UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alla ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina

Pardolesi, R.; Pacces, A.M.

Publication date
1996
Document Version
Final published version
Published in
Diritto Privato

Link to publication

Citation for published version (APA):
Pardolesi, R., & Pacces, A. M. (1996). Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alla ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina. *Diritto Privato*, 377-426.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:05 Dec 2025

Estratto da:

DIRITTO PRIVATO
1996

II
Condizioni generali
e clausole vessatorie

CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1997

Roberto Pardolesi-Alessio Pacces

Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina

ROBERTO PARDOLESI - ALESSIO PACCES

CLAUSOLE VESSATORIE E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: NOTE IN MARGINE ALLE RAGIONI (ED ALLE INCONGRUENZE) DELLA NUOVA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il 'prezzo del biglietto': qualche cenno di teoria economica del contratto. - 3. Condizioni generali di contratto: qualche raggio di luce e tante ombre. - 4. La contrattazione standardizzata: fenomenologia e analisi economica. - 5. I riflessi dell'asimmetria informativa sul mercato. - 6. La contrattazione individuale: un altro pianeta? - 7. A mo' di epilogo.

1. *Premessa*

1. - Mentre la nuova disciplina dei contratti dei consumatori compie i primi (e timidi) passi giurisprudenziali (1), registrando al contempo un autentico profluvio di apporti dottrinari (2),

(1) V. Trib. Torino 4 ottobre 1996, 16 agosto 1996 e 14 agosto 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 290, con nota di G. ARMONE, *Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1469 sexies c.c.*

(2) Fra i contributi più recenti: AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI (di cui v. anche *I contratti di adesione e le clausole vessatorie*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, II, Padova, 1997, 617); V. CARBONE, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche*, in *Corriere giur.*, 1996, 1300; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 431 (ivi anche, a p. 915, la scheda di P. L. Carbone); S. FAILLACE, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contratto e impresa*, 1996, 359; G. ALPA, *La concorrenza negoziale e le clausole vessatorie*, in *I contratti*, 1996, 439; V. RIZZO, *Il significativo squilibruio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469* bis *c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 497.

rimane ancora qualche margine per interrogarsi sulla 'saggezza' delle linee-guida che hanno ispirato l'iniziativa comunitaria e, sulle sue tracce, la recezione italiana (3). In proposito, l'analisi economica del diritto (questa sconosciuta!) offre una chiave di lettura eterodossa quanto stimolante; ed è appunto questa la traiettoria cui ci si atterrà nelle pagine che seguono. Il secondo paragrafo ricostruirà il bagaglio minimo di riferimenti su cui si fonda l'approccio economico al diritto dei contratti, mettendo in chiaro come i presupposti del modello siano inevitabilmente lontani dalla realtà, senza che, per questo, se ne debba revocare in dubbio l'utilità sul piano della ricognizione concettuale. Il terzo paragrafo inserirà, nel contesto precedentemente abbozzato, il fenomeno dei contratti standard, spiegando le loro virtù – troppo ovvie, al punto da risultare, talora, sottostimate – a fronte di vizi radicati, che si è soliti ricondurre al prepotere del predisponente e tuttavia non si prestano ad esser spiegati in termini di effetti mono(oligo)polistici. Nel paragrafo successivo, si cercherà di spiegare che la normale ignoranza dei consumatori circa il contenuto dei contratti stipulati routinariamente non è effetto indotto da patologica superficialità, ma esprime appieno la razionalità limitata che governa i nostri comportamenti. Se così è, si comprende – ed è ciò che si leggerà nel quinto paragrafo – perché la 'cura' ai guasti da condizioni generali di contratto non possa passare attraverso tentativi di riequilibrare un'asimmetria informativa che, per essere strutturale, non può essere elisa dal mercato. Questo suo 'fallimento' giustifica l'intervento correttivo del legislatore, limitato però – come illustrato dal sesto paragrafo – al contesto specifico delle condizioni generali: l'estensione a tutti i contratti dei consumatori che non siano frutto di negoziazione paritetica postula spiegazioni diverse e assai più labili. Le conclusioni tenteranno, in modo decisamente sintetico, di recuperare – tra le pieghe di un

(3) Ampia traccia dell'elaborazione legislativa che ha condotto all'inserzione, nel tessuto codicistico, del capo intitolato ai «contratti dei consumatori» in G. De Nova, *Le clausole vessatorie,* Milano, 1996, 65 ss.

dettato legislativo di qualità alquanto dubbia – le linee di un'impostazione ermeneutica intesa a fare di necessità virtù.

2. *Il 'prezzo del biglietto': qualche cenno di teoria economica del contratto*

Il modo in cui l'economista ed il giurista, forti ciascuno del proprio retroterra culturale, inquadrano la materia contrattuale sembra, a prima vista, assai differente. Mentre l'uno guarda oltre il contratto, all'efficienza dello scambio individuale che si riverbera sul benessere complessivo della società, il secondo sembra preoccuparsi piuttosto dell'ordinato svolgimento delle relazioni negoziali e, in particolare, dell'equità dell'assetto contrattuale raggiunto dalle parti.

Non è detto, però, che le due impostazioni debbano collidere (o, peggio ancora, ignorarsi). Il motivo conduttore, se si vuole, la sfida del quadro analitico che si va ad abbozzare sta proprio nel tentativo di conciliare un approccio tecnico-giuridico al problema dei contratti dei consumatori con uno schema d'indagine del fenomeno basato su considerazioni di carattere economico. Posto che la matrice funzionale dello strumento contrattuale si rivela prettamente economica, una ricognizione che segua questa traiettoria offre un'opportunità ghiotta per verificare la rispondenza al fenomeno della disciplina fissata dall'ordinamento, evidenziando gli effetti, in termini di efficienza allocativa, dell'adozione di determinate regole giuridiche. E, quand'anche volesse contestarsi la rilevanza giuridica del criterio/obiettivo dell'efficienza dello scambio – tesi che, per le ragioni che non si mancherà di sottolineare più avanti, appare difficile da sostenere – dall'analisi economica non si potrà comunque prescindere nello studio del comportamento *ex ante* delle parti del contratto, le quali devono ragionevolmente presumersi individui razionali, ossia orientati alla massimizzazione della propria utilità, in una, *homines oeconomici.*

Ammesso che ciò basti a vincere le resistenze pregiudiziali, occorre *in limine* superare una difficoltà di linguaggio. Il feno-

meno contrattuale è evidentemente unico nei suoi connotati intrinseci, giacché comunque presiede allo scambio di utilità tra operatori economici. Ciononostante, la definizione di contratto differisce, in maniera talora rilevante, da ordinamento ad ordinamento. Il divario tra una nozione di contratto, incentrata sull'accordo delle parti e produttivo di obbligazioni in un rapporto giuridico patrimoniale, e una basata invece sull'idea dello scambio di promesse vincolanti sembrerebbe, a prima vista, incolmabile. Eppure non lo è, ai fini della presente analisi, che guarda al contratto come a un elemento di una fenomenologia e, pertanto, lo considera esclusivamente in termini funzionali, prescindendo dal formalismo delle categorie giuridiche (sia pur con riserva di recuperarle, al momento opportuno, come termini di confronto).

In questa prospettiva, il contratto è uno strumento giuridico di supporto allo scambio di beni economici, adottato dagli operatori per disciplinare il loro reciproco comportamento nelle possibili implicazioni di fatto dell'operazione economica posta in essere. A ben vedere, l'impostazione, che dà conto della funzione economica del contratto, non contrasta con le definizioni giuridiche delineatesi nei diversi ordinamenti. Ciascuna di esse, infatti, sottende un unico evento tipico caratterizzante il contratto nella sua essenza, cioè l'unione delle volontà delle parti finalizzata a rendere vincolanti determinate scelte di comportamento, connesse all'operazione economica sottostante. Poco importa allora, ai fini della comprensione di base del fenomeno, che tale vincolo si riferisca alla promessa reciprocata ovvero ad obbligazioni tra loro legate da una causa. Il contratto è comunque strumento di autodisciplina delle parti (o di «autolegislazione», se si vuole, tant'è che «il contratto ha forza di legge tra le parti»), che consente loro di fare affidamento l'una sull'altra, di coordinare le relative azioni e di determinare, quindi, le caratteristiche dello scambio sottostante sulla base delle proprie scelte economiche (4). Di conseguenza, funzione basilare

(4) Per questa impostazione, cfr. R. Cooter e T. Ulen, *Law and Economics*, Londra, 1988, p. 227.

del contratto è consentire agli individui di perseguire al meglio i propri scopi personali attraverso lo scambio dei relativi beni economici.

Ma perché il contratto? In teoria, le scelte economiche che danno luogo allo scambio non richiedono di per sé un contratto che disciplini il comportamento delle parti. In altre parole, una volta che l'acquirente e il venditore hanno deciso di scambiare un bene ad un determinato prezzo, il processo decisionale potrebbe sembrare esaurito. Così non è, tuttavia, giacché lo scambio implica, in generale, una serie di scelte di gran lunga più complicate. Di fatto, un'operazione economica non è sempre istantanea per ciò che concerne la sua esecuzione e, soprattutto, i suoi possibili effetti. Dal momento che questi ultimi per lo più si verificano nel futuro, si configura una pletora virtualmente infinita di eventualità che possono incidere sul corso dell'operazione. Ciascuna di queste eventualità rappresenta un rischio, che dovrà essere sopportato da uno dei soggetti dello scambio; di qui la necessità di stabilire chi debba in concreto farsene carico. L'aspetto fondamentale nella disciplina contrattuale delle operazioni economiche è, dunque, l'allocazione dei rischi tra le parti (5).

Nel contesto appena delineato, la teoria economica ha sviluppato l'idea del contratto «completo» o perfetto, che altro non è se non uno strumento infallibile per il conseguimento degli obiettivi economici delle parti. Il modello economico di riferimento è quello della concorrenza perfetta, nella sua formulazione più rigorosa e irrealistica. Le relative ipotesi di fondo si suddividono in due gruppi (6). Il primo, relativo alla razionalità delle parti presuppone:

---

(5) In tal senso si esprime buona parte della dottrina di *law and economics*. Si vedano, in particolare: COOTER & ULEN, *op. cit.*, pp. 228-229; R. A. POSNER & A. M. ROSENFIELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. *Legal Studies* 83, 88 (1977); M. I. MEYERSON, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World*, 24 *Ga. L. Rev.* 583, 591 (1990).

(6) Le «ipotesi alla base dei contratti» – nella prospettiva di EAL – sono scan-

a.1) preferenze individuali stabili e coerenti;

b.1) vincolo di bilancio;

c.1) comportamento orientato alla massimizzazione del profitto.

Il secondo gruppo di ipotesi, che qualifica l'ambiente contrattuale ideale, postula invece:

a.2) assenza di effetti distorsivi riguardanti i terzi estranei al contratto (*id est,* assenza di esternalità);

b.2) perfetta informazione;

c.2) pluralità di parti disposte a contrattare;

d.2) assenza di costi di transazione.

Da questo insieme di premesse discende che ogni scambio risulta Pareto-efficiente, nel senso che, in seguito alla sua effettuazione, almeno un soggetto avrà migliorato la propria posizione senza pregiudicare quella di nessun altro. Non solo: come risultato conclusivo del processo di scambio, l'allocazione delle risorse segue il criterio dell'impiego più efficiente. La 'mano invisibile' della concorrenza perfetta fa sì che il perseguimento degli obiettivi economici individuali si traduca nell'incremento del benessere complessivo della società.

Analogamente, in uno scenario siffatto, i contratti realizzano l'allocazione efficiente del rischio particolare. Conviene qui ribadire l'assunto di razionalità e perfetta informazione delle parti, per cui esse risultano orientate alla massimizzazione del loro profitto, disponendo peraltro di ogni elemento rilevante per un'analisi consapevole della situazione. Ebbene, l'acquirente preferirà addossare a controparte un dato (e ben noto) rischio fintantoché ha ragione di ritenere che quest'ultima sia meglio attrezzata per fronteggiarlo: fintantoché, in altre parole, la sopportazione di quel rischio rappresenta, per lui, un costo maggiore dell'incremento di prezzo che gli sarebbe richiesto dal venditore per accollarsi gli effetti negativi connessi al

---

dagliate, sinteticamente, da A. CHIANCONE, *Lezioni di analisi economica del diritto,* Torino, 1996, 44-5.

materializzarsi di quell'eventualità. Altrimenti converrebbe all'acquirente concludere un contratto, meno favorevole in termini di allocazione del rischio, ma ad un prezzo più vantaggioso (7). Posto che ogni eventualità, in ipotesi, può essere compiutamente valutata *ex ante*, il rischio associato viene ripartito tra le parti in base a criteri di efficienza. Nello scenario ideale del modello di concorrenza perfetta, le responsabilità vengono allocate in modo tale da minimizzare il costo della sopportazione del rischio: tutte le risorse economiche – e tra queste è da includere anche la sopportazione del rischio – sono libere di muoversi verso le opportunità di impiego più efficiente.

L'idea-forza della teoria economica del contratto è che, nei limiti in cui la si può postulare, la sovranità dell'individuo nel disciplinare le operazioni economiche private conduce all'efficiente allocazione del rischio. Dal momento che i contratti sono (perfetti, meglio completi, perché considerano ogni possibile evenienza, ed) efficienti, la conclusione normativa della teoria è che detti contratti debbono vincolare le parti per tutto quanto da esse convenuto (8). E questo, del resto, il fondamento economico del principio giuridico dell'autonomia contrattuale. In uno scenario di concorrenza perfetta, l'autonomia delle parti nel determinare il contenuto dei contratti realizza l'effetto della massimizzazione della loro ricchezza aggregata e, di conseguenza, del benessere della società nel complesso (9). Ciò implica, per inciso, che la pattuizione risultante da un processo negoziale di tal fatta produca risultati insindacabili sul piano qualitativo. Il regolamento contrattuale non è mai buono o cattivo, perché integra un ottimo paretiano (da cui, cioè, non sarebbe dato scostarsi senza alterare *in pejus* la situazione di almeno

(7) Per la discussione, in questi termini, del «paradigma delle clausole contrattuali efficienti», v. MEYERSON, *op. cit.*, p. 589 ss..

(8) COOTER & ULEN, *op. cit.*, p. 230.

(9) Al riguardo, vedasi R. A. EPSTEIN, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 *J. Law & Econ.* 293 (1975).

uno dei paciscenti). L'affermazione, apparentemente controintuitiva, merita qualche cenno esplicativo. A partire da un'approssimazione metaforica: il contratto è come una coperta corta, tirato da una parte, avvolge un estremo a costo di lasciar scoperto l'altro. È possibile, per una parte, ottenere una disciplina protettiva, che la metta al sicuro da taluni rischi allocandoli in capo a controparte, la quale assumerà questa funzione, per così dire, assicurativa dietro adeguato premio. In altre parole, il contratto 'migliore' (perché mette al riparo dal materializzarsi di eventualità negative) costa di più di quello che lascia a carico del soggetto le conseguenze del verificarsi di talune contingenze; e che l'un o l'altro assetto risulti davvero più appetibile dipende, in ultima analisi, dall'atteggiamento della parte di fronte a quei rischi. Per intenderci, chi vestisse, nella circostanza, i panni consapevoli del *risk-preferrer* opterebbe per un contratto meno garantistico, ma più a buon mercato; e la sua scelta meditata si sottrarrebbe – a meno di scadere in inopinati paternalismi – a qualsivoglia censura (sin tanto che si rimane nell'ottica della valutazione *ex ante*, che è peraltro la sola a poter guidare la riflessione sul 'farsi' del contratto).

Sennonché, la realtà è assai distante dal modello (che, già per il fatto di tener conto della sensibilità individuale rispetto al rischio, si allontana da quello che i puristi riterrebbero ideale). Una volta caduti i presupposti dell'ipotesi teorica, non si fa fatica a toccare con mano che i risultati pratici presentano ampio margine di divergenza rispetto a quelli appena cennati. In particolare, i contratti, non essendo mai davvero perfetti, possono rivelarsi inidonei al perseguimento degli obiettivi economici delle parti, conducendo ad un risultato sub-ottimale e, dunque, inefficiente.

Questa ineluttabile constatazione presta minacciosa consistenza al sospetto che, per questa via, si finisca col girare a vuoto. Nell'isola deserta dell'economista di Polinsky, di fronte al problema di come aprire una lattina da cui dipende la sopravvivenza, si può ben «assumere» – con l'ironia di circostanza – di avere un apriscatole; faremo sempre in tempo a riconoscere l'impossibilità dell'ipotesi e a trarne le dovute conseguen-

ze ([10]). Ma, fuor di celia, di qui a dichiarare che il gioco non vale la candela, ne corre. Mette conto sottolineare come l'analisi economica di un problema complesso, qual è la fenomenologia contrattuale, debba necessariamente procedere da un modello basato su ipotesi semplificatrici. In questa prospettiva, la teoria economica del contratto è tutt'altro che inutile per spiegare il mondo reale. Da un lato, infatti, alcune situazioni di mercato si avvicinano al modello ideale al punto che i contratti ivi conclusi possono ritenersi prossimi all'idea del contratto perfetto. Dall'altro, anche se la realtà si allontana dalle ipotesi teoriche tanto che il mercato fallisce l'obiettivo dell'efficienza e i contratti ivi conclusi si rivelano necessariamente imperfetti, il modello continua a fornire una guida affidabile per identificare le cause del fallimento del mercato.

In altre parole, l'analisi economica del mondo reale procede identificando, negli scostamenti dai presupposti del modello, le cause del concreto andamento del fenomeno: compiendo, così, il primo passo verso la comprensione dei suoi tratti caratteristici, su cui dispiegare una più consapevole riflessione giuridica.

3. *Condizioni generali di contratto: qualche raggio di luce e tante ombre*

Cominciamo col considerare la fattispecie tipica del contratto concluso dai consumatori: il contratto standardizzato, meglio noto nella dottrina giuridica come contratto d'adesione e, nella letteratura anglosassone, come *standard form* ([11]). Fattispecie tipica, si è detto – in quanto si tratta notoriamente della

([10]) A. M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, 2ª ed. Roma, 1992.

([11]) Secondo W. D. Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 *Harv. L. Rev.* 529 (1971), i contratti standardizzati conterebbero addirittura per più del 99% di tutti i contratti conclusi dai consumatori.

modalità più diffusa di contratto stipulato dai consumatori –, ma non anche esclusiva. I consumatori concludono, infatti, anche contratti non standardizzati: è quanto avviene normalmente quando la controparte non operi nell'esercizio di un'attività professionale o d'impresa. Ma non è neppure difficile immaginare il consumatore di fronte ad una proposta contrattuale predisposta *ad hoc* per l'affare dall'imprenditore, in nulla dissimile da un contratto d'adesione salvo che per un aspetto, tutt'altro che marginale: l'assenza della standardizzazione delle clausole.

Le considerazioni che seguono hanno il duplice obiettivo di chiarire la problematica sottesa al fenomeno della contrattazione standardizzata e di evidenziarne, in un secondo momento, la profonda diversità rispetto all'ipotesi da ultimo delineata (contratti unilateralmente predisposti, ma non standardizzati); diversità di cui il legislatore comunitario, *in primis*, e quello nazionale, di rimando, non sembrano aver affatto tenuto conto nel formulare la nuova disciplina dei contratti dei consumatori.

Caratteristica tipica del contratto d'adesione è la presentazione a controparte di una elaborata proposta contrattuale, unilateralmente predisposta, la quale dispone in dettaglio le obbligazioni di entrambe le parti contraenti. Tradizionalmente, la figura in esame presuppone la standardizzazione delle clausole, che vengono fissate dal predisponente – di norma un imprenditore o, quanto meno, un libero professionista – per una serie indefinita di relazioni contrattuali della stessa specie. È bene chiarire, però, che contratto di adesione è in ogni caso dizione gergale, propria del linguaggio giuridico, sul cui significato, a scanso di equivoci, occorre intendersi sin d'ora ([12]): ai fini della nostra analisi, con tale espressione si farà comunque riferi-

([12]) In ordine alla limitata valenza semantica dell'espressione si vedano: R. Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro It.*, 1994, V, c. 141, che appunto la qualifica come «dizione gergale»; analogamente R. Craswell, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 *U. Chi. L. Rev.* 1, 50, alla nota 99 (1993).

mento ai contratti standardizzati, riconducibili alla fattispecie giuridica delle condizioni generali di contratto di cui già all'art. 1341 c.c.

L'elemento più importante della fattispecie è dato dalla strutturale assenza di trattativa circa le clausole standard oggetto di predisposizione. Il destinatario della proposta contrattuale – di solito (ma non necessariamente) un consumatore – non ha altra scelta se non «aderire» a quest'ultima, così come formulata, ovvero rinunciare a concludere il contratto. Per questo motivo gli *standard forms* si qualificano generalmente come un «prendere o lasciare». Tale caratteristica, a ben vedere, discende dalla logica stessa della standardizzazione, la quale verrebbe a perdere di significato se fosse consentito ogni volta mettere in discussione, una per una, le clausole predisposte in via generale per un certo tipo di negozio.

La necessità della standardizzazione contrattuale nel moderno sistema delle relazioni commerciali viene generalmente riconosciuta sulla base della considerazione che i contratti standard consentono un consistente abbattimento dei costi (riconducibili alla nozione – prettamente economica – dei costi di transazione) altrimenti connessi alla negoziazione individuale delle condizioni di scambio dei beni e servizi (13). L'impostazione è dunque coerente con un'economia di produzione e distribuzione di massa, sicché – in prima approssimazione – la standardizzazione delle clausole, al pari di quella dei processi produttivi, si configura come un'opportunità di sfruttamento delle economie di scala (14). E il più efficiente impiego delle risorse, che ne discende, non può che esser visto con favore, posto che, in fin dei conti, sarà la società nel complesso a beneficiarne (15).

---

(13) Cfr., per tutti, M. J. Trebilcock e D. N. Dewees, *Judicial Control of Standard Form Contracts*, in *The Economic Approach To Law* (1981), Ch. 4, pp. 95-96.

(14) V. P. Goldberg, *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*, 17 *J. Law & Econ.* 461, 484 (1974).

(15) È quanto riconosce anche una delle voci tradizionalmente più inclini a denunciare guasti e trappole nei confronti dei contratti per adesione: F. Kessler,

Eppure l'uso dei contratti di adesione ha suscitato, nel tempo, notevoli perplessità da parte tanto dei giuristi quanto degli economisti, specie nel contesto dei contratti dei consumatori. L'evidenza empirica mostra che assai spesso, nei contratti standardizzati, la più parte dei rischi contrattuali viene addossata al consumatore. Nel linguaggio giuridico si parla, al riguardo, di clausole abusive od inique; nella tradizione italiana l'espressione più ricorrente è senz'altro quella di clausole vessatorie (transitata, non a caso, nella disciplina di recepimento della direttiva 93/13). Quale che sia l'aggettivo prescelto, la connotazione rimane, in ogni caso, negativa.

Dal punto di vista economico, invece, la pur ricorrente allocazione dei rischi a 'sfavore' del consumatore non legittima di per sé alcun giudizio circa l'efficienza del contratto. Come si ricorderà, infatti, la teoria economica dimostra che, in una situazione di concorrenza perfetta, i contratti volontariamente conclusi da consumatori razionali e consapevoli del relativo contenuto tendono a produrre un'efficiente allocazione dei rischi relativi all'operazione sottostante. Ne discende, nel caso dei contratti standard, che se le clausole proposte da un venditore sono insoddisfacenti perché eccessivamente vessatorie, l'acquirente si guarderà intorno alla ricerca di condizioni migliori; ove l'informazione sulle condizioni contrattuali praticate sul mercato fosse accessibile a costo zero, il consumatore persisterebbe nella sua ricerca fino a trovare esattamente la combinazione desiderata di prezzo, quantità e altre clausole negoziali.

Ciononostante, la letteratura economica e giuridica sull'argomento contesta di fatto, più o meno esplicitamente, due ipotesi fondamentali alla base del modello teorico e, quindi, del ragionamento appena delineato ([16]). Da un lato, si osserva che l'uso dei contratti per adesione presuppone una scarsa competitività del settore economico di riferimento. Dall'altro, si rileva

---

Contract of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 *Colum. L. Rev.* 629, 632 (1943).

([16]) Al riguardo, si veda, in generale, TREBILCOCK & DEWEES, *op. cit.*, p. 93.

che i contratti in parola si caratterizzano tipicamente per l'inadeguatezza delle informazioni possedute dal consumatore in merito al contenuto delle relative clausole.

Tralasciando, per un momento, quest'ultima argomentazione – con riserva di approfondirla adeguatamente più in là –, soffermiamoci sulla prima, tradizionale cavallo di battaglia dei giuristi più scettici verso la figura del contratto di adesione. Anzitutto, la tesi deduce dall'assenza di negoziazione delle clausole – che tipicamente, anzi necessariamente, inerisce all'idea stessa del contratto standardizzato – una strutturale disparità di potere contrattuale a svantaggio del consumatore ([17]). Sicché l'imprenditore, un po' il cattivo di turno, avrebbe di fronte un soggetto alla sua completa mercé, incapace di obiettare costruttivamente alle condizioni contrattuali più vessatorie che comunque gli vengono proposte (o imposte?) come 'prendere o lasciare'.

Di qui il giurista fa normalmente discendere un'istanza di carattere protezionistico a tutela del contraente più debole ([18]). Quel che rimane ancora da spiegare, però, è il fondamento della pretesa disparità di forza contrattuale (ammesso, e non concesso, che sia poi davvero questo il problema degli *standard forms*). Al riguardo, è stato osservato che il prepotere contrattuale dell'imprenditore deriva dal suo potere di mercato ([19]). Così, la dinamica essenziale che si cela dietro il contratto di ade-

---

([17]) Per una dettagliata discussione in merito alle incongruenze della tesi della disparità di potere contrattuale (c.d. «*doctrine of inequality of bargaining power*»), risultante da uno dei *leading cases* nella giurisprudenza dell'*House of Lords* inglese (*Maculay v. Schroeder Publishing Co. Ltd.*, [1976] 1 WLR 1308, HL), si veda M. J. Trebilcock, *The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords*, 26 *U. Toronto L. J.* 359, 359 ss. (1979). Craswell, *op. cit.*, p. 50, nota 99, definisce peraltro l'espressione «*unequal bargaining power*» come un «*umbrella concept*», in quanto assolutamente carente sul piano esplicativo.

([18]) Cfr., per tutti, C. M. Bianca, *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sez. civ.)*, III, Torino, 1988, p. 398 ss.

([19]) Kessler, *op. cit.*, p. 629 e ss.

sione altro non è se non quella del monopolio o, tutt'al più, della collusione oligopolistica. Dal punto di vista economico, allora, la questione della disparità di potere contrattuale si traduce in un problema di concorrenza; volendo accedere a questa tesi, il bisogno di tutela del consumatore non andrebbe ricondotto tanto alla sua condizione di contraente più debole, quanto, e più precisamente, al fatto che le sue scelte sono viziate in radice dalla mancanza di alternative contrattuali disponibili sul mercato.

Sennonché, il binomio monopolio/contratto di adesione – originariamente sostenuto, nella sua più lucida formulazione, dai celebri saggi di Kessler – esprime una convinzione tanto diffusa in dottrina quanto, a ben vedere, inconferente (20). L'idea secondo cui il tipico 'prendere o lasciare' dei contratti in argomento si spiegherebbe esclusivamente alla luce di una posizione monopolistica del predisponente, magari condivisa con altri, è inesorabilmente smentita dai fatti, oltre che da fondate argomentazioni di carattere logico. Anzitutto, gli *standard forms* sono utilizzati in innumerevoli contesti dove non v'è un grado significativo di concentrazione (21). Viene spontaneo chiedersi «perché moduli zeppi di clausole vessatorie siano impiegati dal venditore di enciclopedie nel baracchino all'angolo della strada, che ben difficilmente potremmo accreditare di un solido potere monopolistico» (22). Il fatto è che non è dato riscontrare alcuna corrispondenza biunivoca tra monopolio e uso dei contratti per adesione: potrebbe anche darsi che il monopolio implichi l'utilizzo di *standard forms*, ma certamente quest'ultima circostanza non presuppone la prima. Quindi, l'offerta di uno schema contrattuale in termini di 'prendere o lasciare' non postula alcun preesistente potere di mercato; è piuttosto la sem-

---

(20) Si fa riferimento, nel testo, a F. Kessler, *Contracts of Adhesion: Natural Law, Justice and Democracy – Some Thoughts on Three Types of Thinking About Law and Justice*, 19 *Tul. L. Rev.* 31 (1944).

(21) Cfr., sul punto, Trebilcock & Dewees, *op. cit.*, p. 99; e Pardolesi, *op. cit.*, c. 145.

(22) Pardolesi, *op. cit.*, c. 145.

plice dimostrazione che l'incremento dei costi, derivante dalla negoziazione separata di ogni operazione commerciale, non è nell'interesse del produttore, né del consumatore. L'assenza di trattativa, infatti, non determina di per sé l'inefficienza del contratto. Invero, il nocciolo della questione è dato dall'esistenza e dalla disponibilità di fonti alternative di offerta per ciò che concerne le clausole del contratto. Una volta che quest'ultima condizione sia verificata, i consumatori sono teoricamente in grado di ricercare nel mercato un migliore assetto contrattuale e di scegliere, così, le clausole che meglio rispondono alle loro preferenze (23).

Ora, l'(in)esistenza delle suddette alternative non può essere semplicisticamente dedotta dal fatto che un particolare imprenditore offra clausole standard non negoziabili. L'indagine va condotta su un piano diverso, a livello di mercato. Quindi, nel caso di esito negativo, occorrerà spiegare perché tali alternative non sono disponibili. Infatti, nodo cruciale dell'analisi è stabilire se la mancanza di assetti contrattuali alternativi dipenda da una situazione di scarsa competitività del mercato o sia piuttosto dovuta ad una diversa ipotesi di *market failure*, tale da non lasciar più presumere che la libera scelta del consumatore sia efficiente. Anticipando parte delle conclusioni, non faremo mistero della nostra convinzione che quest'ultima sia la corretta spiegazione del fenomeno; tanto più che ulteriori riflessioni sul tema della concorrenza ne dimostrano la scarsa pertinenza al problema che ci occupa.

Per dirne una, l'uniformità delle condizioni generali di contratto in un determinato settore economico ha un significato ambiguo tra concorrenza e collusione oligopolistica. Da una parte, è stato osservato che un'intesa sulle clausole contrattuali risulterebbe nel tempo difficilmente sostenibile, specialmente in un settore dai prodotti particolarmente differenziati. Dall'al-

(23) Sul punto è concorde buona parte della dottrina anglosassone. Cfr., riassuntivamente, T. Rakoff, *Contract of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 *Harv. L. Rev.* 1174, 1225 ss. (1983).

tra, persino l'inesistenza di formulazioni contrattuali alternative non basta a dimostrare la non competitività del mercato. Anzi, uno scenario perfettamente concorrenziale implica proprio l'uso generalizzato di clausole standard comuni ai diversi produttori, tali da allocare efficientemente ogni rischio specifico. In concorrenza perfetta, infatti, il carattere di omogeneità del prodotto conduce inevitabilmente all'omogeneità dei termini dello scambio, così come di ogni altro requisito qualitativo del bene o servizio scambiato ([24]).

Come se non bastasse – ed è questa forse l'argomentazione più incisiva –, la cornice monopolistica non giustifica, quale condotta razionale, l'imposizione al cliente di clausole vessatorie. Assumendo una situazione di perfetta informazione di ambo le parti (e, si badi, il problema delle asimmetrie informative è stato sinora volutamente tenuto fuori campo), non c'è ragione di ritenere che un imprenditore con potere di mercato tenderebbe ad approfittare dei consumatori attraverso clausole contrattuali a senso unico. Un monopolista (al pari dei membri di un cartello ben organizzato) cercherebbe piuttosto di ottenere il massimo ritorno da un contratto contenente le clausole che meglio rispondono alle preferenze dei consuma-

([24]) CRASWELL, *op. cit.*, p. 48; TREBILCOCK & DEWEES, *op. cit.*, p. 100; PARDOLESI, *op. cit.*, c. 145. Si è obiettato, peraltro, che, nel caso di equilibrio concorrenziale, «firms will not necessarily provide the same terms to all consumers. This is largely because consumers differ in their degree of risk aversion and time preferences» (A. SCHWARTZ e L. L. WILDE, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 630, 661, nota 72 (1979)). Tuttavia, un ragionamento siffatto, se portato alle estreme conseguenze, condurrebbe al risultato controfattuale di negare la stessa standardizzazione contrattuale. Al contrario, l'affermazione nel testo va ritenuta valida con riferimento ad una situazione ipotetica di concorrenza perfetta. Infatti, i mercati perfettamente concorrenziali sono caratterizzati dall'omogeneità di tutti gli attributi (tra i quali vanno incluse anche le clausole contrattuali) del bene o servizio scambiato. Sicché, diverse combinazioni di clausole standard sarebbero comunque disponibili, nello scenario ipotizzato, ma in mercati differenti e contigui tra loro, qualificati dalla diversità nelle condizioni contrattuali praticate. In tale contesto, sempre per via dell'assenza di barriere che connota la concorrenza perfetta, i consumatori, nonché tutte le risorse disponibili, potrebbero muoversi dall'un mercato all'altro senza dover sostenere alcun costo addizionale.

tori, perché la sua posizione gli consente comunque di applicare un incremento di prezzo che eccede il costo marginale di un assetto contrattuale a lui più sfavorevole. Questa strategia incrementerebbe la domanda effettiva dei consumatori, massimizzando di conseguenza il profitto dell'imprenditore (25).

C'è più di quanto serve, crediamo, per dimostrare inequivocabilmente l'inidoneità della tesi kessleriana a spiegare il fenomeno della contrattazione standardizzata. Non s'intende così sostenere che l'esistenza di un monopolio non possa comunque contribuire a determinare l'inefficienza delle condizioni generali di contratto; ciò che, anzi, potrà avvenire in taluni specifici casi, in special modo laddove al monopolista siano imposti vincoli di prezzo. Semplicemente, si rileva che l'uso dei contratti di adesione non è motivato *across the board* dall'assenza di un'adeguata tensione concorrenziale. E, parimenti, la scarsa competitività del settore economico di riferimento, in sé e per sé considerata, non può essere riguardata in generale come causa d'inefficienza delle condizioni generali di contratto praticate. In altre parole, la ricostruzione kessleriana si risolve nell'individuazione di una fattispecie di abuso di posizione dominante; regge, dunque, per il limitato novero di ipotesi che lasciano intravedere gli estremi dell'egemonia, anche congiunta (ossia, oligopolistica) e si può assumere trovi argine nella disciplina (art. 3 l. 287/90, per quanto riguarda il nostro sistema giuridico) deputata a reprimerne gli abusi. Di là da quest'àmbito, presumibilmente ridotto, tale ricostruzione appare inattendibile.

Solo per inciso, vale la pena di sottolineare come l'approccio *à la* Kessler possa essere rivisitato in un diverso ordine di idee, idoneo a prospettare una (controversa) giustificazione per assoggettare a controllo di contenuto le condizioni generali di contratto praticate al di fuori della prassi dei *consumer contracts*. Accade sovente, infatti, che i rapporti tra imprese

(25) Così, esplicitamente, RAKOFF, *op. cit.*, pp. 1218-1219 e MEYERSON, *op. cit.*, p. 607.

siano connotati da una evidente disparità di potere contrattuale tra le parti, tale da trasformare quella che dovrebbe essere la sede per il conseguimento di un equilibrio ottimale tra le parti all'insegna della massimizzazione dell'utile congiunto in una palestra in cui il contraente forte esercita il suo prepotere, a tutto scapito di una controparte nella sostanza impossibilitata a difendersi. Al riguardo, la normativa antitrust, nella sua versione tradizionale, appare disarmata, o quasi. Come già ricordato, il presupposto per attivare il divieto di cui all'art. 3 l. 287/90 è la sussistenza di una posizione egemone, ossia, secondo l'insegnamento derivante da un'ormai consolidata prassi comunitaria, la capacità, per l'impresa dominante, di tenere comportamenti relativamente indipendenti a fronte di concorrenti, fornitori e clienti. Il divieto incide, quindi, su situazioni in cui un soggetto imprenditivo è in grado, con le sue forze, di alterare in modo consistente il corretto funzionamento del mercato. E non ci vuol molto per rendersi conto che il carattere aggregato di questa valutazione ne impedisce l'impiego quante volte si abbia a che fare con un rapporto contrattuale che non coinvolga quote rilevanti del mercato stesso. Nondimeno, il problema segnalato sussiste e proietta ombre sinistre sulla capacità del sistema giuridico di garantire un ambiente negoziale e concorrenziale ispirato a principi di correttezza ed efficienza. Non sorprende, pertanto, che in altri ordinamenti la difficoltà su segnalata abbia richiamato l'attenzione del legislatore, fino a propiziare interventi miranti a reprimere le ipotesi più evidenti di abuso: archetipo di questo tipo di iniziativa è sicuramente il paragrafo 26, Absatz 2 Satz 2, GWB, la monumentale legge antitrust tedesca ([26]). Alla stessa logica di fondo – che è, poi, quella

([26]) Si tratta di una norma nata ed evolutasi in corso d'opera, posto che il suo tenore attuale risulta dalla seconda e dalla quinta novella; ma questo suo carattere tormentato nulla toglie alla forza del suo impatto. Semplificando, basterà qui ricordare che tale disciplina colpisce l'abuso di forza contrattuale da parte di un'impresa nei confronti di altra entità imprenditiva media o piccola, che con la prima abbia ad interagire in qualità di fornitore o richiedente e che, rispetto alla prima, versi in situazione di dipendenza economica per l'impossibilità di repe-

di salvaguardare il soggetto esposto all'abuso di dipendenza economica – s'ispira il controllo di contenuto delle condizioni generali nei contratti d'impresa. All'operatore che, per non disporre di un portafoglio articolato di committenze, si trovi in balia di una controparte contrattuale in grado di profittare della sua pesante esposizione in termini di investimenti non ri-

---

rire soddisfacenti alternative sul mercato. Non è qui dato entrare nel merito di una disciplina che ha dato origine ad una letteratura vastissima; ci si limiterà ad osservare, in prima approssimazione, come, per opinione unanime, essa guardi a situazioni prone all'approfittamento che si registrano nell'ambito della distribuzione contrattuale integrata ed in quello della subfornitura industriale. L'esempio tedesco non è rimasto isolato. Lo ha ripreso, sia pure con caratteri autoctoni, il legislatore francese che nell'art. 8, lett. b), dell'*ordonnance* 1° dicembre 1986 n. 1243 ha affiancato, al calco tradizionale dell'abuso di posizione egemone quello di abuso di dipendenza economica. Anche qui, dato saliente della fattispecie di un'impresa nei confronti del proprio partner contrattuale; e c'è soltanto da aggiungere che la scarsa ricaduta pratica di questa innovazione legislativa è dovuta ad un'infelice formulazione della norma, divenuta presto evidente e denunciata a chiare lettere dalla dottrina più sensibile. Nell'un caso e nell'altro la normativa antimonopolistica è chiamata a riparare i guasti di un disequilibrio interindividuale. Ciò potrebbe sembrare in contrasto con le finalità di una legislazione antitrust, quasi un fuor d'opera rispetto al problema sostanzialmente estraneo della «semplice dominazione di un partner commerciale sull'altro nell'ambito di un rapporto bilaterale». Ma l'obiezione prova troppo. È vero, infatti, che l'economia incisa è quella di una parte contrattuale, a tutto vantaggio di controparte; ma non è meno evidente che tale approfittamento tende a sconvolgere le condizioni che rendono possibile una concorrenza effettiva. In altre parole, se è fuor di luogo ipotizzare un intervento delle autorità preposte all'*enforcement* della legislazione antitrust in presenza di un contratto squilibrato, quale che siano le ragioni che hanno condotto ad un tale assetto, non si può ignorare la possibilità che lo squilibrio sia frutto di una *market failure* ossia dell'incapacità del mercato di mettere a disposizioni alternative che consentano all'impresa 'debole' di sottrarsi alla prevaricazione di controparte. Sotto questo profilo, appaiono particolarmente pregnanti i riferimenti della disciplina tedesca alla caratura medio-piccola dell'impresa ed alla situazione di dipendenza, a livello di domanda e di offerta; e vi si ravvisa il tentativo di sceverare il grano dall'oglio cioè di distinguere il ruvido ma sano confronto contrattuale dal proditorio strangolamento di un soggetto che, per particolari condizioni strutturali o contingenti, non è in grado di ricercare nel mercato interazioni meno compromettenti (si pensi al pericolo di *hold up* monopolistico per il soggetto che abbia operato investimenti idiosincratici, non riciclabili, che comportano la specializzazione della sua produzione, e per conseguenza, fanno sì che la sua stessa sopravvivenza sia legata al flusso di commesse dell'unico assemblatore del prodotto finale in cui confluiscono le parti da lui fabbricate).

ciclabili riuscirà, a tutto concedere, difficile gestire al meglio la *battle of the forms*, ossia il tentativo di imporre le proprie condizioni generali di contratto. Molto più probabile ch'egli debba rassegnarsi a subire quelle dettate dall'impresa delle cui commesse ha bisogno per sopravvivere. E, se così è, le ragioni per ritenere che un tale contratto sia assistito dalla presunzione di massimizzazione del valore congiunto vengono meno, sino a giustificare l'intervento correttivo. È appena il caso di aggiungere che la valenza limitata del rimedio alimenta, per chi accetti una siffatta impostazione, la ricerca di strumenti più penetranti, sulla falsariga dell'esempio tedesco. Ai nostri fini, comunque, preme rilevare che il *rationale* così delineato vale solo nei confronti di chi sia vittima di un plausibile *hold-up* monopolistico, ancorché operante – in circostanze affatto particolari- all'interno di un rapporto contrattuale. Rappresenta, dunque, una provincia autonoma; e, per quanto si presti a supportare forme di controllo sostanzialmente analoghe, non torna utile per rendere conto delle 'vessazioni' a danno dei consumatori.

Non resta che esplorare, quindi, la seconda delle obiezioni mosse dalla dottrina alla prassi della contrattazione standardizzata. Si allude al tema delle asimmetrie informative, cui già si è cennato poc'anzi. Il fatto che i consumatori non si soffermino a leggere i formulari contrattuali e che, quand'anche li leggano, non comprendano gran parte del loro contenuto, è un *locus classicus* oltre che un dato di comune esperienza. Ciò equivale a dire che i consumatori sono sostanzialmente ignari delle clausole contenute nei contratti standard da essi sottoscritti.

Il sistema giuridico italiano ha tradizionalmente aggirato il problema attraverso lo stratagemma della doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie: ottenendo però, di fatto, il solo effetto di raddoppiare il numero delle firme inconsapevoli. Un filone della letteratura giuridica statunitense ha invece ravvisato in questa situazione i presupposti della mancanza di un consenso adeguato («*lack of proper consent*») da parte del consumatore, riconducibile alla dottrina della c.d. *procedural uncon-*

scionability(27). Tale ultima impostazione non si discosta poi troppo dall'inquadramento del problema sotto il profilo economico, se è vero che solo i contratti che presuppongono un vero e proprio incontro di volontà (*«meeting of minds»*) – escluso, in tesi, nel caso degli *standard forms* – soddisfano la definizione di scambio efficiente, che si è visto esser cara agli economisti (28).

Invero, dal punto di vista dell'economista, l'atteggiamento tipico del consumatore di fronte al contratto di adesione implica un problema di informazione inadeguata per ciò che concerne i termini dello scambio e, conseguentemente, un forte sospetto di *market failure*. Rispetto alle clausole contrattuali, la scelta del consumatore si rivela non tanto volontaria e consapevole – come presupporrebbe il modello teorico – quanto, piuttosto, il frutto di un automatismo apparentemente inspiegabile.

4. *La contrattazione standardizzata: fenomenologia e analisi economica*

La questione, così posta, impone un esame decisamente più approfondito della dinamica sottostante alla conclusione dei contratti standard: senza rischio di incorrere, dopo la confutazione delle tesi kessleriane, nei troppo facili equivoci dovuti al pregiudizio circa la disparità di forza contrattuale tra consumatore e imprenditore predisponente. Cerchiamo allora di ricostruire i veri tratti caratteristici del fenomeno della contrattazione standardizzata. Il termine di confronto rimane sempre la situazione ideale descritta dalla teoria economica del contratto; l'ipotizzata asimmetria informativa tra predisponente e

(27) Per quest'approccio alla nozione di *procedural unconscionability*, v. CRASWELL, *op. cit.*, p. 17. Sulla dottrina dell'*unconscionability* in generale si veda, invece, EPSTEIN, *op. cit.*, p. 293 ss. e, in una prospettiva di analisi economica del diritto, COOTER & ULEN, *op. cit.*, pp. 267-277.

(28) In questi termini, A. KRONMAN e R. POSNER, *The Economics of Contract Law* (1979), p. 5.

aderente al contratto è invece il sentiero lungo il quale ricercare le eventuali deviazioni rispetto al modello.

Forti delle conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo, possiamo adesso ipotizzare di confrontarci con una struttura di mercato ragionevolmente concorrenziale. Restando, comunque, in un'ottica di mercato, consideriamo l'atteggiamento tipico degli operatori dal lato dell'offerta (imprenditori) e della domanda (consumatori) nella fase contrattuale. Perché le imprese offrano ai consumatori contratti standard dovrebbe essere, a questo punto, abbastanza chiaro. Posto che la spiegazione non risiede nel potere di mercato, la vera ragione è necessariamente data dall'efficienza della standardizzazione contrattuale.

Tuttavia l'argomentazione classica, fondata sul contenimento dei costi della negoziazione individuale, non esaurisce la questione. È stato, infatti, correttamente osservato che la riduzione dei costi transattivi nel processo di formazione del contratto potrebbe non essere sufficiente a spiegare la necessità di formulare le proposte in termini di prendere o lasciare, posto che le imprese investono tempo e denaro nelle politiche di vendita e sono assai spesso disposte a negoziare concessioni su uno o più punti specifici (29).

In realtà, c'è un'ulteriore spiegazione che dà conto dell'importanza della standardizzazione contrattuale, sino a mettere in chiaro perché di quest'ultima non sembra potersi fare a meno nell'economia moderna. Le radici della prassi dei contratti per adesione affondano nell'organizzazione gerarchica dell'impresa, nella sua struttura istituzionale e nelle rigidità che ne discendono. Il contenimento della discrezionalità dei dipendenti è evidentemente necessario per la disciplina di una struttura organizzativa complessa. Per questo motivo il personale preposto alle vendite non ha normalmente il potere di modificare le condizioni generali di contratto. Sicché l'uso dei formu-

(29) Rakoff, *op. cit.*, p. 1222.

lari standard rappresenta un potente strumento di controllo della *sale force*, contribuendo così a risolvere il problema noto agli economisti come costo di agenzia (30).

Non solo. La standardizzazione delle clausole in un formulario facilita il coordinamento tra i reparti aziendali e rende possibile l'esecuzione delle operazioni commerciali come questioni di *routine*. Le decisioni rilevanti per quanto concerne le clausole standard (e, quindi, l'allocazione dei rischi) possono essere concentrate a livello centrale; esse vengono prese, una volta per tutte, dal *management*, presumibilmente valendosi della consulenza specialistica di un legale (31). Ciò consente un'efficiente sfruttamento del talento manageriale e (quando c'è) di quello giuridico disponibili in azienda; risorse, queste, evidentemente assai costose, come costosa è, del resto, la comunicazione di qualsiasi patrimonio di conoscenze specifiche.

Insomma, la standardizzazione contrattuale consente la riduzione dei costi di transazione anche all'interno della struttura aziendale. Correlativamente, l'ipotetica negoziazione individuale di tutte le clausole contrattuali implicherebbe non solo l'onere della specifica trattativa, ma anche il costo – ben più elevato – della radicale modifica della moderna organizzazione aziendale.

Rimanendo sul piano dell'offerta del mercato, conviene scrutinare un altro aspetto di comune esperienza relativo alle condizioni generali di contratto praticate ai consumatori. È noto, infatti, che i contratti standard contengono per lo più clausole formulate in maniera assai complessa, nonché piuttosto

---

(30) I problemi insiti in un rapporto di *agency* (in senso economico, *id est*, quante volte un *principal* si serva di altro soggetto per perseguire i propri interessi) possono ormai dirsi acquisiti alla nostra cultura giuridica: cfr., indicativamente, V. De Lorenzi, *Il mandato alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1993, 965; L. Enriques, *Le tecniche di prevenzione del* moral hazard risk *nella normativa italiana in tema di intermediazione gestoria*, in *Banca impresa società*, 1995, 287.

(31) L'attenzione della dottrina italiana su questi profili è stata richiamata, per la prima volta, da A. Gambaro, *Perché si vessa il cliente – Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadrimestre*, 1991, 386.

'sfavorevoli' alla parte chiamata ad aderirvi. Sull'esatta portata del termine 'sfavorevole' bisogna, però, intendersi. Dal punto di vista economico – come si è già avuto modo di accennare –, anche la più vessatoria delle clausole non comporta di per sé un'inefficiente allocazione del rischio, fintantoché essa è stata oggetto di una scelta volontaria e consapevole da parte del consumatore: ben potrebbe questi averla accettata in cambio di un prezzo minore, sulla scorta della propria, insindacabile, attitudine rispetto al rischio. È allora opportuno precisare che con quel termine si vuole qui semplicemente descrivere l'allocazione del rischio contrattuale conseguente alla clausola c.d. vessatoria, senza però entrare – per il momento – nel merito della sua efficienza.

La ragione cui far risalire l'inserzione di clausole giugulatorie da parte dell'imprenditore predisponente sembrerebbe, a prima vista, scontata. Chiunque, potendo scegliere, preferirebbe addossare alla controparte il maggior numero possibile di rischi contrattuali piuttosto che sopportarne egli stesso il costo. Tuttavia, l'imprenditore orientato alla massimizzazione del profitto deve pur fare i conti con la domanda espressa dai consumatori. A questo riguardo, occorre tener conto di due considerazioni fondamentali. Anzitutto, la propensione alla spesa di un acquirente ben informato sulle condizioni contrattuali rifletterà negativamente (anche se in misura diversa, dettata dal modo di reagire all'incertezza) il valore del rischio da lui sopportato. In secondo luogo, e conseguentemente, la concorrenza indurrà tutti gli operatori dal lato dell'offerta ad adottare, in base alle preferenze rivelate dai consumatori, un'efficiente allocazione del rischio, tale da minimizzare il costo complessivo della sua sopportazione. Sicché, indipendentemente dalle tentazioni vessatorie dell'imprenditore, l'efficienza delle condizioni contrattuali praticate ai consumatori dipenderà comunque dall'effettività del vincolo espresso dalla domanda del mercato; vincolo che presuppone, innanzitutto, la consapevolezza circa il contenuto delle clausole standard.

Non è tutto. C'è infatti una seconda ragione per la ricorrente vessatorietà e, soprattutto, complessità delle clausole conte-

nute nei contratti di adesione. Nella maggioranza dei casi, il vero predisponente non è tanto l'imprenditore quanto il suo legale di fiducia. Questi, fors'anche a prescindere dalle reali esigenze dell'imprenditore, tende a predisporre lo schema contrattuale cercando di proteggere il proprio cliente da ogni eventualità negativa immaginabile. In questa prospettiva, il virtuosismo del giurista porta a sfruttare – a favore dell'assistito – anche il minimo spazio consentito dalla legge ([32]). Alla fine, ne verrà fuori un documento il più delle volte inintelligibile per lo stesso committente-imprenditore. Il paradosso è solo apparente. Il problema dell'informazione inadeguata circa il contenuto e la portata delle clausole dei contratti per adesione, problema che – come si evidenzierà tra un momento – caratterizza irrimediabilmente la domanda del mercato, non risparmia neppure gli operatori dal lato dell'offerta. Per quanto ciò possa apparire sconcertante, le condizioni generali di contratto sono un prodotto genuino del *legal process*, più che il risultato di una deliberata strategia di vessazione del consumatore da parte dell'impresa.

Ciò non toglie che il punto cruciale della questione stia pur sempre nel comportamento degli operatori dal lato della domanda. Indipendentemente, infatti, dalla propensione del predisponente – poco importa se genuina o alimentata dal consigliere giuridico- a tirare acqua al proprio mulino, resta da chiarire cosa induca mai il consumatore ad accettare un'allocazione del rischio a lui regolarmente sfavorevole: perché, insomma, i consumatori sottoscrivano quotidianamente, senza batter ciglio, clausole vessatorie.

Per loro stessa natura, le condizioni generali di contratto non possono essere oggetto di trattativa individuale, giacché proprio dall'assenza di quest'ultima discende l'abbattimento dei costi transattivi che costituisce, come già ricordato, la loro ragion d'essere. Nondimeno, in un mercato che si assume per ipotesi ragionevolmente concorrenziale, è sempre data in teo-

([32]) Per questa suggestiva (ma assai acuta) interpretazione cfr., ancora una volta, RAKOFF, *op. cit.*, p. 1222.

ria al consumatore la possibilità di guardarsi intorno alla ricerca di clausole più confacenti alle sue preferenze. Sicché, di fronte ad una proposta contrattuale – magari a buon mercato, ma comunque assai sfavorevole in termini di allocazione del rischio –, i consumatori insoddisfatti potrebbero cercare di spuntare da altri condizioni migliori, anche se (presumibilmente) ad un prezzo più elevato. Così stando le cose, non ci vuol molto per concludere che sarebbe la concorrenza ad indurre le imprese ad accontentare – al minimo costo – le preferenze dei consumatori in merito all'allocazione del rischio contrattuale. Quindi, se i consumatori effettivamente procedessero a ricercare l'assetto contrattuale meglio rispondente ai propri *desiderata*, non vi sarebbe contratto standard inefficiente in grado di sopravvivere in un mercato concorrenziale.

Il ragionamento appena delineato e, dunque, l'efficienza stessa delle condizioni generali di contratto vengono però a dipendere da un'ipotesi implicita – ma fondamentale – relativa al comportamento dei consumatori: un numero sufficiente di questi ultimi dovrebbe essere attento alla problematica delle clausole contenute nei contratti standardizzati e procedere, conseguentemente, ad un esame comparativo delle alternative disponibili sul mercato. In realtà, la stragrande maggioranza, se non la quasi totalità, dei consumatori non degna di lettura i fogli contenenti le condizioni generali di contratto; ed è lecito, del resto, ritenere che, quand'anche il comune consumatore, armato di coraggio e pazienza, si decidesse a leggere una per una le clausole del (o richiamate dal) modulo prestampato, non ne comprenderebbe agevolmente il significato, né *a fortiori* le molteplici implicazioni sotto il profilo giuridico. Per dirla, insomma, con Todd Rakoff, «di un personaggio ideale che legga, comprenda e raffronti diversi contratti standardizzati non si è mai sentito parlare nella letteratura giuridica, né d'altronde – possiamo garantirlo – nella vita quotidiana» (33).

(33) Rakoff, *op. cit.*, p. 1226, il quale poco prima (p. 1179, nota 22) rilevava: «I have asked many lawyers and law professors over the past few years whet-

Lo scenario poc'anzi immaginato si modifica, così, radicalmente. Le imprese potrebbero sì competere sulla qualità delle condizioni contrattuali: il guaio è che, in quest'ipotesi, un numero assai sparuto di acquirenti realizzerebbe l'esistenza di differenze nell'assetto tecnico-giuridico del contratto proposto, anche quando tali differenze dovessero andare nel senso di una più efficiente allocazione del rischio. Per altro verso, i consumatori faranno presto a rendersi conto dell'incremento di prezzo derivante dall'eventuale modifica delle condizioni generali di contratto in senso più favorevole al cliente. Morale spicciola: essi continueranno presumibilmente ad acquistare dall'imprenditore che, pur a fronte di uno schema contrattuale capestro (ma comunque estraneo al campo visivo del contraente per adesione), propone il prezzo più conveniente (34).

I contratti conclusi non soddisferanno mai le reali preferenze dei consumatori in merito all'allocazione del rischio. È, infatti, evidente che non possono ipotizzarsi preferenze di sorta con riferimento a clausole contrattuali sconosciute ovvero, nella migliore delle ipotesi, non comprese (35). Come dire che siffatte preferenze non sono mai rivelate sul mercato, posto che la qualità delle condizioni generali di contratto praticate dall'imprenditore non ha, di fatto, alcun effetto sulla domanda espressa dai consumatori. Ne discende, chiaramente, l'impossibilità di formulare un giudizio *ex ante* in ordine all'efficienza delle operazioni di scambio supportate dalla contrattazione standardizzata. Più precisamente, dal momento che non vi è alcun assenso volontario e consapevole alle condizioni contrattuali sottoscritte, non può ragionevolmente presupporsi che lo scambio disciplinato da quelle condizioni realizzi un'efficiente allocazione del rischio. Anzi, stante l'ipotizzata assenza di un

her they ever read various form documents, such as their bank-card agreements; the great majority of even this highly sophisticated sample do not.».

(34) Per una più diffusa analisi di questo tipo di scenario cfr. GOLDBERG, *op. cit.*, pp. 485-486.

(35) Così MEYERSON, *op. cit.*, p. 608.

vincolo di mercato in relazione alla qualità del contratto, il predisponente sarà normalmente incentivato ad approfittare del consumatore, facendogli passare sotto il naso la sottoscrizione di clausole vessatorie. L'abuso non sarà percepito o, quanto meno, non lo sarà completamente per via dell'asimmetria informativa che caratterizza i rapporti negoziali standardizzati tra imprenditore e consumatore. Eccoci al punto: nel contesto delle condizioni generali di contratto, la massimizzazione del profitto dell'imprenditore non implica – come vorrebbe la teoria economica del contratto – la massimizzazione del benessere aggregato delle parti. Quanto basta a ritenere che i contratti standardizzati non offrano sufficienti garanzie di efficienza, la quale, nella sua accezione più intuitiva, presuppone appunto la massima soddisfazione dei soggetti concorrenti allo scambio.

Il vero problema delle condizioni generali di contratto è, dunque, di carattere informativo. Vi è, peraltro, motivo di ritenere che l'ignoranza dell'insieme delle clausole standard caratteristiche della vita negoziale del consumatore derivi in realtà, inevitabilmente, dalla condotta razionale di quest'ultimo (36); sicché non si può liquidare l'intera questione argomentando che i contraenti per adesione non leggono e non comprendono i documenti da loro sottoscritti per pura e semplice neghittosità (37). La teoria economica elementare in materia insegna che il consumatore razionale insisterà nel processo di acquisizione, elaborazione e valutazione dell'informazione fino al punto in cui il beneficio marginale atteso dall'informazione addizionale sia equivalente al costo della sua acquisizione (38). Ora, la maggior parte delle clausole contenute nei contratti standardizzati risulta sconosciuta ai consumatori proprio perché il costo di acquisizione dell'informazione necessaria eccede il beneficio che

(36) Sul tema dell'«inevitability of imperfect consumer knowledge», si veda, diffusamente, MEYERSON, *op. cit.*, pp. 596-603.

(37) RAKOFF, *op. cit.*, p. 1226.

(38) Cfr. G. J. STIGLER, *The Economics of Information*, 69 *J. Pol. Econ.* 213 (1961).

è ragionevole attendersi dalla conquista e metabolizzazione del dato informativo stesso.

Per meglio intenderci sul profilo in esame, è bene aprire – di quel tanto che basta – un'ulteriore finestra. Per farlo, occorre considerare le clausole del contratto come attributo qualitativo del bene o servizio scambiato. La letteratura economica sull'argomento divide tali attributi in tre categorie (39):

– qualità ispezionabili (*search qualities*), le quali possono essere valutate prima dell'acquisto;

– qualità d'esperienza (*experience qualities*), che possono valutarsi solo in seguito ad un processo di acquisto ripetuto;

– qualità di fiducia (*credence qualities*), che sono assai difficili, se non impossibili, da indagare e valutare anche dopo una serie di acquisti ripetuti.

La distinzione nell'ambito delle tre categorie si fonda sostanzialmente sul costo-opportunità dell'informazione rilevante (costo che, per quanto riguarda le qualità c.d. di fiducia, è sempre particolarmente elevato e può rivelarsi addirittura insostenibile). Ebbene, nell'ambito delle condizioni generali di contratto, la gran parte delle clausole rappresenta un attributo qualitativo c.d. di fiducia, posto che il relativo significato resterà sconosciuto al consumatore tipico anche dopo un processo di acquisto (o, meglio, di sottoscrizione) ripetuto (40). In effetti, i costi d'informazione sono generalmente troppo elevati perché un consumatore si prenda la briga di leggere e tentare di venire a capo delle condizioni generali di contratto. A tale riguardo, il primo fattore da considerare è il tempo che i consumatori dovrebbero impiegare solo nella lettura delle clausole di ciascun formulario, tenuto conto soprattutto del numero di

(39) Per la distinzione si vedano P. Nelson, *Information and Consumer Behaviour*, 78 *J. Pol. Econ.* 311 (1970) e M. R. Darby and E. Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, 16 *J. Law & Econ.* 67 (1973) (che aggiungono la categoria dei «credence goods»). Più di recente A. I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (1994), pp. 132-133.

(40) In tal senso, Meyerson, *op. cit.*, p. 597. *Contra*, Trebilcock & Dewees, *op. cit.*, pp. 107-108; nonché Schwartz & Wilde, *op. cit.*, p. 659.

rapporti del genere cui il consumatore accede ogni giorno. Il relativo costo-opportunità è spesso accresciuto dall'uso di caratteri minuscoli (ma non è detto che un documento ingombrante risulti più appetibile, solo perché stampato in corpo 16...) e dalla collocazione defilata delle clausole più pericolose. Ma, a ben vedere, non è questa la frontiera ultima delle difficoltà; il vero ostacolo è piuttosto il numero elevato di clausole che il consumatore sarebbe chiamato ad analizzare. Tanto più che tale analisi implica la necessità di addossarsi l'onere, presumibilmente cospicuo, di comprendere il significato giuridico di ciascuna clausola. Ancora una volta questo costo sarà probabilmente accresciuto dall'uso di un linguaggio giuridico impenetrabile ai più, in conseguenza del costume tipico del giurista che, di fatto, predispone le condizioni generali di contratto. Anche in assenza di quest'ulteriore asperità, il compito del consumatore risulterebbe oltremodo arduo e, conseguentemente, oneroso. Infatti, la comprensione degli effetti giuridici di una clausola specifica nell'ambito del contesto contrattuale complessivo richiede una certa familiarità con i tecnicismi del diritto privato, familiarità che non può normalmente accreditarsi al *quivis de populo*. Né, del resto, per il consumatore varrebbe la pena d'intraprendere studi e approfondimenti al fine di acquisire una pur superficiale cognizione di causa in ordine alle innumerevoli clausole standard che s'incontrano nel corso della normale vita negoziale.

Riassumendo. Il consumatore – nel decidere razionalmente se farsi carico di leggere le clausole dello *standard form* – dovrebbe confrontare i costi suddetti con i benefici che possono ragionevolmente attendersi da una scelta consapevole. Ebbene, tali benefici sono ordinariamente assai contenuti, poiché molte delle clausole contrattuali standard, proprio in quanto predisposte in vista di una serie indefinita di rapporti, concernono rischi che nel caso particolare risultano estremamente improbabili ([41]). La gran parte dei contratti standardizzati non

([41]) Cfr., al riguardo, Rakoff, *op. cit.*, p. 1226.

comporta alcuna perdita o danno per il consumatore, perché il rischio addossato all'aderente non si materializza; è persino ovvio, allora, che questi tenda a sottostimarlo, relegandolo – a dispetto della sua presumibile avversione al rischio – tra le eventualità troppo insignificanti per doversene preoccupare ([42]) (a meno, s'intende, ch' egli attribuisca al contratto un valore elevato ovvero sia, per qualche ragione idiosincratica, piuttosto sensibile ad alcuni problemi specifici ([43])). Insomma, il fatto che i consumatori generalmente non leggano né, tanto meno, cerchino di comprendere le condizioni generali di contratto appare il risultato di una scelta magari cieca, ma ineccepibile se misurata nei termini della *bounded rationality,* razionalità limitata, che governa i nostri comportamenti.

Nonostante tutto, proviamo a immaginare un consumatore assai coscienzioso che si prenda la briga di esaminare accuratamente, una per una, le clausole di un contratto per adesione. Tale comportamento potrebbe non essere necessariamente irrazionale; il nostro consumatore sarà presumibilmente un individuo con una certa cultura specifica (magari un giurista, che però abbia tempo da perdere), cosicché i costi d'informazione saranno ridotti al minimo; in più, attribuirà un'importanza particolare al contratto in questione. Il passo successivo da compiere sarà, in ogni caso, la ricerca delle clausole più confacenti alle sue preferenze. Tuttavia, la ricerca di un imprenditore che proponga l'assetto contrattuale preferito comporta, ovviamente, ulteriori e non trascurabili costi di transazione, i quali, dal punto di vista del consumatore razionale, andranno sempre confrontati con i benefici attesi dall'esito della ricerca. Ora, da un lato, i costi menzionati saranno più elevati se – com'è verosimile – la maggior parte degli operatori sul versante dell'offerta adotta per lo più le stesse condizioni generali del contratto. Dall'altro, proprio in quest'ipotesi, sarà estremamente difficile, se non impossibile, trovare la combinazione desiderata di clau-

([42]) Così Meyerson, *op. cit.*, p. 599.
([43]) Seita, *Uncertainty and Contract Law*, 46 *U. Pitt. L. Rev.* 75, 133 (1984).

sole contrattuali. Cosicché gli stessi benefici ragionevolmente attesi dalla prospettata attività di ricerca rischiano di rivelarsi, in punto di fatto, evanescenti.

In effetti, è stato correttamente osservato che l'esame comparativo delle condizioni generali di contratto, alla ricerca di quelle che meglio soddisfano le attitudini individuali al rischio, ha senso solo quando si tratti di un'attività diffusa e generalizzata dei consumatori (44). In caso contrario, anche l'individuo che leggesse con la massima attenzione i formulari standard sarebbe – e si renderebbe perfettamente conto di essere – essenzialmente senza speranza. Qualunque imprenditore di buon senso preferirà rischiare di perdere il singolo acquirente, attento al contenuto del contratto, e continuare ad approfittare della massa di consumatori ignoranti e male informati al riguardo, mediante clausole quanto più possibile favorevoli alla propria posizione. Per conseguenza, se le imprese non competono tra loro offrendo al cliente clausole più favorevoli, il singolo, come pure il ristretto gruppo di consumatori ben informati ed attenti al contenuto delle condizioni generali di contratto, dovrà arrendersi di fronte alle clausole vessatorie comunemente praticate sul mercato.

Fin qui si è considerata una situazione in cui la quasi totalità dei consumatori non presta attenzione alle condizioni generali di contratto sottoscritte e, quindi, non ricerca sul mercato un assetto contrattuale più favorevole. Questo scenario, del resto, viene corroborato da un dato di comune esperienza: i consumatori non leggono le clausole dei contratti per adesione o, quanto meno, non ne comprendono il contenuto. Immaginiamo, tuttavia, per un momento, che esista un numero sufficiente di consumatori consapevoli, in grado di rappresentare un effettivo vincolo di mercato per il comportamento del predisponente. È questa l'ipotesi sostenuta da una parte della dottrina economico-giuridica d'oltreoceano, la quale enfatizza il

(44) Rakoff, *op. cit.*, p. 1229, che afferma testualmente: «[s]hopping can protect shoppers only when it is a widespread activity».

ruolo dei c.d. consumatori marginali ([45]). Secondo tale impostazione, l'esistenza di un certo numero di consumatori ben informati circa il contenuto delle condizioni contrattuali praticate sul mercato è sufficiente a proteggere i restanti consumatori, meno informati, dalla subdola imposizione di clausole vessatorie. Siffatta protezione conseguirebbe alla competizione delle imprese per gli acquirenti marginali, i quali sono adeguatamente informati in merito al contenuto dei contratti e basano la loro decisione d'acquisto su tale informazione.

La tesi coglie nel segno là dove rileva che l'effettività del vincolo di mercato non richiede necessariamente che tutti gli operatori dal lato della domanda del mercato compiano scelte razionali su una base informativa adeguata. In altre parole, il ruolo dei consumatori al margine di un'ipotetica curva di domanda è davvero decisivo per quanto concerne la *performance* del mercato ([46]). Resta, però, da stabilire quando l'influenza dei consumatori marginali raggiunga un livello sufficiente a rappresentare un vincolo per il comportamento dell'imprenditore che propone il *set* di condizioni generali di contratto. Infatti, è evidente che un'impresa potrebbe ritenere il valore della domanda espressa dai consumatori marginali inferiore al ritorno realizzato tramite l'imposizione di clausole vessatorie ai consumatori c.d. inframarginali, le cui decisioni d'acquisto, per ragioni di asimmetria informativa, non tengono conto della qualità del contratto. In tal caso, l'imprenditore potrebbe scegliere di abbandonare l'opportunità di scambio rappresentata dai consumatori marginali, concentrandosi sulla rimanente clientela potenziale, che non bada al contenuto vessatorio delle clausole contrattuali.

Ritornando, comunque, all'impostazione in esame, se – si so-

([45]) SCHWARTZ & WILDE, *op. cit.*. Per il modello generale, discusso analiticamente in relazione alla variabile prezzo, v. pp. 651-658; per l'applicazione alle clausole contrattuali v., invece, pp. 659-662. Cfr. anche TREBILCOCK & DEWEES, *op. cit.*, pp. 104-116.

([46]) In questi termini, espressamente, TREBILCOCK & DEWEES, *op. cit.*, p. 105.

stiene – in un mercato già concorrenziale in relazione alla variabile prezzo più di un terzo dei consumatori è adeguatamente informato sul contenuto delle condizioni generali di contratto e regolarmente procede al loro esame comparativo alla ricerca dell'assetto contrattuale preferito, si conseguirà alla fine, per tutti gli operatori, un'efficiente allocazione del rischio; l'aliquota di consumatori marginali sarà, infatti, sufficiente ad estendere il processo competitivo anche sul piano della qualità del contratto.

Il ragionamento non appare fino in fondo convincente. Anzitutto, la stima del terzo dei consumatori dipende da una serie di ipotesi troppo restrittive per essere automaticamente applicabili ad ogni mercato ([47]). Ma non è davvero questo il punto. Indipendentemente dalla percentuale richiesta per innescare il processo virtuoso, il vincolo di mercato per il comportamento del predisponente postula, in ogni caso, l'esistenza di un numero rilevante di consumatori attenti alla problematica delle clausole contrattuali. Il che, anche alla luce delle considerazioni svolte poc'anzi, sembra assai difficilmente sostenibile: l'ottimismo della ragione va a scontrarsi con un quadro opaco, dove l'informazione – costosa a prodursi, come pure a trasmettersi ed assorbirsi – rischia di rimanere ben sotto il livello di guardia.

Si deve riconoscere, per la verità, che vi sono alcune clausole contrattuali cui un numero rilevante di consumatori si mostra sensibile. Ad esempio, le imprese possono addirittura impostare le proprie politiche di vendita sulla base di una clausola particolare; ed è questo frequentemente il caso della durata e dell'estensione delle garanzie. Si potrebbero immaginare ulteriori esempi, a seconda delle particolarità del mercato considerato, che abbiano riflessi positivi sui costi d'informazione (nonché sui costi di transazione connessi all'esame comparativo delle condizioni contrattuali praticate) ovvero sui benefici at-

---

([47]) Basti vedere la particolarità del contesto in cui viene sviluppato il modello (cfr. SCHWARTZ & WILDE, *op. cit.*, p. 661 e pp. 651-653). V. anche TREBILCOCK & DEWEES, *op. cit.*, p. 107.

tesi in conseguenza di una scelta consapevole. La natura e il valore dei beni e servizi scambiati, il grado ed il tipo di informazione disponibile sul mercato (sia per via della pubblicità delle imprese sia, eventualmente, grazie all'azione delle associazioni di consumatori) e così molti altri fattori inducono talora un gruppo significativo di consumatori a prestare attenzione a specifiche clausole standard, la cui valutazione concorre a determinare, quindi, la decisione d'acquisto. È però assolutamente irrealistico supporre che un'aliquota rilevante di consumatori sia consapevole dell'intera varietà di condizioni generali di contratto con cui essi vengono quotidianamente a contatto. Il buon senso suggerisce, piuttosto, di rassegnarsi all'idea che, dal punto di vista del consumatore razionale, la quasi totalità delle clausole contenute in un contratto standardizzato si riveli troppo difficile (*id est,* costosa) da comprendere. La predisposizione di queste ultime sarà, di conseguenza – e salve rarissime eccezioni –, indifferente ai vincoli di mercato.

Questo scetticismo verso le capacità protettive del mercato nei confronti della massa di consumatori disinformati viene condiviso da una buona parte della dottrina di *law and economics*([48]). Del resto, il relativo presupposto logico, vale a dire la generale ignoranza dei consumatori in merito al contenuto dei contratti standard, appare incontestabile, perché – è bene ribadirlo – risponde ad un modello di condotta razionale del consumatore (date, beninteso, le caratteristiche del problema informativo che connota la conclusione dei contratti per adesione).

La tesi del consumatore marginale, pur inconfutabile dal punto di vista teorico, manca quindi di adeguati riscontri empirici. Occorrerebbe, infatti, dimostrare che un numero conside-

---

([48]) Osserva, infatti, MEYERSON, *op. cit.*, p. 601:

«While adventurous consumers may research to find the best price, the far greater cost of searching for, reading, understanding and finally comparing the aggregate value of different sets of contract terms will overwhelm any benefit from doing so. Further, this benefit must be discounted by the likelihood that the risks being allocated will never materialize. Thus, there generally will be too few informed consumers to produce a competitive market for contract terms».

revole di consumatori, di fatto, legge e comprende appieno tutte le condizioni generali di contratto praticate nei diversi mercati dei beni e servizi finali. Dimostrazione non più agevole della quadratura del cerchio, se è vero che – come si spera di aver compiutamente argomentato – l'ignoranza razionale delle condizioni generali di contratto da parte del consumatore rappresenta il fondamentale tratto caratteristico della contrattazione standardizzata.

5. *I riflessi dell'asimmetria informativa sul mercato*

Dalle conclusioni testé raggiunte non può che discendere il pieno fallimento del mercato nel realizzare l'efficiente allocazione del rischio contrattuale. Difatti, l'insensibilità della domanda rispetto alla qualità del contratto, incentivando il predisponente all'adozione indifferenziata di clausole vessatorie, innesca un vero e proprio circolo vizioso. Posto che i consumatori sono attenti al prezzo del bene economico scambiato e non anche alle clausole del contratto sottoscritte, la relativa domanda sarà stimolata da un decremento di prezzo, ma non certo dall'adozione di condizioni contrattuali a loro più favorevoli. Si perviene così ad una situazione in cui i consumatori, nella loro razionale ignoranza, preferiscono un contratto inefficiente, con un prezzo dichiarato più basso ma una serie di costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi dei rischi contrattuali, ad un contratto che ipoteticamente realizzi l'efficiente allocazione del rischio (49).

Nella letteratura economica si assume che una situazione del genere possa dar luogo ad un «*market for lemons*» (espressione assai difficile a tradursi se non con l'equivalente, *quoad sensum*, di «mercato dei bidoni»), sulla scorta del modello ela-

(49) Così MEYERSON, *op. cit.*, p. 605. Si veda, inoltre, SCHWARTZ & WILDE, *op. cit.*, p. 660.

borato in un famoso saggio del 1970 ([50]). Invero, un mercato dove i consumatori siano adeguatamente informati sui prezzi praticati, ma non anche sulla qualità del prodotto, raggiungerà un equilibrio in cui sono disponibili soltanto prodotti con caratteristiche qualitative sub-ottimali. Nel caso degli *standard forms* non vi è imprenditore che abbia il minimo incentivo a proporre clausole più favorevoli, giacché il miglioramento nella qualità del contratto non sarebbe comunque percepito dai consumatori. Ne risulterà, anche in tale contesto, un equilibrio sub-ottimale con riferimento alle condizioni generali di contratto praticate, nell'ambito delle quali ricorreranno, spesso e volentieri, clausole vessatorie non «volute» ma semplicemente (e inconsapevolmente) «subite» dai consumatori ([51]).

A conti fatti, la *communis opinio* dei giuristi, in base alla quale le condizioni generali di contratto normalmente nascondono clausole sfavorevoli ai consumatori e in odore d'iniquità, risulta condivisibile – sia pure sulla scorta di un diverso bagaglio argomentativo – anche per chi ragioni in chiave di analisi economica. Ecco la novità, e neppur di poco conto, posto ch' essa consiste, a un dipresso, nella deposizione del re. Il mito della sovranità del consumatore pretendeva che il dispiegarsi della domanda reggesse le sorti del mercato, assicurando che il raggiungimento del punto di equilibrio comportasse, di per sé, il massimo di soddisfazione compatibile con la situazione di fatto. Per ovvia conseguenza, tutte le attenzioni si spostavano sui parametri d'azione delle imprese, lasciando il consumatore prigioniero delle sue scelte. La scoperta che il preteso re è nudo e soffre di asimmetria informativa cronica sfata una tradizione di pensiero economico, ma schiude la via ad una più corretta percezione della realtà.

([50]) G. A. Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism.*, 84 *Q. J. Econ.* 488 (1970).

([51]) Sul carattere presumibilmente sub-ottimale dell'equilibrio raggiunto dal mercato, con riguardo alle clausole degli *standard forms*, concordano Craswell, *op. cit.*, p. 49, Goldberg, *op. cit.*, p. 486 e Rakoff, *op. cit.*, pp. 1227 e 1231.

Resta comunque fuori discussione il fatto che il problema vada visto non sul piano del rapporto individuale tra consumatore e imprenditore predisponente, bensì sempre in un'ottica di mercato. In questa prospettiva, è evidente che le forze del mercato tendono ad agire in maniera distorsiva. Nell'incapacità di incidere con riferimento alla qualità delle condizioni generali di contratto, la competizione comporterà necessariamente politiche orientate al ribasso dei prezzi e all'adozione di clausole vessatorie, laddove magari molti consumatori, in assenza della rilevata asimmetria informativa, potrebbero preferire una combinazione di clausole più favorevoli pur a fronte di prezzi contrattuali più elevati (52).

E stato osservato, peraltro, che le imprese in concorrenza potrebbero reagire a questa situazione, scegliendo di rilanciare la loro immagine proprio sul versante della qualità dei contratti proposti ai consumatori, combattendo la loro (pur razionale) apatia attraverso l'offerta di più favorevoli condizioni generali di contratto. Tuttavia, il perseguimento di una strategia del genere risulterebbe troppo costoso con riferimento all'intero *set* di clausole contenute nei contratti standard, comportando la necessità (e il correlativo costo) di attirare l'attenzione del consumatore, di renderlo edotto di questioni giuridiche spesso criptiche e, non ultimo, di stimolare la sua attitudine alla ricerca dell'assetto contrattuale preferito. Di conseguenza, la concorrenza sulla qualità del contratto, quando esistente, sarà sempre e comunque limitata a clausole specifiche, le cui caratteristiche possano essere facilmente pubblicizzate ad un costo relativamente contenuto.

Per altro verso è stato sottolineato (qualche volta con enfasi persino smodata – l'improbabile generosità degli assicuratori nord-americani ha campeggiato a lungo nei contributi di sociologia del diritto –, ma forse comprensibile in vista della controintuitività del dato in parola) che le imprese, per evidenti ra-

(52) Sul punto – per la verità cruciale – v., più diffusamente, TREBILCOCK, *The Doctrine* cit., p. 375, nonché GOLDBERG, *op. cit.*, p. 487.

gioni d'immagine, talora scelgono di non avvalersi delle clausole più vessatorie nei confronti dei consumatori (53). L'atteggiamento è del tutto comprensibile. All'uomo d'affari, preoccupato di tutelare la propria reputazione sul mercato, non conviene intestardirsi su un documento che – non dimentichiamolo – è stato predisposto dal legale di turno in un'ottica iperprotettiva (54). Questo dato comportamentale, comunque, non offre alcuna indicazione in merito all'efficienza della contrattazione standardizzata. A ben vedere, nel decidere se avvalersi di una data clausola vessatoria, l'impresa deve giudicare se i benefici derivanti dalla sua applicazione in una determinata circostanza eccedono, o non, i correlativi costi in termini di pubblicità negativa (55). Chiaramente tale decisione, essendo presa *ex post*, ha ben poco a che vedere con l'efficienza della clausola, la quale va valutata piuttosto con riguardo all'allocazione del rischio prima, e non dopo, il suo verificarsi.

L'insieme delle considerazioni svolte dimostra, senza margine d'equivoco, la necessità di un intervento correttivo. Nell'ambito delle condizioni generali di contratto esiste un problema di clausole vessatorie, le quali non rispondono presumibilmente alle aspettative e alle preferenze del consumatore razionale in termini di contrapposizione (*trade-off*) tra prezzo e qualità del contratto. Quel che è peggio, il mercato non è in grado di correggere le imperfezioni della singola fattispecie contrattuale poiché l'asimmetria informativa che la connota consegue alla condotta razionale del consumatore tipico e, pertanto, ha carattere strutturale.

In linea teorica, la migliore soluzione sarebbe cercare di intervenire direttamente sul *deficit* informativo sottostante: i consumatori dovrebbero essere forniti di indicazioni e cognizioni

(53) Cfr., per tutti, GOLDBERG, *op. cit.*, p. 485, nota 53.

(54) Il concetto viene evidenziato da RAKOFF, *op. cit*, p. 1228, coereentemente, del resto, con le osservazioni formulate in merito alla dinamica retrostante alla predisposizione dei contratti standardizzati (v. *supra*, nota 32).

(55) GOLDBERG, *op. cit.*, p. 485, nota 53.

sufficienti a consentir loro di operare una scelta razionale e consapevole (56). Tale soluzione (destino ineluttabile, si direbbe, di tutte quelle che si raccomandano come ottimali) non sembra tuttavia praticabile. Infatti, sarebbe troppo oneroso fornire ai consumatori l'informazione e, soprattutto, la cultura specifica necessarie a superare la loro normale indifferenza rispetto alle condizioni generali di contratto. In fin dei conti, questo disinteresse non è frutto di un caso accidentale, ma discende da un modello di condotta razionale.

Per motivi analoghi, non sarebbe ragionevole costringere il predisponente a fornire al consumatore una compiuta spiegazione del significato di ciascuna clausola, un po' perché spesso – com'è stato assai incisivamente osservato – occorrerebbe all'uopo un «seminario di tre giorni» prima della conclusione di ciascun contratto (57) (e c'è da credere che i meno soddisfatti sarebbero proprio i consumatori, che – si deve supporre – hanno altro da fare), e molto più perché una risposta di tal fatta segue lo schematismo dell'istanza consumeristica della prim' ora, ossia pretende di correggere la lamentata asimmetria con un flusso forzoso di spiegazioni, notizie ed istruzioni che, per le ragioni dianzi indicate, avrebbe il solo risultato di prestare ulteriore supporto a chi denuncia i guasti da eccesso d'informazione.

Così stando le cose, non resta che procedere, dall'esterno, all'esame selettivo delle condizioni generali di contratto, al fine di espungerne le clausole che appaiono vessatorie oltre il segno di un'accettabile distribuzione del rischio tra imprenditore e

---

(56) Questa è, invero, la soluzione suggerita da SCHWARTZ & WILDE, *op. cit.*, pp. 673-677. Gli stessi Autori, tuttavia, seppur criticando l'argomentazione del c.d. «*information overload*» – sovraccarico informativo – cui il consumatore potrebbe andare incontro (*i.e.*: «when consumers are provided with too much information they make dysfunctional decisions»: ID., p. 675), sono costretti ad ammettere che l'informazione rilevante potrebbe rivelarsi, in concreto, troppo costosa da dispensare.

(57) CRASWELL, *op. cit.*, p. 11. Per una differente impostazione, che propugna invece un obbligo normativo di *disclosure* a carico del predisponente, cfr. MEYERSON, *op. cit.*, pp. 610-613.

consumatore (58). Si tratta di un caso tipico di approccio da «second best», con tutti i limiti e incertezze che ne derivano (59). Il diritto dovrebbe cercare di conseguire o, al limite, di approssimare l'allocazione dei rischi che le parti avrebbero raggiunto da sé in assenza di asimmetrie informative. Il perseguimento di questo obiettivo è conforme – come si è già avuto modo di osservare – alla *ratio* del principio dell'autonomia negoziale e tende a ripristinarne, almeno in teoria, l'effettiva operatività. Ciò tuttavia costringe il giudice e, alternativamente, il legislatore a muoversi su un terreno di valutazioni scosceso ai limiti dell'inverosimile, con il pericolo, sempre in agguato, di individuare una medicina peggiore del male.

6. *La contrattazione individuale: un altro pianeta?*

Dall'esame sin qui condotto dovrebbe emergere con chiarezza una linea direttiva: che, cioè, all'origine del problema delle clausole vessatorie non è la predisposizione unilaterale del contratto e neppure il fatto che la proposta contrattuale venga formulata dall'imprenditore in termini di 'prendere o lasciare'. Queste circostanze, e così pure l'insanabile asimmetria informativa che caratterizza la conclusione dei contratti per adesione, discendono piuttosto dalla dinamica stessa dei rapporti contrattuali di massa. Della loro standardizzazione, si è detto, non è consentito fare a meno nel moderno contesto economico-produttivo. Ed è proprio il carattere massificato dei rapporti a far sì che l'imprenditore e soprattutto l'accorsato giurista predisponente siano davvero padroni del campo, stante il generale disinteresse delle controparti relativamente al conte-

(58) Per il concetto di «*selective enforcement*» delle clausole contrattuali v., in generale, COOTER & ULEN, *op. cit.*, p. 236. Si noti, tuttavia, come gli Autori, in altra parte del loro manuale, si pronuncino per la presuntiva vincolatività delle condizioni generali di contratto per tutto quanto ivi statuito (ID., pp. 278-279).

(59) Per le particolari caratteristiche di questo tipo di problema di «*second-best*», v., sinteticamente, CRASWELL, *op. cit.*, p. 24, nota 46.

nuto delle clausole, e possano così sfruttare al meglio la prospettiva di un numero indefinito di rapporti negoziali della stessa specie, volgendo comunque a proprio favore il relativo schema contrattuale. Correlativamente, alla base dell'ignoranza razionale del consumatore in merito alle condizioni generali di contratto vi sono la moltitudine e la *routine* dei contratti standardizzati, oltre che la diffusa (e, a conti fatti, fondata) opinione che i rischi ivi disciplinati abbiano ben poche probabilità di materializzarsi nel caso specifico.

Ora, è evidente che le considerazioni sinteticamente richiamate non possano trovare applicazione laddove, pur in presenza di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale ad opera dell'imprenditore, venga a mancare il tratto saliente della standardizzazione. Dal punto di vista del consumatore, infatti, è proprio l'intensità del traffico negoziale di massa che rende insostenibili i costi d'informazione e di transazione connessi ad una scelta autenticamente consapevole; mentre gli eventuali benefici di un approfondimento puntiglioso sono resi impalpabili dalla difficoltà di percepire la consistenza dei rischi che si vanno ad assumere, sino a non controbilanciare lo sforzo richiesto per conseguirli. Il circolo, men che virtuoso, si chiude. Il consumatore, per esperienza vissuta, inclina a ritenere che, in fondo, un formulario contrattuale vale l'altro; e questo suo cinismo preclude al mercato ogni via redimente. Il contratto è, in termini di analisi economica, 'incompleto' (60), non perché sia in atto una congiura intesa ad impedire un più equilibrato dispiegarsi del regolamento negoziale, ma perché la mancanza d'impegno del consumatore è razionale (se si preferisce, perché il contratto dev' esser incompleto). Inutile, allora, aspettarsi correzioni endogene. Il fallimento del mercato postula un intervento dall'esterno.

La situazione è completamente diversa nel caso dei con-

(60) Sull'«incompletezza contrattuale» nella prospettiva di EAL v. R. Pardolesi, *Regole di «default» e razionalità limitata nel diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, 451.

tratti individuali, ancorché unilateralmente predisposti. Proviamo a immaginare, infatti, un consumatore che riceva una dettagliata proposta contrattuale, su un documento *ad hoc*, vale a dire appositamente elaborato per la conclusione di quello specifico affare. Ebbene, il nostro consumatore, fuori dalla confusione e della *routine* della contrattazione di massa che determinano la sua normale indifferenza alle clausole contrattuali, sarà presumibilmente all'erta rispetto al regolamento negoziale che va a sottoscrivere. Egli avrà, quanto meno, incentivi rilevanti a leggere (o, comunque, a far sì che altri legga per lui) con una certa cautela le condizioni della proposta contrattuale, dedicata e non più standardizzata, al fine di verificare se si tratta davvero di un buon affare. La *bounded rationality*, che lo portava a stipulare contratti ciechi, non giocherà più – al cospetto di operazioni che, per definizione, escono dal mucchio selvaggio – lo stesso ruolo. È vero che la posizione di partenza sarà ancora contrassegnata, nella più parte dei casi, dall'asimmetria informativa, posto che si avrà pur sempre a che fare con contratti rispetto ai quali una parte, l'imprenditore, vanta una comprovata dimestichezza; ma è altrettanto evidente che il problema non risiede nella *par condicio* di partenza – se così fosse, nessun contratto, o quasi, si sottrarrebbe a censura –, quanto nella concreta possibilità di porvi rimedio, che nella circostanza sussiste (mentre appariva implausibile nella giungla delle *quick-hand transactions*). D'altro canto, nell'ipotesi ora in esame la maggiore preoccupazione della parte predisponente non si concentra sulla pianificazione di una serie di rapporti di massa tendenzialmente insensibili alla qualità del regolamento contrattuale, ma è piuttosto quella di convincere il consumatore ad accettare la proposta. La predisposizione del contratto, non più giustificata dall'efficienza della standardizzazione, trova la sua esclusiva ragion d'essere nell'affare specifico e comporta la sopportazione di costi rilevanti, nonché irrecuperabili in caso di mancato buon fine della proposta (c.d. «*sunk costs*»).

Nel contesto delineato, insomma, riesce difficile credere che l'imprenditore predisponente punti per definizione ad approfittare di un consumatore plausibilmente attento a cercare il

pelo nell'uovo, piuttosto che fare del proprio meglio per soddisfare le sue preferenze con una proposta, in ogni caso, allettante. Sotto questo profilo, la predisposizione unilaterale non basta a cortocircuitare la presunzione di massimizzazione del valore congiunto (*id est*, di efficienza allocativa).

Inutile dilungarsi oltre. Dovrebbe esser ormai chiaro che la motivazione addotta per giustificare la necessità di scrutinio delle condizioni generali nei contratti dei consumatori (per quelli interimprenditivi vale, come si ricorderà, tutt'altro discorso), e cioè l'asimmetria informativa in relazione al contenuto delle clausole standard, non 'regge' nel caso della negoziazione individuale, quand'anche caratterizzata dalla predisposizione unilaterale del contratto. Le ragioni dell'accorpamento delle due fattispecie, voluto dal legislatore comunitario e, giocoforza, subito da quello nazionale, andrebbero pertanto ricercate altrove. Magari nell'antica tesi della disparità di forza contrattuale tra imprenditore e consumatore. Salvo poi accorgersi che l'argomentazione fondamentale, da sempre utilizzata con riferimento alle condizioni generali di contratto, appare ancora più pregnante se riferita allo specifico contesto della negoziazione individuale: il monopolista non ha incentivo alcuno a imporre clausole vessatorie al consumatore che non soffra di uno strutturale svantaggio informativo, potendo assai più proficuamente sfruttare il proprio potere di stabilire il prezzo di ogni concessione richiesta dal cliente rigorosamente al di sopra del relativo costo marginale.

Non resta, allora, che arrendersi all'evidenza. L'assimilazione dei due fenomeni della contrattazione standardizzata ed individuale, diversissimi quanto a natura e ad implicazioni economiche, ha come unico denominatore comune un'enunciazione di principio, a tutto concedere, indimostrata: la necessità di tutelare il consumatore quale contraente più 'debole'.

7. *A mo' di epilogo*

Le considerazioni svolte per l'innanzi consentono di trarre alcune conclusioni, all'insegna dichiarata della provvisorietà.

Primo. A dispetto delle premesse da cui muove, la ricognizione economica presta significativo supporto all'idea che la prassi delle condizioni generali nei contratti dei consumatori meriti interventi correttivi; indica altresì, negli *standard forms* imposti da imprese in grado di abusare della 'dipendenza' di operatori economici alle prese con rilevanti *sunk costs* (ossia, investimenti idiosincratici non riclicabili), un'altra area sensibile, sia pure per un ordine di ragioni tutt'affatto differente. Restano fuori quadro i contratti dei consumatori negoziati su base individuale. Sotto questo profilo, la disciplina divisata dalla direttiva 93/13 e, sulle sue tracce, quella introdotta dal legislatore italiano agli artt. 1469*bis* e seguenti c. c., nell'estendere il controllo di contenuto a tutti i contratti tra consumatore e professionista che non derivino da trattativa individuale, appaiono frutto adespota di una scelta compromissoria fra i due modelli legislativi di riferimento, l'*AGB-Gesetz* e il *Code de la consommation*. Sennonché, come si confida di aver dimostrato, il *rationale* addotto per i contratti standard non vale per i casi di negoziazione individuale con testo predeterminato (dal professionista o da terzi), e non giustifica punto l'accorpamento delle due aree. Se si voleva perseguire un siffatto disegno, si sarebbe dovuto far leva su un diverso sostrato motivazionale, traendone tutte le conseguenze, segnatamente per quel che attiene alla differenza di regime tra testi negoziali predisposti unilateralmente e non. Tanto sarebbe valso, in sostanza, saltare il fosso e, piuttosto che imbarcarsi nel faticoso 'lodo' di cui è espressione la direttiva (e la sua recezione italiana), adottare l'impostazione francese, che assoggetta a riscontro tutti i contratti dei consumatori, poco importa se negoziati col coltello tra i denti o subiti passivamente, nel presupposto – più assorbente di quello sin qui considerato, ma anche più evanescente – che il consumatore sia comunque soggetto più debole (per dimensioni, forza economica etc.). Col che, peraltro, si sarebbe innestata una riflessione delicata, che svolge a rovescio la parabola di Maine, dal còntratto allo *status*, e suggerisce più d'un dubbio sulla balcanizzazione prossima ventura del diritto privato.

Mette conto rilevare, peraltro, che se davvero – com'è stato

suggerito – il gioco delle presunzioni incrociate operasse alla stregua di camicia di Nesso, l'inconveniente denunciato potrebbe, nei fatti, svaporare. A norma dell'art. 1469*ter*, comma 4, l'onere di provare che le clausole dei contratti standardizzati siano state oggetto di specifica trattativa incombe sul professionista; quanto dire che, nel caso di negoziazione individuale con predisposizione unilaterale, vale la regola opposta (61). Se entrambi i fardelli probatori risultassero, per ragioni speculari ma egualmente plausibili, di problematica soddisfazione (62), il vaglio giudiziale finirebbe con l'appuntarsi, nella sostanza, sulle condizioni generali: *quod erat in votis*.

Seconda osservazione. In quello che è apparso a taluno un vero e proprio rigurgito di rigorismo, il legislatore italiano ha rinunziato a seguire il solco comunitario della valutazione d'insieme circa il carattere, negoziato o non, della pattuizione (v. art. 3, n. 2, comma 2 della direttiva), optando per la possibilità di sindacare la singola clausola, a prescindere dalla circostanza che le altre abbiano fatto oggetto di trattativa (63). Le riserve sul punto sono più che mai legittime. Ma, se corrispondesse al vero l'ipotesi interpretativa poc'anzi formulata – che, cioè, le difficoltà probatorie vanno a precludere, o quasi, la possibilità per il consumatore d'impugnare il prodotto di negoziazioni individuali, ancorché contrassegnate dalla preventiva redazione unilaterale –, se dunque il tiro si concentrasse sull'impiego (quand'anche parziale) di moduli o formulari predisposti dal professionista, l'opzione del nostro legislatore si rivelerebbe, alla luce delle considerazioni dianzi svolte, ineccepibile. Anche nel più massificato dei contratti di adesione il consumatore opera una

(61) In questi termini il *mainstream* dottrinario: cfr., ad es., R. Pardolesi, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1995, 528, 535; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 145, 150; Bin, cit., 442; C. Turco, *Profili di vessatorietà della clausola risolutiva espressa*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, 629,67 nota 127.

(62) Cfr. M. Casola, in AA.VV., *La nuova disciplina* cit., *sub* art. 1469-*ter*.

(63) Pardolesi, *Clausole abusive* cit., 523 ss.

scelta autonoma, quanto meno di 'sì o no'. Che questa scelta ragionata si allarghi, sino a 'coprire' altri settori della pattuizione non toglie che, per quelli rimasti in ombra, e per ciò affidati alla logica della standardizzazione, continui a delinearsi, a pieno titolo, il problema della razionale ignoranza del consumatore, con tutte le implicazioni che si sono già indicate: uno sprazzo di luce non riscatta le tenebre, dove queste persistono.

Terzo, e ultimo, punto. Quale rimedio? Il legislatore italiano (come già quello comunitario) si orienta nel senso della 'riscrittura' del contratto. Infatti, al giudice viene affidato il compito di una valutazione comparativa di diritti ed obblighi, in esito alla quale, ove emerga un significativo squilibrio (malgrado la buona fede, che peraltro scolora tra sviste di traduzione, pervicacia del legislatore e pallidi tentativi dottrinari di recupero (64)), scatta la declaratoria d'inefficacia della clausola, con tanto di ricorso, ove necessario, alle *default rules* del diritto dispositivo; la discrezionalità giudiziale è appena temperata dalla lista 'grigia' (e non tassativa) delle clausole di cui si presume, sino a prova contraria, la vessatorietà. È probabile che, come si è altrove rimarcato, tale meccanismo desti più problemi di quanti contribuisca a risolverne, specie in termini di costi amministrativi e di obiettiva incertezza del diritto (65). Ma uscire dal tunnel con i mezzi dell'EAL è impresa epica, che promette, al più, di mettere capo ad una soluzione con le stimmate del minor male. I suoi contorni possono essere, a un dipresso, sintetizzati nei termini che seguono. Posta la *bounded rationality* che condiziona la condotta del consumatore e riconosciuta l'incapacità del mercato di porvi rimedio, vengono meno i presupposti per assumere che all'introduzione di clausole idonee a spostare sensibilmente l'assetto contrattuale corrispondano correzioni (per esempio di prezzo) atte a ripristinare l'equilibrio ottimale. Di qui, l'opportunità di proscrivere tali clausole, avendo cura di

(64) V. Barenghi, in AA.VV., *La nuova disciplina* cit., *sub* art. 1469 *bis*, 38 ss.

(65) Le difficoltà connesse all'accertamento dell'abusività sono rimarcate, sia pure con accentuazioni meno scettiche, da V. Carbone, cit., 1303 ss.

provvedere, per quanto possibile, alla loro previa individuazione. La lista grigia dovrebbe, pertanto, diventare nera (ed è possibile che ciò corrisponda già alla situazione reale, se si dà ingresso ai molti dubbi circa la possibilità, per il professionista, di superare la presunzione di vessatorietà che accompagna l'elenco di cui all'art. 1469-*bis*); mentre la clausola generale – sospettata di fomentare la *Rechtsunsichereit* più scivolosa, quella che si risolve nel mutamento in corsa delle regole del gioco – dovrebbe retrocedere al ruolo di valvola di chiusura, per arginare pratiche elusive e colmare eventuali lacune (66).

Quasi scontata l'obiezione in agguato: per questa via, si fa – dopo averlo fieramente demonizzato – puro esercizio di paternalismo. Si migliora, certo, la qualità del contratto, ma col risultato di elevarne i costi, che saranno inevitabilmente risentiti dal consumatore. Si ritorna, allora, alla storia familiare della povera vedova in *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* (67), dove l'intervento da buon samaritano della corte rischia di soddisfare l'ansia equitativa del caso di specie, obbligando però a chiuder gli occhi sul pregiudizio che ne verrà ad altre vedove, egualmente povere ma meritevoli di credito e, più in generale, a tutti i consumatori che avrebbero preferito fruire di una clausola che, se pur onerosa, permetteva loro di accedere al mercato. E già par di sentire le catilinarie di quanti s'interrogano su «chi salverà il consumatore dalle leggi di protezione del consumatore» (68). In realtà, critiche di tal fatta trovano fertile terreno nella constatazione, inoppugnabile, che le vicende di consumo sono un calco troppo anonimo per delineare una pregnante identità

(66) Sempre che non si acceda alla tesi – prospettata, ad es., da V. Carbone, cit., p. 307 – di una «tassatività per categorie di clausole», riproponendo per l'elencazione di cui all'art. 1469 *bis* l'orientamento consolidatosi con riguardo all'art. 1341, comma 2.

(67) 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

(68) Per un esempio paradigmatico, v. R. Van den Bergh, *Wer schützt die europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? Zu den möglichen adversen Effekten der europäischer Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers,* in corso di pubblicazione.

distintiva. Basta compiere un passo avanti in questa direzione per rendersi conto che le difficoltà sperimentate, sotto ogni cielo o quasi, nella *reductio ad unum* dell'istanza consumeristica sono il portato di una realtà conflittuale, di per sé sottratta a qualsivoglia connotazione patologica. In un mondo caratterizzato dalla scarsità delle risorse, da tecnologie in perenne divenire e dall'incertezza (specie per quel che attiene al futuro benessere personale e globale), è del tutto naturale che differenti gruppi di consumatori (a maggiore ragione se fra le loro esigenze viene inclusa una qualche misura di preoccupazione per le generazioni a venire) esprimano interessi in conflitto, almeno rispetto a dilemmi quali: *a*) consumare oggi di più a prezzi minori oppure di meno a prezzi più elevati, riservando il profitto aggiunto ad investimenti per il consumo futuro di quegli stessi consumatori o delle generazioni che seguiranno; *b)* consumare beni di una certa qualità ad un dato prezzo oppure di qualità diversa ad un prezzo maggiore o minore; *c*) scegliere tra un novero di beni sulla base di un certo ammontare d'informazione oppure riferirsi ad un paniere di beni più allargato sulla scorta di un'informazione più completa, ma più onerosa; e così via. Mettere al bando clausole che convogliano i rischi sul consumatore – per tornare al cuore dell'obiezione – è, a conti fatti, un modo per far prevalere quanti, all'interno di una categoria dai tratti quasi indeterminati, aspirerebbero ad un contratto protettivo e son disposti a pagare per questo fine, a discapito di chi non ha i mezzi per finanziare il salto di qualità. Ma c'è spazio per una replica, sia pure in prima approssimazione. Togliere tendenzialmente dal giro dei contratti standard clausole (a senso unico) che non sono, per quanto già osservato, il risultato di una scelta, ma l'esito inerziale di un processo irredimibile non significa sancire la prevalenza dell'un tipo d'interesse sull'altro; mira, piuttosto, a preparare il terreno perché l'assetto contrattuale, che non è più dato conseguire per il tramite degli *standard forms* (in quanto univocamente orientato in una direzione) ma che si vuole rispondere alle esigenze di un gruppo di consumatori (perché, mettiamo, riscattato da un'apprezzabile convenienza), emerga, nel mercato, come prodotto di una ne-

goziazione consapevolmente intesa a dimostrare lo spessore delle sue virtù redimenti: non, dunque, un riflesso involontario – che va, anzi, corretto e rimosso –, ma la massima approssimazione possibile, date le circostanze, al libero dispiegarsi dell'autonomia privata.