

VALENTINA GIANNELLI

Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore –
Milano

I CONTRAENTI (DIS)UGUALI: NOTE SU COSTITUZIONE E LIMITI ALL'ESERCIZIO DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE

(UN)EQUAL CONTRACTORS: CONSTITUTION AND LIMITS TO THE EXERCISE OF BARGAINING POWER

SINTESI

Il contributo esamina il rapporto tra autonomia negoziale e Costituzione, in particolare alla luce della recente giurisprudenza costituzionale in tema di contratto iniquo o squilibrato. L'analisi si sofferma, dunque, sull'applicazione al contratto dei principi costituzionali di uguaglianza e di solidarietà sociale, tentando di rilevarne le relative criticità.

ABSTRACT

The contribution examines the relationship between Constitution and bargaining power, in the light of recent constitutional judgments on the subject of “unfair” or unbalanced contracts. The analysis focuses, therefore, on the application to the contract of the constitutional principles of equality and social solidarity, highlighting the related criticalities.

PAROLE CHIAVE: contratto – solidarietà sociale – uguaglianza – Costituzione – applicazione diretta

KEYWORDS: social solidarity – equality – contract – Constitution - direct application

INDICE: 1. Premessa. – 2. Costituzione, uguaglianza e autonomia privata. 3. Il dovere di solidarietà sociale come limite all'autonomia privata: le ordinanze costituzionali n. 248/2013 e n. 77/2014. – 4. Una breve conclusione.

1. Premessa.

Solitamente, il tema della disuguaglianza o – più in generale – delle relazioni sociali a vario titolo squilibrate suggerisce un'analisi secondo una prospettiva di tipo verticale; lo squilibrio sarebbe propriamente quello “patito” dai pri-

vati all'esito di politiche pubbliche inadeguate ovvero quello tipico del rapporto privato-autorità pubblica. E non potrebbe essere diversamente, dal momento che il tradizionale campo d'elezione dei rapporti – per così dire – asimmetrici è proprio quello relativo alle interazioni tra la Pubblica Amministrazione e il privato inciso da una data manifestazione di potere¹.

Il che finisce però per porre in ombra un dato non secondario, se non altro per la frequenza con la quale si presenta. Il riferimento è all'ambito delle relazioni private cristallizzate negli accordi contrattuali, i quali non di rado si connotano per l'essere o sul piano normativo o su quello squisitamente economico sbilanciate ai danni dell'uno o dell'altro contraente.

Del resto, se si lasciano sullo sfondo i contratti, quali ad esempio quelli tra consumatore e professionista, caratterizzati proprio per l'asimmetria delle parti, tradizionalmente il substrato economico della disciplina codicistica del contratto è riconnesso al «*principio di utilità marginale, secondo il quale le parti tendono ad incontrarsi nel punto più alto consentito dalle rispettive curve di indifferenza*». Così, «*[l]’allocazione delle risorse che ne risulta è [...] non solo più efficiente, ma anche più giusta; essa soddisfa i desideri dei contraenti e consente alla società nel suo insieme di massimizzare il valore delle proprie risorse*». In questa prospettiva, pertanto, il ruolo che «*un ordinamento giuridico è chiamato a svolgere rimane semplicemente quello di garantire la reale corrispondenza fra le preferenze dei contraenti ed il rapporto contrattuale, cioè che il contratto rispecchi quanto più possibile le “vere” preferenze delle parti*»².

Tuttavia, come innanzi osservato l'astratto equilibrio o la parità tra i contraenti potrebbe, in realtà, non esserci.

¹Sui rapporti tra cittadino e Amministrazione, tra i molti si veda almeno A. ROMANO, *Il cittadino e la Pubblica Amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 523 s.s.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 987 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2013, p. 368 s.s.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 779 ss.

²G. MARINI, *Rescissione del contratto* (dir. vig), in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, par. 2.

Nelle pagine che seguono si tenterà allora di sviluppare tale rilievo alla luce del rapporto tra Costituzione e autonomia privata, chiedendosi se la prima possa in qualche modo produrre un effetto riequilibrante sulla seconda, avanzando così il dubbio che l'autonomia dei privati possa essere anche un fatto con rilevanza pubblicistica. In questo senso, del resto, si inseriscono le affermazioni della dottrina civilistica, per la quale «*il diritto civile, dall'emanazione del codice a oggi, ha conosciuto un mutamento profondo della sua identità per effetto della progressiva, acquisita consapevolezza della complessità del dilemma eguale/diseguale e della latitudine dell'art. 3 Costituzione*»³.

2. Costituzione, uguaglianza e autonomia privata.

La letteratura in materia è ovviamente sterminata ma, rifacendosi qui alla sintesi di Mauro Volpi, con il costituzionalismo europeo *post* Seconda Guerra mondiale, «*[l] 'ideologia democratica non rinnega affatto il principio del valore della persona umana, ma intanto afferma la pari dignità di tutte le persone indipendentemente dalla loro condizione sociale; poi considera l'individuo non più chiuso in sé e nella sua sfera privata, ma all'interno del rapporto con gli altri individui e con la società. Inoltre, il principio personalistico viene a convivere con quello solidaristico e con quello egualitario, volti a garantire la più ampia partecipazione alla vita politica anche dei cittadini più svantaggiati dal punto di vista economico-sociale*»⁴, così come limpidamente affermato dall'art. 3 della Costituzione italiana. Ancor più specificamente, lo stesso Stato democratico assume una nuova configurazione, orientata ad operare attivamente per ridurre le disuguaglianze (in pratica, lo Stato sociale) ed aumentare la capacità d'integrazione anche degli strati più svantaggiati della società, sia tramite diretti investimenti pubblici che, più in generale, gestendo le «*imponenti risorse finanziarie che derivano dal prelievo fiscale*»⁵.

³E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 5.

⁴M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 64, corsivo aggiunto.

⁵Ivi, p. 65. Cfr., criticamente, sulla nascita e l'evoluzione dello Stato sociale in Italia S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 291. In chiave storica, di recente C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2021.

Tuttavia, con ciò, «[l]o stato democratico e sociale di diritto, che aggiunge al principio individualista quello solidarista, non elimina il ruolo del cittadino come individuo attivo in una economia di mercato competitiva, ma si propone di correggere situazioni di ingiustizia sociale, avvalendosi di una organizzazione costituzionale in grado di far fronte alle esigenze di efficienza e di efficacia dell'intervento pubblico»⁶.

Si tratta, con tutta evidenza, di esigenze opposte, da contemperare in ogni campo dell'azione statale e – più in generale – pubblica. Se ne ha, del resto, una percezione chiara in buona parte degli articoli relativi a quella che viene solitamente definita la “Costituzione economica”⁷, a partire dallo stesso fraseggiamento dell'art. 41⁸.

Ciò che dal testo costituzionale non risulta agevole ravvisare è lo spazio dell'autonomia privata, specie quale autonomia negoziale, all'interno del quadro complessivo⁹. Del resto, nella stessa dogmatica civilistica, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione era «evidentemente, diffusa la percezione, non manifestata in modo sufficientemente esplicito, che l'idea di autonomia privata ben poco potesse essere incisa, o anche soltanto interessata, dal dettato costituzionale»; e ciò sul presupposto che il concetto di autonomia si identificasse con quello di libertà, «[...] cui l'ordinamento riconosceva quasi ontologicamente – ossia senza che dovesse occuparsi di tale manifestazione di libertà la Costituzione, tanto appariva connessa all'essenza dell'individuo – una sorta di posizione eccezionale, assimilabile a quella dello stesso legislatore» nel determinare le regole del rapporto¹⁰.

⁶G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 379, corsivi aggiunti.

⁷Si v. ad es. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2006; G.U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, Roma, Treccani, 2001. Critico verso tale espressione, che rischia d'ingenerare fraintendimenti su di una presunta “separatezza” di tale parte dal resto, M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, UTET, 1990.

⁸Cfr. F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, par. 1.

⁹Assai netto P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, UTET, 2006, XLVII ss., per il quale, in Costituzione, «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata».

¹⁰F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit., par. 2.

Andando per sommi capi, è solo nei decenni successivi che, presso la dottrina civilistica più attenta, matura la percezione che lo stesso regolamento contrattuale necessariamente «sia espressione delle esigenze non soltanto delle parti private, bensì pure dei poteri pubblici e dell'ordinamento nel suo complesso attraverso l'opera del legislatore, ma anche del giudice» e dunque, «[c]onsiderata la disparità reale di potere fra i soggetti operanti nell'ordinamento, nell'ormai imprescindibile prospettiva costituzionale, le restrizioni della libertà contrattuale appaiono del tutto coerenti e giustificate, mentre il problema dei limiti della libertà contrattuale si risolve sul piano ermeneutico nell'individuazione del carattere eccezionale o viceversa della forza espansiva delle (sempre più numerose e variegate) norme che pongono "restrizioni"»¹¹.

L'epilogo di tale vicenda è noto, e risulta ormai condiviso il passaggio «dal tempo dei codici a quello delle Costituzioni», per riprendere le parole di uno dei protagonisti di questo percorso, Stefano Rodotà¹². Si è anzi arrivati ad auspicare un vero e proprio «costituzionalismo di diritto privato», cioè di un sistema costituzionale di regole e limiti rispetto ai poteri economici privati, e non soltanto rivolti ai poteri pubblici¹³; da tempo, il rapporto tra Costituzione e autonomia privata è oggetto di ampi studi specificamente a ciò dedicati¹⁴.

Dal punto di vista squisitamente giuridico, la citata costituzionalizzazione del diritto privato ha visto una «spinta oppositiva» contro la sua neutralità, e una «spinta propulsiva costituita dal riconoscimento dell'efficacia precettiva e non meramente programmatica delle norme costituzionali», il cui «modo di applicazione non è la tecnica logico formale della sussunzione ma la logica tecnico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti»¹⁵. Per cui, «elemento identificativo» di tale costituzionalizzazione è «l'attribuzione ai principi costituzionali di un'immediata efficacia precettiva, che si accompagna, tuttavia, all'idea di una peculiarità delle norme principio che consente loro solo di perva-

¹¹F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit., par. 3.

¹²S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 51.

¹³L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, p. 229 e ID., *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2004, p. 11 ss.

¹⁴M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, CEDAM, 2003.

¹⁵E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 5

dere il contenuto delle altre norme, attraverso l'interpretazione conforme, o di orientare in chiave assiologica le clausole generali»¹⁶.

Nello specifico, però, per il tema di questo contributo è necessario confrontarsi con una questione cruciale: se è il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. l'architrave dei rapporti (anche) privati, come può esso inserirsi all'interno del versante contrattuale, senza che il sistema civilistico stesso ne esca stravolto?

Si tenga presente come il contratto, nella sua stessa idea, presupponga «il coordinamento con il principio di eguaglianza formale», mentre si trovi oggi a rinvenire «nell'esclusività di una simile corrispondenza, solo le antiche vestigia di una tramontata concezione liberista, che deve invece misurarsi nel presente con nuove ideologie e con esigenze ulteriori rispetto alla mera costruzione concettuale dell'accordo»¹⁷, laddove si pongono, piuttosto, il problema del divieto di discriminazione e della possibilità di operare effetti redistributivi all'interno della stessa autonomia contrattuale¹⁸.

Com'è noto, un punto di accesso di tale approccio costituzionalmente orientato all'interno del diritto civile sta nel divieto di discriminazione, anche sulla scorta del diritto dell'Unione europea¹⁹. Non si tratta, comunque, di un percorso scevro di difficoltà, data l'esigenza «di rinvenire un punto di equilibrio fra la necessaria lotta a comportamenti discriminatori ostativi dell'accesso al contratto e l'esigenza di non aprire la via a indagini sui motivi della scelta contrattuale, che andrebbero a inficiare quello spazio di autonomia sottratto al sindacato normativo e protetto dalla garanzia

¹⁶*Ibidem*.

¹⁷E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 3.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Sul punto, *ex multis*, R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2004, pp. 43 ss.; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1, 1999, pp. 1 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 6.; M. BARBERA, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2008, pp. 469 ss.; P. CARETTI, *Uguaglianza e diritto comunitario*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, in *Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano - Bicocca. 15-16 Maggio 2008*, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 209 ss.; B. MICOLANO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2009.

costituzionale d'istituto». Il punto di equilibrio può essere allora ravvisato «nella discriminazione che esca dalla pura sfera dei motivi e contamina il recesso dalle trattative o il tessuto dell'atto di autonomia, attraverso il contenuto dell'offerta al pubblico o tramite una clausola condizionale o altri impegni escludenti»²⁰.

Ciò però lascia aperta la questione del contratto in sé, classica espressione del rapporto tra (formalmente) “uguali”. Come ricomporre la frattura concettuale tra contratto ed uguaglianza sostanziale, in ogni sua declinazione? Il «senso di tale rapporto, e l'elemento che deve orientare la ragionevolezza nel distinguere l'eguale dal diseguale, devono [...] rinvenirsi negli obiettivi politico-economici affidati al contratto», mutati sia rispetto al *laissez-faire* liberista che all'interventismo degli anni Settanta, laddove quest'ultimo «attuava una redistribuzione iniqua e non proporzionale dei costi sociali gravanti sullo Stato e alterava a tal punto il contratto da vederlo respingere dal medesimo mercato»²¹.

Ciò comporta, però, la necessaria cooperazione fra poteri, poiché una «ragionevolezza parametrata su precisi obiettivi politico-economici, che devono plasmare il contratto senza distruggerlo» non può essere appannaggio del «solo giudice senza che la legge gli dia un orientamento su tali obiettivi politico-economici: non può il giudice rimettere in discussione la forza di legge del contratto sulla base di disparità che, da solo, percepisce come rilevanti. Parimenti, le asimmetrie giuridicamente meritevoli di tutela non possono ritenersi una volta per tutte cristallizzate dal legislatore. L'opera ricostruttiva deve proseguire incessantemente nel dialogo fra legislatore e giudice, che mai come oggi assistono a cambiamenti repentini e radicali»²².

²⁰E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 3.

²¹Ivi, par. 3. Interessante, per una certa temperie dottrinale e culturale, l'opera di C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1977, ed in particolare la ricostruzione del dibattito a p. 7 ss. e, *passim*, le argomentazioni circa la piena compatibilità tra Costituzione e sistema socialista. Cfr. ID., *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo*, in *Problemi del socialismo*, n. 7/1977, poi in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 147 ss. Concezione opposta quella espressa nelle veementi critiche di G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, Savelli, 1975, per il quale la Costituzione stessa presuppone rapporti di produzione funzionali allo Stato borghese.

²²E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, cit., par. 3.

3. Il dovere di solidarietà sociale come limite all'autonomia privata: le ordinanze costituzionali n. 248/2013 e n. 77/2014.

L'accennata tendenza alla costituzionalizzazione del diritto privato ben si coglie, in tempi recenti²³, con riguardo a due ordinanze “gemelle”, pronunciate dalla Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria *ex art.* 1385 c.c.

Malgrado la specificità dell'oggetto del sindacato di legittimità, le decisioni n. 248 del 13 ottobre 2013 e n. 77 del 26 marzo 2014 hanno animato – e non poco – il dibattito tra gli studiosi del diritto civile²⁴, poiché, come si vedrà, si tratta di pronunce rilevanti non tanto e non solo perché «*suggeriscono*” una particolare “interpretazione” delle norme sottoposte al vaglio di costituzionalità [...] quanto piuttosto e proprio per il contenuto dell'interpretazione proposta, la quale – pur nella sinteticità della argomentazione – [...] solleva problemi generali di cruciale rilevanza in ordine alla diretta applicabilità dei principi costituzionali e ai poteri in tal senso del giudice ordinario»²⁵.

Il giudice *a quo* ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, co. 2, c.c. «*nella parte in cui non dispone che – nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi*», tenendo conto della natura dell'affare e delle prassi commerciali²⁶.

Secondo il rimettente, infatti, l'automatismo della disciplina prevista dalla disposizione denunciata non riconoscerebbe al giudice alcuno spazio di manovra utile al fine di accordare un rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e del complessivo equilibrio contrattuale, soprattutto in fattispecie, quale quella

²³Per un esame della giurisprudenza civile di legittimità, si veda l'analisi di F. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

²⁴Per una ricostruzione del dibattito, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 928.

²⁵G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit., p. 928.

²⁶Corte Cost., ordinanza, 9 aprile 2014, n. 77, primo cpv.

in esame, in cui sussista una «*evidente sproporzione che porterebbe ad una restituzione complessiva di somme, addirittura superiori al valore stesso dell'affare*»²⁷.

In entrambe le ordinanze innanzi citate la questione è però dichiarata inammissibile, poiché, ad avviso della Corte Costituzionale, il «*Tribunale non [ha] tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte*»²⁸.

Secondo il Giudice costituzionale, invero, lo strumento al quale ricorrere per portare in equilibrio il regolamento contrattuale non solo è già presente nell'ordinamento, ma è da ravvisare nella «*rilevabilità ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. [...]*»²⁹. Il dovere di solidarietà sociale – nell'argomentare della Corte – entra direttamente nel contratto, combinandosi con la clausola generale di buona fede nella formazione e nell'esecuzione del contratto, alla quale, anzi, attribuisce *vis* normativa, «*funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato*»³⁰.

In una parola, può dirsi allora che il contratto iniquo, in violazione cioè del principio costituzionale di solidarietà sociale, è *nullo* per violazione di una norma imperativa. L'iniquità dello scambio e la correlata disuguaglianza tra le posizioni contrattuali è reputata “intollerabile” ed in contrasto con l'ordinato svolgersi dei rapporti sociali sino al punto di essere sanzionata con la più radicale (oltre che irrimediabile) delle forme di invalidità.

²⁷Del resto, meccanismo correttivo di modifica cogente secondo equità è previsto dall'art. 1384 c.c. per la clausola penale, riducibile dal giudice, anche d'ufficio, se manifestamente iniqua. Per una disamina delle differenze tra caparra confirmatoria e clausola penale, si veda, anche con riferimento alle ordinanze di inammissibilità nn. 248/2013 e 77/2014, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., pp. 928 - 929.

²⁸Corte Cost., ordinanza, 9 aprile 2014, n. 77, quinto cpv.

²⁹*Ibidem*.

³⁰*Ibidem*.

Per il tramite del principio di solidarietà sociale, il giudice sarebbe dunque chiamato a svolgere un controllo sul contratto³¹, suscettibile di determinarne la nullità, quale «*indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità*», al quale l'ordinamento ricorre «*per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali*»³².

Ebbene, se certamente non stupisce il carattere imperativo della norma costituzionale e le conseguenze che ne derivano in caso di violazione, lo stesso non può dirsi, anzitutto, per l'ampio potere attribuito, per questa via, al giudice civile.

Basti, a tal fine, osservare che il potere qui esercitato dal giudice ordinario, ovvero quello di accertare l'invalidità del contratto, non sia semplicemente il frutto di una interpretazione adeguatrice alla luce del testo costituzionale, poiché l'art. 1385 c.c. non prevede *tout-court* il sindacato del giudice sull'importo oggetto di caparra.

Si tratta, invero, di un'applicazione diretta della Costituzione agli atti di esercizio di autonomia privata³³: la norma di cui all'art. 2 Cost. diviene il parametro alla stregua del quale il giudice ordinario analizza l'equilibrio economico delle posizioni contrattuali e conferisce, quindi, consistenza alla clausola generale di buona fede posta dal legislatore civile a presidio della formazione e dello svolgimento degli atti di autonomia privata.

³¹In generale sulla funzione della nullità nell'ambito dei rapporti negoziali, R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, par. 5.

³²*Ibidem*.

³³La (problematica) questione dell'applicazione diretta dei principi costituzionali è già presente in G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, parte IV, 1956, in part. p. 9 ss., ed è – notoriamente – destinata ad attraversare, nei decenni, giurisprudenza e dottrina. Si vedano, ad es., R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, Jovene, 2010 e, in precedenza, M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.* 1/1999.

Per una ricostruzione relativamente recente, proprio nell'ottica del presente contributo, si rimanda a F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016.

Non è un caso se la dottrina civilistica abbia in proposito osservato che «*facultare il giudice (ordinario) a disciplinare diversamente il concreto rapporto in applicazione diretta di un principio costituzionale implicherebbe che si riconosca al giudice un generale potere di deroga alla legge, ossia il potere di far prevalere (su quello del legislatore) un diverso bilanciamento di interessi in gioco, sulla base di una propria interpretazione della Costituzione*»³⁴.

Il che è tanto più problematico ove si osservi che la disposizione costituzionale suscettibile qui di invalidare il contratto contiene una previsione di principio e non una regola dalla quale è dato desumere un precetto dai confini ben individuabili. Sebbene si tratti di un tema altamente dibattuto in dottrina³⁵, può dirsi che «*regole e principi sono tipi di norme; in particolare, una regola è una norma giuridica caratterizzata da relativa precisione e determinatezza, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata; mentre un principio è una norma giuridica caratterizzata da relativa genericità e indeterminatezza, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata*»³⁶.

È del resto evidente la differente formulazione dell'art. 2 Cost., rispetto ad altre norme costituzionali maggiormente dettagliate o con contenuto specifico, quale è ad esempio l'art. 36 Cost., tradizionalmente oggetto di applicazione diretta da parte della giurisprudenza ai rapporti di lavoro³⁷. Significative in

³⁴G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 935.

³⁵Per una ricostruzione delle diverse tesi in argomento, si veda G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, Pisa, Edizioni ETS, p. 73 ss.

³⁶G. PINO, *Costituzione «per regole», Costituzione «per principi», Costituzione «per valori»*, in S. Giova, P. Perlingieri (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 15., ove P.A. precisa, tuttavia, che «*le indicazioni fornite dal testo [della disposizione] hanno un valore relativo. Infatti, per un verso è del tutto possibile che la formulazione del testo sia tale da lasciare aperte entrambe le possibilità: è possibile cioè che la norma da esso ricavabile possa essere qualificata tanto come regola quanto come principio. E per altro verso è possibile che, tramite idonee tecniche interpretative, gli interpreti traggano una regola da una disposizione vaga e indeterminata, e un principio da una disposizione precisa: e l'unico criterio per decidere dell'accettabilità di queste operazioni deriverà dalle convenzioni interpretative diffuse nella cultura giuridica di riferimento*». Sul punto, si vedano, inoltre, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 149, nonché di L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, p. 178.

³⁷Il riferimento è, in particolare, all'ultimo comma dell'art. 36 Cost., per il quale «*il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite*». Si tratta con evidenza di

tal senso sono le statuizioni della Corte di Cassazione per la quale «[a]lla stregua dell'art. 36, primo comma, Cost. il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Di conseguenza, ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, espresso nell'art. 1419, secondo comma, cod. civ., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36, con valutazione discrezionale»³⁸.

Con riguardo invece all'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. alla materia contrattuale, è stato persino sollevato il dubbio «circa la pertinenza alla materia contrattuale»³⁹ di un principio quale è quello solidaristico che consente – appunto – alla Repubblica di richiedere, ai singoli e alle formazioni sociali, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

In questa prospettiva, l'incompatibilità tra il contratto e il principio di solidarietà sociale per così dire integrativo dello stesso sarebbe confermata dal fatto che il primo si caratterizza per essere un accordo tra soggetti *privati*, portatori in quanto tali di interessi *particolari*, non generalizzabili e, per definizione, opposti tra loro⁴⁰. D'altra parte – proseguendo in questa direzione – «quando il

previsioni che meglio si prestano ad “entrare” in un regolamento contrattuale che, ad esempio, non prevedesse l'uno o l'altro diritto.

³⁸Il riferimento è a Cass. civ., Sez. lavoro, 1 febbraio 2006, n. 2245, la quale tuttavia precisa che «ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali». Sul tema, cfr. Cass. n. 903/1994, per la quale «[a]i fini della determinazione della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. il giudice, ove non ritenga di adottare come parametro i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, può discostarsene, ma deve fornire specifica indicazione delle ragioni che sostengono la diversa misura da lui ritenuta conforme ai criteri di proporzionalità e sufficienza posti dalla norma costituzionale: d'altro canto, la determinazione della retribuzione spettante in misura inferiore ai suddetti minimi non può comunque trovare motivazione nel richiamo a condizioni ambientali e territoriali, ancorché peculiari del mercato del lavoro nel settore di riferimento, perché il precetto costituzionale è rivolto ad impedire ogni forma di sfruttamento del dipendente, anche quando trovi radice nella situazione socio-economica del mercato del lavoro».

³⁹Così, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giustiziacivile.com.*, n.2/2015

⁴⁰Per una panoramica relativa alla solidarietà sociale nel quadro dei doveri costituzionali, si veda, di recente, E. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario di Napoli 19 ottobre 2018*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 9 ss.

contratto [...] coinvolge anche una dimensione “sociale” (o superindividuale che dir si voglia) – come ad es. accade con riferimento a tipologie di contratti di larga diffusione e relativi a interessi “primari” della persona socialmente rilevanti (si pensi al contratto di locazione immobiliare quale strumento per realizzare l’interesse fondamentale all’abitazione del conduttore e della sua famiglia, oppure ai contratti utilizzati per consentire l’accesso ad alcuni beni essenziali come l’acqua, l’energia elettrica, ecc.) – sono altri i principi costituzionali che vengono in gioco, come ad es. il principio della “funzione sociale” della proprietà, oppure il principio dell’art. 41 Cost. che vieta che l’iniziativa economica privata possa essere esercitata in contrasto con l’utilità sociale»⁴¹.

Ebbene, malgrado sia lecito avanzare qualche perplessità sul fatto che l’art. 2 Cost sia la norma che meglio riesca a correggere il regolamento negoziale “ingiusto”, non può però negarsi che la portata della disposizione in esame sia talmente ampia da poter ricomprendere l’assunto per il quale la Costituzione non tollera la mera soddisfazione egoistica dei propri interessi.

In questa prospettiva, il contratto squilibrato sarebbe un affare soltanto privato fin tanto che non sia manifestamente contrario al dovere di solidarietà sociale, ovvero finché il sacrificio di una parte trovi una giustificazione diversa dalla mera soddisfazione degli interessi dell’altra parte. In caso contrario – per usare le parole dell’art. 2 Cost. – si sarebbe dinanzi ad un assetto di interessi inidoneo a garantire l’adeguato sviluppo della persona, collocandosi così al di fuori delle relazioni sociali meritevoli di tutela.

4. Una breve conclusione.

Le osservazioni fin qui svolte hanno messo in luce almeno un dato: il dialogo tra Costituzione ed autonomia negoziale ha dapprima fatto fatica ad imporsi sul piano teorico, finendo poi per porre dubbi e perplessità sul piano delle applicazioni concrete. Le ordinanze innanzi esaminate hanno, invero, individuato nel principio di solidarietà sociale lo strumento per rimediare alle ingiu-

⁴¹G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit.

stizie dei singoli regolamenti contrattuali, all'esito di un non poco problematico sindacato del giudice sull'equilibrio economico del contratto.

Il punto, infatti, è che l'art. 2 Cost., da un lato, è in grado – nella prospettiva della Corte Costituzionale – di provocare la nullità del contratto ove violato; dall'altro, in ragione della propria formulazione, non è in grado di fornire un'indicazione inequivoca su quale sia l'equità e la giustizia contrattuale che la Costituzione ha di mira. Detto giudizio è piuttosto assegnato al singolo giudice, il quale di volta in volta sarà chiamato a decidere alla stregua di quale equilibrio ideale condurre il proprio sindacato sul regolamento negoziale. In questo senso si spiegano – e si condividono – le osservazioni di quanti, dinanzi alle ordinanze costituzionali qui analizzate, hanno posto l'accento sul rischio di «trasformare un ordinamento “di diritto scritto”, quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso»⁴².

Ebbene, è lecito desumere che la conformità dell'autonomia privata alla Costituzione dovrebbe più opportunamente essere assicurata, anzitutto, dalla legge codicistica, la cui funzione dovrebbe proprio essere di «fornire una risposta univoca, uno stabile punto di equilibrio degli interessi divergenti che vengono a trovarsi in conflitto», laddove, invece, «una costituzione moderna [...] si trova a contenere valori, interessi, programmi, principi indicati come assoluti, spesso contrapposti tra loro e non bilanciati. Un codice dovrebbe guidare verso risposte univoche e stabili, dovendo ogni suo articolo fissare il punto di equilibrio, la sintesi tra gli interessi sociali che si trovano in conflitto: proprietario e locatore, venditore e compratore, socio e amministratore, trovano tutti, negli articoli del codice, la composizione dei loro interessi divergenti e del loro potenziale conflitto. In una costituzione moderna sarebbe vano cercare “istituti che conciliassero opposte esigenze”. I valori, interessi, programmi in essa riposti sono dichiarati in termini assoluti e spesso generici, contrapposti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare preventivamente il punto della loro mediazione»⁴³.

⁴²G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 936.

⁴³F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 24, 29.12.2010, p. 3.

Il punto però è che l'assenza di una specifica previsione legislativa non giustifica e non rende più tollerabile l'esercizio costituzionalmente difforme dell'autonomia negoziale: il ricorso diretto a principi costituzionali quali l'art. 2 Cost. è sì discutibile quanto agli esiti applicativi, ma palesa l'osservazione da cui questa pagine hanno preso avvio, cioè che il contratto è almeno in parte un fatto che trascende i singoli contraenti, interessando, in ultima analisi, il generale svolgimento delle relazioni socio-economiche nell'ordinamento.