



20 SETTEMBRE 2023

Autonomia negoziale e riequilibrio  
delle asimmetrie contrattuali:  
un'indagine multilivello

di Salvatore Aceto di Capriglia  
Professore associato di Diritto privato comparato  
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"



# Autonomia negoziale e riequilibrio delle asimmetrie contrattuali: un'indagine multilivello\*

**di Salvatore Aceto di Capriglia**

Professore associato di Diritto privato comparato  
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

**Abstract [It]:** Considerata un dogma intangibile e sacrale fino alla prima metà del secolo scorso, l'autonomia negoziale di diritto privato ha successivamente attraversato stagioni di riflessione attenta da parte del formante dottrinale alla luce di un rinnovato clima di valorizzazione dei principi costituzionali di matrice tedesca e italiana sussunti nella politica legislativa unionale. Tale interpretazione ha dischiuso la strada ad una "costituzionalizzazione del diritto dei contratti", attenta ai valori di giustizia, equilibrio e rispetto della dignità umana assiologicamente intesa dinanzi alla quale il "fortino" dell'autonomia contrattuale ha dovuto cedere il passo. Nuove sfide si profilano dinanzi agli scenari dettati dalle nascenti innovazioni frutto delle tecnologie digitali.

**Title:** Negotiating autonomy and the rebalancing of contractual asymmetries: a multilevel investigation

**Abstract [En]:** Considered an intangible and sacred dogma until the first half of the last century, the negotiating autonomy of private law subsequently went through seasons of careful reflection by the doctrine in the light of a renewed climate of enhancement of the constitutional principles of German and Italian matrix, subsumed in the EU legislative policy. This interpretation has opened the way to a "constitutionalization of contract law" attentive to the values of justice, balance and respect for human dignity before which the "fort" of contractual autonomy had to give way. New challenges are emerging in the face of the scenarios dictated by the evolving digital technologies.

**Parole chiave:** autonomia contrattuale, consumerismo, giudizio di meritevolezza, ordine pubblico, riequilibrio contrattuale

**Keywords:** contractual autonomy, consumerism, judgment of merit, public order, contractual rebalancing

**Sommario:** **1.** L'erosione dell'autonomia contrattuale ad opera della normazione europea a tutela del consumatore, il "terzo contratto" e il divieto di abuso di dipendenza economica. **2.** La questione aperta del bilanciamento tra autonomia contrattuale e principi costituzionali domestici. Il superamento del dogma della intangibilità delle convenzioni. **3.** Il ruolo delle clausole generali nell'interpretazione del contratto; evoluzione plurivaloriale del principio del buon costume e sua confluenza escatologica nell'alveo dell'ordine pubblico. Il concetto ermeneutico di moralità in una prospettiva polisensa nel quadro geopolitico globale. **4.** L'ordine pubblico: da clausola limitativa dell'autonomia privata a strumento di promozione e protezione del valore della dignità umana in una prospettiva costituzionale e sovranazionale. *Excursus* diacronico e sua categorizzazione. **5.** Autonomia negoziale e clausole generali nelle moderne ricostruzioni dottrinali: l'ipotesi di un ordine pubblico euro-unitario. **6.** Dignità umana, obiezione di coscienza, diritti fondamentali della persona dinanzi al principio di autonomia contrattuale in particolare nella speculazione dottrinale tedesca. L'obbligo di protezione (*Schutzgebot*) statale. **7.** Il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione delle norme regolatrici nei contratti internazional-privatistici. La tutela degli equilibri contrattuali anche grazie al differente approccio dei sistemi giuridici opzionati e dei principi consuetudinari. **8.** Il superamento del "fortino" ideologico dell'autonomia negoziale nell'evoluzione dinamica del pensiero giuridico occidentale.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

## 1. L'erosione dell'autonomia contrattuale ad opera della normazione europea a tutela del consumatore: il "terzo contratto" e il divieto di abuso di dipendenza economica

Il principio fondamentale dell'autonomia contrattuale, il rilievo assoluto garantito alla volontà delle parti, attraversa una iniziale erosione nel secolo scorso, allorquando, nella seconda metà, viene ad essere delineata la figura del "contraente debole", attraverso una legislazione relativa alla correzione degli squilibri negoziali tra soggetti che operano in mercati non concorrenziali. Che le barriere ideologiche e pregiudiziali edificate dalle estremizzazioni del formalismo e del gius-positivismo siano ormai superabili, grazie a un «diritto vivente» consapevole della realtà attuale e delle sue potenzialità ermeneutiche, è dimostrato dagli interventi della *law in action* (oltreoceano, ma anche unionale) più attenta al rispetto dei principi di correttezza e buona fede e dal progredire della disciplina in materia contrattuale di fonte comunitaria e di seguito recepita nelle normative nazionali.

La tutela del consumatore come contraente debole, trae origine dal rapporto tra la libertà contrattuale ed i suoi limiti e, in particolare dalle legislazioni del XX secolo, emerge una tensione tra il principio di libertà contrattuale e l'istanza egualitaria. Tali esigenze di riequilibrio contrattuale riscontrano terreno fertile nell'ambito delle Istituzioni europee. Il consumatore trova tutela, rispetto alla controparte - il professionista contraente forte - secondo quanto espresso *ex plurimis* dalla Corte di giustizia, in quanto è la «parte contrattuale economicamente più debole e giuridicamente meno esperta, rispetto alla controparte professionale»<sup>1</sup>.

Il tema dell'asimmetria contrattuale ha interessato anche la letteratura giuridica in lingua inglese, sebbene la disciplina americana ed in generale la *common law* assegnino da sempre all'autonomia contrattuale un ruolo predominante<sup>2</sup>.

Secondo la nota definizione, "consumatore" è colui che si giustappone al professionista inteso come soggetto che professionalmente e abitualmente svolge una attività economica a fini di lucro<sup>3</sup>. Il rapporto negoziale che viene ad essere instaurato tra i due appariva squilibrato a favore del c.d. contraente "forte"

---

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio, le sentenze della Corte giustizia: 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*; 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, punto 34; 11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*, punto 39; 19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc*, punto 18.

<sup>2</sup> Cfr. *ex pluribus* I. AYRES, R. GERTNER, *The Uneasy Case for Contractual Equity* in *Yale L.J.*, 1989; L.B. BINGHAM, A.Z. SUSSMAN, *Power and Promise: The Role of Trust in Contractual Agreements*, in *Mich. L.R.*, 2003; O. BAR-GILL, E. WARREN, *Inequality and Consumer Contracts*, in *The Supreme Court Review*, 2006; D. A. DEMOTT, *The Bargain Principle and Its Limits*, 1988 in *The Yale Law Journal*; J. STEELE, *Unequal Terms: Exploring the Role of Asymmetry in Contract Law*, Hart Publishing, 2018; R.A. POSNER, *The Economics of Unconscionability*, in *The University of Chicago Law Review*, 1973; O. BAR-GILL, *Contracts of Adhesion: An Empirical Analysis*, 2012, in *The Journal of Legal Studies*; C. FISK, *Power and Prejudice in the Modern Workplace: How Race and Gender Impact Contract Negotiation*, in *California Law Review*, 1995; A. BAGCHI, *The Bargain Principle and Its Limits: From Contracts to Legislation*, in *Law and Philosophy*, 2017; G. HOWELLS, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, in *Modern Law Review*, 2005.

<sup>3</sup> Per una visione complessiva in tema di diritto dei consumatori, anche alla luce dei recenti eventi pandemici si veda G. CASSANO, M. DONA, R. TORINO, *Il diritto dei consumatori*, Milano, 2021, *passim* e, specificamente per un inquadramento storico, p. 17 ss.

nel momento in cui quest'ultimo era in grado di inserire nell'articolato del contratto, condizioni e clausole eccessivamente gravose, avverso le quali il consumatore non poteva che aderire sopportandone il costo (economico, ma non soltanto). L'impossibilità per il contraente debole di partecipare alla definizione e alla stesura di clausole non di poco momento contenute nel contratto, spinse gli operatori del diritto a riflettere sul suo *status*. Risultato di tali speculazioni trascinò ben presto in alcuni testi normativi sovranazionali che intervennero ad istituire gli strumenti necessari a contenere l'ingiustizia contrattuale insita nelle clausole "vessatorie". Ma non ci si limitò ad una analisi superficiale del fenomeno: a stretto giro si pervenne alla riflessione che da una parte il consumatore non era da considerarsi sempre e necessariamente soggetto debole e dall'altra che anche la parte "forte" ben poteva prestare il fianco a profili di debolezza. In effetti il *discrimen* unicamente basato sulla professionalità e abitudinarietà si rivelò insufficiente a tutto vantaggio di una concezione dello squilibrio contrattuale basata sul contesto fattuale. Ovviamente non si deve solo all'opera ermeneutica sovranazionale la riflessione ed il fondamento dei limiti all'esercizio dell'autonomia privata. Il dettato costituzionale domestico pone dei riferimenti puntuali, sia in ambito generale, laddove all'art. 3 sancisce l'uguaglianza formale e sostanziale fra i cittadini, ma anche l'art. 41, operante in ambito economico, evidenzia che, pur restando l'iniziativa economica privata libera, questa non può "svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"<sup>4</sup>.

Altre fonti del regolamento contrattuale sono individuabili nella legge<sup>5</sup>, nella buona fede<sup>6</sup>, negli usi normativi o giuridici, nell'equità integrativa ex art. 1374 c.c.<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il fenomeno è tracinato anche in altre realtà del mondo. In Cina, ad esempio, il "diritto del consumatore" è regolamentato principalmente dalla "Legge sulla Protezione dei Diritti e degli Interessi dei Consumatori della Repubblica Popolare Cinese" (*Consumer Rights and Interests Protection Law of the People's Republic of China*) emanata nel 1993 e successivamente rivista nel 2014. Questa legge stabilisce i diritti e le protezioni garantiti ai consumatori cinesi durante le transazioni commerciali e regola le responsabilità degli operatori commerciali nei loro rapporti con i consumatori. Sul tema si veda, *amplius*, J. HÚ – F. PANZA, *Il nuovo diritto dei consumatori in Cina*, Napoli, 2015.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 6 luglio 2005, n. 15244. Secondo la Corte "l'obbligo di contrarre del monopolista legale o del soggetto equiparabile a monopolista, osservando la parità di trattamento (art. 2597 cod. civ.), implica che ogni rapporto si atteggi con eguale contenuto nei confronti di tutti i contraenti in ciascun gruppo di contratti omogenei".

<sup>6</sup> Cass., Sez. II, 29.5.2007, n. 12644, «intesa quale requisito etico della condotta delle parti, costituendo uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, si traduce in un vero e proprio dovere giuridico, al quale deve essere improntata la condotta delle parti, sia, ex art. 1175, nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, sia, ex art. 1375, sul piano del complessivo assetto degli interessi sottostanti all'esecuzione, e costituisce un limite ad ogni situazione, attiva o passiva, integrativo del contenuto e degli effetti del negozio (v., ex *coeteris*, Cass. sez. I, n. 1460/73, sez. II n. 960/86, sez. III, n. 2788/99, n. 14726/02, sez. lav., 1078/99)».

<sup>7</sup> Cfr. Cass., 11.6.1965, n. 1189. L'equità integrativa che «va intesa non come richiamo di norme extragiuridiche per un giudizio secondo equità in luogo di una pronuncia secondo diritto, bensì nel senso che il contratto deve essere valutato secondo correnti criteri di logica giuridica per la determinazione esatta dei suoi effetti; non è sostitutiva dell'applicazione di norme, ma integrativa o sussidiaria per un puntuale adattamento della norma al caso concreto; opera nell'ambito di quest'ultima e si inquadra in un giudizio di diritto». Essa si distingue dall'equità "interpretativa", che, in caso d'impossibilità di chiarire il significato del contenuto del contratto, demanda al giudice in via residuale il compito di interpretarlo operando un equo contemperamento di interessi delle parti (art.1371 c.c.), dall'equità "correttiva", cui fa riferimento ad esempio l'art. 1384 c.c. come strumento di bilanciamento delle prestazioni e dal giudizio di equità, ai sensi

Da una lettura esegetica combinata sia della legislazione nazionale che di quella europea è inoltre possibile cogliere un deciso ampliamento dell'applicazione della disciplina a tutela del contraente debole, arrivando ad includervi anche i rapporti tra imprenditori ed imprese “forti” e “deboli”<sup>8</sup>.

Tali asimmetrie contrattuali, oltre a rappresentare una palmare manifestazione di ingiustizia, contribuivano a ledere quel libero mercato, con piena circolazione di beni e servizi, che l'Unione europea ha da sempre prefissatosi come obiettivo primario. Pertanto nel corso degli anni hanno visto la luce provvedimenti normativi come la Direttiva CEE 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, recepita in Italia con l'introduzione degli articoli 1469 *bis* – *sexies* del codice civile. In tale sede si introduceva il concetto appunto di clausola abusiva quale generatrice di un ingiustificato squilibrio economico tra i contraenti con la pedissequa disciplina rimediale. Particolare attenzione veniva riservata al caso in cui al consumatore non era concesso un pieno controllo sull'opportunità dell'affare e pertanto non gli era consentito un ripensamento circa la ragione di scambio e la revisione del prezzo. Anche la circostanza nella quale il contraente debole non veniva debitamente informato di tutte le caratteristiche annesse al prodotto o servizio e le relative condizioni e mezzi di tutela e recesso, venivano condannate e sanzionate. La piena autonomia negoziale pertanto doveva inevitabilmente confrontarsi con i prodromi di una nascente sensibilità giuridica paneuropea.

Ulteriori limiti venivano imposti nei rapporti tra imprese ed imprenditori dalla normativa “antitrust”<sup>9</sup> che introduceva nel sistema gli odierni ben noti divieti di accordi tra imprese (cartelli) aventi per oggetto o per effetto l'impedire, il restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato e gli abusi di posizione dominante.

In dottrina si riscontra così l'utilizzo di terminologie («primo», «secondo» e «terzo contratto») per qualificare gli accordi basati sulla posizione, egualitaria o meno delle parti. Qualora i contraenti agiscano in condizioni di perfetta parità ed uguaglianza si adotta il lemma di “primo contratto”. Risulta di immediata comprensione che siamo dinanzi ai contratti di diritto comune regolati secondo la disciplina tradizionale dettata dal codice civile. In tale fattispecie - *inter pares* - la forza negoziale è equivalente,

---

degli artt. 113 e 114 c.p.c., a proposito del quale si parla di equità “formativa” o “sostitutiva”: in base ad essa il giudice è chiamato a formulare sia la qualificazione del fatto sia la regola da applicare al caso concreto. In tale attività egli è tuttavia vincolato, oltre che dalle norme costituzionali, anche dai principi informatori della materia, soltanto rispetto ai quali è ammesso un ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3.

<sup>8</sup> A tal riguardo si è passati «dalla protezione del consumatore alla protezione dell'impresa debole», V. ROPPO, al convegno *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole* del 20 ottobre 2010, «...la perdita di centralità della figura, pur meritoria, del consumatore, con la piena presa di coscienza che esistono ulteriori esigenze meritevoli di tutela, alle quali può darsi consistenza attraverso un fenomeno di dislocazione di blocchi normativi da un settore più ristretto ad uno più ampio”. Inoltre, la sentenza *Courage Ltd* del 20 settembre 2001 della Corte di giustizia (C-453/99), rileva la tendenza sullo squilibrio tra due operatori economici (un fornitore di birra e il titolare di un pub) e afferma l'esigenza di un'adeguata protezione da attribuire alla impresa debole.

<sup>9</sup> Legge 287 del 10 ottobre 1990 poi successivamente varie volte aggiornata ed integrata (l'ultimo aggiornamento nel momento in cui si scrive risale al 27 agosto 2022) cfr. [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

L'autonomia privata è esaltata al massimo e si riscontra il pieno potere di definire liberamente i termini e le condizioni dell'accordo<sup>10</sup>.

A tale forma contrattuale si è poi affiancata quella definita “secondo contratto”, quello cioè posto in essere tra il consumatore ed il professionista (viene anche usata la sigla B2C stante ad indicare l'espressione inglese «business to consumer»). In tale fattispecie si rileva, come già evidenziato, un notevole squilibrio soprattutto in termini di informazione e di partecipazione alla definizione del contenuto negoziale. Per ovviare a tali squilibri si è appunto fatto ricorso agli strumenti dell'approvazione esplicita delle clausole “vessatorie” e si è posto in capo al *Business man* un preciso e dettagliato ordine di informazione. Le esigenze di riequilibrio informativo hanno trovato accoglimento domestico nella disciplina dettata dal Codice del Consumo (d. lgs. 206/2005), che ha, tra l'altro, definito in maniera univoca il concetto di clausola vessatoria (art. 33) intesa come disposizione la quale, pur se inserita in buona fede, determina uno squilibrio economico a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e la cui apposizione ne determina la patologia della nullità, rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo.

Ma solo in tempi meno risaltanti, la letteratura ha iniziato a parlare di “terzo contratto” intendendovi quello stipulato tra due soggetti entrambi qualificabili come “*business*” tra i quali tuttavia non si registra una condizione paritetica, bensì una netta situazione di dipendenza economica di un soggetto nei confronti dell'altro<sup>11</sup>.

Giova ribadire che mentre i contratti B2C per lo più esauriscono i loro effetti in un unico e isolato scambio, quelli B2B sono fisiologicamente indirizzati a creare delle situazioni di durata, normalmente nei contratti di fornitura. Nel caso di specie la possibilità di un comportamento “abusivo” non è preesistente a causa del diverso ruolo giocato dalle parti; bensì sorge (eventualmente) nella fase successiva all'instaurazione della relazione contrattuale e si realizza nel “ricatto” che il soggetto economicamente più influente può esercitare sulla controparte. Laddove nel contratto con il consumatore, la disparità è ontologicamente presente all'atto della stipula, nei contratti B2B questa condizione viene a crearsi nel momento stesso dell'inizio del rapporto giuridico. Ovviamente non v'è nulla di proibito nel fatto che un contraente rappresenti un potere economico notevolmente soverchiante, ma laddove tale *status* venga ad essere utilizzato al fine di imporre all'altro condizioni particolarmente afflittive si realizza quella che è stata definita “estorsione *post* contrattuale”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> La formula «terzo contratto» si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione*, a G. COLANGELO, *L'abuso della dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'indagine comparata*, Torino, 2004, XII.

<sup>11</sup> Si abbia riguardo a R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Cedam, 2010.

<sup>12</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile*, Milano, 2010, p. 145.

Tali imposizioni devono necessariamente essere sopportate dalla parte “debole” per non rischiare di scindere un rapporto del quale si ha in ogni caso bisogno<sup>13</sup>. Una condizione siffatta viene definita “abuso di dipendenza economica”<sup>14</sup>. Non è agevole ricondurre tale fattispecie ad una unica e puntuale normativa domestica, tuttavia è pacifica l’identificazione dell’origine nella l. 192/1998 in tema di subfornitura. Sintetizzando, tale ultimo fenomeno sottende ad un *modus operandi* nel quale una impresa subfornitrice viene a trovarsi in una condizione di dipendenza tecnologico/operativa dall’impresa committente, la quale fornisce specifiche e progettazioni per la fornitura del bene o del servizio. L’attività dell’imprenditore debole (subfornitore) si interpola in quella dell’imprenditore forte (committente) attraverso la stipula di diversi tipi contrattuali che ineriscono all’intero processo produttivo. Fondamentale, per la disciplina oggetto della presente indagine, è l’art. 9 il quale pone il divieto di abuso di dipendenza economica. Dunque non è la situazione in sé ad essere censurata, bensì il suo abuso; quest’ultimo non è direttamente definito, ma solo attraverso una esemplificazione riscontrabile nel secondo comma (i.e. il rifiuto di vendere o acquistare, l’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e l’arbitraria interruzione dei rapporti commerciali). In definitiva si evince come il concetto di dipendenza economica si concretizzi nell’«impossibilità, a fronte della estrema specializzazione in determinate forniture o specifiche lavorazioni in favore dell’imprenditore forte, di “reperire sul mercato alternative soddisfacenti”, con conseguente perpetrazione di quella che è stata definita “estorsione contrattuale” da parte del committente»<sup>15</sup>. Tale comportamento deve essere scongiurato e pertanto la legge dispone la nullità dell’accordo che lo perpetri. Un riferimento all’equilibrio economico si trova pure nell’art. 7 d.lgs. n. 231/2002, in materia di pagamenti nelle transazioni commerciali come integrato dal d. lgs. 192/2012. La prefata norma sanziona con la

---

<sup>13</sup> Si pensi alla fornitura stipulata con un monopolista ovvero con un soggetto in grado di fornire beni e servizi altrimenti di estrema difficoltà di reperimento sul mercato. Ovvero con colui il quale abbia già effettuato investimenti che verrebbero vanificati nel caso di rottura del rapporto.

<sup>14</sup> Sul tema la letteratura è estremamente vasta. Si abbia riguardo, *ex multis*, a C. OSTI, *Riflessioni sull’abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 9 ss.; M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 543 ss.; G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; P.P. FERRARO, *L’impresa dipendente*, Napoli, 2004; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009; PH. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; ID., *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ – E. GABRIELLI, (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, in *Tratt. contratti* Rescigno-Gabrielli, 2011, p. 271 ss.; A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2009; R. CATALANO, *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009; F. ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezionale contrattuale*, Milano, 2012; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; ID., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, Torino, 2022; A. BARBA, *Studi sull’abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive*, Milano, 2020. Per una riflessione ed una particolareggiata ricostruzione storica nell’ordinamento francese a seguito della nota riforma del 2006, in tema di *abus de l’état de dépendance* si veda, *ex plurimis*, E. TUCCARI, *Lezioni francesi sull’abuso di dipendenza (economica?)*, in *Jus civile*, 3/2022, p. 762 ss.

<sup>15</sup> Testualmente C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 263.

nullità l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del suo ritardo che risulti gravemente iniquo ai danni del creditore<sup>16</sup>. Simile contesto può ravvedersi anche nell'accordo che preveda, in caso di ritardato pagamento, un corrispettivo a favore del creditore che risulti incongruo in considerazione dell'utilità che il debitore trae dalla disponibilità di denaro che non versa.

Ancora, in questo tipo di contratto, a differenza di quanto accade nella tipologia consumeristica, nel quale la principale forma di tutela apprestata dall'ordinamento è la declaratoria di nullità della clausola abusiva, il legislatore, per tutelare l'impresa debole, configura in capo all'impresa forte obblighi a contrarre, in deroga, ancora una volta, ai principi di diritto comune.

In tempi recenti, la legge 118/2022 ha aggiunto all'art. 9 in tema di disciplina di subfornitura nelle attività produttive una importante innovazione. La condizione di abuso è presunta (con formula *iuris tantum*) nel caso in cui l'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che rivesta un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati. Il riferimento, nemmeno troppo velato, è alle piattaforme digitali tipo "Amazon", ai vari *market places* e *App stores*. Il potere di tali colossi del web è ormai di planare evidenza: se da un lato sempre meno aziende possono farne a meno (imbattibile la forza logistico/distributiva, senza pari la vetrina offerta dai relativi siti) dall'altro la necessità di tutelare i "piccoli" imprenditori che fanno loro ricorso è sempre più impellente.

La scelta del legislatore domestico, peculiare rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea<sup>17</sup>, è stata quella optare per la presunzione giuridica. Spetta pertanto all'impresa "forte" dimostrare il mancato abuso di posizione economica nei confronti dell'impresa debole che invece denunci il contrario. In ultimo, la legge

---

<sup>16</sup> Il rinnovato art. 4 statuisce che «Nelle transazioni commerciali tra imprese le parti possono pattuire un termine per il pagamento superiore rispetto a quello previsto dal comma 2. Termini superiori a sessanta giorni, purché non siano gravemente iniqui per il creditore ai sensi dell'articolo 7, devono essere pattuiti espressamente. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.» In tema di diritto dei pagamenti si veda riguardo a G. GIMIGLIANO, *Il diritto dei pagamenti tra definitività e negoziabilità*, Pisa 2019; ID., *L'impresa di servizi di pagamento in una prospettiva sistematica*, Pisa, 2022.

<sup>17</sup> Sicuramente interessante, sebbene poco approfondito in dottrina al di fuori dei confini nazionali, l'esempio offerto dal legislatore tedesco in materia di *antitrust*. Sul tema sia consentito un rinvio a PH. FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2019, p. 549 ss. Anche nel Paese teutonico particolare attenzione è rivolta ai *big* del web, intesi come le *very large online platforms*, e il caso *Facebook* nel 2019 in tema di trattamento dei dati da parte del colosso del web ha dato la stura ad un ampio dibattito sul quale si segnalano, tra gli altri, G. COLANGELO - M. MAGGIOLINO, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook*, in *World Comp.*, 2019, p. 355 ss. e R. NAZZINI, *Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German Facebook Decision*, in *Comp. Pol. Int.*, marzo 2019. Sempre in tema di abuso di dipendenza economica si significa la recente sentenza emessa dal Tribunale di Commercio di Parigi, XIII sezione, il quale in data 19 dicembre 2022 ha condannato al riguardo la società *Apple* per i comportamenti assunti nei confronti di alcune società sviluppatrici di *apps* comminando una sanzione di due milioni di euro. La somma può sembrare elevata, ma in realtà i giganti del web sono assolutamente in grado di sostenerla. Al riguardo sta intervenendo il *Digital Market Act* europeo (DMA) che ha statuito come quantificazione della sanzione il massimo edittale del 10% del fatturato annuo precedente a carico della società (di grandissime dimensioni) che si renda responsabile di violazioni in tal senso. Cfr. M. AMORESE, *Apple multata per 2 milioni di euro dai giudici francesi per abuso di dipendenza economica, cosa cambierà col DMA?*, in [www.amslaw.it](http://www.amslaw.it) del 10 marzo 2023.



“concorrenza” (118/2022) prevede la competenza giurisdizionale delle sezioni specializzate in materia di impresa per le azioni civili riguardanti l’abuso di dipendenza economica, resolvendo un’incertezza interpretativa già sottoposta in passato al vaglio della Corte di Cassazione. Nei casi in questione<sup>18</sup>, la Cassazione aveva concluso che per le domande risarcitorie relative ad ipotesi di abuso di dipendenza economica non sussistesse la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, in quanto ritenute di natura puramente contrattuale ed estranee al concetto di abuso di posizione dominante.

## **2. La questione aperta del bilanciamento tra autonomia contrattuale e principi costituzionali domestici. Il superamento del dogma della intangibilità delle convenzioni**

È di planare evidenza che tali risultati maturati nella produzione normativa euro-unitaria ed il conseguente recepimento a livello nazionale delle istanze conciliative tra la “granitica” autonomia contrattuale e la necessità di tutela giuridica effettiva del contraente debole, non origina *ex abrupto*, bensì affonda le sue radici in attente e minuziose speculazioni del formante dottrinale che, almeno per quanto attiene al panorama domestico, traggono ispirazione dalle prescrizioni costituzionali *ex artt. 2 e 3, 2 comma*<sup>19</sup> nonché dal diritto vivente.

La Carta fondamentale poneva, fin dalla sua promulgazione, in primo piano la necessità di garantire tutela e rispetto dell’uguaglianza anche al contraente privato: la necessità di “rileggere” il codice civile, alla luce delle prescrizioni costituzionali, pertanto appariva impellente ed improrogabile<sup>20</sup>. Il percorso ermeneutico che ne è derivato ha ricevuto i primi concreti avalli da parte della giurisprudenza solo negli anni Novanta del secolo scorso, proprio in coincidenza con il fiorire di quella produzione normativa di origine comunitaria già mentovata<sup>21</sup>.

Una, seppur sintetica, ricostruzione diacronica appare di estrema utilità sistemica. «È a tutti noto il momento decisivo del passaggio dalla sostanziale indifferenza – prevalendo in un primo tempo l’idea, secondo la quale l’autonomia privata, quasi per principio, avrebbe dovuto essere considerata estranea all’articolazione dei diritti nella Carta fondamentale – alla stagione definita del c.d. “disgelo” costituzionale, che avrebbe condotto all’inclusione anche della libertà contrattuale nella “rilettura” costituzionale del codice civile, di cui la più sensibile e al contempo autorevole dottrina segnalava l’ormai

<sup>18</sup> Cfr. Cass. ord. n. 22747/2017 e Cass. ord. 22584/2015, entrambe reperibili in *DeJure*.

<sup>19</sup> P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Codici. Storia e geografia di un’idea*, Roma-Bari, 2013, pp. 34 ss. (già in *Giur. it.*, 1968, IV, pp. 209 ss. e in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. IV, Torino, 1971, pp. 821 ss.), nonché ID., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Milano, 1993, p. 9; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, 2003; M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto, discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 375.

<sup>20</sup> Si veda anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ult. ed. 2020, *passim*.

<sup>21</sup> Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*.

indifferibile esigenza»<sup>22</sup>. I primi segnali di una tale sensibilità sono riscontrabili nelle vicende dei rapporti agrari, di locazione oltre a quelle del rapporto di lavoro subordinato. Il contratto si evolveva all’insegna della crescente limitazione dell’autonomia privata ad opera del potere pubblico per la realizzazione dei principi dettati dai prefati articoli costituzionali<sup>23</sup>: l’esempio forse più noto si riscontra nel divieto di discriminazioni affiancato alla normativa relativa all’obbligo di contrarre, previsto negli artt. 2597 e 1679 c.c. per il quale si è ampiamente parlato di “contratto imposto”<sup>24</sup>. Ampio e vivace *discussant* aveva impegnato la migliore civilistica negli anni Sessanta nel riflettere sul se il combinato degli articoli 41 e 2 della Costituzione poteva rappresentare la garanzia costituzionale della libertà contrattuale, esprimendo dubbi al riguardo<sup>25</sup>. Si segnalavano le «ragionevoli perplessità circa la denunciata efficacia diretta, i cui risultati potranno in pratica, assai spesso, raggiungersi coi tradizionali strumenti di giudizio sul contratto privato, l’ordine pubblico e il buon costume»<sup>26</sup>. È nel settimo decennio del secolo scorso che fiorisce la letteratura che assume i principi, o “valori”, costituzionali quali referenti giuridici innovativi e propulsori per l’evoluzione e la sostenibilità del sistema<sup>27</sup>.

In parallelo alla riflessione giuridica nell’adeguare il sistema tradizionale di diritto privato alle nuove dinamiche economico-sociali, si stagliava l’operato del legislatore, impegnato in quella che la *vulgata* storica ricorda come la “decodificazione”, cioè l’approvazione di una serie di leggi speciali che affiancavano interpolando la tradizionale normativa codicistica (si veda, per fare solo un esempio, la legge 392/78 nota come “equo canone”)<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> Testualmente F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione giustizia*, 4/2016.

<sup>23</sup> E. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, pp. 42 ss., che richiama l’ampia tematica della tutela del contraente debole, i cui sviluppi hanno condotto alla rilevanza, anche giuridica, dei consumatori, quali soggetti appartenenti a una data categoria socio-economica, cui l’ordinamento riconosce una particolare tutela giuridica, al punto da far parlare (da parte di taluno, senza suscitare un consenso diffuso) di un ritorno allo status (già richiamato da M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, cit.). Non mancavano le perplessità, manifestate da una parte della dottrina, sul riconoscimento della rilevanza giuridica di una nozione, come quella di «contraente debole», che si riteneva idonea a rinviare soltanto a categorie sociali vaghe e indeterminabili, mentre l’analisi concreta della posizione di supremazia nel rapporto contrattuale appariva prospettiva più promettente: così A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale, Profili preliminari*, Milano, 1971, spec. cap. II, pp. 35 ss.

<sup>24</sup> E. ROPPO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>25</sup> Così come, in relazione al grande tema dell’efficacia immediata dei diritti costituzionalmente previsti – *Grundrechte*, cui la tradizione giuridica tedesca ha dedicato notevoli studi in tema di efficacia diretta, ossia la cd. *Drittwirkung*, cfr. G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift für Naviaskey*, 1956, pp. 157 ss.; R. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960; J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971; C-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 184 (1984), pp. 201 ss.; D. MEDICUS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in AcP 192 (1992), pp. 35 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, in AcP 198 (1998), pp.171 ss.

<sup>26</sup> P. RESCIGNO, *op. cit.*, *Premessa*.

<sup>27</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*

<sup>28</sup> N. IRTI, *Note introduttive al commento alla legge n. 392/1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 4 (il quale elabora compiutamente il tema generale nel meritatamente celebre saggio, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979, pubblicato in

Si allontanano nella nebbia della storia i tempi in cui l'autonomia privata veniva vista come fonte di diritto<sup>29</sup>, ed il negozio giuridico posto in primo piano come fonte normativa<sup>30</sup>. Si sviluppava *ex adverso* quella visione secondo la quale il negozio giuridico appariva come un “fatto socialmente rilevante”, impegnativo sul piano della coscienza sociale che imponeva l'individuazione dei limiti e degli oneri derivanti dal suo esercizio<sup>31</sup>. La civilistica del tempo si concentrava nel tentativo di conferire effettività alle norme *ex artt.* 1322 e 1343 c.c. in termini di controllo giudiziale di meritevolezza, con riferimento al risultato pratico divisato dai contraenti. La meritevolezza degli interessi che questi ultimi intendevano perseguire diveniva il nuovo centro gravitazionale di una serie di riflessioni che aveva ormai assodato la necessità di una “rilettura” dell'autonomia privata costituzionalmente orientata, coniugandosi fermamente con l'idea della causa in concreto e ponendo le basi per la problematica relativa alle qualità soggettive del contraente<sup>32</sup>. La strada era aperta da un lato verso la riflessione<sup>33</sup> sulle qualità e sull'attività svolta dal contraente le quali giocavano un ruolo determinante nel processo di interpretazione del contratto, fornendo la stura alla nascita delle già menzionate figure del contraente “debole” e “forte”. Questi ultimi avrebbero potuto esprimere un diverso (maggiore o minore) potere contrattuale reciproco che doveva essere bilanciato anche alla luce delle prescrizioni costituzionali di uguaglianza formale e sostanziale<sup>34</sup>. *Ex altera parte* si stagliava netta la distinzione fra la disciplina per così dire formale ed oggettiva del contratto e quella sostanziale soggettiva: due diverse modulazioni che concorrevano alla interpretazione complessiva del negozio giuridico con conseguente attribuzione di una effettiva rilevanza all'aspetto per così dire “endogeno”, anche in virtù di un rinnovato fiorire degli studi in tema di clausole generali e buona fede<sup>35</sup>.

---

successive edizioni), nonché, sempre a ridosso della nuova normativa sulle locazioni, M. BESSONE, *Equo canone e “diritto” all’abitazione nella prospettiva delle norme costituzionali*, in *Foro pad.*, 1978, II, pp. 83 ss.

<sup>29</sup> S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366.

<sup>30</sup> E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, 1959, pp. 1559 ss.

<sup>31</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all’art. 1322*, in *Contratti in generale, Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 27; il tema è il fulcro della fondamentale monografia dello stesso A., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 147 (1 ed. 1950), con l'accentuazione del carattere tecnico di tale operazione di riconoscimento: «l'ordinamento riconosce, nel raffigurarsi la nozione di negozio, l'atto di autonomia privata nella sua essenza reale».

<sup>32</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss. e U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale: un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005, p. 143 e.

<sup>33</sup> *Ex multis*, L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1086, e T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, tomo 1, Milano, 1969, p.69.

<sup>34</sup> Parzialmente concorde A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., pp. 75 s. il quale ritiene ovvio che la disposizione di cui all'art. 3, 2° comma, Cost., impegni ad un «programma» di profonde e radicali trasformazioni sociali, ma esclude al contempo che la disposizione esprima un significato direttamente garantista della libertà contrattuale dei privati.

<sup>35</sup> A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1969; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1967; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970. Fondamentale menzionare il contributo, espresso già in tempi risalenti, della letteratura tedesca in tema di clausole generali. Tra i più significativi, J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tubingen, 1933; A. BUECKLING, *Der Flucht der Generalklauseln*, in *Zeitschr. f. Rechtspolitik*, 1983, p. 190 ss.

Le clausole generali divengono così centrali soprattutto ad opera di una giurisprudenza che all'alba del ventunesimo secolo si riscopre sempre più "creativa" e sempre meno mera applicatrice di *ius scriptum*. I principi come quello di buona fede svolgono una ormai netta funzione di eterointegrazione del contenuto contrattuale, con preminente ruolo di chiave ermeneutica, a prescindere dalla forma negoziale scelta dai contraenti o da puntuale prescrizione normativa<sup>36</sup>. La strada verso una nuova sensibilità giuridica, attenta a valutare l'eventuale presenza di fenomeni di "abuso del diritto"<sup>37</sup> era aperta, come evidenziato da alcuni arresti da parte della Suprema Corte, che hanno suscitato non poche riflessioni<sup>38</sup> e vivaci dibattiti. Il formante giurisprudenziale, accogliendo le risultanze di quella lunga stagione dottrinale della quale si è dato conto, è ormai consapevole del proprio ed innovativo ruolo di controllo sul carattere, eventualmente abusivo, degli atti di autonomia privata<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, p. 247, il quale auspicava «che i giudici sapessero servirsi in modo più penetrante di quanto di solito facciano, di questi principi del codice aperti ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici»; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 865 ss.; S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 279. In giurisprudenza si veda Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750, secondo cui l'art. 1375 c.c. consente al giudice di ritenere escluse dalla copertura fideiussoria le anticipazioni accordate dalla banca al debitore principale in violazione del principio di buona fede. Per quanto concerne i contratti autonomi di garanzia, si veda, tra le prime pronunce in materia, Cass. 11 ottobre 1987, n. 7341, *ivi*, 1988, I, c. 104, dalla quale in breve tempo fiorì un cospicuo numero di sentenze in tema di *exceptio doli*, da intendersi indiscutibilmente quale manualistica espressione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Ancora Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2129, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, secondo cui la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni «che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto». All'alba del nuovo millennio il supremo Collegio verga la sent. 10511 del 24 settembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di A. PALMIERI, *La ridicibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale all'interno della quale si invita l'interprete a resistere «ad immanenti suggestioni della «dogmatica della volontà» come a risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella «cittadella dell'autonomia contrattuale», constatandosi al contempo il «tramonto del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni».*

<sup>37</sup> Cfr. R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 281-373 (spec. p. 322).

<sup>38</sup> Si veda Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa* che cassò con rinvio una sentenza che, a dire dei giudici di legittimità, non avrebbe valutato se il recesso *ad nutum*, pur contrattualmente previsto con valida pattuizione, fosse stato in concreto esercitato correttamente o, al contrario, abusivamente, in tal modo perseguendo il recedente fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'ordinamento.

<sup>39</sup> Meno risalente è Cass. Sez. un. 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014 con la quale viene sancita la nullità di una clausola pur regolarmente inserita ed approvata e non qualificata dalla Corte come 'vessatoria', ma produttrice di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; nel caso di specie si discuteva della c.d. clausola *claims made* (mista o impura) inserita in un contratto assicurativo per responsabilità civile che condizionava la copertura alla circostanza che tanto l'evento che la denuncia e richiesta di risarcimento fossero accaduti durante il periodo di vigenza temporale della polizza. Dopo appena un biennio (nel 2018) le Sezioni unite si sono nuovamente pronunciate sul tema con la sent. 22437. Nell'arresto in questione i giudici di legittimità superano l'approdo di atipicità al quale erano pervenuti nel 2016, prendendo atto che la clausola *claims made* era l'estrinsecazione del principio di autonomia delle parti ex art. 1322 c.c., inoltre il legislatore italiano – in conformità peraltro a quanto accaduto negli ordinamenti europei – aveva adottato il modello delle *claims made* per le polizze di assicurazione della responsabilità civile dei professionisti.

Specularmente anche la giustizia costituzionale, sebbene in modo meno frequente, stante la peculiarità della materia, ha avuto modo di esprimersi sul tema del rapporto fra autonomia privata e solidarietà costituzionale. Se inizialmente si denunciava la violazione dell'art. 41, 1° comma Cost., con riferimento a discipline settoriali che restringevano l'autonomia contrattuale in ordine alla determinazione del prezzo di prodotti o alla determinazione dei canoni di affitto di fondi rustici, successivamente, con una sorta d'inversione di prospettiva, la legittimità delle norme è stata messa in discussione non tanto dal punto di vista della restrizione dell'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale, quanto in relazione alla tutela del contraente più debole ovvero, nell'ottica di una sorta di «oggettivazione dello scambio», nel tentativo di incidere su situazioni di (asserito) eccessivo squilibrio contrattuale<sup>40</sup>.

### **3. Il ruolo funzionale delle clausole generali nell'interpretazione del contratto; evoluzione plurivaloriale del principio del buon costume e sua confluenza escatologica nell'alveo dell'ordine pubblico. Il concetto ermeneutico di moralità in una prospettiva polisensa nel quadro geopolitico globale**

Le sempre maggiormente pressanti influenze che la globalizzazione economica e l'internazionalizzazione dei mercati riverberano sul nostro ordito normativo, favorendo la circolazione di modelli contrattuali sempre nuovi, richiamano all'attenzione dell'operatore giuridico il dettato dell'art. 1322 del nostro codice civile, all'interno del quale (come è noto) è statuita l'autonomia negoziale delle parti, intesa come la possibilità che un contratto assuma le forme "tipiche" (ovvero appartenga ad una categoria rigidamente disciplinata) oppure "atipiche". Il secondo comma del prefato articolo prescrive il giudizio di meritevolezza<sup>41</sup> al fine di valutare la conformità dell'accordo negoziale con i principi informatori dell'ordinamento. Tale fondamentale valutazione rileva in quanto determina la liceità dell'accordo. A guida dell'opera interpretativa si pongono, da almeno due secoli, i concetti di ordine pubblico nonché di buon costume.

---

Questo nuovo assetto comportava dunque un sindacato di adeguatezza sui limiti imposti dalla legge ex art. 1322, comma I, c.c. e, di conseguenza, il venir meno del giudizio di meritevolezza sulla *claims made*.

<sup>40</sup> F. MACARIO, *op. cit.*, p. 7.

<sup>41</sup> Sul tema la letteratura è oltremodo ampia, si segnalano, *ex multis*, I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017; E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322 comma 2 c.c.*, Torino, 2019; C. DONISI, *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1986, 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2017, 213; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in AA. VV., *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO, Napoli, 2017, 391; G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, 81; G. OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, 478; R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. SACCO, 2004, 17; R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1281 ss.

Lo studio e la delimitazione di tali sintagmi sono da sempre una impegnativa sfida per il formante dottrinale non sussistendo una loro puntuale definizione all'interno dell'odierno codice civile del 1942 e prima ancora in quello del 1865 (Codice c.d. Pisanelli) al punto che è stato possibile osservare come, pur nella costante forma linguistica, il contenuto ha attraversato evoluzioni epocali<sup>42</sup>.

Quasi pletorico sottolineare che quello di “buon costume” è forse uno dei concetti giuridici che maggiormente ha attraversato modifiche ed evoluzioni nel corso degli ultimi decenni, fino al punto di confluire la propria funzione all'interno dell'ordine pubblico.

Basterebbe pensare a come il fenotipo “famiglia” e “comunioni di vita familiari” è del tutto stravolto rispetto alla visione imperante di metà del secolo scorso. Condotte come l'adulterio o il concubinato, in passato costituenti vere e proprie fattispecie di natura penale, sono ormai comunemente accettate; non esiste più alcuna distinzione fra i figli nati all'interno del matrimonio e quelli “naturali”<sup>43</sup> e la calendazione potrebbe proseguire. In sostanza, se in passato il buon costume rappresentava un limite all'esercizio dell'autonomia dei privati nel momento in cui esso veniva lesa, possiamo tranquillamente asserire che, all'attualità, numerose condotte non sono più avvertite come lesive del buon costume e di conseguenza appaiono lecite o, per lo meno, ampiamente tollerabili.

Si assiste ad un sempre più marcato pluralismo valoriale che ha finito con l'erosare il ruolo funzionale dei buoni costumi. Di conseguenza, il ricorso alla clausola è stato sempre più limitato nel timore di un eccessivo soggettivismo interpretativo dei Tribunali (i quali opererebbero in un contesto in cui non è facile individuare qualcosa che sia ritenuto da tutti come contrario al buon costume) ed in virtù del sempre crescente ambito di applicazione del principio di autodeterminazione del singolo individuo, il quale reclama a gran voce anche il diritto di determinare i propri costumi di vita e di tenerli segreti. Da ciò deriva il rifiuto del mondo giuridico, nonché della società, a dichiarare - con fare quasi paternalistico - ciò che sia o meno conforme al buon costume. È ormai del tutto tramontata la visione per così dire *deontologica* del concetto di buon costume, legata tra l'altro ad un sentimento religioso “in caduta libera” in una società ormai secolarizzata. Ma anche quella *sociologica* non vive un momento di particolare splendore, in virtù della constatazione che non è agevole ed univoco identificare i comportamenti comunemente accettati dalla totalità dei consociati<sup>44</sup>.

Se dunque i costumi sono liberi e sono personali, ne deriva il loro affrancarsi da ogni valutazione esogena e di conseguenza il concetto stesso perde forza e confluisce nel principio di ordine pubblico generale, il cui interesse è sempre più riconosciuto come unico limite ammissibile alla propria determinazione

---

<sup>42</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, vol. I, ult. ed. 2020 p. 106.

<sup>43</sup> A seguito della riforma della filiazione avvenuta con la l. 219 del 10 dicembre 2012.

<sup>44</sup> Sulla tematica si abbia riguardo a G. TERLIZZI, *Autonomia contrattuale e principi extra legali: spunti comparatistici*, in *Ann. dir. comp. stud. legisl.*, 2019, p. 514 ss.

volitiva. Si concretizza pertanto quel fenomeno di “giuridicizzazione” della morale, che sostituisce la vetusta “moralizzazione del diritto”<sup>45</sup>. Il buon costume ormai rileva unicamente nel caso in cui la sua violazione riverberi effetti nell’ordine sociale e quindi sull’ordine pubblico, determinando (assumendo il ruolo di parametro di validità) la nota conseguenza dell’illiceità della causa del negozio giuridico ai sensi dell’art. 1418, comma 2 del nostro codice civile.

L’affievolimento del ruolo ermeneutico ricoperto dalla clausola generale del buon costume investe la maggior parte dei sistemi normativi occidentali, al punto che almeno in tre casi specifici il legislatore ha optato per elidere del tutto il riferimento al principio dei buoni costumi nell’enunciare i limiti operazionali dell’autonomia negoziale, preferendo concentrarsi sul concetto di ordine pubblico.

Gli orditi normativi ai quali si fa riferimento sono quelli del Québec (Canada) il quale nel 1994, a seguito di estenuanti dissertazioni giuridico sociali, ha del tutto espunto la clausola del buon costume dal proprio codice civile<sup>46</sup>, significando che ormai era del tutto convogliata all’interno di quella di ordine pubblico. L’esempio è stato seguito dopo poco dallo Stato della Louisiana il cui codice all’art. 1968 prevede l’illiceità della causa nelle sole due ipotesi di contrarietà a norma imperativa o all’ordine pubblico.

Ma anche un Paese a noi molto vicino - non solo geograficamente - la Francia, ha optato per una scelta “radicale”. Nella nuova stesura del codice dei contratti ha del tutto eliso la clausola, riportando al nuovo art. 1102 c.c. che «la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public»<sup>47</sup>.

#### **4. L’ordine pubblico: da clausola limitativa dell’autonomia privata a strumento di promozione e protezione del valore della dignità umana in una prospettiva costituzionale e sovranazionale.**

##### ***Excursus* diacronico e sua categorizzazione**

Conseguenza naturale della perdita valoriale connessa al principio di buon costume è l’estensione (anche estrema) del correlato sintagma ermeneutico di «ordine pubblico».

Si assiste così alla nascita e all’affermazione di un pluralistico concetto di ordine pubblico generale.

Nei lustri la dottrina e la giurisprudenza<sup>48</sup> lo hanno investito di significati “moralì”, “economici” e “politici” “sanzionando” quei contratti che siano considerati “immorali”, che danneggino gli interessi

<sup>45</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 262.

<sup>46</sup> *Sous-commission des institutions*, 18 septembre 1991, n. 11, *Etude détaillée du projet de loi n. 125 - Code civil du Québec (9)*, in *Journal des Débats*, Commissions parlementaires, Assemblée Nationale, première session, XXIVème législature, Québec.

<sup>47</sup> G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, pp. 177-202, p. 188. Si veda inoltre nel testo di presentazione dell’Ordonnance del 2016 *Rapport au Président de la République*, in *JORF* n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25: «Il s’inspire de l’article 6 du code civil, sans toutefois maintenir l’interdiction de déroger aux bonnes moeurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l’évolution de la société, et la jurisprudence l’a progressivement abandonnée au profit de la notion d’ordre public dont elle n’a eu de cesse de développer le contenu».

<sup>48</sup> Il fenomeno è nato nella dottrina francese. Cfr., fra i molti, J. CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>a</sup> ed., Paris, 1993, T. IV, n. 70, il quale ha messo in risalto la distinzione oggi generalmente ammessa tra *ordre public de protection* e *ordre public de*

economici della persona e della collettività e che infine incardinino una minaccia di insulto all'impianto organizzativo sociale e istituzionale.

Il fenotipo 'ordine pubblico' (inteso *ab origine* come argine e guida all'autonomia negoziale privata) è di derivazione francofona. All'indomani della Rivoluzione "giacobina" era sorto un nuovo ordine sociale che aveva novato l'*Ancien Régime* il quale, nelle intenzioni di politici e giuristi dell'epoca, non avrebbe giammai dovuto far ritorno. Pertanto, i redattori dell'erigendo *Code Napoléon* inserirono tale clausola come granitica limitazione all'autonomia dei privati<sup>49</sup>. Le lotte rivoluzionarie avevano conquistato il riconoscimento della libertà, della dignità e della personalità dell'individuo e in funzione e a tutela di esse furono eretti i diversi limiti stabiliti dall'ordinamento: l'ordine pubblico con riferimento al diritto patrimoniale e la pubblica utilità con riferimento alla proprietà. In pratica si poneva un limite all'autonomia privata e alla meritevolezza degli interessi, affinché i cittadini non impiantassero assetti "pre-rivoluzionari"<sup>50</sup>.

Sin dal suo inserimento nel Codice civile francese del 1804, la clausola ha goduto di alterne vicende e ha subito profondi adattamenti. Gli ordinamenti giuridici che hanno da subito accolto favorevolmente il concetto di ordine pubblico (mentoviamo quale "limite all'autonomia dei privati") sono tradizionalmente

---

*direction*; fanno riferimento alla "parcellizzazione" dell'ordine pubblico Ph. MALAURIE e L. AYNÉS, *Obligations, Contrats, Quasi contrats*, 11<sup>a</sup> ed., Paris, 2001- 2002, p. 157. Anche in giurisprudenza si è fatto riferimento all'*ordre public composite*, cfr. Cass., 3 civ., 2 juin 1999, con nota di S. BEAUGENDRE, in *Dalloz*, n. 35, pp. 733-736. Nella dottrina italiana fa riferimento ad un ordine pubblico multiforme F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2008, pp. 369 e 371, fa riferimento ad un ordine pubblico valoriale, M. ROBLES, *La rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 4/2010, p. 110, nota 21; si vedano anche le considerazioni di L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 720. Per una classificazione dell'ordine pubblico in diverse categorie, a seconda degli interessi e dei valori tutelati cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, pp. 385 ss.

<sup>49</sup> Nel corpo del *Code Napoleon*, e precisamente all'art. 6 fu inserito che *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*.

<sup>50</sup> Cfr. G.L. BUCCIANI, *Ordine pubblico e relazioni familiari*, Napoli, 2021, p. 13. Nel dibattito sull'inserimento della clausola all'interno del *Code*, si ricordano le parole di Jean-Étienne-Marie Portalis il quale ebbe a definire il suo mantenimento all'interno di una società, una "legge suprema" «de maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême», cfr. *Discours préliminaire au projet de code civil*, riportato in P. SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss. Il ruolo che assumerà la clausola dal momento del suo inserimento nel Codice Napoleone ad oggi sarà quello «di garanzia, di tutela, di promozione di un disegno (di un ordine) concepito dal potere politico (pubblico)» test. F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 65 ss. In Italia sono fondamentali i contributi dottrinali offerti da F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914<sup>2</sup> e di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970. Negli anni Novanta di rilievo sono le osservazioni di L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993. Di recente la tematica è tornata fortemente in auge soprattutto in diritto successorio e di famiglia al fine di valutare la ricevibilità di atti giuridici validamente formati all'estero in contesti e sensibilità differenti dalle nostre (sullo specifico caso del riconoscimento degli atti di nascita di minori nati all'estero a seguito di maternità delegata e sul ruolo fondamentale svolto dalla clausola di ordine pubblico sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La questione aperta sulla maternità delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettiva multilivello e comparata*, in *Riv. dir. succ. fam.*, 1/2021 e si veda la recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, n. 38162 del 30 dicembre 2022, reperibile sul sito web [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) la quale ha ribadito l'incompatibilità della pratica, il mancato automatico riconoscimento dello *status* genitoriale al c.d. "genitore d'intenzione" e la necessità del ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44, comma 1, lett. d)*, della l. n. 184 del 1983 a tutela dei diritti del minore di vedersi riconoscere uno *status* giuridico di figlio).



quelli franco-centrici, mentre scarso favore ha incontrato all'interno della *common law*, da sempre fondata sull'indiscusso principio della *freedom of contract*, e negli orditi germano-centrici.

Si riscontra agevolmente che il BGB non ha incluso fra i suoi paragrafi la clausola generale di ordine pubblico, preferendo porre l'accento sulle categorie di "norma imperativa" e "buoni costumi". Alla vigilia dell'approvazione del codice del 1900 si discuteva della possibilità di includere l'*öffentliche Ordnung* tra le clausole generali, ma l'opinione contraria di illustri giuristi<sup>51</sup> timorosa che in tal modo si sarebbe attribuito ai giudici un potere ampio e quasi discrezionale, prevalse. Non stupisca che, in Germania, il concetto di buon costume abbia finito col comprendere anche molti elementi tipici dell'ordine pubblico<sup>52</sup>.

Occorre però menzionare che un concetto come quello *de quo* è, *naturaliter*, dinamico, mutevole sia diacronicamente che sincronicamente e fu definito da Lord Justice Burrough in un *case law* inglese<sup>53</sup> del 1824 come un «unruly horse» (cavallo bizzarro); e necessita, senza dubbio, di una evidente opera di concretizzazione da parte degli operatori del diritto, in particolar modo i magistrati.

Lo sviluppo diacronico del principio di ordine pubblico il quale, come osservato, ha avuto origine nella speculazione dottrinale francese che lo ha accolto all'interno del *Code Napoléon*, ha subito evidenti sviluppi e caratterizzazioni in particolar modo durante il ventesimo secolo. La dottrina francese, dopo aver elaborato il concetto di ordine pubblico generale, ha progressivamente sviluppato una serie di classificazioni sistemologiche tra le quali hanno assunto particolare importanza quelle di Ordine pubblico economico<sup>54</sup>, tecnologico<sup>55</sup> ed ambientale<sup>56</sup>. Progressivamente con l'assumere particolare rilievo sociale da parte di una peculiare tematica, il formante dottrinale ha elaborato la relativa categoria di ordine pubblico a tutela, attraverso la tecnica dell'inserimento nel corpo del contratto di apposite e specifiche clausole di protezione.

---

<sup>51</sup> Famose al riguardo le osservazioni rivolte al progetto dell'erigendo BGB da parte dell'illustre giurista teutonico OTTO VON GIERKE in *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (ora in ID., *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim 2001, pp. 605-642).

<sup>52</sup> Non sia inutile ricordare come l'ordito normativo tedesco sia da sempre molto legato a quello di origine romanistica all'interno del quale nasce e si sviluppa la clausola dei *boni mores*.

<sup>53</sup> *Richardson v. Mellish* [1824] 130, E.R. 294 «unruly horse... once you get a ride it, you never know where it will carry you».

<sup>54</sup> Teorizzato inizialmente da G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963. La classificazione è stata criticata dalla dottrina italiana, G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 464 ss., ma è ritornata in auge in concomitanza con lo sviluppo, negli anni Novanta del secolo scorso, del diritto del consumatore.

<sup>55</sup> T. IVANIER, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, in *Sem. Jur. – Ed. Gen. (JCP G)*, 1972, I, p. 2495; anche su questo concetto la dottrina italiana si espresse con ampie riserve da parte, *ex multis*, di M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 122 ss.

<sup>56</sup> Categorizzazione osservata in chiave critica da P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi «ecologica» del diritto contrattuale*, Atti del Convegno – Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 330.

Tale frammentazione tipologica tuttavia non ha sempre riscontrato il plauso incondizionato della dottrina, in particolare di quella italiana, che ha in più occasioni stigmatizzato il fenomeno come una minaccia al concetto unitario di ordine pubblico<sup>57</sup>.

Ulteriore complicazione tassonomica scaturisce dal fenomeno che gli *scholars*, in particolare di diritto internazionale privato, attribuiscono all'ordine pubblico c.d. «transnazionale», ovvero «veramente internazionale». Per chiarire le difficoltà ermeneutiche è sufficiente ricordare come quest'ultimo venga qualificato talvolta come l'insieme dei principi propri del commercio internazionale, comunemente accettati, riconosciuti e seguiti dalla quasi totalità degli orditi normativi. Altri invece preferiscono identificarlo come quel nocciolo duro di «*ius cogens*» del diritto internazionale pubblico (il quale annovera, ad esempio, il principio di autodeterminazione dei popoli o la condanna delle violazioni dei diritti umani). Entrambe le prospettazioni offrono il fianco ad alcune osservazioni critiche. La prima si fonderebbe sull'inclusione di disposizioni che a ben vedere non hanno alcun valore normativo se non esplicitamente recepite. La seconda invece deve necessariamente tenere conto che le norme in questione vengono generalmente enucleate all'interno degli ordinamenti nazionali finendo con essere applicate in quanto parte dell'ordinamento interno e non in virtù della loro propria origine nell'ordinamento internazionale<sup>58</sup>. In conclusione, nel discorrere del sintagma ordine pubblico nel diritto internazionale privato si suole far riferimento ad un concetto di diritto interno composto da quegli elementi essenziali (o almeno ritenuti tali nel diritto positivo nazionale) al punto da consentire di limitare il riconoscimento degli effetti di leggi ed atti stranieri<sup>59</sup>. Innegabile osservare come in un sistema precostituzionale quale quello delineato nel Codice del 1942, il sintagma attenzionato assumeva la valenza di strumento di concretizzazione di altre norme, di regola imperative-proibitive nonché di *rationes* implicite nell'ordinamento giuridico dello Stato. Diversamente in un sistema quale quello odierno, ontologicamente aperto alla gerarchia delle fonti e al recepimento degli effetti della globalizzazione, l'ordine pubblico finisce con l'assumere il ruolo che la dottrina più attenta<sup>60</sup> gli ha riservato di strumento di concretizzazione di altre norme ordinarie. Non soltanto, ma anche dei principi latenti nell'ordinamento, nonché di quelli espliciti che caratterizzano l'attuale sistema, ribadendo la carica propositiva e promozionale dello stesso ordine pubblico<sup>61</sup>, chiamato non più e soltanto a tutelare i caratteri propri

---

<sup>57</sup> G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1382 ss. e ID. - G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., *passim* e spec. p. 7.

<sup>58</sup> Al riguardo cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2005.

<sup>59</sup> Cfr. la nota legge 31 maggio 1995, n. 218. Tali principi sono stati definiti «so sacrosant as to require their maintenance at all costs and without exception» J.D.M. LEW, *Applicable law in international commercial arbitration*, New York, 1978, p. 532.

<sup>60</sup> G. PERLINGIERI, *Il diritto civile tra principi e regole*, Napoli 2022, p. 15.

<sup>61</sup> Sulla quale anche di recente le Sezioni unite della Cassazione italiana nella sent. 12193 dell'8 maggio 2019, in *Corr. Giur* 2019, p. 1001.

dell'ordinamento nazionale, bensì a promuovere e esprimere i diritti e i doveri fondamentali in capo al cittadino. Ciò pone a carico dell'ermeneuta la necessità di rilevare, cogliere e valorizzare tanto le affinità, quanto le antinomie culturali e normative tra i singoli Stati, anche nel contesto unionale nella prospettiva del noto concetto di “unità nella diversità” e tra l'UE e il resto del mondo<sup>62</sup>.

## 5. Autonomia negoziale e clausole generali nelle moderne ricostruzioni dottrinali: l'ipotesi di un ordine pubblico euro-unitario

Il formante dottrinale italiano<sup>63</sup> ha concentrato la propria indagine sui contenuti funzionali del principio di ordine pubblico, cercando di superare e meglio perimetrare la definizione tradizionale offerta, soprattutto dalla *law in action* nel momento in cui acquisiva le distinzioni fra ordine pubblico interno ed internazionale e definiva quest'ultimi come il complesso dei principi generalmente accettati da un ordinamento in un dato periodo storico. Il primo con riflessi esclusivamente interni, il secondo con ripercussioni sul piano internazionale<sup>64</sup>. Non solo, ma anche l'assunto secondo il quale la clausola *de qua* rappresenterebbe solo un limite all'autonomia negoziale dei contraenti è oggetto di un vivace *discussant*.

---

<sup>62</sup> Il contrasto concretamente esistente tra principi di ordinamenti diversi (segnatamente dell'UE e degli Stati Uniti d'America) è giunto alla ribalta nella vicenda che ha coinvolto il *social network* Facebook e l'improprio utilizzo dei dati degli utenti ad esso iscritti da parte dell'NSA americana. I giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la legittimità dei ricorsi presentati da uno studente austriaco Maximilian Schrems il quale lamentava la violazione delle garanzie europee in tema di *privacy* (GDPR) nel momento in cui i dati venivano ceduti dalla società di Mark Zuckerberg avente sede legale in Irlanda, negli Stati Uniti dove non godevano delle medesime tutele Corte giust. 6 ottobre 2015, c. 362/14 in *Dir. inf.*, 2015, p. 603 ss. A parti invertite si può ricordare il caso affrontato dal Trib. Milano 9 febbraio 2021, della società Apple e il suo rifiuto (riconosciuto legittimo) a concedere l'accesso ad un *account i-cloud* ai genitori di un ragazzo defunto, riportato in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 425 ss.

<sup>63</sup> Sul tema, utile la lettura di G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

<sup>64</sup> Nota è la distinzione fra l'ordine pubblico interno e internazionale: quest'ultimo rileva nel momento in cui una disposizione giuridica nata in un contesto geografico allogeno rispetto a quello d'importazione esplica i suoi effetti nel territorio di recepimento. Tale conseguenza deve avvenire senza che l'ordine pubblico interno abbia a risentirne nelle sue peculiarità ontologiche; siffatta opera ortopedica compete appunto all'ordine pubblico internazionale. Nei Paesi nei quali vige la *common law* tale distinzione sussiste anche se non esplicitamente formalizzata: un contratto può vedersi riconosciuto lo stato di “ineseguibilità” (*unenforceability*) per contrarietà alla *public policy* nonché al giudice è riconosciuta la possibilità di negare esecuzione ad un contratto formatosi all'estero per contrasto con i principi di ordine pubblico autoctoni; vedasi, *ex plurimis*, il *case law* Lemenda Trading Co. v. African Middel East Petroleum Co. [1988] 1 Lloyd's Rep. 361 nell'ambito del quale non fu concessa l'esecuzione di un contratto che presentava evidenti contrasti «to a head of English public policy which is founded on general principles of morality». Non mancano voci di *scholars* che hanno suggerito la nascita di un ordine pubblico euro-unitario o addirittura globale basato sulle molteplici pronunce delle Corti nazionali e sovranazionali (Corte di Giustizia europea e Corte EDU per quanto riguarda il vecchio continente) le quali opererebbero in un contesto eterarchico e non gerarchico, cfr. A. STONE SWEET – C. RYAN, *A Cosmopolitan Legal Order: Kant, Constitutional Justice and the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2018. Sul suggestivo rapporto eterarchico tra le Corti si veda G.L. BUCCIANI, *op. cit.*, p. 45 il quale però sottolinea anche il rischio che una globalizzazione a tutti i costi possa ledere quel principio alla base dell'Unione che va sotto l'etichetta di “unità nella diversità”. In giurisprudenza si veda la relativamente recente pronuncia di Cass. Sez. un. 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380 in *Foro it.* 2015, I, c. 588 ss. secondo le quali l'ordine pubblico definisce e identifica «le regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società».

In particolar modo, sono da scrutinare con prospettazione critica le letture secondo le quali l'ordine pubblico, in particolar modo quello internazionale, si comporrebbe di elementi condivisi da un complesso di ordinamenti "civili" i quali troverebbero automatico accoglimento nei nostri Tribunali, senza la necessità di una puntuale analisi casistica.

Il nodo gordiano della vicenda è appunto questo: può l'ordine pubblico essere composto da principi generalmente accolti da altri orditi e per ciò soltanto essere recepito e assunto come inderogabile?

La circostanza che un dato ordinamento, anche se ritenuto affine al nostro, riconosca la liceità di determinati fini, è di per sé sufficiente a che questi trovino accoglimento? Può l'autonomia contrattuale e la conseguente adozione di forme negoziali atipiche rappresentare un comodo *escamotage* per eludere l'applicazione di norme «scomode» poste a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento italo-europeo? Non vi sono dubbi che il *thelos* di ogni società civile è la tutela dei propri consociati e dei loro obiettivi, ma il rispetto di un nucleo per così dire "cogente" di valori fondamentali accolti dall'ordinamento deve essere inderogabile, *mutatis mutandis* deve sussistere una congrua proporzionalità tra gli interessi in gioco e i valori chiamati in causa<sup>65</sup>.

L'attenzione dovrà essere sempre posta sugli effetti concreti delle scelte compiute dalle parti e la circostanza che altri orditi accettino forme e valori non è sufficiente senza una attenta valutazione del caso concreto.

Qualora gli effetti dovessero ledere *funditus* il nucleo valoriale, allora sarà necessario negare tutela al tipo negoziale e a nulla varrà l'esimente dell'affinità del negozio giuridico ad equivalenti presenti in ordinamenti anche molto affini al nostro, ma che potrebbero avere basi assiologiche differenti. Per esempio il nostro ordinamento si fonda sul principio solidaristico e personalistico (*ex art. 2 Cost.*) mentre altri sono di natura più squisitamente mercantilistica e concepiscono minori o inesistenti limiti all'autonomia negoziale. Va rifuggita ogni astratta ed inutile ricerca formale, ma occorre focalizzare l'attenzione sul caso concreto e sugli strumenti più idonei di tutela per gli interessi (proporzionali) in gioco. Il diritto si spiega solo con l'aiuto di principi valoriali, altrimenti risulta privo di determinazione<sup>66</sup>. Un principio solo perché di natura sovranazionale non deve necessariamente trovare accoglimento nel nostro ordinamento, ma solo e nel caso in cui esso sia stato recepito (in virtù di principi costituzionali) e una volta superato il giudizio di conformità assiologica.

---

<sup>65</sup> Non appare pleonastico ricordare, in tema di interpretazione e lettura in chiave storica, come le clausole generali, ed es. quella di buona fede, offrono il fianco ad una visione del tutto peculiare alla luce della logica corporativistica propria del Codice del 1942, mentre assumono valore del tutto nuovo se scrutinate nella prospettiva dell'art. 2 della Costituzione repubblicana.

<sup>66</sup> B. TROISI, *Interpretazione della legge e dialettica*, in AA.VV., *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio*, Milano, 1982, p. 10 ss.

Pertanto, sebbene la globalizzazione offra interessanti opportunità di sviluppo, non si deve cadere nella facile tentazione (soprattutto da parte degli operatori del diritto e segnatamente dei giudici) di erigere l'autonomia negoziale a dogma e rinunciare alla fondamentale analisi del contesto sociale nel dato momento storico, nel quale l'atto atipico sorge e produce i suoi effetti.

L'analisi non va compiuta secondo uno schema "deduttivo" (i.e. si identificano i principi che costituiscono l'ordine pubblico e in caso di aggressione a questi ultimi se ne deduce necessariamente la contrarietà del negozio), bensì in maniera "induttiva" facendo sempre riferimento al caso concreto e al bilanciamento degli interessi coinvolti. In conclusione, non è possibile affermare che un atto è sempre astrattamente contrario all'ordine pubblico, in quanto lesivo di predeterminati principi. Occorre bilanciare gli interessi e desumere quali siano meritevoli di tutela e quindi debbano prevalere.

A tal riguardo un esempio concreto varrà sicuramente a fugare ogni dubbio. Si pensi alla fattispecie relativa alla maternità delegata<sup>67</sup>. Nota è la contrarietà alla normativa italiana di tale pratica che viene sanzionata addirittura penalmente<sup>68</sup>; tale prospettiva non è però condivisa da tutti gli orditi normativi, potendosi riscontrare casi di liceità assoluta ovvero condizionati alla totale gratuità della pratica. In più occasioni si è posta la *quaestio iuris* dell'accoglimento o meno nell'ordito domestico dei rapporti familiari che si erano venuti a creare all'estero a seguito di surrogazione di maternità. *Mutatis mutandis*, può il giudice italiano riconoscere validità ad un atto di nascita di minore nato all'estero a seguito di tale pratica, stante l'assoluta contrarietà ai principi ordinamentali? Tali occorrenze sono state risolte solo attraverso una attenta analisi del caso concreto che ha posto l'accento sul miglior interesse del minore a non veder cancellare il rapporto che si era creato con il genitore "d'intenzione", sebbene ciò avesse rappresentato un *vulnus* all'ordine pubblico<sup>69</sup>. L'esempio è idoneo a meglio perimetrare la vicenda: un valore non deve trovare automatico accoglimento solo in un'ottica di automatica reciprocità, occorre esaminare attentamente se quest'ultimo sia stato recepito e accolto nell'ordito di destinazione e, comunque, aver sempre riguardo al caso concreto ed al bilanciamento degli interessi coinvolti.

V'è anche chi riscontra nell'ordine pubblico una sorta di "ultimo baluardo" all'identità nazionale sempre più vessata da influenze esogene, che non possono e che non devono essere ciecamente ignorate, ma al

---

<sup>67</sup> Sulla tematica sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts* in "The Italian Law Journal", 6/2020 e ID., *La questione aperta sulla maternità delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettiva multilivello e comparata*, in *Riv. dir. succ. fam.*, 1/2021. La tematica è tuttavia di grande attualità: si veda la recentissima disposizione del Prefetto di Milano del 10 marzo 2023 la quale ha imposto lo stop al riconoscimento dei figli nati da coppie omosessuali facendo riferimento alla legge 40/2004 e alla recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 30 dicembre 2022.

<sup>68</sup> Si riporta, per mero tuziorismo, l'art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il quale prevede che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>69</sup> Sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, 6/2020.

tempo stesso non assurgere a principi sovraordinati in grado di andare ad intaccare quei fondamenti della nostra Repubblica, intesa non solo come forma di governo, ma come complesso assiologico e che pertanto non è suscettibile di revisione (art. 139 Cost.)<sup>70</sup>.

Altra parte del formante dottrinale – invece – sposta in avanti il baricentro della tematica ed in particolare adotta una visione multilivello e paneuropea. Focalizza la propria attenzione sulla metamorfosi che la clausola sta vivendo negli ultimi decenni e segnatamente dall'originaria funzione limitativa (intesa come argine all'autonomia dei privati e all'applicazione di provvedimenti stranieri d'importazione) al novello ruolo di promozione e sviluppo dei principi fondamentali a tutela dell'individuo<sup>71</sup>. Tale funzione appare svolta in maniera ancor più pregnante dal ricorso al concetto di dignità umana.

È quest'ultima che appare come principio guida in numerose fonti sovranazionali e in Costituzioni degli Stati membri dell'Unione. Determinate pratiche, in passato condannate alla luce di una supposta violazione del buon costume (il quale, si ricordi, è ammantato di una vetustà e di un personalismo moraleggiante inammissibile all'attualità), sono oggi regolate dal necessario rispetto della dignità umana come solennemente sancito, solo per fare alcuni esempi, dall'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (la dignità umana è inviolabile), dall'art. 8 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* (CEDU), ma anche la nota Convenzione di Oviedo<sup>72</sup> nel suo Preambolo vi fa *apertis verbis* riferimento. La dignità umana assume un ruolo centrale anche nel “novello” diritto europeo dei contratti, allorquando nei *Principles of european contract law* (PECL) come anche nel *Draft common frame of reference* (DCFR) si è scelto di usare l'espressione “*fundamental principles*” per richiamare le categorie di ordine pubblico economico, ordine pubblico politico e ordine pubblico morale. Ovviamente il *punctum dolens* rappresenta l'interrogativo sul se e in che modo desumere principi di ordine pubblico multilivello, oppure si debba aver riguardo alle singole prospettive nazionali. *Mutatis mutandis* se esista una base valoriale comune cui poter far riferimento, oppure se la prospettiva da adottare sarà sempre e comunque quella nazionale con l'evidente rischio consequenziale di applicazioni difformi all'interno dell'Unione<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *op. cit.*, p. 10.

<sup>71</sup> Cfr. G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1382 ss. Per un'attenta e completa trattazione sul principi o di dignità e sulle sue funzioni di limite e di garanzia nell'ambito del biodiritto, della persona e dell'autonomia contrattuale si rimanda a G. RESTA, *Dignità persone, mercati*, Torino, 2014. Considera il limite della dignità quale valore assunto nell'ordine pubblico, in linea con le indicazioni che emergono dalla lettura dell'art. 8, comma 2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *PD*, 2003, pp. 45-67, p. 60.

<sup>72</sup> Sulla Convenzione di Oviedo sia consentito il rimando a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Protezione del patrimonio genetico tra garantismo ed esigenze securitarie. Focus comparatistico e profili applicativi*, Bari, 2021. Nel preambolo della Convenzione si legge, tra l'altro, «Convinti della necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana e riconoscendo l'importanza di assicurare la sua dignità».

<sup>73</sup> Sul tema, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012. Un tema particolarmente avvertito a livello di Unione europea è stato, ed è tuttora, quello relativo alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche sul quale opera la Direttiva 98/44 all'interno della quale si considerano brevettabili finanche geni, piante o animali escludendo espressamente le applicazioni dalle quali deriverebbe una violazione della dignità umana. Sulla vicenda giuridica che ne è scaturita, i ricorsi presentati da alcuni Stati membri (tra i quali Paesi Bassi ed Italia) e le decisioni consequenziali adottate

## 6. Dignità umana, obiezione di coscienza, diritti fondamentali della persona dinanzi al principio di autonomia contrattuale nella speculazione dottorale tedesca. L'obbligo di protezione (*Schutzgebot*) statale

Di dignità umana si parla con estremo interesse a partire dalla seconda metà del Novecento, allorché l'Europa soffriva ancora del ricordo degli orrori della seconda guerra mondiale e viveva gli anni della cortina di ferro. L'esigenza di porre la persona al centro della riflessione giuridica e di fornire alla stessa adeguata tutela contro una società che sempre più commercializzava ogni aspetto della vita relazionale è stata alla base di alcune tra le più felici enunciazioni di diritto novecentesche<sup>74</sup>. L'art 1 della Costituzione tedesca definisce la dignità dell'uomo come intangibile; non a caso l'art 41 della Costituzione italiana inserisce il lemma 'dignità' come limite endogeno all'esercizio dell'iniziativa privata, senza omettere i già menzionati richiami in sede sovranazionale. Se *prima facie* si era discusso di dignità intesa come l'insieme di quei diritti inviolabili della persona da tutelare dinanzi alle aggressioni derivanti da iniziative statali o di terzi, si è successivamente posto l'accento su un aspetto non meno rilevante. La possibilità che in sede contrattuale le parti esercitino un diritto di disposizione nei confronti della dignità o di uno dei suoi profili<sup>75</sup>. Assistiamo al recupero dell'insegnamento kantiano secondo il quale la persona umana deve essere considerata come il fine di ogni azione e mai come il semplice mezzo. Il mondo segnato dalla c.d. *commodification* cioè dalla smania compulsiva di ridurre ogni aspetto della vita ad una *commodity* e quindi ad un bene oggetto di disposizioni di diritto privato, incontra nel rinnovato principio del rispetto della dignità umana una linea operativa che riverbera anche nell'autonomia contrattuale. Ovviamente non sono mancati alcuni timori da parte del formante dottorale, soprattutto di lingua tedesca, nei confronti di una prospettiva in cui la dignità umana possa risultare sovraccaricata<sup>76</sup>.

L'ipotesi di un eccessivo rilievo rivolto al tema della dignità, la quale finirebbe addirittura per qualificarsi come un "limite" all'esercizio dell'autonomia privata è stata vivacemente discussa in tema di vita prenatale<sup>77</sup> e in alcuni casi "limite" quali quello dello spettacolo *peep show* e quelli delle esibizioni circensi,

---

dalla Corte di Giustizia si veda G. TERLIZZI, *Autonomia contrattuale e principi extra legali: spunti comparatistici* in *Ann. dir. comp. e studi legisl.*, 2019, vol. X, p. 526 ss.

<sup>74</sup> Sul principio di dignità umana e l'interpretazione kantiana, cfr. G. PRAUSS, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Freiburg-München, 2008. Dal punto di vista della letteratura giuridica rimane di grande aiuto il celebre saggio di H. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Bd. I, Karlsruhe, 1960, 383 ss.

<sup>75</sup> Necessario sottolineare come la moderna visione assiologica di dignità umana non si esaurisce nelle sue singole forme di manifestazione (es. il diritto di autonomia o di non essere soggetto a discriminazione, l'integrità fisica, la riservatezza, la libertà di manifestazione del proprio pensiero) ma rappresenta un concetto complesso ed unitario formato da ciascun elemento.

<sup>76</sup> Cfr. M. HERDEGEN, *Art. 1 I*, in *Grundgesetz. Kommentar*, T. MAUNZ-G. DÜRIG (Hrsgg.), München, 2003, che, dopo decenni durante i quali il commento all'art. 1 della Costituzione tedesca veniva riportato immutato, ha operato un forte ridimensionamento e una rilettura di questo principio di base.

<sup>77</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*. in *"The Italian Law Journal"* ed. ESI, Napoli, 6/2020.

in particolare il caso del “nano proiettile” in cui una persona, proprio in quanto di contenute dimensioni fisiche viene letteralmente sparata da un cannone. L’ipotesi in oggetto è suggestiva in quanto il contraente non fa altro che esercitare liberamente i propri, fondamentali, diritti all’autonomia contrattuale e all’iniziativa economica privata. Tuttavia tali modalità esecutive possono essere foriere di un messaggio intimamente sbagliato: una persona con menomazioni fisiche può essere usata come un oggetto a scopi ludici.

Invocare, da parte dello Stato, il ricorso alla nullità di un tal contratto comporterebbe quello che viene considerato un eccesso di paternalismo<sup>78</sup>, e quindi una sopravvalutazione della dignità umana a discapito delle sue libertà. Non c’è chi non veda che è proprio attraverso il riconoscimento e il rispetto delle libertà fondamentali che si tutela a pieno la dignità dell’uomo. La controversia potrebbe essere efficacemente risolta distinguendo il piano fenomenologico da quello della tutela processuale. Nessuna dichiarazione di nullità per un contratto che presenti le criticità evidenziate, ma al tempo stesso nessuno spazio al ricorso di strumenti coercitivi di natura statale per conseguire esecuzioni forzate. Rimarrebbe aperta solo la strada del risarcimento del danno, qualora il contraente (nel nostro caso il nano) decidesse di recedere *ad nutum*. Unico limite oggettivo potrebbe essere quello suggerito dall’art. 5 del c.c. italiano, laddove perimetra l’ambito di validità degli atti dispositivi del proprio corpo a quelli che non comportano una diminuzione permanente della integrità fisica<sup>79</sup>.

Sul versante opposto, quello cioè all’interno del quale si paventa la possibilità che la dignità possa risultare sottodimensionata e “schiava” dell’autonomia, si dimostra terreno fertile e fecondo di vivaci discussioni tra i formanti dottrinale e giurisprudenziale, quello relativo alle moderne tecniche di filiazione, tra le quali “spicca” il tema della maternità surrogata.

Il nascente settore del “biodiritto” porta all’attenzione casistiche nelle quali la dignità della persona, e segnatamente della donna, subisce indubbe forme di umiliazione. Laddove si assiste ad un fenomeno sociale che tende sempre più ad effettuare una netta contrapposizione fra “mente” e “corpo” e celebra la prima come unica proprietaria del secondo, il quale diviene libero oggetto di contrattazione e disposizione<sup>80</sup>. Come già affermato è nota in Italia l’assoluta chiusura in tema di *surrogacy*, punita con

<sup>78</sup> Cfr. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 132.

<sup>79</sup> Non a caso ogniqualvolta si discuta di casi simili a quello ipotizzato viene sempre ribadito che il “lancio” avviene in condizioni di sicurezza; cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 250. «Tale prospettiva di inquadramento non è molto distante da una tendenza di fondo relativamente alla disciplina della disponibilità dei diritti della persona, basata sulla distinzione tra beni fine e beni presupposto che può fornire un criterio da cui ricavare la naturale indisponibilità di certi diritti. Mentre i beni presupposto non sono disponibili perché la loro esistenza costituisce il necessario presupposto del godimento e della disposizione di ogni altro diritto, i beni fine possono essere suscettibili di disposizione purché si salvaguardi la revocabilità del consenso», lett. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 133 e ID., *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 138 ss.

<sup>80</sup> Sul tema si veda C. DONISI, *Ricerche di biodiritto*, a cura di C. BUCCELLI e C. CASELLA, Napoli, 2020, *passim*.



sanzioni di tipo penale<sup>81</sup>; di recente si è dovuto fare i conti con una liberalizzazione di fatto del “mercato della filiazione delegata” che è stata oggetto di riflessioni giurisprudenziali che hanno, correttamente, spostato il centro gravitazionale sulla figura del minore ormai nato, il quale non può vedersi privato del legame familiare, pur se in presenza di genitori “d’intenzione”<sup>82</sup>. Tali prospettive pongono in risalto circostanze all’interno delle quali la dignità umana diviene oggetto di disposizione contrattuale e appare quantomeno lecito, domandarsi quale possa essere il futuro in tal contesto.

Se, *mutatis mutandis*, il divieto di commercializzazione del corpo umano, oggi assolutamente vietato in contesti nazionali e sovranazionali, sarà conservato o dovrà cedere il passo ad una liberalizzazione estrema di mercato globale (es. turismo riproduttivo).

Scaturigine della riflessione in tema di dignità umana è il rapporto fra obbligo contrattuale e dovere di coscienza. Tale vivace *discussant* ha interessato particolarmente il formante dottorale tedesco e, in misura minore, quello domestico, già a partire dalla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso<sup>83</sup>. La possibilità che una delle parti possa invocare la propria (fondamentale) libertà di coscienza come esimente dall’adempimento di un obbligo contrattuale liberamente assunto è stata interpretata con generale favore dalla dottrina teutonica. Viene infatti esclusa la possibilità che lo Stato possa usare i suoi strumenti coercitivi per garantire l’obbligazione, in particolare quando il conflitto sorga in corso di esecuzione (si pensi al caso di un ricercatore che scopre che i risultati del suo lavoro vengono usati in ambito militare; un medico che si rifiuta di intraprendere pratiche contrarie ai dettami della propria fede o anche ad un giornalista che assiste ad un radicale cambiamento della linea editoriale del giornale per il quale aveva scritto fino ad allora e che si rifiuti di proseguire nella collaborazione pubblicistica). In queste circostanze si ritiene senza dubbio esperibile una azione di risarcimento del danno, ma viene esclusa la possibilità di ottenere una esecuzione forzata dell’obbligazione originariamente assunta<sup>84</sup>. Ovviamente è salva la possibilità che le parti stipulino, nella loro piena autonomia contrattuale, nel senso di autolimitare la

---

<sup>81</sup> Art. 12 l. 40/2004.

<sup>82</sup> La tematica è stata esaminata in S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La questione aperta sulla maternità delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettiva multilivello e comparata*, in *Riv. dir. succ. fam.*, Napoli, 1/2021 al quale sia consentito fare riferimento soprattutto per le implicazioni morali e per le conseguenze nei confronti del minore.

<sup>83</sup> Solo per dare un orientamento nella sterminata letteratura in materia si ricordano F.W. BOSCH-W.J. HABSCHIED, *Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, in *Juristen-Zeitung*, 9, 1954, 213-217; A. BLOMEYER, *Gewissensprivilegien im Vertragsrecht*, in *Juristen-Zeitung*, 9, 1954, 309-312; H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Arbeit*, in *Recht der Arbeit*, 42, 1950, 221-255; F. WIEACKER, *Vertragsbruch aus Gewissennot*, in *Juristenzeitung*, 1954, 466-468; H. KAUFMANN, *Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 161, 1962, 289-315; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, München, 1970. Più recentemente, S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit, Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, Berlin, 2004, 47 ss. In Italia, invece, dove la tematica ha avuto meno risalto è possibile citare P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, VII ed., Napoli, 1986, 657 e ID., *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 263, testo e nt. 105 e MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., 334, nt. 115 e ID., L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, *Scritti I*, cit., 111; più recentemente, T. VETTOR, *Obiezione di coscienza e rapporto di lavoro*, in *Notizie di Politeia*, 2011, 155 ss.; O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 178 e nt. 335.

<sup>84</sup> Cfr. C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Arch. civ. pr.*, 1984, CLXXXIV, p. 237.

reciproca libertà di coscienza riconoscendo implicitamente la possibilità che un conflitto morale possa sorgere. Anche in questo caso un limite a tale potere potrebbe essere individuato nel dettato dell'art. 5 del nostrano codice civile. Il formante dottorale italiano, pur riconoscendo valore alle conclusioni teutoniche, preferisce inquadrare il rapporto tra coscienza e dovere di adempimento per incompatibilità sopravvenuta nell'alveo più generale dell'obbligo di buona fede nella contrattazione<sup>85</sup>.

Più in generale si pone la riflessione sul rapporto fra norme fondamentali ed autonomia contrattuale e sulla possibilità che attraverso la seconda le parti possano disporre di diritti derivanti da principi fondamentali (i.e. costituzionali).

A ben vedere si tratta di ragionare sul se i *Grundrechte* siano direttamente applicabili ai rapporti privati fra cittadini o se si rivolgano *prima facie* allo Stato, il quale attraverso il legislatore del diritto privato ne trasfonde i valori e ne attua così la piena tutela anche senza il medio di una clausola generale<sup>86</sup> avverso le violazioni da parte di altri cittadini. Ma con riferimento a tale obbligo di protezione (*Schutzgebot*) la dottrina tedesca individua ampi poteri di conformazione e concretizzazione che non si limitano alle clausole generali, ma sono estese a tutte le tipologie di norme. Di conseguenza la soluzione alla *quaestio juris* dirimente del bilanciamento fra diritti fondamentali ed autonomia contrattuale è stata di volta in volta ricompresa fra la piena impossibilità giuridica basata sulla ontologica indisponibilità di tali diritti, alla libera revocabilità di un contratto per non conformità al dettato del § 138 BGB sui *boni mores*, fino a giungere alla semplice esclusione della possibilità di una esecuzione forzata<sup>87</sup>.

In particolare con riferimento alla soluzione che esclude la disponibilità, a mezzo dell'autonomia contrattuale, dei diritti fondamentali a causa della loro natura "ontologica" si riscontra la ferma convinzione che la tradizione giuridica privatistica ha in sé tutti gli strumenti necessari a tutela delle eventuali tracicimazioni dell'autonomia privata. Sul versante dottrinale domestico si registra l'opinione secondo la quale, posta l'applicabilità diretta al contratto non dei principi costituzionali, ma bensì delle norme regolatrici dello stesso, la discrezionalità del legislatore è vincolata, oltre che dagli stessi valori costituzionali, dal principio di ragionevolezza, cioè di congruità e proporzionalità allo scopo<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 111. Per il resto è noto che la legge italiana disciplina espressamente i casi di obiezione di coscienza come è desumibile dalla lettura di art. 9 l. 194/1978 e art. 16 l. 40/2004 rispettivamente in tema di interruzione volontaria della gravidanza e maternità surrogata.

<sup>86</sup> Sul tema si veda A. NICOLUSSI, *Autonomia contrattuale e diritti della persona*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 128 ss. *il quale mette anche in guardia dall' «estendere il vincolo costituzionale del legislatore privato alle parti contraenti: i diritti fondamentali non vincolano quindi i comportamenti dei privati tra cui va ricompreso l'esercizio dell'autonomia contrattuale».*

<sup>87</sup> Cfr. C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Arch. civ. pr.*, 1984, CLXXXIV, p. 235.

<sup>88</sup> L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 104 «Entro questo spazio spetta alla legge o al giudice autorizzato dalla legge mediante una clausola generale (clausola dell'ordine pubblico o del buon costume), stabilire i limiti di disponibilità pattizia di un diritto fondamentale». Si veda inoltre G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

## 7. Il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione delle norme regolatrici nei contratti internazional-privatistici. La tutela degli equilibri contrattuali anche grazie al differente approccio dei sistemi giuridici opzionati e dei principi consuetudinari

Ogniqualvolta si faccia riferimento all'autonomia negoziale è necessario discriminare i due profili che vi attengono<sup>89</sup>: sebbene comuni nei principi (volontaristici) basilari, sono da intendersi come istituti assolutamente differenti quello relativo all'autonomia contrattuale e quello - di derivazione internazional-privatistica - della libertà della scelta della legge regolatrice di contratti di respiro internazionale. Il primo attiene al potere riconosciuto alle parti di contrarre, di scegliere il contraente, di optare per una forma, anziché un'altra (salvo prescrizioni imperative a pena di declaratoria di nullità) e di definire il contenuto del programma negoziale. Il secondo, invece, pone in capo ai contraenti la libertà di opzione della legge regolatrice nell'ambito dei contratti internazionali. Facoltà non irrilevante con conseguenze determinanti sul piano degli equilibri negoziali, che trae, a ben vedere, giustificazione causale più che nella volontà, in un preciso interesse dell'ordinamento che l'autorizza. Sul piano squisitamente linguistico bisogna inoltre osservare come talvolta i due concetti appaiano sovrapposti e indicati con i medesimi sintagmi. In Spagna, ad esempio, troviamo l'espressione *autonomía della voluntad*, in portogallo *autonomia da vontade* che ben possono indicare sia l'autonomia contrattuale che quella conflittuale. Discorso simile può farsi per il nostro idioma che utilizza, in entrambi i casi, l'espressione "autonomia della volontà", per la lingua francese che fa ricorso a *autonomie de la volonté* e quella inglese che ricorre a terminologie come *party autonomy* o *autonomy of the will* e in tutti i casi indicati possiamo fare riferimento alla prima o alla seconda forma di autonomia. Fa eccezione l'idioma tedesco il quale utilizza, nel primo caso *privatautonomie, kollisionsrechtliche, parteiautonomie* oppure, per riferirsi al principio internazional privatistico, il termine *kollisionsrechtliche Verweisung*<sup>90</sup>.

Una ulteriore formulazione del tema dell'autonomia privata è quella che riverbera *funditus* nell'ambito dei rapporti contrattuali che non esauriscono la loro portata nel contesto del singolo ordinamento nazionale, bensì producono effetti e conseguenze al di là dell'ordito domestico. Si rende quindi necessaria una riflessione, sebbene sintetica, in tema di opzione della "disciplina regolatrice".

La sempre maggiore rilevanza economico-geografica degli accordi contrattuali (commerciali *in primis*, ma ormai sarebbe riduttivo rivolgere l'attenzione solo a questi ultimi) ha condotto negli anni alla nascita della regolamentazione internazional-privatistica e ha posto all'attenzione degli studiosi come la scelta di una

---

<sup>89</sup> Sull'autonomia negoziale correttamente intesa, si veda G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, ed. 3, 2015; ID., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019; A. TARTAGLIA POLCINI, G. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, Napoli, 2019; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata*, Vol.II, *Teoria del contratto e diritto comparato*, Padova, 2021.

<sup>90</sup> Cfr. N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Milano, 2010, p. 5.

disciplina regolatrice del contratto, anziché un'altra, abbia sempre conseguenze di non poco momento. Le due grandi esperienze della *legal western tradition*<sup>91</sup> infatti differiscono in maniera significativa, circa la fase precontrattuale e il ruolo degli interventi esterni (*ope iudicis*) in caso di rottura delle trattative, ovvero nella fase dell'esecuzione.

Nello specifico, in tema di contratti, è possibile affermare che la *common law* si basa generalmente sul principio della "santità del contratto". La libertà contrattuale è tenuta in massima considerazione, con un rispetto *tout court* del dettato testuale dell'accordo. L'attenzione principale è rivolta alle parole scritte e, solitamente, a uno dei contraenti è impedito di presentare prove estrinseche che contraddicano o si aggiungano ai termini formalizzati del contratto. Di conseguenza, non è raro riscontrare clausole del tipo "Questo programma negoziale costituisce l'intero accordo tra le parti e sostituisce ed estingue tutte le discussioni precedenti ...laddove tale principio vincolante per i contraenti è esplicito". Il diritto inglese dei contratti d'altronde può ben essere considerato come figlio di quell'utilitarismo di benthamiana memoria che riscontra nell'accordo negoziale un «affare privato [...] nel quale gli interventi esterni (del giudice o del legislatore) devono considerarsi fatti eccezionali da limitare nella loro portata»<sup>92</sup>.

*A contrario* il *civil law* sostiene la rilevanza della buona fede oggettiva e della correttezza nei confronti della libertà contrattuale. L'attenzione principale è rivolta sul contesto più ampio e sulle intenzioni delle parti, ciò che generalmente rende gli accordi non limitati al significato letterale delle parole e viene considerata ammissibile la prova della negoziazione<sup>93</sup>. In tali contesti il contratto, pur restando espressione della autonomia privata «è esposto a tutti gli interventi esogeni consentiti dall'ordinamento, sia ad opera delle Corti, che del legislatore»<sup>94</sup>. Si assiste così al fenomeno che già durante gli anni Settanta del secolo scorso,

---

<sup>91</sup> V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino 2021, *passim*.

<sup>92</sup> P.S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, p. 12, spiega: «the sanctity of contractual obligation is merely an expression of the principle that once a contract is freely and voluntarily entered into, it should be enforced by the Courts if it is broken. No doubt this very sanctity was an outcome of freedom of contract, for the reason why contracts were held sacred was the fact that parties entered into them of their choice and volition and settled the terms by mutual agreement».

<sup>93</sup> P. FAVA (a cura di), *Il Contratto*, Milano, 2012, p. 18 ss.

<sup>94</sup> G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1995, p. 1-3, afferma: "a contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law. The factor which distinguished contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contracting parties. This proposition remains generally true, in spite of the fact that it is subject to a number of important qualifications. First [...] law is often concerned with the objective appearance, rather than with the actual fact, of agreement. 'If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into a contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had entered to agree to the other party's terms' (Smith v. Hughes, 1871). This objective principle based on the needs of commercial convenience. [...] Secondly [...] contracting parties are normally expected to observe certain standards of behaviour. [...] Thirdly, the idea that contractual obligations are based on agreement must be qualified in relation to the scope of the principle of freedom of contract. [...] The law only interfered on fairly specific grounds, [...] this attitude became particularly important when the Courts recognised the validity of standards form contracts, [...] important inroads on the principle of freedom of contract have been made by legislation passed some real or supposed imbalance of bargaining power".



in un ciclo estremamente importante di lezioni tenute alla *Law School* dell'*Ohio State University* fu stato definito “the death of the contract”<sup>95</sup>.

Basterebbero queste brevi considerazioni epigrammatiche per esplicitare come l’opzione sistematica di una disciplina regolatrice anziché di un’altra (soprattutto se appartenenti a tradizioni giuridiche differenti) comporti rilevanti conseguenze effettuali. Per fare significativi esempi, la scelta di una legislazione afferente alla tradizione di *common law* risulterebbe più adeguata al fine di garantirsi un’ampia possibilità di recesso dalla trattativa nonostante la presenza di taluni comportamenti. Questi ultimi invece risulterebbero vincolanti in un contesto di *civil law*. Come è noto, infatti, i prefati ordinamenti si caratterizzano per normative, invece, estremamente rigorose nel pretendere comportamenti leali nella fase precontrattuale con relative responsabilità per la parte recedente che non riesca a giustificare, secondo criteri di ragionevolezza e buona fede, tale scelta. Per converso, laddove si volessero potenziare gli effetti giuridici e vincolanti delle obbligazioni proprie di una fase precontrattuale, l’opzione dell’ordinamento, ad esempio, nostrano ovvero altro appartenente al sistema continentale, risulterebbe molto più pertinente. Analoghe considerazioni potrebbero essere assunte riguardo la possibilità di ottenere una esecuzione in forma specifica a fronte dell’inadempimento, o in tema di danno risarcibile. Queste riflessioni conducono alla valorizzazione dei principi c.d. di *soft law* intesi quasi come “ponte” di collegamento tra le diverse tradizioni giuridiche<sup>96</sup>.

Con tale lemma si intendono, come è noto, normative adottate in ambito internazionale (in particolar modo nei rapporti di tipo commerciale, la ben nota *lex mercatoria*) alle quali le parti possono decidere di conformarsi<sup>97</sup>.

Tali normative sono la scaturigine delle esperienze maturate nei diversi ordinamenti e nella giurisprudenza ricorrente nelle risoluzioni delle controversie in materia. Rappresentano pertanto una sintesi operativa attenta a recepire quanto maggiormente funzionale le singole famiglie giuridiche hanno prodotto negli anni. Per meglio supplire alla loro funzione di armonizzazione della disciplina in materia contrattuale-privatistica, sono spesso redatte utilizzando terminologie volutamente “neutrali”, che rifuggono le precise definizioni dei singoli orditi, pur facendo ad essi chiaramente riferimento. Grazie a tale caratteristica semantica sono comunemente di facile comprensione ed interpretazione, avendo come *telos* la regolamentazione di complessi rapporti commerciali transnazionali nel cui ambito sono destinate ad

---

<sup>95</sup> G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. a cura di A. FUSARO, Milano, 1987.

<sup>96</sup> La possibilità di scegliere come legge del contratto regole di formazione autonoma come la c.d. *lex mercatoria* oppure corpi di norme non considerate fonti del diritto in senso tecnico come i principi *Unidroit* concretizza quel fenotipo che è stato felicemente definito “destatalizzazione del contratto” nell’ambito del diritto internazionale, cfr. S.M. CARBONE, *L’autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. proc.*, 2007, 43, pp. 891-895.

<sup>97</sup> Cfr. P. FAVA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 45 ss. e F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008.



operare e a gravitare. Tra le suddette codificazioni si suole ricordare il complesso dei principi Unidroit<sup>98</sup>, periodicamente arricchiti ed aggiornati. I contraenti possono quindi, nella loro autonomia, decidere di farvi esplicito riferimento nel programma negoziale e, non di rado, al fine di garantire la loro esecutività, vi traslano lo strumentario della clausola compromissoria, quale idoneo mezzo di tutela operante ed efficace nelle *business communities* internazionali. In tal modo viene assicurata la loro applicabilità attraverso l'omologazione del lodo arbitrale la quale è solitamente possibile a prescindere dall'ordinamento statale nel quale si fa richiesta. L'adozione da parte del collegio arbitrale investito della *causa petendi* di normative di tipo convenzionale, non è di per sé motivo ostativo al riconoscimento dell'esecutività della decisione in termini di ordine pubblico. Tuttavia *nihil obstat* a che venga eccepito un eventuale risultato contrario ai principi di ordine pubblico internazionale<sup>99</sup>.

In tal modo si assiste sempre più ad una generale accettazione da parte dei sistemi giuridici di tali complessi di norme. Come attenta dottrina ha osservato<sup>100</sup>, sembra corretto affermare che si stia attraversando un momento di transizione da una concezione nella quale la possibilità di scegliere la legge regolatrice del rapporto era riconosciuta unicamente tra quelle di derivazione statuale, ad una visione diametralmente opposta che presenta un evidente *favor* nei confronti dei complessi normativi di origine consuetudinaria. Conseguenza diretta di tale ricostruzione è la sempre maggiore rilevanza attribuita alla volontà delle parti quasi come “corsia preferenziale” nella scelta della disciplina regolatrice, al pari se non superiore agli altri criteri di collegamento<sup>101</sup>.

L'unitarietà, coerenza e la completezza della disciplina dei contratti internazionali viene in tal modo affidata preliminarmente alle varie manifestazioni di volontà espresse dalle parti e finalizzate al raggiungimento dell'interesse in concreto che intendono perseguire. La natura di questi accordi negoziali transnazionali risulta essere assai complessa e la loro piena comprensione è affidata alla portata ed incidenza di diversi formanti normativi di variegate origini. Tutte queste esperienze (statuali e convenzionali) dovranno essere prese in considerazione nell'interpretazione complessiva dell'accordo, al punto che lo stesso rinvio operato dalle parti ad uno specifico ordinamento, in caso di lacune o difficoltà interpretative, potrà essere integrato dal ricorso alle norme di *soft law* a favore di un incremento della libera circolazione delle persone, dei beni, dei prodotti (anche finanziari) e dei servizi.

---

<sup>98</sup> Redatti originariamente nel 1994 e poi periodicamente aggiornati a cura dell'*International Institute for the Unification of Private Law*. Sono reperibili sul web sul sito dell'Istituto, [unidroit.org](http://unidroit.org).

<sup>99</sup> Cfr. T. ROSSI, *Arbitrabilità e controllo di conformità all'ordine pubblico*, Napoli, 2017.

<sup>100</sup> S.M. CARBONE, *Opportunità e limiti dell'autonomia privata. Tra diritto comparato e D.I.P.*, in AA.VV., *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, p. 45.

<sup>101</sup> Si veda al riguardo M. FABIO, F. SBORDONE, U. VILLANI, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Napoli 2013, p. 32 ss.

Ovviamente non sfugge a parte attenta della dottrina<sup>102</sup> che una tale libertà di azione concessa all'autonomia privata comporta profili negativi accanto ad altri decisamente più favorevoli. Sul piano delle criticità non può tacersi del maggiore potere che deriva al c.d. contraente più forte, il quale vede ampliarsi la propria sfera di interessi a discapito di quello debole. *Ex altera parte*, si contrappone «l'efficienza e la produttività di un sistema che in tal modo consenta di ottenere prevedibilità, riduzione dei costi transattivi oltre alla uniforme allocazione dei rischi e degli effetti collegati ad una specifica operazione economica o alla emissione e circolazione di uno specifico “prodotto finanziario” i cui effetti sono destinati a gravitare in più ordinamenti statuali»<sup>103</sup>.

Il rischio, assolutamente da evitare è che l'autonomia privata possa degradare da strumento regolatorio di libertà ed efficienza, a tecnica elusiva di normative a rilevanza pubblicistica, ad uso esclusivo dei soggetti interpreti e regolatori degli andamenti del mercato, il quale si concretizzerebbe nell'essere sempre più l'unico metro valutativo a danno di una serie di normative a tutela del contraente debole (es. consumatore) che invece rappresentano un obiettivo principe di Istituzioni sovranazionali, quali l'Unione europea.

## **8. Il superamento del “fortino” ideologico dell'autonomia negoziale nell'evoluzione dinamica del pensiero giuridico occidentale**

L'onda del liberismo economico novecentesco è sembrata dare nuova linfa al fenomeno dell'autonomia negoziale in rispetto di esigenze economiche globali e preponderanti. Tuttavia accanto ad una visione del contratto che possiamo definire “tradizionale” basata sulla *sanctity* sancita dalla *common law* nella quale le parti hanno libero ed incontrastato dominio sulla definizione del programma negoziale ed al giudice non viene data possibilità di intervento correttivo nella sua funzione maieutica, assistiamo contemporaneamente ad un fenomeno per così dire inverso<sup>104</sup>.

In particolare la dottrina tedesca, ancora memore delle tragiche esperienze del nazionalsocialismo del secolo scorso, inizia a porre l'attenzione sulla persona e sul rispetto della dignità umana. Il primo articolo della legge fondamentale tedesca (*Grundnorme*) ne sancisce solennemente l'intangibilità ponendo a carico dello Stato un altrettanto solenne obbligo di difesa della stessa. Altre Carte fondamentali europee, tra le quali spicca sicuramente quella italiana, proclamano la fondamentale uguaglianza fra i cittadini, il

<sup>102</sup> H. MIUR WATT, *Party Autonomy*, in *Enc. Priv. Int. Law*, Northampton, 2017, p. 1339 ss.

<sup>103</sup> Testualmente, S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 49.

<sup>104</sup> Di un «dissolvimento del modello tradizionale del contratto» parlava già sul finire del secolo scorso G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Roma, 1998, pp. 9-10, imputando tale fenomeno, tra l'altro, «all'applicazione di criteri di “giustizia contrattuale” con riferimento ai valori della persona e all'equità dello scambio» ed alla «applicazione di clausole generali per il controllo del comportamento delle parti nella fase prenegoziale, nella fase di conclusione e in quella di esecuzione del contratto». Sia consentito anche il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, nella ormai risalente nota a sentenza: Corte costituzionale sent. 18 - 25 luglio 1996 n. 309: “*Contrattazione assistita e accordi in deroga*”, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1998. Cfr. inoltre R. RORDORF, *Autonomia negoziale e “giustizia del contratto” in tempo di pandemia*, in *Quest. giust.* del 2 marzo 2022.

riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo inteso sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove esprime la sua personalità. Ma anche a livello sovranazionale vengono proclamati principi di rispetto ed inviolabilità della dignità umana, l'Unione europea ne adotta integralmente la valorizzazione e la tutela. È in questo rinnovato clima culturale e sociale che l'autonomia negoziale di diritto privato si parametrizza a nuovi paradigmi assiologici (giudizio di meritevolezza). Si profila pertanto la valorizzazione di un moderno concetto di contratto "giusto", non sproporzionato, rispettoso di valori quali appunto la dignità umana considerata nella sua unitarietà. In ambito euro unitario assistiamo alla creazione del modello contrattuale<sup>105</sup> basato sulla distinzione fra contraente "debole" e "forte": inizialmente tale dicotomia era basata sulla professionalità o meno del contraente che si contrapponeva alla natura di "consumatore", ma che con il passare degli anni si è sempre più concentrata sul *discrimen* rappresentato dalla possibilità o meno di definire i contenuti del contratto, ovvero recepirli passivamente e questo a prescindere dal ruolo professionale. Un contratto stipulato in aperta sperequazione tra le parti inizia ad essere oggetto di correzione da parte del giudice: la strada intrapresa segnava la prima "crepa" nell'intangibile muro dell'autonomia negoziale.

Gli interpreti italiani iniziano a parlare di una "costituzionalizzazione" del diritto dei contratti, di funzione "sociale" dell'accordo negoziale del ruolo strategico delle clausole generali, del dovere di correttezza e del principio di buona fede oggettiva in sede contrattuale e di esecuzione come cartine di tornasole nell'opera di riequilibrio delle poste negoziali. Il controllo di meritevolezza prescritto dal secondo comma dell'art. 1322 c.c. italiano diviene protagonista e non più subalterno. Il giudice riscopre così il suo fondamentale ruolo "ortopedico" nel riequilibrare un contratto che presenti evidenti segni di asimmetria<sup>106</sup>. Per operare tale correzione la dottrina privatistica ha individuato una serie di strumenti già esistenti nel testo del codice ben prima delle solenni enunciazioni costituzionali: correttezza e buona fede (oggettiva) erano già stati evocati dal legislatore domestico come criteri di interpretazione del contratto (art. 1367 c.c.), ma anche per integrarne eventualmente il contenuto (art. 1374 c.c.) e conformarne le modalità esecutive (art. 1375 c.c.). Clausole che erano rimaste a lungo nel limbo delle buone pratiche, ma avevano avuto scarso eco applicativo: soltanto con il mutare del "clima" socio-economico maturato a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, hanno riacquisito nuova e propulsiva vitalità anche a seguito dell'influenza della politica unionale. Ovviamente per non tacere dell'altro "varco" cui ormai sempre più spesso i giudici si rivolgono per penetrare il fortino dell'autonomia negoziale appunto quello dell'equità, intesa come "giustizia del caso concreto" anche essa più volte e in diversi ambiti, richiamata dal legislatore.

---

<sup>105</sup> F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali VIII*, Milano, 2015, p. 93 ss.

<sup>106</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 143 ss.; E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 211 ss.



Alla luce di tali considerazioni non sembra azzardato utilizzare un sintagma suggestivo quale “tramonto del dogma dell’autonomia negoziale”<sup>107</sup>, e pur volendo stemperare l’immagine di un declino non si può negare come un principio - alcuni decenni fa sacrale - abbia ceduto parte della propria invulnerabilità a tutto vantaggio di una concezione moderna e operativa di contratto, improntata sui principi di meritevolezza quali giustizia, uguaglianza, solidarietà, correttezza e buona fede, lotta all’abuso e rispetto della concorrenza. Infine, è doveroso un accenno, seppur sintetico, agli scenari - presenti e dell’immediato futuro - relativi alle intelligenze artificiali<sup>108</sup>. Assistiamo all’attualità allo sviluppo e all’implementazione di sistemi di IA che vanno ben oltre il classico schema *if/then* in uso negli *smart contracts*. Il processo argomentativo a seguito del quale ad una data condizione corrisponde una precisa conseguenza a ben vedere offriva poche perplessità essendo entrambi gli eventi preimpostati dall’uomo. In considerazione di ciò il processo creativo si riassume in uno schema del tipo: identificazione della regola ad opera di un “giurista”, implementazione nell’algoritmo e realizzazione della conseguenza.

In caso di malfunzionamento o di danneggiamento da *vulnus* la responsabilità ricadeva sul soggetto implicato (se era la regola in sé ad essere immeritevole ne rispondeva il primo soggetto, se il problema risiedeva nella cattiva traduzione in linguaggio algoritmico, il programmatore, infine dell’erroneo funzionamento del macchinario ne rispondeva senza dubbio il produttore – a titolo oggettivo secondo il ruolo assegnato all’*accountability*)<sup>109</sup>.

Oggigiorno si palesano sistemi di IA in grado di elaborare contenuti originali sulla base di nozioni preventivamente apprese o addirittura desunte dal bagaglio esperienziale. Non è lontano il tempo (e forse lo stiamo già vivendo senza accorgercene) nel quale i contenuti del contratto saranno dettati da algoritmi sempre più invasivi<sup>110</sup>. Per tali scenari si porrà come ancora più imprescindibile un attento e meticoloso controllo di meritevolezza per così dire “elettronico” che verifichi la conformità ai principi fondamentali dell’ordinamento come quello dell’ordine pubblico (sia *ex ante* che *ex post*) del dettato negoziale prodotto da un algoritmo o addirittura da una IA c.d. “generativa” (tipo Chat GTP).

<sup>107</sup> Cfr. R. RORDORF, *op. cit.* p.2.

<sup>108</sup> Sulla nozione di Intelligenza Artificiale in campo giuridico, vedi R. TREZZA, *Diritto e Intelligenza Artificiale. Etica, Privacy, Responsabilità, Decisione*, Pisa, 2020. Inoltre, si veda, specificamente per la relazione I.A.-diritto civile, G. TADDEI ELMI, A. CONTALDO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o “fantadiritto”?*, Pisa, 2020; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020; G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; V. GUARRIELLO, *Profili civilistici dell’intelligenza artificiale*, in *Salvis Juribus*, 13 maggio 2020, consultabile online; M. CUPERSITO, *Intelligenza artificiale e diritto: profili normativi, etici e politici*, in *Opinio Iuris*, 1° giugno 2020, consultabile online; A. LONGO, G. SCORZA, *Intelligenza artificiale. L’impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano, 2020.

<sup>109</sup> Sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA – F. DE LUCA, *Percorsi evolutivi della responsabilità civile nel sistema ordinamentale italo-europeo*, Napoli, 2021, spec. pp. 185-193 e p. 234 ss.

<sup>110</sup> Cfr. A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; A. DE LA OLIVA SANTOS, “Giustizia predittiva”, interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del “Justizklavier”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2019, 883-895.



La letteratura, in particolare quella giuscomparatistica, è al momento attenta al fenomeno e sta producendo riflessioni su quella che è una tematica del tutto trasversale<sup>111</sup> e globale, che pone l'Uomo (volutamente scritto con l'iniziale maiuscola) di fronte a delle sfide epocali le quali, con ottima probabilità, noi tutti a breve saremo chiamati ad affrontare<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr. il recente contributo di G. DORIA, *Proprietà intellettuale ed intelligenza artificiale*, Padova, 2023; R. TREZZA, *Il contratto nell'era del digitale e dell'intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2021, pp. 287-319 e sia inoltre consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L'esperienza statunitense*, in *Federalismi.it*, 18/2019.

<sup>112</sup> Nell'immediato futuro invece si profila l'approvazione a livello europeo dell'*Artificial Intelligence Act*, attesa per la fine del 2023 che si propone di disciplinare l'uso di tali sistemi classificandoli in ragione del grado di rischio che sono oggettivamente in grado di impattare sull'uomo.