

Giovanni D'Amico

“Giustizia contrattuale” nella prospettiva del civilista*

Sommario: **1.** Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto. **2.** Segue. “Giustizia contrattuale” e tutela dell’integrità del consenso. **3.** “*Qui dit contractuel dit juste*”? L’abbandono dell’idea che fa(ceva) coincidere “autonomia contrattuale” e “giustizia”, e la emersione dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “*antitrust*” e la “costruzione” del mercato concorrenziale. **4.** 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”). **5.** Conclusioni dell’indagine “preliminare”.

1. Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto

Affrontare il tema della “giustizia contrattuale” impone, più di quanto accada con altri argomenti, la necessità 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 problemi¹, ed è indispensabile pertanto delimitare il terreno sul quale verrà condotta la discussione.

* Il testo che si pubblica mantiene il carattere (in funzione del quale è stato pensato) di una introduzione generale (sia pure dalla prospettiva specifica del civilista) al tema della “*Giustizia contrattuale*”, oggetto di un Seminario di studio svoltosi a Reggio Calabria il 3 giugno 2016 su iniziativa della cattedra di Diritto del lavoro. Ciò giustifica il fatto che le indicazioni bibliografiche siano limitate all’essenziale (e, comunque, non abbiano minimamente aspirazione alla completezza), al fine di non appesantire in maniera eccessiva l’esposizione.

Il contributo è destinato agli Studi in onore di Giovanni Furgiele.

¹ Ne fornisce riprova l’interessante raccolta giurisprudenziale curata da CHIODI, *La giu-*

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 “equilibrio” (una “proporzione” o anche una “equivalenza”) tra le prestazioni che attraverso il contratto le parti programmano di scambiarsi³. Può aggiungersi che chi assume che la “giustizia”

stizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento, Giuffrè, 2009, nella quale compaiono sentenze che vanno dalla materia della clausola penale eccessiva a quelle degli interessi usurari, dalla presupposizione alla clausola *rebus sic stantibus*, alle clausole vessatorie nei contratti di adesione; e così via.

² Anche le concezioni “procedurali” finiscono per presupporre una nozione “contenutistica” (o “sostanziale”, che dir si voglia) della “giustizia contrattuale”; solo che esse ritengono che l’obiettivo di un contratto “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 es., 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 *alternatività assoluta* tra i due modi di intendere e di realizzare la “giustizia contrattuale” indicati nel testo, perché nella realtà degli ordinamenti il *legislatore* utilizza 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 farsi – 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 c.d. sull’equo canone) ad oggi – succedere 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 parzialmente) la libertà delle parti di determinare il regolamento negoziale, sia pure nel quadro di modalità di contrattazione (c.d. “assistita”) volte a “riequilibrare” le posizioni contrattuali “diseguali” dei contraenti.

³ Due osservazioni, a integrazione dell’affermazione di cui al testo:

a) la prima consiste nell’evidenziare come sia implicita, nella delimitazione suggerita, l’assunzione che la “giustizia contrattuale” abbia a che fare soprattutto (anche se non esclusivamente) con il contenuto “economico” del contratto, benché sia indubitabile che un problema di “equilibrio” si possa porre (e si ponga) anche con riferimento al contenuto c.d. “normativo” (nel § 4, del resto, prendiamo in esame la disciplina delle “clausole vessatorie” nei contratti dei consumatori, che è diretta a porre rimedio – tipicamente – proprio ad uno squilibrio “normativo”), e benché si debba ulteriormente avvertire che la distinzione tra contenuto “economico”

(nel senso appena indicato) costituisca un dato che *deve caratterizzare sempre* il contratto (ad es. in virtù dell'applicazione di una clausola generale, o di uno o più principi costituzionali che si riferiscano a qualsiasi contratto e che prescindano da "fattispecie" particolari), ipotizza (implicitamente) che possa/debba individuarsi un *rimedio* per il caso in cui la singola stipulazione appaia "squilibrata" (o "sproporzionata"), rimedio che implica naturalmente un sindacato (giudiziale) sull'atto di autonomia negoziale che in ipotesi venga valutato come "ingiusto". Sotto questo profilo, il problema della giustizia contrattuale si risolve nel problema del *controllo giudiziale sul contenuto del contratto* (e in tali termini esso sarà, principalmente, considerato nel presente contributo).

In tale prospettiva, un problema di "giustizia contrattuale" (nel senso specifico appena indicato) sembra potersi porre solo per quei regolamenti contrattuali (o per quelle *parti* dei regolamenti contrattuali) che sono effet-

e contenuto "normativo" del contratto non può che essere concepita come relativa (è evidente, infatti, che le clausole "normative" sono spesso connesse a quelle economiche: basti pensare – ad es. – al caso delle garanzie, delle clausole di esonero da responsabilità, ecc.);

b) la seconda consiste nel sottolineare come la nozione in tal modo individuata (stipulativamente), evocata – con tutta evidenza – un problema di "giustizia commutativa", non anche di "giustizia distributiva" (o di "giustizia sociale"), la quale ultima – a nostro avviso – è, *come tale*, estranea al tema della giustizia contrattuale *in senso stretto*, intesa (secondo un ulteriore assunto dal quale muoviamo) come "giustizia" che debba/possa essere assicurata attraverso un intervento giudiziale, correttivo del contenuto contrattuale.

La "giustizia sociale" – *in linea di principio* – non può, infatti, che essere affidata a interventi (necessariamente del legislatore, e non del giudice) che facciano gravare sulla "fiscaltà generale" l'onere di assicurare alcune prestazioni "sociali", evitando di far ricadere quest'onere su alcuni soggetti (privati) soltanto, e non sugli altri (sul punto si vedano anche le condivisibili considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *RDC*, 2016, p. 1262 ss., spec. p. 1285 ss., dove – 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", LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, in *ID.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, p. 235 ss., spec. p. 263). Quel che, al più, sembra potersi dire è che "anche dal contratto, se improntato a giustizia, possa venire – trattandosi di fatto dotato di sicura rilevanza economica e a volte anche di particolare valore sociale (si pensi al contratto di lavoro nella prospettiva dell'art. 36, comma 1, Cost.) – un contributo non secondario alla costruzione di una moderna economia sociale di mercato e dunque alla realizzazione di una maggiore giustizia sociale" (così SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi. Fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, 2007, p. 253 ss., spec. p. 255, e poi anche in SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, p. 363).

tivamente lasciati alla regolamentazione *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 che qui intendiamo). Il che 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 cogenti⁵ che il legislatore detta per il contratto, o per specifici contratti, come ad es. il contratto di lavoro)⁶, ma vuol significare, piuttosto, che – in presenza di una disciplina legislativa specifica volta ad assicurare la “giustizia” del contratto (si pensi ad es. alla nor-

⁴ Magari anche di “giustizia distributiva”, e non soltanto di “giustizia commutativa” (v. la nota precedente). 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 CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *ED*, *Annali*, VII, 2014, p. 447 ss., spec. p. 455 e nt. 53, ove richiami al dibattito su questo tema; e v. anche *ivi*, § 7, p. 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 c.d. “procedurale”).

⁵ Il problema della “giustizia” (nel senso specifico di contemperamento equilibrato degli interessi dei contraenti) non è estraneo, ovviamente, neanche alla formulazione del c.d. “diritto dispositivo”, ma la “derogabilità” di questo diritto fa assumere alla “giustizia” di cui esso sia in ipotesi espressione un significato diverso da quello di cui si può parlare con riguardo al diritto cogente.

⁶ Cfr. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *DDPCiv*, Aggiornamento, VII, 2012, p. 534 ss., spec. p. 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 [...]”.

Si noti come – nell'elencazione di Sacco, appena riportata – si mescolino interventi legislativi volti ad assicurare la giustizia “sostanziale” del regolamento contrattuale, con interventi che più specificamente attengono a quella che potrebbe chiamarsi la giustizia “procedurale” della contrattazione (si pensi alla disciplina dei vizi del consenso).

mativa sul c.d. "equo canone", che era stata dettata in materia di locazioni di immobili urbani ad uso abitativo 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 (e, dunque anche – ma solo *indirettamente* – agli scopi di "giustizia" che essa, in ipotesi, persegue)⁷.

Non è detto peraltro che *legalità* e *giustizia* 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 perseguire potrebbe essere una giustizia "distributiva", e non soltanto (o non anche) "commutativa"⁹. Per altro verso, invece, può

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.lgs. 9 novembre 2012 n. 192) nell'ultimo comma dell'art. 7 del d.lgs. 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 il contenuto dell'accordo medesimo*", quasi che applicazione dei termini legali e riconduzione ad equità potessero divergere).

⁸ Cfr. SACCO, *op. cit.*, p. 536, laddove l'A. 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"). E così, per quanto riguarda la disciplina delle locazioni commerciali, era sottesa alla legge 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 consentire l'accesso al "bene-casa" (per realizzare 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

ben accadere che l'obiettivo che il legislatore si proponga di raggiungere (dettando la disciplina cogente di un determinato rapporto contrattuale) sia un obiettivo diverso da quello di una determinazione "equilibrata" delle prestazioni: ciò è abbastanza evidente nel campo dei "prezzi imposti", dove ad es. 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, da una autorità amministrativa o da un'agenzia regolatoria) per scoraggiare (poniamo) il consumo di quel bene, ovvero per (altre) ragioni che comunque prescindono dalla "equivalenza" tra le prestazioni delle parti¹⁰.

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" (o magari – per quanto appena detto – la "ingiustizia") di esso non inerisca – propriamente parlando – al contratto *in quanto tale* (ossia come atto espressione di autonomia privata), bensì alla legge (o al provvedimento amministrativo)¹¹ al quale il contratto si conforma (*recte: deve conformarsi*). Del

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.

¹⁰ Magari facendo gravare sul bene una forte imposizione fiscale: si considerino, ad es., 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 es. automobili con motore elettrico) o di indurre l'impresa ad offrire un servizio che altrimenti sarebbe "antieconomico" erogare (in quest'ultimo caso, sovente la P.A. 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.*, p. 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 c.d. "pianificazione" che caratterizzava quei sistemi economici.

resto, in questi casi (o in alcuni di essi) – anche quando la (etero-)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

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” (*gosplàn*), 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 (*narjád*) che avevano come destinatari le singole imprese. “[...] Il piano vincolava l'impresa alla conclusione di contratti funzionali allo svolgimento della relativa attività. Il *narjád* 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 DE LUCA, *Russia*, in DIURNI (a cura di), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, 2008, p. 311 ss., spec. p. 319 ss.).

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

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 es., 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 es., che la P.A. 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 essenziali (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).

dall'esigenza di assicurare un "equilibrio" e/o "proporzione" tra le prestazioni)¹³ – è difficile immaginare che da queste normative si 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. Segue. "Giustizia contrattuale" e tutela dell'integrità del consenso

C'è un altro modo (diverso da quello, sin qui esaminato – che consiste, come visto, nel fissare *direttamente*, con una disciplina cogente, il contenuto del contratto) mediante il quale l'ordinamento giuridico si fa carico (questa volta, in maniera *indiretta*) del problema che il contratto non finisca per contenere pattuizioni "inique" (che svantaggino ingiustamente una parte, avvantaggiando l'altra).

Questo modo è costituito dalla disciplina dei *vizi del consenso* (errore, violenza, dolo, altri eventuali "vizi del volere" individuati dal legislatore), in

¹³ E cfr. ancora SACCO, *op. cit.*, p. 536, il quale scrive (con molta efficacia): "... 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 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 es. – volendo esemplificare due diverse posizioni al riguardo – da un lato, GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *RDC*, 2004, II, p. 27 ss., spec. p. 52, dall'altro, VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *EDP*, 2006, p. 53 ss., spec. p. 58 (nonché ID., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo*, cit., p. 393 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *CI*, 2012, p. 1190 ss.).

presenza dei quali – naturalmente – il tema dell'“equilibrio” tra le prestazioni previste nel contratto è destinato certamente a porsi, perché in tal caso il *consenso* pur formalmente prestato dal contraente a quel determinato regolamento negoziale non garantisce (nemmeno *in astratto*) che un ipotetico svantaggio patrimoniale sia stato da lui effettivamente valutato ed accettato¹⁵.

Due circostanze vanno tuttavia subito evidenziate:

a) la prima è che la disciplina dei vizi della volontà mostra (almeno nel nostro ordinamento) come il legislatore intenda tutelare l'integrità del consenso *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)¹⁶;

b) la seconda è che l'esistenza del vizio del volere (e del connesso – eventuale, se pur probabile – “squilibrio” contrattuale) non sempre determina l'annullabilità del contratto (l'errore deve essere *ricoscibile*, il dolo deve essere *determinante*, la violenza deve essere *idonea fare impressione su una persona sensata*, ecc.); in particolare, non è causa di annullabilità del contratto l'errore *sui motivi*, e in specie *l'errore sul valore* (o sulla convenienza economica), come pure non comporta annullabilità il raggirò che abbia soltanto *inciso* sulle condizioni patrimoniali di un contratto che il *deceptus* avrebbe comunque concluso, se pure a condizioni diverse (art. 1440 cod. civ.).

Tutto ciò mostra che *nemmeno quando il consenso sia “viziato”* è possibile sempre far valere l'iniustizia/ingiustizia del contratto (ossia uno “*squilibrio*” economico che, in ipotesi, sussista tra le prestazioni). Anche per questa ragione, si conferma dunque che dalla disciplina dell'annullabilità per vizi del consenso non si può trarre un “principio generale” che escluda la validità (e

¹⁵ Alla disciplina dei vizi del consenso può essere accostata, sotto il profilo che qui interessa, la disciplina dell'*incapacità naturale* (art. 428 cod. civ.), 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 risolve nella mera consapevolezza dello stato di incapacità naturale in cui versa la controparte, ovvero richieda un comportamento attivo di *approfittamento* di tale condizione).

¹⁶ Altro è che possa ritenersi che sia proprio la supposizione secondo cui una volontà “viziata” non è in grado di effettuare una corretta valutazione di *convenienza economica* a costituire la ragione principale (se pure non esclusiva) della disciplina dei vizi del consenso.

Non potrebbe, invece, dirsi che questa disciplina si faccia carico anche di una *ratio* di tutela *del mercato*, in quanto essa prende in considerazione (solo) *occasionali ed episodiche deviazioni* da uno standard di comportamento *razionale*, tali da non costituire (nella maggior parte dei casi, almeno) un fatto idoneo ad incidere sulle dinamiche di mercato.

l'efficacia) di un contratto affetto (in ipotesi) da squilibrio economico. Di più: nei limiti in cui questa disciplina tutela il contraente (anche) contro lo squilibrio, essa mostra di farlo non tanto in considerazione dello squilibrio *in sé* quanto piuttosto per la presenza del vizio del consenso (che ne abbia – in ipotesi – costituito il presupposto).

Quanto appena detto vale – *mutatis mutandis* – anche in presenza di quelle situazioni (“stato di bisogno”, “stato di pericolo”) che – ai sensi degli artt. 1447 e 1448 cod. civ. – costituiscono il presupposto della *rescindibilità* del contratto. In questo caso, all’“iniquità” del regolamento contrattuale viene dato rilievo *indipendentemente dall’esistenza di un vizio del consenso*¹⁷, ma – ancora una volta – il legislatore non mostra di volere in tal modo applicare (o esplicitare) un principio *generale* che imponga nei contratti l’“equivalenza” delle prestazioni tra le parti. Intanto, perché solo la lesione *ultra dimidium* legittima il contraente a chiedere (*ex art. 1448 cod. civ.*) la rescissione del contratto; ma, soprattutto, perché proprio in questa norma trova conferma *a contrario* che lo squilibrio (economico) tra le prestazioni non costituisce *di per sé* causa di invalidità e/o impugnabilità del negozio, tale potendo diventare solo in presenza di qualche *ulteriore requisito* (che, nel caso della rescissione per lesione, è costituito dallo “stato di bisogno” del contraente)¹⁸.

¹⁷ Anche se è diffusa la considerazione della disciplina della “lesione” come previsione di un c.d. “quarto vizio del consenso”.

¹⁸ Concetto recentemente ribadito da Cass. 4 novembre 2015 n. 22567, dove si legge che “Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare ai fini della rescissione del contratto a norma dell’art. 1447 cod. civ. 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 cod. civ. 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””.

È appena il caso di osservare, poi, che diversa da una nullità del contratto per sproporzione tra le prestazioni (nullità – come appena detto – da escludere), e diversa altresì dalla rescindibilità del contratto *ex artt. 1447 e 1448 cod. civ.*, è la “inefficacia” dello stesso a seguito dell’esercizio (da parte dei creditori) dell’azione revocatoria. In particolare, con riferimento all’imprenditore fallito, l’art. 67 l. fall. (in sede di disciplina dell’azione revocatoria fallimentare), nella sua attuale versione (risultante dalla modifica introdotta con d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. nella l. 14 maggio 2005 n. 80), prevede che “Sono revocati, salvo che l’altra parte provi che non conosceva lo stato d’insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell’anno anteriore alla di-

Conclusione, quest'ultima, che non è destinata a mutare neanche di fronte a quella che appare oggi come la previsione più ampia (e più generale) che dia rilevanza, nel nostro ordinamento, al profilo della "lesione". Intendiamo riferirci alla disposizione del nuovo art. 644 cod. pen. (quale risultante dopo la modifica introdotta dalla l. 7 marzo 1996 n. 108), che, nel punire il reato di usura, dispone (al 3° comma) 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 similari, *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*".

Prescindendo qui dalla previsione (cui allude l'inciso iniziale della disposizione citata) della c.d. "usura in astratto" (che riguarda soltanto il mutuo e gli altri contratti di "finanziamento", in cui il corrispettivo è costituito dagli "interessi"), quanto alla previsione (*di più vasto ambito di applicazione*¹⁹,

chiarazione di fallimento, *in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso ...*" (nella versione precedente si parlava di atti a titolo oneroso compiuti *nei due anni* precedenti la dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito "sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso").

¹⁹ Perché non riguarda soltanto gli "interessi", bensì 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 e/o a qualsiasi forma di "utilità" che possa configurarsi a favore di uno dei contraenti (ad es. costituisce – sotto questo profilo – una tipica pattuizione "usuraria" il patto commissorio [non a caso vietato dall'art. 2744 cod. civ.], che consente al creditore di lucrare [sia pure per effetto dell'inadempimento di controparte] un "vantaggio" eccessivo, rappresentato dal maggior valore del bene che il creditore acquisisce in proprietà rispetto all'entità del credito, non diversamente da quanto sarebbe accaduto se il mutuante avesse preteso la restituzione della somma consegnata al mutuatario *maggiorata di interessi particolarmente elevati*) (e v. Cass. 26 gennaio 1980 n. 642, sebbene la pronuncia sembri riferirsi ad una ipotesi di *datio in solutum*, senza la previa stipula di una pattuizione commissoria: "Il trasferimento della proprietà di un bene il cui valore sia di gran lunga superiore all'ammontare del debito che con quel trasferimento venga pagato integra quel vantaggio usurario che vale a configurare il delitto di usura previsto dall'art. 644 cod. pen., sicché, ove sia dedotto come fatto costitutivo della rescissione del contratto per lesione "*ultra dimidium*", il giudice deve accertare la sussistenza di tale fatto e la correlativa configurabilità, in concreto, del delitto di usura al fine di applicare all'azione di rescissione la prescrizione prevista per l'azione penale relativa a tale delitto").

Più in generale, è da ritenere che *qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive* (ad es. una ven-

e quindi maggiormente significativa ai fini del nostro discorso) della c.d. “usura in concreto” (cui si riferisce la seconda proposizione del 3° comma dell’art. 644 cod. pen.), è agevole osservare come la norma richiede comunque che la valutazione del carattere (eventualmente) usurario [degli interessi, se pur sotto-soglia, o] degli “altri vantaggi o compensi” possa essere formulata qualora essi risultino *sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità*, ma a condizione (altresi) che *chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria* (presupposto ulteriore, senza il quale la semplice “sproporzione” – che non raggiunga la soglia della “usura in astratto”²⁰ – non basterebbe a rendere nulla la pattuizione).

Ammesso pure che questi due presupposti (carattere genericamente “sproporzionato”, ed esistenza di una condizione di “*difficoltà economica o finanziaria*”) abbiano “abbassato” la soglia civilistica di rilevanza (quanto meno ai fini risarcitori, in part. ex art. 1337 cod. civ.) rispetto ai più severi requisiti dello “stato di bisogno” e della “*laesio enormis*” (che continuano ad essere richiesti dall’art. 1448 cod. civ., *ai fini della rescissione del contratto*)²¹, resta dunque pur sempre vero che continua a non essere consentito né sindacare qualsiasi “sproporzione” (in particolare, *non sembra che sia sindacabile una “sproporzione” che si allinei alle condizioni di mercato*²²), né sindacare una spro-

dita) 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 *GI*, 1998, p. 926).

²⁰ È appena il caso di osservare che il “tasso-soglia” definisce il limite (*superiore*) della c.d. “usura in concreto” (in quando, *al di sopra di esso*, la sproporzione rileva automaticamente, e senza bisogno di ulteriori requisiti), solo quando venga in gioco un contratto di finanziamento (ossia un contratto nel quale il corrispettivo sia costituito da “interessi”). Nelle ipotesi, invece, di contratti diversi – nei quali la prestazione (utilità) promessa non è costituita dalla restituzione di un capitale maggiorato di interessi, ma consiste ad es. nel trasferimento della proprietà di un bene (verso una controprestazione) –, casi in cui viene in gioco la c.d. “usura reale”, non esiste un parametro “oggettivo” (come è – per gli interessi – il “tasso soglia”), ma ciò non muta la valutazione giudiziale, che – per quanto riguarda il requisito della “sproporzione” – presenta gli stessi caratteri (e – semmai – nella c.d. “usura reale” potrebbe consentire al giudice di fissare una “soglia” alquanto elevata, prima di riconoscere l’esistenza di un regolamento “sproporzionato”).

²¹ Il problema delle conseguenze civilistiche dell’usura è diventato – dopo la legge 108/1996 – particolarmente difficile da decifrare, e decisamente controverso. Sull’intera questione ci limitiamo a rinviare alla sintesi del dibattito che si legge in DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, p. 473 ss., spec. p. 478 ss.

²² Condizioni di mercato che potrebbero essere – in ipotesi – “squilibrate” (se così può

porzione che (fuori naturalmente dai casi di "usura presunta" o "in astratto") non trovi la sua causa nell'esistenza di una condizione di "difficoltà economica o finanziaria" del contraente²³.

3. *"Qui dit contractuel dit juste"? L'abbandono dell'idea che fa(ceva) coincidere "autonomia contrattuale" e "giustizia", e la emersione dell'esistenza di "distorsioni (o fallimenti) del mercato" come causa di regolamenti "iniqui". La normativa "antitrust" e la "costruzione" del mercato concorrenziale*

Le disposizioni menzionate nel paragrafo precedente non esauriscono le ragioni (mancanza di integrità del consenso, esistenza di particolari situazioni di difficoltà economica o finanziaria di uno dei contraenti, ecc.) che possono indurre il legislatore a dare rilievo allo "squilibrio" tra le prestazioni che il regolamento negoziale eventualmente evidenzia (per lo meno quando tale "squilibrio" superi una certa "soglia").

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

dirsi), per una molteplicità di fattori. Si pensi alla crisi del mercato immobiliare, cui si è assistito nell'ultimo decennio, in conseguenza (soprattutto) delle notevoli restrizioni del credito che si sono accompagnate alla crisi economico-finanziaria scoppiata nel 2007-2008. È chiaro che molti dei proprietari che hanno deciso di (o sono stati costretti a) vendere in quegli anni hanno dovuto "accettare" dei corrispettivi inferiori (a volte di molto) rispetto ai prezzi che lo stesso immobile aveva qualche anno prima. Ma è altrettanto evidente che questi corrispettivi non possono essere considerati "ingiusti" (almeno fintantoché essi riflettono l'andamento di mercato).

Con riferimento alla fattispecie degli interessi, è significativo che per la valutazione della loro (eventuale) usurarietà "in concreto" l'art. 644, co. 3, stabilisca che si debba tener conto del "tasso medio" [ossia del tasso di mercato] praticato per operazioni similari (il che sembra escludere – quanto meno – che possa essere considerato "usurario" un tasso che si allinei a quello medio di mercato).

²³ Sul modo in cui deve essere inteso il requisito della "difficoltà economica o finanziaria" v. in part. Cass. Pen. 25 marzo 2014 n. 18778; la sentenza è relativa alla nota vicenda che ha visto imputati alcuni funzionari della Nomura in relazione alla negoziazione con il Monte dei Paschi di Siena di uno strumento derivato denominato "Alexandria", che novava una precedente operazione rivelatasi disastrosa per la banca senese, che costituisce forse la prima pronuncia della Corte italiana di legittimità in materia di reato di "usura in concreto" (così gli stessi giudici, nel § 6.5 della motivazione).

proprio intervento sul regolamento contrattuale (sulla base del ragionamento che, 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 ha avuto delle ragioni per farlo, senza che sorga alcun problema di “giustizia contrattuale”²⁴), 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”²⁵.

Di qui, allora, l’idea di intervenire (bensì – ancora una volta – sul contratto, ma questa volta) 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 radicale²⁶.

²⁴ 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, 1^{re} éd. 1880, 2^{re} éd. 1885), resa celebre presso i giuristi da Emmanuel Gounod, che la citò nella sua celebre tesi su *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique* (Paris, 1912), apparsa l’anno stesso della morte del Fouillé, nella quale l’A. si occupava fra l’altro della contrapposizione tra la concezione individualista (Capitant, Ripert) e quella sociale (Duguit, Génys, 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 risolto ideologico) “*Toute justice doit être contractuelle*” (FOUILLÉ, *La science sociale*, cit., p. 410, cit. da Gounod a p. 73 della sua tesi).

²⁵ SACCO, *op. cit.*, p. 535.

²⁶ A ben vedere, il mutamento di prospettiva non mette tanto in gioco l’idoneità (in

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 risultati²⁷) non esiste *in rerum natura*, né è in 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 concorrenza²⁸.

Di qui la normativa *antitrust*, e i fondamentali divieti in essa sanciti: dal divieto delle "intese" tra imprese²⁹ volte a restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante³⁰, al divieto di "abuso di posizione dominante", in particolare

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 externalità negative, è ben armonizzato tanto con l'esigenza di equità quanto con l'esigenza di socialità": così SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Ti. Rescigno*, II, Utet, 2002, p. 366 e p. 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.

²⁷ Ottimale allocazione delle risorse (e dunque "equilibrio" macroeconomico), in uno con la "giustizia" dei singoli contratti.

²⁸ V. anche quanto diremo nel paragrafo seguente.

²⁹ Art. 2, co. 1, della l. 287/90, secondo il quale per "intese" devono intendersi "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".

³⁰ 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 sboc-

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).

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 questione³¹. Sennonché, ancora una 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” vietata³² o che *non* sia conseguenza di un *abuso* della posizione dominante conseguita nel mercato dall'impresa³³, non è colpita da questa normativa, che dunque non può essere intesa (neanch'essa) come espressiva propriamente di un *principio generale* che richieda che il singolo contratto sia “giusto” (nel senso – che ormai conosciamo – dell'“equilibrio”/“proporzionalità” tra le prestazioni).

chi 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”.

³¹ La “giustizia” del contratto non viene più fatta dipendere soltanto dalla “integrità del consenso” del singolo contraente e dalla possibilità che egli ha avuto di esplicitare 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 posizioni dominanti).

Cfr. SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tr. Rescigno*, I, 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, *op. cit.*, p. 275 e nt. 61, osserva che [nei *Principles of European Contract Law* e nei *Principi Unidroit*] “sembrerebbe che sia proprio il mercato a fare da metro dello squilibrio, e perciò anche alla “giustizia””.

³² E nemmeno tenti di “approfittare” dell'esistenza di una tale intesa tra altre imprese, ponendosi – per così dire – ... sulla scia di tale intesa (e così ad es., approfittando del rialzo dei prezzi che essa ha comportato sul mercato), con un comportamento che non trova giustificazione se non in un “*conscious parallelism*” (che fa sospettare l'esistenza di una “intesa”, sia pur tacita, che interessa anche l'impresa formalmente estranea al cartello).

³³ 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 sovrapprofita da posizione dominante.

Un siffatto principio (generale) – ammesso che esista – deve, dunque, essere ricercato altrove³⁴.

Prima di svolgere questa indagine ulteriore, è opportuno tuttavia esaminare qualche sviluppo *particolare* dell'idea secondo la quale la "giustizia contrattuale" può essere assicurata (almeno *tendenzialmente*) puntando a "correggere" le cause che impediscono al mercato (o – più esattamente – ai singoli specifici mercati) di funzionare in senso concorrenziale.

4. *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")*

L'idea secondo la quale – per assicurare la giustizia contrattuale – bisogna 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", ossia della disciplina di quei particolari contratti che si stipulano sui mercati c.d. "finali", quelli in cui avviene appunto l'incontro tra i produttori/distributori e i consumatori/utenti, destinatari ultimi dei vari beni e servizi³⁵.

³⁴ 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" dello 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.

³⁵ Concorre a indicare la direzione, che assume adesso l'intervento normativo (al punto da porsi come "paradigma" nuovo, o comunque come sviluppo originale del "paradigma" che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente), l'inedito rapporto (non più unidirezionale, bensì biunivoco) che si instaura *tra "contratto" e mercato* nelle economie "di massa". Nelle quali – in estrema sintesi – il contratto non è più operazione economica "isolata" (come tale, di per sé, inidonea ad incidere sulle dinamiche di mercato, e oggetto di correzione proprio in quanto "deviazione" – occasionale – 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

I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del c.d. “ordoliberalismo”³⁶, il cui nucleo centrale – sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l’economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera “*conforme al mercato*”) – risiede nell’idea che, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni–quadro e poi tutelarne il buon funzionamento³⁷.

significativa incidenza sul funzionamento del mercato (anche rispetto all’operare della concorrenza con le altre imprese).

E se da un lato, per quanto appena detto, si scopre l’(inedita) incidenza del contratto sul (funzionamento del) mercato, dall’altro – e reciprocamente – si rafforza l’idea che il corretto funzionamento del mercato non è più un problema che concerne soltanto (o prevalentemente) le imprese (concorrenti), ma è un profilo 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 consumatori*, e non solo delle imprese concorrenti).

³⁶ La dottrina “ordolibérale” 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 “ordolibérale”, 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, Rubbettino, 2010.

³⁷ Molti degli autori “ordoliberali” avevano assunto una posizione critica nei confronti dell’esperienza della Repubblica di Weimar, la cui fragilità veniva da essi individuata nella 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

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

E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si frainterenderebbe 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) contratto³⁸. Certo, questo è

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 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 MESINI, *L'ordoliberalismo: un'introduzione (Seconda Parte)*, in www.pandarivista.it/articoli, 30 giugno 2015.

³⁸ Giustamente sono state criticate le letture che ricostruiscono la disciplina dei contratti dei consumatori in termini di interventi di tipo "protezionistico", 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 pro-

(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 una ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, *il più elevato grado di "giustizia" dello scambio*.

Il legislatore, pertanto, si guarda bene – in linea di principio – dall'interferire con i meccanismi di formazione dei prezzi (che sono poi anche i meccanismi più rilevanti di orientamento delle scelte individuali), e la sua preoccupazione è piuttosto quella di eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del c.d. "fallimento del mercato"). E, siccome queste cause – nel caso dei mercati "finali" – si iden-

prio, in nome della giustizia sociale, a correggerne dall'esterno i risultati": cfr. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *RDC*, 2004, I, p. 787 ss., spec. p. 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 impongano 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, MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *CIE*, 2005, p. 523 ss.).

Sul punto, per una valutazione critica rispetto a questo aspetto dell'ordinamento europeo, v. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *RCDP*, 2003, p. 659 ss., spec. p. 663 ss. Più in generale esprime una valutazione fortemente polemica nei confronti della disciplina europea del contratto, accusata di realizzare una "involuzione liberista", SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Giappichelli, 2003, *passim* e spec. p. 21 ss. (e già ID., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *RCDP*, 2002, p. 263 ss.; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *RTDPC*, 2001, p. 263 ss.; e, successivamente, ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Giuffè, 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 un *Manifesto* dal titolo *Social Justice in European Contract Law* (in *E.L.J.*, 2004, 653; il *Manifesto* è stato poi pubblicato anche in Italia, con il titolo *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *RLDP*, 2005, suscitando anche da noi un discreto dibattito: si veda, ad es., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, spec. il cap. V dedicato a *Giustizia sociale e giustizia contrattuale nel diritto europeo dei contratti*).

tificano (secondo la visione del legislatore europeo) con la c.d. "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 c.d. "trasparenza contrattuale"), al cui adempimento dovrebbe legarsi la possibilità per il consumatore (o l'utente) di ponderare adeguatamente la decisione di porre in essere il contratto³⁹.

A proposito della tutela che viene garantita attraverso rimedi contrattuali quali obblighi di informazione, *ius poenitendi*, formalismo negoziale, divieto di pratiche commerciali scorrette, ecc. si è parlato di una "giustizia soltanto formale" o "fredda"⁴⁰.

³⁹ Un controllo volto a garantire direttamente l'equilibrio economico del contratto si ritrova – piuttosto – nella disciplina di alcuni rapporti contrattuali tra imprese. E così, ad es., la l. 6 maggio 2004 n. 129 sull'affiliazione commerciale (*franchising*) stabilisce all'art. 3, co. 3, che "Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". E l'art. 7 della d.lgs. 231/02 (mod. dal d.lgs. 192/12), in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, dispone la nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, "quando risultano gravemente inique a danno del creditore". Infine – e si tratta della disposizione dotata della maggiore potenzialità applicativa – l'art. 9 della l. 18 giugno 1998 n. 192 prevede il c.d. "abuso di dipendenza economica" (definito come "la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi"), stabilendo che "l'abuso può anche consistere nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie", e sanzionando l'abuso con la nullità del patto attraverso cui esso si realizza.

Menzione merita anche l'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 conv. in l. 24 maggio 2012 n. 27, il quale dispone che i contratti aventi ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari (ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore) "devono essere informati a principi di trasparenza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni con riferimento ai beni forniti", stabilendo altresì che "nelle relazioni commerciali tra operatori economici" è vietato "imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose", applicare "condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti", conseguire indebite "prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali".

Su queste normative cfr. (anche per ulteriori riferimenti) GITTI, VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, il Mulino, 2008, e, quanto all'art. 62 (da ultimo ricordato), PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, 2013, p. 178 ss.

⁴⁰ Così SCALISI, *op. cit.*, 262 ss.

Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremmo soltanto l'osservazione che lo stesso giudizio può essere probabilmente espresso anche per la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori⁴¹ (controllo che la dottrina appena citata ascrive al capitolo della “giustizia sostanziale”), se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la “perequazione” tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo 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).

5. Conclusioni dell'indagine “preliminare”

La prospettiva in cui ci si è collocati nella pagine che precedono è una prospettiva *descrittiva*, non *prescrittiva*. Non ci si è chiesti – in altre parole – se sia o meno preferibile/opportuno/necessario che il legislatore regoli il contratto al fine di garantirne la giustizia “sostanziale” (direttamente e/o attraverso un sindacato giudiziale sul regolamento negoziale) o se piuttosto il suo intervento in questa materia sia legittimo solo in quanto si ponga l'obiettivo di garantire (da un lato attraverso l'operare delle regole della concorrenza, dall'altro attraverso una disciplina che garantisca l'autenticità del processo di autodeterminazione) le condizioni per una piena esplicazione dell'autonomia privata. Ci si è interrogati, invece, su come – nella realtà effettiva di un concreto ordinamento storico (nella specie: l'ordinamento italiano) – il legislatore risulti aver affrontato il problema della “giustizia” del contratto, problema che ovviamente egli non può non porsi.

È chiaro peraltro che la distinzione tra giustizia c.d. “sostanziale” e giustizia “procedurale”⁴² può profilarsi con nettezza (sebbene – anche qui – su

⁴¹ A conferma – per altro verso – che la stessa distinzione tra “giustizia formale” e “giustizia sostanziale” (o – secondo la dicotomia che abbiamo utilizzato all'inizio di queste pagine – tra “giustizia procedurale” e “giustizia contenutistica”) è una distinzione *relativa*.

⁴² Sulla relatività di questa distinzione (sulla quale cfr. anche ROPPO, *Strumenti procedurali*

un piano meramente concettuale e astratto) solo nella prospettiva "prescrittiva", poiché in quella "descrittiva" questa distinzione (come qualsiasi altra analoga) è destinata ad essere superata dalla *libertà* del legislatore, il quale evidentemente può legittimamente utilizzare (e, di fatto, utilizza), di volta in volta, strumenti di giustizia (meramente) "procedurale" oppure strumenti di giustizia "sostanziale" (e, financo, di giustizia "distributiva")⁴³.

È una "libertà" – questa, cui si è appena fatto riferimento – che ovviamente sussiste solo nei limiti in cui non sia (o non si ritenga) presente un "principio" superiore (ossia, di ordine costituzionale) che imponga (anche al legislatore) un criterio di giustizia "sostanziale", come – per fare un esempio – accade nel caso dell'art. 36 Cost., e del precetto (in esso contenuto) secondo cui la retribuzione del lavoratore deve essere tale da garantire a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Resta aperta la domanda se – al di là di quello appena indicato (che è un principio specifico), o di altri analoghi (e anch'essi specifici) – possano individuarsi ulteriori e (più) *generali* principi costituzionali (ad es., art. 2: solidarietà sociale ed economica; art. 3, co. 2: eguaglianza sostanziale; art. 41: utilità sociale e tutela della sicurezza della libertà e della dignità umana come limiti all'iniziativa economica privata; art. 42, co. 2: funzione sociale della proprietà; ecc.)⁴⁴ che *impongano* al legislatore di regolare il contratto (o determinate tipologie di contratti) in base ad un criterio di giustizia "sostanziale" (salvo ad individuare quale possa essere questo criterio).

e contenuti sostanziali di un diritto contrattuale giusto, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nella costruzione della nuova Europa*, Giuffrè, 2007, p. 597 ss.; nonché, più di recente, PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Giappichelli, 2015, p. 504 ss.) v. quanto abbiamo già osservato *retro*, nella nota 2.

⁴³ In questo senso, si può condividere l'affermazione di chi – premesso che per rispondere alla domanda su chi e cosa fondi la "giustizia" (posto che questa sia a fondamento anche del contratto) "è necessario allargare l'orizzonte al mondo delle istituzioni, considerando l'autonomia contrattuale come parte di una complessa architettura sociale" – ha concluso nel senso che possa dirsi "... forse che non esiste una giustizia del contratto, ma molte" (così CALDERAI, *op. cit.*, p. 475, ed ivi la citazione di BERLIN, *The hedgehog and the fox*, London, 1978, trad. it. *Il riccio e la volpe e altri saggi*, Adelphi Edizione, 1986, p. 71 ss., spec. p. 72, secondo cui il diritto dei contratti persegue "molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, *de facto* [...] non unificati da un principio morale o estetico").

⁴⁴ In particolare, sul "principio di proporzionalità nei contratti" (e sul suo fondamento costituzionale) cfr. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *RDC*, 2001, p. 334 ss., nonché ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., ESI, 2006, p. 376 ss., spec. p. 380 ss.

E resta, altresì, aperto l'ulteriore quesito se – ammesso che si risponda affermativamente alla domanda precedente – il giudice, oltre a poter sollevare la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che non appaiano conformi a detti principi (sempreché non sia stato possibile adeguare – *in via interpretativa* – le medesime disposizioni ai principi in questione), abbia anche il potere di *correggere* il contratto facendo *diretta applicazione* dei principi medesimi (superando la “insoddisfacente” e/o “inadeguata” disciplina normativa)⁴⁵.

Ma queste sono domande alle quali non può fornirsi neanche un inizio di risposta in questa sede⁴⁶, nella quale si intendevano svolgere (come indicato dal titolo del contributo) solo alcune considerazioni “preliminari” sul tema della “giustizia contrattuale”.

⁴⁵ Un'ulteriore possibilità è quella che si attribuisca (come molti sono propensi a fare) alla clausola generale di “buona fede” – autonomamente, ovvero considerandola come “veicolo” di un principio costituzionale (ad es.: il principio di solidarietà) – l'idoneità a legittimare in capo al giudice un generale potere “correttivo” esercitabile con riferimento al contenuto del contratto, per garantirne la “giustizia” (criticamente su questo orientamento v., di recente, le considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico”*, cit., spec. p. 1267 ss., e p. 1274, dove si parla esplicitamente di un “ naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto”).

Se si accoglie questa prospettiva non soltanto entra in crisi la tradizionale distinzione tra “diritti speciali” (ad es. il diritto contrattuale dei consumatori) e “diritto (contrattuale) generale”, ma – a ben vedere – finisce per smarrirsi il senso stesso della “specialità” di una disciplina, atteso che ad analoghi risultati si può pervenire (anche indipendentemente da un intervento legislativo specifico) sulla base dell'applicazione delle clausole generali (e in particolare, appunto, della clausola di buona fede) che presiedono al diritto dei contratti.

⁴⁶ Sul problema indicato nel testo sia consentito, comunque, il richiamo a D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (con particolare riferimento ai rapporti contrattuali)*, in GC, 2016, p. 443 ss. (e poi anche in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, p. 49 ss.).

Abstract

Il saggio si propone di verificare se e in che limiti la "giustizia contrattuale" costituisca un "principio" del quale il giudice debba tener conto nella valutazione (e nella eventuale "correzione") del regolamento contrattuale, al di là delle regole specifiche attraverso le quali il legislatore persegue l'obiettivo di assicurare l'equivalenza e la proporzionalità tra le prestazioni dei contraenti.

In the present essay we investigate whether and to what extent "justice in contract" can be construed as a principle that judges ought to take into account when interpreting – and, if necessary, amending – the contractual arrangements, over and above the particular rules that legislator has deemed essential to ensure equivalence or proportionality between the parties' contractual obligations.

Key words

Giustizia contrattuale.

Justice in contract.

