

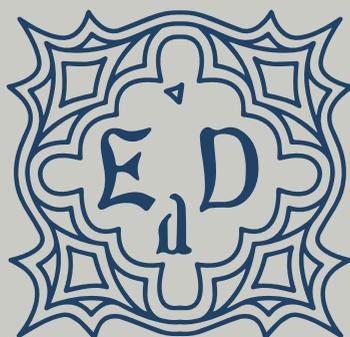
# ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

*Estratto da I TEMATICI, I-2021*

CONTRATTO, diretto da G. D'Amico

Giovanni D'Amico

GIUSTIZIA CONTRATTUALE



# G

## GIUSTIZIA CONTRATTUALE

SOMMARIO: Sez. I. *Profili introduttivi*: 1. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto. — 2. Giustizia “comutativa” e giustizia “distributiva”. — 3. Giustizia (contrattuale) “procedurale” e giustizia “sostanziale”. — 4. *Segue*: ampiezza degli strumenti di tutela “procedurale” della giustizia contrattuale. — Sez. II. *La crisi del principio* “qui dit contractuel dit juste”: 5. La “scoperta” dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “antitrust” e la “costruzione” del mercato concorrenziale. — 6. Un esempio emblematico di intervento normativo volto a correggere squilibri (o “fallimenti”) di mercato: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla “dottrina ordoliberal”). — 7. L’intervento “diretto” sul contenuto economico del contratto in alcune fattispecie particolari. — Sez. III. *L’abuso nella contrattazione e le tutele*: 8. L’“abuso della libertà contrattuale” come presupposto per un intervento “diretto” sul contratto al fine di garantire l’equilibrio contrattuale. L’abuso nella contrattazione con i consumatori. — 9. L’abuso nella contrattazione tra imprese: in particolare l’abuso di dipendenza economica. — 10. La tutela dei lavoratori autonomi in alcune normative recenti. — Sez. IV. *La “giustizia” dei rimedi*: 11. Assenza di un principio generale che consenta (al di fuori delle ipotesi specificamente previste) la correzione giudiziale del contratto per assicurarne la “giustizia”. — 12. Buona fede e giustizia contrattuale. — 13. La “giustizia” dei rimedi (e la buona fede). — 14. *Conclusioni*: la giustizia contrattuale tra legge e giudizio.

### Sez. I. – PROFILI INTRODUTTIVI.

1. *“Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto.* — Affrontare il tema della “giustizia contrattuale” impone, più di quanto accada con altri argomenti, di precisare *in limine* (quanto meno a livello “stipulativo”) il significato secondo il quale si assumerà la nozione oggetto di indagine.

Il termine “giustizia contrattuale” è suscettibile, invero, di evocare molteplici problemi (1), ed

(1) Ne fornisce riprova l’interessante raccolta giurisprudenziale curata da G. CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2009, nella quale compaiono sentenze che vanno dalla materia della clausola penale eccessiva a quelle degli interessi usurari, dalla presupposizione alla clausola

è indispensabile pertanto delimitare il terreno sul quale si intende condurre la discussione.

La “giustizia” del contratto (o — se si vuole — *nel* contratto), se si conviene di intenderla in termini “contenutistici” e non meramente “procedurali” (2), sembra, intuitivamente, evocare un “equi-

*rebus sic stantibus*, alle clausole vessatorie nei contratti di adesione; e così via.

(2) Anche le concezioni “procedurali” (v., per un cenno, *infra*, § 3) finiscono per presupporre una nozione “contenutistica” (o “sostanziale”, che dir si voglia) della “giustizia contrattuale”; solo che esse ritengono che l’obiettivo di un contenuto contrattuale “giusto” possa (e debba) essere conseguito *non in via diretta* (e con interventi eteronomi), bensì assicurando le condizioni di esplicazione effettiva della *autonomia privata* e/o (per quanto possibile) l’equilibrio delle “posizioni di partenza” dei contraenti (si pensi, ad esempio, alla funzione della contrattazione collettiva nel diritto del lavoro, come strumento per “riequilibrare” la disparità di forza contrattuale che altrimenti caratterizzerebbe la contrattazione tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore).

Risulta peraltro abbastanza evidente che non esiste (in concreto) una *alternativa assoluta* tra i due modi di realizzare la “giustizia contrattuale” indicati nel testo, perché nella realtà degli ordinamenti il legislatore ricorre ad entrambi, anche se — almeno *tendenzialmente* — il principio di autonomia contrattuale dovrebbe indurre ad interventi *diretti* sul contenuto contrattuale solo quando l’obiettivo della “giustizia” (del contratto) non possa essere raggiunto (adeguatamente e/o con certezza) attraverso l’esplicazione “corretta” (ossia rispettosa delle regole “procedurali”) dell’autonomia privata. Il variabile dosaggio tra “autonomia (regolata)” ed *eteronomia* è, peraltro, un dato che — a propria volta — non può essere fissato *a priori* e *in maniera immutabile*, perché esso è soggetto a modificarsi nel tempo, in relazione ai *contesti generali* che, sul piano sociale ed economico, caratterizzano le varie epoche. Così — per fare soltanto qualcuno dei tantissimi esempi che potrebbero utilizzarsi — la vicenda del contratto di locazione di immobili urbani (in particolare *ad uso abitativo*) ha visto — dal 1978 (anno in cui fu emanata la legge cosiddetta sull’equo canone) ad oggi — seguire ad una fase di notevole compressione dell’autonomia contrattuale (con un incisivo intervento diretto sul contenuto del contratto) una fase in cui — al fine di “sbloccare” e rivitalizzare il mercato delle locazioni — si è ripristinata (almeno

librio” (una “proporzione” o anche una “equivalenza”) tra le prestazioni che attraverso il contratto le parti programmano di scambiarsi (3).

Intesa la “giustizia contrattuale” in questa accezione, il relativo problema sembra porsi — *sub specie*, in particolare, di un controllo giudiziale sul contenuto negoziale — solo per quei regolamenti contrattuali (o per quelle *parti* dei regolamenti contrattuali) che sono effettivamente lasciati alla disciplina *autonoma* dei contraenti. Quando, invece, il contenuto del contratto sia predeterminato (in maniera più o meno ampia) dal legislatore, con previsioni che possano considerarsi imperative (ossia non derogabili dai privati), non c’è spazio per un problema di “giustizia contrattuale” (nel senso specifico in cui qui si assume tale concetto). Ciò non vuol dire — beninteso — che la “giustizia” sia estranea, in questi casi, all’operazione economica considerata, ché — anzi — proprio esigenze di “giustizia contrattuale” (4) sono alla base (assai spesso) delle norme (cogenti) (5) che il

parzialmente) la libertà delle parti di determinare il regolamento negoziale, sia pure nel quadro di modalità di contrattazione (cosiddetta “assistita”) volte a “riequilibrare” le posizioni contrattuali “diseguali” dei contraenti.

(3) È implicito, nell’affermazione che facciamo nel testo, l’assunto che la “giustizia contrattuale” abbia a che fare soprattutto (anche se non esclusivamente) con il contenuto “economico” del contratto, sebbene sia indubitabile che un problema di “equilibrio” si possa porre (e si ponga) anche con riferimento al contenuto cosiddetto “normativo” (più avanti, del resto, prenderemo in esame la disciplina delle “clausole vessatorie” nei contratti dei consumatori, che è diretta a porre rimedio — tipicamente — proprio ad uno squilibrio “normativo”).

È appena il caso, peraltro, di avvertire che anche la distinzione tra contenuto “economico” e contenuto “normativo” del contratto non può che essere concepita come relativa, essendo evidente che le clausole “normative” sono spesso connesse a quelle economiche (basti pensare — ad esempio — al caso delle garanzie, a quello delle clausole di esonerazione da responsabilità, ecc.), e viceversa.

(4) Magari anche di “giustizia distributiva”, e non soltanto di “giustizia commutativa”. È assai diffusa, peraltro, l’idea che «l’uso del diritto privato per finalità redistributive sia immancabilmente destinato a generare esiti allocativi inefficienti, a danno di quelli che si vorrebbero proteggere» (lo ricorda V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in questa *Enciclopedia*, Annali, VII, 2014, 447 ss., spec. 455 e nt. 53, ove richiami al dibattito su questo tema; e v. anche *ivi*, § 7, 457 ss., dove peraltro si prospetta una singolare idea di “giustizia distributiva” — identificata con la «redistribuzione di ricchezza da chi detiene l’informazione a chi ne è privo» — che porterebbe ad ascrivere agli interventi volti a realizzare la giustizia “distributiva” anche l’imposizione di obblighi di informazione, che solitamente sono visti come strumento della giustizia cosiddetta “procedurale”).

(5) Il problema della “giustizia” (nel senso specifico di temperamento equilibrato degli interessi dei contraenti) non è estraneo, ovviamente, neanche alla formulazione del cosiddetto “diritto dispositivo” (ancorché si tratti di un

legislatore detta per il contratto (o per specifici contratti; il contratto di lavoro costituisce — sotto questo profilo — l’esempio, forse, più significativo) (6). Vuol dire, piuttosto, che — in presenza di una disciplina legislativa specifica volta ad assicurare la “giustizia” del contratto (si pensi ad esempio alla normativa — già richiamata — sul cosiddetto “equo canone”, nella originaria formulazione della l. 27 luglio 1978, n. 392) — non c’è spazio per un *ulteriore* controllo (*sotto questo profilo*) dell’atto di autonomia privata, ma occorrerà soltanto verificare la conformità o meno di esso alla normativa cogente (7).

Non è detto peraltro che *legalità* e *giustizia*

diritto “derogabile” dalle parti). Per certi versi — anzi — lo scopo di realizzare “equilibrate composizioni” degli interessi coinvolti nel rapporto contrattuale, è evidente nel diritto dispositivo più ancora che in quello cogente (che potrebbe, invece, perseguire anche altre finalità: v. *infra*, nel testo).

Sui rapporti tra “giustizia contrattuale” e “diritto dispositivo” v. anche *infra*. Sul diritto dispositivo e sulle sue funzioni cfr., sin d’ora, M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*, e spec. cap. II.

(6) Cfr. R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, VII, 2012, 534 ss., 535, ove si legge espressamente che: «Il diritto italiano concede alla giustizia contrattuale uno spazio ampio», affermazione che viene subito esplicitata osservandosi che: «Nel nostro sistema, se l’ingiustizia si accompagna al consapevole sfruttamento scattano i rimedi intitolati all’incapacità naturale, allo stato di pericolo e di bisogno. Richiami alla giustizia, all’equità, alla buona fede, all’eccessiva onerosità intervengono in tema di arbitrio mero e *boni viri*, di interpretazione e integrazione del contratto, di eccezione di inadempimento e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità e per inadempimento. Le clausole vessatorie sono osteggiate (ma la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non dipende mai dall’adeguatezza del corrispettivo). Il requisito della causa è altamente proclamato. I calmieri, le proroghe, i blocchi dei contratti sono all’ordine del giorno».

E si noti come — nell’elencazione che l’autore fa — si mescolino interventi legislativi volti ad assicurare la giustizia “sostanziale” del regolamento contrattuale, con interventi che più specificamente attengono a quella che potrebbe dirsi una forma di giustizia “procedurale” della contrattazione (si pensi alla disciplina dei vizi del consenso, su cui torneremo più avanti).

(7) Una singolare previsione, che sembrava suggerire l’idea che il regolamento dettato dalla legge potesse essere considerato dal giudice come “iniquo” (*recte*: non escludere un’ulteriore valutazione giudiziale circa l’equità del contratto) — tanto da indurre a scartarlo come regolamento da sostituire a quello convenzionale invalido, preferendo piuttosto utilizzare a tale fine una “misura” individuata dallo stesso giudice, e in ipotesi diversa anche da quella “legale” — era quella contenuta (prima che la previsione del potere integrativo del giudice venisse eliminata dal d. lg. 9 novembre 2012, n. 192) nell’ultimo comma dell’art. 7 del d. lg. 9 ottobre 2002, n. 231, sui “ritardi di pagamento”, il quale stabiliva che: «Il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità dell’accordo e, avuto riguardo all’interesse del creditore alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali *ovvero riconduce ad equità*

siano sempre coincidenti (ossia che il regolamento *legale* sia un regolamento *anche* “giusto”, nel senso — qui assunto — di *rispondente a un criterio di “equilibrio” o “proporzionalità” tra le prestazioni*), in quanto è ben possibile che l'intervento legislativo (imperativo) risponda ad esigenze diverse, e miri a conseguire obiettivi differenti da quello della giustizia “commutativa” (8). Per un verso, infatti, la “giustizia” che il legislatore intenda (in ipotesi) perseguire potrebbe essere una giustizia “distributiva” (v. il paragrafo seguente), e non soltanto (o non anche) “commutativa” (9). Per altro verso, invece, può ben accadere che l'obiettivo che il legislatore si proponga di raggiungere (dettando la disciplina cogente di un determinato rapporto contrattuale) sia semplicemente un obiettivo diverso da quello della “giustizia” del contratto: ciò è abbastanza evidente nel campo dei “prezzi imposti”, dove ad esempio il prezzo *elevato* di un prodotto (non corrispondente al suo effettivo valore, o al prezzo che si formerebbe “spontaneamente” sul mercato) può essere stabilito (in genere, ad opera di un'autorità amministrativa o di un'agenzia regolatoria) per scoraggiare il consumo di quel bene, ovvero per (altre) ragioni

---

*il contenuto dell'accordo medesimo*», quasi che applicazione dei termini legali e riconduzione ad equità potessero divergere.

(8) Cfr. SACCO, *op. cit.*, 536, laddove l'autore osserva che: «la legalità non è una garanzia di giustizia», in quanto «motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile».

(9) Potrebbe esemplificare questa ipotesi proprio il caso (che abbiamo richiamato nel testo) della legge sull'equo canone del 1978, intervento al quale non erano estranei obiettivi di giustizia “distributiva” (o, se si vuole, di “giustizia sociale”). Per quanto riguarda, in particolare, la disciplina delle locazioni commerciali, alla legge non era (e non è) estranea l'idea di un trasferimento di ricchezza dalla “rendita” al “profitto” (dalla proprietà all'impresa); mentre per quanto riguarda le locazioni ad uso abitativo si era inteso (nella formulazione originaria dell'intervento normativo) favorire la realizzazione dell'obiettivo (di giustizia) “sociale” di permettere l'accesso al “bene-casa” (per soddisfare l'interesse fondamentale all'abitazione), facendo (parzialmente) gravare sui privati (proprietari di immobili urbani) il costo di questo risultato (salvo poi a rendersi conto che lo strumento prescelto ha avuto sovente l'effetto di inaridire il mercato delle locazioni o, alternativamente, di alimentare — di fatto — una vasta area di violazione della legge).

Un altro esempio di “giustizia distributiva” perseguita attraverso il contratto potrebbe essere fornito dalla normativa sui contratti agrari degli anni '60 e '70 del secolo scorso.

che comunque prescindono dall'“equivalenza” tra le prestazioni delle parti (10).

Quanto sin qui detto consente, dunque, di tenere fuori dal campo di analisi (per le ragioni e con le precisazioni appena svolte) le ipotesi in cui il contenuto del contratto sia (in tutto o in parte) *eterodeterminato*, e pertanto la “giustizia” di esso non inerisca — propriamente parlando — al contratto *in quanto tale* (ossia come atto di autonomia privata), bensì alla legge (o al provvedimento amministrativo) (11) al quale il contratto si conforma (*recte: deve conformarsi*). Del resto, in questi casi

---

(10) Magari facendo gravare sul bene una forte imposizione fiscale: si considerino, ad esempio, le “accise” su beni come le sigarette, o la benzina.

Si osservi che può parlarsi di “prezzo legale” non soltanto quando il prezzo sia *direttamente* fissato da una autorità pubblica, ma anche quando sulla sua entità (lasciata in qualche modo, o entro determinati margini, alla libertà dell'imprenditore) influiscano *in maniera determinante* provvedimenti pubblici come agevolazioni, incentivi, sgravi, ecc. Questi provvedimenti — come accenniamo nel testo — hanno talora lo scopo di promuovere la “giustizia” dello scambio contrattuale, ma — spesso — si propongono altri obiettivi, come quello di incentivare l'acquisto di determinati beni (ad esempio automobili con motore elettrico) o di indurre l'impresa ad offrire un servizio che altrimenti sarebbe “antieconomico” erogare (in quest'ultimo caso, sovente la Pubblica Amministrazione accorda all'imprenditore una “concessione” di esercizio esclusivo, e stipula con lo stesso un “contratto di servizio” con il quale si impegna a “riparare” le perdite conseguenti allo svolgimento del servizio di interesse sociale). Come scrive SACCO (*op. cit.*, 536): «Queste misure bloccano l'attività degli operatori capaci di produrre e offrire il prodotto al prezzo quale si formerebbe in regime di mercato, ma non adatti a produrre al prezzo legale; oppure incoraggiano a produrre a costi che risultano vantaggiosi solo perché il produttore ovviamente non conteggia tra gli elementi del costo quelli che l'incentivo pone a carico della collettività. Il disastroso crollo delle economie fondate sul piano ha travolto anche il mito del prezzo imposto, fissato da un'autorità paziente e paterna».

(11) Questo è quanto accadeva (e, in parte, accade ancora) negli ordinamenti di “area socialista” in virtù della cosiddetta “pianificazione” che caratterizzava quei sistemi economici.

In questi ordinamenti, l'economia (fondata sulla proprietà statale dei mezzi di produzione) era regolata in base ad una “pianificazione”, che partiva da un “piano di Stato” (*gosplan*), della durata di un quinquennio, e si articolava e si specificava, poi, in piani annuali, piani territoriali e piani settoriali, fino ad arrivare a piani (*narjad*) che avevano come destinatari le singole imprese. «Il piano vincolava l'impresa alla conclusione di contratti funzionali allo svolgimento della relativa attività. Il *narjad* infatti precisava le condizioni, le quantità e i soggetti dai quali l'impresa doveva approvvigionarsi di materie prime, come quelli cui doveva destinare i propri prodotti. I *narjady* di più imprese in rapporti economici [tra di loro] riportavano dunque voci simmetricamente contrapposte» (così N. DE LUCA, *Russia, in Percorsi mondiali di diritto privato e comparato* a cura di A. DIURNI, Milano, Giuffrè, 2008, 311 ss., spec. 319 ss.).

Come scrive SACCO, *Giustizia contrattuale*, cit., 536: «da questi contratti “economici” esulava l'autonomia (tranne che per la definizione di dettagli, quali le date delle consegne).

(o in alcuni di essi) — anche quando la regolamentazione del prezzo sia dettata da ragioni di “giustizia” — potrebbe trattarsi non tanto della giustizia *del contratto* in sé considerato, quanto semmai di una “giustizia” che viene perseguita (dalla pubblica autorità) *attraverso il contratto* (piuttosto che con altri mezzi) (12), e che non implica necessariamente (anche) la giustizia *del (singolo) contratto*.

Ciò comporta anche che — varie potendo essere le *rationes* che, di volta in volta, giustificano (e stanno alla base del) l'intervento imperativo sul regolamento negoziale (in particolare nella forma della determinazione della *misura dello scambio*, che potrebbe essere determinata da motivazioni diverse dall'esigenza di assicurare un “equilibrio” e/o “proporzione” tra le prestazioni) (13) — è difficile immaginare che da queste normative si

---

La merce prodotta veniva alienata — alla fine del ciclo — al consumatore, in specie al cittadino, ad un prezzo prefissato [...]. La giustizia qui non consisterà nella proporzione fra il prezzo e la merce (nei contratti tra imprese, l'uno e l'altra escono da una tasca dello Stato per entrare in un'altra tasca — del medesimo Stato), ma nella ragionevolezza con cui si traggono le priorità dei bisogni da soddisfare. *La giustizia contrattuale sarà tutt'uno con la giustizia del piano. Il contratto si limita ad eseguire il piano*» (corsivo nostro).

Detto altrimenti, i contratti posti in essere in attuazione del “piano” possono — nel contesto considerato — dirsi “giusti” o “ingiusti”, a seconda della “giustizia” o “ingiustizia” del piano, il quale, poi — naturalmente — potrebbe non preoccuparsi della “giustizia” *del singolo scambio* (imponendo, ad esempio, che un certo bene “essenziale” sia commercializzato a prezzi inferiori ai costi di produzione) purché sia assicurata *complessivamente* la “giustizia” nella distribuzione delle risorse e dei beni nell'ambito del sistema economico generale.

(12) Non c'è dubbio, ad esempio, che la Pubblica Amministrazione potrebbe farsi carico *direttamente* del servizio “antieconomico” (ma di “utilità sociale”), come è accaduto per un certo periodo con le “aziende municipalizzate” gestite dai Comuni per l'erogazione di alcuni tipi di servizi (trasporto locale, erogazione dell'acqua, dell'elettricità, ecc.), prima che si adottasse il modello della trasformazione di tali aziende in società per azioni (formalmente autonome, anche se sostanzialmente “controllate” dagli enti pubblici, che sovente detengono le partecipazioni societarie maggioritarie).

(13) E cfr. SACCO, *op. cit.*, 536 (già parzialmente citato *supra*, alla nt. 8), il quale scrive, molto efficacemente: «La domanda è questa: lo scambio in cui l'ammontare delle prestazioni è direttamente fissato dal diritto è esso intrinsecamente, ontologicamente giusto? La conformità al volere del legislatore è giustizia? Il prezzo giusto a Ginevra sarà ingiusto ad Aosta ove vige un'altra legge e opera un'altra autorità? Il prezzo giusto ieri sarà ingiusto questa mattina, se la legge è cambiata? — La risposta alle domande ora fatte è certa. La legalità non è una garanzia di giustizia. Motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile

possa ricavare un *principio generale*. Anche ad abbandonare l'argomento secondo il quale si tratterebbe di normative “eccezionali” (argomento che presuppone che si muova dall'assunto che esista un generale principio di “libertà contrattuale”, al quale porterebbero deroga le disposizioni che introducono limiti all'autonomia privata), non è nemmeno agevole ritenere che queste disposizioni siano (all'opposto) espressione — esse — di un “principio generale” (14).

2. *Giustizia “commutativa” e giustizia “distributiva”*. — La nozione di giustizia contrattuale indicata nel paragrafo precedente evoca chiaramente l'idea di una “giustizia commutativa”, non anche di una “giustizia (re-) distributiva”, che — a nostro avviso — è, *come tale*, estranea al tema della giustizia contrattuale *in senso stretto* (intesa come principio che possa trovare ipotetica realizzazione attraverso un *intervento giudiziale*, caducatorio o correttivo del regolamento contrattuale), sebbene questo non significhi che obiettivi di “giustizia (re-) distributiva” non possano eventualmente essere (invece) a fondamento — come già abbiamo evidenziato — di interventi *legislativi* di regolamentazione del contratto.

A quest'ultimo riguardo, peraltro, è opportuno sottolineare come sia comunque necessario evitare di fare della “giustizia contrattuale” uno strumento (per così dire, ordinario) di realizzazione della “giustizia sociale” (15). Quest'ultima infatti non può —

---

modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile [...] — Quando il legislatore fissa un prezzo, quasi sempre vuole fissare un prezzo giusto. Interviene proprio perché vuole che il prezzo sia giusto. E, auguriamoci, molte volte esso sarà giusto. Ma la sua giustizia non dipende dalla sua legalità».

(14) V., ad esempio — volendo esemplificare due diverse posizioni al riguardo — da un lato, A. GENTILI, *De Jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 27 ss., 52, dall'altro, G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 53 ss., 58 (nonché ID., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore* a cura di E. NAVARRETTA, Milano, Giuffrè, 2007, 393 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 1190 ss.).

(15) Non mancano, di tempo in tempo, proposte, secondo le quali il contratto dovrebbe farsi carico anche di problemi di “giustizia sociale”. Una certa eco, ad esempio, ha avuto — qualche anno fa — la pubblicazione di un “Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo” (la versione italiana si legge in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 s., preceduta da un saggio di A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto privato europeo dei contratti*, ivi, 85 s.) ad opera del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo.

Definisce «un po' ingenuo» tale progetto S. MAZZA-

in linea di principio — trovare nel contratto il mezzo “appropriato” della sua realizzazione, la quale invece non può che essere affidata a interventi che facciano gravare sulla “fiscaltà generale” l’onere di assicurare alcune prestazioni (o alcuni obiettivi) “sociali”, evitando di far ricadere quest’onere (soltanto) su alcuni soggetti (16).

Detto altrimenti, non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali (indigenza, mancanza di lavoro, disagio sociale, etc.), che in ipotesi impediscano o limitino (più o meno gravemente) l’accesso al mercato di determinati beni o servizi da parte di soggetti socialmente svantaggiati. Questi problemi richiedono una risposta di tipo diverso, che non può essere (data dal, o) richiesta al privato (17). Semmai — ma sempre nella prospettiva appena indicata (ossia, nella prospettiva di un

---

MUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 s., 610 (e v., in argomento, anche M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, ivi, 2005, 630 s.).

(16) Sul punto si vedano le condivisibili considerazioni di E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262 ss., spec. 1285 ss., ove — fra l’altro — si afferma con decisione che: « il contratto rinnega se stesso se è orientato verso la logica distributiva ».

Ritiene invece che: « nell’esperienza giuridica contemporanea, va (da) emergendo, anche se in maniera non sempre uniforme, una tendenza a considerare il contratto anche come strumento di giustizia distributiva », N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto* (Napoli, Editoriale scientifica, 2016), ora in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017, 235 ss., 263.

Infine, afferma che: « anche dal contratto, se improntato a giustizia, possa venire [...] un contributo non secondario alla costruzione di una moderna economia sociale di mercato e dunque alla realizzazione di una maggiore giustizia sociale » V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi. Fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore* a cura di NAVARRETTA, cit., 253 ss., 255 (poi anche in *Id.*, *Il contratto in trasformazione. Invalitità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011).

(17) L’esperienza insegna che quando il legislatore ha cercato di favorire l’accesso al mercato (di alcuni beni o servizi) a categorie sociali “svantaggiate” (o, comunque, ritenute meritevoli di una particolare tutela) imponendo ai proprietari di tali beni (o ai fornitori di tali servizi) di praticare condizioni contrattuali che si risolvevano in una più o meno accentuata “redistribuzione di ricchezza”, il tentativo ha incontrato enormi resistenze, e, quasi sempre, si è risolto in un fallimento.

Emblematico è il caso della legge (già sopra richiamata) sul cosiddetto “equo canone” per le locazioni di immobili urbani a scopo abitativo (l. n. 392 del 1978), legge che — com’è ben noto — ha alimentato (oltre a vaste aree di vera e propria violazione) il ricorso ad innumerevoli modalità elusive, senza peraltro risolvere il problema “abitativo”. Il che ha finito per convincere il legislatore a ... ritornare al mercato (v. l. 9 dicembre 1998, n. 431), sia pure mantenendo forme di “controllo” dell’esercizio dell’autonomia negoziale

intervento *pubblico*) — il contratto potrà essere (al più) il mezzo (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della *generalità dei cittadini* (18).

3. *Giustizia (contrattuale) “procedurale” e giustizia “sostanziale”*. — Sempre allo scopo di precisare *in limine* la nozione di “giustizia contrattuale” che sarà presa in considerazione in queste pagine, è opportuno approfondire una distinzione alla quale si è già fatto cenno: quella tra giustizia cosiddetta “procedurale” (che qui esemplificheremo soprattutto attraverso le norme volte a tutelare l’integrità del consenso) e giustizia “sostanziale”.

L’ordinamento giuridico si fa carico del problema che il contratto non contenga pattuizioni “inique” non soltanto attraverso norme (cogenti) che proibiscano determinati contenuti contrattuali o li impongano (norme che, in tal modo, realizzano *direttamente* la giustizia contrattuale, intesa

---

delle parti, attraverso la previsione dell’“assistenza” delle associazioni rappresentative dei proprietari e dei conduttori.

(18) Si pensi alle varie forme di agevolazioni ed incentivazioni fiscali per favorire l’ingresso nel mondo del lavoro di determinate categorie di soggetti (ad esempio: giovani; soggetti residenti in regioni economicamente depresse; etc.); o si pensi (per riprendere l’esempio del contratto di locazione, fatto nella nota precedente) alle agevolazioni fiscali previste dagli art. 8 s. l. n. 431 del 1998 a favore dei proprietari che accettino di definire il valore del canone (oltre che la durata del contratto ed altre condizioni contrattuali) sulla base di quanto stabilito in appositi accordi definiti in sede locale fra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori maggiormente rappresentative.

Un altro esempio ancora può essere fornito dai rapporti “concessori” che operano in alcuni settori (ad esempio nel settore del trasporto pubblico locale), nell’ambito dei quali è frequente (per non dire normale) l’imposizione, al concessionario, di cosiddetti “obblighi di servizio” (ad esempio per restare al caso del trasporto pubblico locale: assicurare almeno due collegamenti giornalieri tra un paesino di montagna e la città più vicina), obblighi che — siccome comportano per lo più lo svolgimento di attività “in perdita” (perché i ricavi non riescono a coprire i costi) — sono sovente accompagnati dalla previsione di un “contributo” economico “pubblico”. In generale, evidenzia il rischio che il mercato reagisca (a misure che sovraccarichino il contratto di compiti di natura sociale) « estromettendo [dal mercato stesso] i più deboli e i più fragili ». E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung: ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017, 58, ove si aggiunge che: « Per questa ragione devono ipotizzarsi meccanismi di collaborazione fra pubblico e privato finalizzati ad accompagnare i soggetti socialmente deboli dentro i meccanismi del mercato » (e, poco prima, a p. 51, l’autrice discorre di una: « ontologica dimensione individualistica del contratto, al cui interno può tutt’al più collocarsi una prospettiva di giustizia commutativa, volta a reagire ad un’asimmetria di potere contrattuale »).

*in senso sostanziale*), ma anche attraverso meccanismi *indiretti*, volti a “garantire” le condizioni cosiddette “*procedurali*” che siano (almeno astrattamente) idonee a consentire il raggiungimento di un assetto regolamentare “equilibrato”.

Esemplifica bene questo tipo di meccanismi la disciplina dei *vizi del consenso* (errore, violenza, dolo) (19). In presenza di un “vizio” che colpisca la formazione della volontà negoziale di uno dei contraenti, il tema dell’“equilibrio” tra le prestazioni previste nel contratto è destinato certamente a porsi, perché in tal caso il *consenso*, pur formalmente prestato a quel determinato regolamento negoziale, non garantisce (nemmeno *in astratto*) che un (ipotetico) svantaggio patrimoniale sia stato dal contraente effettivamente valutato ed accettato (il che lo renderebbe legittimo) (20).

Quanto appena detto vale — *mutatis mutandis* — anche in presenza di quelle situazioni (“stato di bisogno”, “stato di pericolo”) che — ai sensi degli art. 1447 e 1448 c.c. — costituiscono il presupposto della *rescindibilità* del contratto. Anche queste previsioni confermano il rilievo che la legge attribuisce allo “squilibrio contrattuale” quando il contratto risulti concluso in circostanze che non consentano di considerare l’accordo sul regolamento contrattuale come espressione di una “libera” scelta del contraente (sebbene possa essersi trattato di una scelta “consapevole”) (21).

(19) Alla disciplina dei vizi del consenso può essere accostata, sotto il profilo che qui interessa, la disciplina dell’*incapacità naturale* (art. 428 c.c.), che prevede che l’annullamento dei contratti non possa essere pronunciato se non quando per il *pregiudizio* che dall’atto possa conseguire all’incapace risulti la *mala fede* dell’altro contraente (salvo poi a vedere se tale mala fede si risolva nella mera consapevolezza dello stato di incapacità naturale in cui versa la controparte, ovvero richieda un comportamento attivo di *approfittamento* di tale condizione).

(20) Peraltro, è noto come la disciplina dei vizi della volontà nel nostro ordinamento si basa sul principio che l’integrità del consenso vada tutelata *anche indipendentemente dall’esistenza di un pregiudizio patrimoniale*, tant’è che l’annullamento del contratto può essere chiesto *pur quando difetti un siffatto pregiudizio* (essenziale è solo l’esistenza del vizio del volere).

Ma ciò non toglie che sia lecito ritenere che la supposizione (basata sull’*id quod plerumque accidit*) secondo cui una volontà “viziata” non è in grado di effettuare una corretta valutazione di *convenienza economica* costituisca la ragione principale (se pure non esclusiva) della disciplina dei vizi del consenso.

(21) *A contrario* si desume (anche da questa normativa) che lo squilibrio economico del contratto non determina l’“invalidità” (intesa in senso lato) dello stesso, allorché esso non si accompagni alle situazioni particolari cui si è fatto cenno (vizi del consenso, incapacità naturale, stato di bisogno, stato di pericolo). Concetto recentemente ribadito da Cass. 4 novembre 2015, n. 22567 (in *Foro it.*, 2016, I, 151),

E lo stesso può dirsi pure per quella che — ad oggi — appare come la previsione più generale di rilevanza della “lesione”, contenuta nel nostro ordinamento. Intendiamo riferirci alla disposizione del nuovo art. 644 c.p. (quale risultante dopo la modifica introdotta dalla l. 7 marzo 1996, n. 108), che, nel punire il reato di usura, dispone (al comma 3) che: « La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari », aggiungendo che: « sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e *gli altri vantaggi o compensi* che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni simili, *risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità*, ovvero all’opera di mediazione, *quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria* » (22). Anche qui — dunque — la legge dà rilievo alla “sproporzione” tra le prestazioni, (ma solo) quando il contraente da essa svantaggiato abbia concluso il contratto “in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”, delle quali l’altra parte abbia approfittato.

In definitiva, si può dire che — nei casi sopra indicati — il legislatore mostra di preoccuparsi della (in-)giustizia del contratto, ma al tempo stesso mostra di ritenere che — al di fuori delle ipotesi “anomale” prese in considerazione (situa-

dove si legge che: « Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare ai fini della rescissione del contratto a norma dell’art. 1447 c.c. o dell’art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti, oppure può rilevare ai fini dell’annullabilità a norma dell’art. 1428 c.c. del contratto stipulato da persone incapaci; *ma, di regola, lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto* » (nella motivazione della sentenza si legge ancora che: « Secondo la giurisprudenza più recente [...] lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell’autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, “le parti sono i migliori giudici dei loro interessi” »).

(22) La parte riportata in corsivo è quella che attribuisce alla disposizione citata la sua particolare ampiezza, derivante dal fatto che la cosiddetta usura in concreto viene riferita non soltanto alla pattuizione degli “interessi”, bensì a qualsiasi “prestazione di danaro o di altra utilità”, e dunque si applica non soltanto ai contratti di finanziamento ma (tendenzialmente) a qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive o a qualsiasi forma di “utilità” che possa configurarsi a favore di uno dei contraenti.

Così, è da ritenere che *qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive* (ad esempio una vendita) sia suscettibile di rientrare nella previsione che sanziona l’usura in concreto. In particolare, la dazione o la promessa di un bene il cui valore risulti (costituire un *vantaggio*) “sproporzionato” rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità dell’altra parte (e v. esplicitamente in tal senso: Cass. 22 gennaio 1997, n. 628, in *Giur. it.*, 1998, 926).

zioni di alterazione del processo di formazione della volontà, situazioni di bisogno o di difficoltà economica o finanziaria, stato di pericolo in cui versi un contraente, e altre situazioni simili) — questa “giustizia” debba supporre come sottesa al regolamento contrattuale, per il solo fatto di essere espressione del consenso che ciascun contraente ha *liberamente* e *consapevolmente* prestato. Insomma: la “giustizia” del contratto — in questa prospettiva — è (o, quanto meno, *si risolve in*) un problema essenzialmente “procedurale” (23).

4. (Segue): *ampiezza degli strumenti di tutela “procedurale” della giustizia contrattuale.* — A completamento del discorso svolto nel paragrafo precedente va evidenziato, adesso, che le diverse tecniche riconducibili ad una logica di tutela cosiddetta “procedurale” della giustizia contrattuale hanno — anche nella conformazione che esse (hanno assunto e) assumono nell’ambito del modello “tradizionale” di disciplina del contratto — un’ampiezza ed un’incisività tutt’altro che da sottovalutare.

Basti qui richiamare il famoso comma 2 del § 138 BGB, che — sotto la rubrica « *Negoziario contrattario al buon costume. Usura* » — dispone che: « È nullo [...] un negozio giuridico attraverso il quale un soggetto, approfittando dello stato di

(23) Risulta, peraltro, confermato — anche alla luce delle considerazioni appena svolte — che non ha senso contrapporre (come spesso si fa) una nozione procedurale e una nozione sostanziale di “giustizia contrattuale” (v. anche *supra*, nt. 2).

La “giustizia contrattuale” coincide (concettualmente) *sempre* con l’idea di un “equilibrio” del regolamento contrattuale (e, in questo senso, essa va intesa *sempre* come un valore “sostanziale”): quel che può cambiare è lo strumento o l’insieme degli strumenti attraverso i quali si ritiene di volta in volta di perseguire un tale obiettivo.

La cosiddetta “giustizia procedurale” non è altro che una formula sintetica per indicare l’insieme di strumenti e/o di tecniche che immaginano di poter realizzare il valore della giustizia contrattuale (*in senso sostanziale*) attraverso la tutela delle condizioni di esplicazione dell’autonomia contrattuale (e — conseguentemente — attraverso la reazione a regolamenti “iniqui” o “squilibrati”, che siano collegati al venir meno di quelle condizioni).

Altrettanto evidente — inoltre — è che (per le stesse ragioni, appena ora indicate) non ha senso immaginare una (cosiddetta) “evoluzione” dell’ordinamento da una concezione “procedurale” ad una concezione “sostanziale” della giustizia contrattuale. A ben vedere, infatti, tutto ciò che può dirsi è che all’interno di un ordinamento *coesistono* sempre (nello stesso momento) una pluralità di strumenti e tecniche per assicurare il valore della “giustizia contrattuale”, al più potendosi distinguere soltanto tra strumenti che assicurano *direttamente* tale valore, attraverso un controllo sul contenuto del regolamento negoziale, e strumenti che perseguono lo stesso obiettivo *indirettamente*, attraverso la garanzia di esplicazione piena dell’autonomia contrattuale).

necessità (*Zwangslage*), dell’inesperienza (*Unerfahrenheit*), della mancanza di capacità di discernimento (*Mangel an Urteilsvermögen*) ovvero della rilevante debolezza del volere (*erhebliche Willensschwäche*) di un altro soggetto, faccia promettere o concedere a sé o ad un terzo in cambio di una prestazione, vantaggi patrimoniali palesemente sproporzionati rispetto alla prestazione (*Vermögensvorteile [...], die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen*)». Come emerge da questa disposizione, le situazioni di “debolezza” (in senso lato) prese in considerazione dal legislatore tedesco del 1900 per dare rilievo allo “squilibrio” contrattuale, vanno alquanto al di là di quelle che saranno individuate dal legislatore italiano del 1942, attraverso la disciplina dell’incapacità naturale, dei vizi del consenso e della rescissione (si consideri — soprattutto — il richiamo a concetti ampi come “inesperienza”, o “rilevante debolezza del volere”).

Si avvicina all’ampiezza della disposizione del BGB (e anzi, per certi versi, la sopravanza) la previsione contenuta nell’art. II-7:207 del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (24), che — sotto la rubrica « *Iniquo sfruttamento* » (*Unfair Exploitation*) — stabilisce che: « (1) Una parte può annullare il contratto se al tempo della sua conclusione: (a) la parte si trovava in uno stato di dipendenza o aveva un rapporto di fiducia con l’altra parte, versava in condizioni di difficoltà economica o aveva urgenti necessità, era affetta da prodigalità, ignorante, inesperta e priva di abilità nella contrattazione e (b) l’altra parte era o poteva ragionevolmente ritenersi essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della controparte, *ottenendo un beneficio eccessivo o un vantaggio notevolmente ingiusto* », prevedendo al comma 2 che: « (2) Su domanda della parte che ha diritto all’annullamento, il giudice può, se opportuno, modificare il contratto in modo conforme a quanto le parti avrebbero convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza ».

Anche per questa disposizione (25) bisogna constatare che (essa) va ben al di là della tutela attualmente prevista nel nostro ordinamento, seb-

(24) La disposizione — collocata nel libro II (Contratti e altri atti giuridici), cap. 7 (Cause di invalidità), sez. 2 (Vizi del consenso o della volontà), art. 7 DCFR — costituisce una diretta derivazione dell’art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law (PECL)*, elaborati dalla Commissione Lando.

(25) Per un accurato commento all’art. II-7:207 DCFR si rinvia a U. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669 ss.

bene — si può forse aggiungere — *non molto al di là* (a ben vedere), sia perché alcuni concetti sono forse “inediti” (per il diritto italiano) più sul piano “lessicale” che su quello sostanziale (26), e sia soprattutto perché anche da noi alcune interpretazioni dottrinali e (in parte) giurisprudenziali, hanno nel tempo notevolmente ampliato (se pure non sempre in maniera del tutto persuasiva) la tutela accordata dalla disciplina degli art. 428, 1427 ss. e 1447-1448 c.c. (dando a queste disposizioni un’ampiezza applicativa non lontanissima da quella riscontrabile nel § 138 BGB o nel più recente art. II-7:207 DCFR) (27).

(26) Come dimostra (ad esempio) il fatto che la previsione in via generale — tra le “cause” che possono stare alla base dell’accettazione di un regolamento “iniquo” — dello “*stato di dipendenza*” o di “*fiducia*” utilizza concetti che, a ben vedere, possono trovare riscontro — almeno in parte — nel (nostro) tradizionale *metus reverentialis*; oppure il fatto che nozioni come “*inesperienza*” o “*manca di abilità nella contrattazione*” possono, a loro volta, evocare problemi che (anche qui, almeno in parte) vengono già tematizzati attraverso la figura del cosiddetto *dolus bonus*; o, ancora, il fatto che la (situazione di) “*difficoltà economica*”, di cui parla la disposizione del DCFR, è espressiva pur essa di un concetto non ignoto al nostro ordinamento, che lo richiama ad esempio nel comma 3 dell’art. 644 c.p. (norma sulla quale ci siamo già soffermati nel paragrafo precedente).

(27) È noto, ad esempio, che in particolare un autore (R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 1993, 428 ss.) ha propugnato una lettura del sistema codicistico italiano diretta — attraverso il ricorso all’art. 1337 c.c. — non soltanto a dilatare al massimo l’ambito applicativo dei vizi del consenso “tipici” (in particolare del dolo), ma altresì a sostenere la possibilità di applicazione analogica della normativa sui vizi della volontà a fattispecie non previste dal legislatore, e, più in generale, la possibilità di “integrare” il sistema legale dell’annullabilità con nuove figure di “vizi del consenso”, tradizionalmente ritenute estranee all’area dell’annullabilità del contratto come delineata dalle norme del codice (errore sul valore, quando l’altra parte — consapevolmente — ne approfitti; dolo omissivo; soggezione a forme di propaganda subliminale che indeboliscano la capacità di “dare il meglio di sé nell’attività negoziale”; contratto concluso approfittando della “sorpresa”; ecc.) (cfr. anche R. SACCO, *Considerazioni conclusive*, in *La vendita “porta a porta” di valori mobiliari* a cura di M. BESSONE e F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 1992, 177 s., specie 181 s.).

E se è vero che questa posizione “estrema” (nella sua pretesa di allargare le maglie della annullabilità del contratto) non ha avuto seguito (sebbene la via “carsica” dell’invalidità abbia, talora, trovato un percorso diverso, riaffiorando *sub specie* di una *nullità* — sia pure di protezione — che, secondo alcuni altri autori, si potrebbe fare discendere dalla violazione del precetto di buona fede), è anche vero che un successo indubbiamente maggiore ha avuto la tesi volta ad assicurare, nelle fattispecie sopra indicate (e in altre ancora, caratterizzate dalla violazione della *buona fede in contrabendo* di cui all’art. 1337 c.c.) quanto meno una tutela di tipo risarcitorio (dottrina dei cosiddetti “vizi incompleti del contratto”, che la giurisprudenza — anche di Cassazione — ha, a propria volta, teorizzato sotto la formula della responsabilità precontrattuale da “contratto valido ma scon-

Ma — a prescindere da questa considerazione — quel che si intende soprattutto sottolineare è che la disposizione del DCFR che stiamo considerando non sembra muoversi su coordinate concettuali molto lontane da quelle che caratterizzano la tradizionale impostazione dei codici “liberali” (28), comunque aperti ad attribuire rilevanza a “squilibri” (purché di una certa entità) derivanti da *occasional* condizioni o situazioni che impediscano ad un contraente di esercitare appieno la propria “capacità” di attività negoziale (29). E, se una differenza si vuol sottolineare, essa dovrebbe

veniente”. Si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Vizi del consenso*, in questa *Enciclopedia*, Contratto, 2021).

A parte queste (nuove) ricostruzioni *generali*, documenta l’evoluzione interpretativa (in senso estensivo) che hanno avuto nel tempo le disposizioni codicistiche richiamate nel testo, PERFETTI, *lc. cit.* (il quale compie l’utile esercizio di mostrare cosa realmente può considerarsi nuovo, e cosa no — rispetto alla situazione del diritto italiano — in una norma come l’art. II-7:207 DCFR).

(28) Non riteniamo, pertanto, di condividere del tutto la posizione di chi vede nell’art. II-7:207 DCFR l’emersione di un modello di contratto (definito “liberal-egualitarista”) nuovo, che si incentrerebbe su un’idea di “egualianza sostanziale” (tra i contraenti) (così NAVARRETTA, *Il contratto “democratico”*, cit., 1262 s., spec. 1284, sulla cui impostazione torneremo più ampiamente fra poco). Ci sembra, invece, che — per le ragioni indicate nel testo — la disposizione in esame si muova nel solco di una tradizione risalente, sebbene lo faccia dimostrando (e questo è l’aspetto nuovo) una *maggiore fiducia nell’intervento giudiziale* sul contenuto del contratto, in funzione di un “rimodellamento” che mantenga in vita l’atto, eliminandone tuttavia il contenuto squilibrato. Questa “maggiore fiducia”, peraltro, non ci sembra tanto da ricollegare al paradigma (di cui discorre questa dottrina) del cosiddetto “contratto democratico” (ossia del contratto “giusto”, *quale scaturirebbe da un “dialogo” tra legislatore e interprete*), quanto piuttosto — e, forse, più banalmente — dall’opportunità di non prevedere rimedi “rigidi” (come era — per esempio — la nullità assoluta, prevista dal § 138 BGB), ma di affidarsi ad una valutazione che — una volta accolta (dal legislatore) l’idea di consentire all’interessato di mantenere in vita il contratto (secondo il modello di una *invalidità relativa*) — individui in maniera *flessibile* (e, dunque, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto) le *modalità* attraverso le quali ricondurre ad equità il contratto squilibrato.

(29) Indubbiamente, la disposizione del DCFR (che — allo stato — è peraltro espressione soltanto di una “proposta dottrinale”) innoverebbe, ove entrasse a far parte del diritto europeo vincolante, la situazione del diritto italiano, almeno sotto due profili: l’abbandono del rigido limite della lesione *ultra dimidium* (prevista dalla attuale norma dell’art. 1448 c.c., in materia di contratto concluso in stato di bisogno), e, soprattutto, l’attribuzione al giudice, di un generale potere di “modificare” il contratto su domanda della parte avente diritto all’annullamento (mentre — secondo il nostro attuale art. 1450 c.c. — è solo la parte contro cui è chiesta la rescissione a poter formulare, se vuole, una offerta di riconduzione ad equità, rispetto alla quale soltanto si esercita il controllo giudiziale di “sufficienza”/ adeguatezza).

Assai meno marcate sono, invece, le differenze rispetto al § 138 cpv. BGB, sopra ricordato.

piuttosto essere individuata nel fatto che si ammette adesso (in misura — questa volta, si — assai più ampia che in passato) una possibilità di modifica del contenuto del contratto (in particolare attraverso l'intervento *giudiziale*), che era sconosciuta al modello tradizionale di disciplina del contratto (30).

Sez. II. — LA CRISI DEL PRINCIPIO  
 “QUI DIT CONTRACTUEL DIT JUSTE”.

5. La “scoperta” dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “antitrust” e la “costruzione” del mercato concorrenziale. — Se in passato il legislatore è sembrato accontentarsi di queste condizioni “minime” (di integrità del consenso, e di “normalità” della situazione in cui il contraente si trova a stipulare il contratto) per ritenere non necessario un proprio intervento sul regolamento contrattuale — sulla base del ragionamento secondo cui, in assenza di elementi perturbatori della volontà o di uno “stato di necessità”, nessuno presterebbe il proprio consenso ad un contratto che lo danneggia; e, se lo ha fatto, significa che avrà avuto delle ragioni per farlo, senza che si possa porre alcun problema di “giustizia contrattuale” (31) —, oggi questa prospettiva si ritiene generalmente superata.

Come osserva infatti Sacco, «l’ottimismo ispirato dalla visione liberista è stato duramente contestato. Il contratto viene concluso in un quadro

economico dominato da cento strettoie: a parte le norme legali che incidono sui prezzi, la volontà di produttori monopolisti o oligopolisti, i cartelli, le pratiche restrittive falsano il mercato ed obbligano il consumatore indifeso a strapagare i beni e i servizi di cui ha bisogno. Il produttore trova comodo limitare l’afflusso di beni sul mercato per mantenere alta la domanda e scarsa l’offerta e produrre lievitazioni artificiali dei prezzi. Il contraente professionale dispone dei mezzi occorrenti per abusare del consumatore non professionale» (32).

Di qui, allora, l’idea di intervenire al fine di “correggere” gli effetti negativi che sull’equilibrio delle prestazioni (e, dunque, sulla “giustizia contrattuale” di cui quell’equilibrio dovrebbe essere espressione) possono produrre (alcune *distorsioni del mercato*, o meglio le distorsioni che possono caratterizzare determinati “mercati”).

Il mutamento di prospettiva (o, se si vuole, di “paradigma”) è radicale (33). Non si muove più dall’idea che la “libera” esplicazione dell’autonomia privata attraverso la conclusione di scambi sul mercato determini — nell’unico modo ritenuto possibile (ossia, in base al gioco della domanda e dell’offerta) — le condizioni per una ottimale allocazione delle risorse (garantendo, al contempo, la “giustizia” dei singoli contratti), bensì si prende atto della circostanza che il mercato “concorrenziale” — ossia il “modello”/presupposto al quale si attribuisce l’idoneità a produrre questi risultati (34) — non esiste *in rerum natura*, né è in

(32) SACCO, *Giustizia contrattuale*, cit., 535.

(30) V. quanto abbiamo già osservato nella penultima nota.

(31) È questo il fondamento razionale della celebre formula «*qui dit contractuel dit juste*» del filosofo francese Alfred Fouillé (1838-1912) (v. *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1<sup>a</sup> ed. 1880, 2<sup>a</sup> ed. 1885), resa celebre presso i giuristi da Emmanuel Gounot, che la citò nella sua tesi su *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* (Paris, Rousseau, 1912), apparsa l’anno stesso della morte del Fouillé, nella quale l’autore si occupava fra l’altro della contrapposizione tra la concezione individualista (Capitant, Ripert) e quella sociale (Duguit, Gény, Saleilles, Démogue) del diritto.

È appena il caso di dire che la formula di Fouillé sottintendeva (dietro l’apparenza di una deduzione *prima facie* “logica” e, come tale, difficilmente contestabile) un contenuto “ideologico”, fondato sull’idea che l’individuo è alla base dell’edificio sociale e giuridico, e che l’autonomia della volontà è a fondamento dell’idea stessa di giustizia. Non solo quindi «*qui dit contractuel dit juste*» (purché — naturalmente — ciascun contraente abbia rispettato la libertà dell’altro), ma anche (ecco il risvolto ideologico) «*Toute justice doit être contractuelle*» (A. FOUILLE, *La science sociale*<sup>2</sup>, cit., 410, citato da Gounot a p. 73 della sua tesi).

(33) A ben vedere, il mutamento di prospettiva non mette tanto in gioco l’idoneità (in *astratto*) del “contratto” a realizzare regolamenti “convenienti” per entrambe le parti (in base all’idea secondo la quale ogni contraente, di regola, «conclude solo quando il contratto è vantaggioso per lui, perciò ogni contratto è vantaggioso per l’uno e per l’altro contraente; e pertanto il contratto, purché non produca esternalità negative, è ben armonizzato tanto con l’esigenza di equità quanto con l’esigenza di socialità»: così R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, X, t. 2, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 2002, 366 e 369), ma piuttosto l’esistenza *in concreto* delle condizioni (esterne) che consentono al contraente di effettuare “valutazioni di convenienza” *consapevoli* (ossia, formulate con appropriata conoscenza degli elementi rilevanti per la decisione) e, perciò, *razionali*. Detto altrimenti: è il “mercato” (come luogo deputato a fornire le “informazioni” rilevanti per le decisioni di scambio) a non funzionare correttamente; *se esso funzionasse*, (anche) il contratto (inteso come regolamentazione “autonoma” degli interessi in gioco) continuerebbe a rappresentare il criterio migliore per realizzare l’equilibrio (naturalmente “soggettivo”) e la “giustizia” dei singoli scambi.

(34) Ottimale allocazione delle risorse (e dunque “equilibrio” macroeconomico), in un con la “giustizia” dei singoli contratti.

grado di costituirsi in virtù dell'operare spontaneo degli attori economici.

Detto altrimenti: il mercato concorrenziale è *locus artificialis* (e non *naturalis*), *prodotto* delle (e non *dato* preesistente alle) regolamentazioni pubbliche, chiamate a contrastare e a correggere le distorsioni che possono impedire (o escludere del tutto) l'operare della concorrenza (35).

Di qui la normativa *antitrust*, e i fondamentali divieti in essa sanciti: dal divieto delle "intese" tra imprese (36) volte a restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante (37), al divieto di "abuso di posizione dominante", in particolare quando esso consista nell'«imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose*» (art. 3 lett. a l. 10 ottobre 1990, n. 287) (38).

L'idea sottesa a questa normativa è che garantendo il corretto (ed effettivo) funzionamento del mercato concorrenziale si tutela anche la "giustizia" dei singoli scambi, che si effettuano sul mercato in questione (39). Con il che, ancora una

(35) V. anche quanto diremo nel paragrafo seguente.

(36) Per tali intendendosi (ai sensi dell'art. 2 comma 1 l. 10 ottobre 1990, n. 287): «gli accordi e/o le pratiche concordati tra le imprese nonché le deliberazioni anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese e altri organismi similari».

(37) Tra le attività che possono produrre questo risultato, l'art. 2 indica (esemplificativamente) le: «attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi».

(38) Per qualche ulteriore cenno v. *infra*, § 7.

(39) La "giustizia" del contratto — dunque — non viene più fatta dipendere soltanto dalla "integrità del consenso" del singolo contraente e dalla possibilità che egli ha avuto di esplicare liberamente la propria autonomia negoziale (*qui dit contractuel dit juste*), ma anche dalla circostanza che la contrattazione si collochi in un *contesto di mercato funzionante correttamente* (o meglio: non alterato da "cartelli" tra imprese, o da posizioni dominanti).

Cfr. R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, I, Torino, Utet, 2004, 26: «l'equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato [...] La lotta per la giustizia contrattuale è la lotta per il funzionamento del mercato».

Anche SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., 275 e nt. 61, osserva che «[nei PECL e nei Principi Unidroit]

volta, il legislatore non pretende di imporre un particolare contenuto (economico), come tale, *del singolo contratto*: l'iniquità della stipulazione che non si collochi a valle di una "intesa" vietata (40) o che non sia conseguenza di un *abuso* della posizione dominante conseguita nel mercato dalla impresa (41), non è colpita da questa normativa.

Il che non significa affatto sminuire la valenza fondamentale che la normativa *antitrust* riveste per la tutela dei consumatori e degli utenti. Dire che questa normativa non basta a garantire *sempre e comunque* la "giustizia" del (singolo) scambio contrattuale, non significa affatto negare il dato che questa "giustizia" (intesa come tendenziale "equivalenza" tra le prestazioni) trova nel funzionamento del mercato in senso *il più possibile concorrenziale* il presupposto principale (e, spesso, sufficiente) della sua realizzazione.

6. *Un esempio emblematico di intervento per correggere squilibri (o "fallimenti") di mercato: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla dottrina "ordolibérale")*. — L'idea secondo la quale — per assicurare la giustizia contrattuale — sia necessario intervenire per rimuovere i fattori che impediscono al mercato (*rectius*: ai diversi mercati) di funzionare correttamente — ossia in maniera *il più possibile conforme* alle condizioni che caratterizzano un (teorico) mercato "concorrenziale" (modello in realtà puramente astratto, e non riscontrabile mai nella realtà concreta) — è alla base della costruzione della regolamentazione europea dei "contratti dei consumatori" (v. CONTRATTI DEI CONSUMATORI - DIRITTO EUROPEO), ossia della disciplina di quei particolari contratti che si stipulano sui mercati cosiddetti "finali", quelli in cui avviene appunto l'incontro tra i produttori/distributori e i consumatori/utenti, destinatari ultimi dei vari beni e servizi.

Questa dei "contratti dei consumatori" è una vicenda emblematica della nuova direzione, che assume adesso l'intervento normativo sul contratto, tanto da porsi come un nuovo "paradigma"

semberebbe che sia proprio il mercato a fare da metro dello squilibrio, e perciò anche alla "giustizia"».

(40) E nemmeno tenti di "approfittare" dell'esistenza di una tale intesa (tra altre imprese), ponendosi — per così dire — ... sulla scia di essa (e così ad esempio, approfittando del rialzo dei prezzi che essa ha comportato sul mercato), con un comportamento che non trova giustificazione se non in un "*conscious parallelism*".

(41) Il fatto che sia represso solo l'*abuso* implica che non è vietato *trarre vantaggio* dalla posizione dominante acquistata sul mercato. È lecito — in altre parole — il sovrappiù da posizione dominante.

della disciplina contrattuale, incentrato sul rapporto (non più unidirezionale, bensì biunivoco) che si instaura tra “*contratto e mercato*” nelle economie cosiddette “di massa”.

In queste economie il contratto non si presenta più come operazione economica “isolata” (inidonea, proprio perché tale, ad incidere sulle dinamiche di mercato, e pertanto oggetto di “correzione” solo quando si registri una *occasionale* “deviazione” dagli *standard* che definiscono la “normalità” delle contrattazioni), ma diventa operazione “seriale”, che — in quanto ripetuta in forma standardizzata in un numero indeterminato di casi (con decine di migliaia e, a volte, con milioni di attuali o potenziali controparti contrattuali) — ben acquista o può acquistare (in questa dimensione “collettiva”) una significativa incidenza sul funzionamento del mercato (anche rispetto all’operare della concorrenza con le altre imprese) (42).

E se da un lato, per quanto appena detto, si scopre l’(inedita) incidenza del contratto sul funzionamento del mercato (43), dall’altro — e reci-

procamente — si rafforza l’idea che il corretto funzionamento del mercato non è più un problema che concerne soltanto (o prevalentemente) le imprese (concorrenti), bensì costituisce un elemento che si riverbera *immediatamente* sul contratto (e non soltanto nelle ipotesi in cui esistano monopoli, cartelli o posizioni dominanti), incidendo sull’equilibrio tra le prestazioni delle parti (detto in breve: la disciplina del mercato diventa un problema di tutela *anche dei contraenti-consumatori*, e non solo delle imprese concorrenti).

I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del cosiddetto “ordoliberalismo” (44), il cui nucleo centrale — sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l’economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera «*conforme al mercato*») —

(42) Se un imprenditore inserisce nei regolamenti contrattuali, che egli predispose ed utilizza per instaurare rapporti con i propri clienti, clausole idonee a procurargli significativi “vantaggi” nei confronti delle controparti contrattuali (e — a volte — si tratta di decine o centinaia di migliaia di consumatori o utenti di un certo prodotto o servizio!), egli non soltanto “abusa” della propria libertà “contrattuale” nel rapporto *individuale* con l’altra parte, ma col suo comportamento incide anche *sul funzionamento del mercato*, perché — sopportando minori “costi” (e potendo, di conseguenza, praticare prezzi più bassi) — acquisisce un “vantaggio competitivo” (rispetto ai concorrenti) che non dipende dalla maggiore efficienza e “produttività” della sua organizzazione produttiva e/o commerciale.

(43) Enfatizza, forse eccessivamente, questo profilo NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., laddove l’autrice non esita a denominare la “giustizia” sottesa alla disciplina delle clausole abusive (nei contratti dei consumatori) come “giustizia *mercantile*” (riprendendo un’espressione utilizzata anche da F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 1 s.), e alla stregua di ciò ritiene che la normativa in esame possa essere applicata ad ipotesi di altre “debolezze” contrattuali, non considerate dal legislatore, solo se si tratti di debolezze suscettibili di evidenziare il rischio di un fallimento del mercato, ossia sulla base di “asimmetrie”, che si potrebbero definire come di *rilievo “macroeconomico”* (e così, ad esempio, secondo la dottrina in esame, sarebbe possibile: «*sostenere un ampliamento anche alle imprese del controllo normativo sul contratto in presenza della mancanza di potere di negoziazione associata alla predisposizione di condizioni generali di contratto*»: *ivi*, 1276- 1277).

Conclusioni, questa, alquanto discutibile (il che conferma, indirettamente, la non persuasività della premessa che la supporta). E, invero, il problema dell’estensione *analogica* (in particolare alle imprese) della disciplina dei contratti dei consumatori è assai complesso, ma registra comunque un punto fermo nella giurisprudenza della Corte di giustizia

dell’Unione europea, che è costituito dalla “invalicabilità” (per lo meno ad opera dell’interprete; altro sarebbe se l’estensione venisse disposta dal legislatore, come *sostanzialmente* è avvenuto — a favore dei professionisti intellettuali, e in particolare degli avvocati, con gli interventi normativi di cui faremo cenno più avanti, peraltro prendendo come modello la disciplina dell’abuso di dipendenza economica, piuttosto che quella dei contratti del consumatore) della nozione di “consumatore”, che non è individuato in questa normativa come un soggetto *genericamente debole* (dal punto di vista del “potere contrattuale”), ma piuttosto come portatore di una *specifica debolezza* (che emerge — indipendentemente dalla qualità soggettiva del contraente — con riferimento ad “*atti di consumo*”, ossia ad atti *estranei ad una attività imprenditoriale o professionale*), che è la vera *ratio* della disciplina in esame. In questo senso, la normativa sui contratti dei consumatori esibisce una “specialità”, che — se pur non consente di parlarne in termini di “eccezionalità” — delimita comunque l’ambito (soggettivo) entro il quale il legislatore ritiene operabile (con la portata *generale* che è propria del controllo di vessatorietà nella disciplina in esame) un *controllo sul contenuto del contratto*. Si aggiunga che — se veramente il controllo di vessatorietà di cui parliamo (ossia il controllo *contentutistico*) fosse estensibile anche al contraente-imprenditore, non si capirebbe (o si capirebbe poco) il mantenimento in vita della disciplina di cui all’art. 1341 c.c. (che, allora, sarebbe destinata al ruolo di una tutela veramente residuale e del tutto marginale, se non addirittura superflua).

(44) La dottrina “ordoliberale” affonda le sue radici in un movimento di pensiero che si affermò in Germania tra le due guerre, e che ebbe i suoi esponenti principali in alcuni giuristi (come Franz Böhm e Hans Grossman-Doerth) e soprattutto in alcuni economisti (tra cui: Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke).

Un’utile antologia, che raccoglie alcuni degli scritti più significativi degli autori riconducibili al pensiero “ordoliberale”, è quella apparsa con il titolo *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell’economia sociale di mercato* a cura di F. FORTE e F. FELICE, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

risiede nell'idea (cui abbiamo già accennato) secondo la quale, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni-quadro e poi tutelarne il buon funzionamento (45).

L'intervento europeo nella materia dei "con-

(45) Molti degli autori "ordoliberali" avevano assunto una posizione critica nei confronti dell'esperienza della Repubblica di Weimar, la cui fragilità veniva da essi individuata nell'incapacità dello Stato di resistere alle pressioni "di parte", provenienti tanto dalle organizzazioni dei lavoratori quanto dalle forze del capitale.

La critica degli ordoliberali si indirizzava nei confronti del "pluralismo" e della democrazia, visti come fenomeni capaci di minare la tenuta del "sistema", favorendo la nascita e il rafforzamento di "poteri privati" (in particolare di centri di potere economico), come dimostrava fra l'altro la diffusione (alla fine del primo conflitto mondiale) di numerosi "cartelli" di imprese (gli stessi contro i quali il legislatore statunitense aveva, oltre un quarto di secolo prima, emanato il famoso *Sherman Antitrust Act* del 1890). Di qui l'auspicio per la costruzione di uno Stato forte, capace di ripristinare e garantire l'«ordine dell'economia» (*die Ordnung der Wirtschaft*).

Se da un lato gli ordoliberali (e, in particolare, Röpke) ripropongono l'idea (tipica, appunto, della concezione "liberale") che occorre porre dei limiti ed attivare dei controlli nei confronti dello Stato, per evitare che esso degeneri in totalitarismo, dall'altro essi ritengono che anche una illimitata libertà degli individui sia foriera di risultati indesiderabili. Di qui la proposta di una «terza via» (capace di evitare questi due pericoli, e) basata sulla concezione secondo cui la società si articola in cerchie diverse (giuridica, politica, economica), tra di loro connesse, e il cui rapporto reciproco esclude la prevalenza di taluna sulle altre (e dunque l'esistenza di una gerarchia tra le stesse), riconducendosi piuttosto all'idea della "sussidiarietà".

Gli ordoliberali non propugnano affatto, dunque, il *non intervento* (in assoluto) dello Stato (o comunque una concezione fortemente restrittiva delle condizioni giustificanti tale intervento, come avveniva secondo il pensiero liberale ottocentesco). La «terza via», che essi teorizzano, si basa su un concetto (che ha il sapore, quasi, di un ossimoro) di «interventismo liberale», concetto che è stato di recente così illustrato da un giovane studioso: «Lo Stato si impegna a fornire un quadro giuridico, ossia un ordine di regole originarie attraverso cui l'economia di mercato (ossia il regime dei prezzi) possa funzionare secondo giustizia e in modo conforme alla natura umana (Röpke, Eucken). Lo Stato non interviene, in senso stretto, nella sfera economica. Non si può dire che la costituzione giuridico-politica guidi il mercato, perché in tal caso si ricadrebbe nelle svariate forme di dirigismo e interventismo economico. Non si può nemmeno optare per il disinteresse verso la sfera economica, impossibile tra l'altro visto e considerato il rapporto che lega le tre sfere. La politica, sostengono gli ordoliberali, deve influenzare l'economia istituendo uno spazio giuridico di regole, un ordine appunto, in cui il mercato possa evolvere secondo natura (regime di perfetta concorrenza e stabilità monetaria) e giustizia. Il giuridico non è determinato come sovrastruttura dell'economico. Il giuridico dà invece forma all'economico che non sarebbe ciò che è senza il giuridico. La dimensione economica si caratterizza quindi come un insieme di attività regolate. A questo punto gli ordoliberali possono dire che il mercato non è un dato naturale, in natura

tratti dei consumatori" (formula che apparentemente delimita una materia circoscritta, ma che in realtà individua un ambito che — nelle moderne "economie di massa" — coincide con una larghissima, e ormai decisamente preponderante, porzione degli scambi di mercato) si colloca esattamente in questa prospettiva.

E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si fraintenderebbe il senso di un tale intervento se lo si identificasse (principalmente) con l'obiettivo di assicurare tutela ad un "contraente debole", allo scopo di realizzare una sorta di "giustizia" del (singolo) contratto (46).

non troveremo mai un mercato in cui vige un regime concorrenziale sano e scevro di monopoli. Sarebbe un'ingenuità naturalistica credere nella sua esistenza. L'ordine giuridico-economico, l'*ordo* che lo Stato deve istituire, gestire e proteggere, svolge la cruciale funzione di rendere possibile un'economia di mercato ed insieme ad essa lo spazio adeguato all'esercizio della libertà economica. Il governo deve essere quindi attivo e vigile»: così L. MESINI, *L'ordoliberalismo: un'introduzione (Seconda Parte)*, in [www.pandorarivista.it/articoli](http://www.pandorarivista.it/articoli), 30 giugno 2015.

(46) Giustamente sono state criticate le letture che ricostruiscono la disciplina dei contratti dei consumatori in termini di interventi di tipo protettivo, aventi il «fine di compensare uno squilibrio socio-economico», determinando la prevalenza degli interessi sostanziali dei consumatori rispetto a quelli dei fornitori di beni e servizi (i professionisti), e così realizzando «una politica del diritto latamente redistributiva, incompatibile con il mercato, e destinata proprio, in nome della giustizia sociale, a correggerne dall'esterno i risultati»: cfr. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787 ss., spec. 793, il quale conclude nel senso che: «La tutela del consumatore, secondo il modello di politica del diritto adottato dal legislatore comunitario, non è quindi complementare, ma conforme al mercato, e anzi, rovesciando la prospettiva generalmente adottata, costituisce un presupposto necessario per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico [...]. Non si tratta infatti di discipline "finalistiche", che impongono agli operatori del mercato un determinato assetto dei loro interessi economici, bensì di discipline "condizionali": esse creano le "regole del gioco" necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo il meccanismo del mercato»; e v. anche, per una analoga sottolineatura del carattere socialmente neutrale della regolazione del mercato, S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, 523 ss.).

Sul punto, per una valutazione critica rispetto a questo aspetto dell'ordinamento europeo, v. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659 ss., spec. 663 ss. Più in generale esprime una valutazione fortemente polemica nei confronti della disciplina europea del contratto, accusata di realizzare una "involuzione liberista", A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim* e spec. 21 ss. (e già ID., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 263 ss.; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 263 ss.; e, successivamente, ID., *Introduzione critica al*

Certo, questo è (probabilmente) il *fine ultimo* di tale normativa, ma esso è assunto (e perseguito) sulla base dell'idea (che già conosciamo) secondo cui è il mercato (*purché esso funzioni correttamente*) a costituire il migliore strumento per realizzare un'ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, il più elevato grado di "giustizia" dello scambio.

Il legislatore, pertanto, si guarda bene — in linea di principio — dall'interferire con i meccanismi di formazione dei prezzi (che sono poi anche i meccanismi più rilevanti di orientamento delle scelte individuali), e la sua preoccupazione è piuttosto quella di eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del cosiddetto "fallimento del mercato"). E, siccome queste cause — nel caso dei mercati "finali" — si identificano (secondo la visione del legislatore europeo) con la cosiddetta "asimmetria informativa", cioè con la situazione di strutturale carenza nel consumatore delle informazioni necessarie per compiere scelte negoziali consapevoli e razionali, ecco che lo strumento fondamentale dell'intervento legislativo diventa l'imposizione al professionista di penetranti e diffusi "obblighi di informazione" (è il tema della cosiddetta "trasparenza contrattuale"), al cui adempimento dovrebbe legarsi la possibilità per il consumatore (o l'utente) di ponderare adeguatamente la decisione di porre in essere il contratto.

A proposito della tutela che viene garantita attraverso strumenti quali gli obblighi di informazione, il "recesso di pentimento", il cosiddetto neo-formalismo negoziale, il divieto di pratiche commerciali scorrette, etc., si è parlato di una "giustizia soltanto formale" o "fredda" (47).

Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremo soltanto l'osservazione che allo stesso giudizio può essere probabilmente ricondotta anche la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori (48) (controllo che la

*diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007). Questo punto di vista critico è condiviso dal gruppo di giuristi europei (riunito nello *Study Group on Social Justice in European Private Law*) che poco più di un decennio fa ha pubblicato il *Manifesto* dal titolo *Social Justice in European Contract Law*, già ricordato *supra*, nella nt. 15.

(47) Così SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., 262 ss.

(48) A conferma — per altro verso — che la stessa distinzione tra "giustizia formale" e "giustizia sostanziale" (o

dottrina appena citata ascrive al capitolo della "giustizia sostanziale"), se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la "perequazione" tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo che nel caso in cui le clausole medesime non risultino formulate in modo chiaro e comprensibile*), e se è vero altresì che la "vessatorietà" viene meno (*recte*: non può essere sindacata) in presenza di una *trattativa individuale* (il che conferma che — quando vi sia stata la possibilità di una normale esplicazione dell'autonomia privata — il legislatore ritiene di dovere continuare ad astenersi da un sindacato sul contenuto del regolamento negoziale).

La normativa sui contratti dei consumatori — sopra sommariamente richiamata — conferma dunque il dato, già evidenziato, secondo il quale gli ordinamenti giuridici che sono espressione (come il nostro) di sistemi sociali basati su economie di mercato, si astengono dal prevedere *in via generale* regole che determinino autoritativamente il contenuto del contratto con riferimento alle prestazioni che ne costituiscono l'"oggetto principale" (49), e in particolare con riferimento al corrispettivo per la prestazione di beni o servizi (50).

— secondo la dicotomia che abbiamo utilizzato all'inizio di queste pagine — tra "giustizia procedurale" e "giustizia contenutistica") è una distinzione *relativa*.

(49) È bene, comunque, precisare che — almeno nell'ambito della normativa sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori — sarebbe scorretto assumere un'equivalenza (assoluta) tra "oggetto principale" del contratto e "contenuto economico" dello stesso. Da un lato, infatti, vi sono clausole che, pur senza far parte dell'oggetto principale del contratto (e, quindi, rimanendo soggette al controllo di vessatorietà), hanno un sicuro e immediato contenuto "economico" (sia pensi alla clausola penale, o alla clausola che determina gli interessi moratori in un contratto di finanziamento); dall'altro, clausole apparentemente prive di un tale contenuto (ad esempio, una clausola che disciplini il recesso dal contratto) sono anch'esse suscettibili di valutazione economica, come è dimostrato dalla possibilità che la parte a cui favore sia previsto convenzionalmente un diritto di recesso abbia corrisposto per ciò una caparra penitenziale.

(50) Nei rari casi in cui disposizioni legislative fissino il contenuto di attribuzioni o prestazioni che rientrano nell'oggetto principale del contratto, si tratta (significativamente) di norme "dispositive" o — come forse meglio si direbbe — di norme "interpretative", ossia di previsioni basate sulla interpretazione della presumibile volontà delle parti. Si pensi per esempio alla disposizione secondo la quale (nel silenzio delle parti) il trasferimento della cosa principale comporta automaticamente anche il trasferimento della pertinenza (art. 818 c.c.); o alla disposizione che in talune ipotesi di vendita (vendita di cose che il venditore vende abitualmente, o di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato), stabilisce che

Al più — e quando sussistano interessi “generalmente” connessi ai “prezzi” di determinati beni o servizi, o all’equilibrio che si vuole assicurare in determinati mercati — si può riscontrare in qualche caso la presenza di regole volte a individuare limiti (in genere “massimi”, ma talora anche “minimi”) alla determinazione del corrispettivo dovuto da uno dei contraenti (51).

7. *L'intervento “diretto” sul contenuto economico del contratto in alcune fattispecie particolari.* — Non è escluso, peraltro, che — in alcune ipotesi, e sempre per rimediare ad uno squilibrio causato da distorsioni di mercato (di tipo diverso, però, rispetto a quelle esaminate nel paragrafo precedente) — il legislatore ritenga opportuno sindacare anche la parte del regolamento contrattuale relativa all’“oggetto principale”. Basti qui richiamare la disposizione (già citata) dell’art. 3 comma 1 lett. a l. n. 287 del 1990, che — nell’ambito della regolamentazione dell’*abuso di posizione dominante* — vieta (fra l’altro), come già sopra abbiamo ricordato, l’imposizione (diretta o indiretta) « di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose »; oppure la disposizione dell’art. 9 l. 18 giugno 1998 n. 192 (legge sulla subfornitura), che sanziona il cosiddetto *abuso di dipendenza economica*, statuendo (con formula analoga a quella appena citata) che esso può consistere (fra l’altro) « nell’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie »; o la disposizione dell’art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito con modificazioni nella l. 24 marzo 2012, n. 27), sulla « Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari », il quale — dopo aver stabilito

— *se le parti non hanno determinato (esplicitamente) il prezzo — si presume che abbiano voluto riferirsi (rispettivamente) al prezzo “normalmente praticato dal venditore”, o al prezzo che si desume “dai listini o dalle mercuriali” del luogo in cui deve essere eseguita la consegna (art. 1474 c.c.).*

(51) Come esempio di fissazione di un limite “massimo” del corrispettivo, si può indicare la fissazione del “tasso-soglia” usurario, ai sensi e per gli effetti della l. n. 108 del 1996.

Quanto, invece, alla fissazione di limiti “minimi”, si pensi alle, oggi abrogate, Tariffe professionali, destinate ad individuare eventuali minimi *inderogabili* del compenso dovuto a determinati professionisti (ad esempio avvocati).

Nel primo caso opera una *ratio* di “stabilizzazione” di un mercato — quello del credito — che è particolarmente rilevante per l’intera economia. Nel secondo caso vengono invece in gioco esigenze di tutela di categorie professionali che (talora) svolgono attività che servono a garantire il soddisfacimento di diritti fondamentali (come il diritto di difesa).

al comma 1 che: « I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, [...] devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, *proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni*, con riferimento ai beni forniti » — dispone al comma 2 che: « Nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose* [...] ».

Sez. III. – L’ABUSO NELLA CONTRATTAZIONE  
E LE TUTELE.

8. *L’“abuso della libertà contrattuale” come presupposto per un intervento “diretto” sul contratto al fine di garantire l’equilibrio contrattuale. L’abuso nella contrattazione con i consumatori.* — La mancanza di una strutturazione effettivamente concorrenziale dei mercati (o di alcuni di essi) e il fenomeno della contrattazione standardizzata — con la connessa predisposizione *unilaterale* dei regolamenti contrattuali, e la comparsa di quella che è stata chiamata “*contrattazione diseguale*” — hanno dunque posto in primo piano un problema nuovo: quello dell’*abuso* della libertà contrattuale.

La figura dell’*abuso*, invero — come ha osservato Rescigno (52) — sembrava (dover restare) estranea al mondo del contratto (quale esercizio di libertà da parte di due soggetti, posti — almeno formalmente — su un piano di parità, e che, accettando liberamente e consapevolmente un certo regolamento di interessi, implicitamente escludono che esso sia espressione di “abuso”: *volenti non fit iniuria*), e idonea piuttosto a costituire qualificazione di condotte *unilaterali* di esercizio dei diritti soggettivi (assoluti o potestativi), nei riflessi che questo esercizio può avere nella sfera giuridica di altri soggetti.

La predisposizione unilaterale del regolamento negoziale da parte dell’impresa (che contratta con i consumatori, o che si avvale — nella negoziazione — di una posizione dominante, nel mercato o anche solo nei confronti della controparte contrattuale) ha posto invece, *anche nell’area del contratto*, il problema dell’*abuso*, e lo ha posto in primo luogo (anzi: essenzialmente) con riferi-

(52) P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 225 ss. (ora in *Id.*, *L’abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, 29), spec. 262 ss.

mento all'esercizio della *libertà di derogare al diritto dispositivo* (53).

Questa deroga (che — in buona sostanza — si risolve nel distacco dall'*equilibrata composizione degli interessi, sottesa al diritto dispositivo*, e alle soluzioni che esso fornisce ai problemi che pongono i singoli tipi di rapporti contrattuali), secondo il "paradigma" tradizionale, era del tutto ammissibile (anzi, immanente al riconoscimento dell'autonomia privata, e conseguenza della natura stessa — in ipotesi *non cogente* — delle norme legali oggetto di deroga), sul presupposto (che già più volte abbiamo evidenziato) che, se le parti hanno *concordato* lo scostamento dal diritto dispositivo, ciò significa che esistevano (nel caso concreto) motivi *condivisi* per ritenere preferibile per il proprio rapporto una regolamentazione diversa (su uno o più punti) rispetto a quella ipotizzata dal modello legale.

Il presupposto — o la "presunzione" — in questione sono destinati però a cadere nel momento in cui il regolamento contrattuale diventa espressione dell'esercizio della libertà contrattuale *di uno solo dei contraenti* (il quale può — evidentemente — *abusare* di tale libertà, disegnando un regolamento contrattuale vantaggioso per sé, e svantaggioso per l'altro contraente). E — una volta venuta meno la "garanzia" (di "giustizia"), che prima era (reputata) insita nel carattere *consensuale* della deroga — è diventato *necessario* abbandonare la logica sottesa al perseguimento della « giustizia contrattuale » attraverso regole meramente "procedurali", e sottoporre *direttamente* a controllo *il contenuto del regolamento negoziale*, per verificare che l'unilaterale predisposizione di esso non nasconda un "abuso" da parte del predisponente.

9. *L'abuso nella contrattazione tra imprese: in particolare l'abuso di dipendenza economica.* — Il fenomeno sintetizzabile nella formula dell'« abuso della libertà contrattuale » — descritto nei suoi tratti salienti nel paragrafo precedente — presenta

(53) Per la spiegazione, del problema delle "clausole vessatorie" nei contratti standardizzati nei termini di un problema di *controllo della deroga unilaterale al diritto dispositivo*, sia consentito il rinvio a G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 s., spec. 646 s. (e già prima v. ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, *passim*).

Nel testo riprendiamo questa tesi, generalizzandola a tutte le ipotesi in cui un contraente "forte" riesca ad imporre alla controparte un regolamento negoziale unilateralmente predisposto.

aspetti peculiari nel campo delle relazioni tra imprese, o, più in generale, tra *professionnels*.

Qui l'insufficienza (al fine di garantire la "giustizia" della relazione contrattuale) di regole meramente "procedurali" deriva sovente dalla circostanza che manca un mercato, o — per essere più precisi — mancano (per uno dei contraenti) delle *ragionevoli alternative (di mercato)* rispetto alla relazione con la controparte, la quale si viene così a trovare nella situazione di poter approfittare, imponendo condizioni contrattuali "inique".

In alcune ipotesi — addirittura — è il contratto stesso (per ragioni connesse soprattutto al suo "oggetto") a creare le condizioni perché *non* possa operare il "mercato", o — come forse meglio si potrebbe dire — a "frammentare" il mercato in tanti segmenti autonomi (e non comunicanti, se non in minima parte), che finiscono per coincidere ognuno con la relazione instaurata da un corrispondente contratto.

Il problema è emerso — ad esempio — allorché si sono prese in considerazione le "anomalie" che si determinano in situazioni di cosiddetta "dominanza relativa", con tale termine intendendo far riferimento alla posizione di forza in cui venga a trovarsi un'impresa a seguito dell'instaurazione di una relazione contrattuale, in occasione della quale la controparte (che è un'altra impresa) abbia effettuato « investimenti specifici » (o, come anche si dice, "dedicati").

Secondo un notissimo "modello", che discute e analizza dal punto di vista economico questo problema (54), la possibilità del comportamento abusivo (o, se si preferisce, "opportunistico") *non preesiste* (almeno, non necessariamente) all'instaurazione della relazione commerciale tra le parti, che può in ipotesi immaginarsi avvenuta in un ambiente "concorrenziale", e avvenuta in maniera tale da non prospettare (in origine) *uno squilibrio economico* nella regolamentazione del rapporto programmata dalle parti (55). La possibilità del-

(54) Il riferimento è al saggio di B. KLEIN, R.A. CRAWFORD e A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, fasc. 2, 297 ss.

(55) Ipotizzando una situazione di partenza *concorrenziale*, non v'è ragione di supporre che l'impresa (che *solo in seguito* diventerà « dipendente economicamente » dalla controparte) non abbia optato per l'offerta economicamente più vantaggiosa. Riprendendo il noto esempio proposto da Alchian, Crawford e Klein, si può supporre che l'imprenditore A che intenda acquistare una macchina tipografica, e che si trovi di fronte all'alternativa di offrire i propri servizi all'editore B (che ha bisogno di pubblicare un giornale quotidiano) ovvero all'editore C (che chiede, invece, di pubblicare una rivista mensile), sceglierà il contraente che gli offrirà il

*l'abuso* (56) sorge, invece, nella fase successiva all'instaurazione della relazione contrattuale (57), e si concretizza nel "ricatto" attraverso il quale — approfittando della situazione di « dipendenza economica » in cui si trova (*adesso*) il contraente che abbia effettuato « investimenti specifici » e che non disponga più (per questo motivo) di reali e soddisfacenti alternative di mercato (58) — l'impresa dominante cercherà di "appropriarsi" di una parte dell'utile che doveva remunerare (in base alle previsioni contrattuali) l'attività (e il rischio con essa assunto) dell'altro contraente (59).

Tutto ciò è riassunto nella definizione che si legge nell'art. 9 l. n. 192 del 1998, che reprime *l'abuso di "dipendenza economica"* (individuata

corrispettivo più elevato (in ipotesi, B), effettuando poi il relativo « investimento specifico » (ossia l'acquisto della macchina tipografica adatta alla stampa del quotidiano edito da B).

(56) Sotto forma di « *hold up* monopolistico », secondo la terminologia preferita da R. PARDOLESI (*I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene, 1979, 322), mentre altri preferisce parlare di « estorsione post-contrattuale » (v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, Jovene, 2004, 66).

(57) È in questa fase che l'imprenditore B dell'esempio precedente (v. la penultima nota) cercherà di appropriarsi della « *quasi rendita* » (la *appropriable quasi rent* del saggio di Alchian, Crawford e Klein, costituita dalla differenza tra il corrispettivo pattuito (in contratto) con A e il corrispettivo (alternativo) che A potrebbe conseguire sul mercato, mettendo in conto, peraltro, di depurarlo del *costo aggiuntivo* (che all'inizio non c'era) rappresentato dalla necessità di « riconversione » dell'investimento "specifico" (la macchina tipografica) nel frattempo effettuato.

Per tal via le possibilità di contratti "alternativi" (con l'imprenditore C, o con altri ipotetici imprenditori D, E, F, ecc., interessati a procurarsi servizi tipografici) che in precedenza esistevano (e che garantivano una "offerta" inizialmente *concorrenziale*) potrebbero risultare, a questo punto, assai più esigue che in partenza, o, addirittura, del tutto svanite (è la situazione cui allude l'art. 9 l. n. 192 del 1998, evocandola con la formula della « *reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti* »).

E così, la situazione (all'inizio) *concorrenziale* (e paritaria nel rapporto tra le parti), *prima dell'instaurazione della relazione contrattuale*, risulta trasformata in una situazione di « monopolio », ponendo le premesse del possibile "abuso" da parte del contraente che ha acquisito in tal modo la posizione di « *dominanza* » sulla controparte.

(58) V. anche la nota precedente.

(59) I comportamenti "opportunistici" dell'impresa "forte" potranno assumere la forma più varia: si andrà dalla richiesta di "rinegoziazione" del contratto prevedendo condizioni (economiche o "normative") più sfavorevoli per l'impresa "dominata"; a comportamenti "arbitrari" e/o scorretti nella gestione delle "commesse" (se l'impresa dominata ha il ruolo di "fornitrice") o delle "forniture" (se l'impresa dominata ha il ruolo di "cliente"); sino ad arrivare alla minaccia (seguita o meno dalla attuazione del proposito minacciato) di esercitare il potere di "recesso dal rapporto" (in ipotesi, riconosciuto da clausole contrattuali) o la libertà (alla scadenza) di non rinnovare il rapporto medesimo.

come la « situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un *eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi* »: comma 1), disponendo la nullità del patto attraverso cui si realizzi tale abuso.

Come emerge da quanto detto, in situazioni come quelle ora descritte, a garantire l'equilibrio (e, dunque, la "giustizia") contrattuale non basta l'osservanza di regole meramente "procedurali", ma occorre intervenire (anche) sul contenuto del contratto, vietando direttamente (e sancendo la nullità di) quelle clausole contrattuali che siano espressione dello sfruttamento abusivo della posizione di « *dominanza relativa* » che un contraente abbia acquisito nei confronti dell'altro (quando quest'ultimo — per le ragioni indicate — non abbia, o non abbia più, reali *alternative di mercato*) (60).

10. *La tutela dei lavoratori autonomi in alcune normative recenti.* — La normativa sull'abuso di dipendenza economica, contenuta nell'art. 9 della legge sulla subfornitura, ha di recente costituito il modello di riferimento per disciplinare la situazione in qualche modo simile — sebbene non identica, e non solo dal punto di vista dei sog-

(60) Cfr. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., 1276 ss., la quale ritiene che si possa basare su questo concetto la costruzione di una figura più generale di "debolezza" (appunto: la "debolezza consistente nella *manca di alternative sul mercato*"), utilizzabile non soltanto con riguardo all'imprenditore, che venga a trovarsi in questa situazione pur al di fuori di una situazione di "dipendenza economica", ma financo a *favore del consumatore*, giustificando un'estensione anche a favore di quest'ultimo del controllo sul contenuto economico del contratto, sul modello della disciplina della subfornitura. La tesi è suggestiva, anche se risulta difficile immaginare — con riferimento ad un consumatore — una situazione di fatto che possa essere accostata (ai fini dell'analogia) a quella particolare causa, determinante la rarefazione (o, addirittura, il totale venir meno) di *alternative di mercato* (con conseguente instaurarsi di una dipendenza economica dalla controparte), che, nel caso dei rapporti di impresa, è costituita dall'effettuazione di "investimenti specifici" (o "dedicati", che dir si voglia). Questo non significa che non ci possano essere — anche con riferimento ad un consumatore — situazioni riconducibili ad una "assenza di alternative sul mercato", come potrebbe accadere, ad esempio, nel caso di un soggetto che abbia bisogno con continuità di un farmaco prodotto e commercializzato da una sola ditta farmaceutica, la quale proprio per questo pratici — per la fornitura del farmaco — condizioni particolarmente gravose. Ma si tratta di ipotesi nelle quali appare plausibile ritenere che le regole e i principi da applicare (anche ai fini dell'analogia) siano da ricercare in luoghi normativi diversi dalla disciplina della "dipendenza economica" (difficilmente immaginabile — si ripete — per un consumatore, che potrà semmai subire un *abuso di posizione dominante*).

getti (61) —, in cui possono venire a trovarsi *lavoratori autonomi* (e, in particolare, professionisti intellettuali) nei rapporti contrattuali con imprese (non piccole) e pubbliche amministrazioni, le quali — abusando della propria posizione di maggiore forza contrattuale — utilizzino regolamenti negoziali unilateralmente predisposti, che contengono clausole “vessorie” (come, ad esempio, clausole che prevedono facoltà per il predisponente di modificare il contratto, o di recedere dallo stesso senza preavviso, ovvero stabiliscono termini di pagamento superiori a sessanta giorni dal ricevimento di una fattura o di una richiesta di pagamento da parte del professionista), o comunque tengano altre condotte abusive (come, ad esempio, il rifiutarsi di concludere il contratto in forma scritta) (62).

Anche in questo caso, dunque, si assiste ad un

(61) La posizione del lavoratore autonomo presenta, infatti, significative differenze rispetto alla situazione dell'imprenditore che patisca una situazione di “dipendenza economica” nei confronti della controparte contrattuale. In genere, infatti — pur potendosi verificare situazioni di cosiddetta “mono-committenza” (o, comunque, di svolgimento dell'attività professionale in favore di un numero limitato di clienti) — è difficile che si abbia un fenomeno di vera e propria mancanza di “alternative di mercato”, in caso di interruzione del rapporto professionale con il precedente committente (il che non toglie, peraltro, che il professionista possa patire — in casi del genere — pregiudizi economicamente rilevanti, e che questo comporti l'esigenza di tutelarlo rispetto a comportamenti scorretti o addirittura arbitrari della controparte, a protezione non solo del suo interesse individuale, ma anche della *dignità della professione*). Il (vero) “polo attrattivo” della disciplina in questione sembra essere costituito — piuttosto che dalla disciplina sull'abuso di dipendenza economica — dalla normativa sul “lavoro subordinato” (non a caso, le situazioni ipotizzate sono situazioni in cui il confine tra il professionista “lavoratore autonomo” e il professionista “dipendente”, è — a volte — molto tenue), a partire dalla esplicita estensione del principio contenuto nell'art. 36 cost. (disposizione che un'interpretazione ancora prevalente — soprattutto, ma non solo, in giurisprudenza — ritiene non riferibile al lavoro autonomo).

Quanto appena detto rafforza l'esigenza — cui il legislatore ha dato seguito — di una normativa *ad hoc*, che altrimenti sarebbe potuta persino apparire superflua, specie se avessero potuto trovare accoglimento quelle opinioni che hanno affermato non solo l'applicabilità dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 a qualsiasi rapporto tra imprenditori (anche diverso dalla cosiddetta “subfornitura”) caratterizzato da una situazione di “dipendenza economica” (opinione che raccoglie, oggi, un consenso abbastanza diffuso — anche se non incontrastato — tra gli interpreti), ma addirittura — secondo una tesi più radicale — ad ogni tipo di relazione contrattuale (anche intercorrente con un soggetto che non sia un “imprenditore”) caratterizzata da una situazione di supremazia economica di una parte rispetto all'altra.

(62) Cfr. art. 1 e 3 l. 22 maggio 2017, n. 81, recante (fra l'altro) «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale».

Per una prima illustrazione del contenuto della legge cfr. A. ALAIMO, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla ten-*

significativo intervento normativo sul contenuto del contratto, in considerazione della rilevanza attribuita a *specifiche situazioni di asimmetria di potere contrattuale* (63).

*denza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in N. leggi civ., 2018, 589 s.; nonché P.P. FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in Corr. giur., 2018, 217 ss., il quale ricorda (fra l'altro) che già dal 2006 l'Unione europea (si veda il “Libro verde sulla Modernizzazione del diritto del lavoro” del 22 novembre 2006) aveva invitato gli Stati membri a prestare maggiore attenzione (anche) al lavoro autonomo “economicamente dipendente”. Una normativa più specifica — avente come destinatari una particolare categoria di professionisti intellettuali, gli avvocati, quando forniscano le proprie prestazioni in maniera continuativa (sulla base di “convenzioni” unilateralmente predisposte da controparte) in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, n. 2003/361/CE — è stata di recente introdotta attraverso l'inserimento nella l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Ordinamento forense) di un art. 13-bis (rubricato «Equo compenso e clausole vessatorie»), che prevede anzitutto il diritto del professionista al cosiddetto “equo compenso” (individuato come un compenso che sia «proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6»), e sancisce (ai commi 4, 5 e 6) la vessatorietà di alcune clausole (come ad esempio: clausole che prevedano la facoltà del cliente di modificare unilateralmente il contratto, oppure di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto, o di pretendere prestazioni aggiuntive; oppure clausole che impongano all'avvocato l'anticipazione delle spese della controversia, o la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione, oppure stabiliscano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, o, ancora, prevedano che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte).

(63) Se si volesse seguire quella dottrina che propone di distinguere “asimmetrie di rilievo macroeconomico” e “asimmetrie di rilievo microeconomico” (NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., spec. § 5, la quale identifica le asimmetrie del primo tipo in quelle che sono idonee a provocare “distorsioni di mercato”, onde la loro rimozione è funzionale ad assicurare una maggiore “efficienza” del mercato”, come avviene tipicamente nell'ipotesi dei contratti dei consumatori) si dovrebbe dire — forse — che le “asimmetrie” prese in considerazione dalla legge sulla subfornitura o (più recentemente) dalla legge sulla tutela di alcuni lavoratori autonomi debbano essere ascritte al novero delle “asimmetrie di rilievo microeconomico” (esse, infatti, sono asimmetrie che — come abbiamo visto — nascono dal “contratto” più che dal “mercato”, e la loro rimozione persegue non tanto un obiettivo di *efficienza* quanto un obiettivo di *giustizia* della singola relazione contrattuale). Sennonché, proprio gli esempi che stiamo consi-

## Sez. IV. — LA “GIUSTIZIA” DEI RIMEDI.

11. *Assenza di un principio generale che consenta (al di fuori delle ipotesi specificamente previste) la correzione giudiziale del contratto per assicurarne la “giustizia”.* — Le numerose disposizioni normative che sono state considerate nei paragrafi che precedono (64) — sia quelle (più risalenti) volte a garantire la “giustizia” nel contratto (o del contratto) attraverso strumenti di tipo “procedurale”, sia quelle (di più recente emersione) che perseguono lo stesso obiettivo attraverso interventi *diretti* sul contenuto contrattuale (attribuendo, in particolare, al giudice poteri di valutazione dell’esistenza di eventuali *abusi* di un contraente ai danni dell’altro) — hanno, considerate nel loro insieme, un ambito di applicazione vastissimo, che può essere (e, di fatto, viene) ulteriormente esteso attraverso l’opera continua dell’interprete, nei limiti in cui le previsioni in questione si prestano ad interpretazioni estensive o ad applicazioni analogiche.

Bisogna considerare — a quest’ultimo riguardo — che mentre interpretazioni estensive (e applicazioni analogiche) sono — sia pure (solo) *in senso relativo* — più facilmente concepibili ed ammissibili con riferimento alle norme volte a garantire la “giustizia contrattuale” attraverso meccanismi di tipo “procedurale” (65), posto che tali meccanismi sono espressione di principi e regole che attengono all’essenza stessa del contratto (si pensi alle norme sull’integrità del consenso), più difficile e

derando dimostrano che la distinzione in esame — che pure ha un qualche fondamento — non riesca a fornire un criterio distintivo netto (come è dimostrato — a tacer d’altro — dalle discussioni che, all’epoca dell’emanazione della legge sulla subfornitura, si svolsero circa l’inserimento o meno di questa disciplina nell’ambito della *normativa sulla concorrenza*), neanche ai fini delle operazioni necessarie per una (eventuale) *estensione analogica delle norme*. Sicché si tratta di una distinzione alla quale può, al più, attribuirsi un (peraltro limitato) valore meramente *descrittivo*. In generale, sul tema del “contratto asimmetrico”, cfr. A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in questa *Enciclopedia*, Annali, V, 2012, 370 s. Alquanto critico, nei confronti dell’ipotesi ricostruttiva che ruota attorno al concetto di “contratto asimmetrico” è G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e senza aggettivi*, cit., 1190.

(64) Che, peraltro, non esauriscono certamente il novero delle disposizioni legali che potrebbero menzionarsi in un’analisi sulla “giustizia contrattuale”.

(65) Anche con riferimento a queste disposizioni, peraltro, non mancano talora ostacoli abbastanza seri alla possibilità di una applicazione analogica (si pensi, ad esempio, al “principio di tipicità” che si ritiene sussistente in materia di cause di annullabilità del contratto, e all’ostacolo che esso frappone all’ipotesi di ammettere un’annullabilità del contratto per vizi del consenso diversi da quelli “tipizzati” dal legislatore). Sul punto sia consentito il rinvio a D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza*, cit., 17 ss.

complesso è immaginare di estendere *analogicamente* (applicandoli a casi diversi da quelli espressamente considerati e disciplinati dal legislatore) normative che consentano *controlli (diretti) sul contenuto del contratto*, controlli che (come si è visto) sono bensì previsti ed ammessi dal “sistema”, ma con carattere *tendenzialmente* circoscritto, in quanto essi *derogano* all’essenza del principio di “autonomia contrattuale” (essenza che risiede proprio nella possibilità dei privati di regolare *da sé* i propri interessi, determinando liberamente il contenuto del contratto: art. 1322 comma 1 c.c., dove — è appena il caso di sottolinearlo — il “principio” è quello indicato nella prima parte, e i “limiti” menzionati nella seconda parte costituiscono appunto una “deroga” adesso).

Beninteso, non si intende qui riproporre l’idea del carattere (necessariamente ed indistintamente) *eccezionale* delle disposizioni che pongono limiti all’autonomia contrattuale, e, dunque, (non si intende) negare ad esse qualsiasi *capacità espansiva*.

Ma nemmeno può accogliersi la tesi che il giudice sia *comunque e sempre* autorizzato ad effettuare un *bilanciamento* tra il principio di *autonomia contrattuale* ed un (preteso) “principio” contrapposto, che consenta — in nome della “giustizia contrattuale” — un intervento correttivo/modificativo del contenuto contrattuale.

Una simile opinione non sembra trovare fondamento nel diritto positivo, e difficilmente potrebbe trovare sostegno (almeno se intesa nei termini appena riferiti) in principi costituzionali di portata generale (66), quali potrebbero essere — ad esempio — il principio della *funzione sociale* della proprietà (di cui all’art. 42 cost.) (67) o il

(66) Altro è che si faccia riferimento a norme costituzionali, riferite ad una specifica tipologia contrattuale, come ad esempio l’art. 36 cost., che — con riguardo al contratto di lavoro (subordinato) — pone il principio della “retribuzione sufficiente”, e autorizza senz’altro (anche) il giudice a sindacare il contratto che preveda una retribuzione del lavoratore non conforme a tale criterio. Naturalmente, anche al di là dell’art. 36, sono diverse le norme costituzionali che potrebbero essere invocate *in alcuni tipi di contratti*: si pensi all’incidenza che l’art. 2 cost., e la tutela che esso riconosce ai diritti inviolabili dell’uomo anche “nelle formazioni sociali” in cui si svolge la sua personalità, può avere in riferimento al contenuto di un contratto associativo, che sia in ipotesi “ingiustamente” lesivo di tali diritti; oppure si pensi all’incidenza che l’art. 47 cost. può avere in rapporti contrattuali dove venga in gioco il valore della “tutela del risparmio”; e così via.

(67) Il richiamo a tale principio si giustifica per il fatto che gli atti di autonomia negoziale sono — assai spesso — atti con i quali il *proprietario* di un bene *dispone* del proprio diritto.

principio della “utilità sociale” quale criterio di valutazione dell’iniziativa economica privata (ex art. 41 cost.). Quanto al primo di tali principi, non bisogna tuttavia dimenticare che la materia della proprietà privata è coperta da una *riserva di legge*, che risulterebbe violata se la “funzione sociale” della proprietà si considerasse idonea a legittimare interventi giudiziali volti a porre limiti al diritto dominicale *ulteriori* rispetto a quelli previsti dalla legge (ad esempio, inediti *obblighi legali a contrarre* imposti al proprietario).

Quanto al secondo, è vero sì che il primo capoverso dell’art. 41 cost. non pone una riserva di legge, ma è anche vero che il divieto di esercitare l’iniziativa economica privata (concetto nel quale si ritiene ricompresa anche l’attività contrattuale dell’impresa) in maniera contrastante con l’utilità sociale o in maniera tale da “recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”, trova ampio svolgimento nella normativa *legale* in materia di tutela dei consumatori e degli utenti (68), sicché — anche per la già segnalata difficoltà di ammettere estensioni analogiche di norme specifiche che prevedano interventi (giudiziali) modificativi/correttivi del contenuto contrattuale — rimane affatto problematica la possibilità di fondare sull’art. 41 comma 2 cost., un *generale limite* all’autonomia contrattuale (nei contratti di impresa), che il giudice possa fare valere in nome della « giustizia contrattuale » (69).

**12. Buona fede e giustizia contrattuale.** — La tesi che afferma la possibilità di un controllo giudiziale *generalizzato* sugli atti di autonomia privata, sempre più spesso però — negli ultimi anni — appare sostenuta attraverso il richiamo ad un

(68) Si tratta di una normativa di ampiezza sterminata, che non può certo essere richiamata (e, tanto meno analizzata), in questa sede.

Per il carattere generale delle previsioni in essa contenute si confrontino, comunque, le diverse Parti di cui si compone il codice del consumo (e v., in particolare, l’art. 2, che richiama — declinandoli sotto forma di “diritti” dei consumatori — i valori della “sicurezza” dei prodotti e dei servizi, nonché della “correttezza, della trasparenza e dell’equità nei rapporti contrattuali”).

(69) Sull’art. 41 della Costituzione fecero leva — all’inizio degli anni ’70 del secolo scorso (e dopo gli interventi che, nel decennio precedente, avevano riguardato soprattutto la *proprietà immobiliare*: quella “urbana”, incisivamente interessata dalla cosiddetta “legge-ponte” del 1967; e, poi, quella “agraria”) — numerosi studiosi del contratto, spesso accomunati sotto l’etichetta dell’“uso alternativo del diritto” (cfr. *L’uso alternativo del diritto* a cura di P. BARCELLONA, I. Scienza giuridica e analisi marxista, II. Ortodossia giuridica e pratica politica, Roma-Bari, Laterza, 1973; e, su quella stagione, di recente, N. LIPARI, *L’uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018, 75 s.).

principio costituzionale ancora più ampio e indeterminato — il principio di *solidarietà sociale* di cui all’art. 2 cost. —, che si farebbe “veicolo” della “giustizia” nel contratto attraverso la clausola generale della *buona fede*, che governa sia la fase della formazione che quelle dell’interpretazione e dell’esecuzione del contratto (art. 1337, 1366, 1375 c.c.).

Non è chiaro, tuttavia, in che senso il dovere generale di buona fede possa operare in funzione di tutela della “giustizia contrattuale” (nel significato più volte richiamato).

“Buona fede” è, invero, criterio di qualificazione (*positiva*, in caso di osservanza del precetto legale; *negativa*, nel caso di violazione dello stesso) di un comportamento: qui, evidentemente, del comportamento (si tratti della predisposizione unilaterale delle clausole del contratto, o dell’“appropriamento” di una situazione o condizione di “debolezza” in cui, per qualche ragione, si trovi controparte) che accompagna la formazione e/o l’esecuzione di un regolamento contrattuale (in ipotesi) “iniquo”, o anche semplicemente “squilibrato”. Il punto problematico è — però — quello di stabilire quale sia il grado (o la soglia) di “scorrettezza” il cui superamento possa legittimare una reazione nei confronti del contratto “ingiusto”.

Con riferimento alla fase di formazione del contratto, è noto (e ne abbiamo già accennato più sopra) come l’ordinamento giuridico ponga dei limiti precisi a (l’operare di) *rimedi che comportino la “caducazione” di un contratto “squilibrato”* (basti solo richiamare i presupposti previsti per la rilevanza di ciascuno dei vizi del consenso, o i presupposti che sono richiesti per la rescissione del contratto per lesione) (70). Orbene, è evidente che fare operare (fuori dall’ipotesi di cui all’art. 1440 c.c.) un rimedio anche solo di tipo risarcitorio (quale è quello previsto dall’art. 1337 c.c.) in

(70) Limiti (sebbene meno evidenti) sono previsti anche con riferimento ad un (ipotetico) *rimedio risarcitorio* (che implichi, quindi, la validità e il mantenimento in vita del contratto). Ci riferiamo — come si sarà già inteso — alla disposizione dell’art. 1440 c.c. (sul cosiddetto dolo incidentale), la quale dà bensì rilievo (ai fini risarcitori) allo “squilibrio” del regolamento negoziale, ma solo se si sia in presenza di un vero e proprio *inganno* (frode) perpetrato da un contraente, e dunque di un *comportamento attivo* (per effetto del quale la controparte sia stata indotta ad accettare condizioni contrattuali, che altrimenti essa non avrebbe accettato), e non anche se ricorrano altri tipi di *scorrettezze* (e.g.: un acquisto a condizioni vantaggiose *sapendo che l’altra parte ha urgente bisogno di denaro*; oppure lo “sfruttamento” — ma senza il ricorso ad alcuna minaccia — di una particolare “influenza” che si sia in grado di esercitare sulla controparte; *et similia*).

presenza di “scorrettezze” *che non raggiungono la “soglia di rilevanza” prevista per determinare l’annullabilità o la rescindibilità del contratto*, significa avallare una sostanziale *elusione* della normativa sui vizi del consenso e sulla rescissione del contratto, con esiti che non solo sono logicamente contraddittori (71), ma (spesso) sono anche controfunzionali (72). Ne consegue che non si può vedere nel precetto della buona fede *in contrahendo* uno strumento *generale* idoneo ad assicurare la “giustizia” nella fase di formazione del contratto.

Si potrebbe pensare che sia, allora, la buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.), a poter garantire (in casi come quelli sopra indicati, e in altri simili) la “giustizia”, consentendo di “integrare” e/o “modificare”/“correggere” il regolamento squilibrato (73). Sennonché si può ben dubitare che la

---

(71) È contraddittorio, infatti, che l’ordinamento giuridico consideri un contratto valido ed efficace — e dunque idoneo a far sorgere diritti ed obblighi di cui si può richiedere l’esecuzione — e al contempo ricollegli alla presenza (nel contratto) delle clausole che tali diritti ed obblighi prevedono, un rimedio risarcitorio.

(72) E così, ad esempio, la tutela (sia pure meramente risarcitoria) che si vorrebbe assicurare al contraente che ha concluso un contratto in stato di bisogno, ma subendo una “lesione” *infra dimidium* (e, dunque, tale da non consentirgli di chiedere eventualmente la rescissione del contratto) comporterà una protezione solo apparente di tale soggetto, e, semmai, un prevedibile “svantaggio”. In realtà, infatti, *nessuno contratterà più con lui*, sapendo di esporsi ad una azione risarcitoria (che potrebbe financo essere più temibile dell’azione di rescissione), con la conseguenza che la tutela di questo soggetto finirà per subire una *deminutio*, e non un ampliamento. L’unica maniera per aumentare questa tutela sarebbe quella che *il legislatore* (non potendolo certo fare l’interprete) “abbassasse” la soglia di rilevanza della lesione ai fini dell’azione di rescissione, salvo a stabilire di quanto questa soglia possa essere ragionevolmente ridotta senza comprimere sensibilmente le possibilità del contraente “in stato di bisogno” di trovare controparti disposte a contrattare con lui.

(73) È l’idea che traspare dalla motivazione di una nota sentenza della Cassazione (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata su varie riviste, tra cui *Contr.*, 2010, 5 s., con commento di G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*), dove si legge, fra l’altro, che « la buona fede serve a mantenere il contratto nei binari dell’equilibrio e della proporzione ».

Quest’idea si è — dopo la sentenza in esame — alquanto diffusa nell’argomentazione giudiziaria, e si ritrova ormai in numerose pronunce, che segnalano — fra l’altro — l’uso (comunque, improprio) della buona fede, anche quando ci sarebbe in realtà una norma specifica regolatrice della fattispecie da decidere. Un esempio emblematico è offerto da una recente pronuncia (Trib. Treviso 8 ottobre 2018, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), pubblicata il 17 ottobre 2018 e annotata in <http://www.ilcaso.it/articoli/1056.pdf> da M. ORTORE, *Verso l’equità correttiva generalizzata?*), che ha deciso la questione controversa (relativa ad un compenso professionale contestato come eccessivo), facendo diretta applicazione della

buona fede di cui adesso parliamo sia in grado di svolgere questa funzione: essa può senz’altro fondare la pretesa che l’esercizio dei diritti scaturenti dal contratto, avvenga *con modalità* tali da non pregiudicare l’interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l’interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge attribuiscono al contraente, oppure a creare obblighi che già non discendano dal contratto o dalla legge (a meno che non si tratti di obblighi meramente “accessori” e strumentali, ossia attinenti *alle semplici modalità* di adempimento degli obblighi principali, o alle modalità di esercizio corretto del proprio diritto) (74). In altre parole: la buona fede *in executivis* non sembra in grado di “riequilibrare” (*se non nei modesti limiti or ora indicati*) un regolamento di interessi che sia (lecitamente) sorto, se pure con un contenuto in qualche misura “squilibrato” (75).

---

clausola di buona fede, anziché pervenire (come era possibile) al medesimo risultato facendo semplicemente applicazione dell’art. 2237 c.c. (la cui esistenza sembrerebbe del tutto “ignorata” dal giudice).

(74) L’*exceptio doli generalis* come pure la costruzione di cosiddetti “obblighi integrativi” *ex fide bona*, devono — a nostro avviso — essere intesi nell’ambito di questa cornice concettuale, che non legittima la conclusione secondo cui — attraverso questi strumenti — la buona fede garantirebbe la “giustizia” del contratto (come invece ritiene F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, spec. cap. III). La buona fede *ex art. 1375 c.c.* garantisce (solo) l’esecuzione corretta del contratto (opponendosi — come diciamo nel testo — a pretese di esercizio *arbitrario o sleale* dei diritti spettanti ad un contraente), ma non può modificare e/o correggere (se non in ristrettissimi limiti) un contenuto contrattuale che comporti uno “squilibrio” tra i diritti e gli obblighi dei contraenti.

Solo se la clausola o le clausole che prevedono tale squilibrio potessero essere dichiarate *nulle*, se ne potrebbe impedire la pretesa di esecuzione (supposto sempre che tale pretesa sia esercitata con modalità *corrette*). Ma, allora, si tratterebbe di una nullità *originaria*, e non verrebbe in gioco (propriamente) la buona fede *in executivis*, bensì la buona fede *in contrahendo* (e varrebbero le osservazioni svolte in precedenza), sempreché si ritenga che una “regola di responsabilità” (quale rimane quella di cui all’art. 1337 c.c.) possa essere trasformata in una “regola di validità”.

(75) Non ci vuol molto — d’altronde — a coonestare il fondamento delle affermazioni fatte nel testo. Basti dire che la stessa normativa sulle clausole abusive nei contratti del consumatore *tollera* che vi possano essere degli “squilibri” nel regolamento negoziale unilateralmente predisposto, impedendo soltanto (nel concorso di tutti gli altri presupposti) che siano efficaci clausole in conseguenza delle quali detti squilibri risultino “significativi” (ossia superino — per così dire — una certa soglia di “tolleranza”).

Orbene, sarebbe ben strano che una normativa caratterizzata da un accentuato *favor* nei confronti di un particolare

13. La “giustizia” dei rimedi (e la buona fede). — L’idea di “giustizia” (“equità”, “proporzione”, ecc.) può essere applicata anche ai “rimedi” (e si parlerà — pertanto — di un “rimedio giusto”, o, per converso, di un “rimedio ingiusto”) (76). Ovviamente, quelli che interessano in questa sede sono i rimedi “convenzionali” (77).

Valgono anche a questo proposito tutte le considerazioni che abbiamo svolto, in via generale, nei paragrafi che precedono. Le regole legali mostrano, anche qui, di ispirarsi chiaramente al valore della “giustizia” — intesa, in questo caso, come “proporzionalità” del rimedio, sebbene questo criterio non sia il solo ad essere sotteso alla disciplina legislativa (78) —, che si traduce sovente anche in un criterio di valutazione dell’autonomia privata (ossia in un criterio di valutazione del rimedio convenzionale).

“contraente debole” (il consumatore) finisce per risultare sopravanzata, in ordine alla tutela che è idonea a fornire, da una clausola generale come la “buona fede” (applicabile, come tale, a tutti i rapporti contrattuali, indipendentemente dalla qualità soggettiva delle parti contraenti) che si ritenga idonea a dare rilevanza e protezione ad altre (e magari “minori”) situazioni di “debolezza”.

(76) Utilizziamo qui un’accezione alquanto lata (e tecnica) di “rimedio”, comprendendo in tale nozione tutti i mezzi di tutela di situazioni giuridiche soggettive (e, dunque, anche — ad esempio — le “garanzie” del credito).

(77) Il tema della “giustizia”/“proporzionalità” dei rimedi apre un capitolo vastissimo, se riferito ai rimedi legali (in argomento cfr., in luogo di molti, P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, I ss.). Basti pensare, per esempio, in materia di responsabilità extracontrattuale, alle discussioni circa l’ammissibilità e i limiti di un risarcimento “punitivo” (tema connesso a quello più generale circa le “funzioni” della responsabilità aquiliana). Risarcimento “punitivo” che — in materia questa volta di responsabilità contrattuale — il legislatore talora prevede, quando vuole attribuire al rimedio uno specifico carattere “deterrente”: un esempio abbastanza significativo è costituito dagli “interessi legali di mora”, quali previsti dal già richiamato d. lg. n. 231 del 2002 (attuativo della direttiva n. 2000/35/CE relativa alla «lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali»), che li fissa in una misura alquanto elevata (pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti: v. art. 2 lett. e d. lg. n. 231, cit.); e a questa medesima misura fa riferimento anche il comma 4 dell’art. 1284 c.c. (inserito dall’art. 17 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10 novembre 2014 n. 162) nel fissare il saggio degli interessi “legali” dovuto (dal debitore) dal momento in cui è proposta una domanda giudiziale (anche qui la *ratio* è quella di disincentivare alcuni comportamenti, e in particolare di scoraggiare — anche per un obiettivo di decongestionamento del carico dei Tribunali — una resistenza in giudizio che abbia una finalità meramente dilatoria; e per rendersi conto del carattere fortemente “deterrente” di questa misura, basti dire che il saggio di interesse così determinato è spesso superiore allo stesso “tasso-soglia” calcolato ai sensi della l. n. 108 del 1996, tanto da aver indotto taluno a parlare di una sorta di “usura legale”).

(78) Si veda la nota precedente.

Si può — in questo senso — ricordare la norma che vieta il cosiddetto patto commissorio (art. 2744 c.c.), per la quale sono state individuate diverse *rationes* (sovente alternative tra di loro), tra cui spicca (in quanto condivisa da un’opinione largamente diffusa) quella che ravvisa il fondamento del divieto nell’esigenza che il debitore non perda la proprietà di un bene (concesso in garanzia) di *valore eccedente* rispetto al debito garantito (79).

Un altro dei possibili esempi è offerto dalla disciplina della “clausola penale” (art. 1384 c.c.). Qui — com’è noto — il legislatore lascia all’autonomia privata la libertà (in linea di massima) di determinare l’entità della “penale”; epperò, pone il *limite* in base al quale l’ammontare della penale non può essere “manifestamente eccessivo”, attribuendo in tal caso al giudice il potere (anche officioso) di *ridurre equamente* detto ammontare (80).

In altre ipotesi, invece, il legislatore non ritiene di limitare l’autonomia privata: e, così, nella disciplina della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), collocata immediatamente dopo quella della clausola penale, non si fa menzione di alcun limite alla determinazione della caparra, il che dovrebbe escludere una sindacabilità giudiziale che sia motivata da un’ipotetica “eccessività” della caparra convenuta tra le parti (81). Sennonché anche qui, l’idea che il principio costituzionale di solidarietà sociale, attraverso la clausola generale di buona fede, attribuisca al giudice un generale potere di controllo della “giustizia” del contratto (e/o delle sue clausole) ha inopinatamente portato la Corte

(79) In considerazione di questa *ratio*, si ritiene invece che non sia vietato — in linea di principio — il cosiddetto “patto marciano” (caratterizzato dal fatto che il creditore è tenuto a restituire l’eccedenza di valore del bene rispetto al credito garantito). Nella disciplina più recente sono state introdotte, e regolamentate, diverse ipotesi di “patti marciiani” (si veda il volume di G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO e T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*).

(80) Nella disciplina dei contratti dei consumatori l’intervento sul (contenuto del)la clausola penale è ancora più incisivo, giacché — ove l’importo della penale sia stato riconosciuto come “vessatorio”, in quanto “manifestamente eccessivo” (art. 33 comma 2 lett. f c. cons.) — la clausola viene considerata come “nulla” (senza possibilità di riduzione).

(81) Discusso è se alla caparra confirmatoria possa applicarsi analogicamente la disciplina della clausola penale: lo affermano alcuni autori (v., in particolare, V.M. TRIMARCHI, *Caparra (diritto civile)*, in questa *Enciclopedia*, VI, 1960, 202 e nt. 46), ma lo esclude altra parte della dottrina (cfr. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 2004, cit., 175, nonché G. DE NOVA, *Caparra*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., II, 1988, 241) sulla base di vari argomenti (il carattere “bilaterale” della caparra, la circostanza che l’ammontare di essa è comunque limitato dalla entità della prestazione, ecc.).

costituzionale ad affermare che la caparra confirmatoria eccessiva può essere dichiarata *nulla* (per contrasto, appunto, con la disposizione dell'art. 2 cost.) (82). Si tratta — è bene ribadirlo — di un orientamento che non può essere condiviso, in quanto esso — attribuendo alla buona fede (e, anzi, direttamente al principio costituzionale di solidarietà) idoneità a legittimare un *generale sindacato sul contenuto degli atti di autonomia privata* — si pone in radicale contrapposizione con il sistema del diritto contrattuale (che ha nel riconoscimento dell'autonomia dei contraenti il suo principio *essenziale*), finendo oltre tutto per privare di qualsiasi significato la disciplina legale (peraltro, copiosissima) che interviene per porre *specifici limiti* all'esercizio di quell'autonomia (disciplina legale che diventerebbe del tutto superflua, una volta che si ammetta una possibilità di controllo e di sindacato *generali* sul regolamento negoziale, che come tali potrebbero esplicitarsi anche fuori dai casi e dai limiti previsti dal legislatore) (83).

**14. Conclusioni: la giustizia contrattuale tra legge e giudizio.** — Il tema della « giustizia contrattuale » è un tema antico, forse solo poco meno di quanto lo sia *l'eterno* (e, dunque, *da sempre* dibattuto) problema dei rapporti tra *diritto (tout court)* e *giustizia*.

Naturalmente, in ogni epoca storica, temi di questa natura (che individuano elementi “fondamentali” — nel senso etimologico del termine — dell'intero ordinamento o di una sua parte) vengono declinati secondo coordinate (anche di tipo “ideologico”) che mutano nel tempo, in quanto si collocano sullo sfondo di sistemi sociali economici e culturali in continua evoluzione: un'evoluzione, nel corso della quale, in genere, sopraggiunge periodicamente — quando il cambiamento non consenta più di procedere con semplici “adattamenti” degli schemi conoscitivi precedenti —, la necessità di operare un vero e proprio *mutamento*

(82) Cfr. C. cost., ordinanza, 21 ottobre 2013 n. 248, in *Contr.*, 2014, 926 s., con nota critica di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*.

(83) Particolarmente critica nei confronti della prospettiva di legare “buona fede” e “giustizia contrattuale” è anche NAVARRETTA (*Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., spec., 1274, dove si parla di « naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto »), la quale prende di mira soprattutto l'abbinamento alla violazione della buona fede del rimedio della nullità (così trasformando quella che è una tipica “regola di responsabilità” in una “regola di validità”).

del “paradigma” (84) o dei “paradigmi”, in base ai quali sino a quel momento il fenomeno oggetto di analisi era stato interpretato e/o concettualizzato e “sistematizzato” (85).

Naturalmente, un “paradigma” non è mai costituito da una singola “assunzione”, ma è la risultante di una serie molteplice di “premesse”, destinate a formare (nel loro insieme) lo “sfondo” nel quale collocare i fenomeni da analizzare (o i problemi da risolvere).

Orbene tra le varie “premesse” che definiscono il contesto nel quale si inserisce il “paradigma contrattuale” in questo scorcio iniziale del nuovo secolo (86) c'è sicuramente (e si tratta di un dato che non concerne soltanto il contratto) il nuovo rapporto che si è venuto ad instaurare tra “legislazione” e “giurisdizione”, e che induce sempre più spesso a parlare di una “giurisdizionalizzazione” del diritto, in particolare del diritto privato (87).

Questo dato non poteva non coinvolgere, anche (e — si direbbe — soprattutto), il tema specifico della “giustizia contrattuale”, sollecitando un atteggiamento di sempre maggiore attenzione da parte dei giudici a questo profilo, anche se va detto che quest'attenzione non era mancata neanche prima, se pure con esiti che, comunque, rifugiavano da visioni “estreme” (88).

(84) Secondo lo schema descritto, in generale, da T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), trad. it. di A. Carugo, Torino, Einaudi, 2009.

(85) Nelle pagine precedenti, ad esempio, abbiamo indicato nel passaggio da una contrattazione “individuale” (tipica delle epoche precedenti) alla realtà della moderna “contrattazione di massa” il fenomeno (naturalmente collegato ad una serie di trasformazioni sociali ed economiche di grande rilievo) che ha determinato — a nostro avviso — un vero e proprio mutamento del “paradigma contrattuale”, coinvolgendo ovviamente anche il modo di impostare il problema della “giustizia contrattuale”.

(86) I “mutamenti” del contratto (almeno sul piano normativo) possono essere fatti risalire più indietro, in particolare all'ultimo decennio del secolo scorso, nel quale si è registrata una forte accelerazione dell'intervento dell'Unione europea nella regolamentazione del contratto (e non a caso un autore — riferendosi a quel periodo — ha, significativamente, intitolato un suo scritto “*I dieci anni che sconvolsero il contratto*”).

(87) Il fenomeno si colloca — a propria volta — nell'ambito di processi evolutivi di varia natura, e si collega soprattutto alla cosiddetta “costituzionalizzazione” del diritto privato, e alla sempre più diffusa convinzione dell'*applicabilità diretta* (cosiddetta *Drittwirkung*) dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (per una descrizione di questo processo, e per riferimenti alla letteratura in argomento, sia consentito il rinvio a G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, con particolare riferimento ai rapporti contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss.).

(88) Abbiamo accennato, ad esempio, alla grande cautela della giurisprudenza (ma anche della dottrina) rispetto

Si è creata, però — da qualche tempo — una situazione che rischia di generare distorsioni ed eccessi (nel senso che chiariremo subito), in considerazione del fatto che negli ultimi anni (e soprattutto a partire dall'introduzione della importantissima disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori) si è fatta certamente più estesa ed incisiva la produzione legislativa a tutela dell'equilibrio (e, perciò, della giustizia) contrattuale, attraverso l'inserimento nell'ordinamento di normative di grande impatto, anche per la formulazione particolarmente ampia che talune di esse presentano (89). Nonostante ciò, l'attività di "integrazione" del dato normativo da parte della giurisprudenza — sia teorica che pratica — è continuata, non solo (cosa assolutamente normale)

all'ampliamento dell'area dei vizi del consenso idonei a determinare l'annullabilità del contratto (una prudente apertura si è avuta — al riguardo — solo sul piano "risarcitorio", attraverso la recente giurisprudenza formatasi sulla figura del cosiddetto "contratto valido ma sconveniente").

Questa cautela la giurisprudenza ha confermato anche allorché ha respinto il tentativo di fare della buona fede *in contrahendo* una "regola di validità", facendo conseguire alla sua violazione la "nullità" del contratto, anziché la sua annullabilità. Le famose "sentenze Rordorf" del 2007 (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725) hanno avuto il merito di "frenare" anche quest'altro uso poco controllato della "buona fede": il che non ha, peraltro, impedito la riproposizione della tesi della "invalidità" attraverso il ricorso ad altri strumenti (come, ad esempio, la "causa in concreto" o il "giudizio di meritevolezza"), il che potrebbe suscitare (probabilmente, non a torto) l'impressione di un ossequio solo formale della "giurisprudenza Rordorf", accompagnato da una sua sostanziale "elusione" (con esiti, peraltro, singolari: val la pena, ad esempio, di osservare come il recupero da parte dei nostri giudici della causa — sia pure nella forma della "causa in concreto" — anche come strumento di controllo degli squilibri contrattuali, si muova in "controtendenza" rispetto a quanto avvenuto ad esempio in Francia, dove il legislatore della riforma ha, almeno formalmente, abbandonato il concetto di "causa", abbracciando l'idea che le varie funzioni da esso svolte, possano essere realizzate attraverso altri strumenti, e con rimedi diversi da quello della nullità).

(89) Abbiamo brevemente esaminato, nelle pagine precedenti, alcune di queste normative, che qui ci limitiamo a richiamare (in ordine cronologico): l. n. 108 del 1996 (sull'usura), l. n. 192 del 1998 (sulla subfornitura e l'abuso di dipendenza economica), l. n. 27 del 2012 (di conversione del d.l. n. 1 del 2012, art. 62 relativo alla disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari), l. n. 81 del 2017 (sulla tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale), ecc.

Naturalmente, a questo elenco (che trascura interventi legislativi minori, e che comunque non ha alcuna pretesa di esaustività) si dovrebbero quantomeno aggiungere, per quanto non siano state qui oggetto di richiami specifici, le norme in materia contrattuale contenute nel tit. VI t.u. bancario (d. lg. 1° settembre 1993, n. 385, s.m.i.) e le norme del t.u. fin. (d. lg. 24 febbraio 1998 n. 58, s.m.i.).

Un altro ambito che meriterebbe di essere approfondito è quello del cosiddetto "diritto contrattuale antidiscrimina-

torio" (su cui v., ad esempio, D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 s., nonché P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in questa *Enciclopedia*, Contratto, 2021).

torio" (su cui v., ad esempio, D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 s., nonché P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in questa *Enciclopedia*, Contratto, 2021).

È come se quest'ultimo si sia posto *in concorrenza* con il legislatore, in una continua rincorsa per *sopravanzarlo* (individuando nuove "debolezze" da proteggere, e nuovi "rimedi" da congegnare per rendere "effettiva" la tutela di determinati soggetti). Non a caso si discorre sempre di più — in queste impostazioni — di "*oltrepassamento della fattispecie*" (92), e la ricerca di un "principio generale" (direttamente applicabile dal giudice) — che possa consentire di superare le "angustie" della singola previsione normativa (per quanto ampia essa sia), e gli stessi vincoli ai quali soggiace

torio" (su cui v., ad esempio, D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 401 s., nonché P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in questa *Enciclopedia*, Contratto, 2021).

Si noti — peraltro — che, di per sé, il divieto di discriminazione (nei limiti in cui sussiste) non presidia la "giustizia" del contenuto contrattuale (salvo il caso in cui la discriminazione si attui pretendendo di praticare condizioni contrattuali diverse e più onerose ad alcune categorie di contraenti: cosa — va subito aggiunto — che non è vietata in assoluto, ma solo quando abbia a suo fondamento esclusivamente un "motivo" di discriminazione).

(90) Ivi compreso il ricorso all'analogia, se pur talora non esente da "forzature". V. quanto osserva MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 624, laddove parla (con espressione indubbiamente "forte") di un « accumulo di operazioni di analogia legis sorrette da un malriposto furore ideologico ».

(91) In questa prospettiva si muovono, per esempio, scrittori autorevoli, come N. LIPARI (*Intorno alla "giustizia" del contratto*, cit., 235 s.), G. VETTORI (*Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 53 s.; Id., *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in *Manuale diritto privato europeo* a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, Giuffrè, 2007, 596; Id., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *N. leggi civ.*, 2015, 151 s.; Id., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, Giappichelli, 2015, 149 ss.; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, 5 ss.), A. DI MAJO (*Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Pers. merc.*, 2013, 130 s.; Id., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 s.), V. SCALISI (*Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., 337 s.), P. PERLINGIERI (*Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss.; Id., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, ivi, 2001, 347).

(92) « Oltre la fattispecie » è — ad esempio — il titolo del paragrafo iniziale dell'articolo di VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., 5; e di rottura delle « catene costrittive della fattispecie » parla LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, cit., 265.

il procedimento “analogico” — è la riprova di questo tentativo di disancorarsi da limitazioni che possano in qualche modo emergere dal “sistema legislativo” (93).

Alla base di questo atteggiamento — che spesso teorizza il già ricordato “superamento della fattispecie” in nome di un affermato “primato del caso” (94) — sta, probabilmente, l’insopprimibile anelito in direzione della *eguaglianza sostanziale* dei soggetti (e, quindi, anche dei contraenti) (95). Sennonché — e così torniamo a qualcuna delle riflessioni iniziali del nostro discorso — un contratto sul quale venga fatto gravare il peso delle “diseguaglianze sostanziali”, e a cui si attribuisca la funzione di superarle (in nome della “giustizia”), è un istituto che viene caricato di un compito che esso non può assolvere, e nel corpo del quale viene innestato un principio capace di portare alla dissoluzione dell’organismo del quale è entrato a far parte.

Si può ammettere anche che l’eguaglianza (for-

(93) Basti dire, per esempio, che — nella prospettiva che stiamo esaminando (e v. anche quanto osserviamo subito *infra*, nel testo) — il concetto di “buona fede” tende ad essere utilizzato in modi che lo accostano sempre più chiaramente all’“equità”, che tuttavia — per l’art. 1374 c.c. — può entrare in gioco solo in mancanza di una norma di legge (e subordinatamente agli usi, se esistono).

Per una riflessione attenta sui rapporti tra buona fede ed equità, v. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 556 s.

(94) Si veda, ad esempio, per un richiamo al concetto di “legalità del caso” (utilizzato proprio in un saggio sul tema della “giustizia contrattuale”) LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, cit., 237.

(95) Questo anelito si intravede bene nelle parole con cui di MAJO, *Giustizia individuale o sociale?*, cit., 130 ss., descrive (sulle orme di Canaris) l’approccio cosiddetto “materializzante” al tema della giustizia: « [...] Siffatto indirizzo [quello di Canaris] è il segno di un approccio la cui finalità non è tanto la osservanza di regole formali riguardanti ad esempio la astratta formazione del volere, quanto la garanzia della reale ed effettiva libertà decisionale (*Entscheidungs-Freiheit*) del contraente e cioè di libertà del decidere nell’un senso o nell’altro e dove il rapporto tra gli elementi dello scambio per acquistare rilevanza negativa non ha bisogno di rompere con regole procedurali, siano esse fissate dalla legge o dal mercato. — Siamo anni luce distanti dai concetti di libertà e giustizia contrattuali, così come tramandati dalle dottrine e dai codici del novecento. — Il concetto di *Materialisierung* ha riferimento alla libertà contrattuale ma vista sotto l’aspetto della reale ed effettiva libertà decisionale (*Entscheidungsfreiheit*) del contraente, e cioè della effettiva libertà di decidere nell’un senso o nell’altro, così come anche alla giustizia ma vista sotto la forma del rispetto, di “una etica materiale ispirata a responsabilità sociale”, così come insegnato da Wieacker, quale *Sozialmodell* dei classici codici di diritto privato (1952). — Siffatta *Materialisierung* si contrappone ai valori “formali” su cui sono invece tradizionalmente ispirati i concetti di libertà e di giustizia contrattuali nei codici ».

male) non si esaurisca più nella (e non sia garantita più dalla) mera “generalità” del precetto legislativo, ma si sia andata trasformando sempre più nella “(in)giustificabilità della differenziazione” (concetto più “debole” e problematico, ma forse più idoneo a riflettere la complessità di un mondo nel quale si è certamente ridotto il novero dei valori condivisi, e sono diventate sempre più esili le identità sociali (96) e individuali, su cui un tempo il legislatore fondava le proprie norme). Ma il punto è che — a meno che l’ingiustificabilità non possa supportare un giudizio che conduca all’applicazione *analogica* di una disposizione già esistente (97) — è solo la Corte costituzionale che ha il potere di giudicare la *ragionevolezza* o meno della differenziazione (98), non certo il giudice

(96) Che definivano — fino a poco tempo fa — alcune distinzioni su cui il legislatore poteva basare la differenziazione normativa (si pensi per esempio alla distinzione tra lavoro “subordinato” e lavoro “autonomo”).

(97) Il che presuppone il superamento di almeno due ostacoli: *a*) il primo costituito dalla dimostrazione che il caso (suppostamente) “non regolato” costituisca veramente una “lacuna” (in senso proprio), e non manifesti invece la volontà (sia pure implicita) del legislatore di regolarlo diversamente rispetto ad un’altra fattispecie solo apparentemente “analoga” (si consideri il caso, sopra richiamato, della mancata previsione di una sindacabilità “per eccessività” della caparra confirmatoria, a fronte di una disciplina che consente invece espressamente la riducibilità della penale “manifestamente sproporzionata”); *b*) il secondo costituito dalla dimostrazione che la “regola” che si vuole estendere analogicamente non costituisca una norma “eccezionale”. È chiaro che questi due ostacoli scompaiono di colpo se si opta per una argomentazione per “principi”: ma, così concepita, una tale argomentazione finisce per diventare uno strumento idoneo a “scardinare” il sistema del diritto positivo, rendendone superflue la maggior parte delle disposizioni, e cancellando il lavoro di “bilanciamento” che è sotteso alla costruzione delle “fattispecie normative” da parte del legislatore.

L’inconveniente, poi — come ha sottolineato Irti, nei suoi recenti interventi sul tema — è quello di dar vita ad un “diritto incalcolabile”, conseguenza sulla quale forse si è riflettuto sinora assai poco (e la circostanza che talora — e sempre più spesso negli ultimi tempi — la causa dell’incertezza sia riconducibile alla stessa legislazione — per il suo carattere disorganico, caotico, a volte contraddittorio — non legittima certo l’aggiunta di un ulteriore fattore di incertezza, considerata anche la debolezza attuale della “funzione nomofilattica” svolta dalla Corte di cassazione). Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 41 s.; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 s.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 s.; Id., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 s.; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 s.; infine, Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016 (che raccoglie i precedenti saggi sul tema).

(98) Con l’avvertenza ulteriore che sancire l’irragionevolezza della discriminazione (o della differenziazione) significa pur sempre far valere l’eguaglianza *formale* (ossia il principio che casi eguali devono essere trattati in maniera eguale), non anche rimuovere un fattore di diseguaglianza

comune (99). Ma — detto tutto ciò — è evidente che nei Tribunali si continuerà a perseguire (anche) la giustizia *sostanziale*, senza attendere che sia il legislatore (cui questo compito competerebbe) a introdurre deroghe, eccezioni, norme “speciali”, ecc. che *modifichino* e *correggano* una disciplina che, in ipotesi, appaia (al giudice) censurabile perché non tiene conto di situazioni che meriterebbero un trattamento differenziato rispetto alla regola generale. L'importante è che — in tutto questo — non si smarrisca del tutto la razionalità del “sistema” (pericolo che non è affatto eccessivo evidenziare), e non prevalgano soluzioni estemporanee e poco meditate, che rischiano oltre tutto, più che di eliminare le “ingiustizie” che si ritengono presenti nel contratto, di aggiungerne (o alimentarne) delle nuove, con un esito palesemente controfunzionale (100).

*sostanziale* (= trattare in maniera *diversa* casi che si ritengono essere diversi).

Il che mostra — fra l'altro — che, quando invece, si invoca il valore dell'eguaglianza *sostanziale*, bisogna riconoscere che si stanno compiendo interventi in nome dell'*equità*, e quindi di una giustizia “particolare” (e, dunque, sulla base di un criterio che non è “generalizzabile”, o che non discende dalla estensione di una regola “generale”, alla quale invece apporta deroga).

(99) Il cui intervento — oltre tutto —, valendo soltanto per le parti del concreto giudizio (a differenza della pronuncia della Corte, che è invece efficace *erga omnes*), rischia di aumentare anziché ridurre le disuguaglianze, perché ne introduce una nuova nell'ambito della stessa categoria dei soggetti che subiscono una (supposta) discriminazione (precisamente tra coloro che hanno visto riconosciuta la infondatezza della discriminazione, e coloro che non hanno ottenuto eguale esito, o non hanno neanche pensato di chiederlo).

(100) Si intende far riferimento alla possibilità che orientamenti giurisprudenziali poco meditati abbiano l'effetto di *limitare* (anziché *favorire*) *l'accesso* (o *la permanenza nel mercato dei soggetti che si vorrebbero invece tutelare*). Questo rischio è presente financo quando è il legislatore a prevedere forme di tutela che — non importa se a torto o a ragione — vengano percepite come eccessive (gli esempi potrebbero essere numerosi: oltre a quelli già fatti *supra*, alle nt. 2 e 72 dove sono state richiamate la vicenda della legge sull'equo canone e quella della rescissione per lesione, si può pensare per esempio alla recente normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato, introdotta dal cosiddetto “Decreto dignità” — d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2018, n. 96 — che, secondo molti commentatori, determinerà una riduzione dei livelli occupazionali, o, nella migliore ipotesi, una più rapida “turnazione” tra i soggetti che verranno assunti con contratti a tempo determinato, e dunque sostanzialmente impedirà l'accesso a questo mercato di alcuni soggetti che altrimenti lo avrebbero avuto, oppure determinerà la precoce uscita dal mercato di soggetti che vi erano entrati; ma esso si accentua quando l'“eccesso” provenga da orientamenti giurisprudenziali, che — a parte la tutela fornita nel caso specificamente

Ci piace, perciò, concludere con una citazione di uno storico francese dell'Ottocento, premettendo che quanto egli scrive con riferimento al lavoro dello storico può e deve essere riferito — a nostro avviso — a qualsiasi campo di indagine, e non solo quando quest'ultima sia compiuta per finalità scientifiche, ma anche (e forse soprattutto) quando — come accade per il diritto — essa abbia finalità pure “pratiche”: « L'histoire n'est pas une science facile; l'objet qu'elle étudie est infiniment complexe; une société humaine est un corps dont on ne peut saisir l'harmonie et l'unité qu'à la condition d'avoir examiné successivement et de très-près chacun des organes qui le composent et qui en font la vie. Une longue et scrupuleuse observation du détail est donc la seule voie qui puisse conduire à quelque vue d'ensemble. Pour un jour de synthèse il faut des années d'analyse » (101).

Giovanni D'Amico

FONTI. — Le fonti normative rilevanti, direttamente o indirettamente, per il tema della “giustizia contrattuale” sarebbero numerosissime, e tendenzialmente coestensive con l'intera disciplina del contratto. Nell'impossibilità di farne un elenco completo, ci si limita a far rinvio alle indicazioni contenute nel testo e nelle note, avvertendo che si tratta di indicazioni comunque prive di qualsiasi pretesa di esaustività.

LITTERATURA. — Anche la letteratura che tocca, direttamente o indirettamente, il tema della “giustizia contrattuale” è sterminata, si da non consentire una selezione che ambisca ad avere un minimo di completezza e di oggettività. Pertanto ci si limita a far rinvio alle opere richiamate nel testo e nelle note, al solo scopo di documentare il percorso argomentativo che si è ritenuto di seguire nella trattazione del tema.

deciso, e a favore del soggetto in esso coinvolto — spesso hanno il solo effetto di determinare reazioni di “chiusura” o di “restrizione” del mercato rispetto all'intera “categoria” cui appartiene il soggetto occasionalmente tutelato, oppure di determinare tentativi di “eludere” l'applicazione delle regole “indesiderate”.

Risiede anche in ciò la giustificazione profonda dell'esigenza che eventuali “carenze di tutela” siano soddisfatte dal legislatore (un legislatore — naturalmente — che sia all'altezza del compito che dovrebbe svolgere, anche con riferimento alla capacità di intervenire tempestivamente), non foss'altro perché solo il legislatore può — nella maggior parte dei casi — disporre di tutti gli elementi di giudizio necessari per effettuare una valutazione dei diversi interessi che vengono in considerazione (a volte con carattere di forte conflittualità tra di loro).

Sul tema della “giustizia inclusiva” si veda la più recente riflessione di E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 243 ss.

(101) F. DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, I. L'empire romain - Les Germains - La royauté mérovingienne*<sup>2</sup>, Paris, Hachette, 1907, 4 (corsivo finale nostro).

## COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO - GIOVANNI D'AMICO

RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO - MASSIMO DONINI

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI - FRANCESCO RICCOBONO

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828819158