

PREFAZIONE

DIMENSIONI DEL CONTRATTO.
LA STRUTTURA ASSENTE ED IL MITO DELLA FENICE

di *Fabrizio Marinelli*

SOMMARIO: 1. Una riflessione ed una storia. – 2. La crisi del metodo tipologico. – 3. La struttura giuridica assente. – 4. Il contratto tra pubblico e privato. – 5. Il mito della fenice ed il paradigma dell'accordo. – 6. I saggi contenuti in questo volume.

1. *Una riflessione ed una storia.*

L'appalto è stato il primo contratto che ho avuto modo di approfondire quando, sul finire degli anni '70, ho iniziato ad occuparmi scientificamente di diritto civile.

Un suggerimento del prof. Natalino Irti mi indirizzò verso tale istituto, che effettivamente proponeva aspetti e problemi del diritto civile in una dimensione imprenditoriale di grande attualità. Ed infatti l'appalto rinviene proprio nelle esigenze dell'economia la sua capacità di adeguarsi alla realtà sociale e giuridica in perenne e rapida trasformazione. Sull'appalto ho pubblicato diverse note a sentenza sulla rivista *Giustizia civile* tra gli anni ottanta e novanta, e la frequentazione della redazione di tale rivista, presso gli uffici romani della Casa editrice Giuffrè in via Vittoria Colonna, mi permise non solo di collaborare con Giovanna Corsale, redattrice della rivista, donna efficiente e colta, ma anche di conoscere ed apprezzare Vittorio Sgroi, direttore di *Giustizia civile* e magistrato di grande cultura giuridica e di rara umanità.

Diversi anni dopo Pietro Rescigno, un Maestro del diritto civile alle cui idee sono sempre stato debitore, mi propose di realizzare un commento alla legge 14 febbraio 1994, n. 109, ovvero la nuova disciplina degli appalti e dei lavori pubblici, che sarebbe stata ricordata come legge "Merloni", dal nome del ministro che la fece approvare. Scrisi il commento a tempo di record ed ai primi di aprile il volume era già nelle librerie, grazie soprattutto alla pre-

ziosa opera del dott. Alessandro Rossi che con simpatia napoletana ed efficienza milanese guidava la storica casa editrice Jovene. Qualche settimana dopo, ai primi di maggio, la legge fu congelata, e si iniziò a pensare alla Merloni bis. Appena approvata la Merloni bis mi misi all'opera per redigere il nuovo commento, ma non appena scritto (e non ancora pubblicato, per fortuna dell'editore) la legge venne ancora modificata nella Merloni ter. Ogni tentativo di predisporre un nuovo commento fu vano, perché il legislatore modificava la normativa in tempi assai più veloci rispetto al tempo che mi era necessario per realizzare un commento, sia pur con ritmi rapidissimi. Così il tentativo venne abbandonato, ed il mio primo commento restò sostanzialmente inutilizzato.

Quindi, nel 1996, pubblicai una monografia dedicata all'appalto, nella collana dell'istituto di diritto privato dell'Università La Sapienza di Roma con il titolo *Il tipo e l'appalto*. Qui confluivano i miei studi sulla materia che si intrecciavano con la problematica del tipo contrattuale e che, soprattutto, risentivano delle conversazioni svolte nella bella casa che Giovanni Battista Ferri aveva sull'Aventino.

Quindi, all'interno del contratto d'appalto, mi sono dedicato soprattutto al problema della responsabilità dell'appaltatore con una serie di saggi pubblicati in vari anni ed in vari trattati, nei quali rappresentavo tale responsabilità come oggettiva, fondata non sulla colpa bensì sul rischio d'impresa. Tesi diffusamente contrastata, ma a mio avviso con argomenti deboli legati ad una concezione antiquata della responsabilità civile. Sempre in quegli anni oltre ad interessarmi dell'appalto, e delle figure che comunque gli gravitavano intorno, come l'*engineering*, ho affrontato altri temi legati al contratto, come la riforma delle locazioni abitative ed il contratto d'opera.

Dall'insieme di questi lavori ho derivato una riflessione, e cioè che il contratto, come istituto giuridico centrale nella circolazione dei beni, sia ormai in declino almeno nella sua versione classica. La tesi non è originale, e nella civilistica italiana è stata affrontata in vario modo, dall'ormai classico saggio di Giuseppe Benedetti sul negozio unilaterale all'ampia produzione in tema di contratto del consumatore o dei contratti regolamentati ed eterodeterminati (si pensi ai vent'anni in cui ha avuto attuazione la legge cosiddetta sull'equo canone, che riduceva la volontà delle parti, nel contratto di locazione, ad un mero simulacro). Problema, quello del contratto, che è stato affrontato anche nelle diverse esperienze giuridiche estere, tanto da indurre Grant Gilmore, già nel 1974 (la traduzione italiana è del 1988), a parlare addirittura di "morte" del contratto.

Sembra concludersi in questo modo quella parabola descritta da Sir Henry Maine a metà Ottocento con la celebre frase *From status to contract* che identificava l'evoluzione dei sistemi giuridici da quelli più antichi, fondati

sullo *status* di determinati soggetti, a quelli più moderni, basati sul contratto come strumento di mobilità economica e sociale.

Si tratta di ricostruzioni che sono probabilmente esagerate se considerate in senso assoluto, ma che comunque hanno evidenziato degli importanti profili di verità, che meritano una riflessione attenta anche se necessariamente limitata, in considerazione della natura di prefazione del presente scritto.

2. La crisi del metodo tipologico.

Una tradizione che viene da lontano, e che risale quanto meno a Pothier (anche se il metodo tipologico ha radici assai più antiche, che vanno dalla logica aristotelica alla Scolastica), collega un'importanza decisiva al tipo contrattuale, sia con riferimento alla sua natura sia alla sua disciplina.

Tale tradizione si realizza sotto un profilo legislativo in tutti i codici europei, che dedicano una parte considerevole dei loro articoli alla disciplina dei contratti tipici. Un profilo evolutivo di tale aspetto si potrebbe rinvenire nel passaggio dalla distinzione tra contratti nominati ed innominati a quella tra contratti tipici ed atipici, ma la sostanza cambia poco. Il rapporto tra particolare ed universale, magistralmente ripreso da Umberto Eco nella locuzione «*Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*», con cui si conclude il suo libro *Il nome della rosa*, ci invita a riflettere sulla caducità dei particolari, di cui, in definitiva, ci resta soltanto il nome, nome che però è proiettato in una dimensione assoluta. Ma anche il contratto nominato è nella sostanza un contratto tipico, che affida al proprio nome l'essenza della propria identità. *Nomina sunt consequentia rerum*, dicevano i romani, ripresi quindi dalla dottrina della Chiesa che assegnava ad ogni cosa un posto ben determinato nel mondo: diceva Sant'Agostino: «*Parium dispariumque rerum, sua cuique loca tribuens dispositio*» (*Civ. Dei*, XIX, 13).

Eppure il tipo è ormai da tempo destinato ad essere abbandonato come modello astratto di uno schema contrattuale, in ragione dell'affermarsi di due principali fenomeni. Il primo dei quali è la tendenza a modificare lo schema codicistico del tipo al fine di poterne alterare gli assetti economici e giuridici a vantaggio del soggetto forte (che solitamente predispone il testo dell'accordo) ed a discapito del soggetto debole. Quando la dottrina ha preso atto che, a differenza dell'ipocrita presunzione di parità delle parti contrattuali, i soggetti che contraevano su di un assunto astratto piano di parità erano in realtà profondamente squilibrati per ragioni economiche, sociali, personali, lo strumento del tipo è stato ritenuto troppo debole per consentire un corretto riequilibrio delle posizioni. In realtà il tipo subisce un'erosione proprio da parte

dei contratti atipici (siano essi misti, complessi o totalmente atipici) i quali, grazie alla possibilità di ignorare schemi precostruiti, possono meglio adeguarsi alle esigenze del mercato. Con buona pace dell'equilibrio degli interessi delle parti, soprattutto in un mercato internazionale che predilige i contratti anglosassoni, come il *leasing*, il *factoring*, l'*engineering*, il *franchising*.

Il secondo fenomeno è la scelta del legislatore di regolare il contratto utilizzando schemi soggettivi, che fanno riferimento ad un particolare *status* del contraente: il caso più evidente è il contratto del consumatore, ove a quest'ultimo viene riservata una serie di diritti e di facoltà che avrebbero lo scopo di riequilibrare un contratto che, proprio per la differenza esistenziale dei soggetti che contraggono, appare squilibrato in astratto prima ancora che in concreto. Il tema non è nuovo e sia pur embrionalmente era già stato affrontato nel codice civile del '42 con riguardo alle clausole vessatorie ed ai contratti per adesione; tuttavia è la dimensione attuale del fenomeno, aggravata dall'uso dell'informatica e di internet, nonché dal superamento dei confini nazionali per lo scambio delle merci, a rendere lo squilibrio sempre più manifesto. A ben vedere, non è il concetto di obbligazione (che nella sistematica del codice è strettamente legata al contratto) ad essere in crisi, ma proprio quello di contratto. Scriveva trenta anni fa Pietro Rescigno: «*Affermare che il rapporto obbligatorio costituisce la forma tipica dei rapporti privati vuol dire, in breve, questo: la struttura e la funzione del rapporto, inteso come una relazione tra soggetti che si traduce nel sacrificio della volontà e della libertà dell'uno per la soddisfazione dell'interesse dell'altro soggetto, si ritrovano con puntuale esattezza soltanto nel rapporto obbligatorio, costruito sulla esigenza della cooperazione tra gli uomini e su vincoli che derivano in linea di principio dalla volontà dei soggetti ed hanno carattere temporaneo*».

È il contratto, quindi, quale principale fonte volontaria dell'obbligazione, a perdere quel ruolo centrale nelle vicende economiche che si era mantenuto anche nelle società evolute, soprattutto europee, dove l'egoismo proprietario veniva temperato dal principio di solidarietà. Ed è proprio questa centralità che viene messa in discussione sin dal secondo dopoguerra: si pensi alla teoria del contatto sociale, in cui il semplice incontro di due soggetti, che non pensano minimamente ad impegnarsi contrattualmente, genera delle obbligazioni che vengono ricondotte nella loro disciplina e nei loro effetti a quelle nate dal contratto.

Si pensi ancora all'utilizzo sempre più frequente dello *status* come strumento per risolvere i conflitti individuali e sociali: abbiamo già detto dell'equo canone, che sacrificava la volontà delle parti all'esigenza di risolvere la crisi abitativa e dunque era strumento per favorire l'inquilino; si pensi ancora – lo si è già notato – ai contratti del consumatore, dove le asimmetrie conoscitive ed economiche vengono risolte a favore del contraente debole, cioè il consumatore.

Ma nella stessa direzione va l'assorbimento di alcuni contratti in una dimensione imprenditoriale che in qualche misura li stravolge. È il caso del contratto d'opera professionale, che da tipo autonomo sviluppatosi all'interno del più generale contratto d'opera si vuol far diventare, complice l'ordinamento europeo che in certi casi è assai poco raffinato, un contratto di prestazione di servizi. Con un evidente problema di coerenza sia rispetto ai vincoli che vengono imposti ai professionisti, di natura non solo deontologica, sia alla complessità delle situazioni dedotte nel contratto che non sono meramente ripetitive come quelle che caratterizzano l'attività dell'imprenditore.

3. *La struttura giuridica assente.*

Una possibile conseguenza di questo discorso, allora, consiste nella circostanza che è proprio la struttura del contratto, ovvero l'insieme degli elementi essenziali, a venire meno. Negli ultimi decenni, con diversità di accenti, la struttura formale del contratto è stata messa in discussione. Penso a Natalino Irti, che con il suo bel libro *Idola libertatis* ha riflettuto con grande rigore sul principio di libertà delle forme. Tuttavia, leggera o pesante che fosse, il contratto nella dottrina civilistica non poteva non avere comunque una sua struttura.

Oggi anche questo dogma è entrato in crisi: abbiamo visto come, grazie al contatto sociale, il consenso non sia sempre necessario, e può essere sostituito da una semplice presunzione.

La causa si stempera e da funzione economico-sociale diviene funzione economico-individuale, confondendosi con i motivi: quindi la rilevanza della causa e l'irrelevanza dei motivi, dogmi della civilistica classica, vengono incrinati, perché se i motivi, almeno ove siano "illeciti e comuni", hanno una loro pregnante rilevanza, portando alla nullità del contratto, non si vede perché essi debbano essere del tutto irrilevanti quando sono leciti e comuni. Tutto il rilievo assegnato dalla dottrina recente alla buona fede, e soprattutto l'importanza dell'opportunità di interpretare il contratto secondo buona fede, vanno nella direzione di dar rilevanza ai motivi, anche quando solo ipotizzati e dunque inespressi (si pensi alla presupposizione).

Nello stesso senso l'oggetto del contratto, di cui non è mai stata data una definizione appagante, e che sembra emergere nel codice più quale elemento logico necessario che come elemento capace di apportare un significato giuridico ulteriore al negozio.

E allora, in questa direzione, il contratto si caratterizza per una struttura che può anche essere assente, e che comunque può essere ricostruita a posteriori, sulla base delle presunte volontà delle parti ricostruite soltanto sulla

base di comportamenti e di contesti. Il contratto entra così in una dimensione rarefatta, si confonde con gli atti unilaterali, si disallinea dalla disciplina del negozio giuridico, che pure era fondato proprio sull'autonomia e sulla volontà di un soggetto pienamente consapevole, perde qualsiasi riferimento al tipo, dimentica la necessità di poggiare su elementi essenziali ben saldi e riconosciuti. Le sue dimensioni si articolano, si confondono e si diluiscono.

4. *Il contratto tra pubblico e privato.*

Sotto un diverso punto di vista, il contratto, perno dell'autonomia contrattuale e dunque del diritto civile, sconta ulteriormente la confusione che negli ultimi anni si è impadronita della distinzione tra pubblico e privato.

Anche in questo caso prendiamo come esempio l'appalto che, qualora il committente sia un soggetto pubblico, prende il nome di appalto pubblico. In passato si soleva affermare che, in tale ipotesi, mentre la fase della scelta del contraente era sottoposta al diritto pubblico, quella dell'esecuzione del contratto era disciplinata dal diritto privato, così come regolamentato nelle pagine del codice civile.

Ma anche questo assetto di interessi, che rispondeva ad esigenze ben precise, la trasparenza nella prima fase e l'efficienza nella seconda, è venuta meno.

Ne è dimostrazione l'istituto del subappalto dove si scontrano l'esigenza degli imprenditori di specializzare le fasi costruttive (la progettazione, la costruzione, l'impiantistica, ecc.) e quella del committente pubblico di evitare sia forme di interposizione della mano d'opera, sia forme di infiltrazione da parte della criminalità organizzata. Il che però da un lato pone delle difficoltà alle imprese italiane rispetto a quelle degli altri paesi, costrette a misurarsi con una disciplina oggettivamente penalizzante perché cavillosa, poco chiara, bulimica nel rapporto tra leggi, direttive, regolamenti, linee guida; dall'altro non sembra che questo insieme di complicazioni sia riuscito ad eliminare, come peraltro giustamente ci si aspettava, le ingerenze corruttrici della politica e della criminalità organizzata.

5. *Il mito della fenice ed il paradigma dell'accordo.*

Pur dato per malato grave o addirittura per morto, il contratto rinasce sempre dalle proprie ceneri, dimostrando una grande capacità di adattarsi all'evoluzione dell'economia e della società.

Allora uno dei problemi che questa situazione comunque pone consiste nel verificare se quando si parla di contratto oggi si parla ancora del contratto come è stato concepito dal legislatore del *Code civil* o se si parla di qualcosa di diverso. Quello che negli ultimi anni entra veramente in crisi è il paradigma dell'accordo, ovvero lo schema contrattuale basato su un accordo consapevole ed equilibrato delle parti contraenti. Tutta la disciplina del contratto, pur con diverse sfumature nei diversi codici europei, è incentrata sull'esecuzione dello stesso da parte dei contraenti, che a sua volta si fonda sull'ipotesi, non sempre corretta, che l'esecuzione del contratto presupponga il consenso delle parti e dunque l'accordo.

Al di là del mito della fenice, che ci ispira ad aver fiducia in un istituto capace di rinnovarsi, si deve sottolineare come il progressivo itinerario che ha portato la struttura del contratto ad essere sempre più assente, ci consegna ad una stagione che per tutti, giuristi, operatori, avvocati e giudici sarà sempre più caratterizzata da dimensioni contrattuali del tutto nuove, che volutamente trascendono quello schema codicistico che ha resistito per due secoli ma che oggi sembra presentare profili problematici sempre più frequenti.

6. I saggi contenuti in questo volume.

Il presente volume vuole affrontare, con diversi saggi, gli argomenti appena tratteggiati, che appaiono centrali in un corso che vuole approfondire proprio le dimensioni del contratto.

Esso si apre con il lavoro di Fabrizio Politi sull'autonomia contrattuale nella Costituzione italiana, base per qualsiasi riflessione seria sul tema, perché si occupa proprio dei fondamenti e dei limiti di una libertà negoziale garantita ma nello stesso tempo controllata da un ordinamento che si riconosce nei valori costituzionali.

Continua con il saggio di Francesca Caroccia sul contratto d'opera professionale, dove si evidenziano le incongruenze di un istituto che, staccatosi dall'ampio schema della *locatio operis*, ha avuto una storia difficile, passando da tipo contrattuale a schema rientrante nel contratto di prestazione di servizi, che accomuna indistintamente, ma con molti problemi, professionisti ed imprenditori.

Il saggio di Maria Cristina Cervale sull'appalto riflette invece sui cosiddetti contratti d'impresa. In particolare evidenzia come la qualifica soggettiva dell'appaltatore quale imprenditore non sia neutrale, ma incida sullo schema contrattuale soprattutto in relazione alla responsabilità dello stesso.

Quindi il saggio di Giovanni Berti de Marinis sui contratti del consuma-

tore mette in luce l'articolata disciplina che nel corso degli ultimi anni, prima all'interno del codice civile, quindi al di fuori di esso, è stata elaborata per riequilibrare delle situazioni contrattuali che appariva oggettivamente squilibrate.

Infine il lavoro di Walter Giulietti sull'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche, che affronta le problematiche della trasposizione del contratto quale schema civilistico all'interno delle regole del diritto amministrativo, e quindi non soltanto la necessità di affermare il principio di trasparenza, ma anche la necessità di ispirarsi ad altri principi propri della dimensione pubblica, come l'efficacia, l'efficienza, la proporzionalità, il raggiungimento dell'interesse pubblico.

Gli autori dei vari saggi sono tutti giovani (e meno giovani, come me) studiosi che nel lavoro comune, all'interno dell'area giuridica dell'Università dell'Aquila, hanno saputo trovare motivi di consonanza, di approfondimento scientifico, di capacità didattica, di crescita personale e collettiva.

Il lavoro è dunque la dimostrazione che anche in aree disagiate, in contesti isolati, in ambienti difficili si può portare avanti un discorso scientifico di qualità, che contemperi le ragioni dell'impegno e del rigore con quelle didattiche della semplicità e della chiarezza.

L'AUTONOMIA NEGOZIALE NELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

di *Fabrizio Politi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Autonomia negoziale e autonomia privata nella Costituzione repubblicana. – 2. I diritti costituzionali relativi alla sfera economica e la disciplina costituzionale del fenomeno dell'economia. La Costituzione economica. – 3. La tutela del “soggetto debole” e la c.d. “*Drittwirkung*”. – 4. L'incidenza del processo di integrazione europea e la disciplina della concorrenza. Il c.d. “diritto privato europeo”. – Nota bibliografica.

1. *Introduzione. Autonomia negoziale e autonomia privata nella Costituzione repubblicana.*

In via introduttiva, bisogna innanzitutto spendere alcune riflessioni sulla distinzione fra i concetti di “*autonomia negoziale*” (*rectius*, “autonomia negoziale privata” quale libertà riconosciuta al singolo di stipulare in generale negozi giuridici) ed “*autonomia privata*” in senso lato, che a sua volta può essere distinta, da un lato, in autonomia di autodeterminazione del singolo e, dall'altro lato, in autonomia della sfera privata rispetto alla sfera pubblica. In quest'ultima accezione si fa richiamo al *principio di sussidiarietà* quale principio che postula l'intervento pubblico – non solo statale – come sussidiario a quello dei privati (singoli o associati).

In questo ambito, parlando di principio di sussidiarietà, si fa riferimento al principio di sussidiarietà “*in senso orizzontale*”, concernente appunto il rapporto pubblico-privato, e da tenere distinto dal principio di sussidiarietà c.d. “in senso verticale”, attinente invece al criterio di ripartizione del potere pubblico fra i diversi livelli territoriali di governo. Il principio di sussidiarietà in senso orizzontale costituisce un principio di limitazione del potere pubblico o meglio principio di legittimazione dell'intervento del potere pubblico solo successivamente all'insuccesso (o al disinteresse) dell'autonomia privata.

In base alla distinzione appena richiamata, l'autonomia negoziale viene ad essere espressione (pur non esaurendola) della autonomia privata, la quale,

nella Costituzione repubblicana, come libertà del singolo di autodeterminarsi, trova molteplici manifestazioni sia in senso positivo (come “libertà di”) che in senso negativo (come “libertà di non”): dalla libertà di associazione (libertà far parte – ma anche di non far parte – di associazioni) alla libertà di cure sanitarie (libertà di scelta del medico, della cura, della struttura sanitaria ma anche diritto di rifiutare le cure); dalla libertà religiosa (comprensiva anche della libertà di non credere) alla libertà di manifestazione del pensiero (quale libertà di esprimere liberamente il proprio pensiero, ma anche di non esprimerlo affatto), ecc.

Questa catalogazione trova ovviamente fondamento in Costituzione ed in particolare, da un lato, nell’art. 2 Cost. (secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo») e negli articoli relativi alle singole libertà costituzionalmente garantite e, dall’altro lato, negli articoli ricompresi nel titolo relativo alle libertà economiche (v. *infra*, par. 2). Inoltre (come detto) l’espressione “autonomia privata” fa riferimento ad una fenomenologia molto ricca, che investe anche attività extra-negoziali (ad es. ricreative, educative, ecc.), ma anche la possibilità di spazi assegnati alla normazione privata (quale riflesso della pluralità degli ordinamenti giuridici). A questo proposito possono citarsi, a titolo di esempio, gli spazi lasciati all’autonomia normativa privata (si pensi ai regolamenti di condominio, ma anche alle formule di risoluzione alternativa delle controversie quali la clausola compromissoria, il compromesso arbitrale, ecc.) e ai codici deontologici (che possono essere elaborati ed approvati da associazioni o categorie professionali) e che, oltre ad essere, tutti, espressione dell’autonomia dei privati, costituiscono esempi di formazione negoziale del diritto. Ma anche in questi casi, riconosciuto lo spazio di autonomia assegnato ai privati, va ribadita la necessità che tali strumenti non finiscano per essere mezzi di prevaricazione del più forte sul più debole.

Riemerge anche a questo proposito, come in quasi tutti gli argomenti in esame, la dialettica fra sostenitori del “libero mercato”, che dovrebbe essere sempre mantenuto scevro da ogni forma di limitazione, prescrizione o controllo ed i sostenitori dell’idea che il mercato è veramente “libero” solo con la garanzia del rispetto delle regole di correttezza, di buona fede, di tutela degli interessi deboli e degli interessi socialmente rilevanti.

La giurisprudenza costituzionale da tempo ha affermato che l’autonomia negoziale, che si esplica prevalentemente – anche se non esclusivamente – nella libertà contrattuale (libertà di concludere o meno un negozio giuridico e di fissarne il contenuto; libertà di scelta dell’altro contraente; libertà di farsi sostituire nell’attività giuridica; libertà di determinare il contenuto del contratto e di concludere contratti che non rientrino nei tipi previsti; libertà di forma e inclusione del contratto, ecc.), riceve tutela in Costituzione solo in

via indiretta quale manifestazione della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della tutela della proprietà privata (art. 42 Cost., quale diritto di disporre dei propri beni). L'autonomia negoziale è pertanto tutelata quale manifestazione del potere di autodeterminazione della propria sfera giuridica personale e patrimoniale.

Infatti la Costituzione repubblicana non contiene una esplicita previsione della libertà contrattuale. Gli artt. 41 e 42 Cost. garantiscono, rispettivamente, la libertà di iniziativa economica privata e la proprietà privata (sullo specifico contenuto di tali disposizioni v. *infra*, par. 2) e, al tempo stesso, prevedono che a tali libertà siano imposti dal legislatore limiti, giustificati dalla "funzione sociale", dalla "utilità sociale", dalla tutela della dignità umana, ecc. La Costituzione infatti non solo giustifica ma in alcuni casi richiede l'introduzione da parte del legislatore di condizioni restrittive dell'autonomia contrattuale.

La Corte costituzionale, con diverse sentenze (a partire dalla sent. n. 7/1962, relatore Costantino Mortati), ha affermato che l'autonomia contrattuale non riceve tutela diretta dalla Costituzione, ma è strumentale all'esercizio della libertà economica. In tale occasione la Corte ha affermato che gli artt. 41 e 42 Cost. «mentre affermano in via di massima la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, consentono tuttavia che all'una ed all'altro siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e render possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva». E per la Corte l'esigenza del conseguimento di tali fini giustifica sia «l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale», sia «la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale». Ed in questa prospettiva la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione la scelta del legislatore di «riconduurre ad equità i rapporti contrattuali» quando gli stessi «appaiono gravemente sperequati a danno di una delle parti, e tanto più di quella da ritenere più debole»; e tale scelta costituisce attuazione di quanto disposto dal secondo comma dell'art. 3 Cost. e dall'art. 41 Cost.

La collocazione in Costituzione della libertà economica tra i rapporti economico-sociali, e non tra i diritti fondamentali, conduce a riconoscere che la libertà economica trova un livello di garanzia costituzionale inferiore rispetto a quello assicurato alle libertà personali. E le clausole (utilità sociale, libertà, dignità umana, salute della persona) contenute nei predetti articoli costituzionali pongono i limiti costituzionali cui è assoggettata la libertà economica. La libertà "di contratto" (e, più in generale, quella di concludere negozi giuridici) fruisce di tutela costituzionale in quanto strumento di esercizio della

libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà (e per tale ragione si afferma che l'autonomia contrattuale dei singoli è tutelata a livello di Costituzione solo indirettamente) nella misura in cui è «strumento di esercizio di libertà costituzionalmente garantite» (Corte cost., sentt. n. 268/1994; n. 89/1984, n. 159/1988, n. 241/1990).

La Costituzione assegna dunque allo Stato il potere di incidere sulla libertà negoziale del singolo, ma tale potere, oltre ad essere soggetto al *principio di legalità* (per cui è sempre necessaria una legge dello Stato, giacché la relativa disciplina deve trovare fondamento in una legge che a sua volta deve trovare giustificazione in un interesse meritevole di tutela ai sensi delle norme costituzionali, in primis degli artt. 2, 3, comma 2, 41 e 42 Cost.), deve trovare giustificazione in esigenze di perequazione o nel perseguimento di apprezzabili finalità economico-sociali (Corte cost., sent. n. 109/1977).

Bisogna inoltre aggiungere che le limitazioni alla libertà contrattuale possono provenire solo dalla legge statale – e non dalla legge regionale –, perché la disciplina del contratto è dalla Costituzione riservata in via esclusiva alla legge statale. Infatti l'art. 117, comma 2, lett. l, Cost. riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la materia “*ordinamento civile*” e la Corte costituzionale ha sempre affermato che «L'ordinamento del diritto privato si pone quale limite alla legislazione regionale in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti privati. Il limite dell'ordinamento privato, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprende i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione».

Tornando alle ragioni che giustificano costituzionalmente l'intervento del legislatore di limitazione dell'autonomia negoziale, è agevole evidenziare che la legislazione vigente prevede diverse forme di tutela allo scopo di difendere soggetti “deboli”, cioè categorie di soggetti (soprattutto, ma non solo, consumatori) che si trovano in posizione di svantaggio economico rispetto alla controparte. E queste forme di tutela che si concretizzano in discipline normative che incidono nell'autonomia privata con limiti a volte anche molto penetranti. E così, a titolo di esempio, possono ricordarsi: la disciplina dei contratti sottoscritti dal consumatore su contratti standardizzati proposti da un operatore commerciale al di fuori dei locali ove esercita la sua attività professionale (in cui al consumatore è consentito di recedere dal contratto, con il c.d. diritto di “ripensamento” che consente di impedire, entro un determinato termine, il prodursi degli effetti del negozio); le misure adottate in materia di trasparenza bancaria (il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia pone una disciplina a garanzia della trasparenza delle condizioni contrattuali praticate dalle banche e dagli intermediari finanziari, dovendo i

contratti essere stipulati, a pena di nullità, per iscritto con indicazione del tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora); la disciplina (introdotta già dalla legge n. 52/1996 ed oggi contenuta nel c.d. codice del consumo) delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore (essendo ritenute vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto).

2. I diritti costituzionali relativi alla sfera economica e la disciplina costituzionale del fenomeno dell'economia. La Costituzione economica.

Gli artt. da 41 a 47 Cost. concernono la proprietà e l'attività economica e così, da parte di alcuni, si dice che essi pongono le norme relative alla «*Costituzione economica*», ma naturalmente non deve dimenticarsi che tali articoli vanno letti insieme all'intera Costituzione e dunque non dimenticando quanto affermato dai principi fondamentali (dal diritto al lavoro al principio di eguaglianza alla tutela della dignità umana) e da tutti gli articoli in materia di libertà.

Le norme costituzionali relative alla proprietà e alle attività economiche sono il risultato di un incontro fra gli indirizzi ideologici (pensiero cattolico, marxismo e pensiero liberale) presenti in Assemblea costituente ed in cui la «dottrina sociale» del pensiero cattolico rappresentò spesso il punto di incontro fra le opposte soluzioni liberista e marxista.

L'art. 41 Cost. sancisce che l'*iniziativa economica privata* è libera e dispone che la stessa non può svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (comma 2) ed aggiunge che «La legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (comma 3). La lettura dell'intero art. 41 Cost. dimostra che il costituente ha inteso instaurare un sistema economico misto nel quale, oltre ad essere assicurata la libertà dell'iniziativa economica privata, è prevista la coesistenza, a fianco dell'attività economica privata, anche di quella pubblica ed entrambe trovano limite nella necessità del rispetto sia della dignità umana che dell'utilità sociale.

L'art. 41 Cost. prevede dunque *limiti negativi* all'iniziativa economica, nel senso che il legislatore può introdurre limiti all'attività economica privata affinché questa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o non arrechi danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Ma l'art. 41 Cost. pone

anche la giustificazione di *limiti positivi* (o “in positivo”) giacché consente alla legge di «determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica venga indirizzata e coordinata a fini sociali». I limiti previsti dal comma 2 dell'art. 41 Cost. concernono dunque i «divieti» che agiscono nei confronti dell'iniziativa economica privata, mentre quelli posti dal comma 3 consistono in vincoli in positivo mediante i quali è possibile individuare le linee secondo le quali deve svolgersi l'attività economica. Si giunge così alla questione relativa all'individuazione dei limiti dell'intervento pubblico nei confronti dell'attività economica privata.

L'interpretazione degli articoli costituzionali relativi al settore economico ha registrato un deciso orientamento nel senso dell'affermazione del principio della libera concorrenza in ragione della progressiva affermazione dell'ordinamento europeo. Infatti l'obiettivo della realizzazione del mercato unico europeo, nel quale assicurare la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, non può avvenire che tramite il libero ed eguale dispiegarsi delle iniziative economiche nello spazio europeo. L'ordinamento europeo prevede e accetta interventi pubblici (sia degli Stati membri che della stessa Unione europea) nell'economia e pone anche limiti all'attività economica privata (ad es. a tutela dell'ambiente), ma sempre all'interno di un quadro volto ad assicurare l'effettività del principio di libera concorrenza. Ed infatti, proprio in attuazione della normativa europea, è stata istituita nel nostro ordinamento, con la legge n. 287/1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità *antitrust*), avente compiti di regolazione del mercato e di tutela del principio della libera concorrenza e con poteri sanzionatori nei confronti delle intese restrittive della libera concorrenza o di fenomeni di abuso di posizione dominante o di concentrazioni pregiudizievoli della concorrenza.

L'art. 41, comma 3, Cost. riserva alla legge il compito di «determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata a fini sociali». Nei primi decenni di vita repubblicana questa disposizione era ritenuta fondamento del principio di giustificazione dell'intervento pubblico nell'economia. A partire dalla metà degli anni '80, dietro la spinta esercitata dal processo di integrazione europea, la libertà di iniziativa economica viene vista soprattutto come libertà del mercato e l'intervento pubblico è indirizzato esclusivamente a dettare regole volte a garantire la effettività del principio di concorrenza. L'affermazione del “primato del mercato” ha portato ad una rilettura della Costituzione (ed in particolare della c.d. “Costituzione economica”) con spostamento del ruolo dell'intervento pubblico, dalla funzione di programmazione e di intervento diretto nell'economia a quello di rimozione degli ostacoli al pieno funzionamento del principio di concorrenza. Secondo questa impostazione “l'utili-

tà sociale” che il legislatore deve perseguire è quella conseguita mediante la valorizzazione del mercato, e l'intervento pubblico è giustificato nella misura in cui opera per correggere le situazioni di disequilibrio di potere contrattuale le quali, in quanto tali, ostano alla libertà delle scelte economiche individuali.

L'art. 42 Cost. esordisce affermando che «*la proprietà è pubblica o privata*», prevedendo così entrambe le forme di proprietà e ponendole tendenzialmente sullo stesso piano. Alla proprietà privata, pur riconosciuta e garantita, non viene però assegnato lo *status* di diritto fondamentale (come avveniva nelle costituzioni ottocentesche). È rimesso alla legge determinare i modi di acquisto della proprietà, nonché i modi di godimento e i limiti «*allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*». In dottrina ci si è molto interrogati sulla nozione di «*funzione sociale*» della proprietà come «elemento interno» del diritto di proprietà (c.d. concezione soggettiva) o come «concezione oggettiva» in quanto riferita al bene oggetto del diritto di proprietà che, per l'utilità o valore che possiede, può esser sottoposto a limitazioni. Entrambe le tesi concordano nel riconoscere che nell'ordinamento costituzionale la proprietà non può essere intesa nel senso tradizionale come diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo.

La proprietà privata può essere espropriata, nei casi previsti dalla legge, per motivi di interesse generale e dietro indennizzo. La giurisprudenza costituzionale, dopo avere affermato che l'indennizzo non può avere un valore puramente simbolico o irrisorio, ma che deve costituire per il proprietario un «serio ristoro», ha sposato l'orientamento seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che sostiene la necessità di un «ragionevole legame» tra l'indennità di esproprio e il valore venale del bene (sentt. nn. 348 e 349/2007).

Se l'art. 41 Cost. si limita a prevedere l'attività economica pubblica, l'art. 43 Cost. assegna alla legge («a fini di utilità generale») la possibilità di riservare originariamente o di trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale. Questa disposizione costituzionale consente (ma non impone) l'instaurazione di un monopolio legale pubblico, e dunque l'esclusione dell'iniziativa economica privata in determinati settori (servizi pubblici essenziali o fonti di energia) o che già si trovino in condizioni di mercato di monopolio, settori che però devono avere «preminente interesse generale» (ed è questa condizione a giustificare la sottrazione degli stessi all'iniziativa economica privata).

L'art. 43 Cost. consente l'assegnazione del monopolio anche a «comunità di lavoratori o di utenti» (c.d. monopolio «sociale») e cioè a entità organizzative non pubbliche, ma differenti da quelle disciplinate dalle norme relative