

GIUSTIZIA CIVILE.com

Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti

di **Ivan Libero Nocera**

Approfondimento del 19 giugno 2014

Utente: GIUSTIZIA CIVILE UTENZA EDITOR

giustiziacivile.com - 20.06.2014

© Copyright Giuffrè 2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

ISSN: 2284-3760

Nel presente lavoro – confrontandosi con «i problemi eternamente insolubili racchiusi nel circolo paradossale del nesso tra libertà e giustizia contrattuale» – l'Autore tenterà di individuare, anche attraverso l'analisi del ruolo della buona fede nei principali testi di *soft law* europeo, quali nuove potenzialità e prospettive può assumere tale clausola, considerata come criterio orientativo del fenomeno contrattuale, nell'ambito del rapporto dialettico tra autonomia privata/ruolo del giudice/principi ordinamentali.

SOMMARIO: 1. La mancata equazione tra giustizia e contratto. - 2. La solitudine del giudice e i variegati indici del contratto ingiusto. - 3. La buona fede nei progetti di codificazione europea: i Principi Unidroit. - 4. (Segue). L'excessive benefit or grossly unfair advantage del Draft. - 5. Per una nuova lettura costituzionale della buona fede. - 6. Una prospettiva di tutela tra buona fede e equità nella complessità mobile dell'ordinamento. - 7. Analisi delle tutele nel Draft e negli Unidroit Principles. - 8. Contrarietà a buona fede tra regole di validità e regole di comportamento. - 9. Prospettive rimediali nel quadro del principio di libertà e consapevolezza della scelta. - 10. La funzione ermeneutica della buona fede. - 11. Considerazioni complessive: suggestioni dagli "archivi" del diritto civile e potenzialità della buona fede.

1. La mancata equazione tra giustizia e contratto.

Il mito liberista che assumeva il mercato a strumento di regolazione esclusivo delle funzioni economiche risulta ormai svanito [1].

Non sembra più possibile sostenere una presunzione di giustizia del contratto basata sul rilievo che la conformità al volere concorde delle parti assicuri *ob torto collo* un equilibrato assetto di interessi [2]. Il contratto infatti non è considerato latore di “naturale giustizia” per cui, secondo una celebre massima di Alfred Fouillée, *qui dit contractuel dit juste* [3], semplicemente perché sovente non è concluso tra soggetti “eguali” che possano concordare liberamente le regole, avendo la stessa forza economica e informativa: di conseguenza essendo falsati “i blocchi di partenza”, per dirla con Dworkin [4], cade la premessa del sillogismo secondo la quale la parte non acconsentirebbe mai ad un accordo destinato ad arrecarle più perdite che vantaggi.

Si è infatti affermata la predisposizione unilaterale e l'adesione al modulo seriale, tanto che certa dottrina è giunta a qualificare tali fenomenologie “a-dialogiche” come “scambi senza accordo”, con inevitabile pregiudizio in termini di effettiva autonomia contrattuale e parità delle parti, e la riemersione di nuove “disparità di ceto” [5]. Ciò ha progressivamente determinato l'eterogenesi dei fini della “morte” del contratto o meglio della sua mortificazione come strumento legittimante della relazione economica [6].

La corrispondenza tra autonomia contrattuale e giustizia è quindi venuta meno, rendendosi necessari interventi eteronomi.

Il rapporto tra autorità e autonomia è tuttavia mutato negli ultimi decenni. Negli anni '60 e '70 del secolo scorso, è stato «applicato all'economia non per gestire regole e correttivi al mercato, ma per dirigere le scelte degli imprenditori verso fini prestabiliti dal potere politico» [7]. Successivamente, in seguito all'evoluzione del processo d'integrazione europeo, si è affermata, invece, l'idea che le disuguaglianze emergenti nella disciplina negoziale derivino dalla dicotomia tra le prassi contrattuali e l'autentico paradigma dell'economia di mercato, assegnando al diritto l'arduo compito di individuare regole che sappiano coniugare correttezza ed efficienza [8].

Il principio della “sacertà del contratto”, espressione del dogma della volontà e basato sulla parità formale delle parti [9], è stato quindi intaccato con la promozione nel sistema di tutele “riequilibratrici”: la previsione di invalidità o inefficacia adoperando come metro il canone della buona fede per un verso, e dall'altro l'integrazione giudiziale del contratto mediante l'equità [10].

Con l'emersione di una maggiore sensibilità verso nuove esigenze di controllo buona fede ed equità divengono strumento non di un nuovo interventismo giudiziale, ma di garanzia e affrancamento del libero mercato rispetto alle asimmetrie cognitive che di fatto determinano vistose disparità contrattuali [11].

L'argomento si palesa gravido di molteplici implicazioni, costringendo a ripensare il diritto contrattuale e a discutere nei termini di “crisi” del diritto dei contratti o di “nuovo” diritto dei contratti [12].

La predetta equazione tra contrattuale e giusto non si rivela quindi più esaustiva, esigendo un ulteriore elemento rappresentato dal sindacato giudiziale su un'area ben più ampia delle situazioni di patologia tradizionalmente oggetto del controllo del giudice, il quale è oramai affrancato da un sistema di tutela applicabile solo in presenza di determinate peculiarità soggettive strutturali [13].

Abbandonata infatti la prospettiva ordoliberal che assegnava alle categorie tradizionali un valore logico, riconoscendole come finalizzate ad ottemperare ad una funzione ermeneutica più che deontologica del contratto – da cui deriva un angusto spazio interpretativo per il giudice e uno scarso potere d'intervento nel contenuto contrattuale [14] –, l'indirizzo antiformalistico punta invece a ricostruire il sistema del diritto privato patrimoniale attraverso paradigmi, quali la giustizia del contratto, che in assenza di criteri concretizzanti rischia tuttavia di sublimare.

Il problema della giustizia contrattuale comporta la necessità di verificare le possibilità operative dei concetti-valvola costituiti dalle clausole generali, come la buona fede quale principio normativo regolatore della relazione contrattuale [15]. Vale fin da adesso precisare come essa assuma sia il ruolo di principio, ovvero di direttrice generale di correttezza, sia quello di clausola che demanda al giudice l'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta [16].

Nel presente lavoro – confrontandosi con «i problemi eternamente insolubili racchiusi nel circolo paradossale del nesso tra libertà e giustizia contrattuale» [17] – si tenterà di individuare, anche attraverso l'analisi del ruolo della

buona fede nei principali testi di *soft law* europeo, quali nuove potenzialità e prospettive può assumere tale clausola, considerata come criterio orientativo del fenomeno contrattuale, nell'ambito del rapporto dialettico tra autonomia privata – ruolo del giudice – principi ordinamentali.

2. La solitudine del giudice e i variegati indici del contratto ingiusto.

Nel diritto privato europeo in formazione 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 [18]. È tuttavia presente il rischio di una “solitudine” del giudice alle prese con la clausola generale di buona fede, elastica *in re ipsa* [19]. Egli infatti, in assenza di criteri perspicui, si espone al pericolo di cadere nell'estro arbitrario, che sfocia in un inaccettabile interventismo giudiziale dal quale potrebbero dedursi massime generali risolubili nella negazione sostanziale del principio che si vuole affermare. Peraltro, l'integrazione del contenuto del contratto da parte del giudice lo porrebbe sullo stesso piano del legislatore [20]. Nondimeno, l'autorità giudiziale rischia ugualmente, all'opposto, di citare la buona fede a fini meramente esornativi, svuotando questa di contenuto effettivo e riducendola a semplice forma-limite del potere del giudice [21].

Un possibile approdo alla storica fuga “dalle” clausole generali o “nelle” clausole generali [22] sarebbe allora astrattamente individuabile nella ricerca di coordinate teoriche ovvero di direttrici che possano sostenere il giudice, senza una contrapposizione manichea tra oggettività delle fonti c.d. determinate e soggettività delle fonti c.d. indeterminate [23], identificando parametri non eccessivamente tipizzati ma sufficientemente dotati di un grado di certezza [24]. 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 di inferiorità strutturale, quasi ontologica, di un contraente.

Dalla seconda metà degli anni '90 si è assistito all'affermazione di un approccio di derivazione comunitaria che pretende di erigere a sistema numerosi interventi settoriali relativi a generiche fattispecie astratte, accomunate dalla contrapposizione tra contraente debole e contraente forte. Queste assumono la rilevanza di veri e propri “statuti”, sulla scia della scelta del codice civile di creare delle classi di individui (il lavoratore dipendente, l'affittuario di un fondo rustico, l'inquilino, il bracciante agricolo) meritevoli di tutela attraverso una disciplina che si distacca da quella sul contratto in generale.

Le ipotesi attuali risultano tuttavia prive di una dimensione sistematica e coerente per interessi tutelati e tecniche rimediali, con il risultato di abbandonare l'interprete ad un uso scomposto delle clausole generali [25]. Emerge invero un “cortocircuito” tra la buona fede codicistica e l'iperfetazione di regole di provenienza comunitaria tale da revocare in dubbio il tralazio rapporto generalità-specialità [26].

Così i frastagliati indici 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](#)), per poi assumere le vesti del *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi* nei contratti dei consumatori ([art. 33, comma 1, c. cons.](#)). Gli stessi indici ci ingiustiziano, in caso di abuso dello stato di *dipendenza economica* di un'impresa su un'altra, mutano 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](#)) [27]. Nei rapporti tra parti non soggettivamente qualificate si ricorda il contratto usurario dove 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 è colpito da nullità il patto che, per una qualunque circostanza, risulti *gravemente iniquo* in danno del creditore (così l'[art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2002](#), di attuazione della [dir. 2000/35/CE](#)) [28].

Non diverso appare il panorama delle tecniche rimediali, in cui il legislatore ha in vario modo alterato gli ordinari automatismi sistematici “frantumando” le invalidità [29] attraverso la creazione di ibridi quali le discusse e incoerenti forme di nullità 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-quinques c.c.](#) [30].

Tale frammentarietà, espressione di una visione disorganica in materia di sproporzione delle prestazioni contrattuali, determina, oltre alla fine della centralità delle norme sulla rescissione tradizionalmente ad essa deputata [31], la «perdita della fattispecie nel delicato e cruciale settore dei limiti all'autonomia contrattuale» [32], lasciando impregiudicata 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 [33]. In assenza di direttrici unificanti il giudice si scopre quindi privo della tradizionale "bussola" offerta dalle categorie dogmatiche [34].

3. La buona fede nei progetti di codificazione europea: i Principi Unidroit.

Nell'«irraggiungibile traguardo della giustizia contrattuale» [35] il tentativo di pervenire ad un criterio indipendente dalla condotta dei contraenti e dalla loro condizione di difficoltà economica può trovare un sicuro riferimento nelle proposte funzionali al processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale [36] prodotte dal formante dottrinario: in esse infatti si afferma un sindacato giudiziale sull'equilibrio economico dell'atto connesso ad una situazione di debolezza di un contraente [37].

Un primo modello è rappresentato dai Principi *Unidroit* in cui si rinviene la tendenza ad estendere l'intervento del giudice anche in un ambito, quello dei contratti del commercio internazionale, tradizionalmente connotato da una forte rilevanza della libertà contrattuale [38]. Invero, oltre a prevedere norme ispirate alla c.d. *policy against unfairness*, volte a controllare e prevenire la mala fede dei contraenti (artt. 2.1.19 - 2.1.21 e 4.6), si rinviene all'art. 3.10 la menzione dell'invalidità in caso di *gross disparity* ovvero qualora un assetto economico squilibrato o una scorretta distribuzione di diritti e obblighi tra le parti provochi ingiustificatamente un vantaggio sproporzionato a favore di una parte [39].

L'ingerenza nel regolamento contrattuale al fine di ristabilire la parità negoziale non risulta antitetica all'autonomia delle parti. Infatti lo squilibrio tra i contraenti non rileva di per sé, ma necessita di ulteriori fattori che ne provino sia l'ingiustizia, quali l'abuso di una situazione di debolezza di varia origine al fine di perfezionare il contratto, tenuto conto della natura e dello scopo del contratto, sia l'eccessività, vale a dire uno sbilanciamento tale «da colpire la coscienza di una persona ragionevole» [40].

Tale previsione, da alcuni ritenuta sostitutiva del riferimento al concetto di causa [41], colpisce soprattutto per l'assoluta mancanza di riferimento ad uno *status* soggettivo, ovvero ad una categorizzazione socio-economica aprioristicamente determinata: non sempre invero il soggetto a cui presuntivamente sia stata assegnata una posizione di inferiorità appare in concreto bisognoso di tutela [42].

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 [43]. 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.

4. (Segue). L'*excessive benefit or grossly unfair advantage* del Draft.

Similmente all'art. 3.10 dei Principi *Unidroit*, il parametro dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage* previsto dall'art. II - 7:207 del recente *Draft of a Common Frame of Reference* [44] (che riproduce sostanzialmente l'art. 4:109 dei *Pecl* [45] da cui il *Draft* trae ispirazione), rappresenta una soluzione che si propone di reagire alle situazioni di ingiustizia concrete, rinviando 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 [46].

Secondo tale testo, che si propone come disciplina comune europea delle obbligazioni e dei contratti, la sperequazione si realizza allorché siano presenti 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 (anche in tale fattispecie gli indici soggettivi, analoghi alla previsione degli *Unidroit*, appaiono generici), 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 suddetta disposizione assegna alla clausola di buona fede un sindacato simile a quello che nel nostro ordinamento è attribuito per un verso dall'[art. 33 c. 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. Riguardo all'elemento oggettivo, invero, al pari della regola italiana dell'*eccessivo* o *significativo squilibrio* ovvero della *grave iniquità* (previsto dall'[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); egli deve infatti apprezzare ai fini della giustizia del contratto il dato obiettivo dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage*, effettuando una valutazione in concreto del negozio. In relazione 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.](#), visto che tale presupposto è integrabile dalla mera difficoltà economica o dal transeunte difetto di liquidità costituente la spinta psicologica a perfezionare il contratto [47].

La clausola di buona fede diviene quindi “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. Lo squilibrio oggettivo tra le prestazioni tuttavia non produce ex se l'invalidità del contratto, rivelandosi 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 [48].

Inoltre, laddove il sinallagma appaia *ab origine* squilibrato, l'autorità giudiziale, su iniziativa bilaterale dei contraenti, è chiamato a seguire un criterio oggettivo dato dalla buona fede come fonte eteronoma, in modo quindi da plasmare il contenuto del contratto dopo aver preliminarmente verificato il carattere appropriato dell'offerta di riequilibrio, ben potendosi però 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) [49].

In sede di commento alla disposizione dei *Pecl* corrispondente (art. 4:109), ciò 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» [50].

Al giudice è quindi riconosciuto uno spazio di maggiore discrezionalità rispetto a quanto sia concesso dal codice domestico laddove il potere giudiziale si esercita tramite la *reductio ad aequitatem* del contratto o, financo d'ufficio, della clausola penale iniqua, consentendo l'adattamento del contenuto del negozio o della clausola all'equità, che assurge quindi a regola generale di controllo sugli atti di autonomia privata ([artt. 1384, 1450, 1467, 1371 c.c.](#)) [51]; giammai però per il codice civile il giudice può distaccarsi dal concreto programma negoziale fissato dalle parti nel cui quadro – nel rispetto quindi degli interessi dei contraenti – potrà muoversi l'equità suppletiva.

Nella differente ipotesi in cui la sperequazione si presenti in seguito a circostanze sopravvenute il giudice interviene con 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).

Allo stesso modo la buona fede può essere fonte di un intervento giudiziale nelle c.d. clausole implicite, al fine di colmare le lacune presenti nel contratto, inserendo ulteriori clausole secondo ciò che le parti avrebbero probabilmente previsto qualora avessero agito secondo correttezza (art. II - 9:101). In tale fattispecie quindi la funzione della buona fede è 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 [52]: riecheggia in questa sede la teoria ordoliberal del contratto come operazione economica [53] dalla quale emerge una buona fede come «ausiliaria del programma contrattuale» [54].

Il vaglio giudiziale – e qui si evidenzia una precipua differenza con il tradizionale controllo causale – è quindi naturalmente teso non a conformare l'autonomia privata all'ordinamento statale [55] bensì a valorizzare l'autonomia sostanziale dei contraenti concretizzatasi in quello specifico programma negoziale, tentando di conservare il negozio [56].

Ulteriore riprova della “relatività” del concetto di ingiustizia è costituita dalla previsione contenuta nell'art. II - 9:407, comma 2, la quale esclude dal “test di abusività” le clausole contrattuali redatte in modo chiaro e comprensibile riguardanti la definizione dell'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del prezzo [57].

Il contratto può quindi 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 nel rispetto delle condizioni di un effettivo e paritario esercizio dell'autonomia negoziale, e altresì sull'istanza della *security* contrattuale [58].

Il ruolo del giudice che emerge dal *Draft* è quindi quello di una sorta di "mitologico cerbero" a guardia della giustizia del contratto. Infatti, il giudice 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 modo tale da assicurare ai consociati nel conflitto sociale una parità di condizioni di partenza, ossia una *genuine freedom of contract* che costituisce il presupposto istituzionale di un'economia di mercato [59].

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) [60].

È importante sottolineare, dunque, come esplicitamente nel *soft law* europeo attraverso la buona fede le libertà fondamentali assurgano a criteri ermeneutici allo scopo di ricostruire il contenuto del contratto. Nel prosieguo del presente lavoro si tornerà su tale ruolo della buona fede con riferimento al diritto italiano.

L'indirizzo europeo prospetta dunque una buona fede come espressione della funzione di "socialità mercantile" assegnata al diritto privato, allo scopo di perseguire il fine dichiarato di contemperare le istanze del libero mercato e dell'equa concorrenza con un approccio che contempli le istanze delle possibili parti deboli [60].

5. Per una nuova lettura costituzionale della buona fede.

Si è fatto appena cenno al ruolo che la buona fede può assumere per collegare i principi dell'ordinamento alle norme che regolamentano il contratto, facendo assumere ai primi la funzione di canoni esegetici. Occorre ora verificare se nel diritto italiano la clausola di correttezza possa rivestire analoga valenza.

In quello che è stato definito un «magma confuso di tentativi settoriali, che spesso pretendono di reagire agli abusi e agli squilibri in maniera lacunosa e improvvisata» [62] non è individuabile una regola generale per tutti i casi di grave sproporzione oggettiva fra le prestazioni corrispettive, né sarebbe auspicabile, come pure è stato ipotizzato, la generalizzazione di un modello di squilibrio che comporterebbe l'indebita forzatura di un unico tipo di disparità applicato a tutte le fattispecie [63].

Appare tuttavia innegabile dotare l'interprete di un parametro certo e duttile, – individuare, per così dire, una sorta di "dignità di prezzo" – al pari dei casi di asimmetria sociale, laddove l'[art. 36 Cost.](#) pone alla definizione della retribuzione del lavoratore il limite dell'*esistenza libera e dignitosa* [64].

Si è visto come la riflessione sulla buona fede, lungi dal rimanere circoscritta in ambito nazionale, abbia manifestato una profonda vocazione espansiva "contaminando" i più avanzati testi di *soft law* e assumendo rilevanza, sebbene in maniera polisensa, in pressoché tutti gli ordinamenti europei quale vettore del principio di uguaglianza sostanziale, fonte di un diritto contrattuale di tipo conflittuale [65].

Tuttavia, è opportuno precisare che se si fatica a concordare con chi ritiene che la buona fede non abbia «nulla a che vedere (...) con il recente fenomeno della tutela civilistica del contraente debole», né «nulla a che fare con la Costituzione» [66], allo stesso modo bisogna evitare una connessione "forte" tra la buona fede e istanze riconducibili ad una etica solidaristica che assegnerebbero alla clausola un ruolo moralizzatore dello scambio [67]. Il collegamento tra buona fede e Costituzione è sì presente, ma deriva più che dal valore enunciato dall'[art. 2 Cost.](#) [68], da una lettura del dovere privato di solidarietà alla luce del dovere pubblico di rimuovere gli ostacoli fattuali di ordine economico e sociale previsto dall'[art. 3, comma 2, Cost.](#) [69], e inoltre dal principio di libertà e consapevolezza della scelta desumibile dal limite della libertà posto all'iniziativa privata dall'[art. 41, comma 2, Cost.](#) [70]. Non a caso, in particolare, da tale norma, al secondo comma, si può ricavare parimenti il rispetto dei diritti della persona e il riferimento alla correzione delle asimmetrie di potere contrattuale [71].

Non a caso, la Corte Costituzionale ha precisato che «il programma di eliminazione delle disuguaglianze 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» [72].

Emerge in tal senso come l'assiologia statica prescritta dal legislatore, attraverso il filtro critico della giurisprudenza, si colora di indispensabile dinamismo, che deriva dalla necessaria traduzione dei principi all'interno della concreta e empirica realtà sociale in costante trasformazione [73].

L'idea che il contratto possa essere utilizzato in funzione di giustizia, nel senso di una restrizione della libertà contrattuale in favore della tutela delle parti deboli, è perseguita in modo da assicurare a tutti i consociati, individualmente considerati, pari *chances* di partenza nel conflitto sociale, secondo un modello di giustizia distributiva già presente nel codice agli [artt. 1447 e 1448 c.c.](#) [74]. Dunque, l'iniziativa economica a cui è riconducibile l'autonomia contrattuale non può essere vulnerata da un oltremodo invasivo controllo giudiziale dell'equilibrio negoziale, che violerebbe la tutela costituzionale ponendosi oltre i limiti riconosciuti ex [artt. 3 e 41, comma 2, Cost.](#) [75].

In tale prospettiva, è quindi il sistema giuridico stesso a fornire le direttive di composizione dei conflitti che la buona fede è deputata a definire [76], intendendo tuttavia tale composizione come individuazione non di una soluzione intermedia e compromissoria, ma di un principio prevalente secondo i rapporti di forza e i conflitti che si sviluppano all'interno di un determinato corpo sociale complesso e pluralista [77].

Pertanto anche adottando una prospettiva *law and economics* si nota che le più avanzate versioni dell'analisi economica del diritto dimostrano come l'utilitarismo comprenda le ragioni della giustizia distributiva, osservando come la buona fede permetta di reagire ai fallimenti del mercato in modo da ridurre le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle asimmetrie informative che incidono su un'adeguata valutazione della convenienza dell'affare [78]. La relazione tra legge e mercato si sviluppa dunque su un piano che vede le sperequazioni sociali derivare dalla discrasia tra le prassi contrattuali e l'autentico paradigma del libero scambio. Di conseguenza si riserva alla legge l'ufficio di riconoscere e salvaguardare ai privati la libertà dell'*an* e del *quomodo* del contratto, facendo sì che la distribuzione della ricchezza sia governata dalle regole del mercato affrancato da situazioni anticoncorrenziali, perturbazioni della razionalità economica e asimmetrie cognitive. Queste ultime, infatti potrebbero condurre la parte debole a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, a concluderlo a condizioni differenti da quelle alle quali l'avrebbe stipulato o a non concludere un contratto che altrimenti avrebbe stipulato.

La buona fede è dunque chiamata a farsi interprete di una sensibilità che promuove la libertà contrattuale sostanziale invero sia i principi di trasparenza e del consenso consapevole e informato attraverso la previsione dei c.d. doveri di informazione [79], sia la tutela della capacità di autodeterminazione, necessaria questa a consentire al contraente debole di scegliere in maniera efficiente i beni e i servizi offerti [80].

Infatti, poiché la giustizia in sé rappresenta un miraggio in quanto «*il giudizio umano come spesso erra*» [81], non appare possibile determinare obiettivamente il prezzo giusto utilizzando un riferimento ontico, quale il valore intrinseco o d'uso del bene, se non imponendolo alle parti. Di conseguenza si avrà un contratto giusto se il processo formativo che origina le previsioni contrattuali sarà condotto all'insegna della pari libertà e consapevolezza della scelta tra le parti [82].

Invero, non è possibile collegare la giustizia contrattuale ad un intervento esterno che giudichi la razionalità dello scambio, ossia la sua utilità marginale, in senso oggettivo, a meno di giustificare l'espropriazione a scapito del contraente della sua capacità contrattuale: solo il contratto prodotto da una scelta consapevole – e quindi rispettoso dei contraenti in quanto individui – anche se non necessariamente “ragionevole” in senso “oggettivo” potrà dirsi “giusto”.

L'ingerenza giudiziale risulterà quindi ammissibile unicamente a fronte di squilibri della parità sostanziale dei contraenti in quanto individui – ossia della lesione della loro autodeterminazione contrattuale, riconducibile al diritto primario della dignità, posta insieme alla sicurezza e alla libertà come limite dell'iniziativa di mercato dall'[art. 41, comma 2, Cost.](#) [83].

6. Una prospettiva di tutela tra buona fede e equità nella complessità mobile dell'ordinamento.

Nel contesto del rapporto obbligatorio la clausola generale di buona fede, arricchita di una *vis* normativa di derivazione costituzionale, diviene specificativa dei doveri inderogabili su visti in funzione di garanzia degli opposti interessi delle parti [84]; applicata ai contratti esigerà quindi che ciascuno dei contraenti sia tenuto a non pregiudicare l'interesse dell'altro [85] – ossia il risultato utile cui mira il contraente –, nonché a rispettare l'effettiva

autonomia di scelta.

Di conseguenza, il giudice potrà correggere eventualmente il regolamento negoziale squilibrato in modo da ripristinare il «corretto *status quo* iniziale» [86] ma pur sempre operando, in accordo con i superiori interessi delle parti, una valutazione di secondo grado senza alcuna funzione integrativa volta a indagare la congruità dello scambio [87]. Viceversa, qualora si introducesse un sindacato di merito sull'economia del contratto in assenza di disparità nell'esercizio dell'autonomia privata si comprometterebbe l'attitudine della dichiarazione contrattuale a produrre un affidamento, ripudiando quindi la libertà contrattuale [88].

Il diverso criterio di giudizio dell'equità, intesa come valutazione esterna all'atto in funzione di controllo e di eterointegrazione, 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 [89]. Da essa, a differenza della clausola di buona fede, non originano diritti per le parti bensì si riequilibrano quelli già esistenti: l'equità produce dunque un considerevole ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti. Egli può quindi modellare il regolamento negoziale in maniera conforme alla logica particolare di quel tipo di operazione economica, stabilendo la misura delle utilità che le parti avrebbero raggiunto se fossero state accorte [90]. Espressione dell'autentica corrispondenza della clausola penale alle valutazioni personali è il riferimento dell'[art. 1384 c.c.](#) all'interesse del creditore all'adempimento, da cui emerge la rilevanza per l'ordinamento delle ragioni dello scambio.

Il riconoscimento dell'esercizio officioso della facoltà di ridurre la penale ritenuta eccessiva [91] è infatti inquadrabile nel vasto movimento di pensiero il quale ha riconosciuto alla clausola generale di buona fede il ruolo di «polmone del sistema» [92] ovvero di apporto creativo all'interprete: questi, isolando le condotte che ne giustificano l'applicazione, concretizza la regola giuridica individuandola *a posteriori* in esito all'attività ermeneutica [93]. Tale illuminante apporto trova oggi conferma anche nei Principi *Unidroit* e nel *Draft* laddove come visto si riconosce al giudice, su istanza di una delle parti, la possibilità di modificare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza, valutando l'opportunità della *reductio ad aequitatem* [94].

Appare necessario dunque spogliare la buona fede da richiami dogmatici, per assumerla come principio strumentale a tutela dell'esercizio concreto dell'autonomia privata. Essa rappresenta il limite interno di qualunque posizione giuridica contrattuale, al fine di realizzare una giustizia sostanziale intrinseca al risultato negoziale [95], impedendo che «pur nell'ossequio formale al nucleo tipico ed essenziale del rapporto (...) possano egualmente essere violati gli interessi direttamente o indirettamente implicati» [96].

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, il quale 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» [97] rispetto a quelle che l'ordinamento pretende assegnargli in astratto, in modo da ledere un diritto altrui [98].

Proprio la formula dell'abuso del diritto [99] – che implica un'analisi «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 alle clausole nei contratti dei consumatori [100].

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» [101] che comprende le relazioni oggettive conseguenti agli sviluppi dell'iniziativa economica [102]. 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 dunque 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 [103].

L'indagine deve quindi essere svolta avendo riguardo non solo alla fattispecie contrattuale ma anche al profilo

esterno, ovvero alle circostanze che partecipano in varia misura alla composizione dell'assetto di interessi, cogliendo l'operazione economica sottesa la contratto medesimo [104].

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 [105].

Tentando di tratteggiare una prospettiva di tutela che superi le distinzioni particolareggianti delle fattispecie per pervadere l'intera area contrattuale, risulta necessario individuare un riferimento normativo che possa fungere da collegamento tra principi costituzionali e regole settoriali, che possa unire l'"anima" e il "corpo" dell'ordinamento e, al pari, costituire un luogo virtuoso di incontro tra ordinamento statale e autonomia privata.

È possibile rintracciare tale parametro sostanziale utilizzando la chiave rappresentata dall'[art. 1366 c.c.](#) quale vettore tra le regole speciali e i principi, in modo da "misurare" le circostanze del caso concreto in contratti non aprioristicamente ascrivibili in uno dei tipi previsti [106]. Al contempo, tale norma, insieme all'[art. 1322 c.c.](#), rappresenta il punto di incontro tra le norme statuali ed il dinamismo dell'autonomia contrattuale, la quale, pur muovendosi nell'orizzonte delle regole ordinamentali, al contempo, ne suggerisce inevitabilmente lo sviluppo [107]. Attraverso l'[art. 1366 c.c.](#), dunque, si manifesta la reciproca influenza tra autonomia privata e diritto vivente quali fattori di produzione della stessa assiologia ordinamentale, nell'ambito di una relazione di valori dinamica e mutevole, in quanto costantemente soggetta ad un esame ermeneutico [108].

Certamente tale rilevanza naturalmente espansiva della regola codicistica non appare agevolata dalle recenti scelte di politica del diritto che hanno trasferito la disciplina dei contratti del consumatore dal codice civile al codice di consumo, sebbene l'[art. 1469-bis c.c.](#) sottometta esplicitamente la disciplina speciale a quella generale, ove non derogata.

Tuttavia, la buona fede si ribadisce anche nel codice settoriale, laddove all'art. 2 si afferma il riconoscimento come fondamentali dei diritti «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà» e «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali» [109]. Del resto non sarebbero ammissibili delle aree caratterizzate da "privilegi corporativi" in tema di squilibrio contrattuale dietro il paravento di una retorica protettiva ispirata ad un'idea di giustizia [110].

Appare dunque utile e necessario, fuggendo visioni parziali, individuare un livello alto di astrazione e generalizzazione soggettiva attraverso il ruolo delle clausole generali, le quali possono concretizzare i principi nel dialogo con le sottocategorie. 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 [111].

Nell'ambito di una complessità mobile del diritto emerge quindi un quadro multilivello, in cui al rapporto generalità-specialità non corrisponde più biunivocamente il rapporto integrazione-deroga, dal momento che è possibile rintracciare nuclei normativi trasversali pseudosettoriali che superano i tradizionali steccati aggregandosi attorno a principi comuni che sorgono da essi per riannodarsi attraverso le clausole generali ad un'accezione affermativa della libertà in linea con i diritti costituzionali [112].

All'interno di tali direttrici il giudice, in ossequio all'[art. 1366 c.c.](#), dovrà dunque appurare se il regolamento contrattuale sia squilibrato o sia stato in concreto inficiato dalla disparità contrattuale tramite l'abuso di una posizione di forza, e intervenire nel quadro delle clausole generali del diritto civile: si realizza dunque una comunione tra i criteri esegetici rappresentati dai principi espressi nella Costituzione e ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE, invernati e filtrati dalla buona fede, al fine di salvaguardare la comune e paritaria intenzione delle parti [113]. Tale procedimento non dovrà certo effettuarsi ricomponendo presuntivamente la volontà dei contraenti, bensì ricostruendo ciò che le parti avrebbero dovuto prevedere nel contratto usando buona fede [114].

Buona fede ed equità, "due compagni di viaggio" [115], possono dunque rappresentare, nella loro criticità, uno strumento di governo non eversivo del sistema dell'autonomia privata, adattando lo schema generale e astratto alla concreta applicazione delle "regole del gioco". Come scrisse un autorevole maestro: «il riferimento alle regole della correttezza e buona fede vale a tenere avvertito il giudice della necessità che, anche ai fini della valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio egli operi nel caso

concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento» [116].

L'autorità giudiziale, pertanto, deve ricostruire empiricamente il concreto assetto complessivo di interessi previsto dalle parti, ossia analizzare l'economia delle condotte contrattuali, individuando una regola appropriata, almeno compatibile con il programma contrattuale stabilito dai contraenti. Il giudice quindi, attraverso un giudizio ermeneutico, deve riconoscere una regola che permetta all'economia contrattuale di assumere valenza normativa considerando le concrete circostanze contrattuali nell'ambito di un quadro assiologico dinamico [117].

Attraverso quali strumenti rimediali deve concretizzarsi questo intervento è un quesito al quale tuttavia il piano dei principi non risponde direttamente, consentendo ampio spazio di manovra.

7. Analisi delle tutele nel Draft e negli Unidroit Principles.

Nel difetto di enucleazione di un concetto generale e astratto di giustizia contrattuale è possibile dunque ammettere una razionalizzazione del sistema sotto l'egida della clausola generale di buona fede che, nel senso sopra visto, giustifichi il trattamento differenziato, riconoscendo la valenza del richiamo alla figura dell'abuso del diritto al fine di svelare la concreta esecuzione e l'intima struttura del potere. In tale contesto appare imprescindibile il tentativo di elaborazione di nuovi ed effettivi strumenti di tutela in caso di violazione dell'equilibrio contrattuale, da porsi accanto alla tutela preventiva e generica di stampo prevalentemente pubblicistico.

Foriera di interessanti spunti si rivela anche in tale argomento la dimensione del diritto privato europeo, in particolare all'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* e all'art. II - 7:207 del *Draft of a Common Frame of Reference*, laddove si evidenzia «uno spostamento di attenzione dalle opzioni dogmatiche (...) al piano delle conseguenze in termini di modulazione dell'efficacia e dell'inefficacia contrattuale» [118]. Entrambi infatti contemplano come sanzione alla sproporzione l'invalidità del contratto o di sue singole clausole e, in alternativa, la correzione del contratto ad opera del giudice in modo da *renderlo conforme* ovvero *metterlo in armonia* con il principio di buona fede, prevedendo l'innovazione della bilateralità dell'iniziativa modificativa cui sono quindi legittimate entrambe le parti [119].

Risultano palesi i vantaggi di tale costruzione in quanto, omettendo il riferimento a rigidi presupposti soggettivi e oggettivi, si rende inefficace il contratto senza attendere la sentenza del giudice, il quale tuttavia interverrebbe su richiesta di un contraente adattando il regolamento secondo il parametro della correttezza [120]. Le suddette disposizioni si dimostrano dunque innovative laddove, senza dichiarare la nullità per contrarietà all'ordine pubblico generale, si distaccano anche dalla tradizionale annullabilità per i vizi del consenso, optando per un rimedio funzionale in senso manutentivo del contratto non più sperequato, a difesa di un interesse ritenuto indisponibile. Appare palese come nei più avanzati testi di diritto privato europeo si tenti di perseguire l'obiettivo della costruzione di un mercato comune tramite un'invalidità che si concretizza in un'integrazione sanzionatoria ad opera del giudice, il cui sindacato supera la cornice formale del contratto per invadere l'area della sua materialità [121].

Il costruito europeo di un'invalidità tendente alla conservazione del contratto, affidata all'autonomia delle parti nella cornice di un forte ruolo del giudice, potrebbe tuttavia sollevare perplessità in ordine alla discrasia tra una fattispecie che individua il proprio fulcro nel perseguire l'equilibrio contrattuale quale ordine pubblico di protezione economica, per un verso, ed il rimedio, tradizionalmente diretto a reagire alle distorsioni dei processi volitivi, con la derivante irrilevanza d'ufficio dell'eccessivo squilibrio o dell'ingiusto profitto, per un altro.

In tal caso sarebbe infatti palese il contrasto con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia in tema di clausole abusive nei contratti del consumatore con riferimento alla [dir. 1993/13/CE](#) [122]. Si dovrebbe dunque affermare che sia venuta meno la linea di confine tra annullabilità e nullità relativa, se non fosse già stata superata nella legislazione speciale, specie di origine comunitaria, la tralatizia dicotomia tra i due regimi di invalidità a vantaggio di un sistema oramai fondato su distinzioni meramente funzionali, giustificate dalla prioritaria attenzione alla piena effettività della regola da sanzionare [123].

In generale, è pur vero che la recente legislazione nazionale in merito di tutela del contraente debole e le direttive comunitarie mirano sempre più a salvaguardare non tanto l'autenticità della scelta contrattuale, bensì l'interesse

generale alla costituzione ed efficienza del mercato unico, il quale può essere pregiudicato da operazioni economiche riferibili a classi di contraenti **in stato di inferiore bargaining power rispetto alla controparte** [124]. In tal modo si spiega la predilezione per rimedi manutentivi e correttivi quali le nullità parziali, l'inefficacia di singole clausole, l'integrazione del contenuto, l'imposizione di un contenuto essenziale, i quali al tradizionale carattere invalidante privilegiano il fine preventivo e conservativo del contratto [125]. Si evita così "l'eterogenesi dei fini rimediale" per cui con le demolizioni assolute si rischia spesso di pregiudicare proprio l'interesse dello stesso soggetto debole che si voleva salvaguardare.

Nei Principi *Unidroit* e nel *Draft*, là dove si prevede quale tutela generale l'annullabilità parziale preliminare alla correzione giudiziale, si ravvisa un "eccesso manutentivo" trascinante in una espropriazione della volontà delle parti che denuncia un radicale mutamento di visione complessiva se lo si compara con il tradizionale sistema degli ordinamenti continentali. Questi ultimi infatti, conseguita la finalità di salvaguardare la corretta formazione del processo volitivo, tendono a non ingerirsi nel *quid actum* tra i contraenti [126].

Infatti il codice civile, impregnato di teoria consensualistica, da un lato prevede una disciplina di vizi della volontà circoscritti cui si affianca il rimedio rescissorio con presupposti legali precostituiti, laddove il rilievo della sproporzione è direttamente collegato ad un'alterazione della libertà di scelta del contraente [127]; dall'altro, pur ammettendo in determinati casi interventi eteronomi *jussu judicis* in senso correttivo, li subordina ad un'esplicita previsione di legge [128].

Manifestazione di tale indirizzo volontaristico è l'attenzione che l'ordinamento pone nei confronti di entrambe le parti. Infatti alla possibilità di impugnare il contratto con l'annullabilità o la rescissione, corrisponde comunque il limite che tali rimedi incontrano nell'evitare di autodeterminare, imponendolo all'altro contraente, un regolamento al quale questi non abbia prestato consenso. Che l'ordinamento intenda evitare la proposizione di una sorta di dialettica servo-padrone tra le parti si deduce *a contrario* da varie fattispecie ove si riconosce alla parte "avvantaggiata", e solo ad essa, la facoltà di modificare il contratto riducendolo ad equità in ipotesi di rescissione ([art. 1450 c.c.](#)) ovvero il potere di rettificarlo in caso di errore ([art. 1432 c.c.](#)), senza che sia imposto al contraente forte l'adesione ad un contratto equilibrato [129].

La logica su cui si fondano le codificazioni di *soft law* europeo, inclinate sul piano rimediale verso la conservazione del contratto, svela una visuale normativa orientata a perseguire una giustizia contrattuale "mercantile", vale a dire volta a incidere sui rapporti economici in modo da ripristinare o imporre l'equilibrio che si sarebbe potuto ottenere in un mercato perfettamente concorrenziale: in tal senso la buona fede, come detto, salvaguarda la libera determinazione di un contraente. La conservazione del contratto e l'intervento del giudice su istanza di parte si dimostrano quindi funzionali a correggere il regolamento negoziale in caso di patologie apprezzabili a livello macroeconomico, in modo da tutelare un ordine pubblico economico in cui la salvaguardia del mercato include sia la tutela generale della concorrenza che la tutela concreta della libertà negoziale degli utenti. Si fissa dunque lo scopo della strutturazione del mercato concorrenziale come base giustificativa degli interventi giudiziali sul contratto [130].

Nei progetti di codice europeo, quindi, proprio il mercato assurge a "causa finale" del sindacato giudiziale sugli effetti sostanziali dello scambio tendente a sanare eventuali squilibri nella distribuzione della ricchezza, assumendo tuttavia anche la funzione di regolo calcolatore dal duplice utilizzo.

In primo luogo è impiegato al fine di misurare l'asimmetria contrattuale, come si evince nel *Draft* sia dalla previsione relativa all'introduzione delle cd. "clausole implicite" (art. II - 9:101), in cui il controllo di merito deve far riferimento alle circostanze della conclusione del contratto, oltre che alla natura e allo scopo del negozio; sia dal richiamo alle circostanze e allo scopo del contratto al fine di determinare il *vantaggio eccessivo o il vantaggio gravemente ingiusto* (art. II - 7:207); sia dalle definizioni di *unfair* in cui è esplicito il rinvio alla prassi commerciale (artt. II - 9:404, II - 9:406); nei Principi *Unidroit* laddove si precisa che il giudice deve intervenire qualora il negozio manifesti una disparità di valore o di prezzo o di qualche altro elemento che comporti uno squilibrio rilevante (commento all'art. 3.10). È palese dunque il rimando ad un concetto di equilibrio relativo al mercato concorrenziale che incide sulla fattispecie di operazione economica.

In secondo luogo il mercato è assunto a metro valido a correggere la sperequazione contrattuale, come emerge dalle già viste previsioni in cui si stabilisce che il giudice può modificare il contratto in modo da *metterlo in armonia*

con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto delle esigenze di buona fede e correttezza nei rapporti commerciali (art. II - 7:207 *Draft*), ovvero renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio (art. 3.10 *Unidroit*).

Apparirebbe quindi come, utilizzando quale criterio di riferimento la norma oggettiva del mercato, benché determinata alla luce del parametro della correttezza, la logica eteronoma del contratto cui viene sottomessa la ragione volontaristica sia riferimento costante e regolatore di una giustizia negoziale divenuta perciò materiale e individuale [131].

Eppure, se si considera il già visto art. I - 1:102 che impone un'interpretazione in modo da tutelare i diritti umani, le libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali comuni, si può osservare come il *Draft* non sia sordo al primato assiologico dei diritti fondamentali, affermando l'irriducibilità *ad usum mercatus* della libertà contrattuale, la quale non può piegarsi alla lesione della dignità umana promuovendo irragionevolmente finalità discriminatorie. Inoltre, se si viola una disposizione imperativa (*mandatory rule*) la tutela applicabile dovrà individuarsi in maniera circostanziata tra un ampio spettro rimediabile, in modo da dare una risposta adeguata e proporzionale alla trasgressione [132].

Inoltre, l'art. II - 7:301 è netto nel comminare la nullità dei contratti che violino *un principio riconosciuto come fondamentale negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea*, se tale rimedio è congruo rispetto allo scopo [133]: trova dunque accesso nel *Draft*, integrandolo, il Trattato di Lisbona che, rendendo vincolante la Carta dei diritti di Nizza, ha tentato di ribadire il modello di un'«Europa di diritti e valori, di libertà, solidarietà e sicurezza, che prevede nuovi meccanismi di solidarietà e garantisce una migliore protezione dei cittadini europei» [134].

Tali principi non possono certo considerarsi in senso univoco ma devono essere interpretati in ottica funzionale e assiologica, essendo inevitabilmente soggetti a evolvere a seconda di come la società non omogenea e pluralista li percepisce in concreto. Si afferma, pertanto, una gerarchia mobile, in quanto muta il valore relativo di tali principi in relazione ai diversi casi concreti [135]. Nell'ambito di tale mobilità assiologica, il principio-valore dell'autonomia privata – e dunque gli strumenti che ne assicurino un suo effettivo esercizio – assume una valenza cardinale [136]. Nella stessa introduzione al volume del *Draft* si raffigura la finalità di individuare un temperamento tra le esigenze del libero mercato e della concorrenza con più invasivi approcci consumeristi o in generale in favore della parte debole [137]. Nell'ultima versione rispetto alla precedente del 2008, pur con discutibili interventi sull'architettura del testo – come ad esempio la collocazione della dignità umana non più in posizione adiacente alla protezione dei diritti umani – si mantiene l'orientamento del *Draft* nel riproporre un'equazione fra genuina libertà contrattuale e giustizia, alle quali si associa l'efficienza, in modo da realizzare quelle condizioni di reciproca pienezza informativa e di *equal bargaining power* necessarie per un mercato che comprenda un “*justice-oriented approach*” [138].

8. Contrarietà a buona fede tra regole di validità e regole di comportamento.

Il rimedio dell'annullamento, caratterizzato dall'istanza di parte e dalla vocazione correttiva previsto dai *corpora iuris* di diritto privato europeo, induce a riflettere sulla prospettiva rimediabile applicabile nel nostro ordinamento al contratto sperequato.

Nel nuovo diritto delle invalidità contrattuali al paradigma astratto e monolitico che tradizionalmente circoscrive la sua attenzione alla “fattispecie” contrattuale, si sono affiancate forme di nullità testuali di protezione, ipotesi catalogabili come nullità virtuali di protezione, ovvero fattispecie in cui la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa [139]. Rappresentano queste le c.d. “nullità di nuova specie” – di cui si è accennato sopra – le quali, oltre a prevedere la riserva di legittimazione solamente in capo al contraente protetto, si stabilisce la parzialità necessaria dell'invalidità [140].

In ambito domestico le conseguenze del mancato rispetto del principio di buona fede hanno suscitato un ampio dibattito cui hanno preso parte – per riprendere la scansione dei fattori normativi proposta da illuminata dottrina – sia il formante giurisprudenziale, sia quello legislativo, oltre a quello dottrinario [141]. Il *punctum pruriens* della questione è l'ipotetica configurazione della nullità per contrarietà a norme imperative in seguito alla violazione della buona fede quale nullità virtuale, vale a dire un'invalidità scaturente da una ricostruzione ermeneutica che collega il contratto con gli scopi perseguiti dal precetto trasgredito, la quale come ogni attività interpretativa è

soggetta a inevitabili oscillazioni casistiche [142].

Detto dibattito ha visto emergere posizioni che identificavano una clausola di buona fede “tricefala” che assumerebbe sia la valenza di norma imperativa ai fini della declaratoria di nullità, sia veste di criterio valutativo della condotta, sia infine il ruolo di parametro valutativo *a posteriori* del regolamento negoziale a cui far seguire al pari la nullità [143]: a monte di tale tentativo di superamento delle tradizionali “colonne d’Ercole” della distinzione tra regole di condotta e regole di responsabilità, si pone quel presunto “solidarismo contrattuale” che autorizzerebbe l’interprete a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie, dando la stura all’interventismo giudiziale sul contenuto del contratto [144].

In particolare, si segnalano due autorevoli sforzi volti a oltrepassare la suddetta dicotomia, il primo in maniera diretta, il secondo in via indiretta, agendo entrambi sul piano dei vizi del consenso.

È noto il tentativo – pur suggestivo – di allargare i perturbamenti del volere, individuando nell’[art. 1337 c.c.](#) il principio generale cui fare riferimento per tutti i casi di scorrettezze a livello decisionale, in modo da colmare le lacune lasciate dal sistema delle regole d’invalidità [145]: la buona fede in tal caso opererebbe apparentemente come regola di condotta. Tuttavia, poiché allo squilibrio si reagirebbe con il risarcimento in forma specifica da cui deriverebbe la caducazione del contratto o la sua correzione, si priverebbero surrettiziamente di operatività le regole di invalidità, in quanto per mezzo della tutela [ex art. 2058 c.c.](#) si otterrebbero gli stessi effetti dell’annullamento.

L’opzione in favore delle regole procedurali seguite nella contrattazione – e ispirate al primato ottocentesco della volontà – cozza con la perdita della centralità di questa quale requisito rivelatore di un’anomalia del contratto e con la senescenza di una prospettiva astratta del soggetto di diritto, a vantaggio di un’attenzione al dato concreto e alle condizioni socio-materiali delle parti.

Tale soluzione si scontra altresì con il *numerus clausus* dei vizi del volere, impermeabili ad una valutazione *ex fide bona* [146], stante anche l’eterogeneità delle discipline. Infatti, sovente la scorrettezza precontrattuale viene in rilievo indipendentemente dall’equilibrio contrattuale e viceversa (ad esempio in caso di violenza da parte di un terzo all’insaputa della controparte), e sussiste a prescindere dalla presenza di un pregiudizio. Inoltre, mentre la disciplina dei vizi del consenso è principalmente diretta a colpire contratti con asimmetrie sul piano microeconomico, in cui rilevano disparità occasionali, la responsabilità precontrattuale prevista dall’[art. 1337 c.c.](#) si presta a coinvolgere anche contratti con squilibri strutturali, per cui si ravviserebbe la necessità di individuare una tutela rimediale non rimessa alla disponibilità delle parti in quanto rivolta anche al mercato [147].

Una più recente ipotesi, muovendo dall’[art. 1440 c.c.](#) esteso oltre il dolo incidente tramite la connessione sistematica con l’[art. 1337 c.c.](#), collega invece alla trasgressione della regola di correttezza precontrattuale il risarcimento per equivalente volto a correggere il regolamento contrattuale sul piano economico. In tal modo si rende il contenuto del contratto conforme alle condizioni che sarebbero state sussistenti in assenza di disparità [148]. In tale orientamento, tuttavia, si osserva come l’obbligo restitutorio compreso nell’annullamento, come anche la riconduzione ad equità e la rettifica, siano assorbiti nel risarcimento per equivalente, in quanto gli esiti pratici del risarcimento conducono in via mediata ai medesimi risultati dei suddetti rimedi, tendenti a conseguire gli effetti del contratto qualora fosse stato concluso in condizioni di equilibrio [149].

La discrasia tra regole di validità e di condotta non viene vulnerata dalla dimensione di *soft law* europea laddove, come visto, per citare il recente *Draft*, la regolamentazione delle cause di invalidità del contratto non fa alcun cenno alla buona fede. Si concede inoltre ampia libertà di manovra al potere giudiziario laddove all’art. II. – 7:302 si riconosce al giudice facoltà di scelta – quando la norma imperativa non prescriva espressamente gli effetti di una violazione sulla validità dell’atto – tra dichiarare il contratto valido, annullarlo in tutto o in parte con effetti retroattivi, oppure modificare il negozio o i suoi effetti. Si precisa comunque che la decisione pretoria deve pur sempre essere la risposta appropriata e proporzionale alla violazione, avuto riguardo a tutte le circostanze della fattispecie concreta.

Nella prospettiva domestica si osserva che nella ricerca relativa alla scelta del rimedio apprestato in favore del contraente debole – più coerente rispetto al sistema e più congruo rispetto alla sostanza socio-economica della questione – il formante giurisprudenziale ha giocato un ruolo di rilievo già prima delle note Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007 [150]. Alcune pronunce hanno infatti fornito qualche timida sponda a chi affermava la possibilità

di far scaturire dalla mera violazione della regola di buona fede la nullità del contratto, il quale poteva quindi ammantarsi di sostegni della giurisprudenza di legittimità [151].

Invero, oltre alla nota sentenza in tema di voto espresso in mala fede da un socio di maggioranza – la quale ha dichiarato nulla la delibera in cui l'art. 1375 assume una funzione integrativa della regola dell'invalidità dell'atto collegiale per contrarietà alla legge o allo statuto [152] – la Suprema Corte individua un'ulteriore ipotesi di slittamento della buona fede sul terreno del giudizio di validità del contratto nella decisione in materia di *leasing* relativa alla clausola di traslazione del rischio in capo all'utilizzatore [153].

In tale pronuncia, la cui massima ed essa soltanto parla esplicitamente di nullità per contrarietà a buona fede, quest'ultima è utilizzata dal giudice non in funzione correttiva e modificativa del contratto, bensì repressiva e sanzionatoria attraverso lo strumento della nullità virtuale. Tuttavia, questa invalidità si colloca all'interno di un piano di ripartizione dei rischi subalterno all'individuazione sia della struttura come operazione economica unitaria, sia della causa concreta nell'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene: tali elementi risultano inevitabilmente innervati dalle esigenze di buona fede [154]. Questa si pone come ausiliaria del programma contrattuale, in relazione alla nullità della clausola di traslazione del rischio e al riconoscimento dell'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore [155].

Rifuggendo da opposti dogmatismi è dunque opportuno specificare che nella suddetta sentenza, a parte l'*obiter* della nullità da buona fede, l'invalidità della clausola non poggia unicamente sull'applicazione della regola dell'[art. 1375 c.c.](#), ma è sorretta principalmente dalla configurazione del contratto quale collegamento negoziale, dall'inderogabilità dell'[art. 1463 c.c.](#), dall'incoerenza della tutela del concedente in rapporto all'elemento causale, ravvisato in concreto nell'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene, oltre che rinforzata dalla non meritevolezza dell'interesse perseguito dall'autonomia privata [156].

In assenza di esplicita previsione del legislatore – il quale si limita all'indicazione di un obbligo di comportamento –, ai fini dell'individuazione del rimedio più coerente rispetto al sistema e più efficiente per la soluzione socio-economica, l'interprete deve dunque analizzare la fattispecie indagando l'interesse in concreto perseguito dalla norma e la *ratio* dell'obbligo imposto, in modo da verificare la congruità tra il mezzo di tutela, le esigenze di protezione e la fattispecie nella sua dimensione funzionale [157].

Si ribadisce quindi che la nullità è rimedio volto a colpire quei casi in cui il contratto non combaci con il modello di perfezione funzionale e strutturale, ovvero risulti difforme rispetto a interessi ritenuti inderogabili dal legislatore. Di conseguenza, la nullità virtuale opererebbe unicamente nel caso in cui ad essere antinomico con interessi considerati inderogabili dal legislatore sia una regola prevista dal contratto e non una condotta tenuta precedentemente o in occasione dell'esecuzione contrattuale, la quale invece sarebbe sanzionata con la nullità per contrarietà all'[art. 1337 c.c.](#) solamente se discendesse da una clausola negoziale [158]. Si avvalorerebbe dunque la distinzione tra regole di validità e di comportamento quale espressione del principio di legalità che vieta di comminare giudizialmente la nullità del contratto in violazione di una clausola generale di comportamento [159]. Tale posizione è confermata dall'esame di alcune previsioni normative, apparentemente ritenute indizi del superamento della linea di demarcazione tra regole di validità e regole di comportamento, racchiudibili in due gruppi distinti.

Da un lato si distinguono alcune sporadiche disposizioni, quali l'[art. 2 d.lgs. n. 122 del 2005](#), ovvero l'[art. 100-bis I.U.F.](#), o ancora l'[art. 67-septies decies, comma 4, c. cons.](#), in cui si sanzionano con nullità testuali la violazione di regole di comportamento, quali gli obblighi di informazione. L'invalidità qui è dunque rimessa ad una valutazione di buona fede effettuata a monte dallo stesso legislatore, che isola puntuali e specifiche condotte alla cui violazione connette una nullità anche qualora, in deroga ai primi due commi dell'[art. 1418 c.c.](#), si tuteli la libera formazione della volontà: è evidente che tali ipotesi siano riconducibili al comma 3 dell'[art. 1418 c.c.](#) [160]. Dall'altro lato, si osservano invece le fattispecie di nullità previste come rimedio alle condotte abusive nelle ipotesi di asimmetria di potere negoziale a livello macroeconomico, dove lo squilibrio emerge anche dal contenuto regolamentare del contratto, quali le già menzionate norme sull'abuso di dipendenza economica ([art. 9, l. n. 192 del 1998](#)), in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprenditori ([art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002](#)), in ipotesi di intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione dominante ([artt. 2 e 3 l. n. 287 del 1990](#)) ovvero relative alle clausole vessatorie ai sensi degli [artt. 33 e 36 c. cons.](#) [161].

Dall'esame di queste previsioni si evince in maniera palese come la buona fede oggettiva non funga da criterio valutativo del comportamento del contraente "forte", vale a dire della sua situazione soggettiva, bensì da parametro di giudizio relazionale della singola regola contrattuale [ex art. 1366 c.c.](#): tale regola è comprensiva di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto, potendo riferirsi anche alle anomalie che non integrano i vizi del consenso.

Avendo riguardo alle circostanze concrete della fattispecie, la buona fede assume dunque la funzione del *corrigere*, presente già nel diritto pretorio romano [162], al fine di rettificare una significativa sperequazione genetica dei diritti e obblighi originati da un contratto [163]. Come emerge dalle su indicate sez. un. nn. 26724 e 26725 del 2007, in accordo con la suddetta concezione della buona fede, la scelta del rimedio tra nullità (speciale) e risarcimento andrà operata secondo un criterio funzionale in modo da fornire la tutela più adeguata [164], raffrontando dinamicamente il risultato programmato dai contraenti e l'insieme delle condotte formative ed esecutive, con la finalità del precetto violato alla luce dell'interesse protetto [165].

Sarebbe infatti sicuramente eccessiva la declaratoria di nullità nel caso in cui l'adulterazione del contratto per omessa o incompleta informazione non sia grave o non abbia comportato in concreto un pregiudizio (ad es. nell'[art. 67-septies decies, comma 4, c. cons.](#) si parla di violazione idonea ad alterare *in modo significativo* la rappresentazione delle caratteristiche del contratto). Pertanto, la buona fede sarà altresì adatta a fungere da "filtro rimediale" misurando – attraverso un'operazione di analisi e di costruzione ermeneutica – la significatività della inosservanza dell'obbligo al pari della valutazione di gravità dell'inadempimento ai sensi dell'[art. 1455 c.c.](#) [166].

L'adozione di una prospettiva rimediale funzionale, sia nella scelta del rimedio che nell'operatività della tutela, apre dunque all'applicazione anche nel nostro ordinamento della formula transalpina *pas de nullité sans grief*, per cui l'assenza di un danno farebbe venir meno il presupposto per la comminatoria di nullità [167].

Coerentemente si spiega inoltre come l'invalidità che scaturisce dalla violazione di una regola contrattuale si sganci dallo schema classico di nullità conseguente alla difformità da regole formali, per divenire rimedio ortopedico in una dimensione adeguata allo specifico ambito settoriale, al di là delle tradizionali distinzioni tra annullabilità e nullità, caratterizzato da uno stretto rapporto con il concreto assetto di interessi determinato dalle parti, e quindi necessariamente diretto a conservare il regolamento contrattuale conformandolo al principio di buona fede [168].

9. Prospettive rimediali nel quadro del principio di libertà e consapevolezza della scelta.

Si è osservato come la buona fede agisca sia sul piano della valutazione dello squilibrio che su quello della scelta del rimedio, operando in funzione correttiva al fine di ristabilire, tramite la riduzione dei *deficit* cognitivo-informativi, il principio-valore dell'autonomia negoziale [169]. Tuttavia, permane il rischio di un eccessivo interventismo del giudice qualora, in seguito alla *pars destruens* della caducazione della clausola iniqua, si ingerisca nel sinallagma contrattuale determinandone direttamente o indirettamente anche il prezzo, (potere recentemente riconosciuto dalla Corte di Giustizia [170]), tramite ad esempio la sostituzione automatica di clausole, cadendo negli opposti pericoli di un eccesso o di una insufficienza di tutela [171].

Per non capovolgere il rapporto tra diritto (cui è demandato il compito di fissare la cornice formale) e privati (sovrani del contenuto liberamente determinato), posto che quella del «controllo sull'equilibrio contrattuale nei contratti tra imprese costituisce una pagina che deve essere ancora scritta (se mai lo sarà)», sarebbe opportuno tentare la sperimentazione di nuove vie in termini di tecniche di tutela, al fine di provare a tracciare un segno sulla metaforica «pagina bianca» [172].

Si è visto come la prospettiva sia quella di un'indagine induttiva che consideri *in casibus* il contratto nella sua dimensione causale come in quella degli interessi rilevanti, in modo tale da individuare nella trama dei rimedi il mezzo di tutela più adeguato a salvaguardare la parte vulnerata. Appare infatti palese come il rimedio possa risultare peggiore del male, con un deleterio "effetto boomerang" [173]. In particolare, la radicale nullità può condurre ad esiti esiziali specialmente per i contratti "a valle" di quello viziato, qualora fosse comminata in seguito alla violazione del dovere di buona fede nel corso delle trattative del negozio a monte, in ipotesi in cui il *quid* informativo sottaciuto non risulti grave o distorsivo, con la conseguenza che la parte acquirente, oltre che i terzi, sarebbero costretti a restituire la prestazione ricevuta o a rinunciare a quella promessagli [174].

Il declino del principio per cui l'accordo raggiunto dalle parti abbia forza di legge nei loro rapporti, in seguito all'esigenza di rendere più flessibili le relazioni contrattuali spesso esposte a consistenti alterazioni, presta maggior spazio all'opportunità di rinegoziare il regolamento contrattuale in maniera da sindacarne la proporzionalità, mantenendo al contempo in vita il vincolo negoziale [175].

La rinegoziazione potrebbe costituire il punto di raccordo tra buona fede, autonomia e intervento del giudice [176]. Se la buona fede assume infatti come riferimento l'equilibrio concreto e peculiare di quella determinata operazione economica, allora il giudice, nel verificare che la rinegoziazione sia soggetta al generale principio della buona fede e al dovere di cooperazione, tenderà eventualmente di raggiungere un rapporto "equo" secondo non il proprio giudizio discrezionale, ma conformemente all'economia originaria del contratto e tenendo conto delle circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione.

Anche in questo tema è ineludibile il riferimento comparatistico, considerando sia l'*Avant-projet Catala* agli artt. 1135-1/1135-3, timoroso di un intervento giudiziale, sia i più audaci testi paranormativi dei Principi *Unidroit* e del *Draft* [177]. In questi ultimi, in caso di sopravvenienze che modificano sostanzialmente la simmetria del negozio facendo gravare i rischi connessi agli eventi sopravvenuti solo in capo ad una parte (*hardship*) [178], si prevede a favore di questa il diritto di richiedere che il contratto sia rinegoziato, precisando che nel caso di fallimento della trattativa ciascuno dei contraenti possa adire il giudice ai fini della pronuncia di risoluzione o della modificazione del contratto in maniera da ricostituire l'originario equilibrio [179].

In tal modo le parti tentano, in prima battuta di trovare da sole l'equilibrio senza che il giudice "metta le mani nel piatto" [180], ma provando a riportare in posizione di simmetria l'assetto contrattuale secondo una razionalità assicurata proprio da quel principio di buona fede che è in grado di conformare l'intera operazione. Questo rimedio manutentivo risulta ovviamente maggiormente adeguato alla prospettiva contrattuale più moderna, la quale al modello di scambio isolato e atomistico da parte di operatori autonomi e indipendenti, finalizzato alla massimizzazione dell'utilità immediata di ciascun contraente, sostituisce il paradigma del *relational contract* attraverso il quale si realizza la cooperazione protratta nel tempo mediante relazioni continuative improntate allo spirito di reciprocità [181].

Gli indispensabili agganci normativi potrebbero individuarsi nel nostro ordinamento proprio nella clausola di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto, come nell'equità come fonte d'integrazione. Ulteriori riferimenti potrebbero ravvisarsi nella norma, apparentemente residuale, di cui all'[art. 1467, comma 3, c.c.](#), che prevede il diritto di rinegoziare per evitare la risoluzione, nonché nell'[art. 1450 c.c.](#) in tema di rescissione, che legittima la modifica del contenuto del contratto in presenza di prestazioni sproporzionate, in modo da renderlo conforme ad equità, e soprattutto nell'[art. 1664 c.c.](#) previsto in tema di appalto [182].

Superata la prospettiva dei rimedi puramente ablativi, la tecnica di tutela della rinegoziazione delle parti può connettersi al già citato riferimento al principio di libertà e consapevolezza della scelta riconducibile all'[art. 41, comma 2, Cost.](#) quale specificazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'[art. 3 Cost.](#) Solo, infatti, l'uguaglianza sostanziale tra i contraenti assicura un'autonoma e bilaterale mediazione degli interessi economici dei contraenti [183].

Infatti, la rinegoziazione assicurerebbe l'adattamento del programma contrattuale all'insegna della buona fede sotto il controllo procedurale del giudice, allo scopo di ottenere l'equilibrio in parità di condizioni, permettendo alla parte vittima della sproporzione o del grave approfittamento di meglio ponderare le modalità di esercizio dell'autonomia [184]. La prospettiva manutentiva del contratto attraverso la rinegoziazione costituirebbe dunque la più significativa espressione del principio di buona fede che attraversa tutto l'*iter* negoziale, preferendo la "terapia" all'amputazione del substrato contrattuale [185].

Rimarrebbe salvaguardato, inoltre, il rispetto del limite del consenso giacché il rimedio della rinegoziazione si porrebbe nel solco comune ai rimedi demolitori, là dove sia nella nullità, che nell'annullabilità come nella risoluzione, l'intento dell'ordinamento si individua nel ripristinare l'allocatione delle risorse giuridiche e patrimoniali precedenti all'alterazione dell'accordo, in modo da ricostituire, ove voluto dalla parti, un nuovo sinallagma rimesso integralmente alla libera disponibilità delle parti [186]. Al pari tale strumento rimediale preserverebbe il modello di contratto paritario senza pregiudicare quelle situazioni idiosincratich in cui l'iniquità dello scambio sussiste senza la concorrente presenza di condizioni di difficoltà economica o informativa di una

parte, in quanto corrispondente alla volontà delle parti [187]. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un collezionista stravagante disposto a pagare un prezzo spropositato rispetto a quello di mercato pur di accaparrarsi quello specifico oggetto.

L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale integrerebbe una *culpa in contrahendo*, cui la parte *in bonis* potrebbe rimediare domandando una pronuncia giudiziale costitutiva [ex art. 2932 c.c.](#) [188].

Numerose tuttavia si dimostrano le incertezze relative all'applicazione del suddetto rimedio, più conforme alle sopravvenienze nei rapporti di durata, che ai casi di lesione in cui lo squilibrio o l'abuso incidano sul regolamento *ab origine* [189]. Al pari permangono incognite riguardanti la determinazione delle soglie di rilevanza della sproporzione, o ancora la configurazione operativa della disciplina [190].

Con tali interrogativi, dei quali si rinviano ad altra sede i debiti approfondimenti, l'interprete dello *jus conditum continuo recondendum* è chiamato a confrontarsi al fine di ricostruire il rapporto tra regole generali e tecniche di tutela del contraente debole, senza procedere a rigide operazioni di ritaglio dirette a predefinire tassativamente i soggetti meritevoli di protezione, in modo da aspirare a rendere effettivo il *contractuel*, misurandol'ingiustizia nel terreno della *par condicio contrahentium*.

10. La funzione ermeneutica della buona fede.

Avvicinandoci alla conclusione della suddetta analisi intorno alla dimensione dialettica del rapporto tra autonomia contrattuale e buona fede – relazione 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 di raggiungere un'idea di giustizia contrattuale [191].

L'effettività di tale traguardo può essere avvicinata dal tentativo da parte del diritto civile di superare, attraverso i meccanismi di tutela della parte debole, lo iato tra forma giuridica e dinamica sociale [192].

È opportuno infatti ricordare come esista 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 eteronoma, che provveda a disciplinare in modo diversificato i differenti rapporti di scambio [193].

La complessità del mercato richiede dunque che il quadro valoriale dei principi – intrinsecamente fluido e mobile – non possa concretizzarsi in 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 [194]. L'assiologia invece deve trovare applicazione in statuti normativi che assicurino un trattamento specifico e dunque inevitabilmente flessibile, senza tuttavia espropriare i privati della loro autonomia con interventi di tipo paternalistico.

Le alterazioni della razionalità economica e le asimmetrie informative incidono in varia maniera sulla scelta del contraente e sulla determinazione delle condizioni dell'operazione negoziale [195]. Conseguentemente il sistema, confrontandosi con le pretese delle parti [196], 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 [197].

Se un mercato idealmente 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 [198], allora l'ordinamento deve approntare strumenti che possano garantire un mercato il più possibile tale da permettere all'individuo l'effettiva massimizzazione della sua utilità secondo un processo razionale.

A questa esigenza corrisponde l'ingerenza del giudice, il quale è tenuto ad utilizzare il diritto in via conformatrice rispetto alle autonomie contrattuali, conferendo ad una specifica relazione negoziale una fisionomia che consenta alla ragione economica del contratto di assumere valore normativo conformemente alla concreta situazione materiale e nell'ambito del contesto assiologico dinamico: in questo senso si può rinvenire dunque la giustizia contrattuale, intesa sia come mera *procedural justice*, sia come equilibrio contrattuale normativo.

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 scongiora i costi transattivi imprescindibili per regolare gli effetti arbitrari delle regole rigide [199].

Ma se la buona fede ha funzione correttiva rispetto alle distorsioni del mercato, si evidenzia come l'evocazione di presunti *standards* mercantili idealmente concorrenziali quali riferimento di "giustizia" [200] 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 [201]. 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» [202].

In una dimensione di nuova illiceità negoziale caratterizzata dalla disuguaglianza delle parti e dall'esigenza di tutela dall'abuso dell'autonomia privata quale interesse generale [203], si è tentato di fornire una risposta maggiormente aderente alle dinamiche economiche reali, con la creazione di numerosi comparti normativi, realizzando un "*patchwork*" di tutele del contraente debole [204], difficilmente suscettibile di applicazioni estensive ad ogni situazione di inferiorità contrattuale e inevitabilmente soggetto a lacune [205]. In tale panorama affiora quindi una visione dinamica dell'uguaglianza, la quale genera costantemente nuovi equilibri: un'uguaglianza che assume sempre più i contorni di una pretesa, ovvero di contenuto di istanze individuali [206].

Eppure alla tendenza centrifuga propria della recente legislazione speciale che si traduce nell'attenuazione di prescrizioni di ordine dispositivo e nella connessa implementazione dei poteri del giudice [207], è possibile rispondere con una rinnovata valenza della disciplina generale ed in particolare proprio della clausola di buona fede. Questa infatti può fungere da comune denominatore che, attraverso il suo descritto filtro dell'[art. 1366 c.c.](#), connette e armonizza la disciplina generale e quella speciale all'interno di un sistema complesso e reticolare di tutela, conformando, per mezzo di un complessivo giudizio di congruità e rilevanza, la specifica regola contrattuale all'assetto di interessi dei contraenti: si effettua così un'indagine che muovendo dalle norme speciali risale ai principi generali dell'ordinamento [208]. L'interpretazione secondo buona fede, quindi, si rivela processo euristico e attività costitutiva della regola concreta in quanto legittima una lettura dell'assetto economico della fattispecie contrattuale nel quadro assiologico di un diritto vivente.

Con il declino della *sanctity of contract*, ovvero del principio di insindacabilità dell'equilibrio contrattuale come prodotto dell'autonomia privata tra contraenti che negoziano in condizioni di parità, si rivela dunque affermazione di liberalismo giuridico proprio l'intervento giudiziale, diretto non ad adulterare il programma negoziale, ma ad eliminare le situazioni di squilibrio strutturale nel rispetto della ragione economica – ovvero della causa in concreto – della singola fattispecie. In tal modo l'autorità giudiziale, attraverso la buona fede in funzione ermeneutica, riafferma 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 [209].

Detta valenza correttiva – conforme alla razionalità dell'operazione mancata nel momento formativo e ai *desiderata* dei contraenti – consente dunque di 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 [210]. Mediante la buona fede in funzione ermeneutica, quindi, si coglie il senso economico del contratto nell'ambito di un contesto dinamico costituito dalla dialettica tra diritto positivo e ordine giuridico alla base della società.

Infatti, come è stato rimarcato, il conflitto tra autonomia 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» [211].

L'uso delle clausole generali permette quindi – grazie alla loro funzione di collante tra le previsioni particolari e l'assetto valoriale dell'ordinamento – di ricostruire *in casibus* il contenuto dell'obbligo applicabile in assenza di una previsione normativa astratta, attraverso una sorta di fenomenologia della buona fede che, alla stregua dello spirito assoluto [212], muove dalle fattispecie concrete ai principi, per rinnovarsi nelle regole speciali [213].

La valenza della buona fede si esprime dunque quale strumento capace di adattarsi ad una realtà mutevole e volto a preservare le ragioni di un sistema giuridico aperto e dinamico. Questo si presenta saldamente imperniato nella disciplina codicistica e implementato dalle normative speciali, con radici costituzionali e sovranazionali che donano linfa all'intero impianto di regole suscettibili di reciproca integrazione con le norme contrattuali, componendo dunque un sistema in circolare e virtuoso movimento [214].

11. Considerazioni complessive: suggestioni dagli “archivi” del diritto civile e potenzialità della buona fede.

Si è osservato come la buona fede possa essere ricostruita come clausola che vada oltre le dogmatiche antitesi che la considerano regola interpretativa in senso solo soggettivo o solo oggettivo, ovvero che le assegnano un ruolo interno all'atto di autonomia o ad esso esterno quale fonte d'integrazione del contratto.

Invero, 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 [215]. Attraverso l'arricchimento degli effetti del negozio come sviluppo delle intenzioni delle parti, dunque, si scongiurerebbero sia interventi autoritativi da parte del giudice, che si intrometterebbe nel regolamento contrattuale al di fuori di una valutazione di coerenza con il concreto assetto negoziale, sia tradimenti della volontà dei contraenti con un'impostazione prettamente soggettivistica che inevitabilmente si risolverebbe nella supposizione di volontà presunte.

In proposito, giova ricordare come a Pascal, il quale domandava ai Gesuiti perché legittimassero moralmente perfino le condotte più irregolari dei “libertini”, quelli rispondevano: “*pour ne pas désespérer le monde*” – ossia per non spingere dei peccatori incalliti ad abbandonare la fede, sotto la minaccia di un pesante rimprovero [216]. Similmente, qualora il giudice dovesse ricostruire l'equilibrio del contratto inteso in senso assoluto, egli si farebbe parte, programmando un assetto d'interessi a suo dire equilibrato, con la conseguente repressione e mortificazione dell'autonomia privata.

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* [217]; il recente *Avant-projet* francese del diritto contrattuale prevede 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 droits et obligations des parties* [218]; le regole sullo squilibrio contrattuale previste dagli *Unidroit* e dal *Draft*, si è visto, non prospettano una rigida tipizzazione dei presupposti legali soggettivi e oggettivi, contemplando 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.

Una soluzione manutentiva, applicabile ad un generico contraente debole potrebbe rinvenirsi non guardando altrove o lontano ma nei cassetti della scienza giusciviltistica, ovvero nell'art. 22 del *Progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927, nel quale, con valenza quasi profetica, si ritrova 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).

Infatti, tale norma statuiva: «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» [219].

Tale norma, corretta con la previsione dell'intervento officioso del giudice, potrebbe rappresentare la chiave di volta posta al vertice dell'arco della giustizia contrattuale, in modo da chiudere la serie delle varie normative produttrici di «regole vaganti alla ricerca di un senso» [220], ricongiungendole ai pilastri laterali, costituiti dai

principi fondamentali della Costituzione oltre che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Un ritorno alla "virtù dei principi" [221] non appare eversivo rispetto alle esigenze mercantili: qualora si avesse la cura di seguire il precetto scolastico *distingue frequenter* [222] si noterebbe che 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 raggiungere il massimo risultato di soddisfazione al minimo prezzo possibile [223]. Peraltro, è opportuno sottolineare come la gerarchia valoriale costituzionale sia naturalmente mutevole e duttile, prestandosi particolarmente alle esigenze regolative delle circostanze concrete, in modo da ricomporre la conflittualità economico-sociale espressa dal contratto nella dimensione applicativa del caso singolo [224].

Il ruolo "portante" nell'orientare il mercato di una buona fede quale serbatoio dei canoni assiologici di derivazione costituzionale trova conferma a chiare lettere nel *Draft* in cui si assegna un marcato rilievo giuridico ai principi generali. Invero – come si è osservato sopra – le "tradizioni costituzionali comuni" sono elevate dall'art. I - 1:102 a canone ermeneutico alla luce del quale interpretare le norme del progetto di codice civile europeo. Inoltre, l'art. II - 7:301 commina la nullità dei contratti che violino «un principio riconosciuto come fondamentale negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea» [225]. I principi costituzionali rappresentano, infatti, la "semantica profonda" del diritto privato europeo, dai quali è possibile cogliere quelle che per Vico rappresentano le "permanenze" che connotano gli ordinamenti nazionali e ne testimoniano la coerenza comune [226].

Tali principi, al pari delle norme positive ordinarie, possono costituire certamente un limite all'azione individuale, e tuttavia anch'esse – come detto – in quanto norme all'interno del circuito del sistema giuridico, sono inevitabilmente soggette ad una valutazione ermeneutica, poiché calate nella dinamicità assiologica della società [227]. L'interpretazione della fattispecie concreta, quindi, esige una valutazione che impegna e al tempo stesso condiziona la complessità delle fonti, data la reciproca influenza nell'ambito del su descritto sistema circolare [228].

Si conferma, quindi, come le norme costituzionali rappresentino «una sorta di calco innovatore per le categorie civilistiche» [229], facendo sì che la buona fede costituisca quell'utile raccordo tra principi e regole necessario in un sistema di distribuzione delle libertà conforme ad un assetto composito di mercato, per cui è opportuno che l'autonomia contrattuale scopra nel proprio limite l'utilità del limite stesso [230].

Invero, è il quadro assiologico dinamico a rappresentare l'indispensabile riferimento valoriale per l'ambito operativo della clausola di buona fede nella sua interazione con un contesto di mercato multirelazionale [231]. L'essenza della buona fede viene, dunque, recuperata nell'aspirazione generalizzata alla instaurazione di una garanzia di sostanziale ed effettiva autonomia nella scelta, considerando il carattere istituzionale del mercato, senza tuttavia elevare questo a feticcio ideologico.

Del resto, la valenza riconosciuta – anche nei progetti di codificazione europea – al principio di dignità punta a favore della libertà di scelta delle parti, essendo quest'ultimo un valore che si ascrive a pieno titolo nella dignità della persona, il cui contenuto si individua nel confronto con altri principi fondamentali [232]. Ciò non significa attribuire un primato al mercato privo di regole, ma – cosa ben diversa – riconoscere rinnovata valenza al principio-valore di autonomia.

Proprio a garanzia dell'autonomia contrattuale, mediante le clausole generali [233], il giudice potrà intervenire sull'assetto economico del contratto, assicurando la libera formazione della regola negoziale secondo una parità effettiva, considerando l'assiologia sia del contratto – ossia il suo contesto -, sia dell'ordinamento – ossia la mobile gerarchia valoriale – in reciproca e biunivoca corrispondenza [234].

Con la clausola generale di buona fede l'assiologia valoriale si connette, dunque, al sistema, rappresentando un necessario canone ermeneutico di controllo, utile a ripristinare l'uguaglianza di base, in modo da restituire attualità alla formula *qui dit contractuel dit juste*, senza tuttavia affidare ai giudici un ruolo di controllo declinante nell'arbitrio. Attraverso l'impiego ermeneutico della buona fede si avrà una ricostruzione del negozio senza invasioni solidaristiche né incursioni anarco-capitalistiche [235].

È quindi con il sapiente uso delle clausole di buona fede e di equità utilizzate come canoni ermeneutici assiologici che il giurista può correggere gli effetti dell'abuso, facendo sì che la parte debole possa recuperare le opportunità perdute, contribuendo a definire il regolamento contrattuale mediante il consapevole ed effettivamente libero

esercizio dell'autonomia privata [236]. In tal modo è possibile ottenere non un equilibrio o una proporzione in senso assoluto ed eterodeterminato, bensì il concreto assetto economico desiderato dalle parti che assicuri la corrispondenza tra l'effettivamente voluto e il deciso.

- [1] L'equazione automatica della regola contrattuale con la regola giusta è contestata da D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2004, 157, secondo cui l'espressione "giustizia contrattuale" includerebbe la stessa forza vincolante del contratto e le regole che la assicurano, assumendosi il brocardo "*pacta sunt servanda*" quale precetto etico, espressione di valori di giustizia, senza che ciò comporti un giudizio di necessaria conformità a giustizia dei contenuti pattizi.
- [2] A tale proposito, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 23, evidenziano come il contratto venga concluso «in un quadro economico dominato da cento strettoie», che, evidentemente, adulterano il corretto funzionamento del mercato, allontanandolo dal modello di mercato perfetto, postulato dalla concezione liberista.
- [3] Cfr. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, 410, citata in GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, *Les obligations*, 1, II éd., Parigi, 1988, 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, 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")».
- [4] Così DWORKIN, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, Princeton, 1981, 308, secondo il quale "*the starting gate theory*" comporta sì l'eguaglianza dei punti di partenza ma non riconosce il diritto al risarcimento per gli individui che successivamente patiscono una "sorte brutta" sopportando svantaggi che non dipendono da loro scelte.
- [5] In questo senso IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 549, cui seguirono le riflessioni di OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 525; BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 137; FERRI, *Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia*, in FUCCILLO (a cura di), *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2002, 40. Analogamente CAPOGRASSI ne *L'ambiguità del diritto contemporaneo* in *Opere*, V, 1959, 409, in seguito alla sempre minore presenza del negoziato, parla in termini di trasformazione del contratto in "dettato". Si segnala come già Cesare Vivante negli anni venti del secolo scorso, in piena temperie volontaristica, riconosceva la capacità di creare un rapporto giuridico da un semplice atto fuggevole (cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926, 2).
- [6] Emblematico il riferimento a GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, ora in *La morte del contratto* (trad. it.), Milano, 1992. Si vedano anche GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381, e TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, 141.
- [7] Così, in uno dei suoi ultimi scritti MENGONI, in *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, Padova, 1996, 36.
- [8] Si veda per un approfondito panorama del diritto privato del mercato, sia in prospettiva storica che diacronica PALAZZO-SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.
- [9] Per un'analisi storico-comparatistica si rinvia a RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comparatistica*, Napoli, 1994, 52.
- [10] Si veda in merito BESSONE-ROPPO, *Equità interpretativa ed economia del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 248. Per una diversa opinione cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 223, secondo il quale il giudice non può adeguare il proprio giudizio ad un rapporto di proporzione tra le prestazioni, che l'[art. 1371 c.c.](#) prevede per il solo caso di incomprensibilità del regolamento. In proposito RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 19, osserva 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».
- [11] La centralità del principio di buona fede nell'ambito del libero scambio è sottolineata in particolar modo da BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 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, 57.

[12] Si veda, in proposito, ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012. Per un approfondimento della problematica si rinvia a GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, ora in *La morte del contratto* (trad. it.), Milano, 1992; TROMBETTA, «Freedom of Contract»: *ascesa e caduta di un principio. (A proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 156; SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, in *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte. Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 1998, 441; e più recentemente l'approfondita analisi di MACARIO, *L'autonomia privata*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 123. È chiaro che si tratta di una crisi diversa da quella ipotizzata negli anni '70, come spiegano lucidamente LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004, 513; e JAMIN-MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Parigi, 2003.

[13] Come osserva VETTORI, in *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 42: «Nessun dato legittima un potere del giudice di sindacare la congruità del prezzo o il giudizio di convenienza delle parti, ma sono diversi dal passato le modalità del controllo e il bilanciamento di valori richiesto all'interprete[...]. A ben vedere vi è qualcosa di diverso e ulteriore che l'ordinamento richiede all'interprete nel valutare un atto che presenti straordinari oneri a carico di una delle parti e risulti visibilmente squilibrato. In tal caso il giudice non potrà affermare che il contratto è il contratto, ma porsi il problema di un contrasto con la garanzia prevista per l'autonomia privata». Si veda inoltre l'approfondita analisi di PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 568.

[14] Per un approfondimento in merito a tale dibattito si rinvia a ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978; NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 51; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 53.

[15] Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia ancora a BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 411; SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 237. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l'approfondita analisi di BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211.

[16] Sul frequente slittamento terminologico tra i vari significati della buona fede si veda PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 270; NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, 252; GRONDONA, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 242; ID., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.

[17] In tal senso, BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, 87.

[18] 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, 31. Si vedano in merito le lucide considerazioni di VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 18; BRECCIA, *Causa*, cit., 3; CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID., (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XV.

[19] Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia a NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411; BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 411; CALVO, *L'equità nel diritto privato – Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010; SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 237; VALLEBONA, *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2004, 1784; e meno recentemente RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l'approfondita analisi di BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211.

[20] In proposito, MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 636, osserva che «La tesi che attribuisce al giudice la funzione di integrare il contenuto del contratto in attuazione del principio di solidarietà ha[...] il sapore di un'appropriazione indebita a scapito del legislatore, al quale solo è demandato il compito di predisporre le regole di attuazione di tale principio cui l'autonomia privata è tenuta ad uniformarsi e di consentire

l'intervento del giudice nel caso in cui tali regole non vengano rispettate».

[21] Tale insidia è esplicitata con riferimento all'annullamento della buona fede nell'annodina clausola della ragionevolezza che, non essendo supportata da un retroterra consolidato di riferimento, rischia di condurre ad un giudice *legibus solutus*, come osserva BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 555. Si veda anche SACCO, *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in CABELLA PISU-NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta*, Padova, 1998, 272.

[22] L'immagine è citata da BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., 444.

[23] In tal senso si segnala lo scetticismo di autorevolissima dottrina (SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1957, 798) laddove afferma che «le contrapposizioni tra un'equità dal contenuto ineffabile, tutta legata al giudice ed al giudizio, una correttezza oggettivata e ben definibile, una buona fede come elemento di riferimento di una clausola generale, sono il risultato di edificazioni teoriche che ripartiscono tra i vari sistemi considerati le caratteristiche generali proprie di ogni regola di pura opinione, là dove queste caratteristiche affiorano o si nascondono a seconda del punto di vista da cui la regola di opinione viene osservata».

[24] È infatti palese come le tipizzazioni casistiche oltre ad essere ontologicamente mai esaustive privano le clausole generali di un reale contenuto normativo e del loro imprescindibile respiro sistematico, risultando spesso più generiche delle stesse clausole generali.

[25] Giungono ad analoga conclusione LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, *Corso di diritto civile*, Padova, 2003, 274, e, con riferimento ad un preteso principio di equità, VETTORI, *Libertà di contratto e disparità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743. Tentativi di sistemazione sono stati prospettati tra gli altri da ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 23; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; e MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663.

[26] 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, 347. La questione si manifesta nella necessità di precisare se le norme di settore siano o meno dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice civile per assurgere a divenire esse stesse sistema. 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, 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, 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, 327; e CASTRONOVO, *Diritto privato e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 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 *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4). In generale si veda in merito BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 548; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 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., 355.

[27] Sull'interpretazione del concetto di abuso di dipendenza economica si rinvia alle osservazioni di DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449; BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Equilibrio e usura nei contratti*, a cura di VETTORI, 2002, 218; NATALI, *La subfornitura*, in CASSANO (a cura di), *I nuovi contratti*, Milano, 2006, 207.

[28] Su cui si rinvia a G. DE NOVA-S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.

[29] Cfr. su tutti SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 490, e Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, IV, 1, Milano, 2006, 1.

[30] Si vedano in merito gli interessanti rilievi che muove a tale figura di nullità PAGLIANTINI, in *Nullità virtuale di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1040; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 727; Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285. Con riferimento particolare alla nullità prevista dalla normativa sull'abuso di dipendenza economica si veda DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., 449. È esplicito il riferimento alla nullità relativa nell'[art. 127, comma 2, del TUB \(d.lgs. n. 385 del 1993\)](#) come afferma la *Relazione al TU*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Documenti, Roma, 1994, 191. Con riguardo all'inedita figura dell'inefficacia si rinvia alle osservazioni di Valle, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1998, 1203. Con riferimento alla nullità "di protezione" per il consumatore vittima di pratiche antitrust si veda MONTEMAGGI, *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, (Nota a Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 634. Sulla nullità "da comportamento" prevista in relazione alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari dal [codice del consumo](#) si vedano tra gli altri SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, 1469, e BONACCORSI, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria). Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, (nota a [Cass. civ. sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26724](#)), in *Danno e resp.*, 2008, 525. Da segnalare inoltre l'interessante declaratoria di nullità di un atto conseguente alla violazione del divieto di astenersi dal compierlo su cui ancora SANGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*, (nota a [Cass. civ. 17 febbraio 2009, n. 3773](#)), in *Danno e resp.*, 2009, 503.

[31] In tal senso si veda ancora BRECCIA, *Causa*, cit., 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.

[32] 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, 217; ma si vedano anche dello stesso autore *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, 106 e *Dieci «voci» per una tavola rotonda sul «nuovo diritto» dei contratti*, in VETTORI (a cura di) *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 814.

[33] Pare invece auspicare la tipizzazione PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 371.

[34] Si veda in merito POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 186; DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in CABELLA PISUNANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 303.

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

[36] La rilevanza di individuare categorie e principi uniformi nell'ambito europeo era stata già evidenziata in un'epoca lontana dagli slanci comunitari da SCIALOJA il quale sosteneva 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, 10). Al processo di armonizzazione europea della disciplina del contratto fanno esplicito riferimento le Risoluzioni 158/400 del 1989 e 205/518 del 1994 del Parlamento Europeo, e la Comunicazione della Commissione Europea dell'11 luglio 2001, sui quali cfr. VETTORI, *Introduzione, Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, XXVII.

[37] Si veda in merito FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 90; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669; ALESSI (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 38; ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr.*, 1996, 318; ID., *La protezione della parte debole nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Econ. e dir. terziario*, 1996, 519; CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti: codice o restatement?*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 1019.

- [38] Sul punto si veda VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 55.
- [39] Per i necessari approfondimenti cfr. su tutti BONELL, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, 111; PONTIROLI, *La protezione del contraente debole nei Principles of International commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 568; DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, in BONELL-BONELLI (a cura di) *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 222; ALPA, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-1998)*, diretta da ALPA-BESSONE, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999, 19; VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., 40; CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 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, 309; CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXXVII.
- [40] Come si precisa nello stesso commento all'art. 3.10.
- [41] In tal senso DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, 293. Tuttavia è opportuno precisare come il riferimento alla *gross disparity* nei Principi Unidroit o quello all'*excessive benefit or grossly unfair advantage* del Draft, che si esaminerà di seguito, 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 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, 656.
- [42] Ciò si verifica frequentemente ad esempio nell'ambito dei contratti di subfornitura tra imprese laddove la piccola impresa cui è affidata la produzione di un singolo segmento del prodotto finale in determinate situazioni può esercitare un maggiore potere contrattuale. La normativa italiana parte dal presupposto empirico di una disparità di potere contrattuale tra committente e subfornitori, ipotizzando altrettanto empiricamente l'esistenza di possibili abusi a carico dei secondi. Tuttavia non sempre la situazione del rapporto subfornitore-committente è quella dell'*hold up monopolistico*, nel quale il subfornitore ha a che fare con un ristretto ventaglio di committenti. Spesso infatti il *know-how* di cui il subfornitore dispone è tale per cui possa egli stesso dettare le regole di condotta del giuoco ed il committente, pur in presenza di più subfornitori, si debba *oborto collo* assuefare. In tal senso si parla di una differenziazione tra subfornitura "forte" e subfornitura "debole": la tutela apprestata dalla legge, essendo la realtà italiana composta da distretti industriali-artigianali fortemente specializzati nei settori di propria competenza, dovrebbe concentrarsi sulla seconda tipologia, in quanto caratterizzata da quella pesante asimmetria che rende il subfornitore (quasi) interamente soggiogato alle direttive del committente. Solo in questa ipotesi, infatti, si ravviserebbe una subfornitura ristretta sul lato della domanda. 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, 243.
- [43] In questo senso si veda ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2002, 52; BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, N.Y., 1994, 128; 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, 529.
- [44] Si fa riferimento a 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, 669; e WHITTAKER, *The "Draft Common Frame of Reference". An Assessment*, United Kingdom, 2008, disponibile su www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf; Common Core Evaluating Group, ANTONIOLLI-FIORENTINI (a cura di), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009. Si vedano anche AJANI-FERRERI-GRAZIADEI, *Principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 279, e BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, 95.
- [45] Sui *Pecl* in generale si veda ALPA, *La seconda versione dei Principles od European Contract Law*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 121.
- [46] 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 party», citato da BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, U. Colo. L. Rev., 2005, LXXVI, 139.

[47] Si vedano in merito RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Rass., dir. civ.*, 1980, 166, e ORRU, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997.

[48] Per un necessario approfondimento si rinvia a PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, cit., 669.

[49] Tale dittico è definito nel commento all'art. I – 1:103 come uno “*standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question*” e indica la regola ed il principio oggettivi. 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.

[50] Si veda la traduzione italiana curata da CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001, 252.

[51] In argomento si rinvia alle riflessioni di RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assorta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 927; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, 509; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2000, 95. 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.](#) A tal proposito nell'ambito dei molteplici riferimenti all'equità, RESCIGNO, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1991, 113, distingue i casi in cui la valutazione equitativa demandata al giudice afferisce alla determinazione del corrispettivo di un'opera o di un'attività, da quelli in cui la stessa riguarda la quantificazione di un danno di non preciso ammontare ([artt. 1226, 2056 c.c.](#)) ovvero di un indennizzo o di una indennità che la legge pone a carico di un soggetto in conseguenza di una diminuzione patrimoniale non procurata da un fatto illecito. Per tale autorevole dottrina l'equità richiamata dall'[art. 1374 c.c.](#) si riferisce al primo gruppo di ipotesi, rispetto al quale essa svolge una funzione suppletiva, volta a colmare le lacune non coperte dagli usi e dalla contrattazione.

[52] 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*». In merito alla ragionevolezza nel *Draft* si veda la lucida analisi di FERRANTE, *Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?*, in *Indret*, 1, 2010, consultabile in http://www.indret.com/pdf/710_es.pdf.

[53] Il concetto di operazione economica, delineato dalla scuola civilistica romana, ha il pregio di considerare l'atto di autonomia nel complesso, a prescindere dalla considerazione delle sue singole componenti, identificando una sequenza unitaria e composita che include in sé il regolamento, tutti i comportamenti che si collegano con esso per la realizzazione dei risultati previsti, e la situazione oggettiva entro la quale si collocano l'insieme delle regole e dei comportamenti. Si presenta dunque come utile strumento al fine di prevedere regole maggiormente coerenti con le condizioni in cui si realizza la contrattazione, potendo considerare anche l'asimmetria di potere tra le parti, in modo da contrastare fattispecie elusive delle discipline poste a tutela del contraente debole. Sulla valenza della categoria dell'operazione economica si vedano le riflessioni di GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, t. I, 31; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905; D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, 59, e, in senso critico di CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 154, secondo la quale «il tentativo di trascendere l'accordo nell'operazione economica[...]» rappresenta «la logica pseudo-naturalistica del paradigma che[afferma] di contrastare».

[54] In merito, D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit., 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».

[55] Si evidenzia tuttavia la recente emersione 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. Si rifiutano quindi le determinazioni aprioristiche dell'accezione oggettiva, che vuole la causa come funzione economico-sociale, del tutto svincolata dagli scopi delle parti, emergente all'esito di un processo di astrazione da essi, frustrando dunque ogni indagine sulla reale volontà dei contraenti. La [Cass. civ., 8 maggio 2006, n. 10490](#), in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI, considera infatti la causa «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Seguendo tale orientamento bisogna dunque individuare *in casibus* la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di giungere potenzialmente a ritenere nulli per illiceità della causa anche modelli contrattuali tipici. Si veda in merito anche [Cass. civ., 26 gennaio 1995, n. 975](#) in *Contratti*, 1995, 362, con nota di AMBROSOLI. Per una puntuale analisi cfr. BRECCIA, *Causa*, cit., 66; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 212; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 452; ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2001, 23; tuttavia già CARNELUTTI, in *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 151, sosteneva che «la causa è l'interesse che le parti mirano a soddisfare attraverso il negozio» e FERRI, in *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 405, evidenziava l'esigenza di valorizzare nell'ottica causale gli interessi dei contraenti.

[56] 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. Sul punto si rinvia alle lucide osservazioni di BRECCIA, *Causa*, cit., 3; ID., *Causa e «consideration»*, cit., 575; BROGGINI, *Causa e contratto*, in Vacca (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, 31; CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in Id., (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XV. Ugualmente la finalità conservativa emerge nell'ipotesi in cui nel contratto vi sia la violazione di norme imperative, laddove a differenza dell'[art. 1418 c.c.](#) che attribuisce al giudice un potere discrezionale generico, il *Draft* prevede una *model rule* (II. - 7:302) che fissa alcune direttrici nell'ambito del quale il giudice deve agire allorché deve disporre l'annullamento del contratto ovvero la sua modificazione, tra cui lo scopo della norma offesa, la categoria di persone alla cui protezione questa è diretta e l'esistenza di una stretta incidenza della violazione della legge sulla regola del contratto.

[57] È palese in merito il richiamo della direttiva 93/13 CEE laddove al 19° considerando si afferma che «ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo». Da tali previsioni si può dedurre, come ha correttamente sottolineato BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, I, 46, che se l'obiettivo «fosse stato realmente quello di garantire un giusto equilibrio dei contratti del consumatore, non si capirebbe come lo squilibrio dei diritti e degli obblighi da essi scaturenti e l'iniquità delle clausole che vi danno corpo possano venir meno per il semplice fatto che sia intervenuta una trattativa».

[58] Si precisa che all'interno del *Draft* si distinguono due categorie di principi: *underlying principles* e *overridings principles*, la prima include i principi di libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza, mentre la seconda comprende i principi di protezione dei diritti umani, di promozione della solidarietà e della responsabilità sociale, di salvaguardia della diversità culturale e linguistica, della difesa e promozione del *welfare*, degli incentivi alla formazione del mercato interno. Per una più dettagliata descrizione 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, 57.

[59] Si veda inoltre l'approfondita analisi di DEAKIN, «Capacitas»: *Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, in *Eur. Rev. Cont. L.*, 2006, 317. È opportuno in generale segnalare come siano presenti diverse e discordanti letture del richiamo alla buona fede oggettiva effettuato dai modelli comunitari di *soft law*, come osserva

ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 445. Tra gli altri 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, 437; ID., *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1097; ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, 17, differenzia tra diritto comunitario e diritto europeo attribuendo al primo una concezione liberista e al secondo un taglio più solidarista. Al contrario MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 624, ritiene fortemente connotati in senso conservatore i progetti di *soft law* europei.

[60] Sul rilievo dei principi fondamentali del *Draft* e la loro connessione con i principi comunitari si veda l'analisi di BRECCIA, *Principles, definitions and model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (*Draft Common Frame of Reference*), cit., 99.

[61] Precisando l'obiettivo 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 BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 10. Si vedano in merito le 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, 303.

[62] Così BRECCIA, *Causa*, cit., 86.

[63] Riscontrano un principio generale di tutela del contraente debole GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, 135; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 641. Osserva invece la mancanza di una categoria generale ed astratta di giustizia contrattuale VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 743 e BAZOLI, *Giustizia e uguaglianza. Modelli Biblici*, Brescia, 2005, 5.

[64] Si richiamano ad esempio i numerosi e tuttavia parziali tentativi prospettati al fine di guidare il giudice nella determinazione del "giusto prezzo concorrenziale". Tra i vari metodi di calcolo del prezzo di mercato in regime concorrenziale si ricordano: il calcolo del costo di produzione del bene o del servizio e l'applicazione a tale costo di un margine di profitto competitivo; il c.d. *before-and-after*, che consiste nel paragonare il prezzo del periodo durante la vigenza dell'intesa *antitrust* con il prezzo del momento immediatamente anteriore all'inizio dell'intesa o immediatamente successivo alla sua cessazione; il c.d. *yardstick approach* che risulta dal confronto del prezzo del mercato interessato dall'intesa anticoncorrenziale con il prezzo di mercati analoghi in condizione di concorrenza. In proposito si veda su tutti AFFERNI, *Risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale - Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 764. Per un confronto con il diritto del lavoro si veda PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 713.

[65] Si veda in merito SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, in *Pol. dir.*, 2004, 263, le cui riflessioni si rinvengono già in BARCELLONA, *I controlli della libertà contrattuale*, in Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 285. Il coordinamento tra buona fede e principio costituzionale di solidarietà è ormai diffuso nell'ordinamento italiano laddove, giungendo a differenti approdi, si considera la clausola di buona fede come veicolo per l'attuazione della solidarietà economico-sociale espressione dell'[art. 2 Cost.](#) (sul punto si rinvia ex multis alle osservazioni di BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 556; RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 9; DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1997, 9; DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1991, 793; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 505). Al contrario, CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 125, sostiene che per ragioni storiche e di gerarchia delle fonti sono i principi costituzionali a trovare concretizzazione nella norma ordinaria e ad attribuirgli senso. Allo stesso modo la connessione tra buona fede e principio solidaristico si rinviene anche in Germania e Francia su cui si veda WHITTAKER-ZIMMERMAN (a cura di), *Good Faith in Eur. Cont. L.*, Cambridge, 2000, 7; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilatéral*, Parigi, 2008, 81, oltre che, progressivamente, anche nei sistemi di *common law* come sostengono tra gli altri CASTRONOVO, *Il contratto nei*

Principi di diritto europeo, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 653, e AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, 2003, 123.

[66] Così PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, cit., 710.

[67] In tal senso in un *obiter dictum* di una recente sentenza della Cassazione si parla di «costituzionalizzazione[...] della buona fede oggettiva[...], espressione di un generale principio di solidarietà sociale,[che servirebbe] a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione» (così [Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106](#), in *Contratti*, 2009, 1009; in proposito si veda ampiamente il volume di commenti a cura di PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, *passim*). Inoltre, certa autorevole dottrina si è spinta a ritenere le limitazioni all'autonomia privata prescindenti da un generale interesse del mercato cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., 473; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 112; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 150; OPPO, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, Torino, 2001, 68; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 924. Criticamente cfr. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 617; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 331.

[68] La connessione tra buona fede e principio costituzionale di solidarietà sociale cui si riconosce immediata efficacia precettiva nei rapporti tra privati è stata affermata per lo più nella civilistica degli anni '60 e '70 per cui si veda *ex multis* RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 172; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 389; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975. Per una disamina del processo di "costituzionalizzazione del diritto privato" si veda l'analisi di PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 522.

[69] Si ricorda in proposito come il principale estensore 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 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, 644. Sul dibattito relativo all'immediata precettività dell'[art. 3, cpv., Cost.](#), sugli atti di autonomia privata si veda RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 7; RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971; BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, 1973; LIPARI (a cura di), *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 3, 724.

[70] In merito alla rimozione degli ostacoli limitativi dell'uguaglianza si rinvia su tutti a ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 3; e DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, ivi, 5. La lettura dell'[art. 41, cpv., Cost.](#) come specificazione dell'[art. 2 Cost.](#) è approfondita da OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, 66; IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 115. Per una differente prospettiva si vedano GALGANO, *Art. 41*, in GALGANO-RODOTÀ, *Rapporti economici*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 11; DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 335. In generale sulla problematica relativa alla tutela costituzionale dell'autonomia privata si rinvia a LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, *passim*, e MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1.

[71] In proposito, S. RODOTÀ, in *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di ORESTANO, Torino, 2009, 116 osserva che «il tema della giustizia contrattuale non si esaurisce nell'affrontare le diverse asimmetrie soggettive e oggettive, determinate dalle varie forme di contrattazione, ma riguarda l'implicazione sempre più frequente di diritti fondamentali, la cui garanzia può essere meglio assicurata proprio dalla funzione, prima sottolineata, di sintonia tra contratto e principi affidata appunto alle clausole generali»

[72] Così [Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241](#), in *Giust. civ.*, 1990, I, 2785.

[73] Valga ricordare in merito le osservazioni di ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, 887, secondo cui: «La dottrina del diritto per principi[...] richiede un'opera costruttiva del giudice, alle prese con una congerie di materiali normativi da far reagire con i casi da decidere; ma quest'opera è ri-costruttiva, non creativa e quindi il giudice di Dworkin non è autorizzato ad essere un "attivista", a creare nuovo diritto rispetto ai casi nuovi. Il suo compito non è di "inventare" nuovi diritti e obblighi ma di "scoprire" o "rivelare" quali sono i diritti e gli obblighi dei contendenti in un giudizio. I materiali normativi accumulati (leggi e precedenti) costituiscono un peso dal quale il giudice non dovrebbe potersi liberare per imboccare nuove strade a suo piacimento».

[74] Si vedano in argomento il contributo portato dal Manifesto che una comunità di giuristi europei (*Study Group on Social Justice in European Private Law*) ha sottoscritto per affermare il contenuto di giustizia sociale proprio del diritto civile, e del diritto contrattuale in particolare, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *Eur. L. J.*, 2004, 653. Il manifesto è stato pubblicato in Italia nel 2005, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005; SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; BARCELLONA, *L'«idea sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 717. Per una differente prospettiva si rinvia alla lettura di SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787, e PH. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in OLIVIERI-ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 153.

[75] In proposito MENGONI, in *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 4 afferma che i principi costituzionali «possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia». Con riferimento all'imprescindibile contesto europeo relativo ai limiti all'autonomia dei privati si veda l'analisi di NATALI, *Tutela della libertà d'impresa, nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *Contratti*, 2004, 729.

[76] Si veda in merito NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 529, e SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 482.

[77] Si veda in proposito la riflessione di BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., 13, secondo il quale: «[Le] istanze pluralistiche[...] per loro intrinseca natura non sono unificanti e rispondono alla forza effettiva delle articolazioni organizzative autonome di una società».

[78] Le stesse indagini giuseconomiche riconoscono la conciliazione tra una politica concorrenziale e la tutela del consumatore all'insegna della buona fede oggettiva purché le forme redistributive operate attraverso il diritto dei contratti implicino sempre un controllo rigoroso dell'effettività della misura adottata. Si esclude infatti che si possa rispondere alle istanze distributive facendo leva solamente nella fiscalità pubblica. Allorché il problema della redistribuzione si pone rispetto a classi di soggetti (consumatori, lavoratori) allora le regole del diritto privato in genere, e quelle del diritto dei contratti in particolare, «possono essere uno strumento efficace e desiderabile anche sul piano dell'efficienza» come afferma SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 330. Più in particolare si vedano su tutti POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale L. J.*, Yale, 2003, 112, 829, e Vickers, *Economics for consumer policy*, speech to the British Academy Keynes Lecture, 2003, disponibile al sito www.oft.gov.uk. In merito al problema delle asimmetrie informative si veda l'approfondita analisi di PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in COMANDÉ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, Torino, 2004, 149.

[79] Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si vedano le analisi DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; GENTILI *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555; IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 139. Sull'idoneità di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni di causare effetti anche di grave alterazione del mercato si veda il fondamentale apporto di AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics (The MIT Press)*, LXXXIV, 1970, 488.

[80] Si vedano 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, 66; e DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Per il substrato economico si rinvia alle teorie

neoclassiche espresse tra gli altri in STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e merc.*, 2000, 3.

[81] LODOVICO ARIOSTO, *Orlando furioso* I, ottava 7.

[82] In proposito si rinvia alle approfondite riflessioni di IRTI, *Persona e mercato*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 101, che richiama le analisi di VON HAYEK, *Verso la schiavitù*, trad. it. di Costanzi, Milano, 1948, 66; ID., *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. di MONATERI, Milano, 1994, 316; EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1948, 8.

[83] 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, 441; OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543; SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 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, 57). Un'altra scuola dottrinaria, invece, 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 NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 529; BUSNELLI, *Conclusioni*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 161; ID., ***Carta dei Diritti e autonomia privata*, in Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione europea*, Padova, 2005, 59; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 482).**

[84] Cfr. per tutti NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974 (la prima edizione era però del 1961), 14; ID., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 18; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., 150.

[85] Si ribadisce quindi l'enucleazione di una "solidarietà contrattuale" alla luce della quale la buona fede si individua nell'«obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio», così BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 505.

[86] Così RAWLS, *Una teoria della giustizia*, 1971, in MAFFETTONE-VECA (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma-Bari, 2001, 329.

[87] Già in questi termini NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 39. Per un'opposta prospettiva si vedano LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 2, 309; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 923; ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., 509; PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., 560; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 347, ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?», in *Contr. e impr.*, 2001, 2, 261.*

[88] Su tutti in merito si veda SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 28.

[89] Non a caso Vettori, in *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 20 richiama infatti Pothier il quale in *Traité des Obligations. Tome premier*. Bruxelles, 1835, 26, afferma che «l'équité consiste dans l'égalité». 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. Un esempio è rappresentato dal potere del giudice, previsto ai sensi dell'[art. 1226 c.c.](#), anche senza specifica istanza delle parti, di liquidare il danno con valutazione equitativa se lo stesso non può essere provato nel suo preciso ammontare. Un ulteriore paradigma è costituito dal caso in cui una delle parti abbia domandato il risarcimento del danno in forma specifica ed il giudice, in ossequio all'[art. 2058 c.c.](#), dispone che il risarcimento avvenga per equivalente valutando che la reintegrazione in forma specifica, pur possibile, risulti eccessivamente onerosa per il debitore. Tale facoltà può essere esercitata d'ufficio posta la possibile difficoltà per il debitore di eseguire la prestazione risarcitoria: in questo caso l'onerosità per il debitore non rappresenta l'interesse tutelato dalla norma, bensì il metro di giudizio della valutazione del giudice.

[90] Al riguardo si veda BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

[91] Il riferimento è [Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128](#), in *Danno e resp.*, 2006, 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 cd. *expectation damages* (*liquidated damage clause*) integrandosi altrimenti una *penalty clause*, si veda in merito KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, in *Cornell L. Rev.*, 83, 1998, 678.

[92] Tale espressione è utilizzata da POLACCO, *La scuola del diritto civile nell'ora presente. Prolusione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, 116.

[93] Si veda in argomento DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 739; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 9; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1998, 638.

[94] Si rinvia in merito all'approfondita analisi di BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, cit., 67.

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

[96] Così BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 128.

[97] Sul punto si veda D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 19.

[98] 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 *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1035; CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, ivi, 1051; CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, ivi, 1019. 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, 171-212; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 11; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 68; MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nella clausola generale di ingiustizia del danno.

[99] L'abuso del diritto ha avuto tradizionalmente la funzione di un «cavallo di Troia», la cui utilità è vista in funzione correttiva dell'ambito delle regole giuridiche permissive destinate al titolare di un determinato diritto soggettivo in quanto tale, nell'ipotesi in cui l'applicabilità delle norme si dilati fino a comprendere casi nei quali l'esito finale e concreto si riveli ingiustificato alla luce dei principi giuridici. Si veda in merito NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18. In numerose pronunce giurisprudenziali si afferma che l'abuso del diritto «è una violazione della buona fede e consiste nel contegno del contraente che esercita il diritto per uno scopo diverso da quello che è preordinato dalla legge o dal contratto», così *ex multis* Cass. civ., 16 ottobre 2003, n. 15492, in *Foro it.*, 2004, 1845; [Cass. civ., 11 dicembre 2000, n. 15592](#), ivi, 2001, I, 2374; [Cass. civ., 14 luglio 2000, n. 9321](#), ivi, 2000, I, 3495. Invece la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede all'art. 54 che «nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Carta». Si veda la sintesi di DI MARZIO, voce *Abuso contrattuale*, in *Il Diritto – Enc. giur. del Sole 24 Ore*, I, Milano, 2007, 1, il quale ricollega l'ipotesi dell'esercizio dell'abuso al momento della formazione del contratto, connotandolo in termini di abuso della libertà contrattuale.

[100] Come afferma recentemente VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 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». In merito cfr. anche le interessanti osservazioni di NATALI, *La subfornitura*, cit., 207.

[101] Tale espressione sistematica è proposta da ROPPO, in *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.

[102] 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, 5 ss.; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA-GRAZIADEI-GUARNIERI-MATTEI-MONATERI-SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 26; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.. Si vedano inoltre i recenti contributi GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 556; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (nota a [Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106](#)), in *Contratti*, 2010, 5.

[103] Si veda in merito MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 5; COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2444; 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, 255, il quale parla di «processo di oggettivazione dell'abuso».

[104] Cfr. le riflessioni di D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., 62: «La "forza di legge" che l'ordinamento, nel riconoscere l'autonomia privata, presta al contratto, deve essere attribuita non soltanto alle regole espresse nell'enunciato negoziale, ma, altresì, alla stessa operazione economica nella sua configurazione contrattuale. Deve cioè riconoscersi come siano norma del rapporto non soltanto le enunciazioni verbali contenute nelle clausole contrattuali, ma anche lo stesso assetto economico del rapporto, l'equilibrio di interessi in cui l'operazione economica consiste». In merito si vedano le analisi di ROPPO, *Il contratto*, cit., 73 e di

[105] In proposito vale richiamare le osservazioni di NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 514.

[106] Tale costruzione, sebbene in una prospettiva neo-solidarista, è esposta altresì da Bigliazzi Geri, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, *passim*; Ead., *L'interpretazione del contratto*, in Schelsinger (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 1991, 208; Ead., *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, 153; Ead., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988, 170. Si veda inoltre Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, Torino, 1986, I, 2, 792.

[107] Come osserva lucidamente GRONDONA, *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1023, «i valori dell'ordinamento, alla luce dei quali sarà certamente filtrato il prodotto dell'autonomia privata, sono costruiti (anche) attraverso il continuo esercizio (individuale o collettivo) dell'autonomia privata stessa. Quindi la relazione autonomia privata/ordinamento non è da vedersi soltanto in senso unidirezionale[...], ma anche (e io direi, pur con qualche cautela, soprattutto) in senso bidirezionale, perché l'innegabile e indispensabile contenuto assiologico del diritto dipende pure dall'esercizio dell'autonomia privata, cioè dall'azione umana».

[108] Cfr. infatti D'ANGELO, *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2000, 350: «In tal senso, l'integrazione tra legge e convenzione non si configura come il mero risultato normati-vo della interferenza tra le due fonti, ma come operazione valutiva del giudice attinente alla formazione del giudizio individuale pratico; essa non appare l'esito logicamente necessitato del sillogismo giudiziario, ma il frutto dell'apprezzamento del giudice circa la congruenza della regola del caso rispetto a valori del contratto e dell'ordinamento. Interpretazione e integrazione tendono così a legarsi, nella formazione del giudizio individuale pratico, in una relazione di continuità e complementarità». Si vedano in proposito, altresì, le osservazioni di MENEGHELLO, *Il formalismo nella interpretazione giuridica*, in *Jus*, 1964, 226.

[109] Ugualmente all'[art. 39 c. cons.](#) si stabilisce che «Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori». Sul punto si veda su tutti BUSNELLI, *Conclusioni*, cit., 151; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159; VETTORI (a cura di), *Codice del consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione*, Padova, 2009, 89.

[110] Si veda in merito BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit., 347; BIGLIAZZI GERI, Sub [art. 1469-bis, co. 1, c.c.](#), *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in BIANCA-BUSNELLI-BIGLIAZZI GERI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in BUSNELLI-BIANCA (a cura di) *Le Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, 792.

[111] I principali indirizzi attorno ai quali si sono polarizzate le varie posizioni dottrinali vedono da un lato chi afferma un generalizzato dominio mercantile, dall'altro chi individua nelle clausole generali un'espansione dell'autonomia dei codici civili. Si vedano in proposito MONATERI, *Ripensare il contratto: per una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1036; e per un quadro d'insieme cfr. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione europea*, Padova, 2005, 59.

[112] Oltre alle varie leggi speciali il principio di giustizia negli scambi contrattuali o per meglio dire di proporzionalità è

ricavabile nel [codice civile dagli artt. 2873](#), comma 2, [2875](#), [1941](#), comma 1 e 3, art. [1448](#), mentre la spinta verso una “parità di trattamento” si ricava già nella fornitura di beni e servizi da parte del monopolista ([art. 2597 c.c.](#)), nei servizi di trasporto ([art. 1679 c.c.](#)), oltre che nella disciplina di tutela dei consumatori prevista già agli [artt. 1339](#), [1341](#), [1342](#), [1370](#), [1525](#), [1526 c.c.](#)

[113] In proposito, non a caso, NICOLÒ, in voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 909, afferma che «Il principio secondo il quale sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo al quale correlativamente si chiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, o come il principio di eguaglianza, hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici». Sul punto si rinvia alle approfondite osservazioni di VETTORI, *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 675; Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 531; Busnelli, *Carta dei Diritti e autonomia privata*, cit., 59.

[114] Si veda in merito su tutti CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, cit., 54.

[115] L'immagine plastica è usata da BUSNELLI, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 539.

[116] Così NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 36.

[117] In tal senso si vedano le illuminanti considerazioni di GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 414 «proprio attraverso l'ermeneutica giudiziale il fatto diventa fonte di diritto, l'economia del contratto assume una valenza normativa, perché il giudizio ermeneutico è strumento di adeguamento assiologico che si muove nell'area delimitata da fattori quali l'economia del contratto, le pretese delle parti, ciò che – ormai senza equivoci e senza timori di ambiguità – possono indicarsi come i «valori» dell'ordinamento». Cfr. inoltre le osservazioni di D'Angelo, in *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit., 8, secondo cui 8, «Ancorando il giudizio a un vincolo di congruenza con le direttive convenzionali, pur non specificamente regolatrici del conflitto concretamente insorto, si tende a temperare i rischi di arbitrio, e l'inconveniente di imprevedibilità, di decisioni fondate su di una “clausola generale” che, in quanto tale, attribuisce al giudice ampi ambiti di discrezionalità». Si vedano, infine, le lucide riflessioni di Calderai, voce *Contratto (interpretazione del)*, in *Il Diritto – Enc. giur. del Sole 24 Ore*, 4, Milano, 2007, 220, la quale sottolinea, pur in una differente prospettiva, la «clausola generale di buona fede come tecnica giurisprudenziale di ricerca della regola del caso concreto che in mancanza del modello precostituito dalla fattispecie astratta opera riflessivamente su materiali già presenti nell'ordinamento».

[118] Così BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 241.

[119] Nei diversi ordinamenti europei la problematica della correzione o integrazione da parte del giudice è risolto in maniera svariata, come afferma CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 294, laddove si fa riferimento tra gli altri all'art. 1161 del *code civil* francese, all'art. 3:54 BW, al § 935 ABGB, al § 31 del codice civile portoghese, all'[art. 1118 del codice civile](#) lussemburghese, al § 36 della legge sui contratti dei Paesi nordeuropei.

[120] In argomento cfr. BRECCIA, *Causa*, cit., 83.

[121] Sul punto si veda BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 317; ID., *Il contratto e l'economia globale*, in *Contratto e Lavoro subordinato. Il diritto dei privati alle soglie del 2000*, Padova, 2000, 33; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato Europeo*, III, Padova, 1997, 518; Irti, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 451.

[122] Cfr. C.G.E., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1173 con nota di Orestano. In generale sulla direttiva si veda BUSNELLI-MORELLO, *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 377.

[123] La prospettiva funzionalistica in relazione alla distinzione tra le varie ipotesi di invalidità è suggerita da GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, in *Traité du droit civile*, Parigi, 1980, 1034, e, in Italia, da TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996, 278. Per una disamina delle numerose ipotesi di invalidità che si discostano dalle previsioni codicistiche si rinvia a PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 246.

[124] Si vedano in merito GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come*

strumento, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 275, e BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 227.

[125] Come afferma GENTILI, in *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 200, in tale contesto l'annullabilità «si trasforma nel diritto di ripensamento, esercitabile nei termini temporali (del tutto convenzionali) in cui si può presumere che (il soggetto debole *n.d.a.*) abbia recuperato miglior capacità di giudizio». Si vedano in merito anche SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 202, e MARINI, *Il contratto annullabile*, in Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, IV, 1, Milano, 2006, 335.

[126] Peraltro anche gli ordinamenti di *common law*, giusto il principio della *freedom of contract*, mal sopportano una *ethic of cooperation* su cui basare interventi modificativi e perequativi del contratto. Le Corti decidono sulla validità e sulla *enforceability* dei contratti senza sostituirsi alla volontà dei privati. Se infatti il *contract* è espressione della *sovereign party intention*, è ammessa un'ingerenza solo nel caso in cui lo squilibrio delle prestazioni derivi da un vizio della volontà (*misrepresentation, duress, mistake*) o riveli l'esistenza di un grave stato di vulnerabilità a carico di uno dei contraenti, prevedendo comunque forme eteronome d'integrazione della volontà contrattuale quali gli *implied terms*. Si veda in merito ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, 12.

[127] A tal proposito è doveroso precisare come sebbene autorevole dottrina (ROPPO, *Il contratto*, cit., 885; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 682) disegni un rimedio rescissorio alla stregua di un "quarto vizio della volontà" ponendolo in analogia con l'annullabilità, la dottrina prevalente riconosca come esso si collochi in una dimensione autonoma relativa al controllo di merito e non procedurale del contratto, realizzando un'ipotesi di inefficacia successiva del contratto caratterizzata da «una valutazione negativa dell'assetto di interessi, che si è instaurato all'atto stesso della conclusione del contratto» (così BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., 861). Si veda in merito Ferri, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 367, e meno recentemente SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 184.

[128] È infatti pacifico che il giudice possa annullare parzialmente un contratto modificando l'equilibrio del sinallagma unicamente nel caso in cui i contraenti avrebbero comunque perfezionato l'accordo. In merito si rinvia a MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, 477; SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; e, più recentemente, D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

[129] Si veda in merito BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 257 e PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990.

[130] Non si ripropone dunque la dicotomia, elaborata dalla dottrina transalpina (FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, *passim*), tra ordine pubblico economico di direzione, relativo al corretto funzionamento del mercato, e ordine pubblico economico di protezione, afferente alla tutela della parte debole dall'imposizione di condizioni sperequate. Da tale distinzione si faceva derivare il rimedio della nullità assoluta in caso di contrarietà alle regole sulla libera circolazione dei beni, prevedendo invece la nullità relativa per la violazione della libertà contrattuale. Si vedano in merito BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, cit., 720; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2002, 198.

[131] In argomento si rinvia alla fondamentale analisi di BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, 1996, Torino, 70; ID., *Il contratto e l'economia globale*, in *Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova, 2000; D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit., *passim*; FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 772.

[132] L'art. II. - 7: 302 indica ai fini della determinazione della sanzione applicabile il percorso interpretativo che deve guidare l'interprete, il quale deve considerare lo scopo della norma violata, la categoria di persone che la regola intende proteggere, eventuali sanzioni che possono essere imposte ai sensi della norma violata, la gravità dell'infrazione, la sua intenzionalità, e infine la vicinanza del rapporto tra la violazione e il contratto.

[133] 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., 100.

[134] Così BATTISTOTTI, *Il Trattato di Lisbona – fine o inizio dell'integrazione europea?*, in *Quad. Tecnostruttura*, fasc. 37, 2010. Si rinvia in merito alle acute osservazioni di NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, cit., 730.

[135] Cfr. sul punto le osservazioni BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto 2005 – Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 2006, 1.

[136] In merito, cfr. le lucide riflessioni di GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., 85.

[137] Si veda VON BAR-BEALE-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 10.

[138] Sul punto si vedano le osservazioni puntuali di BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., 302, il quale osserva fra l'altro come la solidarietà venga considerata «*as primarily the function of public law... rather than private law*» (VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 17).

[139] Cfr. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 152; ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008, 83. Appare evidente come nelle nuove previsioni di nullità, spesso di derivazione comunitaria, sia palese il riferimento al sistema rimediario di *common law* che pone in posizione privilegiata rispetto al diritto soggettivo il rimedio considerato come risposta concreta dell'ordinamento davanti ad un bisogno di protezione in attuazione di una posizione che un soggetto ha rispetto ad un bene della vita, indipendentemente dalla sua formalizzazione in diritto soggettivo: la sussistenza del diritto dunque sarà subordinata alla disponibilità da parte del soggetto di un rimedio idoneo a far fronte ad un bisogno di tutela connesso ad un preciso interesse del soggetto medesimo. Si veda in merito MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *I rimedi e la tutela processuale*, XXXVI, Milano, 2008, 790.

[140] Su tale argomento si rinvia alle approfondite analisi del già citato D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 163; e PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; *passim*; DI MAJO, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in DI MAJO-FERRI-FRANZONI (a cura di), *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456; GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, 3; VECCHI, *Commento al comma 1 dell'art. 1519-octies*, in GAROFANO-MANNINO-MOSCATI-VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. In particolare si vedano le approfondite osservazioni di D'AMICO, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazione sulla nullità)*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1; e RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.

[141] Si veda in merito a tale terminologia SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in Sacco (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, 43.

[142] Già nella vigenza del precedente codice era presente la posizione secondo la quale l'accertamento della nullità del contratto potesse anche derivare, in assenza di esplicita previsione legislativa, dalla ricostruzione ermeneutica dell'interprete, superando l'antico principio *pas de nullité sans texte*. Cfr. sul punto FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 23.

[143] Sostengono la buona fede come metro capace di intaccare anche la legittimità dell'atto: PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 670; RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 292; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 27. Si veda sul tema in generale SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108; GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 435.

[144] Cfr. fra gli altri GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 543; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*.

[145] La portata dell'[art. 1337 c.c.](#) permetterebbe infatti di utilizzare al contempo il criterio di preliminare riprovazione della condotta nella fase delle precontrattuali in ossequio alle norme costituzionali e di regolamentazione eteronoma, e altresì di recepire, all'interno di quella cornice, le specifiche regole di condotta. Si veda in merito SACCO, *Il contratto*, II,

cit., 482; ID., *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, 1997, 217; ID., *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in CABELLA PISU-NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 257.

[146] Sul punto, si rinvia alle osservazioni di D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*», Napoli, 1996, 56; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37.

[147] Per la rilevanza e l'utilità della distinzione tra tipologie di squilibri a livello macroeconomico e microeconomico si veda NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 418. In argomento si veda anche GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 456.

[148] Si tratta della conosciuta tesi dei c.d. "vizi incompleti" elaborata da MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino, 1995, *passim*. Si veda in proposito anche BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 5; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 118; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 700.

[149] Riscontra l'effettiva elusione da parte del suddetto indirizzo delle norme sulla validità D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*», cit., 248). Sulla sostanziale funzione correttiva della condanna al risarcimento si veda l'analisi di MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 18.

[150] Si fa riferimento alle sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 (che confermano la precedente [Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024](#), in *Giur. comm.*, 2006, II, 626) commentate *ex pluribus* da GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *Contratti*, 2008, 393; SANGIOVANNI, *Commento a Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725*, in *Contratti*, 2008, 231; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1; SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 445; SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro It.*, 2008, I, 784.

[151] Il riferimento è qui a GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 418; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 647; Baraldi, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 501.

[152] Cfr. [Cass. civ., 26 ottobre 1995, n. 11151](#), in *Giur. comm.*, 1996, II, 329.

[153] Cfr. [Cass. civ., 2 novembre 1998, n. 10926](#), in *Foro it.*, 1998, I, 3081, confermata dalla [Cass. civ., 6 giugno 2002, n. 8222](#), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 435 con nota di CHINDEMI, e da [Cass. civ., 28 giugno 2007, n. 20592](#), *ivi*, 2008, 358.

[154] In proposito si vedano le osservazioni di VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 234, e BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 181.

[155] Si vedano in argomento gli approfonditi studi di ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 218; e ZACCHEO, *Diritto privato e buona fede*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi (Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., svoltosi a Capri nei giorni 7-9 aprile 2005)*, Napoli, 2006, 810.

[156] Nel solco di tale pronuncia cfr. le successive [Cass. civ., 27 luglio 2006, n. 17145](#) in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; [Cass. civ., 30 giugno 1998, n. 6412](#), in *Foro it.*, 1998, I, 3082. Per una disamina del confronto tra ripartizione dei rischi ed esigenze di equità e buona fede si veda SCOGNAMIGLIO, *Unità dell'operazione, buona fede e rilevanza in sede ermeneutica del comportamento delle parti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 129; RUVOLO, *Le clausole di inversione del rischio nella locazione finanziaria*, in *Contratti*, 1999, 823; PANARELLO, *Clausole dei contratti di leasing*, in *Giust. civ.*, II, 302, 1997, e GORGONI, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonero di responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1363. Rilevano la conformità delle suddette clausole alla funzione di finanziamento del leasing FERRARINI-BARUCCO, *Leasing*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XI, *Obbligazioni e contratti*, III, Milano, 2000, 17.

[157] In argomento, si vedano le osservazioni di ROPPO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 89; VETTORI, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005, 11; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 43; FILANTI, *Inesistenza e nullità del*

negozio giuridico, Napoli, 1983.

[158] Sul punto si invitano a leggere le illuminanti pagine di BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Barillaro*, Milano, 1982, 135. Si vedano inoltre BIANCA *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 e, più recentemente, VETTORI, *Le asimmetrie formative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 246; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 522; PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, 78.

[159] In argomento si veda PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1041; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, ivi, 2009, 737.

[160] Si veda in tema D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* - 2, Milano, 2006, 1005; ROPPO, *Il contratto*, cit., 741; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 62.

[161] Per una visione sistematica delle suddette ipotesi si rinvia su tutti all'analisi di MENGOLZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, 102, e di VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 755.

[162] Celebre la definizione di PAPINIANO dell'«*aequitas constituta*» che per il celebre giurista è «*quod pretore introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*», riportata da COVIELLO, in *Dell'equità né contratti* (dagli *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1865), Napoli, 1896, 5.

[163] Sulle funzioni della buona fede si veda BUSNELLI, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 537. La buona fede come indice per il sindacato sulla clausola contrattuale e non del contegno negoziale è rilevata, con riferimento all'[art. 33 c. cons.](#) (che riproduce essenzialmente la vecchia formulazione dell'[art. 1469-bis c.c.](#)), da BIGLIAZZI GERI, sub *art. 1469 bis*, in BIANCA-BUSNELLI-BIGLIAZZI GERI (a cura di), *Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 798, e BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, ivi, 766; GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in RESCIGNO (diretto da) *Trattato dei contratti*, II, Torino, 2006; contra cfr. D'AMICO, «*Regole di validità*» e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 348; in relazione all'[art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002](#) da VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 79, e ZUCCHETTI, sub *art. 7*, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 583. Con riferimento all'[art. 9 della legge 192 del 1998](#) sull'abuso di dipendenza economica, posto che la situazione di dipendenza debba evincersi anche da elementi diversi dalla mera accettazione di condizioni contrattuali inique, occorre precisare che vi sarà una tutela risarcitoria e non invalidatoria qualora la condotta abusiva non si concretizzi in termini oggettivi in una clausola contrattuale, comminando la nullità solo se lo squilibrio sia invece sostanziato in un regolamento negoziale: cfr. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, 341; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 236; NATALI, *La subfornitura*, cit., 207. Analoghe considerazioni relative all'attenzione ai termini oggettivi del negozio possono effettuarsi in caso di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza laddove la buona fede può svolgere un utile ruolo correttivo in relazione alla sorte dei contratti stipulati «a valle» (si veda in merito tra gli altri NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 523).

[164] A tal proposito si nota che il rimedio risarcitorio, il quale ha funzione «sostitutiva» dell'annullamento come sostiene D'AMICO, «*Regole di validità*» e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 119, permette di adattare la tutela del contraente debole alla concreta dimensione del danno patito, potendo comprendere nella valutazione del pregiudizio anche l'eventuale concorso del comportamento colposo del danneggiato ovvero l'evitabilità del danno, come rimarcano ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107, e Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599.

[165] Infatti, il Supremo consesso, nella decisione n. 26725 del 19 dicembre 2007, cit., ha osservato che l'area delle «norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto ([art. 1418, comma 1, c.c.](#)) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo». In essa sono incluse anche «le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto». Aggiungendo che «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al

precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista». Si veda in merito NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 260; e VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., 271; ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 46; ID., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 249.

[166] Ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento, infatti, l'autorità giudiziale deve porre in essere, alla luce della buona fede, una duplice indagine che investa da una parte i comportamenti assunti dalle parti nelle more del rapporto contrattuale, valorizzando ad esempio una tempestiva riparazione, e che riguardi dall'altra l'incidenza sull'economia complessiva del rapporto, considerando sia il pregiudizio economico concretamente sopportato dalla parte *in bonis*, sia l'entità dell'inadempimento medesimo. Si veda in merito [Cass. civ. 18 febbraio 2008, n. 3954](#), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 825 con nota di AMRAM). Sul rapporto tra buona fede e non scarsa importanza dell'inadempimento si vedano le puntuali riflessioni di GRONDONA, *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, cit., 1023.

[167] Sull'espressione di conio francese di origine processualistica si veda BAUCHARD, *Originalité et difficulté d'application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le proces civil*, in BOUDOT-VECCHI (a cura di), *La théorie des nullités. Etudes réunies*, Parigi, 2008, 147. In relazione all'ordinamento italiano si vedano le osservazioni di PAGLIANTINI, in *Nullità virtuale di protezione?*, cit., 1044; GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 399;

[168] Le nuove invalidità speciali presentano caratteristiche singolari sotto vari profili (legittimazione ad agire, incidenza parziale sull'atto, rilevanza d'ufficio, carattere unidirezionale della tutela) che individuano un comune denominatore nella finalità manutentiva. Sul punto BRECCIA, *Causa*, cit., 87, invita alla «massima cautela di fronte all'indiscriminato rifugio nelle demolizioni assolute» preferendo «strumenti correttivi i quali consentano di difendere in maniera effettiva quel che è difendibile nella regola contrattuale autonoma, in modo che la salvaguardia dell'interesse più esposto non si ritorca alla fine in danno degli stessi soggetti "protetti"». In maniera analoga cfr. GENTILI, *Nullità annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 202; ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 985; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173; DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in De Giorgi-Delle Monache-De Cristofaro (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Gian*, Padova, 2010, 667; Mantovani, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, *ivi*, 1619; EAD., *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 444.

[169] Si veda in merito JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., 41; e MACARIO *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 303. Osserva però D'AMICO, cit., 71, che «la disciplina (legale) del contratto, anche quando si tratta di una disciplina dispositiva, è suscettibile di incidere sugli assetti di mercato, e per tale via di coinvolgere interessi (più ampi di quelli dei singoli contraenti e in particolare interessi) riconducibili all'area del c.d. ordine pubblico economico».

[170] Così C.G.E., 3 giugno 2010, C-484/08 disponibile in www.oppic.it, su cui si veda il commento di VIGLIANISI Ferraro, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, 880.

[171] Qualora con il meccanismo di cui all'[art. 1339 c.c.](#) si prospettasse l'integrazione di lacune del contratto in elementi rimessi alla volontà delle parti si dovrebbe ipotizzare una norma analoga alla disciplina dell'usura che preveda *rectius* imponga un prezzo. In merito si vedano HAZAN, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, in *Contratti*, 2003, 908; FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, cit., 556. Non è trascurabile infatti il pericolo che il giudice nella sua discrezionalità imponga tramite la sostituzione delle clausole un regolamento contrattuale differente o addirittura «sostanzialmente scritto dal giudice» (così MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, 294). In proposito D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto*, cit., 135, ha sottolineato il rischio di imporre alle parti «il rispetto di un regolamento non solo diverso da quello da esse ricostruito ma nemmeno definibile *a priori*». Più in generale si vedano D'AMICO, *«Regole di validità» e principio di correttezza*, cit., *passim*, e MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 178.

[172] Tali espressioni sono tratte da DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 655.

[173] DE TOCQUEVILLE del resto ne *La democrazia in America*, trad. it. di Caldoro, Milano, 2005, 197, afferma che «solo alcune persone colte e chiaroveggenti possono[...] intravedere i pericoli che può arrecare l'eguaglianza e di solito esse evitano di parlarne: sanno che sono conseguenze visibili solo a lunga scadenza, riguardanti i posteri più che i presenti. I mali della libertà si manifestano subito, mentre i suoi frutti non si vedono che dopo tanto tempo. I vantaggi dell'eguaglianza, invece, sono immediati, tangibili, mentre i suoi danni non si vedono».

[174] In merito, si rinvia alle considerazioni espresse da PAGLIANTINI, in *Nullità virtuale di protezione?*, cit., 1044; MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 567. In maniera non dissimile in ambito di intese anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui l'accordo lesivo della concorrenza preveda una determinazione del prezzo, il divieto [ex art. 2, cpv., della legge 287 del 1990](#) determina l'illiceità della clausola e quindi del prezzo, resi nulli per violazione di una norma imperativa. Di conseguenza anche il contratto "a valle" che accoglie il prezzo derivante da quello determinato "a monte" si rivela nullo per illiceità dell'oggetto. Risulta tuttavia impossibile ipotizzare una sostituzione automatica della clausole, in quanto la "protesi" che si dovrebbe innestare non è determinata dalla legge ai sensi dell'[art. 1419, cpv., c.c.](#) e non si conosce come si potrebbe individuare. Dalla nullità deriva quindi la legittimità, dell'intermediario o del consumatore, alla ripetizione di coloro che hanno pagato la quota indebita di prezzo. Si veda in merito ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim* e BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, 1070.

[175] Su tale tema, sviluppato soprattutto nell'ambito del commercio internazionale, si veda l'approfondita analisi di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, ivi, 2003, 667; CLERICO, *Minaccia di inadempienza contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 279; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, *passim*; MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, 539.

[176] L'intervento giudiziale è subordinato da CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, all'emersione, in seguito a interpretazione secondo buona fede del regolamento, dei termini di ripartizione del rischio. Sullo stesso argomento anche in senso critico si vedano CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonte di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, 71; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in TOMMASINI (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, 491.

[177] L'art. 1135-1 dell'*Avant-projet* ha una portata applicativa ristretta: fa infatti riferimento ad un preesistente obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti limitato ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, riconoscendo la facoltà di reagire solo a ipotesi in cui l'originale sinallagma sia stato alterato in modo tale da far venir meno l'interesse di una delle parti al mantenimento in vita del contratto. Cfr. in merito MAZEAUD, *Renégocier ne rime pas avec réviser!*, in *Rec. Dalloz*, 2007, 765; FENOUILLET, *Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un "entre deux" perfectible*, in *Rev. contr.*, 2006, 67; e BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virtus?*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 565.

[178] Nei Principi *Unidroit* l'art. 6.2.2 sulla definizione di *hardship*, similmente al *Draft of a Common Frame of Reference* all'art. III - 1:110, si afferma che questa ricorre quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e che inoltre gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto, ovvero gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata. È quindi differente dalla forza maggiore, perché l'evento che fa scattare il meccanismo, sebbene sia certamente imprevedibile, non appare irresistibile, nel senso che la parte può comunque eseguire la prestazione benché a condizioni sensibilmente più onerose.

[179] L'art. 1135-3 dell'*Avant-projet* stabilisce che in caso di esito infausto delle trattative, se queste sono state condotte secondo buona fede, ciascun contraente può sciogliere unilateralmente il contratto con efficacia *ex nunc*, senza contemplare un potere di adattamento ad opera del giudice. L'art. 6.2.3 (*Effetti dell'hardship*) dei Principi *Unidroit*

prevede che in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, che non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice, il quale, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, ha la facoltà di risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure di modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio. In merito cfr. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, 733, e BERNARDINI, *Hardship e forcemajeure*, in BONELLI-BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 193.

[180] L'immagine pregnante è di SCHLESINGER, *L'autonomia contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 230, il quale aggiunge che il giudice non può «modificare d'imperio le condizioni dello scambio neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la "giustizia sostanziale" della transazione».

[181] Sul punto cfr. MACNEIL, *The Relational Theory of Contract*, Londra, 2001; TEUBNER, *Contracting Worlds: The many Autonomies of Private Law*, in *Soc. A. Leg. St.*, 2000, 405; Goldberg, *Relational contracts*, in Newman, *The new Palgrave Dictionary*, 1998, III, 292.

[182] In tal senso FRANZONI, *Gli effetti del contratto*, Artt. 1372-1375, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 196; ID., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 86; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 290. In senso critico si veda BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 211.

[183] In proposito, cfr. C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, 1997, 216.

[184] Si veda sul punto *ex multis* BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 34, e C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, cit., 123.

[185] Anche per quanto riguarda la dimensione europea si rinvia alle autorevoli riflessioni di SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 686; ALPA, *I "principles of European Contract Law" proposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 495; CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 361; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 201.

[186] In merito si vedano le riflessioni di LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, 86, nell'ambito delle valutazioni sull'eguaglianza come presupposto dell'autodeterminazione. Con riferimento alla funzione del consenso come meccanismo di legittimazione dei trasferimenti attributivi si rinvia alle considerazioni di COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, 187.

[187] Nell'ordinamento anglosassone il contratto, visto come espressione della *sovereign party intention*, riconosce tutela in caso di sproporzione dello scambio solo nel caso in cui lo squilibrio del sinallagma sia derivato da un'anomalia in sede di manifestazione della volontà ovvero mostri la sussistenza di un grave stato di debolezza di una parte. Si veda in merito TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, 1993, 116. In particolare, si noti come nella legislazione statunitense lo *Uniform Commercial Code* (Section 2 - 302) ed il *Restatement* in materia contrattuale abbiano esteso il vaglio giudiziale relativo al contenuto negoziale, assegnando rilevanza alle disparità contrattuali prodotte in presenza di *unconscionability* ogni qualvolta una clausola appaia iniqua, avendo riguardo al generale contesto commerciale e alle esigenze specifiche di un determinato negozio.

[188] In tal senso si vedano le riflessioni di ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047, e MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 395.

[189] Si veda, con riferimento all'art. 1135-1 dell'*Avant-projet* l'analisi critica di FENOUILLET, *Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un "entre deux" perfectible*, cit., 75, il quale auspica un ampliamento della portata applicativa della suddetta norma anche a tipologie contrattuali che non siano ad esecuzione continuata o periodica.

[190] Per i doverosi approfondimenti anche in forma critica si veda 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*, cit., 262; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 201; MACARIO, *Rischio contrattuale e*

rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare, cit., 1464; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., *passim*.

[191] Occorrerebbe, infatti, 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», come osserva RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 129. Sul punto si veda su tutti VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, *passim*; HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2004, *passim*; COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659. Per un imprescindibile 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, 202.

[192] Si veda in merito BRECCIA, *Che cosa è giusto nella prospettiva del diritto privato?*, in RIPEPE (a cura di), *Interrogativi sul diritto «giusto»*, Pisa, 2001, 99. In particolare lo stesso autore in *Causa*, cit., 190, osserva che «il pensiero filosofico e sociologico, anche di matrice liberale, ebbe cura di mettere in rilievo il carattere illusorio[della libertà contrattuale] tanto con riguardo alla pretesa di giustizia quale fattore immanente al libero contratto quanto con riguardo al complessivo carattere non coercitivo del sistema fondato sull'autonomia dei contraenti». In merito all'idea del mercato quale luogo dinamico LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, 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 si vedano le riflessioni di ANTISERI, *Relativismo, nichilismo, individualismo*, Soveria Mannelli, 2005, 20, e, con riferimento al diritto privato, 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, 2002.

[193] Sulla multiformità del mercato si veda su tutti IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 34; BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 41; PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in PERLINGIERI-CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004; 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, 23.

[194] Per approfondimenti si vedano AUGELLO-GUIDI (a cura di), *L'economia divulgata. Stili e percorsi italiani (1840-1922). II - Teorie e paradigmi*, 2007, *passim*.

[195] Interessante ricordare le origini storiche della percezione dello squilibrio laddove, come racconta BRECCIA, *La contrattazione su valori mobiliari e il controllo della contrattazione «sorprendente»*, in BESSONE-BUSNELLI (a cura di), *La vendita «porta a porta» di valori mobiliari*, Milano, 1992, 17, nel testo del *code civil* POTHIER «alludeva al contadino ignaro della legge sorpreso dal padrone leguleio e informato che gli faceva firmare la quietanza di un pagamento imputato a un debito diverso rispetto a quello che il contadino pensava d'aver adempiuto».

[196] Il riferimento è alla teoria di Bruno Leoni del diritto quale incontro tra pretese individuali in opposizione: cfr. in proposito LEONI, *Il diritto come pretesa individuale*, in ID., *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004, 119.

[197] Si ricorda in proposito la riflessione di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali - Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 15, secondo il quale «il contratto è accordo su interessi contrapposti, ciascuno dei quali naturalmente si volge a prevaricare sull'altro onde è compito precipuo dell'ordinamento regolare il conflitto».

[198] Si veda in merito l'analisi di PETER-DONNELLY, *Marketing*, 1999, Milano, *passim*.

[199] Del resto, la correzione del contratto squilibrato ovvero dei fallimenti del mercato si sposa con una visione utilitarista se sol si considera che tale intervento sarebbe finalizzato a far risultare quel contratto o quel mercato più efficiente. Sul punto si veda l'essenziale indagine di VIKERS, *When is Trading Unfair?*, speech to the David Hume Institute, Edinburgh, 2001, in www.oft.gov.uk; Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale L. J.*, 2003, 112, 829; AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, cit., 488. Analizza la connessione tra diritto della concorrenza, libertà contrattuale ed efficienza G. AMATO, *Il potere e*

l'antitrust, Bologna, 1998, *passim*.

[200] Tale orientamento è adottato su tutti da BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 324, e ID. *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., *passim*.

[201] In tal senso NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 531.

[202] 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*, cit., 766.

[203] Si veda la lucida indagine di D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625.

[204] Sulla efficace formula cfr. BELL, *A Patchwork of Protection: The New Anti-discrimination Law Framework*, in *Mod. L. Rev.*, 2004, 465.

[205] In merito alla possibile applicazione analogica delle tutele, in particolare quella prevista dall'[art. 9 l. 192 del 1998](#) sull'abuso di dipendenza economica, si vedano su tutte le considerazioni di SCARSO, *Sulla c.d. «disparità di potere contrattuale»*, in *Studium Iuris*, 2008, 548. Sebbene non manchi chi sostenga che l'abuso di dipendenza economica non possa che avere «applicazione generalizzata a tutti i contratti, risultando altrimenti tradito il principio di eguaglianza» (PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 678), un simile accostamento fra le due discipline non appare accettabile per le troppe differenze funzionali e di *ratio*. Le normative operano infatti in situazioni diverse laddove la normativa delle clausole abusive trova la propria ragion d'essere nella posizione di asimmetria informativa che colpisce i consumatori nei confronti della controparte professionale: la sua funzione è di ridurre le disparità informative che impediscono di effettuare una scelta libera e consapevole. A riprova di ciò, basti considerare che «la regola (ed il conseguente rimedio dell'inefficacia della clausola abusiva) è derogata nel caso in cui le clausole o gli elementi di clausola «siano stati oggetto di trattativa individuale» ([art. 34, comma 4, c. cons.](#)), e che persino il principio dell'intangibilità dell'equilibrio economico del rapporto viene meno allorché «intorno allo stesso residuo sacche di opacità informativa (argomenta [ex art. 34, comma 2, c. cons.](#))» (NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 89). All'opposto l'abuso di dipendenza economica ha riguardo (per definizione) a rapporti tra operatori economici professionali che sanno valutare i propri interessi, come dimostra che nell'art. 9 lo squilibrio di obblighi è «ipotesi pienamente legittima, dato che la situazione di dipendenza economica, di per sé non realizza alcuna forma di abuso» (VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, *Riv. dir. priv.*, 2002, 311). Similmente nella dimensione anglosassone la dottrina ha tentato attraverso la teoria dell'*inequality of bargaining power* di ricomprendere in un'unica categoria tutte le ipotesi di disuguaglianza del potere contrattuale, come osservano *ex multis* CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining. A Study of the Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, Oxford, 1991, *passim*, e BARNHIZER, *Power, Inequality and the Bargain: the Role of Bargaining Power in the Law of Contract*, 2006, *Mih. St. L. Rev.*, 841.

[206] Si veda in merito HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in European contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 1. Sul diritto come pretesa vale qui nuovamente richiamare le riflessioni di LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit.

[207] 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 vedano in merito su tutti GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 211; ROPPO, *Il contratto nel duemila*, cit., 28; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, cit., 184. Sull'implementazione dei poteri anche officiosi del giudice si veda MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, 215.

[208] Sul punto si veda BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., 179; EAD., *L'interpretazione del contratto*, cit., 208; EAD., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, cit., 41 e 73 laddove, pur giungendo ad esiti diversi, afferma che la valutazione del regolamento contrattuale «potrà esaurirsi o in un giudizio di conformità del negozio al principio stesso, lasciando intatta la regolamentazione accertata *stricti iuris*, ovvero in un giudizio di non conformità, lasciando, allora, al giudice il compito di conferire al contratto quella particolare colorazione che la regola di buona fede è capace di attribuirgli e, perciò[...] l'unico significato che esso può assumere tenuto conto delle posizioni

reciproche delle parti e delle circostanze in ordine alle e nelle quali il regolamento stesso è destinato ad operare, conformemente ai principi generali dell'ordinamento giuridico». In generale 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, 211, e GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 211.

[209] Euripide ne *Le Supplici*, 433-7, trad. it. di Romagnoli, afferma che «quando leggi scritte esistono, ugual giustizia ottiene il ricco e il povero. Il debole può allora, quando l'insultano, rimbeccare il possente: allora il piccolo, quando ha ragione, può vincere il grande».

[210] 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, 156, ritiene tale intervento affermativo di una «giustizia secondo il contratto» non «contro il contratto». Si veda in merito inoltre VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 136; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., *passim* e GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milano, 1992, *passim*. La 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 *Eur. e dir. priv.*, 2006, 504.

[211] Così BRECCIA, *Causa*, cit., 197. Lo stesso autore in, *Causa e «consideration»*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 597, sottolinea peraltro il passaggio «da un'immagine dell'autonomia corrispondente al brocardo mitico *stat pro ratione voluntas* a un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali».

[212] In proposito vale qui osservare come lo stesso HEGEL nel § 236 dei *Lineamenti della filosofia del diritto* (a cura di Cicero, Milano, 2006, 395) si sofferma sul carattere di reciprocità dei rapporti tra produttori e consumatori, da cui deriva il rifiuto della contrapposizione tra tutela dei consumatori e difesa del sistema concorrenziale di mercato, come conferma IRTI, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*. Atti del convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004), Milano, 475.

[213] Si ricorda in proposito il celebre passo aristotelico dell'*Etica Nicomachea*, V, 14, 1137b, 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».

[214] 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, 687; MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 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, 742. L'apertura alle clausole generali da parte del diritto europeo è sottolineato ancora da BRECCIA, *Considerazioni sul diritto private sovranazionale tra modelli interpretative e regole effettive*, in AA. VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 147; 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, 509; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., 133; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 548; e più recentemente, ID., *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., 287.

[215] Si veda in merito alla stretta vicinanza tra integrazione e interpretazione del contratto il pensiero di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, 394; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 535; D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., 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».

[216] Così PASCAL, *Les provinciales*, lett. 6°, in *Oeuvres complètes*, Parigi, 1960, 720.

[217] Sul punto si veda a titolo esemplificativo, PEEL, *Treitel: The law of contract*, Londra, 2007, 70, e più dettagliatamente ATIYAH, *Chitty on contracts*, I, *General principles*, Londra, 1986, 520; MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, 23.

[218] In tema su tutti cfr. MÄSCH-MAZEAUD-SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Monaco, 2009, 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 obbligazioni. In medio stat virtus?*, cit., 565.

[219] 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, 11, ora in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di PALAZZO, Perugia, 2002, 11, 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, 328-334 e 462-464; SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione ultra dimidium*, Napoli, 2004, 144; SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, 25. In generale sul Progetto italo-francese cfr. *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di ALPA – CHIODI, Milano, 2007.

[220] Così BRECCIA, *Causa*, cit., 87.

[221] L'espressione è di OPPO, *Principi*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, sez. I, t. I, Torino, 2001, 46. Si vedano in merito anche BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., *passim*; PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, cit., 528; NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, cit., 730.

[222] Ovvero se si pone mente all'ammonimento dantesco per cui «quelli è tra li stolti bene a basso, che senza distinzione afferma e nega ne l'un così come ne l'altro passo», *Paradiso*, XIII, 115-117.

[223] Si veda in proposito BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, secondo il quale «Il rapporto tra Stato e mercato, che in tal guisa è istituito, esclude, dunque, qualsiasi reciproca alternatività e assegna al primo il compito di rendere vero, operativo il secondo: non più uno Stato che, in quanto soggetto politico, fronteggia e corregge il mercato ma uno Stato che, in quanto garante del mercato, ne ripristina il funzionamento o ne simula gli esiti (ove il suo funzionamento non sia ripristinabile)».

[224] Sul punto si rinvia alle lucide riflessioni di MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 116.

[225] 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., 100).

[226] Si vedano in proposito le riflessioni di CASTRONOVO, *Savigny e la codificazione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 219; GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova versione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 455; PATTI, *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 489.

[227] Sul punto cfr. le osservazioni di ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, cit., 886: «se il diritto è una costruzione sociale, esso non è pensabile, ai concreti fini regolativi e decisorii (cioè ai fini per cui il diritto tuttora esiste), separato dalla percezione sociale di esso. In questo senso, il richiamo (oggi meno insistito di un tempo) alla necessità di un approccio interdisciplinare ai problemi giuridici è più che mai fondato: anzi, direi essenziale». Inoltre, cfr. D'ANGELO, *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali*, cit., 350, secondo cui: «l'integrazione tra legge e convenzione non si configura come il mero risultato normativo della interferenza tra le due fonti, ma come operazione valutativa del giudice attinente alla formazione del giudizio individuale pratico; essa non appare l'esito logicamente necessitato del

sillogismo giudiziario, ma il frutto dell'apprezzamento del giudice circa la congruenza della regola del caso rispetto a valori del contratto e dell'ordinamento. Interpretazione e integrazione tendono così a legarsi, nella formazione del giudizio individuale pratico, in una relazione di continuità e complementarietà».

[228] In proposito LIPARI, in *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, 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*. Treviso, 23-24-25 marzo 2006. *Atti del Convegno per il cinquantennio della Rivista di diritto civile*, Padova, 2006, 224, osserva: «La mia personale convinzione è che ci si debba finalmente svincolare dalla creazione di una pluralità di criteri interpretativi applicabili in via alternativa o, peggio, secondo un procedimento di gradualità gerarchica. È illusorio pensare che il principio gerarchico apparentemente imposto dal legislatore si proponga al giudice come un *a priori* che opera prima di una valutazione complessiva del contenuto e delle modalità di preparazione e di svolgimento della pattuizione».

[229] In tal senso, NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 645.

[230] 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, ed. Laterza, 1991, 36-38).

[231] La presenza di un piano di valori costituzionale che opera anche a livello europeo 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., 9, la cui tesi è oggi seguita da D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., 241; PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, cit., 711; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 204). 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., 531; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 184; MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, 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, 167; BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, cit., 90; EAD., *L'interpretazione del contratto*, cit., 243.

[232] Sull'importante tema della connessione tra dignità e autodeterminazione si veda l'importante sentenza della [Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471](#), in *Giur. Cost.*, 1990, 2818, nonché il rilevante arresto di cui alla [Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748](#), in *Corr. giur.*, 2007, 1676. Cfr., inoltre, le riflessioni di VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e Mercato*, 2010, n. 3, 220.

[233] Definite da Rodotà, «gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite» (cfr. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole – Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, 80).

[234] Si vedano in proposito le puntuali riflessioni di GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., 336: «Il contratto, allora, nell'ambito di una assiologia inevitabilmente transazionale, non può più essere percepito come barriera contro ciò che, pur giuridicamente rilevante (quale l'ordinamento), è esterno ad esso (fatti salvi quei casi di connessione forzata in funzione repressiva tra ordinamento e contratto indotta da una patologia contrattuale); al contrario, anche il contratto è una modalità espressiva e concretizzatrice dell'ordine giuridico generale; certo attraverso la mediazione delle pretese delle parti; certo attraverso uno scontro tra forze economiche: tutti elementi che però vanno apprezzati e collocati in una dimensione che nel tempo presente non può essere quella di un supposto ordine «chiuso» dei privati».

[235] Si veda in proposito la riflessione di PERLINGIERI, *Per un'ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2251: «Il giurista, quando interpreta, è chiamato a svolgere un'operazione non certo di tipo meccanico, sillogistico e deduttivo, ma di acuta ed attenta sensibilità verso i principi e i valori dell'ordinamento e verso i fatti concreti della realtà sociale».

[236] Giova ricordare, in proposito, BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva del diritto privato?*, in Ripepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto “giusto”*, Pisa, 2001, 93, «La via della formazione libera della regola contrattata su basi di parità effettiva si integra con la via della formazione della regola diretta a garantire secondo procedimenti validi quel nesso tra l'autonomia e i suoi presupposti fattuali paritari».