

IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA PRIVATA E CONTRATTUALE

Dott.sa Francesca Frisullo

1) L'autonomia privata: caratteri generali e profili interpretativi.

Cosa si intende per autonomia? Il concetto di autonomia va, senza dubbio, riferito alla capacità di ciascuno di darsi delle regole, o meglio, di disciplinare secondo propri precetti diverse tipologie di rapporti, da quelli propriamente giuridici a quelli sociali.

Difatti, analizzando l'etimologia della parola, dal greco *autos* e *nomos*, appare chiaro che autonomia significa letteralmente dar legge a sé stessi.

In particolare, l'autonomia privata è definita come il potere riconosciuto dall'ordinamento giuridico, attraverso cui il privato regola i propri interessi, con manifestazioni di volontà¹. Quest'ultima si esplica in tutti i settori che riguardano le attività umane e sono rilevanti per il diritto, come l'attività commerciale, i rapporti familiari² e quelli successori. In quest'ottica costituiscono espressioni dell'autonomia privata anche gli atti giuridici non negoziali, quali la promessa di matrimonio (art. 79 e ss. c.c.) nonché il riconoscimento del figlio naturale (art. 250 e ss. c.c.). All'interno dell'autonomia privata rientrano, poi, i concetti di autonomia negoziale e contrattuale, con i quali si instaura un rapporto di *genus a species*.

Focalizzando la questione sul tema dell'autonomia privata, è opportuno sottolineare come la stessa sia stata declinata in modi differenti, a volte contrastanti, dagli studiosi della materia.

Segnatamente, si è sostenuto che l'autonomia privata assuma rilievo sotto una duplice veste, come autodeterminazione del soggetto e come diritto di libertà, costituzionalmente garantito.

¹ Secondo R. SACCO, in *Digesto*, 1987, l'autonomia “ (...) indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)”.

² In un primo momento, parte della dottrina ha negato l'ammissibilità di tali negozi, nell'ambito dei rapporti familiari. In tale senso si esprime A. CICU in *Il diritto di famiglia*, Bologna, 1978, il quale nega la creazione di un regolamento negoziale nei rapporti familiari, in quanto la famiglia è un organismo che trascende l'individuo e gli interessi di ciascun componente devono essere sacrificati se sono in contrasto con la volontà del gruppo. Anche P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988, p. 9,10, secondo cui “in un lungo periodo della nostra cultura si sono tenuti gli istituti familiari fuori dalla stessa, più ampia nozione di autonomia negoziale(...). Solo negli ultimi decenni, in via di comprensibile reazione alle tendenze che volevano sradicare il diritto di famiglia dal diritto privato, per collocarlo in una zona a sé, o addirittura per trasferirlo nel diritto pubblico, si è delineato un indirizzo contrario, incline a riaffermare il significato ed il ruolo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia”. L'autore ritiene che nell'ambito del diritto di famiglia l'autonomia negoziale abbia un limitato ambito di applicazione.

Per quanto attiene al primo profilo, il potere di autodeterminazione del singolo si traduce nel potere di disporre della propria sfera giuridica, coinvolgendo la sfera giuridica altrui. Pertanto, considerata sotto tale aspetto, l'autonomia privata finisce per coincidere con l'autonomia contrattuale, intesa come il potere dei contraenti di regolamentare i propri interessi.

Riguardo alla seconda accezione, invece, l'autonomia privata va intesa come un diritto di libertà, costituzionalmente garantito.

La Carta Costituzionale, tuttavia, non tutela in maniera diretta l'autonomia privata e il fondamento di tale riconoscimento costituzionale è stato fatto discendere ora dall'art. 2, ora dall'art. 41.

Secondo alcuni studiosi³, infatti, la clausola generale dell'art. 2, affermando l'invulnerabilità della persona umana, anche con riferimento all'autonomia di pensiero e di azione, rappresenta sicuramente un aspetto imprescindibile della personalità dell'individuo, oltre che un elemento essenziale dell'ordinamento democratico.

L'art. 2 è stato considerato il cardine dell'intero sistema normativo e costituzionale. Ponendo al primo posto la persona ed il bisogno di svilupparne la personalità, sia come singolo che in seno alle formazioni sociali, questa disposizione darebbe copertura costituzionale anche all'autonomia contrattuale.

La conclusione di contratti può essere considerata, infatti, come un modo attraverso il quale il soggetto realizza la sua personalità e può estrinsecarsi sia dando vita a strutture contrattuali aventi fini economici, che ponendo in essere contratti con finalità ideali e non lucrative, come i contratti associativi.

In quest'ottica il riferimento alla persona come individuo, che opera in maniera libera ed autonoma nel contesto sociale, consentirebbe il riconoscimento del rilievo costituzionale all'autonomia privata, in generale, e alla stessa autonomia contrattuale.

L'autonomia privata, quindi, si configura come un diritto fondamentale della persona la quale esplica la sua personalità nei rapporti con gli altri proprio attraverso il compimento di atti e l'instaurazione di rapporti giuridici⁴.

³ R. SACCO, *Trattato di diritto civile, Il contratto*, vol. I, UTET, Torino, 2004, 30 ss..

⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2000, p. 31.

Tale tesi, tuttavia, non ha ricevuto ampi consensi. Difatti, alcuni critici⁵ hanno messo in risalto come dal tenore letterale della norma costituzionale risulta evidente che oggetto di tutela non è la libertà contrattuale in sé, quanto piuttosto le concrete manifestazioni dell'autonomia privata volte a dar vita alle formazioni sociali, ove si svolge la personalità dell'individuo.

Ecco, dunque, che altra parte della dottrina ha posto l'attenzione sull'art. 41 della Costituzione che - affermando esplicitamente il principio della libertà di iniziativa economica privata - è stato ritenuto il referente costituzionale dell'autonomia privata, nonostante le problematiche connesse all'oggettiva difficoltà di accomunare la nozione di iniziativa economica con quella di autonomia privata, stante l'evidente differenza concettuale.

Invero, le due nozioni hanno un diverso ambito di incidenza: l'iniziativa economica privata è espressione dell'attività dell'imprenditore, mentre l'autonomia contrattuale è una caratteristica comune a qualunque soggetto, anche non imprenditore.

Per tale ragione il riferimento all'art. 41 potrebbe essere utilizzato per ravvisare il fondamento costituzionale diretto dell'autonomia contrattuale degli operatori economici che si manifesta nella conclusione dei contratti d'impresa - vale a dire quelli posti in essere da imprenditori - ma non sarebbe idoneo a rivestire il ruolo di fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale generalmente intesa.

Malgrado ciò, è innegabile che l'autonomia privata sia strumentale rispetto all'iniziativa economica privata, con la conseguenza che nei rapporti economici la tutela della prima è inscindibilmente connessa alla tutela della seconda e gli stessi limiti posti dal legislatore all'esercizio dell'una si ripercuotono inevitabilmente in limiti anche per l'esplicazione dell'altra⁶.

Quindi, non si tratta di un fondamento costituzionale diretto ed immediato, ma solo indiretto. Tale scelta, peraltro, non è affatto casuale.

Invero, l'autonomia dei privati è garantita nella misura in cui la stessa risulti funzionale o, per meglio dire, preordinata al perseguimento di altri valori, direttamente tutelati dalla Carta Costituzionale, quali l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.).

L'iniziativa economica e la proprietà privata, a loro volta, non vengono tutelate incondizionatamente: la prima è garantita nella misura in cui è

⁵ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 e ss.

⁶ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2008, p. 8

compatibile con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché con l'esigenza che l'attività economica sia indirizzata e coordinata a fini sociali; la seconda, del pari, è difesa e riconosciuta dalla legge, chiamata a determinarne i modi di acquisto, di godimento e i limiti, *“allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”*.

Tali affermazioni hanno trovato un autorevole riconoscimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale nella storica sentenza n. 30 del 23 aprile 1965 sostiene che ogni limitazione della libertà negoziale è legittima solo se preordinata al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione.

Segnatamente, la Consulta, investita del giudizio di legittimità costituzionale relativo alla legge 21 dicembre 1961 n. 1527, contenente norme sulla "determinazione del prezzo delle sanse" - sollevato in via incidentale dal Consiglio di Stato – stabiliva testualmente che *“(..)poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione”*⁷.

L'utilità sociale, però, secondo l'opinione di certa dottrina, non si configura come un limite vero e proprio, quanto piuttosto come lo stesso *quid* della tutela riservata all'iniziativa economica privata⁸.

Per realizzare scopi di utilità sociale, infatti, sono garantiti e tutelati gli strumenti mediante i quali l'iniziativa economica dei privati si viene a realizzare⁹.

Tra tali strumenti deve certamente annoverarsi il contratto, la cui libertà è vincolata dai diritti fondamentali innanzi richiamati, corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, in virtù dell'intervento della legge finalizzato ad indirizzare e coordinare ogni attività economica, sia essa pubblica o privata, a fini sociali.

⁷ Cfr. Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, 283.

⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 28.

⁹ Al riguardo, cfr. R. SACCO, *op.cit.*, il quale precisa che “L'autonomia non inizia, dunque, là dove il consociato può creare regole liberamente (...). L'autonomia incomincia là dove l'ordinamento mette a disposizione del consociato uno o più procedimenti, più o meno spediti e facilmente agibili, adottando i quali il consociato riesce a creare la regola giuridica”. Inoltre, l'autore rileva che “Una categoria certamente molto ampia (...) è quella del *contractus* (...), che tende ad inglobare gli accordi rivolti a creare regole afferenti a rapporti patrimoniali, o almeno gli accordi volti a costituire rapporti giuridici “obbligatori”; o almeno gli accordi di questo tipo, che non siano liberali”.

Ne deriva, dunque, che la libertà contrattuale può essere limitata esclusivamente in virtù di un previsione di legge.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che, pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, la riserva di legge si ricava *“tanto dai principi generali, informativi dell’ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite posto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell’organo che trae da costoro la propria diretta investitura, quanto dall’esigenza che la valutazione relativa alla convenienza della imposizione di uno o di un altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell’economia, inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l’indirizzo politico generale dello Stato”*¹⁰.

La breve disamina sul concetto di autonomia privata ha chiarito come i principi di solidarietà sociale e dignità umana, che caratterizzano l’intero ordine costituzionale qualificando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale, trovano uno specifico ambito di applicazione nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche. Questo avviene, specialmente, nell’ambito del diritto di impresa, il quale viene limitato attraverso clausole generali riferite all’utilità sociale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e alla determinazione dei programmi e controlli per indirizzare l’attività economica a fini sociali.

La Corte Costituzionale in una pronuncia risalente, ma assolutamente attuale, rileva che *“l’art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale. È lo stesso art. 41, nei commi secondo e terzo, che sancisce le limitazioni alla libertà d’iniziativa dichiarata nel primo comma. L’iniziativa privata, infatti, in virtù del secondo comma, non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale né in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; ma è soprattutto da considerare il terzo comma, il quale affida al legislatore ordinario la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni affinché l’iniziativa privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali”*¹¹.

¹⁰ Cfr. Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, p. 31.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 13 aprile 1957, n. 50.

2) L' autonomia contrattuale: significato e relativi limiti.

L'analisi finora svolta ha consentito di chiarire che quando si discute del principio di autonomia privata debba intendersi una categoria ampia, comprensiva al suo interno di diverse specificazioni, prima fra tutte quella dell'autonomia contrattuale.

Quest'ultima è stata definita come il potere dei contraenti di autoregolamentare i propri interessi, grazie al quale i soggetti giuridici determinano il contenuto del rapporto contrattuale, le modalità di concretizzazione e, infine, gli effetti giuridici connessi allo stesso.

L'autonomia contrattuale costituisce, dunque, l'esplicazione del più generale principio di autonomia privata, il quale trova nel contratto lo strumento principe per la sua realizzazione. Anzi, come è stato osservato in dottrina, "il principio generativo dello stesso contratto è l'autonomia privata"¹².

È stato, inoltre, evidenziato come il riconoscimento costituzionale dell'autonomia contrattuale altro non è che un aspetto del più generale riconoscimento dell'autonomia privata, ricavabile dall'art. 41 Cost.¹³

Quest'ultima può tuttora essere definita come il potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, anche se nel corso del tempo le modalità di estrinsecazione e l'estensione di tale potere sono cambiate. Per quanto concerne le prime, queste si sostanziano nel contratto; mentre la seconda è influenzata dal mutato assetto giuridico ed economico dell'età contemporanea.

Tale assetto ha determinato, quindi, la nascita di una autonomia contrattuale "derivata" dall'autonomia privata per mezzo del contratto. In questo senso si ritiene che se l'autonomia privata ha natura extragiuridica in quanto espressione di un potere non ancora formalizzato, l'autonomia contrattuale è dedotta dall'ordinamento giuridico, in quanto si forma su uno strumento già predisposto dal legislatore, quale è il contratto.

Invero, mentre l'autonomia privata racchiude la facoltà di produrre effetti giuridici come diretta conseguenza dell'esercizio del potere privato, l'autonomia contrattuale conferisce il potere di determinare il contenuto dell'atto nei limiti della liceità.

Tale affermazione ha trovato conferma anche in una parte della dottrina, la quale sostiene che "l'autonomia contrattuale è, dunque, innanzitutto

¹² E. NAVARRETTA, voce *Il contratto (in generale)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007, IV, p. 137 ss.

¹³ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 1971.

libertà di determinare il contenuto del contratto e di decidere gli effetti giuridici che le parti intendono produrre”¹⁴.

Nell’ambito del significato da conferire all’autonomia contrattuale, è opportuno evidenziare che questa si manifesta sotto un duplice aspetto, vale a dire positivo e negativo.

In senso negativo, l’autonomia contrattuale sta a significare che nessuno può essere privato dei propri beni o essere costretto ad eseguire prestazioni in favore di altri contro la propria volontà. In questo senso, l’autonomia contrattuale è rintracciabile nel concetto generale di contratto, in base al quale questo vincola solo chi ha partecipato all’accordo ed ha espresso il proprio consenso alla costituzione o alla regolazione o all’estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale.

Il principio di relatività del contratto è sancito, inoltre, dall’art. 1372 comma 2 c.c., secondo cui il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, salvo i casi previsti dalla legge.

Per quanto concerne la dimensione positiva, invece, questa si esplica - in primis - nella scelta tra le diverse forme contrattuali tipizzate dal legislatore.

Oltre a ciò, include la possibilità delle parti di definire liberamente il contenuto del contratto nei limiti previsti dalla legge (art. 1322 co. 1 c.c.).

L’autonomia contrattuale, intesa in senso positivo, si palesa anche nella facoltà di concludere contratti atipici, ovvero sia non appartenenti ad alcun modello di negozio giuridico specificamente disciplinato dal legislatore.

Le parti, infatti, nel caso in cui vi siano situazioni ed esigenze peculiari, possono convenire di tutelare i propri interessi per mezzo di contratti che non rispondono a schemi normativi predeterminati.

L’autonomia contrattuale include, inoltre, la libertà di utilizzare contratti tipici per realizzare finalità atipiche come nel caso del contratto fiduciario, oppure di legare tra loro varie figure contrattuali, tipiche o atipiche, per soddisfare interessi differenti da quelli subordinati a ciascun contratto, singolarmente considerato.

Infine, la dottrina più recente è dell’opinione che l’autonomia contrattuale racchiuda anche la libertà delle parti di stabilire procedimenti atipici di formazione del contratto, vale a dire diversi da quelli predisposti dal legislatore. È il caso, ad esempio, di un contratto normativo mediante cui le parti stabiliscono che la futura compravendita immobiliare che andranno a stipulare, si perfezionerà, anziché con il consenso dei contraenti legittimamente manifestato, con la consegna del bene.

¹⁴ E. NAVARRETTA, voce *Il contratto (in generale)*, cit., 141.

L'autonomia contrattuale, tuttavia, non è esente da limitazioni. Difatti, si distinguono – innanzitutto – dei limiti c.d. esterni, quali quelli di cui al primo comma dell'art. 1322 c.c., intendendosi per essi quei limiti imposti direttamente dalla legge e che si sostanziano nel rispetto tanto delle norme imperative, quanto delle più generali regole di correttezza.

Il riferimento ai principi di correttezza assume particolare importanza in quei settori dove l'autonomia privata non si esplica con identica forza per entrambi i contraenti, ovverosia nel settore dei contratti del consumatore.

In tale ambito, infatti, il limite del rispetto dei principi di correttezza permetterebbe un intervento del legislatore volto a limitare o modificare l'autonomia contrattuale del contraente più forte, in maniera tale da ridurre la ingiusta distribuzione di risorse rispetto alla parte debole del contratto¹⁵.

La seconda tipologia di limiti previsti in tema di autonomia contrattuale, ossia i c.d. limiti interni, si distingue da quelli esterni in quanto trovano origine nel contratto stesso, mentre quelli esterni derivano dall'ordinamento.

I limiti interni si riferiscono alla meritevolezza degli interessi che il contratto intende realizzare, secondo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 1322 c.c.

Pertanto, il giudizio di meritevolezza si basa sull'idoneità dell'atto a realizzare interessi protetti dall'ordinamento e, in virtù di ciò, deve necessariamente svolgersi non solo in riferimento ai c.d. contratti "atipici", ma anche riguardo a qualsiasi modello contrattuale.

Ciò consente di valutare i contratti tipizzati dal legislatore sotto una prospettiva dinamica, in quanto anche essi devono conformarsi concretamente ai principi fondamentali consacrati nella Carta Costituzionale¹⁶.

¹⁵ Per quanto concerne la nozione di "debolezza" questa non deve essere valutata esclusivamente in base a criteri economico-sociali, ma anche con riferimento al concreto interesse che la parte intende perseguire. In tal senso, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 212, secondo cui è l'interesse concreto alla conclusione del contratto "ciò che rende il contraente maggiormente interessato più debole, nei fatti, dell'altro (...)", sicché "se si vuole continuare a parlare di contraente più debole, non se ne deve parlare (...) misurando la debolezza secondo criteri socio-economico generali; ma caso mai, facendo riferimento alla situazione concreta cui il contratto inerisce".

¹⁶ Sul punto, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p.359 secondo cui "(...) di fronte ad un contratto concreto non è sufficiente rilevare che lo schema astratto, a cui esso risponde, è stato riconosciuto adempiere ad una funzione socialmente utile, ma è necessario valutare altresì in concreto il modo in cui lo schema astratto è stato utilizzato. È necessario, cioè, valutare se l'interesse concreto perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto". Tale affermazione trova conferma nel dato letterale dell'art. 1323 c.c., il quale stabilisce che

La nozione di meritevolezza, dunque, è essenzialmente un concetto in continua evoluzione, poiché soggetto a nuove interpretazioni, che trovano riscontro nei precetti costituzionali, e che risentono inevitabilmente dei mutamenti storici, politici, sociali ed economici¹⁷.

Tale assunto trova conferma nella stessa concezione dell'autonomia privata che ha caratterizzato l'ultimo secolo, il cui carattere evolutivo è stato correttamente sintetizzato nella locuzione "trasformazione dell'autonomia privata". Si tratta, peraltro, di una trasformazione inevitabile considerando che la capacità di autodeterminazione è intrinsecamente legata all'uomo, il quale è soggetto in continua mutazione.

Questa caratteristica dell'autonomia privata influisce notevolmente sugli strumenti mediante i quali la stessa si esprime, vale a dire i contratti. Difatti, le trasformazioni dell'autonomia privata finiscono per coincidere con le trasformazioni degli stessi contratti, indipendentemente dal fatto che questi appartengano o meno a modelli standard previsti dal legislatore stesso.

Corre l'obbligo di evidenziare come, allo stato attuale, l'autonomia privata sembra essere più limitata rispetto al passato, a causa della profonda influenza che lo sviluppo di un'economia moderna e globalizzata ha avuto sulla tradizionale idea del contratto inteso come "fusione delle volontà delle parti".

Con sempre maggiore frequenza, infatti, il regolamento è contraddistinto da elementi di eteronomia che completano o, addirittura, si sovrappongono, all'autonomia che dovrebbe caratterizzare il contratto stesso.

In questo modo, si verifica spesso che il testo contrattuale non è determinato più da una trattativa individuale tra i contraenti, ma viene approntato unilateralmente dall'impresa ed il cliente, espropriato della facoltà di poter incidere sul suo contenuto, accetta il contratto così come gli viene presentato.

"tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo", di cui fa parte anche l'art. 1322 c.c. e la relativa nozione di meritevolezza.

¹⁷ Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., secondo cui «il giudizio di meritevolezza dell'interesse non può [...] prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41). Questi due principi escludono il ritorno all'antica concezione liberale del contratto, e indicano che la causa deve essere quanto meno compatibile con l'utilità sociale. La causa, cioè, non può reputarsi meritevole di tutela quando l'interesse perseguito non risulta conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali e secondo la concezione sociale e solidaristica».

La maggior parte dei più recenti provvedimenti legislativi in materia contrattuale hanno essenzialmente ristretto la libertà negoziale privata e hanno, in alcuni casi, esteso il potere del giudice di sindacare il contenuto dell'accordo.

Occorre precisare che i maggiori interventi limitativi dell'autonomia contrattuale trovano la propria fonte nell'ordinamento comunitaria, ma è altrettanto vero che anche in ambito interno sono stati posti dei limiti alla libertà contrattuale.

L'intervento del legislatore nazionale per limitare l'autonomia contrattuale ha interessato, nel corso del tempo, diversi settori. Uno di questi è, senz'altro, quello del monopolio legale¹⁸, di cui all'art. 2597 c.c.

La situazione di monopolio, ad esempio, giustifica pienamente la limitazione alla libertà di concludere o meno il contratto, atteso che - se il monopolista potesse discrezionalmente decidere se concludere o meno il contratto - egli sarebbe titolare di un enorme potere in grado di determinare, concretamente, la stessa ampiezza del mercato degli operatori. Infatti, permettendo solo ad alcuni soggetti e non ad altri di poter disporre di determinati beni o servizi, la sua posizione di egemonia si troverebbe ad essere notevolmente rinvigorita.

Al fine di evitare le conseguenze negative sul mercato di tale condotta, il legislatore ha riconosciuto in capo al monopolista un obbligo di contrarre, in virtù del quale egli deve concludere i contratti con chiunque ne faccia richiesta ed a parità di condizioni contrattuali.

La logica sottesa a tale disposizione permea, anche, la previsione legislativa riguardante l'obbligo di contrarre in capo all'esercente un pubblico servizio (di linea)¹⁹. Addirittura, in questo caso, la rilevanza sociale dell'attività svolta, che - in quanto tale - deve necessariamente essere godibile da tutti e sempre a parità di condizioni, è una ulteriore ragione a sostegno della limitazione posta all'autonomia contrattuale.

In conclusione, poi, in alcuni ambiti - sebbene non rientrino nelle caratteristiche innanzi delineate - la legge ritiene che coloro i quali svolgono attività in tali settori debbano in ogni caso rispettare determinati canoni operativi avvalendosi di tecniche contrattuali. Si tratta, in particolare, di quei

¹⁸ Il monopolio legale si differenzia dal monopolio di fatto, cui non si applica la disciplina prevista per il primo, in considerazione del fatto che l'art. 2597 c.c. - ponendo un limite all'autonomia privata - deve essere considerata norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di applicazione analogica.

¹⁹ Art. 1679 c.c.

settori di attività che necessitano di continui monitoraggi ed opportuna vigilanza, ovverosia quello bancario, creditizio, borsistico ed assicurativo.

Invero, in questi casi il legislatore pretende che le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicuratrici si attengano a procedure dettagliate nella determinazione e nella descrizione del contenuto contrattuale, a pena di nullità.

In tali settori, dunque, la tutela della clientela contro possibili abusi degli operatori, esige specifiche norme di legge che prescrivano determinati comportamenti a carico di questi ultimi nell'esercizio del potere di predisposizione del contenuto contrattuale.

2.b.) L'evoluzione interpretativa dell'autonomia contrattuale.

Come detto, dunque, l'autonomia privata trova precipua tutela nel campo dei rapporti economici all'art. 41, primo comma, Cost. Tutelare l'iniziativa economica privata implica, infatti, la salvaguardia delle libertà che permettano di realizzarla e tra queste l'autonomia privata rappresenta uno strumento necessario.

Il collegamento tra iniziativa privata e autonomia contrattuale ha generato un vivace dibattito dottrinale sul tema della "funzionalizzazione" dei rapporti economici.

Infatti, non sono mancate interpretazioni dell'art. 41 Cost. che hanno fatto derivare da tale norma la necessità di interventi di mediazione, finalizzati a ridurre l'area di negoziazione privata rimediando alla disuguaglianza dei contraenti. Si propendeva, così, per una visione "sociale" e "dirigista" dell'iniziativa economica privata, che riteneva l'utilità sociale come elemento interno all'essenza della libertà di iniziativa privata²⁰.

Da tale idea di "funzionalizzazione sociale" ha avuto origine la concezione che distingueva il profilo dell'iniziativa, espresso dal primo comma dell'art. 41, da quello del suo svolgimento individuando, dunque, nell'utilità sociale una sorta di principio di adattamento dell'ordinamento al mutare degli atti sociali.

Sotto tale profilo l'utilità sociale viene considerata come limite "esterno", nell'ambito del quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia.

Tali teorie legittimavano entrambe l'ingerenza autoritativa nel contenuto del contratto privato al fine di assicurare una giustizia sostanziale, sottomettendo il regolamento negoziale ad un accertamento di equità ad opera del giudice, a seguito del quale vengono dichiarate inefficaci le clausole squilibrate.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 489.

Il giudizio sulla legittimità di tali clausole veniva fatto sulla base della loro rispondenza al principio di buona fede, riesaminata sulla base dell'attinenza all'utilità sociale.

Parte della dottrina ha posto in evidenza che, sino alla metà degli anni ottanta, i principi costituzionali non venivano in rilievo ai fini della garanzia della autonomia contrattuale bensì, in un'ottica dirigistica, con lo scopo di rendere giustizia sostanziale in situazioni di squilibrio ai danni del contraente debole, dato che i rimedi di natura civilistica, quali ad esempio la rescissione per lesione o la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non soddisfavano le esigenze di giustizia sociale²¹.

I giudici ricorrevano, perciò, alle clausole generali della correttezza, buona fede ed equità²² le quali si prestavano, indirettamente, ad essere latrici dei principi costituzionali nella contrattazione privata, considerata l'inefficacia precettiva in sede privatistica degli stessi.

Successivamente, l'approvazione dell'Atto Unico Europeo del 1986 e, di conseguenza, l'accoglimento nel nostro ordinamento dei principi ispiratori del libero mercato hanno condotto all'archiviazione della funzione programmatica dell'art. 41 comma 3 della Costituzione.

Con la crisi della concezione dirigistica, quindi, unita all'impulso esercitato dall'Atto unico europeo che riconosceva allo Stato il ruolo di mero regolatore del mercato e garante della sua efficienza, si avvalorava una nuova esegesi della Costituzione economica, che assegna allo Stato il dovere di eliminare gli ostacoli al funzionamento ideale del mercato.

Difatti, a partire dagli anni ottanta, ci si rese conto che il peso complessivo degli interventi pubblici era diventato tale da soffocare il mercato e lo Stato sociale non era più in grado di sostenere i propri compiti.

Inoltre, l'integrazione europea richiedeva misure coerenti con le finalità dei Trattati che, dopo l'Atto unico, prescrivevano un'apertura del mercato interno e un radicale restringimento dell'organizzazione pubblica e dei regimi amministrati.

Si trattava di un cambiamento estremo che condusse al "riconoscimento del mercato come principio istituzionale centrale dell'ordinamento

²¹ A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, n.1, 2008, p.83 ss.

²² In tema di equità, la recente giurisprudenza della Cassazione ha sancito una significativa riduzione del campo di azione dell'autonomia contrattuale, in particolare riguardo alla possibilità di ridurre d'ufficio la clausola penale secondo equità e alla sempre più estesa applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto. Sul punto di fondamentale importanza è la nota sentenza n. 20106 del 18 settembre 2009, nonché la sentenza n. 8071 del 28 marzo 2008.

dell'economia" e la "riqualificazione dell'intervento pubblico diretto principalmente a dettare regole al mercato senza sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico"²³.

L'autonomia privata viene, quindi, assimilata nel sistema costituzionale e resa sia uno strumento di attuazione dei principi fondamentali, che di sintesi tra i valori e le regole liberamente stabiliti e i principi prioritari - e talvolta inderogabili - indicati nella Carta Costituzionale²⁴, in contrasto con quella concezione di autonomia privata come strumento finalizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico generale, tipica del dirigismo autoritario.

Ciò che emerge nell'attuale contesto, quindi, è una idea di autonomia privata non slegata ed indipendente dal resto dell'ordinamento, quanto piuttosto in esso inserita e tendente anch'essa alla realizzazione di obiettivi comuni o distinti, ma tra loro compatibili²⁵.

L'autonomia privata è strettamente legata al nostro ordinamento giuridico perché costituisce, al contempo, presupposto e ragione della tutela dei contratti e della disciplina degli stessi, soprattutto oggi - nel quadro dell'ordinamento europeo - che si ispira alla libertà economica come valore fondamentale.

²³ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato*, Padova, 1996, p.34.

²⁴ Sul punto cfr. P.PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 290-291, il quale afferma che "ogni potere, espressione di autonomia regolamentare, in un contesto costituzionale fondato sulla divisione dei poteri, non può essere esercitato senza il rispetto delle competenze e del quadro giuridico complessivo nel quale trova il proprio riconoscimento. Ne consegue, in una situazione articolata e complessa come quella contemporanea, che l'esercizio del potere di dettare regole o di autoregolarsi finisce sempre con l'integrarsi con l'esercizio di altri poteri, siano o no dello stesso rango e della stessa natura. Si che l'autonomia c.d. privata, in termini di effettività, si integra con altri poteri e confluisce, come parte ora attuativa e conformata ora creativa e costitutiva, nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e regole predisposte e attuate con la funzione di dettare ordine nella società. Anche l'autonomia, esercitata *iure privatorum*, è sintesi di valori scelti e di valori imposti, è auto ed etero-regolamentazione. Nell'essere attuativa e creativa contribuisce ad alimentare l'ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pur esige e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale".

²⁵ L. MENGONI, *op.cit.*, p.33 e ss.

3) Il ruolo dell'ordinamento comunitario nella disciplina dell'autonomia contrattuale: contratti dei consumatori e tutela della concorrenza.

Come precedentemente accennato, la costituzione economica comunitaria è indirizzata ad un ordinamento di economia di mercato, fondato sulla libertà di iniziativa economica e sulla libera concorrenza, cui può anche essere considerata strumentale, in una certa prospettiva, la tutela dei consumatori²⁶.

La disciplina dell'autonomia contrattuale ha risentito profondamente dell'intervento del diritto comunitario, soprattutto da quando questa materia ha assunto un ruolo fondamentale nelle competenze della Comunità, per i suoi collegamenti con gli scopi della stessa.

La crescente attenzione della normativa comunitaria per i rapporti privati trova giustificazione proprio nel cambiamento degli obiettivi strategici avvenuto, appunto, con l'Atto Unico e, successivamente, con il Trattato di Maastricht, in quanto l'esigenza di dar vita ad un mercato unico interno nel territorio dell'Unione, piuttosto che ad un mercato comune nel quale fossero semplicemente facilitati gli scambi tra Paesi membri, ha condotto ad un progressivo ma necessario ripensamento delle singole normative nazionali in un'ottica di uniformizzazione verso la rimozione delle alterazioni al funzionamento della concorrenza causate dalla difformità della legislazione in materia di mercato.

È innegabile, infatti, che un mercato interno può realizzarsi solo in presenza di un complesso di regole omogenee capaci di garantire un'adeguata distribuzione delle risorse per mezzo di interventi che eliminino situazioni di debolezza negoziale e che assicurino un effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale in ambito sovranazionale.

In questa ottica si spiega il privilegio accordato ad alcune aree della tradizionale materia privatistica, fatte oggetto di un intervento serrato da parte del legislatore comunitario, in particolare nell'ambito dei contratti con i consumatori considerati, giustamente, la parte debole del contratto e meritevoli, quindi, di particolare attenzione.

La figura del consumatore riveste un'importanza preminente nella costruzione del mercato atteso che, attraverso la sua tutela, il diritto comunitario ha raggiunto l'obiettivo fondamentale della tutela della concorrenza.

²⁶ L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p.67.

A ben vedere, già a partire dagli anni settanta, il legislatore di Bruxelles ha indirizzato la propria attività verso i consumatori, intendendosi con tale termine le persone fisiche che operano per scopi avulsi dall'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, il tutto per assicurare l'attuazione degli obiettivi del mercato unico europeo e dell'Unione economica e monetaria²⁷.

Per quanto attiene agli interventi della allora Comunità europea, sono stati in primo luogo varati una serie di programmi volti a tutelare gli interessi economici del consumatore. Il più risalente, datato 14 aprile 1975, era intitolato *“Per una politica di protezione e di informazione del consumatore”*, il secondo risale – invece – al 19 maggio 1981.

Nell'Atto Unico Europeo viene inserita, poi, una disposizione (art. 18) che autorizzava espressamente la Commissione ad adottare generiche misure di “elevato livello di protezione del consumatore”. Pertanto, solo nel 1986 si riconosce per la prima volta un'espressa competenza in materia in capo alla Comunità europea e si formalizza, quindi, la tutela del consumatore.

Si arriva poi al Trattato di Maastricht nel 1992 che al titolo IX disciplinava l'attività comunitaria in materia, nel quale esplicitamente si affermava l'obiettivo di garantire un “elevato livello di protezione dei consumatori”. Nello stesso titolo si precisava che le iniziative dell'Unione europea, a protezione dei consumatori, dovevano tendere ad integrare e a non sostituire le attività delle autorità nazionali regionali e locali, limitandosi a definire un livello comune di tutela dei consumatori valevole per il mercato unico.

Infine, il Trattato di Amsterdam all'art. 153 – che aveva sostituito l'art. 129 del Trattato CE - espressamente sancisce che *“Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi.”*

Diverse sono le norme derivanti dall'attività diretta del legislatore comunitario che possono essere considerate limitative dell'autonomia contrattuale. Inoltre, le stesse politiche comunitarie influiscono,

²⁷ Sul tema delle finalità perseguite al tempo dalla Comunità europea, si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 904.

indirettamente, sul legislatore nazionale, in particolare nell'ambito della politica comunitaria della concorrenza.

Come detto, l'ambito che, più incisivamente, è stato interessato dall'intervento normativo comunitario è, senza dubbio, quello relativo ai contratti "del consumatore", conclusi cioè tra un imprenditore o professionista ed un consumatore.

Tale categoria di contratti trova la propria organica disciplina nella direttiva 93/13, caratterizzata dalla presenza di molteplici norme, che - intaccando l'ambito di funzionamento del diritto dispositivo - vanno a limitare l'esercizio delle libertà contrattuali delle parti²⁸.

Difatti, per mezzo della disciplina dei contratti col consumatore, il legislatore interviene sull'autonomia contrattuale, ricavando spazi normativi delimitati che addirittura privano la parte di alcune libertà contrattuali per destinarle ad una tutela certa ed inviolabile.

La direttiva 93/13 è stata recepita, ad opera del legislatore italiano, nel Codice del Consumo, dove, all'art. 34, comma 4, è stabilito che "non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale". In virtù di tale disposizione, quindi, la vessatorietà delle clausole è esclusa nel caso in cui queste siano frutto di una trattativa tra le parti e di un successivo accordo tra le stesse.

Tuttavia, il successivo art. 36, comma 2, stabilisce che "sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di : a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto".

Siffatte situazioni sono considerate profondamente pericolose per il consumatore, tanto che lo stesso, in presenza di esse, non può disporre della libertà di farne oggetto di trattativa. In questi casi, dunque, il consumatore è privato della facoltà di stabilire con i propri mezzi se convenga concludere o

²⁸ Sul punto cfr. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2006, p. 673 ss.

meno un contratto e, più in generale, di gestire in maniera autonoma il proprio potere contrattuale.

In quest'ottica, dunque, l'autonomia contrattuale assume preminente importanza, atteso che la stessa non può comunque ricadere su situazioni giuridicamente rilevanti ritenute "indisponibili" e nelle quali è l'ordinamento a valutare la "convenienza" per la salvaguardia degli interessi della parte, sottraendo tale adempimento all'autonoma valutazione individuale.

Pertanto, le norme poste a tutela del consumatore, in determinate ipotesi, limitano sia l'autonomia contrattuale del professionista/imprenditore, ma anche dello stesso consumatore - contraente "debole" - come se il legislatore si sostituisse ad esso nell'esercizio della stessa in virtù di una presunzione di incapacità relativamente al suo corretto utilizzo e come mezzo preventivo di difesa contro i possibili abusi di quella stessa autonomia che, invece, potrebbero essere commessi da un contraente esperto, proprio per porre in essere un accordo equilibrato a suo favore.

Le finalità della normativa in tema di consumatori risiedono, dunque, nell'obiettivo della costruzione del mercato interno dell'Unione e la tutela della concorrenza, che ne costituisce il modo di funzionamento ideale²⁹.

D'altronde, lo stesso Trattato comunitario individua un collegamento stringente tra le politiche di protezione dei consumatori con le misure da adottarsi ai fini dell'instaurazione del mercato interno³⁰.

La stessa Commissione europea, inoltre, nel secondo piano generale di azione, sottolinea come "la politica dei consumatori" contribuisca "in modo significativo al successo del funzionamento del mercato interno"; aggiungendo che una "maggiore attenzione alle attese (...) dei consumatori in materia di beni e servizi, consentirà di migliorare la competitività dei

²⁹ Da un semplice esame del testo della direttiva 93/13, si evince che la stessa è concepita nell'ambito delle misure tese all'instaurazione progressiva del mercato interno e mira ad evitare eventuale distorsioni di concorrenza tra venditori di beni e prestatori di servizi causati dalle disparità fra legislazioni degli Stati membri in tema di contratti tra venditori/prestatori e consumatori. Inoltre, l'ignoranza del consumatore rispetto alle norme giuridiche di altri Paesi membri è vista come potenziale ostacolo al commercio intracomunitario e, proprio per facilitare la creazione del mercato interno, è ritenuta indispensabile l'eliminazione di clausole vessatorie da questo tipo di contratti, in modo da stimolare la concorrenza.

³⁰ Vedi art. 153 TCE, ora art. 12 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) il quale stabilisce testualmente che "Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori".

produttori della Comunità, che si verranno conseguentemente a trovare in una posizione più vantaggiosa sui mercati interni”³¹.

Alla luce di quanto rilevato, quindi, le limitazioni che si pongono all’esercizio dell’autonomia nei contratti tra imprenditore/professionista e consumatore dovrebbero essere considerate coesenziali alla costruzione del mercato unico³².

La tutela del consumatore si inserisce, quindi, in quel percorso che ha portato ad una nuova concezione del rapporto tra Stato ed economia caratterizzato dal progressivo primato della seconda a danno del primo. In quest’ottica, la conseguente limitazione dell’autonomia privata trova giustificazione nella volontà di salvaguardare il mercato anche quando tutela il consumatore come parte debole del rapporto contrattuale, tramite l’imposizione di obblighi di informazione al professionista.

Difatti, nella fase preliminare – quella cioè nella quale il soggetto valuta l’opportunità di stipulare o meno il contratto - sono previsti precisi obblighi di informazione a carico del professionista, appunto, in modo che siano forniti al consumatore tutti gli elementi indispensabili per poter esprimere in maniera convinta il proprio consenso.

A tal fine, la normativa comunitaria impone che le informazioni rese al soggetto non siano subdole, incomplete o inesatte, sottolineando l’importanza di dare uno spazio sempre più ampio al dovere di fornire informazioni.

L’autonomia contrattuale subisce delle limitazioni anche nella fase successiva a quella preliminare, ovvero quella della stipula del contratto.

Invero, il legislatore comunitario ha inciso profondamente sulla disciplina della forma, modificando tecniche di contrattazione da tempo consolidate, il tutto nell’ottica di assicurare trasparenza e corretta informazione nell’ambito delle relazioni tra contraente professionista/imprenditore e contraente consumatore.

A conferma della preminente importanza di tale obiettivo, è opportuno sottolineare che - in tema di forma dei contratti - il filo conduttore delle direttive comunitarie si rintraccia nell’esigenza di facilitare il contraente non

³¹ Vedi Doc. COM (93) 373.

³² In proposito, cfr. G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Vol. XXVI, Tomo I, 2006, p. 761, 763, il quale ha posto in rilievo il tema dell’intervento sui mercati finali che parte dalla considerazione dei consumatori quali arbitri del mercato e che si pone l’obiettivo, attraverso la protezione di tali soggetti, di spingere le imprese ad operare secondo correttezza. In quest’ottica, dal punto di vista del legislatore comunitario, trovano giustificazione le limitazioni all’autonomia contrattuale poste sia a carico delle imprese che in capo ai contraenti profani.

professionista nella comprensione del contenuto dell'atto negoziale e dei suoi effetti, mediante l'imposizione di forme legali inderogabili da parte dell'autonomia privata. Per questo motivo ad essa è stata riconosciuta una funzione di garanzia a favore di chi conclude transazioni in tempi sempre più contingentati e sulla base di procedure standardizzate, spesso mediante l'uso di moduli e formulari approntati da terzi e non modificabili dall'aderente.

Si è evidenziato come la normativa di matrice comunitaria che riserva alla fonte legislativa la facoltà di determinare ampi settori del contenuto dell'accordo contrattuale, privando di tale prerogativa le parti del rapporto, si colloca in netto contrasto con quella concezione liberale dell'autonomia privata, secondo cui solo l'autonomia e la libertà dell'individuo di decidere se stipulare o meno un contratto, con chi farlo ed a quali condizioni possono garantire la reale giustizia dell'accordo.

Come innanzi sottolineato, l'intervento del legislatore sovranazionale si caratterizza per l'individuazione di un vero e proprio contenuto, cosiddetto "minimo", consistente in clausole che le parti non possono omettere, in quanto essenziali alla realizzazione dei superiori obiettivi di tutela e riequilibrio dei rapporti di forza tra contraenti.

Il controllo sul contenuto del contratto, pertanto, rappresenta lo strumento più efficace per individuare quelle situazioni di abuso ai danni del contraente debole.

Le figure contrattuali che hanno risentito di tale approccio normativo sono, in particolare, i contratti di credito al consumo, i contratti di vendita di pacchetti turistici e quelli relativi all'acquisizione di un diritto di godimento parziale di beni immobili.

Relativamente alla prima tipologia di contratti, vale a dire quelli di credito al consumo, l'art. 124, d.lgs. n. 385/1993, seguendo le linee guida tracciate dalla direttiva n. 87/102/CEE, ora sostituita dalla direttiva 2008/48, definisce in maniera analitica le clausole che, a pena di nullità, devono essere contenute in un contratto di finanziamento stipulato tra un operatore commerciale o professionale ed una persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. La medesima norma definisce ulteriormente i confini dell'accordo contrattuale imponendo il divieto di inserimento di alcune clausole ritenute particolarmente gravose per il debitore.

Il contratto di finanziamento dovrà esattamente indicare l'ammontare dell'importo finanziato, entità e tempi delle singole rate di rimborso, il tasso annuo effettivo globale (TAEG), il dettaglio delle condizioni analitiche

secondo cui tale tasso può essere modificato, l'importo e gli oneri che sono esclusi dal calcolo del tasso stesso, le eventuali garanzie e coperture assicurative richieste al consumatore.

Qualora il contratto di finanziamento sia strumentale all'acquisto di beni o servizi, la normativa prevede che tali beni siano descritti minuziosamente nel contratto. Inoltre, dovrà essere indicato il prezzo e l'eventuale acconto, oltre alle condizioni che disciplinano il passaggio di proprietà, laddove questo non fosse immediato.

Una determinazione ancora più analitica del contenuto contrattuale è contemplata dalla disciplina dei contratti di vendita di pacchetti turistici, aventi ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso".

Il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva comunitaria n. 90/314/CEE, ha tradotto in norma (art. 7 del d.lgs n. 111/1995) il contenuto minimo che caratterizza un contratto di vendita di pacchetti turistici, sottraendo all'organizzatore o al venditore del pacchetto il relativo potere di scelta.

La vendita di un pacchetto turistico è un tipo di contratto che ha ad oggetto un prodotto già confezionato da chi lo pone in vendita o da un soggetto terzo (appunto, l'organizzatore) e, anche per tale motivo, normalmente viene concluso tramite l'utilizzo di moduli o formulari secondo la tecnica delle stipulazioni per adesione.

Con riferimento alle informazioni che necessariamente devono essere contenute nel contenuto del contratto di vendita del pacchetto turistico, si evidenzia la preoccupazione di fornire al consumatore-viaggiatore una visione chiara e trasparente dei termini dell'accordo, in tutti i suoi aspetti soggettivi ed oggettivi, in considerazione anche di future potenziali variazioni determinate da condotte del venditore o da eventi accidentali ed improvvisi.

Oltre alla identificazione dell'organizzatore o venditore, di cui dovrà essere nota l'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività, il contratto deve contenere una dettagliata descrizione del pacchetto turistico (itinerario e tappe del viaggio, mezzi e tipologie del trasporto, ubicazione, categorie e tipo di sistemazione alberghiera, pasti forniti, visite, escursioni, presenza di accompagnatori o guide turistiche), il prezzo del pacchetto e gli altri oneri economici posti a carico del consumatore (diritti e tasse sui servizi portuali ed aeroportuali), l'indicazione delle eventuali garanzie (polizze assicurative), le modalità della cessione del contratto ad un terzo, della modifica di condizioni contrattuali e di esercizio della facoltà di

recesso, il termine per proporre reclamo per inadempimento o inesatto adempimento.

Anche la direttiva n. 94/47/CE, c.d. *time share*, relativa ai contratti di acquisto di un diritto di multiproprietà immobiliare si è orientata verso l'imposizione di un determinato contenuto minimo costituito da un insieme di clausole espressamente indicate nell'allegato alla direttiva stessa. Tali clausole, aventi carattere spiccatamente informativo, sono finalizzate a fornire all'acquirente una visione realistica dell'affare che va a concludere, di modo che il consenso espresso possa scaturire da una effettiva ponderazione degli effettivi costi e benefici.

Queste clausole rientrano, anche nel testo legislativo di attuazione della direttiva, in quel "contenuto minimo necessario" del contratto di acquisto di un diritto di multiproprietà.

Il d.lgs. n. 427/1998, con il quale è stata recepita la direttiva europea, all'art. 3 comma 2 stabilisce che tale contratto, oltre ad indicare le generalità ed il domicilio dell'acquirente, deve contenere l'indicazione del periodo di tempo durante cui può essere esercitato il diritto di godimento, la clausola che escluda a carico dell'acquirente altri oneri, obblighi o spese diversi da quelli previsti dal contratto, i termini di un eventuale sistema di scambio o di alienazione del diretto oggetto della pattuizione nonché la data ed il luogo della stipulazione.

A questi elementi devono essere aggiunti, l'identità ed il domicilio del venditore, l'immobile ed il suo stato, gli estremi della concessione edilizia e delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turistico-ricettiva, i servizi e le strutture comuni ai quali l'acquirente avrà accesso; il prezzo di vendita nonché l'importo stimato delle spese per l'utilizzazione dei servizi e delle strutture comuni, le condizioni di esercizio del diritto di recesso, le quali devono essere fissate in un documento informativo che il venditore è tenuto a consegnare ad ogni persona che richieda informazioni sul bene immobile cui si riferisce il diritto oggetto del contratto.

Detto ciò, occorre sottolineare che l'autonomia contrattuale risente dell'intervento del legislatore di Bruxelles non solo nell'ambito dei contratti del consumatore³³, ma anche in un ulteriore settore di importanza fondamentale, ovverosia quello della concorrenza.

³³ Le forme di limitazione dell'autonomia privata per fini superindividuali, infatti, non si esauriscono nella tutela del consumatore. Al riguardo, si ritiene che la responsabilità del produttore per i danni cagionati dai prodotti difettosi trovi fondamento sul dovere di solidarietà quale limite alla libera iniziativa economica (artt. 2 e 41 cost.).

L'analisi dei limiti posti all'esercizio dell'autonomia contrattuale dal diritto di fonte comunitaria trova, infatti, un importante oggetto nelle norme del Trattato CE che regolano il diritto della concorrenza, in particolare negli articoli da 81 ad 86.

Il principio del mercato libero e concorrenziale costituisce uno dei pilastri fondamentali dell'ordinamento comunitario. Infatti, il Trattato CE, oltre a dedicare alla politica della concorrenza le disposizioni succitate, elenca tra gli obiettivi della Comunità "...l'instaurazione di un mercato comune..., un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici..." e, a tal fine, prevede azioni tese "a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno"

È solo agli inizi degli anni novanta, però, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che la concorrenza si eleva a principio fondamentale dell'ordinamento comunitario.

Con riguardo al tema della presente trattazione, la normativa antitrust è finalizzata, proprio, a preservare il principio di autonomia contrattuale, vietando rigorosamente che fra le imprese vi siano quei contatti che abbiano il fine di porre in essere comportamenti anticoncorrenziali.

Il divieto imposto alle imprese di concludere contratti che importino condotte giudicate lesive della concorrenza determina, quindi, una limitazione dell'autonomia delle imprese stesse nell'ambito dei loro rapporti orizzontali. Infatti, i soggetti imprenditoriali si vedranno limitati nella rispettiva autonomia contrattuale ogni qual volta decidano di concludere accordi il cui contenuto sia caratterizzato da anticoncorrenzialità.

In tema di tutela della concorrenza, poi, la giurisprudenza comunitaria-pronunciandosi sulle *essential facilities*³⁴ - ha individuato una forma di

³⁴ Con l'espressione "essential facilities" o infrastrutture essenziali si indica un istituto giuridico di diritto industriale che impone l'obbligo al proprietario di una qualsiasi risorsa, di concederne l'utilizzo a certe condizioni a terzi, qualora sussistano i seguenti requisiti: la risorsa deve essere essenziale per lo svolgimento di un'attività da parte del soggetto richiedente; la risorsa deve essere insostituibile e materialmente accessibile da parte del richiedente; non devono sussistere obiettive ragioni che giustifichino un rifiuto da parte del soggetto titolare della risorsa. Il soggetto richiedente la facility può anche essere un diretto concorrente commerciale del proprietario. La ragion d'essere di tale istituto risiede nel favorire lo sviluppo dei mercati: laddove la nascita di un nuovo prodotto o di un nuovo operatore all'interno di un mercato sia subordinata all'accesso ad una risorsa, il legislatore favorisce il soggetto richiedente obbligando il titolare a concederne l'accesso. La base legale della dottrina delle essential facilities è la sezione 1 dello Sherman Act, nel diritto antitrust degli Stati Uniti, e negli artt. 81-82 del Trattato CE. Le prime implicite applicazioni risalgono, in USA, alla sentenza Terminal Railroad del 1912, mentre l'esplicita formulazione di essa è del 1977 (Sentenza Hetch vs. Pro Football Inc.) In Europa classico è

limitazione dell'autonomia privata nelle ipotesi in cui è previsto una sorta di obbligo a contrarre per quelle imprese che godono di una posizione dominante, a loro riconosciuta dalla possibilità di utilizzare determinate infrastrutture il cui impiego risulta necessario per la commercializzazione di determinati servizi nel mercato e per garantire il regime di concorrenza.

In tali ipotesi viene formalmente sanzionato il rifiuto a contrarre delle imprese titolari delle infrastrutture suddette che, in determinati settori economici, può consistere in un abuso di posizione dominante, piuttosto che in un uso lecito ed esclusivo dei diritti di proprietà intellettuale.

In questo senso si è espressa in numerose pronunce la stessa Corte di Giustizia, la quale nella sentenza C-238/87, meglio nota come sentenza Volvo, stabilisce che *“La facoltà del titolare di un modello tutelato di vietare a terzi la fabbricazione e la vendita o l'importazione, senza il suo consenso, di prodotti che incorporino il modello costituisce la sostanza stessa del suo diritto esclusivo. Ne consegue che imporre al titolare del brevetto l'obbligo di concedere a terzi, sia pure in contropartita di un ragionevole compenso, una licenza per la fornitura di prodotti che incorporino il modello equivarrebbe a privare detto titolare della sostanza del suo diritto esclusivo e che il rifiuto di concedere una siffatta licenza non può, di per sé, costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 del trattato. Tuttavia l'esercizio di questo diritto esclusivo da parte di chi abbia brevettato un modello relativo a parti della carrozzeria di automobili può essere vietato dall'art. 86 qualora dia luogo, da parte di un'impresa in posizione dominante, a determinati comportamenti abusivi, come l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine di riparazioni indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio di un dato modello malgrado il fatto che numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione, purché questi comportamenti possano pregiudicare il commercio fra Stati membri.”*³⁵

Ed ancora, nella sentenza C- 241/91, la Corte ribadisce che *“..., in mancanza di unificazione comunitaria o di ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione dei casi e delle modalità di tutela di un diritto di proprietà intellettuale dipende dalle norme nazionali e il diritto*

ormai il riferimento alle prime decisioni della Commissione B&L/Sealink dell'11/06/92, 94/19/CE del 21/12/1993 (Sea Containers/Stena Sealink) e alle Sentenze della Corte di Giustizia RTE, 06/04/1995, cause riunite C-241/242/91 e O.Bronner, 26/11/1998, C-7/97.

³⁵ Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 5 ottobre 1988, C-238/87, Volvo AB contro Erik Veng (UK) Ltd. in www.curia.eu.

esclusivo di riproduzione fa parte delle prerogative dell'autore, con la conseguenza che un diniego di licenza, pur provenendo da un'impresa in posizione dominante, non può costituire di per sé un abuso di tale posizione. Tuttavia, dall'esercizio del diritto esclusivo da parte del titolare può, in casi eccezionali, derivare un comportamento abusivo. Ciò si verifica nel caso di emittenti televisive che si avvalgono del diritto d'autore conferito dalla normativa nazionale per impedire a un'altra impresa la pubblicazione di informazioni (canale, giorno, ora e titolo dei programmi), con commenti ed immagini, ottenute indipendentemente dalle dette società, su base settimanale, qualora, in primo luogo, tale comportamento ostacoli l'emergere di un prodotto nuovo, una guida settimanale completa dei programmi televisivi, che le società interessate non offrono e per cui sussiste una domanda potenziale da parte del consumatore, il che configura un abuso ex art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato, e, in secondo luogo, il rifiuto non sia giustificato dall'attività di diffusione radiotelevisiva né da quella di pubblicazione di guide televisive, nonché, in terzo luogo, le società interessate si riservino col loro comportamento un mercato derivato, quello delle guide televisive settimanali, escludendo qualunque tipo di concorrenza su siffatto mercato poiché negano l'accesso all'informazione grezza, materia prima indispensabile per elaborare una guida del genere".³⁶

Più recentemente, la Corte ha precisato che "Il rifiuto, opposto da un'impresa che detiene una posizione dominante e che è titolare di un diritto di proprietà intellettuale su una struttura ad aree indispensabile per la presentazione di dati sulle vendite regionali di prodotti farmaceutici in uno Stato membro, di concedere una licenza per l'uso di tale struttura ad un'altra impresa, che intende anch'essa fornire siffatti dati nello stesso Stato membro, costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE qualora siano integrate le seguenti condizioni: — l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato della fornitura dei dati di cui trattasi prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori; — il rifiuto non è giustificato da considerazioni obiettive; — il rifiuto è tale da riservare all'impresa titolare del diritto di proprietà intellettuale il mercato della fornitura dei dati sulle vendite di prodotti

³⁶ Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contro Commissione delle Comunità europee in www.curia.eu.

farmaceutici nello Stato membro interessato escludendo ogni concorrenza sul detto mercato.”³⁷.

Questi obblighi a contrarre di matrice europea hanno come fine essenziale quello di creare un nuovo e differente mercato concorrenziale in quei settori dell’economia che, in passato, erano caratterizzati da un diffuso controllo statale ed affidati unicamente ad imprese pubbliche.

I mutamenti nel contesto socio-economico impongono un restringimento dell’ambito di operatività dell’autonomia privata, affinché vengano eliminati gli ostacoli all’accesso al mercato delle nuove imprese determinato dalla titolarità di risorse pubbliche essenziali all’espletamento di determinati servizi in capo alle vecchie imprese pubbliche.

In conclusione, dunque, si può agevolmente affermare che – nel diritto comunitario - il dialogo tra l’autonomia privata e l’ordinamento assuma la forma di un dialogo tra l’autonomia privata ed il mercato.

Pertanto, il limite posto alla prima è rappresentato dalla regolazione del mercato al fine di scongiurarne il fallimento e si estrinseca nell’intervento sui suoi profili strutturali, ovverosia la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza.

4) Brevi considerazioni conclusive.

L’analisi svolta, benché non esaustiva delle innumerevoli problematiche legate alla nozione di autonomia privata e autonomia contrattuale, consente in ogni caso di fissare alcuni concetti.

In particolare, risulta chiaro come il dogma dell’intangibilità dell’autonomia privata non sia più così scontato. Ed invero, le più o meno recenti limitazioni all’autonomia contrattuale non possono essere considerate delle mere eccezioni al principio di cui innanzi.

Il massiccio intervento limitativo dell’autonomia contrattuale, tanto del legislatore interno che di quello sovranazionale, farebbe pensare ad un processo di progressiva riduzione della libertà contrattuale e ad un nuovo diritto dei contratti. In realtà, più correttamente, si può parlare di un generale ridimensionamento dell’autonomia privata entro i limiti che le sono propri, ovvero alle forme di contenimento previste dall’ordinamento per il perseguimento di finalità sociali.

Ed infatti, autorevole dottrina ha precisato come si debba escludere in radice la sussistenza di una libertà incondizionata in capo ai contraenti, atteso che “L’idea del contratto come pura e piena soggettività

³⁷ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 29 aprile 2004, C- 418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG contro NDC Health GmbH & Co. KG in www.curia.eu.

dell'individuo, immune da qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un'idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà³⁸.

La libertà contrattuale, pertanto, è sì costituzionalmente riconosciuta, ma non senza riserve, trovando giustificazione in un contesto più ampio, ove le situazioni soggettive patrimoniali risultano gerarchicamente subordinate al perseguimento di finalità di tipo sociale.

Si può, dunque, affermare che l'art. 41 Cost. sia ancora assolutamente attuale e per nulla obsoleto, considerando che - in virtù del principio in esso riconosciuto - si realizza una efficace integrazione tra regolamentazione e concorrenza che legittima l'adozione di misure limitative dell'autonomia privata al fine di correggere i fattori che determinano il fallimento del mercato.

In una moderna economia, quindi, caratterizzata - da un lato - da posizioni di supremazia contrattuale e - dall'altro - da condizioni di debolezza, è evidente che le situazioni economiche di vantaggio possono essere comprese in funzione della protezione di valori ed interessi superiori.

Pertanto, il perseguimento di finalità sociali e il raggiungimento degli obiettivi di una nuova economia di mercato, dettati dall'ordinamento comunitario, giustificano l'imposizione di determinati limiti a tali situazioni.

Ne deriva, allora, che la subordinazione di siffatte situazioni ai valori costituzionali e ai principi di libertà economica e piena tutela della concorrenza non rappresenta una mera restrizione, quanto piuttosto una garanzia dell'autonomia privata, poiché consente di escludere che ulteriori limitazioni all'applicazione del principio di autonomia privata possano essere determinate dal perseguimento di differenti obiettivi.

³⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, Op. cit., p. 41 ss.

BIBLIOGRAFIA

- A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 1971;
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2000;
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2008;
- G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Vol. XXVI, Tomo I, 2006;
- A. CICU in *Il diritto di famiglia*, Bologna, 1978;
- F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2006;
- L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003;
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968;
- G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004;
- A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, n.1, 2008;
- L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I;
- L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e Mercato*, Padova, 1996;
- E. NAVARRETTA, voce *Il contratto (in generale)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, 2007;
- M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974;
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006;
- P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976;
- P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988;
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001;
- R. SACCO, *Digesto*, 1987;
- R. SACCO, *Trattato di diritto civile, Il contratto, vol. I*, UTET, Torino, 2004.

GIURISPRUDENZA

Corte Cost., 13 aprile 1957 n. 50;

Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4;

Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30;

Cass., 28 marzo 2008, n. 8071;

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106;

Corte di Giustizia, 5 ottobre 1988, C-238/87, Volvo AB contro Erik Veng (UK) Ltd;

Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contro Commissione delle Comunità europee;

Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, C- 418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG contro NDC Health GmbH & Co. KG.