



## **Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto**

**Autori:** Ivan Libero Nocera

**Localizzazione:** Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, ISSN 0391-1896, Vol. 68, N° 4, 2014, pagine 1449-1476

**Lingua:** italiano

Ivan Libero Nocera

---

**PROSPETTIVE SULLA BUONA  
FEDE: LA SUGGERZIONE DI UN  
RIMEDIO UNIFICANTE PER IL  
CONTRATTO INGIUSTO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto

SOMMARIO: 1. Contratto e giustizia nel dialogo tra autonomia contrattuale e ordinamento giuridico. — 2. Alla ricerca di una « bussola » tra i frastagliati paradigmi del contratto ingiusto. — 3. La rilevanza positiva della buona fede nel diritto privato europeo. — 4. *Segue*: la latitudine del potere d'intervento del giudice. — 5. Ricostruzione del principio di buona fede e suoi riferimenti costituzionali. — 6. La funzione « ausiliaria » della buona fede. — 7. Il possibile superamento del contrasto tra autonomia ed interventi eteronomi. — 8. La valenza della clausola di buona fede come « linfa » nel sistema di regole e principi. — 9. Dal « progetto di codice italo-francese »: tracce per una giustizia efficiente. — 10. Conclusioni.

1. — Il principio della « sacertà del contratto » — derivante dal dogma della volontà e fondato sulla parità formale delle parti — è stato notevolmente logorato dalla promozione nel sistema di tutele « riequilibratrici », di correttivi orientati ad una duplice direzione: la previsione di invalidità o inefficacia utilizzando come metro il canone della buona fede, per un verso, l'integrazione giudiziale del contratto attraverso l'equità in modo da realizzare l'equilibrio delle contrapposte posizioni contrattuali, dall'altro <sup>(1)</sup>. Buona fede ed equità — « due compagni di viaggio » <sup>(2)</sup> — assurgono quindi a strumenti di tutela e affrancamento del libero mercato rispetto alle asimmetrie cognitive, le quali determinano di fatto rilevanti squilibri contrattuali <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> In proposito Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 19, precisa che « se però il risultato equo, cioè equilibrato, è quello che realizza il contemperamento degli interessi delle parti, il giudizio che ad esso risultato conduce, per definirsi "d'equità", non può punto prescindere dalla valutazione della concreta situazione in cui il contratto si inserisce e dai concreti interessi che hanno mosso i privati posto che il contratto è atto di autoregolamentazione di privati interessi ».

<sup>(2)</sup> L'immagine plastica è usata da BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, 2001, p. 539.

<sup>(3)</sup> La centralità del principio di buona fede nell'ambito del libero scambio è sottolineata in particolar modo da BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 395, e MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 57.

Invero, la tralaticia equazione *qui dit contractuel dit juste* <sup>(4)</sup> che caratterizzava i codici di prima generazione non si rivela più corretta, giacché il contratto non può assurgere a novello principio che, per dirla con Bartolo « non può fare una sola legge che contenga una sola cosa disonesta o ingiusta » <sup>(5)</sup>. Appare dunque necessario un elemento ulteriore costituito dal controllo giudiziale oltre l'area delle situazioni di patologia tradizionalmente oggetto del sindacato del giudice. Questi, infatti, ha a disposizione un armamentario che oltrepassa il classico sistema di tutele applicabili solo in presenza di determinate peculiarità soggettive strutturali <sup>(6)</sup>.

È stata, infatti, abbandonata la prospettiva ordoliberal che assegnava alle categorie tradizionali un valore logico, riconoscendole come finalizzate ad ottemperare a una funzione ermeneutica più che deontologica del contratto. Da ciò derivava un angusto spazio interpretativo per il giudice e uno scarso potere d'intervento nel contenuto contrattuale <sup>(7)</sup>.

L'indirizzo antiformalistico affermatosi punta, invece, a ricostruire il sistema del diritto privato patrimoniale attraverso paradigmi assiologici, quali la proporzionalità o la giustizia del contratto, che in assenza di criteri concretizzanti rischiano di sublimare. Davanti a tali clausole, ontologicamente elastiche, il giudice può disorientarsi e esporsi ad un duplice pericolo che si concretizza nella fuga « dalle » clausole generali o « nelle » clausole generali <sup>(8)</sup>, con la conseguente alternativa dell'obliterazione dei concettivalvola ovvero di un eccessivo interventismo giudiziale.

2. — Negli ultimi lustri, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, si è affermato un approccio di derivazione comunitaria che

<sup>(4)</sup> Cfr. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, p. 410, citata in GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, *Les obligations*<sup>2</sup>, 1, Parigi, 1988, p. 20. Con riferimento al nostro codice FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, p. 554, rinviando a RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002, osserva che nella legislazione del 1942 « così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall'ordinamento "giuste" in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno "eque" (ovviamente nel senso di "proporzionate alle esigenze") ».

<sup>(5)</sup> Tale passo di Bartolo di Sassoferrato è riportato da QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, p. 91.

<sup>(6)</sup> Si vedano in proposito le osservazioni di VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 42, e di PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 568.

<sup>(7)</sup> Per un approfondimento in merito a tale dibattito si rinvia a VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 53.

<sup>(8)</sup> L'immagine è citata da BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 2007, p. 444.

pretende di erigere a sistema molteplici interventi settoriali relativi a generiche fattispecie astratte, il cui « comun denominatore » è rappresentato dalla presenza di un contraente debole contrapposto ad un contraente forte. Il risultato è un insieme rapsodico di indicatori sintomatici dell'ingiustizia, privo di alcuna dimensione sistematica e coerente per interessi tutelati e tecniche rimediali.

Infatti, i frastagliati paradigmi del contratto ingiusto fanno riferimento in ambito *antitrust* all'abuso di posizione dominante che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (art. 3 l. n. 287 del 1990). Tali indici assumono poi le vesti del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nei contratti dei consumatori (art. 33, comma 1°, cod. consumo), per poi mutare in caso di abuso dello stato di dipendenza economica di un'impresa su un'altra in eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, che può consistere nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (art. 9, commi 1° e 2°, l. n. 192 del 1998, nonché art. 62, comma 2°, d.l. n. 1 del 2012 in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari). Nei rapporti tra parti non soggettivamente qualificate si ricorda il contratto usurario, laddove si considerano i vantaggi o compensi sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità in presenza di condizioni di difficoltà economica e finanziaria (l'usurarietà è fatta derivare da un semplice calcolo aritmetico); mentre nella normativa in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sono colpite da nullità le clausole che risultano gravemente inique in danno del creditore (così l'art. 7, comma 1°, d.lgs. n. 231 del 2002, di attuazione della dir. n. 2000/35/Ce, come modificato in seguito al d.lgs. n. 192 del 2012 che recepisce la dir. 2011/7/UE).

Anche il panorama delle tecniche rimediali appare quantomeno disorganico. Invero il legislatore ha in vario modo alterato gli ordinari automatismi sistematici « frantumando » le invalidità <sup>(9)</sup> attraverso la creazione di discusse e incoerenti forme di invalidità definite « speciali » o « di protezione », rintracciabili ad esempio nella legge sulla subfornitura e nei contratti dei consumatori, sostituendo la precedente inefficacia di cui all'art. 1469-*quinquies* c.c. <sup>(10)</sup>.

L'interprete, posto di fronte a tali svariati indicatori, si ritrova inevitabilmente disorientato ed esposto ad un uso scomposto delle clausole generali <sup>(11)</sup>. Infatti, alla classica buona fede codicistica si affiancano i

<sup>(9)</sup> Cfr. su tutti SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 490, e MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, 1, Milano, 2006, p. 1.

<sup>(10)</sup> Si v. in merito gli interessanti rilievi che muove a tale figura di nullità PAGLIANTINI, *Nullità virtuale di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 727; AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di « abuso dell'autonomia contrattuale »)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285.

<sup>(11)</sup> Giungono ad analoga conclusione LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni*

suddetti indici, i quali mettono in dubbio il tralazio rapporto generalità-specialità, non essendo chiaro se le norme di settore siano o meno dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice civile per assurgere esse stesse a sistema <sup>(12)</sup>.

Inoltre, la suddetta frammentarietà determina — oltre alla fine della centralità delle norme sulla rescissione deputata <sup>(13)</sup> — la « perdita della fattispecie nel delicato e cruciale settore dei limiti all'autonomia contrattuale » <sup>(14)</sup>. Rimane quindi irrisolta la questione di una maggiore uguaglianza sostanziale ovvero del riequilibrio in caso di alterazioni della parità dei contraenti, pur nel rispetto dell'autodeterminazione del singolo <sup>(15)</sup>.

L'autorità giudiziale dunque, in mancanza di direttrici unificanti, appare sprovvista della tradizionale guida offerta dalle categorie dogmatiche <sup>(16)</sup>.

*contrattuali*, Corso di diritto civile, Padova, 2003, p. 274, e, con riferimento ad un preteso principio di equità, VETTORI, *Libertà di contratto e disparità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743.

<sup>(12)</sup> In merito si rinvia all'approfondita analisi di BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347. Una parte della dottrina ritiene la parte generale ancora integrante la disciplina di ogni singolo contratto (così su tutti PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 455; e SIRENA, *La dialettica parte generale-parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 493); altra parte invece sostiene la residualità della disciplina generale (in tali termini *ex multis* DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 327; e CASTRONOVO, *Diritto privato e diritti secondi. La ripresa di un tema, in Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397); a tali due indirizzi si aggiunge quello che denuncia l'inutilità di un rigido ordine di precedenza tra le norme, puntando invece sul momento interpretativo che guarda al quadro generale di riferimento (sul punto cfr. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in questa rivista, 2008, p. 4). In generale si veda in merito BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 548; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765; GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, *passim*; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 355.

<sup>(13)</sup> Cfr. BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in BESSONE, *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, p. 80. Il rimedio della rescissione, considerato come una valutazione negativa dell'assetto di interessi posto in essere al momento della stipulazione del contratto, è analizzato nella sua possibile evoluzione da SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009.

<sup>(14)</sup> Così DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale, in I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano del 5 giugno 1992, Milano, 1993, p. 217.

<sup>(15)</sup> Pare invece auspicare la tipizzazione PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 371.

<sup>(16)</sup> Si veda in proposito POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*,

Una possibile « bussola », capace di orientare il percorso del giudice, facendolo uscire dalle secche di rigide alternative sarebbe allora astrattamente individuabile nella ricerca di coordinate teoriche ovvero di indicatori che possano sostenere l'interprete, senza una contrapposizione manichea tra oggettività delle fonti c.d. determinate e soggettività delle fonti c.d. indeterminate (17).

L'ordinamento, infatti, non può provvedere a tutte le situazioni di riduzione della parità di condizione, ma è chiamato a reagire nel caso sia possibile individuare fattispecie tipizzabili di inferiorità strutturale, quasi ontologica, di un contraente.

Nell'« irraggiungibile traguardo della giustizia contrattuale » (18), il tentativo di giungere ad un criterio indipendente dalla condotta dei contraenti e dalla loro condizione di difficoltà economica può trovare un opportuno riferimento nelle proposte funzionali al processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale (19): in esse, invero, si assiste ad un controllo declinante demandato a elementi strutturali quali la causa, cui corrisponde una crescente valutazione sul contenuto del contratto, affidata al controllo di razionalità effettuato dall'organo giudiziale (20). Si afferma, quindi, un sindacato giudiziale sull'equilibrio economico dell'atto connesso ad una situazione di debolezza di un contraente (21).

Napoli, 2001; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 186; DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in CABELLA PISU-NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 303.

(17) In tal senso, si segnala lo scetticismo di SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato dir. civ. it.*, Torino, 1957, p. 798.

(18) Così BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 556, il quale sottolinea il rinnovato vigore del principio di buona fede come filtro del giudizio sulle clausole contrattuali.

(19) Già Scialoja aveva sottolineato l'importanza di individuare categorie e principi uniformi nell'ambito europeo, sostenendo che « quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche » (cit. da CAPRIOLI, *Introduzione al seminario di studi « I problemi dei contratti », S. Marino, 8-9 settembre 1998*, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, n. 6, settembre 2000, p. 10).

(20) Esempi paradigmatici in tal senso sono, oltre ai principi *Unidroit* e al *Draft*, i recenti codici civili dei Paesi Bassi e di Israele, su cui cfr. BROGGINI, *Causa e contratto*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Il congresso Aristec, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, Torino, 1997, p. 31. Si vedano in merito le lucide considerazioni di VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 18; BRECCIA, *Causa*, cit., p. 3; CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Id.*, (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XV.

(21) Cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 90; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 669.

Si rivela, dunque, opportuno cogliere le direttrici del dialogo tra autonomia contrattuale e ordinamento giuridico, considerando anche la sua riproposizione nello scenario europeo, al fine di tentare di individuare possibili soluzioni alla questione del rapporto tra interesse particolare dei privati e interesse generale della *societas*.

3. — Un primo paradigma è costituito dai principi *Unidroit*, in cui si manifesta la tendenza ad estendere l'intervento del giudice anche in un ambito, quello dei contratti del commercio internazionale, tradizionalmente regno della libertà contrattuale <sup>(22)</sup>. Infatti, oltre a contemplare norme ispirate alla c.d. *policy against unfairness*, dirette ad accertare e prevenire la mala fede dei contraenti (artt. 2.1.19 - 2.1.21 e 4.6), all'art. 3.10 si sanziona con l'invalidità la c.d. *gross disparity*, ovvero l'assetto economico squilibrato o la scorretta distribuzione di diritti e obblighi tra le parti che produce ingiustificatamente un vantaggio sproporzionato a favore di una parte <sup>(23)</sup>.

Giova osservare come l'ingerenza giudiziale nel regolamento contrattuale al fine di ristabilire la parità negoziale non sia di per sé in contraddizione con il rispetto dell'autonomia delle parti. Invero, lo squilibrio tra i contraenti non rileva di per sé, ma esige ulteriori fattori che ne provino sia l'ingiustizia sia l'« eccessività ». Sintomatico dell'ingiustizia è sicuramente l'abuso di una situazione di debolezza di varia origine al fine di perfezionare il contratto, tenuto conto della natura e dello scopo dello stesso, mentre la gravità è integrata da uno sbilanciamento tale « da colpire la coscienza di una persona ragionevole » <sup>(24)</sup>.

È interessante notare come la suddetta previsione — da alcuni ritenuta sostitutiva del riferimento al concetto di causa <sup>(25)</sup> — non contempi alcun

<sup>(22)</sup> Sul punto si veda VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (Gross disparity), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 55.

<sup>(23)</sup> Cfr. su tutti BONELL, *Un « Codice » internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, p. 111; ALPA, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-1998)*, diretto da ALPA-BESSONE, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999, p. 19; CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 23; BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 309; CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XXXVII.

<sup>(24)</sup> Come si precisa nello stesso commento all'art. 3.10.

<sup>(25)</sup> In tal senso DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 293. Nondimeno, occorre sottolineare come il riferimento alla *gross disparity* nei principi *Unidroit* o quello all'*excessive benefit* or *grossly unfair advantage* del *Draft* possa comunque avere un ruolo latamente sostitutivo dell'elemento causale in caso di contratti *sine causa* e stipulati approfittando della debolezza di una parte, come sostiene NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei*

riferimento ad uno *status* soggettivo, ovvero ad una categorizzazione socio-economica aprioristicamente determinata: non sempre infatti il soggetto a cui presuntivamente sia stata assegnata una posizione di inferiorità appare in concreto bisognoso di tutela <sup>(26)</sup>.

Il nuovo paradigma contrattuale, dunque, si estende al di là degli *status*, potendosi ascrivere ad una fin troppo generica condizione di debolezza, a prescindere dai profili soggettivi dell'affare e dalle vicende relative alla formazione del consenso <sup>(27)</sup>. In particolare, l'inserimento tra i presupposti soggettivi anche dell'imperizia, dell'ignoranza, dell'inesperienza o della mancanza di abilità a trattare, presta il fianco a facili abusi da parte di coloro che adducendo la propria negligenza invocano di usufruire dei rimedi previsti dalla disposizione.

Non diversamente dall'art. 3.10 dei principi *Unidroit* si presenta l'art. II - 7:207 del più recente *Draft of a Common Frame of Reference* <sup>(28)</sup> (che riproduce sostanzialmente l'art. 4:109 dei *Pecl* da cui il *Draft* trae ispirazione), testo che si propone come disciplina comune europea delle obbligazioni e dei contratti. Infatti, il parametro dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage* rappresenta una soluzione che si propone di reagire alle situazioni di ingiustizia concrete. In particolare, rinvia pur sempre ad una valutazione superindividuale, attraverso la nozione di *unfair* che sovente indica l'ipotesi di abuso ovvero di un comportamento sostanzialmente scorretto, benché *prima facie*, rispettoso delle regole <sup>(29)</sup>.

*rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, III, p. 656.

<sup>(26)</sup> A tal proposito giova ricordare come, nell'ambito dei contratti di subfornitura tra imprese, la piccola impresa cui è affidata la produzione di un singolo segmento del prodotto finale in determinate situazioni può esercitare un maggiore potere contrattuale rispetto alla controparte. Si veda in merito tra gli altri CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 245.

<sup>(27)</sup> In questo senso si veda ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2002, p. 52; ed in particolare, sull'eccessiva latitudine dei presupposti della debolezza, cfr. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 529.

<sup>(28)</sup> Cfr. VON BAR-BEALE-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009. Per un'analisi puntuale si rinvia a PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 669. Si vedano anche AJANI-FERRERI-GRAZIADEI, *Principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in questa rivista, 2009, p. 279, e BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel « comune quadro di riferimento europeo »* (Draft Common Frame of Reference), in *Contratti*, 2010, p. 95.

<sup>(29)</sup> Nel precedente di *common law Ahern v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (III App. Ct. 1990), la Corte ritiene che « factors relevant to finding contract unconscionable include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger

Secondo tale norma la sperequazione è integrata da due fattori cui si deve riferire la verifica giudiziale dell'esercizio dell'autonomia contrattuale: la presenza di un abuso, ovvero dell'approfittamento di una condizione di minorazione conosciuta dal contraente forte, e la produzione di un beneficio eccessivo o di un vantaggio gravemente iniquo, avuto riguardo alla conoscenza della condizione di debolezza dell'altra parte, alle circostanze ed al contenuto del contratto.

La clausola di buona fede tratteggiata dalla suddetta disposizione consente quindi un sindacato simile a quello che nel nostro ordinamento è attribuito, per un verso, dall'art. 33 cod. cons. (o dall'art. 9, l. n. 192 del 1998), per un altro, dall'art. 1448 c.c. relativo all'azione di rescissione per lesione.

Con riferimento all'elemento oggettivo, invero, al pari della regola italiana dell'*eccessivo* o *significativo squilibrio* ovvero della *grave iniquità* (ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002), il *Draft* riconosce al giudice una piena discrezionalità valutativa in quanto non si fa cenno ad una dimensione quantitativa (quale ad es. la lesione *ultra dimidium* nella rescissione). Infatti, l'autorità giudiziale deve apprezzare, ai fini della giustizia del contratto, il dato obiettivo dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage*, effettuando una valutazione in concreto del negozio.

Riguardo al requisito soggettivo, invece, si osserva come l'*economic distress* o gli *urgent needs* siano equiparabili allo stato di bisogno richiesto dall'art. 1448 c.c., dato che tale presupposto è integrabile dalla mera difficoltà economica o dal transeunte difetto di liquidità costituente la spinta psicologica a perfezionare il contratto <sup>(50)</sup>.

La buona fede nel *Draft* assume quindi due funzioni.

In primo luogo funge da « cartina di tornasole » per misurare l'iniquità del contratto, provocandone, in caso di violazione, l'invalidità o la possibilità per la parte debole di domandare l'intervento modificativo del giudice. Nondimeno, lo squilibrio oggettivo tra le prestazioni non produce *ex se* l'invalidità del contratto, giacché è imprescindibile la sussistenza di uno stato di debolezza provocata da un precedente rapporto con l'altra parte, da condizioni esterne oggettive che ne stimolano il bisogno, ovvero da una condizione soggettiva di ignoranza o inesperienza <sup>(51)</sup>.

Nell'ipotesi in cui il sinallagma appaia *ab origine* squilibrato, la buona fede assume al contempo una funzione correttiva. In questo caso il giudice, su iniziativa bilaterale dei contraenti, è chiamato a seguire un criterio oggettivo dato dalla buona fede come fonte eteronoma. In tal modo,

party », citato da BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, in *U. Colo. L. Rev.*, 2005, LXXVI, p. 139.

<sup>(50)</sup> Cfr. in proposito RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Rass., dir. civ.*, 1980, p. 166, e ORRU, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997.

<sup>(51)</sup> Per un necessario approfondimento si rinvia a PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, cit., p. 669.

pertanto, egli può plasmare il contenuto del contratto dopo aver preliminarmente verificato il carattere appropriato dell'offerta di riequilibrio, ben potendosene tuttavia distaccare (a differenza di quanto accade nell'art. 1450 c.c.) seguendo il paradigma astratto rappresentato dai criteri ordinari di *good faith and fair dealing* (art. II - 7:207) <sup>(32)</sup>.

In sede di commento alla disposizione dei *Pecl* corrispondente (art. 4:109), questo potere d'intervento viene motivato puntualizzando che « il giudice deve modificare il contratto solo se tale è il rimedio appropriato nel caso concreto »: situazione non individuabile nelle ipotesi in cui il contratto appaia « iniquo », ma il prezzo « ragionevole » <sup>(33)</sup>.

4. — Nei testi europei di *soft law* è quindi riconosciuto al giudice uno spazio di maggiore discrezionalità rispetto a quanto sia concesso dal codice domestico. Nel codice civile infatti il potere giudiziale può ridurre ad equità il contratto o ridurre, financo d'ufficio, la clausola penale iniqua, permettendo l'adattamento del contenuto del negozio o della clausola all'equità che diviene quindi regola generale di controllo sugli atti di autonomia privata (artt. 1384, 1450, 1467, 1371 c.c.) <sup>(34)</sup>. Il giudice, tuttavia, nel codice civile non può distaccarsi dal concreto programma negoziale determinato dalle parti, nell'ambito del quale — rispettando quindi gli interessi dei contraenti — potrà muoversi l'equità suppletiva.

Infatti nel *Draft* si osserva che la buona fede può essere fonte di un intervento giudiziale nell'ipotesi in cui lo squilibrio si presenti in séguito a circostanze sopravvenute. In tal caso il giudice esercita un controllo di razionalità, integrando — secondo la presunta volontà delle parti — l'assetto di interessi iniziale, in modo da rendere il rapporto obbligatorio *reasonable and equitable* (art. III - 1:110).

Analogamente, nelle c.d. clausole implicite, al fine di colmare le lacune

<sup>(32)</sup> Tale dittico è definito nel commento all'art. I - 1:103 uno « standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question ». I tre termini hanno la seguente valenza: *honesty* serve come paragone per gli atteggiamenti sanzionati; *openness* rappresenta il dovere di trasparenza, *consideration* la necessità di tenere conto dell'interesse altrui, ovvero non valutarlo meno del proprio.

<sup>(33)</sup> Si veda la trad. italiana curata da CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001, p. 252.

<sup>(34)</sup> In argomento si rinvia alle riflessioni di RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assorta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 927; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. Europa*, 2005, p. 509. Nel nostro ordinamento l'equità gode infatti di numerosi richiami tanto nella disciplina generale del contratto agli artt. 1371 e 1374, oltre che agli artt. 1349, 1447, 1450, 1467, 1468 c.c., quanto nei singoli tipi contrattuali, in relazione ai quali l'apprezzamento equitativo del giudice, in assenza di accordo delle parti, si esprime maggiormente nella determinazione di corrispettivi dovuti in cambio di beni e servizi, come dimostrano gli artt. 1526, 1660, 1664, 1733, 1736, 1738, 1748, 1751, 1755, 2109, 2118 c.c.

presenti nel contratto, il giudice può inserire ulteriori clausole secondo ciò che le parti avrebbero probabilmente previsto agendo secondo correttezza (art. II - 9:101). In tale fattispecie, quindi, l'autorità giudiziale è chiamata a utilizzare una buona fede autointegrativa, la quale, simulando l'esercizio bilaterale dell'autonomia contrattuale, potrà rinviare ai valori correnti di mercato — ossia alle prassi commerciali — solo nei contratti tra imprese, dove si può tollerare un interventismo « mercantile » a fronte di una maggiore efficienza, individuando ciò che le parti avrebbero dovuto volere.

La funzione della buona fede è comunque logicamente legata alla preliminare attività ermeneutica della volontà delle parti, alla cui ricostruzione contribuiscono anche le circostanze della conclusione del contratto, oltre che la natura e lo scopo del negozio <sup>(35)</sup>: riecheggia in questa sede la teoria ordoliberal del contratto come operazione economica <sup>(36)</sup>, dalla quale emerge una buona fede come « ausiliaria del programma contrattuale » <sup>(37)</sup>.

A differenza del tradizionale controllo causale, la valutazione giudiziale è dunque naturalmente finalizzata non già a verificare la conformità dell'autonomia privata con l'ordinamento statale, bensì a valorizzare l'autonomia sostanziale dei contraenti concretizzatasi in quello specifico programma negoziale, tentando di conservare il negozio in ossequio alle esigenze del mercato, ma perseguendo comunque l'interesse del contraente debole <sup>(38)</sup>.

Ulteriore riprova della relatività dell'ingiustizia dell'equilibrio è costi-

<sup>(35)</sup> Allo stesso modo una delle poche definizioni sistematiche che fornisce il *Draft* in merito al concetto di ragionevolezza, oggettivandolo, recita all'art. I - 1:104: « Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices ».

<sup>(36)</sup> Cfr. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, t. I, p. 31; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044.

<sup>(37)</sup> In merito D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit., p. 8, osserva che la buona fede « opera quando si tratta di risolvere un conflitto di interessi che non è stato regolato dalla convenzione e, dunque, quando il caso non può essere deciso con un'interpretazione genuina, non manipolatrice ».

<sup>(38)</sup> Non a caso nel *Draft* come nei *Pecl* la causa non è compresa tra i requisiti essenziali del contratto, criticando la concezione del controllo esercitato da tale elemento. Si evidenzia tuttavia la recente emersione nel nostro ordinamento di un'accezione di causa come funzione economico individuale o dello scopo pratico secondo la quale, per individuare la causa del contratto, bisogna tener conto degli scopi effettivi, per i quali il contratto è stato perfezionato. Per una puntuale analisi cfr. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 66; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 212; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; tuttavia già CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 151, sosteneva che « la causa è l'interesse che le parti mirano a soddisfare attraverso il negozio » e FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio*

tuita dalla previsione contenuta nell'art. II - 9:407, comma 2°, la quale esclude dalla valutazione di abusività le clausole contrattuali redatte in modo chiaro e comprensibile riguardanti la definizione dell'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo.

Il contratto può dunque essere vincolato solo al fine di stabilire il presupposto di un'autodeterminazione non iniquamente distorta, in modo da preservare i principi di libertà e giustizia che si compongono, sull'istanza della *security* contrattuale, nel rispetto delle condizioni di un effettivo e paritario esercizio dell'autonomia negoziale <sup>(39)</sup>.

Il ruolo del giudice che emerge dal *Draft* è, quindi, quello di una sorta di « mitologico cerbero » a guardia della giustizia del contratto. Infatti, egli può: misurare l'iniquità negoziale, integrare il contenuto dell'accordo — in ipotesi di sopravvenienze o di lacune lasciate dal contenuto originario —, ovvero rielaborarlo su istanza di parte secondo un modello astratto di riferimento. In tal modo si tenta di assicurare ai consociati nel conflitto sociale una parità di condizioni di partenza, una *genuine freedom of contract* che costituisce il presupposto istituzionale di un'economia di mercato <sup>(40)</sup>.

La buona fede è elevata quindi a « lampada di Diogene », quale regola generale di riferimento da perseguire utilizzando le direttrici rappresentate dalle libertà fondamentali, dai diritti umani e da « ogni legge costituzionale applicabile », alla luce delle quali si devono interpretare le norme del *Draft* (art. I - 1:102) <sup>(41)</sup>.

L'indirizzo europeo prospetta, pertanto, una buona fede come espressione della funzione di « socialità mercantile » assegnata al diritto privato, allo scopo di perseguire il fine dichiarato di realizzare le istanze del libero

*giuridico*, Milano, 1966, p. 405, evidenziava l'esigenza di valorizzare nell'ottica causale gli interessi dei contraenti.

<sup>(39)</sup> Per una dettagliata descrizione dei principi all'interno del *Draft* si rinvia a VON BAR-BEALE-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009, p. 57.

<sup>(40)</sup> Cfr. DEAKIN, « Capacitas »: *Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, in *Eur. Rev. Cont. L.*, 2006, p. 317. Sulle discordanti letture del richiamo alla buona fede oggettiva effettuato dai modelli comunitari di *soft law* cfr. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 445. In particolare, SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 437, differenzia tra diritto comunitario e diritto europeo attribuendo al primo una concezione liberista e al secondo un taglio più solidarista.

<sup>(41)</sup> Sul rilievo dei principi fondamentali del *Draft* e la loro connessione con i principi comunitari si veda l'analisi di BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel « comune quadro di riferimento europeo »* (*Draft Common Frame of Reference*), cit., p. 99.

mercato e dell'equa concorrenza con un approccio che contemplici comunque la tutela della *suitas* del consenso prestato dalle parti deboli <sup>(42)</sup>.

5. — La divaricazione, sempre crescente, tra le prassi contrattuali e l'autentico paradigma del libero scambio origina, dunque, significative sperequazioni che impongono alla legge di riconoscere e salvaguardare la libertà dell'*an* e del *quomodo* del contratto. La relazione tra norma positiva e mercato deve, infatti, perseguire l'obbiettivo di una distribuzione della ricchezza governata dalle regole di un mercato affrancato da situazioni anticoncorrenziali, perturbazioni della razionalità economica e asimmetrie cognitive. Attraverso la previsione dei c.d. doveri di informazione <sup>(43)</sup>, emanazione della buona fede, occorre evitare che la parte debole stipuli un contratto che in condizioni di equilibrio informativo non avrebbe concluso, o che lo perfezioni a condizioni differenti da quelle alle quali l'avrebbe stipulato o, infine, che non concluda un contratto che altrimenti avrebbe stipulato <sup>(44)</sup>.

Pertanto, è opportuno tutelare la capacità di autodeterminazione, necessaria a consentire al contraente debole di scegliere in maniera efficiente i beni e i servizi offerti, di modo che il contratto non sia « l'utile del più forte », bensì frutto di un processo formativo condotto all'insegna della pari libertà e consapevolezza della scelta tra le parti <sup>(45)</sup>.

<sup>(42)</sup> Precisando l'obbiettivo nell'introduzione all'ultima versione, in senso « relativistico », si legge: « It is clear that the *DCFR* does not perceive private law, and in particular contract law, as merely the balancing of private law relations between equally strong natural and legal persons. But different readers may have different interpretations of, and views on, the extent to which the *DCFR* suggest the correction of market failures or contains elements of "social justice" and protection for weaker parties ». Così VON BARBEALE-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., p. 10. Si v. in merito le approfondite riflessioni critiche di BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 303.

<sup>(43)</sup> Sul tema dell'asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si v. le analisi di DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555; IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 139.

<sup>(44)</sup> Si v. in merito le lucide osservazioni di BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in *AA. VV.*, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 66; e DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

<sup>(45)</sup> Cfr. le approfondite riflessioni di IRTI, *Persona e mercato*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 101, che richiama le analisi di VON HAYEK, *Verso la schiavitù*, trad. it. di Costanzi, Milano, 1948, p. 66; *Id.*, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. di Monateri, Milano, 1994, p. 316; EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1948, p. 8.

Nell'impossibilità di una giustizia *more geometrico demonstrata* — e dunque di determinare obiettivamente il prezzo giusto utilizzando un riferimento ontico quale il valore intrinseco o d'uso del bene — l'ingerenza giudiziale risulterà ammissibile unicamente al fine di affermare l'« intellettualismo etico » contrattuale, tentando di realizzare il più possibile la parità di informazioni tra le parti.

La clausola di buona fede, quindi, non costituisce lo strumento di presunta attuazione del principio di solidarietà, ma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto ai sensi dall'art. 3, comma 2°, cost. <sup>(46)</sup>, in modo da assicurare che il contenuto del contratto — in quanto luogo di individuazione degli interessi delle parti — sia determinato dai contraenti con una scelta libera e consapevole <sup>(47)</sup>.

A fronte di squilibri della parità sostanziale dei contraenti risulta, pertanto, necessario ristabilire la libertà contrattuale, peraltro riconosciuta come limite dell'iniziativa di mercato dall'art. 41, comma 2°, cost. <sup>(48)</sup>.

In proposito, vale sottolineare, invero, come l'art. 41 cost., pur storicamente impiegato per giustificare interventi statali nell'economia, utilizzi

<sup>(46)</sup> La Corte cost. 15 maggio 1990, n. 241, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2785, ha peraltro precisato che « il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, comma 2°, cost., [...] va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie ».

<sup>(47)</sup> In merito, vale evidenziare come FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004, p. 287, affermi che « implicita nel ragionamento a favore della libertà contrattuale come, del resto, nella maggior parte dell'analisi economica del diritto, è la convinzione che le persone che sottoscrivono un contratto siano razionali, che conoscano esattamente qual è l'interesse cui mirano e che agiscano coerentemente per conseguirlo ».

<sup>(48)</sup> Vale ricordare come in merito non si ravvisi univocità nel formante dottrinario. Infatti alcuni riconoscono nel perseguimento del massimo profitto il valore unico e ultimo cui devono tendere le dinamiche mercantili, sostenendo l'equazione tra libero mercato e utilità sociale (cfr. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 441; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543; SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 421, e, in posizione differente MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, p. 57). Un'altra scuola dottrinarina adotta un concetto sintetico di mercato che deve tendere, oltre al raggiungimento di un assetto libero ed efficiente, alla tutela dei diritti fondamentali della persona, rispondendo agli squilibri macroeconomici con la salvaguardia del quadro assiologico valoriale (così BUSNELLI, *Conclusioni*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 161; Id., *Carta dei Diritti e autonomia privata*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione europea*, Padova, 2005, p. 59; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 529).

una tecnica normativa rinnegante (l'iniziativa economica privata « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana »), la quale consente un'interpretazione in senso evolutivo, in quanto non impone un modello economico prestabilito, ma fissa dei limiti all'interno dei quali le circostanze mutevoli dell'economia e della società possono tuttavia svilupparsi <sup>(49)</sup>.

Occorre quindi interpretare l'art. 41 *magis ut valeat*, ossia al meglio delle sue capacità espansive, al fine di evitare che gli stessi operatori del mercato pregiudichino la libertà di iniziativa economica e dunque l'autonomia contrattuale dei contraenti deboli <sup>(50)</sup>.

6. — La clausola generale di buona fede, arricchita di una *vis* normativa di derivazione costituzionale, diviene quindi specificativa dei doveri inderogabili su visti in funzione di garanzia degli opposti interessi delle parti <sup>(51)</sup>. La buona fede applicata ai contratti esigerà, quindi, che ciascuno dei contraenti sia tenuto a non pregiudicare l'interesse dell'altro, alla luce di una « solidarietà contrattuale » non più volta ad attribuire alle parti una volontà diversa da quella che hanno espresso, né diretta ad alterare l'equilibrio economico originario del negozio, bensì finalizzata ad assicurare la corretta formazione e esplicazione della scelta <sup>(52)</sup>.

In tal modo è possibile ridurre il rischio di una riscrittura surrettizia del regolamento contrattuale da parte del giudice. Questi, infatti, potrà correggere il regolamento negoziale squilibrato in modo da ripristinare il corretto *status quo* iniziale, ma pur sempre operando, in accordo con i superiori interessi delle parti, una valutazione di secondo grado senza

<sup>(49)</sup> Del resto, in sede di Assemblea costituente il testo dell'art. 41 cost. fu il risultato di un'ampia convergenza sulla base del contributo di Paolo Emilio Taviani e di Meuccio Ruini. In particolare, il primo sottolineò che la necessaria e positiva elasticità della Costituzione non poteva arrivare a comprendere formule che aprivano « la strada alla pianificazione integrale dell'economia » (*Atti dell'Assemblea costituente*, 9 maggio 1947, p. 3789). Inoltre, Meuccio Ruini, di ispirazione socialdemocratica, evidenziò che si trattava di dare margini ragionevoli al legislatore successivo tagliando fuori solo il « comunismo puro » e il « liberalismo puro » (*Atti dell'Assemblea costituente*, 13 maggio 1947, p. 3935).

<sup>(50)</sup> Sia consentito in merito il rinvio a NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in questa rivista, 2012, p. 1261.

<sup>(51)</sup> Cfr. per tutti NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 14; ID., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in questa rivista, 1958, p. 18; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2967, I, p. 83; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 150.

<sup>(52)</sup> Sull'evoluzione del principio di solidarietà si vedano le lucidi riflessioni di BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e « l'attesa della povera gente »*, oggi, in questa rivista, 2013, p. 413.

alcuna funzione integrativa volta a indagare la congruità dello scambio <sup>(53)</sup>. Viceversa, qualora si introducesse un sindacato di merito in assenza di disparità nell'esercizio dell'autonomia privata, si comprometterebbe l'attitudine della dichiarazione contrattuale a produrre un affidamento, comprimendo quindi la libertà contrattuale <sup>(54)</sup>.

Il diverso criterio di giudizio dell'equità — intesa come valutazione esterna all'atto in funzione di controllo e di eterointegrazione del *quantum debeat* — attiene invece a profili di giustizia derivanti direttamente dal principio stesso di uguaglianza, al fine di attenuare le sperequazioni ingiustificatamente subite da una parte in concreto riconosciuta come debole, pur implicando indubbiamente un'ingerenza nella « cittadella » dell'autonomia contrattuale <sup>(55)</sup>.

Dall'equità, a differenza della clausola di buona fede, non originano diritti per le parti bensì si riequilibrano quelli già esistenti conformemente ad una logica di mercato. Il giudice può, quindi, modellare il regolamento negoziale in maniera confacente alla logica particolare di quel tipo di operazione economica, stabilendo la misura delle utilità che le parti avrebbero raggiunto se fossero state accorte <sup>(56)</sup>.

In particolare, il riferimento dell'art. 1384 c.c. all'interesse del creditore all'adempimento risulta espressione dell'autentica corrispondenza della clausola penale alle valutazioni personali. Il riconoscimento dell'esercizio officioso della facoltà di ridurre secondo equità la penale reputata eccessiva è infatti volto non tanto a tutelare la posizione del debitore in sé, quanto ad evitare alterazioni negoziali ingiustificabili alla luce della logica economica della concreta operazione <sup>(57)</sup>.

<sup>(53)</sup> Si v., in proposito, le riflessioni di BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 13; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 3, Torino, 1989, p. 70. Per un'opposta prospettiva si v. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 2, p. 309; PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 347; ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, in *Contr. e impr.*, 2001, 2, p. 261.

<sup>(54)</sup> Su tutti cfr. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 28.

<sup>(55)</sup> Nell'ordinamento sono presenti numerose ipotesi di intervento equitativo del giudice che, sebbene si risolva in favore di una delle parti, tuttavia non è astrattamente diretto alla tutela di un interesse particolare (es. artt. 1226, 2058 c.c.).

<sup>(56)</sup> Al riguardo, si veda BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, *passim*.

<sup>(57)</sup> Il riferimento è Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411, con nota di MEDICI, *Controllo sulla penale « manifestamente eccessiva » ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e di RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*. Si ricorda che nel diritto statunitense è vietata la previsione di una penale superiore ai c.d. *expectation damages* (*liquidated damage clause*) integrandosi altrimenti una *penalty clause*: si v. in merito KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, in *Cornell L. Rev.*, 83, 1998, p. 678.

Nei recenti testi di *soft law* si riconosce al giudice — tuttavia su istanza di una delle parti — la possibilità di modificare il contratto o le sue clausole solo se tale è il rimedio appropriato nel caso concreto, in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza, valutando l'opportunità della *reductio ad aequitatem* (art. 3.10 dei principi *Unidroit* e art. II - 7:207 del *Draft*) <sup>(58)</sup>.

Si rivela necessario, pertanto, considerare la buona fede, scevra da richiami dogmatici, come principio strumentale a tutela dell'esercizio concreto dell'autonomia privata. Questa costituisce il limite interno di qualunque posizione giuridica contrattuale, al fine di realizzare una giustizia sostanziale intrinseca al risultato negoziale <sup>(59)</sup>. In tal modo la buona fede definisce, pertanto, la possibile estensione del contenuto del contratto e al contempo impedisce che « pur nell'ossequio formale al nucleo tipico ed essenziale del rapporto [...] possano egualmente essere violati gli interessi direttamente o indirettamente implicati » <sup>(60)</sup>.

Innervata nella prassi sociale e raccolta dall'ordinamento nella forma di clausola generale, la buona fede costituisce lo *standard* valutativo delle condotte ovvero il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l'abuso. Quest'ultimo infatti — muovendo dal contrasto non con le regole, ma con i principi di un dato sistema giuridico — consiste nell'esercizio concreto da parte del titolare del diritto volto ad appropriarsi di « utilità diverse ed ulteriori » <sup>(61)</sup> rispetto a quelle che l'ordinamento pretende assegnargli in astratto, ledendo un diritto altrui <sup>(62)</sup>.

Proprio la formula dell'abuso del diritto <sup>(63)</sup>, che implica un'analisi

<sup>(58)</sup> Si rinvia in merito all'approfondita analisi di BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, N.Y., 1994, p. 67.

<sup>(59)</sup> Tale rilievo della buona fede è stato più volte sottolineato dalla giurisprudenza: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2168, con nota di MORELLI; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 107, con nota di VIDIRI, fino alla recente Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, p. 1009.

<sup>(60)</sup> Così BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 128.

<sup>(61)</sup> Sul punto, si veda D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 19.

<sup>(62)</sup> In proposito si rinvia all'analisi di ATIENZA-MANERO, *Illecito atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, e le riflessioni critiche di BUSNELLI, « *Illeciti atipici* » e *il dibattito su regole e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 1035. Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito cfr. BUSNELLI-NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, pp. 171-212; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 11; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 68; MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, agg., Milano, 1998, pp. 15 e 18, ove si colloca sistematicamente l'abuso nella clausola generale di ingiustizia del danno.

<sup>(63)</sup> Si v. in merito NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 18.

« prismatica » dell'esercizio della situazione soggettiva di vantaggio, riemerge, spogliata da presunte parvenze di dogmaticità, con riferimento alla situazione di un'impresa in posizione dominante o in grado di determinare una situazione di dipendenza economica, ovvero con riferimento alle clausole nei contratti dei consumatori <sup>(64)</sup>.

L'abuso, quindi, non è più individuato nel profilo interno del contenuto del programma negoziale, bensì inquadrato nell'ampia prospettiva caratterizzata dall'« asimmetria di potere contrattuale » <sup>(65)</sup> che comprende le relazioni oggettive conseguenti agli sviluppi dell'iniziativa economica <sup>(66)</sup>. Esso si svincola dal legame con il diritto soggettivo per presentarsi come abuso di potere — informativo, economico, sociale —, e dunque evolvendo in abuso del diritto di produrre regole private che determinano le relazioni giuridico-economiche. Il giudizio di abusività tende perciò a tradursi in un'articolata valutazione nel caso concreto dell'equilibrio fissato dall'autonomia privata, ovvero dei diritti e doveri che caratterizzano l'esercizio e la struttura dei poteri delle parti, in modo da preferire l'interesse giudicato *ex post* meritevole di tutela <sup>(67)</sup>.

L'indagine deve quindi coinvolgere non solo la fattispecie contrattuale, ma anche il profilo esterno, ovvero le circostanze che partecipano in varia misura alla composizione dell'assetto di interessi. La medesima valutazione in concreto varrebbe, inoltre, ad evitare evidenti disparità in situazioni ove i presupposti della debolezza contrattuale potrebbero essere invocati per reagire ad uno squilibrio frutto della mera e generica inesperienza o sprovvedutezza del contraente <sup>(68)</sup>.

Appare pertanto utile e necessario, fuggendo visioni parziali, individuare un livello alto di astrazione e generalizzazione soggettiva attraverso

<sup>(64)</sup> Come afferma recentemente VETTORI, *L'abuso del diritto*. Distingue *frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 169, « la liceità dell'azione non inizia là dove finisce una configurazione astratta della figura soggettiva, ma si scontra, nella realtà dell'ordinamento, con una serie di doveri che condizionano positivamente l'esercizio e la stessa definizione strutturale del potere ».

<sup>(65)</sup> Tale espressione sistematica è proposta da ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 775.

<sup>(66)</sup> Per l'analisi del problema dell'abuso del diritto ed i suoi rapporti con la buona fede si rinvia su tutti a BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*. III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5, e, più recentemente, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 556; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Contratti*, 2010, p. 5.

<sup>(67)</sup> Cfr. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 5; AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro IV del codice civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 255, il quale parla di « processo di oggettivazione dell'abuso ».

<sup>(68)</sup> In proposito, vale richiamare le osservazioni di NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 514.

il ruolo delle clausole generali, le quali possono concretizzare i principi nel dialogo con le sottocategorie contrattuali.

L'obiettivo prefissato è quello di giungere anche in quegli spazi esclusi dalla razionalizzazione funzionale in cui, tuttavia, lo strumento contrattuale è funzionale a scopi di pura sopraffazione, sorretto da motivazioni emulative o antieconomiche <sup>(69)</sup>.

7. — Dall'analisi della dimensione dialettica del rapporto tra autonomia contrattuale e buona fede — che inevitabilmente coinvolge il ruolo del mercato e del giudice nell'ambito negoziale — emerge come, nella consapevolezza dell'inesistenza di una regola giusta in via automatica e di una reale uguaglianza di fatto, il sistema si sforzi, come il paradosso di Achille e la tartaruga, di raggiungere un'idea di giustizia contrattuale.

L'effettività di tale traguardo può essere solo avvicinata dal tentativo da parte del diritto civile di approssimare il più possibile il mercato reale al mercato ideale, che non contempla la presenza di gruppi chiusi dotati di un forte potere economico con un regime di « monopolio di fatto » <sup>(70)</sup>.

Esiste infatti una pluralità di mercati tra loro disomogenei per varie caratteristiche e ciascuno caratterizzato da una particolare distribuzione del potere contrattuale. La disomogeneità comporta la necessità che alla tendenza autoregolamentativa propria dei vari mercati corrisponda una conformazione giuridica che provveda a disciplinare in modo diversificato i differenti rapporti di scambio <sup>(71)</sup>.

La complessità del mercato esige, dunque, che il quadro valoriale dei principi — tra cui trovano posto la libertà di iniziativa economica come

<sup>(69)</sup> Si vedano sul punto BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione europea*, Padova, 2005, p. 59; MONATERI, *Ripensare il contratto: per una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409.

<sup>(70)</sup> In merito all'idea del mercato quale luogo dinamico LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, p. 151, osservava: « non possiamo [...] riferire l'equilibrio a una situazione ideale stabile perché i fenomeni, e specialmente quelli sociali, sono in continuo movimento. [...] Spesso per queste difficoltà si tende a sostituire all'idea di un equilibrio in senso descrittivo l'idea di un equilibrio in senso valutativo. Si ricorre pertanto all'idea di uno status ideale (considerato come desiderabile), che è stato turbato in modo tale da giungere a uno stato meno desiderabile, dal quale si tratta di recedere per tornare allo stato desiderabile ». Sullo stesso tema, con riferimento al diritto privato, cfr. l'analisi di BOSETTI, *Lo « squilibrio contrattuale » ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema*, in [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 2002.

<sup>(71)</sup> Sulla multiformità del mercato si v. su tutti IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 34; BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 41; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività in contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, p. 23.

anche l'idea di giustizia e di uguaglianza — non possa ricondursi a categorie generali e astratte in cui i parametri di riferimento rinviano al paradigma metafisico dell'*homo oeconomicus*, quale « individuo massimizzante » che secondo la teoria neoclassica opera in un mercato di concorrenza perfetta <sup>(72)</sup>. Al contrario, occorre che i principi trovino applicazione in statuti normativi che assicurino un trattamento specifico e quindi inevitabilmente flessibile, senza tuttavia espropriare i privati della loro autonomia con interventi di carattere paternalistico.

Le adulterazioni della razionalità economica e le asimmetrie informative incidono in varia maniera sulla scelta del contraente e sulla determinazione delle condizioni dell'operazione negoziale. Di conseguenza, il sistema — muovendosi nello stretto crinale tra autonomia e giustizia — è chiamato ad individuare modalità di correzione anche a livello microeconomico che rispettino l'integrità del consenso all'interno delle dinamiche del mercato, in modo da determinare i presupposti materiali che consentono la spontanea attuazione dell'equilibrio economico e normativo.

Se un mercato concorrenziale genera risultati razionali ed efficienti unicamente nel caso in cui gli attori di questo mercato siano in grado di scegliere senza essere condizionati da influenze di tipo informativo o economico <sup>(73)</sup>, allora l'ordinamento deve approntare strumenti che possano garantire un mercato il più possibile vicino all'ideale di concorrenza perfetta, tale comunque da permettere all'individuo l'effettiva massimizzazione della sua utilità secondo un processo razionale. Proprio in tal senso, allora, si osserva la funzione della buona fede di esprimere le regole di razionalità economica.

L'ordinamento, dunque, deve assicurare la « giustizia » contrattuale in tutte le situazioni in cui l'ingiustizia dello scambio è una componente che deriva dalla condizione di inferiorità di uno dei contraenti.

A tale esigenza corrisponde il potere d'ingerenza del giudice, il quale è tenuto ad utilizzare il diritto in via conformatrice rispetto alle autonomie contrattuali, conferendo ad una specifica relazione negoziale, ad un preciso mercato adulterato, la sua libera fisionomia strutturale: in questo senso si può rinvenire dunque la giustizia contrattuale, intesa sia come mera *procedural justice*, sia come equilibrio contrattuale normativo.

Del resto, l'intervento giudiziale operato per mezzo del « clavistello » della buona fede funzionale alla *market protection* è riconosciuto come strumento efficiente in quanto, oltre a reagire agli abusi derivanti dai c.d. fallimenti del mercato, impedisce le conseguenze pregiudizievoli delle asimmetrie informative e scongiura i costi transattivi imprescindibili per regolare gli effetti arbitrari delle regole rigide.

Tuttavia, se la buona fede ha funzione correttiva rispetto alle distorsioni del mercato, si evidenzia come l'evocazione di *standards* mercantili

<sup>(72)</sup> Per approfondimenti si vedano AUGELLO-GUIDI (a cura di), *L'economia divulgata. Stili e percorsi italiani (1840-1922)*. II - *Teorie e paradigmi*, 2007, *passim*.

<sup>(73)</sup> Cfr. l'analisi di PETER-DONNELLY, *Marketing*, 1999, Milano, *passim*.

idealmente concorrenziali quali riferimento di « giustizia »<sup>(74)</sup> riveli il paradossale esito per cui la buona fede stessa debba essere parametrata al mercato concorrenziale, sagomandosi quindi intorno al medesimo obiettivo cui essa mira<sup>(75)</sup>. In altre parole, considerare la buona fede subordinata alla ragione mercantile che dovrebbe invece orientare appare sintomatico di una promiscuità tra mezzo e scopo, atteso che « un mercato evoluto postula [...] un sistema normativo che abbia la sua “parola chiave” nella correttezza »<sup>(76)</sup>.

Con il declino del principio di insindacabilità dell'equilibrio contrattuale come prodotto dell'autonomia privata tra contraenti che negoziano in condizioni di parità, si rivela affermazione di liberalismo giuridico proprio l'intervento giudiziale, volto però non ad alterare il programma negoziale, ma ad eliminare le situazioni di squilibrio strutturale, allo scopo appunto di riaffermare l'originaria eguaglianza di diritto come presupposto dell'autonomia contrattuale: è in questo senso « laico » che la buona fede può adempiere a quella funzione di regola di governo del potere delle parti<sup>(77)</sup>.

Tale valenza correttiva, conforme alla razionalità dell'operazione mancata nel momento formativo e ai *desiderata* dei contraenti, permette, quindi, un'attività autointegrativa dell'assetto dei privati, rivolta a conservare e salvaguardare in concreto l'equivalenza soggettiva dello scambio, tenendo conto dell'assetto complessivo dell'affare, senza indirizzare l'esito del confronto tra le forze del mercato<sup>(78)</sup>. Infatti, il conflitto tra autonomia

<sup>(74)</sup> Tale orientamento è adottato su tutti da BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, *passim*.

<sup>(75)</sup> In tal senso, NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 531.

<sup>(76)</sup> Così BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in BUSNELLI-BIANCA (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 766.

<sup>(77)</sup> Non occorre infatti cadere nell'equazione interventismo giudiziale-paternalismo. In proposito, si vedano le riflessioni di CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 390, secondo cui non ha più senso « continuare a rappresentare la dialettica tra autonomia ed eteronomia in termini di contrasto tra libertà e autoritarismo, o quella forma di autoritarismo apparentemente disinteressato che risponde al nome di paternalismo. Quel contrasto poggia in effetti sulla deformazione ideologica del postulato della razionalità degli attori economici adottato con risultati euristici e sistematici notevoli nella teoria generale del diritto e dell'economia dell'età classica del liberalismo ».

<sup>(78)</sup> Sul punto GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Prospettive e problemi*, Milano, 2004, p. 156, ritiene tale intervento affermativo di una « giustizia secondo il contratto » non « contro il contratto ». Si vedano in merito inoltre VETTORI, *Diritto dei contratti e « Costituzione » europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 136; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*. La

privata ed interventi eteronomi « si manifesterebbe soltanto nei casi in cui si volessero utilizzare le clausole generali del diritto per conferire all'interprete il compito di giudicare immediatamente della giustizia del contratto senza alcun riferimento al contesto relativo alla formazione della regola contrattuale » (79).

8. — L'ordinamento ha tentato di fornire una risposta maggiormente aderente alle dinamiche economiche reali con la creazione di numerosi comparti normativi, realizzando, come visto sopra, un « *patchwork* » di tutele del contraente debole (80), difficilmente suscettibile di applicazioni estensive ad ogni situazione di inferiorità contrattuale e inevitabilmente soggetto a lacune (81).

Peraltro, la coesistenza di nuclei normativi eterogenei — derivante anche dalla crescente concorrenza tra le fonti — comporta che il contratto sia sempre meno tipizzato e sempre più classificabile nella dialettica tra negozio che prescinde dalla dimensione del mercato, caratterizzato da una fonte che è ancora il codice civile, e contratto che appartiene alla dimensione del mercato. Quest'ultimo, invece, trova la sua disciplina in un corpo normativo che tenta di presentarsi come alternativa al codice civile, ossia il diritto della disciplina del mercato, sempre più tributaria alla normativa comunitaria.

In tale panorama composito affiora quindi una visione dinamica dell'uguaglianza che genera costantemente nuovi equilibri: un'uguaglianza che assume sempre più i contorni di una pretesa, ovvero di contenuto di istanze individuali (82).

Eppure alla tendenza centrifuga propria della recente legislazione speciale, che si traduce nell'attenuazione di prescrizioni di ordine disposi-

buona fede così tratteggiata quindi, come è stato autorevolmente detto, « supera la « statalizzazione » delle relazioni di mercato a favore di una loro « sostanzializzazione » o « socializzazione », fondamento la prima di una tutela delle sole aspettative di volta in volta assunte ad orizzonte dell'intervento eteronomo dal potere politico e la seconda delle istanze incarnate dai portatori degli interessi deboli interpretati dal potere giudiziario »: così SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 504.

(79) Così BRECCIA, *Causa*, cit., p. 197.

(80) Sulla efficace formula cfr. BELL, *A Patchwork of Protection: The New Anti-discrimination Law Framework*, in *Mod. L. Rev.*, 2004, p. 465.

(81) In merito alla possibile applicazione analogica delle tutele, in particolare quella prevista dall'art. 9 l. n. 192 del 1998 sull'abuso di dipendenza economica, si v. su tutte le considerazioni di SCARSO, *Sulla c.d. « disparità di potere contrattuale »*, in *Stud. jur.*, 2008, p. 548.

(82) Cfr. HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in European contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 1. Sul diritto come pretesa vale qui richiamare le riflessioni di LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004.

tivo e nella connessa implementazione dei poteri del giudice <sup>(83)</sup>, è possibile rispondere con una rinnovata valenza della disciplina generale ed in particolare proprio della clausola di buona fede.

In proposito, è possibile individuare nel parametro ermeneutico offerto dall'art. 1366 c.c. un vettore tra regole speciali e principi, in modo da « misurare » alla luce dei diritti e delle libertà fondamentali dell'ordinamento anche le circostanze del caso concreto in contratti non aprioristicamente ascrivibili in uno dei tipi previsti <sup>(84)</sup>.

La buona fede, dunque, attraverso il filtro dell'art. 1366 c.c., assume un uso prescrittivo-valutativo, connettendo la disciplina generale e quella speciale all'interno di un sistema reticolare di tutela. In tal modo, è possibile conformare la specifica regola contrattuale all'assetto di interessi dei contraenti, effettuando un complessivo giudizio di congruità e rilevanza che muovendo dalle norme speciali risale ai principi generali dell'ordinamento <sup>(85)</sup>.

Mediante l'interpretazione secondo buona fede — la quale funge sia da criterio di giudizio che da regola del giudizio — è possibile infatti individuare il precetto legislativo come anche il precetto negoziale, in quanto l'ermeneutica del contenuto economico negoziale consente all'interprete di individuare il precetto giuridico, connettendo il contratto all'ordinamento nel più ampio contesto assiologico <sup>(86)</sup>.

<sup>(83)</sup> La vocazione disgregante dei numerosi interventi speciali attiene a vari aspetti del diritto contrattuale, quali le modalità di conclusione, con la previsione dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali o a distanza di cui agli artt. 44-67-*vicies bis*, all'ampio utilizzo del recesso penitenziale applicato al contraente debole, alla forma con funzione protettiva, oltre al già analizzato profilo delle invalidità speciali con riferimento ad es. alla legittimazione ad agire, all'interesse tutelato, alla valenza manutentiva. Si v. in merito su tutti GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., p. 211; ROPPO, *Il contratto nel duemila*, cit., p. 28; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, cit., p. 184.

<sup>(84)</sup> Si vedano, in una prospettiva tuttavia neo-solidarista, le riflessioni di BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in SCHELSINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 1991, p. 208; ID., *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, p. 153; ID., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig., disc. priv.*, 1988, p. 170.

<sup>(85)</sup> Sul vigore e sulla continua attualità del codice ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA. VV., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, p. 211, e GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., p. 211. Sia consentito, in proposito, rinviare alle osservazioni di NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, cit., p. 1251.

<sup>(86)</sup> Si v. in proposito BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 401, secondo il quale, a fronte della « espansione del principio dell'autonomia e delle norme dispositive nel diritto comune », si riscontra la « correlativa attribuzione alle clausole generali indero-

Il nostro sistema giuridico è, invero, imperniato nella disciplina codicistica e implementato dalle normative speciali, con radici costituzionali e sovranazionali che illuminano l'intero impianto di regole suscettibili di reciproca integrazione, componendo dunque una struttura in circolare e virtuoso movimento, a sua volta soggetta a « contaminarsi » con le regole di fonte autonoma <sup>(87)</sup>.

Tale dinamismo deve apprezzarsi non solo in senso « spaziale » — vale a dire considerando le interrelazioni tra le varie norme —, ma anche in senso « temporale », ossia osservando la percezione, in costante evoluzione, dei principi nell'ambito dell'ordinamento <sup>(88)</sup>.

La valenza della clausola generale di buona fede, dunque, si esprime come strumento di raccordo tra le previsioni particolari e l'assetto valoriale dell'ordinamento, muovendo dalle fattispecie concrete ai principi, per rinnovarsi nelle regole speciali. Così, in caso di squilibrio, è possibile ricostruire nella fattispecie il contenuto dell'obbligo applicabile in mancanza di una previsione normativa astratta <sup>(89)</sup>.

gabili una funzione di controllo suppletivo diretto a compensare il minor rilievo delle norme cogenti ».

<sup>(87)</sup> In merito, si v. la riflessione di CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, cit., p. 286, secondo la quale: « [L]o spazio normativo [è] definito *ab imis* dall'interazione di regole autonome e eteronome ». Per un'approfondita disamina del ruolo dei principi costituzionali nel diritto privato si vedano BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 687; MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in questa rivista, 1984, p. 322; MAZZAMUTO-NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in AA. VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, p. 742. L'apertura alle clausole generali da parte del diritto europeo è sottolineato ancora da BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 548; MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno. Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 509; ID., *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., p. 287; VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 917.

<sup>(88)</sup> Si richiamano in proposito il concetto di « gerarchia mobile » e le acute riflessioni di GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 86, secondo il quale « in quanto valori (cioè criteri parziali di giudizio a fondamento metafisico), il loro contenuto non potrà che mutare alla luce dei fatti storici del presente, e dunque alla luce delle reazioni culturali che essi provocano. A ben considerare il fenomeno, si tratterà di reazioni culturali sia individuali che aggregate, e in quest'ultimo senso oggettive: cioè, riscontrabili e registrabili, e dunque, almeno in certa misura, assumibili quali fondamenti parziali del successivo giudizio tecnico-giuridico, che, in quanto tale, è giudizio di valore, perché esprime con linguaggio tecnicizzato un valore, anzi traduce in regola di giudizio (tecnicismo) un criterio di giudizio (valore) ». Sia consentito in proposito rinviare altresì a NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ. com.*, 2014, p. 20.

<sup>(89)</sup> Si ricorda in merito il celebre passo aristotelico dell'*Etica Nicomachea*, V,

9. — La riunificazione del diritto dei contratti attorno alla buona fede restituisce, quindi, una clausola che va oltre le dogmatiche antitesi che la considerano regola interpretativa in senso soggettivo o oggettivo, ovvero che le assegnano un ruolo interno all'atto di autonomia o ad esso esterno quale fonte d'integrazione del contratto.

Infatti, l'adozione di una prospettiva euristica che consideri il complesso assetto d'interessi negoziale, tenendo conto della causa concreta e dell'intera operazione economica, richiede che attraverso l'ermeneutica del contratto si individui una regola « sintetica a priori », ovvero integrativa-suppletiva e tuttavia innestata nel concreto regolamento negoziale in maniera compatibile con l'applicazione delle altre previsioni del contratto <sup>(90)</sup>. Tutelando le parti nello svolgimento del potere di autodeterminazione negoziale di cui dispongono, dunque, si scongiurerebbero interventi autoritativi da parte del giudice, che altrimenti si intrometterebbe nel regolamento contrattuale al di fuori di una valutazione di coerenza con il concreto assetto negoziale. Al pari, si eviterebbero i tradimenti della volontà dei contraenti inevitabili qualora si adottasse un'impostazione prettamente soggettivistica, che si risolverebbe nella supposizione di volontà presunte.

È, tuttavia, possibile auspicare *de iure condendo* la previsione di una regola onnicomprensiva che, senza rifugiarsi in demolizioni assolute, riunisca i vari indici di riferimento del contratto ingiusto, in modo da potersi applicare a tutte le ipotesi di squilibrio superando le soluzioni disarticolate?

È noto che nella tradizione di *common law* vi è la formula riassuntiva ed elastica di *inequality of bargaining power* che comprende sia i casi di *duress*, sia quelli di *undue influence* che quelli di *unconscionability* <sup>(91)</sup>. Il recente *Avant-projet* francese del diritto contrattuale prevede, inoltre, all'art. 87-*bis* la possibilità per il giudice di annullare, su domanda della parte debole, una clausola che crea un *déséquilibre significatif entre les*

14, 1137b, p. 25, secondo il quale « l'equo è giusto, ed è migliore di un certo giusto, non del giusto in assoluto, ma di quel giusto che difetta per astrattezza. Ed è questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge, laddove essa è carente a causa del suo carattere universale ».

<sup>(90)</sup> Circa la stretta vicinanza tra integrazione e interpretazione del contratto cfr. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, p. 394; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 535; D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2004, p. 52, il quale osserva che « quando l'interpretazione si svolge nella identificazione di intenzioni inesprese, il giudizio che le concerne si rivela precario e incontrollabile. Mentre la manifestazione e motivazione di un'operazione integrativa, che pur muova dalla ricognizione ermeneutica del programma contrattuale, rende palese e controllabile il ragionamento attraverso il quale il giudice perviene alla formazione della regola del caso ».

<sup>(91)</sup> Sul punto si v. a titolo esemplificativo, PEEL, *Treitel: The law of contract*, Londra, 2007, p. 70; MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23.

*droits et obligations des parties* <sup>(92)</sup>. Le regole sullo squilibrio contrattuale previste dagli *Unidroit* e dal *Draft* — in particolare con il riferimento alla *gross disparity* — non prospettano come visto una rigida tipizzazione dei presupposti legali soggettivi e oggettivi. In particolare, contemplanò l'intervento del giudice su istanza non emulativa delle parti, al fine di correggere il contratto in base ad un parametro di riferimento impostato su una norma oggettiva del mercato, determinata secondo il metro della correttezza.

Tuttavia, una opportuna soluzione manutentiva, applicabile ad un generico contraente debole, potrebbe rinvenirsi non guardando altrove o lontano, ma nei « cassetti » della scienza giuscivilitica, ovvero nell'art. 22 del progetto italo-francese di unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti <sup>(93)</sup>. Tale norma affermava: « se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione ».

In questa disposizione, con valenza quasi profetica, si ritrovano un criterio generale di sproporzione del sinallagma, l'attenzione al concreto assetto d'interessi, la rilevanza dell'ingiustizia procedurale, la legittimazione ad agire relativa, la presenza di un rimedio correttivo (al quale può affiancarsi l'eventuale tutela della rinegoziazione).

Una norma siffatta, corretta con la previsione dell'intervento officioso del giudice, riceverebbe ovviamente nuova luce inserita nel quadro assiologico, assente all'epoca della sua previsione, rappresentato in particolare dagli artt. 3, cpv., e 41, cpv., cost., oltre che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — preludio di una futura Costituzione comunitaria — che rappresenta l'indispensabile riferimento valoriale per l'ambito operativo della clausola di buona fede nella sua interazione con un contesto di mercato multirelazionale <sup>(94)</sup>.

<sup>(92)</sup> In tema su tutti cfr. MÄSCH-MAZEAUD-SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Monaco, 2009, p. 47, e, più in generale, BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-project di riforma del diritto delle obbligazione*. In medio stat virtus?, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 565.

<sup>(93)</sup> Questa previsione fu particolarmente avversata dalla dottrina del tempo, timorosa che un ampliamento dei poteri discrezionali del giudice potesse comportare una pericolosa incertezza del diritto, come riporta SCADUTO, *Osservazioni sul « Progetto di codice unico delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia »*, in *Il circolo giuridico*, 1930, p. 11, ora in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di Palazzo, Perugia, 2002, 11, p. 1221. Per i necessari approfondimenti si veda BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, pp. 328-334 e 462-464.

<sup>(94)</sup> La presenza di un piano di valori costituzionale che opera anche a livello

Peraltro, come opportunamente osserva Vettori, « il coordinamento dei due testi dispone che non c'è libertà senza eguaglianza e non c'è eguaglianza senza la tutela della dignità e i diritti di ogni persona fisica o giuridica che eserciti o meno un'attività economica »<sup>(95)</sup>.

Il riconoscimento del valore della dignità punta a favore della libertà di scelta delle parti, essendo quest'ultimo un principio che si ascrive a pieno titolo nella dignità della persona. Ciò non significa attribuire un primato al mercato privo di regole, ma — cosa ben diversa — riconoscere rinnovata valenza al principio-valore di autonomia.

Pertanto, il giudizio di buona fede, inevitabilmente rivolto al caso concreto, non può ricavare la regola di soluzione del conflitto contrattuale da un'operazione che escluda l'assetto negoziale e dunque l'intersoggettività dell'atto contrattuale, ma deve pur sempre muovere dall'interno dell'atto di autonomia privata rispettando e assicurando l'effettiva e bilaterale libertà negoziale<sup>(96)</sup>.

Un ritorno alla « virtù dei principi »<sup>(97)</sup>, avendo cura del processo di continuo adeguamento spontaneo del diritto alla società, non appare eversivo rispetto alle esigenze mercantili, giacché l'antitesi tra giustizia contrattuale e mercato concorrenziale non presenta necessariamente i caratteri dell'assolutezza. Infatti, in via logica, il mercato libero esige per attuarsi che la medesima libertà qualifichi i contraenti, la cui scelta deve essere consapevole e scevra da costrizioni, in modo da conseguire il migliore risultato di soddisfazione al minimo prezzo possibile.

europa comporta il venir meno della principale obiezione alla tesi che ritiene ultronea se non retorica la connessione tra la buona fede e principi costituzionali in base al carattere intrinsecamente assiologico della buona fede la quale, contenendo già un dovere di solidarietà e di uguaglianza di trattamento, non necessiterebbe di « stampelle costituzionali » (secondo la celebre espressione di MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 9, la cui tesi è oggi seguita da D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., p. 241). Sostengono invece una rinnovata valenza valoriale della buona fede in particolar modo con i diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2 cost. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 531; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 184; MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 38, che si pongono in continuità ideale con la necessità del riferimento costituzionale precedentemente affermata da NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 167; BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 243.

<sup>(95)</sup> In tal senso, VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 1212.

<sup>(96)</sup> In proposito cfr. le riflessioni di BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 400.

<sup>(97)</sup> L'espressione è di OPPO, *Principi*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, sez. I, t. I, Torino, 2001, p. 46. Si v. in merito anche BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., *passim*; ALPA, I « principi fondamentali » e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 825.

Non a caso, anche il *Draft* riconosce un ruolo « portante » alla buona fede come « bussola » utile ad orientare il mercato, utilizzando come « stella polare » i canoni assiologici di derivazione costituzionale. Invero, il già visto art. I - 1:102 afferma che tutte le norme contenute in tale testo debbano interpretarsi in modo da salvaguardare i diritti umani, le libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali comuni, e l'art. II - 7:301 si spinge fino a comminare la nullità dei contratti che violino « un principio riconosciuto come fondamentale negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea »<sup>(98)</sup>.

Peraltro, già Mengoni sosteneva che i diritti fondamentali costituissero, rispetto all'autonomia privata, i parametri di interpretazione e concretizzazione delle clausole generali del diritto civile<sup>(99)</sup>.

Il rapporto tra libertà del mercato ed esigenze di giustizia, che appare *prima facie* inconciliabile, si rivela quindi componibile solo dalla razionalità dell'assiologia valoriale, inevitabilmente soggetta a evolvere a seconda di come la società non omogenea e pluralista percepisce in concreto i principi.

In tal modo è possibile ripristinare la premessa egalitaria alla base della formula *qui dit contractuel dit juste*, trasformando l'apparente ossimoro in tautologia. È sempre più attuale, invero, l'esigenza di andare « oltre il positivismo giuridico » alla ricerca di quella « complessità sostanziale dei valori giuridici — dei bisogni e degli interessi socialmente rilevanti — », alla quale « il sistema culturale del diritto [...] deve essere in grado di fornire una conveniente risposta regolatrice »<sup>(100)</sup>.

10. — Più che dalle varie normative produttrici di « regole vaganti alla ricerca di un senso »<sup>(101)</sup>, sembra, dunque, potersi prendere spunto per aspirare al miraggio della parità sostanziale<sup>(102)</sup> dalla valorizzazione

<sup>(98)</sup> In merito vale osservare come « L'ampio spettro delle origini dei principi fondamentali di rilevanza europea soprattutto si concentra, dunque, su di un quadruplice ordine di fattori: Trattati Ue e Ce; convenzioni internazionali; tradizioni costituzionali; direttive “civili” degli Stati che aderiscono all'Europa. Questi fattori concorrenti (non c'è, infatti, una formale gerarchia, ma una rete di rinvii: da ordinarsi in base a criteri assiologici di natura materiale) trovano, o dovrebbero trovare, un momento primario di “armonizzazione” nella giurisprudenza [...] ». Così BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel « comune quadro di riferimento europeo »* (Draft Common Frame of Reference), cit., p. 100.

<sup>(99)</sup> Cfr. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 13.

<sup>(100)</sup> In tal senso, FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Oltre il « positivismo giuridico »*, in onore di Angelo Falzea, a cura di Sirena, Napoli, 2011, p. 25.

<sup>(101)</sup> Così BRECCIA, *Causa*, cit., p. 87.

<sup>(102)</sup> Si ricorda in proposito come il principale autore dell'art. 3, comma 2°, cost., affermava che « l'art. 3, cpv., dice che l'uguaglianza di cui parla il comma 1 in realtà non esiste, che non c'è nella società, nonostante le affermazioni formali, una eguaglianza reale [...] ». La ragione per cui ho tenuto ad inserire questo articolo era proprio questa: che esso smentisce tutte le affermazioni della Costituzione che danno per realizzato quello

dell'assetto valoriale e della nuova dimensione europea del diritto dei contratti. Queste disegnano un nuovo rapporto contratto-giudice-mercato, al fine di realizzare l'auspicio di superare « l'uguaglianza formale davanti alla legge da un lato, dall'altro l'esclusività dell'ordinamento statale e della valutazione di legittimità e di illegittimità che esso esprime »<sup>(103)</sup>, come pare evincersi dalle linee di tendenza razionalizzanti della materia<sup>(104)</sup>.

In conclusione, vale osservarsi come buona fede ed equità giochino un ruolo di assoluta rilevanza, ponendosi in funzione di corrispondenza tra il voluto e il deciso, come parametro di equilibrio negoziale, avendo riguardo al concreto atteggiarsi della situazione e della peculiarità della singola fattispecie, in sinergia con i valori materiali superiori caratterizzanti l'ordinamento, che costituiscono la necessaria cornice di legittimazione<sup>(105)</sup>.

Buona fede ed equità possono dunque assumere, nella loro criticità, la veste di strumento di governo non eversivo del sistema dell'autonomia privata, di adattamento dello schema generale e astratto alla concreta applicazione delle regole del gioco, potendo costituire quella utile mediazione tra principi e regole indispensabile in un sistema di distribuzione delle libertà conforme ad un assetto composito di mercato.

È dunque opportuno che l'autonomia contrattuale « ri-conosca » nel proprio limite l'utilità del limite stesso<sup>(106)</sup>, individuando in quei principi generali del diritto civile riconosciuti la chiave per la regolazione dei rapporti entro il mercato globale.

IVAN LIBERO NOCERA

Dottore di ricerca della Scuola Superiore  
Sant'Anna di Pisa

che è ancora da realizzare [...]; mette a nudo il valore puramente ideologico di certe affermazioni e tende a demistificarle », così BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, in *Quale giustizia*, 1971, p. 644.

<sup>(103)</sup> Così RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 129. Sul punto si v. su tutti VETTORI, *Diritto dei contratti e « Costituzione » europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, *passim*. Per un approfondimento in relazione all'efficienza ed effettività delle misure relative alla questione degli squilibri contrattuali si rinvia a MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. e impr. Europa*, 1998, p. 202.

<sup>(104)</sup> Per un panorama del diritto privato del mercato, sia in prospettiva storica sia diacronica, si veda PALAZZO-SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.

<sup>(105)</sup> VETTORI, in *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 20, richiama infatti POTHIER il quale in *Traité des Obligations. Tome premier*, Bruxelles, 1835, p. 26, afferma che « l'équité consists dans l'égalité ».

<sup>(106)</sup> Come affermava LECLERCQ, in *Liberté et vérité*, 1954, « La contrainte en elle-même est diminutive de la liberté; mais il faut que, sur un autre point, elle crée de la liberté ». Del resto, già KANT nella *Metafisica dei costumi*, osservava come la coercizione si accordi con la libertà se la si intende come repressione di un impedimento della libertà (cfr. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Ak. Ausgabe VI, pp. 231-33. Trad. italiana, 1991, pp. 36-38).