

IL CONTRATTO, IL CONSENSO E LA LIBERTÀ CONTRATTUALE

Di Michele Graziadei

| 375

SOMMARIO: 1. Un tema classico. – 2. Il consenso come panacea? – 3. Una visione più critica. – 4. I costi sociali, materiali e morali del contratto.

ABSTRACT. Una analisi critica del ruolo del consenso nella teoria del contratto, ne mette in luce i limiti, le ambiguità e le implicazioni sociali. Presentato tradizionalmente come garanzia di libertà, il consenso può legittimare squilibri e situazioni di vulnerabilità, e può annichilire la stessa libertà contrattuale. Intrecciando riflessioni di diritto, economia e filosofia, l'A. discute l'impatto delle teorie economiche classiche e neoclassiche in materia contrattuale e il rapporto tra autonomia privata, protezione dei soggetti deboli, e sviluppo di modelli di consumo distruttivi. Alla luce delle trasformazioni del diritto odierno il saggio propone una rilettura del contratto in chiave solidaristica, capace di restituire centralità alla giustizia contrattuale, e al rispetto di valori condivisi per superare la rigidità di una concezione atomistica del contratto.

This essay offers a critical examination of the role of consent in contract theory, exposing its limitations, ambiguities, and broader social implications. While traditionally regarded as a guarantee of individual freedom, consent may in fact serve to legitimise structural imbalances and reinforce situations of vulnerability—ultimately undermining the very notion of contractual freedom. Drawing on insights from law, economics, and philosophy, the author explores the influence of classical and neoclassical economic theories on contract doctrine, as well as the tensions between private autonomy, the protection of weaker parties, and the emergence of destructive consumer models. In light of current legal transformations, the essay advocates for a solidaristic reinterpretation of the contract—one that restores the centrality of contractual justice and shared social values, moving beyond the rigidity of an atomistic conception of contract.



1. Un tema classico.

Il tema del consenso in materia contrattuale è un classico, alla radice della disciplina dell'istituto. Un primo rilievo spicca: la manifestazione di consenso non è sempre sufficiente a dar vita al contratto, o a un contratto valido, nemmeno in ordinamenti in cui il consensualismo è un articolo di fede¹.

Così, per riepilogare alcuni dati minimi e ben noti, nel diritto italiano la donazione di non modico valore deve prendere la forma dell'atto pubblico, diversamente è nulla (art. 782 c.c.). I contratti reali si concludono con la consegna della cosa (deposito, mutuo, comodato); la donazione manuale, nei limiti in cui è ammessa nel nostro diritto, richiede a sua volta la consegna della cosa donata (art. 783 c.c.).

In tutte queste ipotesi si vuole circondare l'espressione del consenso di particolari cautele. I vizi del consenso classici e nuovi proteggono il contraente dagli effetti di un contratto che è frutto di una volontà non liberamente espressa, per incapacità, violenza, dolo, errore, imposizione (vedi ulteriormente alla voce: pratiche commerciali sleali), etc.²

Constata l'asimmetria di conoscenza e di potere tra le parti di un contratto, si pone il problema della validità del consenso espresso dalla parte che ha operato sotto un velo di ignoranza³, o che sconta condizioni di vulnerabilità⁴.

Salvo il generale dovere di buona fede, che appresta un essenziale presidio al riguardo, il nostro codice affronta il tema senza pretese sistematiche, e in sede di proposte di riforma è stata quindi avanzata l'idea di intervenire sul dovere di informazione. Qui si può ricordare l'art. 1338, sulla conoscenza da parte di un contraente delle cause di invalidità del contratto, nonché la disciplina dettata in proposito per il mandato. L'art. 1710 obbliga il mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modifica del mandato. L'art. 1711, 2° comma, attribuisce al mandatario il potere di deviare dal mandato, laddove sia impossibile comunicare prontamente al mandante le circostanze da cui il mandatario può ragionevolmente inferire l'approvazione del diverso corso d'azione.

¹ La trattazione più fine del tema si deve a R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4a ed., Torino, 2016 e in vari scritti di Gorla, tra cui ricordo in particolare: *La logica illogica del consensualismo e dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 254 ss.; si veda ora R. CATERINA, *Principio consensualistico*, in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milano, 2021, 893 ss., per una penetrante analisi della questione in prospettiva storica: T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del consenso in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2022.

² Il lavoro precorritore è di A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008.

³ Rimane attuale l'indagine esemplare di A.M. MUSY, *Il dovere di informazione: saggio di diritto comparato*, Trento, 1999.

⁴ A FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Napoli, 2019; Il tema è saliente rispetto al trattamento dei dati: G. MALGIERI, *Vulnerability and data protection law*, Oxford University Press, Oxford, 2023, e rispetto alla contrattazione digitale: C. CREA E A. DE FRANCESCHI (cur.), *The new shapes of digital vulnerability in european private law*, Baden Baden, Nomos, 2024.



Sono i punti di emersione del problema, che all'epoca della redazione del nostro codice non era affrontato di petto. Ora interviene sul punto su larga scala il diritto dell'Unione, o la legislazione speciale.

La Francia ha provveduto a riformare il codice nel 2016, e ha quindi introdotto l'art. 1112-1 sull'obbligo di informazione in fase precontrattuale, già acquisito in via giurisprudenziale e dottrinale⁵: “La parte che è a conoscenza di un'informazione di importanza determinante per il consenso dell'altra parte è tenuta a comunicarla a quest'ultima, qualora essa ignori tale informazione o faccia affidamento sul proprio contraente. Secondo la novella, l'obbligo di informazione non riguarda la stima del valore della prestazione. La norma distribuisce l'onere della prova sul punto e chiarisce cosa si debba intendere per “informazione determinante” ai fini della nuova disciplina. Il contraente che veda violata tale obbligazione può reagire domandando il risarcimento del danno, o l'annullamento del contratto, ove ne ricorrano i presupposti, in base alla disciplina sui vizi del consenso (artt. 1130 ss. cc. fr.). La disciplina così introdotta è di ordine pubblico, l'obbligo di informazione non può essere limitato o escluso in via pattizia.

La legislazione introdotta dall'Unione europea in vari settori mira soprattutto a rimediare i difetti informativi e le asimmetrie contrattuali legati ad essi⁶. Più recentemente, le norme europee prendono atto dei limiti cognitivi che possono colpire chi opera in ambienti contrattuali con particolari caratteristiche⁷.

Certo, già nell'impianto originario del nostro codice la disciplina dell'errore prefigura la possibilità di un contratto non voluto, che però produce i suoi effetti: si riconosce così la necessità di proteggere la controparte, la quale abbia confidato senza colpa nella validità del vincolo (artt. 1428, 1433 c.c.). Tema noto rispetto ad ogni altra fattispecie ove sorge la necessità di tutelare colui che, senza colpa, abbia confidato nell'apparenza (si pensi al contratto concluso con il rappresentante apparente, ad esempio).

Nel diritto civile italiano la manifestazione del consenso, inoltre, non vincola se il contratto difetta di causa (art. 1325 c.c., 1418, 2° comma). In qualunque accezione si voglia intendere il vocabolo, il consenso incontra dunque un altro limite, segnato dal requisito causale. Le contraddizioni insite nella dottrina della causa sono così numerose e rilevanti da rendere tutt'altro che sorprendente la scelta compiuta, al di là delle Alpi, di abbandonare il requisito della causa, seppur dopo qualche esitazione. Con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2016, la Francia ha dunque rimosso la causa dai requisiti del contratto, benché il suo fantasma aleggi nelle pagine della dottrina francese⁸. Tolta di mezzo la causa, il codice civile francese

⁵ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, L.G.D.J., 2014; ID., *Droit des obligations, Tome 1 : contrat et engagement unilatéral*, 7a ed. Paris, PUF, 2024.

⁶ Cfr. D. KÄSTLE-LAMPARTER, *Precontractual information duties*, in N. JANSEN, R. ZIMMERMANN (cur.), *Commentaries on European contract law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 383 ss.

⁷ N. COGGIOLA, *Oltre l'informazione. Il consumatore e la commercializzazione di servizi finanziari a distanza alla prova dell'evoluzione tecnologica*, Torino, 2024.

⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats?* In *European Review of Contract Law*, 2017, 13. 4, 418 ss.; T. Geni-

ora protegge la libera manifestazione della volontà del contraente negando effetto a contratti oppressivi, frutto dell'abuso di dipendenza economica (art. 1143 c.c. fr.), o da cui non discendono vantaggi reciproci, perché la contropartita è illusoria, o derisoria (artt. 1169, 1170 c.c. fr.). Queste nuove disposizioni risolvono alcuni problemi classici, in precedenza affidati per lo più al vaglio del requisito causale⁹.

Riprese queste nozioni basilari, oggi si può inoltre domandare se ed in quale misura il consenso espresso dai contraenti vincoli solo in quanto dia luogo ad un contratto 'giusto' ?

La scelta favore del consenso è, infatti, una scelta ambivalente. Proprio il consenso può essere lo strumento per annichilire la libertà del contraente, o per sacrificarla oltre misura¹⁰.

Questa consapevolezza non è di oggi. Il tema è risalente ed è quindi ben presente nel nostro codice civile. Nel diritto delle successioni, sono vietati i patti successori che distruggono la libertà testamentaria (art. 458 c.c.). Nel diritto delle società, il patto leonino, con cui una parte si vincola senza contropartita, è vietato (art. 2265 c.c.); il divieto del patto commissorio evita che il debitore sia alla mercé del creditore (art. 2744 c.c.), e si potrebbe continuare, ricordando, ad esempio, il potere del giudice di ridurre le penali eccessive (art. 1384 c.c.), l'invalidità del contratto concluso in stato di bisogno (art. 1448), e il regime delle rinunce e transazioni in materia di lavoro (art. 2113 c.c.). Nei contratti conclusi con i consumatori sono nulle che le clausole che introducono uno significativo squilibrio tra i diritti e obblighi delle parti (art. 33 c. cons.). La legislazione speciale introduce fattispecie analoghe¹¹. Norme di questo genere hanno carattere di ordine pubblico, e la stessa nozione di ordine pubblico (art. 1343 c.c.) entra in gioco a fronte di pattuizioni iugulatorie, rendendole nulle.

Il tema può essere trattato anche da un'angolazione di genere: si può constatare come il libero consenso al matrimonio – una conquista importante rispetto al costume del passato, che arrivava ad imporre matrimoni combinati – non garantiva fino a tempi abbastanza recenti l'eguale posizione dei coniugi, anzi ne sanciva la disuguaglianza sotto tanti aspetti. L'inequale posizione dei coniugi poteva quindi essere ideologicamente giustificata tramite il consenso espresso con le nozze. Si poteva dire: scelta volontaria, dunque scelta voluta, e quindi scelta non discutibile.

Per condurre il discorso ulteriormente sul medesimo terreno, il divario salariale tra i due sessi rimane oggi una realtà, nonostante i divieti di legge, come documentano le statistiche, ed è un divario suggellato da contratti di

con, *L'avenir de la cause en droit français des contrats*, in *Causa Contractus : Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, a cura di G. Albers, F. P. Patti e D. Perrouin-Verbe, Tübingen Mohr Siebeck, 2022, 715 ss.

⁹ Anche in Italia si fa strada l'idea secondo cui l'abolizione della causa non comporterebbe una rivoluzione; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2021, ma molti autori italiani sono freddi rispetto a questa prospettiva.

¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Constitutional values and freedom of contract*, in *European Review of Contract Law*, 2024, 20.3, 207 ss.

¹¹ Cfr. la Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare e la legislazione di attuazione: d.lgt. 8 novembre 2021, n. 198.



lavoro liberamente conclusi. Si deve riconoscere che il consenso prestato in proposito non sana la disparità, non legittima il trattamento diseguale. Lo ricorda l'obiettivo 5 degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) promossi dalle Nazioni Unite, sulla parità uomo-donna. Se si volesse sostenere che la disparità è giusta, poiché è il frutto di un libero accordo tra le parti, si aggiungerebbe l'insulto al danno.

Con l'avvento della contrattazione di massa e il ricorso a condizioni contrattuali non equilibrate da parte delle imprese si è dovuta sviluppare una riflessione di carattere più generale circa il contratto ingiusto¹².

Il codice civile italiano – il primo tra i codici civili europei a prendere posizione sul punto – non superava l'approccio classico. Il consenso era ritenuto misura della giustizia contrattuale, e pertanto quest'ultimo tema veniva risolto nel primo. La specifica approvazione per iscritto delle clausole contrattuali vessatorie (art. 1341, 2° comma) le rendeva infatti valide.

La disciplina di origine europea sulle clausole abusive, ora contenuta nell'art. 33 del codice del consumo richiamato sopra, è di altro taglio. Secondo tale norma, il consenso prestato a fronte di un contratto ingiusto per via delle clausole squilibrate che contiene non è dirimente: esse sono nulle, e in particolare alcune clausole abusive sono nulle anche se oggetto di trattativa individuale (art. 36 c. cons.).

Anzi, poiché l'imposizione di condizioni contrattuali vessatorie è una pratica commerciale sleale, dal 2023 il consumatore pregiudicato dal contratto squilibrato, può ottenere il risarcimento del danno, come stabilisce l'art. 27 c. cons. comma, 15-bis: "I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori."

Come si è detto, oggi si giunge ad una medesima conclusione in tutta una serie di ambiti, dalla disciplina del credito al consumo, da riformare in attuazione della direttiva Ue 2023/2225 del 18 ottobre 2023, alla subfornitura (l. del 18 giugno 1998 n. 192, art. 6), ai contratti tra le imprese agricole e la grande distribuzione (dgl. 8 novembre 2021, n. 198 di attuazione della direttiva (UE) 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare), ai rapporti tra le imprese nell'economia digitale (Regolamento 2023/2854, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (Data Act), art. 13), ai rapporti tra autori e editori in materia di diritto d'autore (dlgt. 8 novembre 2021, n. 177 di attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, in tema di equo compenso)¹³.

¹² Per un saggio anticipatore: G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss., e poi le riflessioni sulla giustizia contenute in ID., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 135 ss.

¹³ Tra i saggi dedicati al tema nella nostra dottrina, senza pretesa di completezza, e in ordine di tempo: AA. VV., *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale*, a cura di G. Gitti,

L'emergere della *regulatory contract law*, affidata alle autorità amministrative indipendenti, o agli interventi dell'amministrazione, apre analoghi orizzonti in relazione al settore delle *utilities*¹⁴.

La ricerca di un equilibrio tra le parti segna ormai numerose discipline, ben al di là dell'ambito contrattuale definito in senso tradizionale. Può darsi che le scelte compiute in proposito non siano sempre del tutto calibrate, ma è ormai assodato che la libertà dei contraenti non è in sé salvifica.

Nel proporre questa diagnosi abbiamo davanti a noi temi legati al trattamento dei dati personali e dell'intelligenza artificiale. La protezione della persona rispetto ai rischi introdotti dalle nuove tecnologie troverebbe una base ben fragile se il consenso fosse davvero l'unico baluardo a fronte di pratiche predatorie in questi campi¹⁵.

Sono poi note le difficoltà che si presentano in campo biomedico, in relazione alla medicina, considerata l'asimmetria di conoscenze tra il medico e il paziente, rispetto a cui ha preso posizione la legge 219/2017, sui trattamenti sanitari e sulle disposizioni anticipate di trattamento nel disciplinare il consenso informato. Il presidio della dignità umana è comunque un limite imposto alla stessa legge poiché essa "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana." (art. 32 Cost.). Il rispetto della persona umana richiede dunque di soppesare quanto la legge sia a sua volta in linea con esigenze di giustizia, quanto al rispetto della dignità della per-

G. Villa, Bologna, 2008; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 515 ss., A. M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2012, 540 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale* in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 447 ss.; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato*, 2019, 1 ss.; ID., *Giustizia contrattuale* in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milano, 2021, 969 ss.; T. GENICON, *Libertà e giustizia nella conclusione del contratto*, in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, a cura di E. Navarretta, Torino, 2021, 343 ss.; C.A. VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto* in *Contratto e impresa*, 2024, 3, p. 708 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti; in Europa, la letteratura è sterminata, per un contributo che propone una visione di sintesi: H-W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; il focus è ora in particolare su tema della *digital fairness*: N. HELBERGER, B. KAS, H.-W. MICKLITZ, M. NAMYSŁOWSKA, L. NAUDTS, P. ROTT, M. SAX, M. VEALE, *Towards digital fairness*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2024, 13(1), 24 ss. In prospettiva storica è di grande interesse: G. CHIODI, *La giustizia contrattuale: Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, il quale fa affiorare una casistica ricca di spunti, relativa al tema in età liberale.

¹⁴ Per il quadro europeo: H.-W. MICKLITZ, *European European Regulatory and Private Law - Between Neoclassical Elegance and Postmodern Pastiche*, in *Vielfalt im Recht- Diversity in Law*, a cura di M. Kuhli e M. Schmidt, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, p. 75 ss., per lo stato dell'arte, in relazione al diritto italiano: C.A. VALENZA, *Concorrenza, regolazione e giustizia del contratto*, cit. p. 722 ss.

¹⁵ Sul consenso in relazione al GDPR si vedano almeno le Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 rilasciate dal Garante europeo per la protezione dei dati personali, reperibili sul sito del Garante: <<https://www.edpb.europa.eu/>>, nonché E. CAROLAN, *The continuing problems with online consent under the EU's emerging data protection principles*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, 32, 462 ss.; C. COPAIN-HÉRITIER, M. GUILLERMIN, *Consentment et nouvelles technologies*, in *Le consentement, mutations et perspectives*, a cura di M. Cannarsa et al., Le Kremlin Bicêtre, Editions Mare et Martin, 2024, 307 ss.;

sona. Interrogativo doloroso, ma necessario, come illustrano casi giudiziari recenti, in tema di fine vita, e il tema dei limiti del principio del consenso al riguardo è nuovamente cruciale, ma tanto più arduo se si considera la sofferenza umana da cui trae origine l'espressione di volontà¹⁶.

2. Il consenso come panacea?

In un panorama movimentato come quello attuale, è opportuno riflettere intorno a come il consenso sia a lungo stato concepito come una sorta di panacea, un toccasana da invocare per superare o rigettare ogni paternalistica prescrizione¹⁷.

Oggi si riconosce apertamente che: “In molti casi, gli individui prendono cattive decisioni: decisioni che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo”¹⁸.

Non è però sempre stato così. Abbiamo avuto indicazioni di segno ben diverso, le quali hanno preteso di smantellare ogni norma che restringesse il ventaglio delle scelte possibili da parte delle persone, nel nome di una libertà di scelta che avrebbe dovuto ottimizzare la posizione di ciascuno. La caduta dell'antico regime ha consegnato all'età contemporanea il celebre detto di H. S. Maine secondo cui le società progredite muovono dallo status al contratto¹⁹. Prima di Maine, prima dei giuristi, si erano già pronunciati sull'argomento Adam Smith e Immanuel Kant.

Nella Scozia del settecento Adam Smith propugnava dottrine del contratto che prefiguravano il nuovo mondo, promosso dal liberismo. Smith, tuttavia, non ignorava i rischi che il contratto portava con sé. Ad esempio, a differenza di Hume, egli non avversava le leggi di contrasto all'usura.²⁰ Smith inoltre riconosceva apertamente le conseguenze morali negative proprie della divisione del lavoro, la quale aumenta la produttività, ma al tempo stesso impoverisce la persona umana, costringendola a compiere operazioni ripetitive, destinate a immiserirne lo spirito²¹:

Con lo sviluppo della divisione del lavoro, l'occupazione della stragrande maggioranza di coloro che vivono di lavoro, cioè della gran massa del popolo risulta limitata poche semplicissime operazioni, spesso uno o due. Ma ciò che forma l'intelligenza della maggioranza degli uomini è necessariamente

¹⁶ Il tema è stato oggetto di ripetuti interventi della Corte costituzionale: ordinanza n. 207 del 2018; sentenza n. 242 del 2019; sentenza n. 135 del 2024 ; sentenza n. 66 del 20 maggio 2025.

¹⁷ Per un'illuminante rivisitazione: R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 771 ss.

¹⁸ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, tr. it. Milano, 2009, 11. In proposito: R. CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2021, 2, 73 ss.

¹⁹ H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas* London, John Murray, 1861, 170.

²⁰ S. HOLLANDER, *Jeremy Bentham and Adam Smith on the usury laws: A 'Smithian' reply to Bentham and a new problem*, in *Journal of the History of Economic Thought*, 1999, 6, 4, 523.

²¹ A SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, tr. it., 2010 [ed. or. 1776], 637-638.

la loro occupazione ordinaria. Un uomo che spende tutta la sua vita compiendo pochi semplici operazioni (...) non ha nessuna occasione di applicare la sua intelligenza o di esercitare la sua inventiva a scoprire nuovi espedienti per superare difficoltà che non incontra mai. Costui perde quindi naturalmente l'abitudine a questa applicazione, e in genere diviene tanto stupido e ignorante quanto può esserlo una creatura umana. Il torpore della sua mente lo rende non solo incapace di prendere gusto o parte una qualsiasi conversazione razionale, ma anche di concepire un qualsiasi sentimento generoso, nobile o tenero e quindi di formarsi un giudizio corretto persino su molti dei comuni doveri della vita privata.

Mentre l'economia politica classica, sviluppata sulla scia dell'opera di Smith, distingueva tra vari tipi di beni, in relazione alla loro idoneità a soddisfare i bisogni umani, nel corso della seconda metà del XIX secolo questa eredità fu erosa ed infine distrutta, con l'affermarsi di nuove concezioni del mercato. L'economia neoclassica amplifica il valore in sé degli scambi basati sul consenso: il valore di un bene non è più legato al lavoro (come nelle teorie classiche di Smith o di Marx), ma è determinato soggettivamente, in base alla utilità che un individuo attribuisce a quel bene. Lo scambio diviene un mezzo con cui entrambe le parti aumentano la propria utilità: se lo scambio avviene, è perché entrambi i soggetti ritengono di trarne vantaggio. Si aprono così contraddizioni di non poco conto, poiché non ogni bene è uguale ad ogni altro bene, sia sul piano patrimoniale, sia sul piano morale e sociale²². Come è facile intendere, e come si vedrà meglio oltre, vari indirizzi nell'ambito della ricerca economica attuale esplorano paradigmi alternativi in proposito.

Quanto è avvenuto nel campo della teoria economica è stato in parte anticipato dalla filosofia. Quasi alle soglie del diciannovesimo secolo, Kant rigettò il dispotismo illuminato, con la critica delle dottrine della felicità pubblica sostenute dal settecento riformatore. Per Kant, esse rappresentavano il frutto di un'illusione: nessuno è in grado di realizzare la felicità altrui, la quale non può essere un ideale normativo, in quanto la felicità è un fatto empirico. Il concetto di felicità è così indeterminato che, sebbene ogni uomo ambisca raggiungerla, "...nessuno tuttavia determina mai cosa davvero desideri e voglia, né può mai dirsi d'accordo con se stesso a riguardo. La causa di ciò è che tutti gli elementi che appartengono al concetto della felicità sono empirici, ossia devono essere tratti dall'esperienza..."²³.

Simili dottrine, inoltre, secondo il filosofo di Königsberg, rischiano di suscitare la sovversione, poiché ciascuno facilmente constata quanto la propria condizione non corrisponda all'ideale della felicità, proclamato come fine delle politiche pubbliche.

Si afferma su questo terreno intellettuale la nozione di autonomia, di carattere puramente formale, che diverrà l'ethos del diritto privato del dician-

²² D. SATZ, *Why some things should not be for sale*, Oxford, Oxford University Press 2010. In relazione al diritto privato patrimoniale: L. NOGLER E U. REIFNER (a cura di), *Life time contracts: social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014.

²³ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, ed. or. 1785, tr. it. di F. Gonnelli, Roma-Bari, 1997, § 4:418, pag. 68.

novesimo secolo. Con l'elaborazione di un sistema filosofico imperniato sull'autonomia Kant anticipa la svolta che avrà luogo nelle dottrine economiche tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo²⁴, e apre la via ad una ricostruzione del diritto privato su questa base²⁵.

La curvatura del discorso economico nella seconda metà del XIX secolo si trasforma con lo sviluppo del marginalismo e con l'ascesa dell'economia neoclassica. Ogni scelta che indirizza un soggetto verso un bene è valida in sé, e ogni bene, in questo ambiente intellettuale, può essere scambiato con ogni altro bene. Ogni scelta compiuta dall'individuo è intrinsecamente valida, quale sia l'oggetto su cui cade. Il discorso formulato in questi termini asserisce inoltre l'impossibilità di misurazioni interpersonali di utilità. Questa pagina di storia delle idee economiche, troppo nota per essere diffusamente ripresa qui, può essere tratteggiata in sintesi. In sostanza, mentre gli utilitaristi ritenevano che comparazioni di questo genere fossero possibili (e giustificavano su questa base l'imposta progressiva) l'economia neoclassica prende commiato da simili idee.

L'illustrazione più celebre del mutamento di paradigma si trova nell'opera di Sir Lionel Robbins *An essay on the nature and significance of economic science*²⁶, in cui il notissimo esponente della scienza economica proclama la natura soggettiva delle preferenze individuali. L'economia positiva pertanto, secondo Robbins, avrebbe dovuto limitarsi a descrivere le scelte individuali, senza fare confronti di utilità tra soggetti diversi. Si tratta di idee coltivate sotto altra forma già da Vilfredo Pareto²⁷.

Il quadro tracciato in questi termini è molto lontano da quello in cui si collocava economia classica, la quale si interrogava intorno a problemi quali: com'è possibile che l'acqua, pur necessaria alla vita, abbia un prezzo minore dell'oro, o dei diamanti? L'economia neoclassica conduce gli economisti a considerare il mercato come il miglior mezzo – il mezzo più efficiente – per allocare beni scarsi. Problemi esistenziali come il contenimento della riscaldamento climatico sono stati così affrontati mettendo in gioco il potere taumaturgico del mercato, con la creazione di mercati per lo scambio di quote di emissioni e l'avvio di processi di finanziarizzazione della natura. I risultati sono stati drammaticamente insoddisfacenti²⁸.

²⁴ Sul punto, sia consentito rinviare a M. GRAZIADEI, B. PASA, *Happiness Once More*, in *Journal of comparative law*, 2019, 14, 2, 203 ss.

²⁵ Ricostruzione la quale non ha un immediato radicamento storico: S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

²⁶ L. ROBBINS, *Essay on the nature and significance of economic science*, Londra, MacMillan & Co, 1932, 140-141.

²⁷ V. PARETO, *Sunto di alcuni capitoli di un nuovo trattato di economia pura del Prof. Pareto*, in *Giornale degli Economisti*, 1900, 20 (serie seconda), 216 ss.

²⁸ R. LANE, *The promiscuous history of market efficiency: the development of early emissions trading systems*, in *Ecological Politics*, 2012, 21, no. 4, p. 583 ss.; J.F. GREEN, *Does carbon pricing reduce emissions? a review of ex-post analyses*, in *Environmental Research Letters*, 2021, 16, 4, 043004.

3. Una visione più critica.

Molta acqua è passata sotto i ponti da quando quel paradigma si è affermato, e la riflessione intorno al consenso e al mercato si è molto arricchita in prospettiva critica.

È doveroso riconoscere, ad esempio, che il lavoro non è una bene come un altro, perché attraverso la prestazione di lavoro si forma la personalità umana. Non è necessario scomodare il primo articolo della nostra Costituzione per cogliere il punto, ma l'affermazione costituzionale è da leggere in questa chiave.

Nelle condizioni presenti dell'economia e dello sviluppo tecnologico il significato di questo valore è però radicalmente messo in discussione o negato. La inedita condizione dei lavoratori della gig economy è la punta di un vasto iceberg che tende all'impoverimento del lavoro a vantaggio del capitale²⁹. Il tradimento del lavoro si compie su larga scala nel nostro sistema economico. Il maggior tasso di crescita dei redditi da capitale rispetto ai redditi da lavoro è lo scenario di fondo di questa economia³⁰. La stessa integrazione dei mercati operata sull'onda della globalizzazione favorisce tali dinamiche³¹.

La finanziarizzazione dell'economia è stata una spinta potente in tale direzione. Gli economisti classici distinguevano nettamente le rendite, considerate reddito "non guadagnato", pertanto estranee all'attività produttiva, e i profitti, frutto del lavoro e dell'impresa. I marginalisti superarono la distinzione classica tra produzione e distribuzione del valore, sostenendo che ogni attività realizzata sul mercato genera e distribuisce valore. Identificando il valore con il prezzo, conclusero che l'allocazione dei beni in un mercato perfettamente concorrenziale fosse ottimale, poiché risultante da scelte volontarie degli individui. Secondo tale teoria, qualsiasi attività che produca beni dotati di un prezzo è considerata creatrice di valore economico, mentre ciò che è privo di prezzo è ritenuto privo di valore economico.

La teoria economia fondata su queste premesse, tra l'altro, ha: "reso più facile a un'attività di estrazione di valore mascherarsi come attività di creazione di valore. Di conseguenza, le rendite (reddito non guadagnato) sono confuse con i profitti (reddito guadagnato); la disuguaglianza aumenta e gli investimenti nell'economia reale diminuiscono."³²

L'itinerario compiuto ha un'importante conseguenza di lungo periodo: "se non riusciamo a vedere la differenza tra la creazione di valore e

²⁹ R. STAGLIANÒ, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Torino, 2019.

³⁰ T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, tr. it., Milano, 2018; F. GALLO, *Quel travaso pazzesco di ricchezza dal lavoro al capitale*, in *Il Sole 24 ore*, 22 ottobre, 2024.

³¹ A. SUPLOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Milano, 2021; S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e deglobalizzazione)*, in *Il diritto oltre lo stato, Atti del VI Convegno Nazionale SIRD*, a cura di V. Barsotti, M. Graziadei. Firenze, 25-27 ottobre 2018, Torino, 2021, p. 91 ss., e in linea generale, D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018.

³² M. MAZZUCATO, *Il valore di tutto. Chi lo produce e chi lo sottrae nell'economia globale*, tr. it., Bari, Roma, 2018, p. 15



l'estrazione di valore diventa quasi impossibile remunerare la prima più della seconda."³³ Il rischio ultimo insito in questa confusione è la perdita di legittimazione delle istituzioni sociali che operano sulla base di simili fragili fondamenti, dando vita ad un'economia destinata a creare enormi disparità di ricchezze, impegnata a distruggere su larga scala l'ambiente naturale, a minacciare l'esistenza di molte comunità umane, e a ridurre in modo drammatico la biodiversità³⁴.

Le premesse del discorso condotto nel nome della libera scelta e del libero scambio contrattuale dagli economisti neoclassici ha un secondo punto debole, vale a dire l'incapacità di osservare gli effetti del mercato sulla formazione delle preferenze. Vi sono effetti morali del mercato nell'economia capitalistica, e sono effetti profondi come aveva intuito Smith e compreso Marx³⁵. Questi effetti si estendono alla formazione delle preferenze, sebbene la maggior parte degli economisti neoclassici non si siano interrogati su come perveniamo a volere e a apprezzare quanto scegliamo³⁶. Milita a favore dell'economia di mercato l'assunto secondo cui le persone siano in grado di scegliere quanto soddisfa le proprie preferenze, ma il significato stesso di "scelta libera" è stato raramente oggetto di approfondita riflessione da parte degli economisti³⁷. I teorici della 'spinta gentile' riconoscono, se non altro, che non tutte le scelte sono da collocare sullo stesso piano³⁸. Ed il fatto che certi beni si possano donare, ma non negoziare (il sangue, gli organi, i tessuti umani), per lo meno nel nostro diritto, depone a sua volta per l'emersione dell'aspetto morale del mercato, normalmente ignorato.

Numerosi beni in realtà non sono allocati attraverso dinamiche di mercato, e il tentativo di formare prezzi su tali beni ne distruggerebbe o diminuirebbe in modo inevitabile il valore³⁹.

L'espansione del mercato ad ogni ambito in realtà ha conseguenze morali, poiché incide sulla personalità⁴⁰, e sulla stessa libertà⁴¹. Si può quindi domandare se tale tendenza sia sostenibile, e la risposta alla domanda è negativa⁴². Inoltre, una simile spinta offre una libertà che è circoscritta al consumo privato. Si tratta quindi di una dinamica incapace di soddisfare bisogni e valori che, per essere soddisfatti o inverati, richiedono una dimensione pubblica condivisa, un'azione collettiva, benefica per l'intera società. Talvolta interviene la legge a garantire un simile esito, laddove è davvero indispensabile. Così oggi in Europa nessuno può decidere se assicurare o meno

³³ Ibid., p. 15.

³⁴ A. BULLER, *Quanto vale una balena. Le illusioni del capitalismo verde*, Torino, 2024.

³⁵ D. SATZ, *Why some things should not be for sale*, cit.

³⁶ S. BOWLES, *Endogenous preferences: The cultural consequences of markets and other economic institutions*, in *Journal of economic literature*, 1988, 36.1, p. 75 ss.

³⁷ Si dedica al tema: D. GEORGE, *Preference pollution: how markets create the desires we dislike*, Ann Arbor, 2004.

³⁸ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit.

³⁹ G. CALABRESI, *I merit goods: la commodification e commandification*, in Id., *Il futuro del law and economics: Saggi per una rimediazione ed un ricordo*, Milano 2018, 35 ss.

⁴⁰ M. RADIN, *Contested commodities*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

⁴¹ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, 2a ed., Paris, PUF, 2023.

⁴² F. HIRSH, *The social limits to growth*, Henley-on-Thames, Routledge & Kegan, 1977; L. F. CARVALHO, J. RODRIGUES, *On markets and morality: revisiting Fred Hirsch*, in *Review of Social Economy*, 2006, 64.3, 331 ss.

il proprio veicolo contro la responsabilità civile in nome della libera scelta. Una simile libertà avrebbe un costo insostenibile sul piano collettivo. Ma troppo spesso interventi di questo genere non prendono corpo.

Il rinnovato interesse verso i temi dell'economia sociale rappresenta una reazione positiva a i problemi posti da un'economia basata su modelli insostenibili⁴³. Uno degli esiti del discorso è lo statuto organico del terzo settore, realizzato in Italia con il varo del Codice del terzo settore (d. lgt. del 3 luglio 2017 n.117). Il Codice è animato dell'intento (art. 1) di: “sostenere l'autonomia iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione”⁴⁴.

Ben prima dell'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale aveva preso posizione in proposito. La Corte ha infatti per tempo ritenuto che la “moderna visione della dimensione della solidarietà” supera “l'ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti”⁴⁵, e spinge: “il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti dai doveri pubblici o da comandi dell'autorità.”⁴⁶ Si tratta di indicazioni valorizzate dal Codice con cui viene promossa l'autonoma iniziativa dei cittadini a favore del bene comune. Si avverte però la concreta difficoltà dello Stato nel mantenere le prestazioni sociali e il welfare, ed è palese il rischio per i lavoratori impiegati nel terzo settore di maggiore precarietà economica e di minori tutele.

4. I costi sociali, materiali e morali del contratto.

Il discorso intorno al consenso conduce a trattare un ultimo aspetto. Il codice civile recita: “Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge” (art. 1372, 2° comma). Dunque, i contraenti sono i signori del contratto, poiché decidono del loro. La formula è seducente, ma non veritiera. In realtà, il contratto non si limita a produrre effetti tra le parti, ma incide sulla sfera giuridica dei terzi, sia in senso favorevole (esternalità positive), sia in modo pregiudizievole (esternalità negative). L'affermazione secondo cui i contraenti sarebbero gli unici a subirne gli effetti è dunque una

⁴³ Si veda il Piano d'azione presentato dalla Commissione europea nel 2021: *Building an economy that works for people: an action plan for the social economy*, Brussels, 9.12.2021 COM(2021) 778 final.

⁴⁴ A. FUSARO (a cura di), *Il Terzo settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione*, Genova, 2022, nonché per i profili civilistici: A. FUSARO, *Gli Enti del terzo settore*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu – Messineo*, Milano, 2022.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 55.1993, punto 5 in diritto.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 75.1992, cit., punto 2 in diritto. Si veda più recentemente la sentenza nr. 120 del 2020.

formula ideologica, espressione di una visione atomistica dell'autonomia privata⁴⁷.

Nel prendere posizione sull'argomento la dottrina e la giurisprudenza tracciano la distinzione tra effetti diretti e effetti riflessi del contratto. L'art. 1372 c.c. avrebbe esclusivamente riguardo ai primi e non ai secondi, e non avrebbe quindi mai preteso di governare gli effetti riflessi del contratto⁴⁸. Si tratta di una distinzione che non è scritta nel codice. Abbiamo qui un buon esempio di quella dissociazione dei formanti di cui parla la comparazione nel considerare il rapporto tra il testo e l'interprete. In effetti, si riconosce che sebbene la distinzione sia tenuta ferma da nostri interpreti, oggi affiorano: "...più nitide le incoerenze del dato normativo in uno con la consapevolezza che assimilarle e ricondurle a sistema per via della logica dell'eccezione alla regola è operazione non più consentita."⁴⁹

Il contratto è una realtà eminentemente sociale. Lo ricorda il codice civile francese riformato nell'art. 1200: "Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat" per cui le parti "peuvent s'en prévaloir pour apporter la preuve d'un fait". Formule analoghe da noi sono enunciate in dottrina⁵⁰.

Incisivamente, la legislazione antimonopolistica vieta in larga misura i patti limitativi della concorrenza, proprio per il loro effetti nei confronti dei terzi. E già il codice civile pone limiti severi al divieto pattizio di alienazione (art. 1379 c.c.), sebbene abbia, testualmente, "effetto solo tra le parti". Pur avendo effetti meramente obbligatori, il patto è strettamente regolato, per i suoi effetti sociali deteriori.

Il contratto produce effetti nella società, ben al di là di quanto apprendiamo dalla lettura di simili norme. Per questa ragione la libertà contrattuale deve essere ricondotta a principi che trovano la propria sede a livello costituzionale, ed in quanto espressione dell'iniziativa economica privata essa è sì libera, ma non può svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana." (art. 41 Cost.).

Gli effetti sociali ed economici del contratto sono imponenti e meritano di essere esaminati secondo il dettato costituzionale. In positivo, il tema può essere avvicinato attraverso la disciplina delle clausole sociali negli appalti pubblici (Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 36/2023, artt. 11, 57). In negativo, ricordiamo gli effetti economico-sociali conseguenti al gioco d'azzardo e alla sua liberalizzazione⁵¹. Nel 2021 gli italiani hanno gettato nel gioco d'azzardo autorizzato circa 111 miliardi di euro. Si tratta di una somma enorme, cresciuta nel 2022, fino a raggiungere i 136 miliardi di euro. L'importo è superiore alle spese per la sanità (128 miliardi), per

⁴⁷ Si tratta di una concezione lontanissima da quella che informa la società attuale: G. Vettori, *Persona e Pluralismo*, Firenze, Olschki, 2024.

⁴⁸ G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Enc dir.:- I tematici*, cit., p. 907 ss

⁴⁹ *Op. loc. ult. cit.*, 912.

⁵⁰ *Op. loc. ult. cit.*, 910 (con richiamo a Busnelli e Franzoni). B. GARDELLA, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali: un'indagine comparatistica*, Milano, 2008.

⁵¹ N. COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa. Percorsi evolutivi dal codice civile alla disciplina consumeristica*, Torino, 2022.

l'istruzione (52 miliardi), ed è maggiore del totale dei bilanci di tutti i comuni italiani (77 miliardi). Il gioco d'azzardo rappresenta il 36,20% del gettito erariale dello Stato⁵². Il costo sociale dell'attività è difficile da stimare, ma è indubbio. L'iper liberalizzazione del gioco d'azzardo ha scaricato sulle fasce più povere e deboli della popolazione i conseguenti costi economici e sociali⁵³.

Nei paragrafi precedenti ho cercato di illuminare qualche caso in cui il costo sociale del contratto emerge come costo morale e sociale. Potremmo attingere alla storia per addurre ulteriori esempi significativi. La vendita delle indulgenze – un bell'esempio di esercizio della libertà contrattuale – ha acceso le polveri della riforma protestante, per il suo carattere moralmente ripugnante. Il costo 'morale' collegato alla decisione di sciogliere la briglia del contratto in determinati ambiti non è meno reale del costo precisamente calcolabile in termini patrimoniali. Costi di questo genere sono più difficili da trattare di quelli puramente economici, ma non meno effettivi⁵⁴ e pertanto non devono essere ignorati, se la libertà di concludere contratti, apprezzata per molte buone ragioni, deve mantenere un volto accettabile, com'è necessario, per riconoscerne la legittimità e l'utilità.



⁵² Fonte: <<https://giocoresponsabile.info/statistiche-del-gioco/>> (consultato il 30 aprile 2025).

⁵³ N. MATTEUCCI, *Il boom italiano del gioco d'azzardo: mercato, istituzioni e politiche*, in *Stato e mercato*, 2022, 42.2, 327 ss.; F. BERTI, *Il gioco – d'azzardo – dei poveri. Quando a rimetterci sono sempre i più fragili*, in *Il gioco d'azzardo: una prospettiva multidisciplinare*, a cura di M. Perini, in *Atti del convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena il 1° dicembre 2023*, Firenze, p. 95 ss.

⁵⁴ G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, tr. it. 2a° ed., Milano, 2008; G. CALABRESI, *I merit goods: la commodification e commandification*, cit..