alla riforma e il novellato art. 1168). In talune specifiche ipotesi, tuttavia, la *lésion* può venire in rilievo quale causa di annullamento (art. 1149) o di rescissione (art. 1674). Esiste in dottrina una corrente di pensiero favorevole ad una nozione più ampia di *lésion* quale espressione del principio di giustizia contrattuale. Si elabora, così, la figura della *lésion qualifiée*, ossia dello squilibrio manifesto tra le prestazioni determinato da abuso di potere economico. Sul punto v., H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, Bruxelles, 1946, p. 71.

<sup>41</sup> Cfr., Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-15.242, in *D.*, 2000, p. 879, con nota di J.-P. CHAZAL, *La contrainte économique : violence ou lésion?*; *ibid.* 2001, p. 1140, con *obs* di D. MAZEAUD *Vers l'émancipation du vice de violence*; in *RTDCiv.*, 2002, p. 827, con *obs* di J. MESTRE - B. FAGES, «*La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion*»; *ibid.*, p. 863, con *obs* di P.-Y. GAUTIER, *Où la violence économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction*. La pronuncia precisa che *la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion*. In ragione di tale lettura, la Cassazione cassa la pronuncia della Corte d'Appello di Parigi che aveva respinto una domanda volta a far valere la nullità di una transazione conclusa in stato di dipendenza economica ritenendo applicabile al caso di specie la figura della *lésion*.

*économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement*<sup>42</sup>.

Nell'elaborazione della Cassazione francese, dunque, la mera condizione di dipendenza economica non è di per sé sufficiente ad inficiare la validità del contratto; occorre, piuttosto, provare l'esistenza di un comportamento abusivo consistente nello sfruttamento del timore della controparte e, perciò, tale da condizionarne la volontà<sup>43</sup>.

Rimane, invece, irrilevante l'eventuale squilibrio contrattuale determinato dalla *contrainte économique*<sup>44</sup>.

Prendendo le mosse dalla *violenza économique* di matrice giurisprudenziale<sup>45</sup>, l'art. 8, l. n. 2015/177, delegava il governo francese ad introdurre nel *Code des dispositions permettant de*

*sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre*<sup>46</sup>.

Diversi erano i modelli normativi dai quali trarre ispirazione per dare attuazione alle delega<sup>47</sup>: accanto alla soluzione elaborata dalla prassi, figuravano, invero, talune previsioni contenute nel *BGB*<sup>48</sup> e nei principali progetti elaborati per la creazione di un diritto europeo dei contratti.

PEC (art. 4:109), DCFR (art. II. 7:207), CESL<sup>49</sup> (art. 51) e Principi di Pavia (art. 30, comma 3), ad esempio, introducevano *le vice de faiblesse* (non come ipotesi di violenza, ma) quale quarto vizio della volontà che fosse *spécialement adapté à la protection des contractants vulnérables*<sup>50</sup>.

In tale prospettiva, si emancipava la fattispecie dalla sussistenza di minacce volte allo sfruttamento dell'altrui posizione di debolezza<sup>51</sup> e si attribuiva rilievo all'abuso in ragione dell'ingiusto profitto conseguito dal contraente più forte. Anche il comportamento scorretto, collocato all'interno dei vizi del consenso, costituiva, pertanto, causa di invalidità del contratto.

Secondo una differente impostazione, elaborata nell'ambito dell'*avant-projet Terré*<sup>52</sup>, lo sfruttamento della situazione di debolezza della

<sup>42</sup> Cfr., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n. 00-12.932 Bull. civ. I, n. 108, in *D.* 2002, p. 1860, con nota di J.-P. GRIDEL, *Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial*; ibid., p. 2844, con osservazioni di D. MAZEAUD, *Régime de la violence économique*; in *RTD civ.*, 2002, p. 502, con *obs* di J. MESTRE et B. FAGES, *Violence morale et dépendance économique*. Sul rapporto tra i precedenti della Cassazione francese e l'attuale previsione dell'art. 1143, v., E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 462.

<sup>43</sup> In ragione di tali precisazioni veniva cassata la sentenza della Corte d'Appello di Parigi che aveva pronunciato la nullità di un accordo concluso tra una casa editrice ed una propria dipendente presumendo che la sussistenza di un rapporto di lavoro tra le parti non avesse consentito alla lavoratrice di negoziare liberamente il contenuto dell'accordo. Secondo la Cassazione, invero, la Corte d'Appello avrebbe dovuto constatare in concreto la sussistenza di una minaccia di licenziamento e lo sfruttamento di tale circostanza da parte del datore di lavoro per ottenere la conclusione dell'accordo.

<sup>44</sup> Si tratta di una conseguenza della scelta di ricondurre la *contrainte économique* ai vizi del consenso piuttosto che alla *lésion*. Cfr., D. MAZEAUD, *Régime de la violence économique*, cit., p. 2844.

<sup>45</sup> In dottrina si è, peraltro, rilevato come, nonostante l'astratto riconoscimento della figura della violenza economica, la giurisprudenza ne abbia in concreto negato l'applicazione. Così, D. HOUTCIEFF, *L'admission mesurée de la violence économique*, in *Gaz. Pal.*, 9 juil. 2015, p. 16, il quale, commentando la pronuncia Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 2015, no 13-28278, scrive: "*les arrêts admettant le principe de la violence économique se reconnaissent à ce qu'ils en refusent l'application: cette décision rendue le 18 février 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas exception à la règle*". In ragione di tale atteggiamento, G. LOISEAU, *La violence économique: du vice à la vertu*, in *CSBP*, 1<sup>o</sup> mars 2015, p. 153, parla di "*jurisprudence schizophrène*". Un'eccezione a siffatto modo di operare viene individuata da E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 462 in Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 févr. 2015, 14-10.920, in *D.*, 2016, 566 con osservazioni di M. MEKKI.

<sup>46</sup> Sul dibattito precedente la l. n. 2015/177 concernente l'introduzione della figura della *violenza économique*, v., H. BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, in *Dr. et patr.*, 2014, n. 240, p. 50 s. Per una più ampia riflessione sull'opportunità di ripensare il tema della tutela del contraente debole in guisa da giungere alla costruzione di un *droit des contractants vulnérables* che consenta di coordinare le diverse misure di protezione disseminate nella disciplina speciale superando, peraltro, la rigida contrapposizione tra consumatori e professionisti v., S. LE GAC-PECH, *Bâtir un droit des contractants vulnérables*, in *RTDCiv.*, 2014, p. 581 ss.

<sup>47</sup> Intervenendo sul dibattito concernente l'introduzione nel Code di uno strumento per contrastare l'abuso dell'altrui debolezza, H. BARBIER, *Op. ult. cit.*, p. 51, individua due percorsi alternativi anche in relazione ai rimedi: "*l'un de justice procédurale et d'essence subjective qu'incarnent les vices du consentement, l'autre de justice substantielle et d'essence objective que représente le contrôle du contenu du contrat*".

<sup>48</sup> Cfr., § 138, BGB.

<sup>49</sup> Cfr., Proposta (COM (2011) 635 def.) di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita (c.d. CESL).

<sup>50</sup> Cfr., G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, in *CCC*, 2016, p. 18.

<sup>51</sup> Questo il motivo che induce, ad esempio T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1222, ad aderire a tale modello.

<sup>52</sup> Cfr., art. 66 dell'*avant-projet Terré*. Mentre l'art. 65 prevede l'irrelevanza dello squilibrio tra le prestazioni tranne che non sia espressamente previsto, l'art. 66 precisa: "*Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Se ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat*".



controparte andava, invece, fronteggiata inserendo nel *Code* la *lésion qualifiée*. L'angolo visuale si spostava, così, dalla prospettiva dei *vices du consentement* a quella del contenuto del contratto<sup>53</sup> con una duplice conseguenza: l'elemento caratterizzante della fattispecie diveniva il vantaggio manifestamente eccessivo conseguito dal contraente scorretto<sup>54</sup>; il rimedio principale era indicato nella riconduzione ad equità del contratto e non nella nullità<sup>55</sup>.

Una terza via era, poi, suggerita dall'*avant-projet Catala* che riconduceva la fattispecie in esame entro l'alveo dei vizi del consenso non quale *quatrième vice*, bensì come ipotesi peculiare di violenza<sup>56</sup>. Ferma restando l'espressa assimilazione alla *violence*, la fattispecie risultava, peraltro, integrata, come nell'*avant-projet Terré*, soltanto in presenza di un eccessivo squilibrio contrattuale. Ne conseguiva il configurarsi di un vizio del consenso idoneo ad inficiare la validità del contratto soltanto se qualificato dall'aver prodotto uno svantaggio intollerabile.

Le soluzioni suindicate non ricevettero un consenso unanime; i progetti concernenti il diritto europeo dei contratti, ad avviso della dottrina, delinearono una fattispecie tanto ampia da compromettere il valore della sicurezza giuridica<sup>57</sup>.

Il legislatore francese preferisce, pertanto, far salva l'impostazione tradizionale di stampo volontaristico che respinge l'idea di un rimedio

contro lo squilibrio contrattuale in presenza di un consenso validamente prestato<sup>58</sup>. Così, già nel *projet d'ordonnance*, l'*abus de faiblesse* è inserito tra le ipotesi di violenza integrante un vizio del consenso<sup>59</sup>.

Il testo dell'art. 1142 del *projet*<sup>60</sup>, pur se sembra prendere le mosse dall'*avant-projet Catala*, presenta due differenze significative.

La natura dell'*abus* quale *vice du consentement* viene ulteriormente rimarcata: a) dalla precisazione che il comportamento scorretto deve risultare decisivo per la determinazione di contrarre della controparte; b) dalla rimozione di ogni riferimento al vantaggio che l'autore dell'abuso deve ottenere a scapito della vittima<sup>61</sup>.

#### 4. L'inserimento dello squilibrio contrattuale tra i requisiti della fattispecie.

La soluzione raggiunta con l'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, pur coerente, sul piano teorico, con

<sup>53</sup> Cfr., D. HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in F. TERRE (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, 2009, p. 183 ss.; P. REMY-CORLAY – D. FENOUILLET, *Le consentement*, *ivi*, spec., p. 162 ss.

<sup>54</sup> Come evidenziato da Cfr., D. HOUTCIEFF, *Op. ult. cit.*, p. 217, il gruppo di studio guidato da Terré era diviso in ordine alla regolamentazione dello squilibrio contrattuale. Parte degli studiosi riteneva fosse opportuno prevedere una sanzione autonoma dello squilibrio eventualmente attribuendo rilievo al comportamento scorretto di una parte. È prevalsa, tuttavia, l'opinione secondo la quale lo svantaggio doveva essere *acclimatée à l'état de nécessité ou à celui de dépendance*.

<sup>55</sup> Secondo P. REMY-CORLAY – D. FENOUILLET, *Le consentement*, cit., p. 164, siffatto rimedio consente di preservare in misura maggiore (rispetto alla nullità) il principio della sicurezza giuridica.

<sup>56</sup> Cfr., art. 1114-3 dell'*avant-projet Catala*: « *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* ».

<sup>57</sup> Cfr., J. LOISEAU, *Observations*, in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, a cura di J. GHESTIN, in *LPA* 4 sept. 2015, p. 56, il quale approva, altresì, la scelta di non trattare l'abuso dell'altrui stato di dipendenza « *sous l'angle de la lésion qualifiée* ».

<sup>58</sup> Cfr., J. LOISEAU, *Op. loc. ult. cit.*, che rimarca come la scelta del legislatore francese di inserire l'*abus de dépendance* tra le ipotesi di violenza ne consacra la natura di strumento di tutela del consenso. Cfr., P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, in *RDC*, 2015, 747, che, relativamente alla fattispecie prevista dall'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, rileva come « *paradoxalement, cette approche volontariste, ..., débouche sur un texte qui pourrait se révéler plus dangereux pour la sécurité juridique qu'une consécration plus franche de la lésion qualifiée* ». Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, l'*ordonnance* ha introdotto significative modifiche alla fattispecie in esame subordinandone, in particolare, l'applicazione al ricorrere di un vantaggio manifestamente eccessivo per la parte scorretta.

<sup>59</sup> Cfr., E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 463, secondo il quale la fattispecie di cui all'art. 1143 presenta caratteristiche eterogenee rispetto al tradizionale vizio del consenso tanto da indurre a discorrere di *violence bicéphale* ricomprensiva della « *violence-provocation* » e della « *violence-exploitation* » (espressioni che l'A. riprende, peraltro, da F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655). Critica la scelta di ricomprendere l'abuso dell'altrui debolezza tra le ipotesi di violenza evidenziando come in altri ordinamenti giuridici si sia preferito configurarlo quale vizio autonomo, H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724. Si esprime, invece, in senso favorevole, sottolineando l'opportunità di evitare l'introduzione di un « *quatrième vice du consentement* », J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 55.

<sup>60</sup> Cfr., art. 1142: « *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ».

<sup>61</sup> Tanto l'*avant-projet Catala* che l'*avant-projet Terré*, come si è visto, prevedevano, ciascuno nella propria prospettiva, tale requisito. Da qui la sorpresa destata nella dottrina dal testo del *projet d'ordonnance* (v., F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss.).

l'inclusione dell'*abus* tra i vizi del consenso<sup>62</sup>, determinava – ad avviso di una parte della dottrina e degli operatori economici - notevoli difficoltà applicative.

Si temeva, in particolare, il proliferare di azioni volte a far dichiarare la nullità di contratti dal contenuto perfettamente equilibrato benché conclusi in condizioni di difficoltà economiche<sup>63</sup> come pure il rigetto di domande concernenti contratti fortemente squilibrati rispetto ai quali non si riuscisse a provare la sussistenza di un vizio del consenso<sup>64</sup>.

Si profilava, invero, la possibilità di ovviare a siffatti inconvenienti sul piano ermeneutico, considerando lo squilibrio quale indice del carattere *determinante* dell'*abus*<sup>65</sup>. Per tale via lo squilibrio diveniva condizione *necessaria*<sup>66</sup> e *sufficiente*<sup>67</sup> per la pronuncia di nullità.

Secondo l'opinione maggioritaria, tuttavia, il dato letterale non rendeva siffatta interpretazione obbligatoria per i giudici<sup>68</sup>.

D'altra parte, l'operazione ermeneutica descritta, consistente nel *“tirer automatiquement le vice du consentement, subjectif, du caractère objectivement déséquilibré du contrat”*, portava con sé il rischio di trasformare la fattispecie in esame in rimedio contro lo squilibrio contrattuale<sup>69</sup>, disattendendo, così, la scelta normativa di collocare l'*abus de dépendance*

tra i vizi del consenso<sup>70</sup> e di attribuire conseguentemente rilievo all'esistenza di un timore tale da aver determinato il contraente debole ad accettare lo scambio<sup>71</sup>.

Parte della dottrina suggeriva, perciò, di rinunciare a *poser le problème en termes de vices du consentement* e di collocare l'*abus* nell'area dei rimedi contro l'ingiustizia contrattuale<sup>72</sup>.

Il legislatore francese, pur tenendo conto delle succitate critiche, sceglie, invece, di confermare l'impostazione di fondo: nell'*ordonnance* del 2016, l'*abus de dépendance* (contemplato ora dall'art. 1143 del *Code*) rimane un'ipotesi di violenza<sup>73</sup>; si aggiunge, tuttavia, che il comportamento scorretto assume rilievo solo se ha prodotto l'accettazione di un contratto fortemente squilibrato<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Il legislatore francese ha, invero, escluso di seguire il modello proposto dall'*avant-projet Terré* che configurava l'*abus* quale rimedio contro lo squilibrio.

<sup>71</sup> Cfr., H. BARBIER, *Le vice du consentement*, cit., p. 52. Per tale motivo J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 48, suggeriva di rinunciare a *poser le problème en termes de vices du consentement* e di collocare l'*abus* nell'area dei rimedi contro l'ingiustizia contrattuale.

<sup>72</sup> Cfr., J. P. CHAZAL, *Op. loc. ult. cit.*, il quale rileva che *«l'abus réside donc dans l'avantage excessif, anormal, non dans une hypothétique menace ou contrainte»*. D'altra parte, proprio le difficoltà accennate nel testo avevano indotto il gruppo di studio diretto da F. Terré a ricondurre l'*abus* alla *lésion qualifiée*. Sul punto v., P. REMY-CORLAY – D. FENOUILLET, *Le consentement*, cit., p. 162 ss.

<sup>73</sup> Cfr., G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 18, che evidenzia come l'*abus de dépendance* sia una *«mesure de protection du consentement en cas d'altération de la liberté de celui-ci par l'effet d'une contrainte»* e come la riforma, escludendo che lo squilibrio contrattuale possa di *per sé* essere causa di invalidità, abbia ribadito il rifiuto di fare spazio, all'interno del *Code*, alla *lésion*.

<sup>74</sup> Secondo 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 Contrat*, 2016, p. 115 ss., l'effetto della modifica è quello di determinare la *consistance de l'abus à partir du résultat obtenu par l'auteur de la violence sous la forme d'« un avantage manifestement excessif »*. In senso adesivo, E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 465. V., anche M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908, secondo il quale il legislatore avrebbe dovuto intervenire espressamente in sede di ratifica dell'*ordonnance* per chiarire se *l'avantage manifestement excessif fait-il présumer l'abus*. Sull'art. 1143 v., anche, H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, in *JCP G*, 2016, p. 722 ss. Diverse sono le disposizioni dell'ordinamento italiano che assegnano rilevanza all'approffittamento dell'altrui stato di debolezza (per una puntuale analisi comparativa dell'art. 1143 *code civil* con siffatte previsioni v., A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in G. VETTORI- E. NAVARRETTA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, cit., p. 108 ss.). Particolari assonanze possono rintracciarsi rispetto all'art. 9 della l. n. 192/1998 sulla subfornitura benché quest'ultimo presenti un ambito applicativo significativamente più circoscritto. Pur intesa estensivamente (cfr., G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2001, p.

<sup>62</sup> Cfr., H. BARBIER, *Le vice du consentement*, cit., p. 52 ; F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss.

<sup>63</sup> F. CHÉNÉDÉ, *Op. loc. ult. cit.*, il quale, dunque, auspicava un'integrazione del testo dell'allora art. 1142 in guisa da rendere rilevante l'*abus* soltanto quando il contraente forte avesse conseguito un vantaggio manifestamente eccessivo.

<sup>64</sup> Cfr., J. P. CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, in *Dr. et patr.*, 2014, p. 48.

<sup>65</sup> Rileva, invero, P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., 748, *«Sans doute, dans l'immense majorité des cas, «l'abus de la situation de dépendance ou de nécessité» sera constitué par le fait d'en avoir profité pour obtenir un avantage anormal, et on pourrait soutenir que cette condition est implicitement supposée sous la notion d'abus»*. Analoghe considerazioni in H. BARBIER, *Le vice du consentement*, cit., p. 52.

<sup>66</sup> Da qui l'esclusione del rimedio nel caso di contratti dal contenuto equilibrato benché conclusi in stato di dipendenza.

<sup>67</sup> Con conseguente presunzione del ricorrere del vizio del consenso in conseguenza dell'eccessivo squilibrio contrattuale.

<sup>68</sup> F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss. Sull'opportunità di una siffatta interpretazione restrittiva v., P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., p. 748.

<sup>69</sup> Cfr., H. BARBIER, *Le vice du consentement*, cit., p. 52. L'A., ribadisce la propria contrarietà ad una siffatta opzione ermeneutica anche in relazione al testo dell'art. 1143 dell'*ordonnance* che, come già precisato, ha reso rilevante l'*abus* soltanto in presenza di un vantaggio manifestamente eccessivo (cfr., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724).

Stemperando il carattere generale della previsione<sup>75</sup>, si mira a scongiurare il rischio, paventato dagli operatori economici, di un'eccessiva discrezionalità dell'interprete<sup>76</sup>.

Il valore della certezza giuridica viene, tuttavia, nuovamente rimesso in discussione dal ricorso alla formula "*avantage manifestement excessif*".

Il termine *avantage*, ad esempio, ricomprende tanto lo squilibrio economico che quello giuridico<sup>77</sup>.

In favore di un significato ampio, inclusivo anche della differenza di valore tra le prestazioni, milita<sup>78</sup> l'elaborazione concernente il vecchio testo dell'art. L. 442-6, I, 1° del *code de commerce*<sup>79</sup>; in senso più restrittivo milita, invece, l'interpretazione giurisprudenziale della formula "*déséquilibre significatif*" contenuta sia nel *code de commerce*<sup>80</sup>

72; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, p. 684; F. DI MARZIO, *I contratti tra imprese, in Diritto civile*, a cura di N. Lipari e P. Rescigno, vol. III, t. II, Milano, 2009, p. 88 s.) la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica, invero, ai soli contratti conclusi tra imprese, mentre l'art. 1143 *code civil* ha carattere generale. La normativa italiana, inoltre, attribuisce rilievo unicamente allo squilibrio tra diritti e obblighi (l'art. 1143 non reca siffatta specificazione includendo anche lo squilibrio economico) che, peraltro, consegue all'abuso dell'altrui dipendenza economica (nel *code* si attribuisce rilievo a qualunque fattore che abbia determinato l'*état de dépendance*).

<sup>75</sup> Il moltiplicarsi delle condizioni per l'accesso alla tutela, pur garantendo la certezza giuridica, potrebbe – ad avviso della dottrina – bloccare in concreto l'operatività dell'art. 1143. Cfr., N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats*, cit., p. 47. Secondo gli A., l'art. 1143 troverà scarsissima applicazione da parte della giurisprudenza francese; delusione manifesta anche E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 465, che evidenzia come "*un excès «manifeste» pourrait bien faire l'objet d'une lecture sclérosante et aboutir à «désamorcer le vice de violence en le rendant, en pratique, inoffensif, bien loin de la commande du législateur...»*". Nello stesso senso anche G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 20.

<sup>76</sup> Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., Chapitre II, Section 2, Sous-section 1, Paragraphe 2. Su tale aggiunta rispetto al testo originario v. anche E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 464; Cfr., F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme» du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1559.

<sup>77</sup> Cfr., M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires*, cit., p. 115 ss.

<sup>78</sup> Cfr., M. CHAGNY, *Op. loc. ult. cit.*

<sup>79</sup> Prima della modifica (cfr., *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 autres pratiques prohibées*, entrata in vigore il 26 aprile 2019), la disposizione prevedeva la responsabilità del professionista che ottenesse (o tentasse di ottenere) "*d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu*".

<sup>80</sup> Cfr., art. L. 442-6, I, 2°, nella versione precedente alla summenzionata riforma.

che nel *code de la consommation*<sup>81</sup>. La vicinanza lessicale con l'espressione utilizzata dall'art. 1143 non può, tuttavia, ritenersi decisiva: "*l'évidente proximité entre ces deux notions ne vaut pas nécessairement identité*"<sup>82</sup>.

Ancor più arduo è stabilire quando il vantaggio possa considerarsi *manifestamente eccessivo*<sup>83</sup> non essendo fornito alcun parametro per calcolare il grado di intollerabilità della c.d. "ingiustizia rilevante"<sup>84</sup>.

Nonostante la necessità di preservare il valore della sicurezza giuridica<sup>85</sup>, la formula lascia, dunque, ampio margine alla discrezionalità dell'interprete.

Nell'esercizio della funzione di controllo dell'atto di autonomia privata il giudice dovrà, peraltro, tenere conto anche dell'interazione tra l'*avantage manifestement excessif* e gli altri requisiti della fattispecie delineata dall'art. 1143 del Code: *l'état de dépendance* e l'*abus*.

Neppure siffatti elementi consentono un'agevole puntualizzazione, benché la medesima appaia necessaria in considerazione della collocazione dell'*abus* tra *le vices du consentement*.

Per chiarire il senso di quest'ultima affermazione è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle questioni interpretative poste dall'*état de dépendance* e dall'*abus*.

<sup>81</sup> Cfr., art. L 132-1, *Code de la consommation*. In dottrina v., E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 466.

<sup>82</sup> Cfr., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724 (e adesivamente, E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 466) il quale rileva come la formula impiegata dal *Code de la consommation* rinvii ad uno squilibrio giuridico, mentre l'espressione impiegata dall'art. 1143 tenga in considerazione principalmente profili economici. L'A., inoltre, aggiunge che: "*la notion de déséquilibre entre les droits et obligations des parties implique, per se, une comparaison entre les parties pour le contrat dans son ensemble. La notion d'avantage peut s'y appuyer mais peut aussi se caractériser par la mise en relation de l'avantage d'un contractant avec autre chose que ce que l'autre reçoit*".

<sup>83</sup> Formule quali quella in esame non sono, peraltro, infrequenti nel diritto europeo dei contratti che vi ricorre per aggiungere una soglia di tolleranza dello squilibrio contrattuale *ancorché qualifié da abus*. Si traccia così una linea di confine lungo la quale è da ricercare "il piano di una possibile intesa, in cui possa trovare ragionevole composizione la tensione ideale che perennemente oppone libertà e giustizia". Così, V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 359.

<sup>84</sup> Cfr., V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 359.

<sup>85</sup> L'interpretazione della formula "*avantage manifestement excessif*", come rilevato da G. LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 20, non è ancorata a parametri oggettivi e dà, perciò, luogo proprio a quell'incertezza giuridica che la riforma del *Code* intendeva combattere. Sul punto v., anche, H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724.

## 5. L'état de dépendance.

La situazione di dipendenza di una delle parti costituisce condizione preliminare per l'applicazione dell'art. 1143 del *Code*.

Rispetto al testo originariamente predisposto per il *project d'ordonnance*<sup>86</sup>, è stato rimosso il riferimento all'*état de nécessité*<sup>87</sup>, ritenuto troppo vago<sup>88</sup>.

La semplificazione del dettato legislativo, benché auspicata dall'elaborazione dottrinale<sup>89</sup>, non elimina l'ambiguità dell'espressione "*état de dépendance*"; definirne i contorni rimane, pertanto, operazione particolarmente complessa<sup>90</sup>.

Per ridurre i margini di indeterminazione della nozione, talvolta, si suggerisce di includere nel concetto la difficoltà economica<sup>91</sup> ma non "*les hypothèses de faiblesse psychologique*"<sup>92</sup>.

La scelta ermeneutica tende ad evitare la sovrapposizione di funzioni tra l'abuso di dipendenza e la nullità per incapacità<sup>93</sup>; occorre impedire, in particolare, che le condizioni di debolezza c.d. "endogene"<sup>94</sup>, ritenute inadeguate ad integrare ipotesi di *incapacité*<sup>95</sup>, possano trovare spazio all'interno della disciplina dell'*abus*.

Nei termini accennati, la proposta sembra non tener conto delle indicazioni legislative. Il legislatore francese – secondo quanto esplicitato nel Rapporto – ha posto l'art. 1143 a tutela, in generale, delle persone vulnerabili<sup>96</sup>. E non può tacersi che, in sede di ratifica dell'*ordonnance*, la proposta del Senato, volta a limitare l'*abus* alla sola dipendenza economica<sup>97</sup>, non ha incontrato il favore dell'*Assemblée nationale*. L'*état de dépendance* potrebbe, pertanto, dipendere da fattori eterogenei<sup>98</sup>

<sup>86</sup> L'art. 1142 del *projet d'ordonnance* prevedeva, invero, che "*Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse*". Su tale disposizione, v., P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., p. 747 s.

<sup>87</sup> Secondo H. BARBIER, *Le vice du consentement*, cit., p. 51, lo stato di necessità doveva servire « *à couvrir les contrats occasionnels, ceux-ci étant par nature hors du périmètre des contrats de dépendance* ».

<sup>88</sup> Cfr., N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 46; M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires*, cit., p. 115 ss. Secondo J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 57, « *L'état de nécessité étant potentiellement présent dans de nombreuses situations contractuelles – chacun est en état de nécessité de se loger, de travailler... -* ».

<sup>89</sup> Cfr., J. LOISEAU, *Op. loc. ult. cit.*, p. 57, secondo il quale si trattava di una di quelle formule che rischiavano di trasformare la disposizione in un "*vice général de faiblesse qui deviendra rapidement un virus contractuel*". Per tale ragione l'A. ne auspicava la rimozione propugnandone, in alternativa, un'interpretazione restrittiva in conformità con l'orientamento seguito dalla Corte di cassazione francese a partire dal XIX° secolo.

<sup>90</sup> Rileva l'ambiguità del termine *dépendance* e ne ricostruisce i possibili significati, G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, in *AJ Contrat*, 2018, p. 257. L'esigenza di porre in essere un'operazione ermeneutica volta a delimitare i confini della disposizione viene rimarcata da M. MEKKI, *Reform of Contract Law and Business World*, in *ERCL*, 2017, p. 439; S. GRUNDMANN – M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, cit., p. 483.

<sup>91</sup> Lo stato di dipendenza economica viene tradizionalmente individuato nella difficoltà di rinvenire nel mercato clienti o fornitori equiparabili alla controparte. Sui parametri utili ad individuare lo stato di dipendenza economica v., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723; G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s.

<sup>92</sup> Già durante i lavori preparatori dell'*ordonnance*, F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655

ss., rilevava la difficoltà di caratterizzare la debolezza psicologica e reputava che la scelta normativa fosse dovuta al timore che la *vulnérabilité psychologique* "*pourrait être source d'un contentieux où l'esprit de chicane supplanterait l'esprit de justice*".

<sup>93</sup> Secondo H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723: "*le vice d'abus de dépendance déborde .. sur la fonction des nullités pour incapacité*". Cfr., altresì, F. CHÉNÉDÉ, *Op. loc. ult. cit.*

<sup>94</sup> Cfr., M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908, il quale traccia la distinzione tra lo stato di dipendenza inteso in senso restrittivo, ossia ridotto ad una *dépendance exogène ou relationnelle, qui se limite à la relation entre les contractants*, oppure in senso estensivo, cioè comprensivo di una *dépendance endogène ou personnelle*. In termini sostanzialmente analoghi si esprime F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1560, che distingue tra una *vulnérabilité que l'on pourrait qualifier de subjective ou d'intrinsèque* ed una *vulnérabilité que l'on pourrait qualifier d'objective, ou d'extrinsèque*.

<sup>95</sup> In tal senso, G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s.

<sup>96</sup> Cfr., Chapitre II, Section 2, Sous-section 1, par. 2 del Rapporto: "*en effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles*".

<sup>97</sup> L'art. 5, comma 2, del *Projet du 17 oct. 2017, 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*, adottato dal Senato francese, prevedeva che "À l'article 1143, après le mot: « *dépendance* », il est inséré le mot: « *économique* »". Su tale proposta, v., D. MAZEAUD, *Quelques mots*, cit., 2018, p. 916; M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908; F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1559 s.

<sup>98</sup> Sul punto, cfr., A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil*, cit., p. 107, secondo il quale la disposizione è in grado di "attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona", tra le quali anche "la salute cagionevole, l'incultura, l'idealizzazione di una persona, l'eccessiva fiducia". Cfr., altresì, J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 57; E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 464 s., che vi aggiunge le ipotesi di dipendenza tecnologica o informativa.



individuabili volta a volta dalla giurisprudenza, in relazione alle circostanze del caso concreto<sup>99</sup>.

Per neutralizzare tale rilievo, la dottrina precisa che *le texte ne protège pas les personnes vulnérables, mais bien les personnes dépendantes: l'art. 1143 ne s'appliquera que si la situation de vulnérabilité génère une situation de dépendance*<sup>100</sup>.

Siffatta interpretazione non sarebbe, peraltro, smentita dal riferimento alla vulnerabilità contenuto nel Rapporto, in quanto *“le texte vise la dépendance à l'égard de l'autre partie seulement, ce qui pourrait exclure bien des cas de vulnérabilité”*<sup>101</sup>.

In realtà, il testo dell'art. 1143 contenuto nell'*ordonnance* non chiariva nei confronti di chi dovesse sussistere lo stato di dipendenza e, in particolare, se potesse assumere rilievo anche l'approffittamento dell'*état de dépendance* della controparte rispetto ad un soggetto terzo<sup>102</sup>.

Il nodo interpretativo è stato sciolto soltanto dall'art. 5, *Loi* n°2018-287; ivi si legge<sup>103</sup> che lo

stato di dipendenza deve esistere<sup>104</sup> specificamente nei confronti della controparte<sup>105</sup>.

L'indicazione, fortemente voluta dal Senato francese<sup>106</sup>, sembra privilegiare una lettura restrittiva dell'art. 1143<sup>107</sup>, avallando la distinzione tra condizioni di debolezza endogene ed esogene<sup>108</sup>.

L'*abus* rilevante appare, infatti, circoscritto alla specifica posizione di debolezza definita esogena perché indipendente dalle condizioni personali del soggetto e collegata eziologicamente al rapporto con la controparte. Fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 1143, invece, la generica vulnerabilità, intesa quale condizione endogena<sup>109</sup> e, perciò, sussistente - indipendentemente dal rapporto contrattuale - anche nei confronti dei terzi.

Alla fine di siffatto percorso si osserva una quasi totale coincidenza tra l'*état de dépendance* e la dipendenza economica. Non è agevole, invero, individuare ipotesi in cui la dipendenza esuli dalle condizioni particolari del soggetto e trovi causa specificamente nel rapporto con la controparte.

In ultima analisi, si perviene a quel risultato che l'Assemblea sembrava aver scongiurato bocciando la proposta di modifica dell'art. 1143 (presentata dal Senato in sede di conversione dell'*ordonnance*) e ad

<sup>99</sup> Per il rilievo che la disposizione non viene specificamente circoscritta ai rapporti fisiologicamente asimmetrici, ma diviene “trasversale a tutti i contratti” v., A. GORGONI, *Op. loc. ult. cit.*

<sup>100</sup> Cfr., E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 465.

<sup>101</sup> V., però, N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats*, cit., p. 46.

<sup>102</sup> Come rilevato da H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723, prima della modifica del 2018, “à suivre la lettre du texte, la dépendance d'un contractant n'a pas à être établie à l'égard du cocontractant qui en abuse mais pourrait très bien être caractérisée à l'égard d'un tiers”. L'A. si interroga in particolare sull'applicabilità della disposizione nel caso in cui lo stato di dipendenza non sussiste direttamente rispetto alla propria controparte, ma nei confronti della società controllante o di altra società appartenente al medesimo gruppo. V., altresì, J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, il quale, in relazione all'art. 1142 del progetto di *ordonnance*, osservava: “il n'est pas exclu, dans ce dernier cas, que le bénéficiaire matériel du contrat ne soit pas l'auteur intellectuel de la violence par un abus d'une situation de dépendance. Or, il n'y a pas vraiment de raison de traiter l'une des manifestations de la violence différemment de l'autre ».

<sup>103</sup> L'art. 16 della *Loi* n°2018-287 precisa, peraltro, che *Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif*. Ne consegue il carattere retroattivo della precisazione introdotta. Per una critica a tale scelta, v. M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908.

<sup>104</sup> Recentemente, la giurisprudenza francese ha, peraltro, avuto modo di precisare che lo stato di dipendenza deve essere preesistente rispetto alla conclusione del contratto e che non può essere il contratto stesso l'unico punto di contatto tra il contraente scorretto e la vittima dell'abuso (cfr., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 4 décembre 2018, n° 17/10400, cit. da M. LATINA, *La notion de dépendance illustrée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in *Blog Réforme du droit des obligations*).

<sup>105</sup> Come rileva J.-D. PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, cit., “La dépendance du contractant ne doit donc pas être appréciée à l'aune de sa seule personne, mais à la lumière de ses relations avec son cocontractant”.

<sup>106</sup> Cfr., F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1559 s.

<sup>107</sup> Prima della modifica del 2018, segnalava la necessità, su piano generale, di delimitare la nozione di abuso al fine di scongiurare il rischio che l'art. 1143 venisse impiegato per effettuare un sindacato incontrollato sulla giustizia contrattuale, L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 327.

<sup>108</sup> Cfr., M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908, il quale traccia la distinzione tra lo stato di dipendenza inteso in senso restrittivo, ossia ridotto ad una *dépendance exogène ou relationnelle, qui se limite à la relation entre les contractants*, oppure in senso estensivo, cioè comprensivo di una *dépendance endogène ou personnelle*. In termini sostanzialmente analoghi si esprime F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1560, che distingue tra una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier de subjective ou d'intrinsèque* ed una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier d'objective, ou d'extrinsèque*.

<sup>109</sup> Determinata, ad esempio, da malattia o vecchiaia, che non comportino, però, situazioni di incapacità. In tal senso, G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s.

un assetto normativo che manca di coerenza con<sup>110</sup>; i modelli normativi cui l'*ordonnance* si ispirava; lo spirito della riforma che aveva eletto a proprio simbolo l'introduzione di uno strumento giuridico posto al servizio della giustizia contrattuale<sup>111</sup>; l'obiettivo della sicurezza giuridica, tenuto conto dei dubbi interpretativi che l'introduzione del nuovo inciso fa sorgere<sup>112</sup>.

Evidente appare, poi, il difetto di armonizzazione dell'*abus* con la disciplina delle altre ipotesi di violenza in cui assume rilievo anche la condotta del terzo<sup>113</sup>.

Nonostante gli sforzi ricostruttivi tesi a superare in via interpretativa i limiti introdotti nel 2018<sup>114</sup> o ad individuare strumenti alternativi di protezione dei *contractants vulnérables qui ne pourraient demander la nullité du contrat sur le fondement de*

*l'article 1143*<sup>115</sup>, l'impressione generale è che la novella abbia inevitabilmente lasciato dei vuoti di tutela ridimensionando fortemente la portata innovativa della disposizione simbolo della riforma<sup>116</sup>.

## 6. Il contegno del contraente forte.

Alla progressiva erosione dell'ambito di operatività dell'art. 1143 contribuisce anche il formante dottrinale attraverso una peculiare ricostruzione della nozione di *abus*.

Si sostiene, invero, che il contegno del contraente avvantaggiato debba rispecchiare i medesimi caratteri della *violenza ex art. 1140*<sup>117</sup>; si esclude, pertanto, che *l'abus qu'évoque l'art. 1143 peut-il être autre chose que «la pression d'une contrainte» qui inspire la crainte, visée par l'article 1140*<sup>118</sup>.

*L'abus de dépendance* presupporrebbe la presenza di minacce o pressioni della controparte tali da privare del tutto il contraente debole<sup>119</sup> della

<sup>110</sup> Cfr., D. MAZEAUD, *Quelques mots*, cit., p. 916, che pone la modifica all'art. 1143 tra le novità meno riuscite della legge di ratifica.

<sup>111</sup> In tal senso, M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908; F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1560; G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s. il quale osserva che *«ce changement a foulé aux pieds l'un des symboles de la réforme»*.

<sup>112</sup> Cfr., F. ROGUE, *Op. loc. ult. cit.*, che rileva come sia paradossale che il nuovo inciso sia fonte di quell'insicurezza giuridica tanto combattuta dai fautori della modifica apportata all'art. 1143 ed individuata come causa della scarsa attrattività del diritto contrattuale francese.

<sup>113</sup> Cfr., D. MAZEAUD, *Quelques mots*, cit., p. 916; N. DISSAUX, *La réforme du droit des contrats*, cit., p. 339. V, anche, F. ROGUE, *Op. loc. ult. cit.*, secondo cui data l'incongruenza di una disposizione che pur formalmente assimilando l'*abus* alla violenza l'assoggetta ad una disciplina differente, sarebbe stato preferibile optare per l'introduzione di un'autonoma fattispecie *«d'abus de faiblesse»* secondo il modello delineato dall'*avant-projet Terré*. Sono state, peraltro, disattese anche talune indicazioni della Cassazione francese che, in una pronuncia nel 2016, sia pure in relazione alla disciplina previgente alla riforma del *Code*, aveva ammesso la rilevanza dello stato di dipendenza sussistente nei confronti di un terzo (cfr., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 4 mai 2016, n. 14-28.243). Cfr., B. MALLET-BRICOUT, *Une ratification multidimensionnelle - À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, cit., p. 743.

<sup>114</sup> Per una lettura del nuovo testo dell'art. 1143 del *Code* volta ad ampliarne l'ambito di applicazione fino a comprendere, in taluni casi anche la *dépendance endogène*, ma non la *dépendance à l'égard d'un tiers*, v., M. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 908 il quale esclude, in ogni caso, *que la dépendance à l'égard d'un tiers puisse fonder la nullité du contrat*. Altra dottrina ha, poi, ritenuto che la collocazione dell'*abus* tra i vizi del consenso debba indurre l'interprete a ritenere sanzionabile anche il comportamento abusivo concertato tra la controparte della vittima e il soggetto *terzo* verso il quale sussiste lo stato di dipendenza. Cfr., G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s. Di diverso avviso, invece, di D. MAZEAUD, *Quelques mots*, cit., p. 916; per quest'ultimo autore *« il est certain que ce nouveau vice de violence ne pourra pas émaner d'un tiers au contrat, fût-il complice du contractant qui abuse de l'état de dépendance de son cocontractant »*.

<sup>115</sup> V., ancora, G. CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s., che richiama la disciplina penale dell'*abus de faiblesse* ritenendo che in caso di violazione dell'art. 223-15-2 C. Pén., il giudice civile sarà più incline a rinvenire una violazione dell'ordine pubblico contrattuale e pronunciare la nullità del contratto ai sensi dell'art. 6 C. civil. Secondo F. ROGUE, *Abus de dépendance: la «réforme de la réforme»*, cit., p. 1560, tuttavia, l'abuso di debolezza contemplato dal codice penale è *une infraction relevant de finalités autres que la validité du contrat*.

<sup>116</sup> *« Un peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle »* è il commento laconico di D. MAZEAUD, *Quelques mots*, cit., p. 916. Nello stesso senso, F. ROGUE, *Op. loc. ult. cit.*, che all'interrogativo *«que reste-t-il de cet instrument de justice contractuelle?»* risponde *« Pas grand-chose malheureusement »*.

<sup>117</sup> Cfr., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724 secondo il quale *«quoique spécial, c'est bien un texte compris sous le vice général de violence dont il doit conserver le prisme et non un texte plus large sur l'abus comme l'est par exemple la sanction des abus de dépendance économique ou des clauses abusives... Aussi, à notre sens, l'abus visé par le texte spécial n'est autre que la pression décrite par le texte général»*.

<sup>118</sup> Cfr., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724, il quale, peraltro, richiama quanto osservato da J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56. Secondo L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 327, quella configurata dall'art. 1143 costituirebbe un'ipotesi a sé stante di violenza e, pertanto, non sarebbe soggetta ai presupposti di rilevanza dettati per la violenza in generale.

<sup>119</sup> Cfr., J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 47, il quale proprio per tale motivo, già in relazione al *projet de loi d'habilitation*, si esprimeva in senso contrario alla scelta di qualificare l'*abus de dépendance* quale ipotesi di violenza. Per le medesime ragioni, critica tanto le succitate pronunce della Cassazione che avevano riconosciuto la figura della violenza economica che l'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, T. REVET,



libertà di scelta<sup>120</sup>; non sarebbe, invece, sufficiente accertare l'esistenza di un consenso influenzato dalla relazione asimmetrica che ha connotato la contrattazione<sup>121</sup>.

La lettera della disposizione non sembra, tuttavia, supportare siffatta ricostruzione.

L'art. 1143 del *Code*, invero, assimila (*Il y a également violence*), sotto il profilo degli effetti, due fenomeni che, evidentemente, non sono del tutto sovrapponibili<sup>122</sup>. Si tratta di una precisa scelta normativa che presuppone la diversità ontologica dell'*abus* rispetto alla *violence*.

Uniformando l'*abus* alla *violence* risulta, peraltro, arduo immaginare spazi di autonomia per l'art. 1143: l'approffittamento dell'altrui debolezza rientrerà, il più delle volte, anche sotto l'ambito di applicazione dell'art. 1140<sup>123</sup>.

L'opportunità di mantenere separati i tratti delle due figure viene suggerita anche dal differente atteggiarsi delle relative fattispecie normative.

Ai sensi dell'art. 1140 la minaccia che abbia influenzato il consenso è di per sé requisito sufficiente per inficiare la validità dell'accordo. L'*abus*, invece, assume rilievo soltanto se rivolto ad un contraente che versa in condizione di debolezza

e purché determini un *avantage manifestement excessif*. Inoltre, secondo il disposto dell'art. 1130 del *Code*<sup>124</sup>, errore, violenza e dolo possono incidere tanto sull'*an* quanto sul *quomodo* dello scambio<sup>125</sup>. L'*abus*, invece, assume rilievo soltanto se si ottiene dalla controparte un *engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* e non, invece, quando l'approffittamento abbia semplicemente comportato la conclusione di un contratto meno vantaggioso<sup>126</sup>.

Nella violenza *ex art.* 1140, la pressione psicologica esercitata sul contraente è, dunque, di tale entità<sup>127</sup> da costituire di per sé un disvalore per l'ordinamento giuridico e ciò rende irrilevante la tipologia e la misura del pregiudizio arrecato. L'elevata intensità che le minacce devono raggiungere per integrare la violenza consente, cioè, di "alleggerire" gli altri requisiti.

L'equilibrio complessivo della fattispecie viene, in definitiva, garantito mettendo in relazione l'intensità di ciascun componente secondo un rapporto di *proporzionalità inversa*<sup>128</sup>.

Uguale rapporto dovrebbe instaurarsi tra gli elementi costitutivi dell'art. 1143: qui, però, il disvalore è espresso soprattutto dall'approffittamento della condizione di debolezza altrui determinante un vantaggio *manifestamente eccessivo*. Il contegno della parte avvantaggiata appare, perciò, sufficientemente riprovevole pur in mancanza di

*Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, cit., p. 1219 s..

<sup>120</sup> V., tuttavia, J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 48, secondo il quale al di fuori del "monde mythique construit par la théorie économique néo-classique", il consenso prestato al contratto non può mai dirsi veramente scevro da condizionamenti sicché risulterebbe impossibile sul piano filosofico e giuridico determinare se ed in che misura la volontà di una parte possa dirsi libera. Da qui l'estrema difficoltà di stabilire "à partir de quel degré de contrainte un contrat devra être annulé". In senso critico a tale impostazione v., F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655.

<sup>121</sup> Scrive J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, « C'est le sens de l'apparentement à la violence qui doit être compris, dans un souci de sécurité juridique, comme réservant l'abus de faiblesse à des situations en pratique peu fréquentes où la volonté n'est pas simplement soumise dans un rapport de forces inégales mais extirpée à la partie qui n'était pas en capacité de refuser l'acte que son cocontractant lui a fait souscrire ».

<sup>122</sup> Cfr., F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss., secondo il quale attraverso l'espressione "il y également violence" vengono assimilati per via legislativa due fenomeni di natura differente.

<sup>123</sup> Cfr., H. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723, che rileva "La fongibilité des différents types de violence, avec le désordre qui en découle, est donc attisée par la réforme (...). Elle lance un défi stratégique aux plaideurs. Devront-ils fonder leur demande sur l'article 1140 du Code civil ou sur celui de l'article 1143 ?". Prima dell'*ordonnance*, si era espresso in senso contrario alla scelta di ricomprende la fattispecie in esame tra le ipotesi di violenza J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 47; in senso critico alle posizioni di tale ultimo A., invece, F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss., secondo il quale "le choix de la violence ne pose absolument aucune difficulté".

<sup>124</sup> Ai sensi dell'art. 1130 del *Code* riformato, "L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes".

<sup>125</sup> Sul punto v., A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil*, cit., spec., p. 106 s. Sulla differenza tra l'art. 1130 e l'art. 1143, v. M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires*, cit., p. 115 ss., secondo cui la formula più restrittiva adottata nell'art. 1143 dipende dalla volontà di dare maggiore stabilità alle operazioni di scambio.

<sup>126</sup> La nullità relativa *ex art.* 1132 del *Code* non opererebbe, perciò, nell'ipotesi in cui l'abuso abbia determinato l'accettazione di condizioni meno vantaggiose. Cfr., E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 465. Parte della dottrina suggerisce, però, una lettura che armonizzi l'art. 1143 con l'art. 1130 del *Code*. Cfr., relativamente all'art. 1142 del progetto di *ordonnance*, J. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, il quale, spinto dalla medesima esigenza di armonizzazione, precisa ulteriormente che, come disposto dal secondo comma dell'art. 1130, anche per l'*abus de dépendance*, il carattere determinante del vizio si determina in considerazione della persona e delle circostanze del caso di specie.

<sup>127</sup> Appare opportuno rilevare che, stante il disposto dell'art. 1130, c. 2, la soglia di rilevanza della pressione psicologica può variare in relazione "aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné". Sul punto v., A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil*, cit., p. 104.

<sup>128</sup> Relativamente al rapporto tra le due ipotesi di rescissione nel nostro ordinamento, v., V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 885.

minacce della intensità richiesta dall'art. 1140 per la *violenza*.

D'altra parte, come è stato opportunamente rilevato, «*celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas à exercer une quelconque menace pour profiter de la situation et obtenir un avantage excessif; il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve*»<sup>129</sup>.

Seguendo la proposta ricostruttiva in esame l'art. 1143 sarebbe, perciò, destinato a rimanere privo di concreta applicazione<sup>130</sup>.

Maggiormente condivisibile risulta, allora in ultima analisi, l'idea che ricostruisce autonomamente i caratteri della condotta di approfittamento qualificandola come ipotesi di *violenza-exploitation*<sup>131</sup> che, a differenza della *violenza-provocation*, non presuppone alcuna prova di pressioni dell'intensità richiesta dall'art. 1140<sup>132</sup>.

### 7. *L'abus de dépendance* quale patologia del regolamento contrattuale.

Le questioni interpretative cui si è accennato appaiono sintomatiche della difficoltà di "mettere in equilibrio" la fattispecie contemplata dal novellato art. 1143 del *Code*.

Nel suo assetto definitivo<sup>133</sup>, l'istituto simbolo della novella è frutto dell'interazione di tre

<sup>129</sup> Cfr., J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 47. L'A., rileva, ulteriormente, che se la condizione di debolezza rende superfluo il ricorso alla minaccia, assegnare all'*abus* i medesimi tratti della *violenza* significa delineare una fattispecie che raramente si verificherà nella prassi così da neutralizzare la previsione dell'art. 1143.

<sup>130</sup> Come rileva, ancora, J. P. CHAZAL, *Op. loc. ult. cit.*, non vi è motivo di ricorrere ad una minaccia della stessa intensità della *violenza* se la condizione di dipendenza rende spontanea l'adesione al contratto squilibrato.

<sup>131</sup> Ribattezzata da F. CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 655 ss., « *violenza new look* ».

<sup>132</sup> Cfr., L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil*, cit., p. 327. Sulla necessità di scongiurare il rischio di disapplicazione dell'art. 1143 del *Code* attraverso un'interpretazione più elastica dei requisiti descritti dalla fattispecie ed in particolare dell'elemento dell'*abus* v., M. LEVENEUR-AZÉMAR, *Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats*, in *D.*, 2020, p. 165 ss. L'A., dopo aver confrontato la disciplina francese con quella olandese e con quella belga, ritiene che "*Afin que l'article 1143 du code civil français ne reste pas un outil purement théorique, il serait intéressant de proposer une appréciation souple des conditions, en suivant l'exemple prudent mais relativement efficace de la jurisprudence belge. L'abus pourrait ainsi se révéler par le fait de tirer profit de la situation de dépendance dans laquelle se trouve le cocontractant*".

<sup>133</sup> Come già evidenziato, la disposizione è stata ulteriormente modificata dall'art. 5, *Loi n°2018-287 du 20 avril 2018* che ha ulteriormente ristretto l'ambito di operatività dell'*abus*

componenti - *abus, état de dépendance* e *avantage manifestement excessif* – volta a garantire il giusto equilibrio tra istanze perequative ed esigenze del mercato.

Non si tratta, tuttavia, di una combinazione agevole da governare, anche in considerazione dell'influenza che può essere spiegata dalla collocazione dell'*abus* tra le *vices du consentement*.

L'esigenza di armonizzare l'art. 1143 con la disciplina dei vizi del consenso conduce, invero, come pure si è rilevato, ad esiti del tutto eterogenei comportando una lettura a volte restrittiva ed altre volte estensiva della disposizione.

Il particolare bilanciamento operato negli artt. 1130 ss. del *Code* tra patologia della volontà ed altri elementi della fattispecie risulta difficile da importare nell'*abus de dépendance* perché mutano significativamente i fattori chiamati ad interagire.

L'armonia che potrebbe crearsi tra *violenza* e *abus* viene già in qualche misura alterata dalla presenza dell'*état de dépendance*.

La vittima della violenza e quella dell'abuso non partono, infatti, da situazioni omogenee: la condizione di debolezza rappresenta una posizione di particolare svantaggio che rende la parte vulnerabile più esposta al comportamento scorretto della controparte.

Il vero elemento destabilizzante nel rapporto tra gli artt. 1143 e 1140 del *Code* è, tuttavia, costituito dalla necessità che l'*abus* generi una significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Tanto i tradizionali vizi del consenso quanto l'*abus* inficiano l'operazione di scambio determinandone l'inidoneità ad esprimere un assetto conforme agli interessi delle parti.

Nel caso di errore, violenza o dolo, però, il giudizio fa leva essenzialmente sul momento genetico e formativo del contratto: ciò che conta è che il regolamento (quale che ne sia il contenuto) non sia imputabile alla libera e consapevole decisione dei contraenti ed una siffatta valutazione assorbe ogni giudizio di valore sul concreto piano di attuazione degli interessi programmati<sup>134</sup>. L'accertamento del vizio del consenso pregiudica di per sé il negozio; il *vulnus* evidenziato rimane, perciò, circoscritto al profilo *contenutistico-strutturale*<sup>135</sup> e si atteggia quale patologia di fattispecie.

assegnando rilevanza unicamente allo stato di dipendenza in cui si trovi una parte nei confronti dell'altra e non anche rispetto a soggetti terzi.

<sup>134</sup> Nel caso dei *vices du consentement* il negozio, cioè, cade anche se costi e benefici sono distribuiti in modo perfettamente simmetrico.

<sup>135</sup> Per siffatta espressione v., V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Id.*, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 395.



Nell'*abus de dépendance*, invece, l'alterazione del processo volitivo – pur determinata dall'approfittamento dell'altrui condizione di debolezza- non esprime un sufficiente grado di disvalore e l'attenzione si sposta proprio sulla parte *prescrittiva* delle regole<sup>136</sup>.

540 Non è sul piano strutturale, cioè, che si evidenzia il *vulnus* decisivo per il giudizio sull'atto di autonomia privata; a fungere da ago della bilancia è, invece, la specifica distribuzione dei costi e dei benefici che derivano dallo scambio<sup>137</sup>. È l'*avantage manifestement excessif* a denunciare lo smarrimento di ogni rapporto di coerenza e congruità del programma negoziale con lo scopo perseguito<sup>138</sup>: l'art. 1143 individua, dunque, una *patologia del regolamento contrattuale*.

La valutazione della frattura tra regolamento e interesse non può avvenire, tuttavia, limitando l'osservazione al solo "punto di vista interno"; il concreto modo di atteggiarsi degli interessi dipende, invero, dalle circostanze che hanno accompagnato la definizione del programma negoziale.

È partendo dalla *situazione complessiva*<sup>139</sup> che può ricostruirsi lo scopo pratico avuto di mira dalle

<sup>136</sup> Per il rilievo che "il sindacato in termini di giustizia non riguarda la parte del contratto propriamente enunciativa degli interessi", toccando, piuttosto, "la parte prescrittiva delle regole di azione di un contratto, i c.d. modelli organizzativi di comportamento, ossia il regolamento", v., V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 340.

<sup>137</sup> Sul rapporto tra parte enunciativa degli interessi e momento regolamentare del contratto, v., V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. I, p. 201 s.; ora in ID., *Categorie e istituti*, cit., p. 619 s., spec., pp. 628-629; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 340.

<sup>138</sup> Cfr., V. SCALISI, *Op. ult. cit.*, p. 359. L'A., relativamente ad analoghe formule utilizzate specialmente dal diritto europeo dei contratti, sottolinea la necessità di apprezzare lo squilibrio non in sé, ma in relazione all'interesse programmato dai contraenti e che il regolamento contrattuale si prefigge di realizzare: "ogni squilibrio anche di natura economica per essere rilevante ...deve poter venire apprezzato non in sé, bensì invece sul piano normativo delle regole così come pattizamente predisposte e complessivamente ricostruibili ai fini della realizzazione del fine pratico avuto di mira con il contratto" (p. 362). Il regolamento contrattuale, si precisa, quale punto di riferimento per la produzione di effetti giuridici, non può che sottostare al "principio di convenienza (o di adattabilità) dell'effetto al fatto" (sul quale v., A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 456) in base al quale deve esservi sempre "inscindibile nesso di necessaria conformità e congruenza tra l'interesse che con il fatto prende vita e si costituisce e l'effetto destinato a garantirne la pratica e giuridica realizzazione". Il potere di autodeterminazione dei privati, conclude l'A., incontra, perciò, un limite nel divieto di inserimento di clausole implicanti effetti talmente sperequati per le parti da smarrire ogni rapporto di coerenza e congruità con lo scopo perseguito.

<sup>139</sup> Per tale espressione v., V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, p. 459 s., spec., p. 480; ID.,

parti e quindi misurare l'eventuale scarto con il piano che dovrebbe garantirne l'attuazione.

In questa prospettiva si coglie il ruolo dell'*abus* e dell'*état de dépendance* non quali indici rivelatori di un consenso inidoneo a supportare l'operazione di scambio, ma come segnali di una anomalia del regolamento contrattuale consistente nello smarrimento del rapporto con l'interesse perseguito e, perciò, implicante uno squilibrio manifestamente eccessivo<sup>140</sup>.

## 8. I rimedi

Il ribaltamento di prospettiva cui si è appena accennato si ripercuote inevitabilmente sul piano dei rimedi.

Ricondotto tra le ipotesi di vizio del consenso, l'*abus* va associato alla *nullité relative* disposta dall'art. 1131 del *Code* con conseguente rimozione dell'intero contratto<sup>141</sup>.

La dottrina francese non ha mancato di criticare siffatta scelta che, sacrificando l'interesse del contraente debole alla conservazione dello scambio, può, perfino, indurre a rinunciare alla protezione normativamente accordata<sup>142</sup>.

Per ovviare a tale inconveniente si è suggerito di ricorrere al novellato art. 1178 che consente, *indépendamment de l'annulation du contrat*, di domandare il risarcimento del danno subito secondo la disciplina della responsabilità extracontrattuale<sup>143</sup>. In tale prospettiva, ove la parte

*L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, vol. II, p. 471; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 845.

<sup>140</sup> Si tratta, in definitiva, di elementi qualificativi del grave squilibrio contrattuale. Sull'abuso quale "peculiare forma di qualificazione normativa dell'ingiustizia contrattuale rilevante" v., V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 355.

<sup>141</sup> Parte della dottrina (cfr., P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., p. 748; N. DISSAUX-C. JAMIN, *Réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 47) evidenzia, però, come, prima della riforma, la Corte di Cassazione francese abbia mostrato delle aperture alla possibilità di ottenere una rideterminazione del contenuto del contratto nel caso di vizio del consenso (cfr., Cass. 3e Civ, 6 juin 2012, 11-15.973, in *RDC*, 2012, p. 1180 con nota di T. GÉNICON, *La «réfaction pour dol» existe-t-elle?*, che ha ritenuto possibile, in caso di dolo, chiedere, in luogo dell'annullamento del contratto, la riduzione del prezzo).

<sup>142</sup> Cfr., J. P. CHAZAL, *Violence économique*, cit., p. 49 il quale, confrontandosi con il *projet d'ordonnance*, auspicava un cambio di rotta del legislatore e citava l'esempio del contratto dal quale dipende la sopravvivenza dell'impresa che versa in situazione di dipendenza rispetto alla controparte.

<sup>143</sup> Secondo il disposto dell'art. 1178, c. 3, del *Code*, "*indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les*



rinunci a far valere la nullità, il risarcimento dovrebbe essere accordato in misura tale da riequilibrare il contenuto del contratto<sup>144</sup>.

La soluzione prospettata, implicando lo "scarto" degli strumenti protettivi normativamente prefissati, costituisce un indice evidente della disarmonia tra la patologia presa in considerazione dall'art. 1143 e la correlativa tecnica di tutela<sup>145</sup>.

Una disarmonia che appare ancor più evidente confrontando la scelta operata dal legislatore francese con i testi normativi presi a modello e richiamati dal Rapporto al Presidente della Repubblica.

Così, ad esempio, l'art. II-7:207 DFCR, nel disciplinare l'*unfair exploitation*, dispone che in presenza di un approfittamento dell'altrui condizione di debolezza<sup>146</sup> la parte svantaggiata può chiedere l'annullamento del contratto o, alternativamente, ove possibile e opportuno, domandare che il giudice provveda a rideterminarne il contenuto in conformità con i principi di buona fede e correttezza<sup>147</sup>. L'istanza di revisione in senso perequativo del programma negoziale può, peraltro, essere chiesta anche dalla parte avvantaggiata cui sia pervenuta la domanda di annullamento del contratto.

Sostanzialmente analoga risulta la previsione dell'art. 4:109 dei PECL (c.d. Principi Lando) mentre nell'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit<sup>148</sup> il

*conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle*".

<sup>144</sup> Cfr., P. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, cit., p. 748 ; F. CHÉNEDE, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit. p. 655 ss. ; N. DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats*, cit., p. 47 ; E. CLAUDEL, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 474.

<sup>145</sup> Secondo A. ANDRIEUX, *La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétoriennes. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil*, in *LPA*, 22 août 2016, n° 116w3, p.6 ss., ricorrere alla tutela risarcitoria per ottenere un risultato assimilabile al riequilibrio del contratto "*heurte la logique bien établie de la distinction de nature de fondement des actions*".

<sup>146</sup> Più specificamente, si prevede che l'annullamento o la revisione del contratto possano essere richiesti "*if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage*".

<sup>147</sup> Più specificamente il giudice deve adeguare il regolamento contrattuale ai contenuti che le parti avrebbero presumibilmente convenuto a seguito di una trattativa svolta in conformità con i principi di buona fede e correttezza.

<sup>148</sup> La fattispecie contempla l'ipotesi in cui il contratto attribuisca ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Per valutare tale presupposto occorre "considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un

regolamento contrattuale può essere rimodellato sia attraverso una domanda di annullamento specificamente mirata alla rimozione di singole clausole sia previa richiesta al giudice di "adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio"<sup>149</sup>.

Anche negli studi più direttamente influenzati dal diritto di matrice comunitaria lo squilibrio contrattuale determinato dall'approfittamento dell'altrui condizione di debolezza apre le porte ad un intervento di rimodellamento del programma negoziale<sup>150</sup>, quantomeno consentendo di circoscrivere l'effetto demolitorio alle sole clausole frutto della condotta abusiva<sup>151</sup>.

D'altra parte, nella medesima direzione si muovono la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore<sup>152</sup> e quella concernente i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>153</sup>.

Anche in tali ultime ipotesi vengono in rilievo regole che mostrano una certa flessibilità

ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto".

<sup>149</sup> Anche in tal caso, analoga richiesta può essere avanzata dalla parte avvantaggiata cui sia pervenuta istanza di annullamento del contratto.

<sup>150</sup> Cfr., art. 48, *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law in A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, reperibile su [http://ec.europa.eu/justice/contract/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/index_it.htm)

<sup>151</sup> Cfr., art. 54, comma 2, CESL secondo cui "*where a ground of avoidance affects only certain contract terms, the effect of avoidance is limited to those terms unless it is unreasonable to uphold the remainder of the contract*".

<sup>152</sup> Come è noto, la nullità della clausola che determina un significativo squilibrio di diritti e di obblighi a carico del consumatore è collegata alla circostanza che la stessa non abbia costituito oggetto di trattativa individuale (art. 3 Dir. 93/13/CEE). Il dato comportamentale, pur essendo estrinseco al contratto, diviene fondamentale parametro del giudizio di validità, in quanto la medesima clausola, benché iniqua, ove frutto di un'effettiva e paritaria ricomposizione del conflitto di interessi tra i contraenti, non può più essere rimessa in discussione (eccezione fatta per le tre clausole appartenenti alla c.d. "lista nera" che sono nulle benché oggetto di trattativa individuale).

<sup>153</sup> L'art. 7, Dir. 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dispone che i patti concernenti la data del pagamento del prezzo e le conseguenze di un eventuale ritardo sono nulli quando risultino gravemente iniqui perché si discostano sensibilmente "dalla corretta prassi commerciale in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza. La legislazione italiana contempla, altresì, in tema di subfornitura, l'art. 9 della l. n. 192/1998 che sanziona con la nullità l'accordo che risulti essere frutto dell'abuso di dipendenza economica.

consentendo di *adattare* l'intervento normativo sull'autonomia privata<sup>154</sup> in ragione del *deficit* di libertà contrattuale che si è registrato a monte<sup>155</sup>. Si dà, perciò, vita ad un'operazione di conformazione e rimodellamento del regolamento che colpisce selettivamente le parti inique frutto di comportamenti c.d. "abusivi" consentendo, talvolta, l'inserimento di contenuti normativamente predeterminati<sup>156</sup>.

Se l'art. 1143 del *Code* evidenzia una patologia del regolamento contrattuale è su tale piano, in ultima analisi, che dovrebbe incidere il correlativo rimedio, atteggiandosi quale "rimedio di regolamento"<sup>157</sup>. La misura protettiva non dovrebbe, invero, mirare alla demolizione dell'operazione negoziale, quanto alla sua conservazione previa rideterminazione in senso perequativo del suo contenuto<sup>158</sup>.

L'*abus* rappresenta una figura ibrida frutto dell'"innesto" di una patologia di regolamento all'interno dei vizi del consenso ed una siffatta sintesi degli elementi della fattispecie si riflette, inevitabilmente, sulle istanze che la parte primaria della norma individua come meritevoli di realizzazione.

Da qui l'inadeguatezza di una tecnica di tutela traslata dai tradizionali *vices du consentement* senza alcun adattamento nonostante il diverso atteggiarsi delle esigenze in campo<sup>159</sup>.

La dottrina non ha, invero, mancato di rilevare come non sia l'interesse a doversi strutturare "attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi"<sup>160</sup>; sono, cioè, i bisogni a conformare le correlative forme giuridiche di protezione e non viceversa<sup>161</sup>.

Solo se riesce ad "accorciare le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse o al bene che si intende tutelare", il rimedio può dirsi, allora, "effettivo"<sup>162</sup>.

Si comprendono, in tale prospettiva, i tentativi compiuti dagli studiosi francesi di individuare correttivi o, addirittura, percorsi alternativi di salvaguardia del contraente che ha subito l'*abus*<sup>163</sup>.

La soluzione di ripiegare sul risarcimento del danno quale strumento equivalente al riequilibrio del regolamento contrattuale non appare, tuttavia, appagante soprattutto in relazione ai contratti di durata per i quali risulta indispensabile garantire la conservazione del contratto a condizioni più eque<sup>164</sup>.

Andrebbe, piuttosto, accolto, anche nel caso di specie, l'invito a garantire l'efficienza dei rimedi ripensando, sulla scorta delle scelte operate in ambito comunitario, i meccanismi demolitori "in guisa da foggare interventi integrativi, correttivi e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi"<sup>165</sup>.

Il rimedio deve, invero, rimanere in stretto e diretto rapporto dialogico con la domanda di tutela

<sup>154</sup> Nel costruire un regolamento efficiente, «la norma non interviene direttamente sul regolamento pattizio, bensì sui presupposti e sulle condizioni (...) ritenuti indispensabili e funzionali alla determinazione di un assetto programmatico contrattuale senz'altro meritevole di garanzia giuridica» (V. SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., p. 459 ss.).

<sup>155</sup> Sia consentito un rinvio a F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, spec., p. 245 ss.

<sup>156</sup> Si tratta di un'ipotesi che la dottrina (Ang. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 206) considera emblematica del nuovo modo di operare dell'integrazione del contratto. Accanto all'integrazione suppletiva ed a quella repressiva, il nuovo diritto dei contratti introduce l'integrazione "conformativa" (sulla quale si veda anche ID., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 100 s.) chiamata a "modellare il regolamento contrattuale depurato del patto giudicato iniquo o abusivo" perché conseguente ad una c.d. "deroga abusiva al diritto dispositivo" (p. 160).

<sup>157</sup> Per tale espressione, v., V. SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., p. 480; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., spec. p. 369 s.

<sup>158</sup> In tal senso si orientava l'*avant-projet Terré* che, però, come già rilevato, contemplava un differente inquadramento dell'abuso ricondotto alla figura della *lésion*.

<sup>159</sup> Sull'inopportunità di associare allo squilibrio contrattuale un rimedio predisposto per patologie incidenti sul momento genetico e formativo del contratto, v., V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 256.

<sup>160</sup> Cfr., P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 4.

<sup>161</sup> Cfr., V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologia dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1055.

<sup>162</sup> G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in questa *Rivista*, 2015, p. 13.

<sup>163</sup> Sulla possibilità di scelta e cumulo dei rimedi quale espressione del diritto ad un rimedio effettivo v., G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 12.

<sup>164</sup> Cfr., A. ANDRIEUX, *La codification de la « violence-dépendance »*, cit., p. 6 ss. L'A., propone di "*reconnaître à la partie lésée une action « quanti minoris », semblable à l'action estimatoire en matière de garantie des vices cachés – ou « quanti majoris », s'il s'agit de l'objet du contrat qui a été sous-évalué*".

<sup>165</sup> Cfr., G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 91. Per un'applicazione del principio di effettività delle tutele quale canone ermeneutico di rilettura dell'art. 1467 c.c. v., ID., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in questa *Rivista*, 2020, spec., p. 8 ss. Secondo l'A., la tutela della risoluzione del contratto "prevista per il contraente danneggiato va integrata sulla base del principio di effettività che esige di individuare il rimedio più adeguato alla soddisfazione dell'interesse protetto nella fattispecie normativa integrata dai principi. Coordinando, dunque, i comportamenti dovuti con la necessità di un rimedio effettivo". Da qui, la ricostruzione di un obbligo di rinegoziazione del contratto quale strumento di tutela alternativo alla risoluzione e ritenuto più idoneo al soddisfacimento degli interessi delle parti.

cui intende fornire risposta e, quindi, con la fattispecie dal quale quell'istanza trae origine<sup>166</sup>.

Tutte le regole, infatti, "sia quelle legali (imperative o dispositive), sia quelle pattizie, come pure le altre aventi carattere eventualmente sostitutivo integrativo o correttivo, restano sempre a dipendere dalla sostanza reale degli interessi in campo, secondo una legge universale propria di ogni efficacia giuridica, che è il principio di convenienza dell'effetto al fatto"<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Sulla flessibilità del sistema rimediabile e sull'opportunità di selezionare il rimedio utile in ragione delle peculiarità del caso concreto v., P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., spec., p. 3.

<sup>167</sup> Così, V. SCALISI, *Contratto e regolamento*, cit., spec., p. 488.