

GIUSTIZIA CONTRATTUALE. LE DIVERSE VISIONI*

Di Giuseppe Vettori

| 375

SOMMARIO: 1. *Giustizia ed evoluzione delle fonti. Una premessa.* – 2. *La prassi e le fonti del contratto.* – 3. *L'ambiente digitale e i software di IA.* – 4. *Giustizia, legge e volontà popolare.* – 5. *La giustizia contrattuale nella riforma del Code Civil.* – 6. *Le diverse visioni della giustizia contrattuale nella dottrina francese.* – 7. *La giustizia contrattuale nella dottrina italiana.* – 8. *La realtà: il punto e la linea.*

ABSTRACT. *Il contributo esamina le diverse concezioni della giustizia contrattuale alla luce delle trasformazioni contemporanee del sistema delle fonti e dell'autonomia privata. Il pluralismo normativo, la diffusione di regole transnazionali, l'emersione di poteri economici e digitali e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale rendono insufficiente una rappresentazione del contratto fondata esclusivamente sulla volontà delle parti e sulla centralità del codice. In tale contesto, la giustizia contrattuale non coincide né con l'applicazione automatica della legge né con un indefinito potere correttivo del giudice, ma richiede un confronto istituzionalmente controllato tra regole, principi e interessi contrapposti.*

This article examines the different understandings of contractual justice in light of contemporary transformations in the system of legal sources and private autonomy. Normative pluralism, the spread of transnational rules, the emergence of economic and digital powers, and the development of artificial intelligence make it increasingly inadequate to conceive of contract law as grounded exclusively in party autonomy and in the centrality of the civil code. In this context, contractual justice coincides neither with the automatic application of the law nor with an undefined corrective power vested in the judge. Rather, it requires an institutionally controlled engagement between rules, principles, and conflicting interests.



1. Giustizia ed evoluzione delle fonti. Una premessa.

Come si è osservato esattamente¹, la separazione del diritto dalla politica e dalla morale è stata sempre una pregiudiziale per un'analisi scientifica perché, si osserva, il richiamo ai valori può allontanare dall'oggettività. Ce lo ricordano le analisi sulla dottrina pura del diritto², sulle qualità sue formali del diritto³ e, poi, sulla necessità di separare il sottosistema giuridico dagli altri sottosistemi di regole morali o politiche⁴.

Secondo questi insegnamenti, è giusto ciò che è adeguato al fatto e alla norma pertinente al fatto, ma a ben vedere ciò non accade sempre e dipende dal tempo. Per molti motivi. Basta pensare che una decisione formalmente 'giusta' può essere in contrasto con la verità nel caso di un giudicato basato su una ricostruzione errata dei fatti⁵. Così, la verità è sacrificata alla certezza creata dal diritto. Valore relativo peraltro che è smentito, oggi, quando la Corte di Giustizia dell'UE fa prevalere la posizione di un debitore-consumatore di fronte ad un giudicato a lui pregiudizievole⁶.

Dunque, il tempo e l'evoluzione delle fonti incide anche sulla differenziazione del diritto e ne è prova la diffusione di reti di regole provenienti dal legislatore nazionale, dal testo costituzionale, dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali, tutte interne al diritto ma frutto di esigenze e valori diversi da confrontare fra loro. Perché in pochi anni la pluralità culturale e delle fonti transita dal piano dei fatti al piano dei valori dei quali il diritto stesso si fa carico, imponendo un necessario confronto fra istanze diverse da rendere compatibili, per individuare e per interpretare la regola giuridica adeguata al fatto presupposto⁷.

*Il testo è tratto dall'intervento all'incontro 'Dieci anni dell'Ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016 di riforma del diritto francese dei contratti, della disciplina générale e della prova delle obbligazioni' svolto a Roma il 20 marzo 2026 e organizzato dall'Associazione Civilisti e dall'Institut de Recherche en Droit Privé.

¹ U. BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva di diritto privato?*, in E. Ripepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Pisa, 2001, pp. 93-102 e ora in U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 285-293; ID. *Diritto, Verità, Giustizia*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013 pp.11-26, ora in *Immagini del diritto*, cit., pp. 295-307.

² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, edito in Italia da Einaudi, Torino, 1952, p. 57. Il giudizio di giustizia esprime soltanto il valore relativo della conformità alla norma. "Giusto" è qui soltanto una parola diversa per dire "legale". "Giustizia" nel significato che le è proprio e che la differenzia dal diritto esprime però un valore assoluto.

³ M. WEBER, *Economia e società, Diritto*, edito in Italia, a cura di M. Palma, da Donzelli, Roma, 2016, pp. 282 ss.

⁴ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, edito in Italia da Il mulino, Bologna, 1978, pp.31 ss.

⁵ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 164, fa l'esempio di una confessione fa piena prova, nel diritto italiano, contro colui che l'ha fatta, anche se contraria al vero. Sul rapporto tra processo e verità, si v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, cause riunite C-693/19 e C-831/19, Banco Desio, 17 maggio 2022.

⁷ U. BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, cit. p. 286.

Insomma, in un contesto pluralistico di fonti che si evolvono è ovvio che compaiano momenti valutativi diversi non riducibili ad una forma giuridica unitaria. Ciò non significa il trionfo della giustizia oltre o dentro il diritto, ma implica “uno sforzo continuo di inclusione delle diverse ragioni del conflitto” che le norme giuridiche e non solo la morale devono comporre.⁸ Da qui anche nel diritto privato una forma di giustizia che ingloba diverse sfere di valori senza rinunciare alla necessità di una decisione sottoposta a precisi controlli⁹.

Solo alcuni esempi.

2. La prassi e le fonti del contratto

Nei contratti c.d. internazionali rilevano la legge statale, il diritto europeo, ma anche le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite¹⁰. Le clausole compromissorie, in Italia, possono contenere non solo il rinvio alla legge straniera applicabile, ma anche ad altre *norme* (art. 829, comma 3, c.p.c., che richiama le “regole di diritto” e, dal 30 giugno 2023, al nuovo comma 2 dell’art. 822 c.p.c., aggiunto dall’art. 3, comma 53, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Un rinvio che comprende anche i Principi Unidroit, le FIDIC per i contratti di costruzione, gli Incoterm per la compravendita e il trasporto, i c.d. contratti alieni, domestici “ma pensati e scritti sulla base di un modello diverso da quello italiano” e che si dovranno valutare “con i principi del nostro ordinamento”¹¹. Ancora. La nostra Corte di Cassazione si confronta, pur con diversità di vedute, sulla recezione di istituti stranieri come la *Verwirkung*¹².

Tutto ciò porta a dire che occorre abbandonare una logica centrata sul solo codice, per fare ordine fra tutte le fonti che rilevano per l’autonomia privata e pensare ad un nuovo *Usus Modernus Pandectarum*, per ricomporre l’insieme a sistema¹³.

Con un problema di fondo.

Le parti possono mettersi d’accordo, in Italia in Francia e non solo, per liberarsi di gran parte del diritto dei contratti e ciò che sta accadendo oggi è

⁸ *Ibid.*

⁹ U. BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva del diritto privato?*, cit., p. 287.

¹⁰ G. DE NOVA, *I confini della autonomia privata*, in *Jus civile*, 2025, pp. 663 - 666.

¹¹ G. DE NOVA, *Contratto alieno*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, a cura di G. D’Amico, Milano, 2021, pp. 193 ss.

¹² Noti i riferimenti giurisprudenziali Cass., 14 giugno 2021, n. 16473 (con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *La “Verwirkung” (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1186 e Cass., 26 aprile 2024, n. 11219 del 2024, con commento di A. RENDA, *La Cassazione torna sulla “Verwirkung” per negarla*, in *ivi*, 2024, p. 1142 e F. LONGOBUCCO, *Estinzione del credito tra dottrina della “Verwirkung” e perdita del diritto come “pena privata”. Note a margine del recente “revirement” di Cass.*, (ord.), 26.04.2024, n. 11219, in *Pers. merc.*, 2024, p. 365. Sul tema, si v., tra gli altri, R. FAVALE, *Comportamento del creditore fra rinuncia tacita e “Verwirkung”*, in *Comp. dir. civ.*, 2022, p. 209; G. GRISI, *Brevi note sull’esazione della prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, p. 803; F. BENATTI, *Uno sguardo comparatistico sulla “Verwirkung”*, in *Banca borsa*, 2025, p. 694.

¹³ G. DE NOVA, *I confini dell’autonomia privata*, cit., p. 664.



3. L'ambiente digitale e i software di IA

La società digitale e il problema dell'intelligenza artificiale sono una conferma della necessità di un ruolo nuovo della scienza giuridica, non fosse altro perché nel nuovo millennio la tecnica assume una nuova forma ed occorre un nuovo sapere frutto di una cultura che sappia coniugare il metodo scientifico con la cultura del dubbio e del controllo¹⁵. Non solo.

È sempre più evidente come l'economia e la tecnologia digitale abbiano mutato il volto del diritto e la distinzione fra il dover essere della legge e l'essere dei fatti¹⁶. Lo Stato non ha più una funzione primaria per un motivo chiaro: i poteri economici e digitali, privi di legittimazione democratica, sono capaci di dettare e imporre il loro ordine¹⁷. L'economia e la finanza hanno concentrato un'enorme ricchezza nelle mani di pochi¹⁸, "svincolati da ogni patria"¹⁹. Gli algoritmi e i numeri incorporano regole invisibili che incidono sulle nostre azioni senza bisogno di esecutori²⁰. La libertà è oggi abusata e distorta: non è uno spazio individuale protetto, ma solo la facoltà di consentire una vera prevaricazione²¹. La nascita, la genitorialità, il genere, la fine della vita, ma anche il lavoro, la pretesa di una vita degna e le disuguaglianze intollerabili, esigono un pensiero forte senza riduzioni ideologiche²². La manifestazione del voto, uno dei pilastri dello Stato di diritto, è manipolata con milioni di messaggi, veri, falsi, distorti, che ogni giorno transitano sui *social* secondo i tempi e i modi di una comunicazione commerciale pervasiva e personalizzata²³.

Da qui un nuovo ruolo per il diritto, chiamato a svolgere una funzione essenziale, costruendo «regole, limiti, sanzioni», tramite un approccio «flessibile e aperto alla condivisione»²⁴. Un umanesimo costruttivo che conferisce

¹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2024; EAD., *Istituire la libertà*, Milano, 2026.

¹⁵ A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, in *Pers. merc.*, 2023, pp. 160 ss.

¹⁶ U. MATTEI, *La fine del diritto*, Milano, 2025.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologia erodono lo spazio del diritto*, in *Pol. dir.*, 2024, pp. 9-29; EAD. *Giustizia e digitalizzazione. Verso una dialettica servo-padrone*, in *ivi*, 2024, pp. 347-367.

¹⁸ T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, edito in Italia da Bompiani, Milano, 2014.

¹⁹ S. MATTARELLA, *Intervento del Presidente della Repubblica alla XVII Conferenza delle Ambasciatrici e degli Ambasciatori d'Italia*, 17 dicembre 2024.

²⁰ C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, edito in Italia da Giunti Editore, Milano, 2016.

²¹ M. FABRE MAGNAN, *Istituire la libertà*, cit.

²² G. VETTORI, *Persona e Pluralismo*, Firenze, 2024, pp. 12 ss.

²³ W. QUATTROCIOCCI e A. VICINI, *Polarizzazioni*, Milano, 2023.

²⁴ A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, cit., pp. 161 ss.

al diritto un nuovo compito²⁵. Ancora in gran parte da costruire²⁶, con la necessaria consapevolezza sistematica²⁷.

Non solo.

Nella regolazione dell'IA emerge un dato, seppur con alcune differenze fra ordinamenti. Ciò che è possibile per la scienza non è sempre eticamente accettabile e può determinare, anzi, esiti inammissibili²⁸. Per questo, diritto ed etica sono indicati nel Regolamento (UE) 2024/1689 come limiti alla tecnologia. Perché, da sempre, diritti e libertà dipendono dal tipo di società in cui si vive²⁹.

Questa verità fa riflettere su un fatto³⁰. Il diritto civile, in dialogo con il diritto pubblico, non può non avere una forte attenzione all'assetto della società in cui si vive, oltre a dover perseguire una funzione pubblica, per una pluralità di ragioni. Persona e Pluralismo (economico, sociale e giuridico) sono inseparabili, se si vuol dare risposte adeguate ai problemi di oggi. Occorre una scienza giuridica autonoma dalla Politica, capace di decostruire ogni mitologia e manifestazione fantastica del potere, per garantire il rispetto dei diritti e doveri fondamentali, tramite organi nazionali e sovranazionali in dialogo fra di loro.

Solo così, Stato di diritto e democrazia manterranno un valore effettivo in Europa e non solo³¹.

4. Giustizia, legge e volontà collettiva.

Dunque, l'evoluzione e la pluralità delle fonti impongono diversi momenti valutativi nel diritto privato contemporaneo, con alcune precise conseguenze. È impossibile descrivere la giuridicità così come lo si faceva in un passato in cui bastavano due fatti: da un lato, la certezza giuridica del diritto eguale, dall'altro, una dogmatica capace di ricondurre tutto ad un sistema coerente e completo.

È nato da tempo un nuovo modo di far diritto privato, secondo percorsi assai lontani da gloriosi modelli, perché la ricerca di quel che è giusto deve misurarsi con una complessità sociale e politica che non ha precedenti e deve esprimersi in un ordine istituzionale oggettivo, ove la questione del “vero” e del “giusto” attiene al momento della formazione della regola, al suo rispetto e alla sua applicazione. Come momenti inseparabili.

Anzitutto, la regola contrattuale non è giusta in via automatica, perché essa presuppone una parità che di fatto non c'è³². Si tratta di trovare la giu-

²⁵ N. IRTI, *L'ultima transizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 206-209.

²⁶ D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, pp. 921 ss.

²⁷ S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, p. 527.

²⁸ Così, P. STANZIONE, *Introduzione*, in S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, Firenze, 2024, pp. 5 ss.

²⁹ B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, edito in Italia da Einaudi, Torino, 2001, pp. 15, 16, 22, 24 in part. pp. 27, 28, 30-35.

³⁰ M. FABRE MAGNAN, *Istituire la libertà*, cit., pp. 45 ss. e 203 ss.

³¹ G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, pp. 3 ss.



sta misura “per la strada della massima difesa di tutte le argomentazioni individuali, collettive pubbliche”. Ma anche l’idea assoluta di una legge “incarnazione di una volontà popolare che esprima il massimo possibile di giustizia condivisa secondo la dittatura delle maggioranze” è legata al passato. Oggi il “giusto giuridico” non può essere espresso da una legge valida in base al numero dei voti, ma “esige un’espansione di tutte le potenzialità insite così nel giusto contrattuale e legale come nel giusto dei principi che fondano il diritto vivente in tutti i suoi rami e dunque anche nel diritto privato”. Il quale ha bisogno di nuove ricerche “nell’area dei mercati e del contratto, ma anche sulla indisponibilità di beni e diritti garantiti alle persone fuori e dentro le formazioni sociali”.

Insomma, la complessità del mondo esige che si esaltino “principi che includono il rispetto del pluralismo ideologico e del pluralismo istituzionale”, partendo dalla inviolabilità dei diritti fondamentali, capace di fondare un metodo di confronto delle culture e diffidente rispetto alle “organizzazioni giuridiche di fatto più forti”. Un uso corretto delle clausole generali e dei principi può essere una via utile e rigorosa, se è orientata alla pratica e rifugge da derive pericolose, per orientarsi a contatto con una “cultura politica rinnovata”, che passa anche e soprattutto da una buona attività riformatrice del legislatore. Per l’interprete valgono almeno tre indicazioni essenziali: “il nesso necessario fra il diritto, l’argomentazione e la decisione”; il rifiuto della “giustizia assoluta e urlata nella piazza”; infine, il rispetto del “carattere istituzionale e culturale del mercato”, senza farne “un meticcio ideologico”. Il tutto tramite una “prudenza” fondata su di un pensiero che si confronta con l’innovazione politica, e una cultura complessa ma mai arbitraria del giudicare. Ma, soprattutto, con l’invito “all’oggettività nella ricerca del giusto giuridico e all’opportunità di non confondere quell’istanza con l’appello non mediato a un valore assoluto di giustizia”, incompatibile con la complessità del tempo.

5. La giustizia contrattuale in Francia dalla riforma del *Code Civil* ad oggi.

La *réforme* della disciplina contrattuale del Code civil tocca, tra l’altro, il tema della giustizia contrattuale³³. Il Rapporto al Presidente della Repubbli-

³² U. BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva di diritto privato?*, cit., pp. 285-293. Ivi anche le citazioni successive.

³³ La Riforma è frutto di una molteplicità di progetti e di autori, dal 2006, il *Rapport* di Pierre Catala e poi la riforma della prescrizione, il progetto di Francois Terré, pubblicato nel 2009, e i volumi curati dalla *Société de législation comparée* (SLC) e dall’*Association Henri Capitant*, uno sulla Terminologia e i concetti del diritto europeo dei contratti, e l’altro sui Principi contrattuali di direzione di tale diritti, il risultato di un gruppo di lavoro della Corte di Cassazione sotto la direzione di Pierre Sargos del 2007. Tutto ciò ha consentito alla *Chancellerie* di prendere l’iniziativa che ha portato alla riforma del diritto francese dei contratti. La dottrina italiana ha riservato grande attenzione a questo evento storico: si v. tra gli altri i contributi raccolti nel numero dedicato alla *réforme* dalla rivista *Persona e mercato* (2018, 1) nonché i vari contributi comparsi in *Giur. It.* (2018, 5) e in *Jus civile* (2022, 3).

ca evoca chiaramente “*l’objectif de justice contractuelle*”, realizzato in modo peculiare. La scomparsa della causa, la previsione di norme sulla formazione, sul contenuto lecito e certo, sul rilievo della buona fede e delle sopravvenienze. Novità che affidano nuovi e più penetranti poteri di intervento al giudice in base a un preciso orientamento: un dialogo permanente fra legge e giudice, che è stata la base delle nuove norme e che continuerà nel rinnovato contesto del diritto delle obbligazioni. Con tre obiettivi: *simplicité, efficacité et protection*, al fine di rendere il diritto dei contratti prevedibile e efficace, rigoroso e pragmatico, sì da consolidare e rafforzare l’*attractivité* del sistema giuridico francese³⁴.

Con tratti di un nuovo ordine del contratto, fondato su di un preciso e innovativo controllo dell’equilibrio negoziale tramite precise disposizioni³⁵. La disciplina della lesione, il ruolo di una obbligazione essenziale e fondamentale del contratto, la nullità delle clausole abusive, altre modalità di controllo, la nozione di economia del contratto, il richiamo di leggi speciali. L’estensione della disciplina delle clausole vessatorie ad ogni contratto non negoziato (art. 1171, *code civil*). L’ampio ruolo affidato alla buona fede e all’ordine pubblico riformato. La “violenza economica” (art. 1143, *code civil*) conosciuta da molti decenni nell’ambiente di *common Law*. La disciplina delle sopravvenienze e i nuovi e maggiori poteri conferiti giudice (art. 1195, *code civil*).

Tutte risposte adeguate ai tempi, che coniugano norme e principi, clausole generali e norme indeterminate, nella difficile attività di regolazione dell’autonomia privata e del contratto, attuate da una giurisprudenza intervenuta in modo significativo su una pluralità di casi, perché il ruolo del giudice e dell’interprete nel contesto della riforma è fondamentale. Per un motivo in particolare.

Il Rapporto al Presidente della Repubblica dispone che l’ordinanza, “salvo disposizione contrarie”, come nel caso della buona fede, del dovere di informazione e anche delle sopravvenienze, è suppletiva rispetto alla volontà. Sicché la maggioranza delle nuove disposizioni non sono di ordine pubblico e le parti possono accordarsi in modo diverso rispetto al testo della legge. Ma, come si è osservato³⁶, quel rapporto ha solo un valore persuasivo e non normativo. I giudici non sono tenuti al rispetto di tale direttiva e potranno utilizzare le novità della riforma (vizi del consenso, violenza economica, abuso di dipendenza economica, assenza di contropartita) per decidere se una clausola che rimetta in questione una regola essenziale del codice debba essere annullata o ritenuta come non scritta, specie se essa è contenuta in un contratto per adesione.

Di più, i giudici potranno affermare che alcune regole sono di ordine pubblico³⁷. Certo, è ragionevole supporre che le parti, facendo leva sulle direttive contenute nel Rapporto, agiranno in deroga alle nuove disposizioni,

³⁴ Il *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* si legge in www.legifrance.gouv.fr.

³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., p. 515-543.

³⁶ *Ibid*, p. 58-59

³⁷ *Ibid*, p. 59 e, *ivi*, il richiamo a Cass.civ., 5 giugno, 2017, n.16-407.



apponendo clausole che tendano a dimostrare l'eguale forza delle due parti. Ma i giudici potranno paralizzare quelle affermazioni quando sembrano essere formulate in condizioni discutibili. E' il caso delle pattuizioni che hanno l'effetto di far rinunciare una delle parti a una protezione accordata dal *Code civil*. Le clausole dovranno essere interpretate in modo restrittivo dal giudice e non aver valore se non per "*lo strict domaine quell'elles visent et non pas nécessairement pour toute la règle concernée*".

6. Le diverse visioni della giustizia contrattuale nella dottrina francese

La dottrina civile francese dialoga oggi con la filosofia sulla nozione di giustizia, con visioni diverse che chiariscono il tema e il suo rilievo pratico ancor oggi³⁸.

Alain Serrioux ne indica tre significati. La giustizia: a) è la qualità attesa dai comportamenti che riguardano i nostri rapporti con gli altri: (*ius suum unicuique tribuere*) (Ulpiano), b) è l'insieme degli organi che in una società occidentale sono incaricati di rendere giustizia (Aristotele), c) è la costruzione di una società ove tutti e ciascuno possiedono ciò che è giusto (Tommaso d'Aquino). I tre termini insieme indicano il dato oggettivo della giustizia, da cui scaturisce quella contrattuale, perché il contratto è una modificazione volontaria dell'ordine giuridico. Un ordine attento ad una giusta ripartizione di beni e cose (Sant'Agostino), che assegna a ciascuno il suo posto entro una misura protetta dai principi di ordine pubblico, buon costume e principi fondamentali del diritto dei contratti elaborati e riconosciuti dalla giurisprudenza. Insomma, secondo questa visione, il giusto è una forma di legale equilibrio, adeguato ad ogni singolo caso, che il giudice determina nell'esercizio della sua *ars boni et equi*. Da qui, anche la distinzione di Aristotele, di una giustizia distributiva che riguarda il posto di ognuno nella società e una giustizia commutativa che mira a restituire l'equivalente, secondo le regole di ciascun contratto o, in caso, di accordo atipico quando comunque si è rotto l'equilibrio fra due persone. Sicché il prezzo è affare delle parti, salvo la lesione enorme, o certe clausole che si considerano abusive. L'interprete andrà oltre le parole, per cogliere lo spirito di ciò che si è convenuto. Buona fede, fedeltà e sincerità sono le fondamenta dell'impegno preso.

La replica autorevole del giurista positivo, Fabre-Magnan, è netta.

È un bene che i giuristi non lascino del tutto ai filosofi il tema della giustizia contrattuale, per vari motivi. Anzitutto, perché ridurre il tema alla giusta proporzione fra le prestazioni richiama sempre la distinzione di Aristotele fra giustizia degli scambi (commutativa) e giustizia della circolazione della ricchezza (distributiva). Un binomio, questo, frutto dell'ideologia anglosassone, basata su una concezione del contratto come un bene o, meglio, una merce qualsiasi, un oggetto che il consenso delle parti fa circolare. Ma il di-

³⁸ Si v. A. SERRIOUX, *Qu'est-ce que la justice contractuelle?*, in *Rev. Phil. droit*, 2025, e M. FABRE-MAGNAN, *Le consentement est-il une source de justice?*, in *ivi*, p. 93.

ritto civile deve anche assicurare protezione alle parti e contenere regole che riguardano il potere che le parti possono esercitare l'uno verso l'altro.

Ciò introduce un'altra fondamentale esigenza.

Perché il contratto sia giusto è necessario, anzitutto, che ci sia una giustizia del contesto, ossia del quadro entro il quale si concludono i contratti. Occorre tener conto di una temporalità richiamata dalla frase di Foullée: *qui dit contractuelle dit juste*. Che va intesa bene. Quel brocardo notissimo vuol dire una cosa precisa: perché il consenso sia fonte di giustizia occorre prima di tutto una giustizia del contesto al fine di permettere al libero consenso di avere un senso. Ciò ha un significato preciso anche per Foullée: occorre aver dimostrato il carattere equo del contesto prima di poter dimostrare il carattere equo dei contratti conclusi e il contratto è giusto perché i contratti sono autenticamente voluti, rispettano la volontà delle parti e dunque producono effetti³⁹.

Una conferma viene dall'art. 28 della Dichiarazione del 1948 ove si dice che: "ogni persona ha diritto che regni sul piano sociale e sul piano internazionale un ordine tale che i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione possano trovare pieno effetto". Dunque, la libertà contrattuale non è spontanea, ma ha bisogno di essere istituita e garantita dal diritto. L'art. 1103 del *code civil* e il 1372 del c.c. italiano affermano la forza di legge del contratto entro un preciso quadro di disposizioni normative. Ed è questo il senso della giustizia contrattuale che può trarsi dall'*ordonnance*, quando introduce il rispetto della buona fede come regola di ordine pubblico e non suppletiva⁴⁰.

Certo, esistono varie posizioni che spingono la giustizia verso significati ove si dà massimo rilievo alle preferenze soggettive o si invoca una divinità. Ma tutto ciò può essere superato da un pensiero forte che considera diritto, democrazia, persona, verità, come parole espressione di una *région moyenne* lontana dal cielo e dalla terra⁴¹. Entità che il diritto può trasformare in realtà logiche e oggettive, senza attendere una parola divina. La giustizia, in particolare, è una di queste parole, di quei dati costitutivi che servono a dare un senso alle nozioni di consenso e di contratto.

7. La giustizia contrattuale nella dottrina italiana.

In una recente voce enciclopedica, il tema della giustizia contrattuale è affrontato con piglio critico e con un procedere chiaro⁴². Questi i passaggi. Il tema è antico quanto il rapporto fra diritto e giustizia. È il risultato di molteplici premesse che definiscono un contesto nuovo, come l'accelerazione

³⁹ Nel suo scritto sulla giustizia sociale, Foullée individuava tre teorie diverse: a) un naturalismo individualista, in Inghilterra, che tende all'onnipotenza dell'individuo, b) un naturalismo collettivista, in Germania, volto al materialismo e all'onnipotenza della società, c) un idealismo morale, in Francia che consente un simultaneo sviluppo dell'individuo e dello Stato, in base ad un connubio inseparabile fra giustizia e la solidarietà. Così, M. FABRE-MAGNAN, *Le consentement est-il une source de justice?*, cit. p. 93.

⁴⁰ V. il nuovo art. 1104 code civil, "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public".

⁴¹ S. WEIL, *La personne et le sacré* (1943), Paris, 2017.

⁴² G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, cit., p. 604-607.



del diritto europeo e il nuovo rapporto fra legislazione e giurisdizione, frutto di distorsioni e di eccessi. La legislazione sullo squilibrio negoziale è troppo invasiva, a partire dalla normativa sul consumo e dalle leggi speciali come l'usura, e non solo. L'opera integrativa e innovativa del giudice si manifesta non solo nei procedimenti interpretativi ma attraverso la ricerca di principi come "la ragionevolezza, la meritevolezza, l'effettività, capaci di fondare un generale potere di controllo e di sindacato sul contenuto del contratto da parte del giudice"⁴³. Posto spesso in concorrenza con il legislatore ma, soprattutto, oltrepassando la fattispecie e superando le previsioni normative e il procedimento analogico. E qui la preoccupazione aumenta. Perché, in tal modo, si teme l'affermazione di una giustizia sostanziale dei soggetti nel contratto, caricato di un compito che non può assolvere, pena la sua dissoluzione. E si finirebbe per attribuire al giudice un compito che spetta casomai alla Corte costituzionale e al legislatore. Con un esito apocalittico. Il pericolo di smarrire la razionalità del sistema, aggiungere ingiustizie determinare un esito contro funzionale⁴⁴.

La prospettiva da cui muove questa chiara visione è riconducibile a due assunti: *i*) nel guardare al passato di un contratto fra pari che non può essere assicurato né dalla volontà né dal consenso; *ii*) nell'ancorarsi al modello volontaristico del secolo XIX che non è in grado di affrontare la nuova realtà dell'autonomia privata nel tempo in cui viviamo.

Ancora.

In una raffinata riflessione sulla dogmatica, si afferma che la giustizia senza un puntello normativo sarebbe del tutto inconsistente. Il che richiama il problema delicato e discusso del ruolo di regole e principi costituzionali nel controllo del contratto, ma non giustifica le osservazioni critiche nei confronti di chi parla di giustizia contrattuale, come esigenza di un ordine e non come attribuzione di un potere al giudice⁴⁵. Qui, la prospettiva da cui si muove è evidente. Si nega il tema della giustizia contrattuale, rifugiandosi in un'idea di Dogmatica come lemma assoluto, panacea di un ordine ottocentesco che non c'è più⁴⁶. Quando invece il richiamo alla giustizia ha il compito, da sempre, di indicare e orientare una profonda continua evoluzione nella teoria del contratto⁴⁷, senza determinare affatto gorgi inevitabili⁴⁸. Registrati i passaggi e i cambiamenti, si deve prendere atto che la complessità attuale possa essere pensata e ordinata "in modo diverso dal passato"⁴⁹.

D'altra parte, si reputa da taluno che occorra oggi ricondurre ogni cosa al suo posto⁵⁰. La prospettiva da cui muove questo scritto brillante è che esista un posto giusto nella storia a cui ricondurre con certezza matematica il

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, Milano, 2024, p. 51.

⁴⁶ G. CAZZETTA, *Recensione a G. Vettori, Persona e Pluralismo*, in *Quad. fior.*, 2025, p. 663, parla di "lemma che non si è mai riscattato completamente dalla sua carica assolutistica" ispirata ad una precisa idea di giustizia ottocentesca.

⁴⁷ G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 815

⁴⁸ Così, invece, C. CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, cit., p. 51

⁴⁹ G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 815.

⁵⁰ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. IX e pp. 3-14.

compito del diritto Ma, invero, è difficile individuare quale sia questo posto, per un motivo chiaro.

Secondo questo autorevole autore occorre restaurare generalità e astrattezza della legge. Riconoscere che le “svolte di sistema spettano alla politica”⁵¹. Ripensare la funzione della Corte costituzionale. Ridurre i margini dell’interpretazione, orientandola al rispetto del diritto positivo. Recuperare la distinzione fra morale e diritto. Guardare non all’*essere (alla fattualità)*, ma al *dover essere*, su cui si fonda il legame fra diritto, ordine e certezza. Riaffermare principi forti, come la causalità (se A allora B) e la consequenzialità necessaria (se A deve essere B). Nel rifiuto netto del neo-costituzionalismo, privo di egemonia culturale e “dominato da un soggettivismo incontrollabile”⁵².

Dunque, il pericolo che determina il disordine giungerebbe a noi dalla centralità dei principi costituzionali, dagli interpreti e dai giudici sì da rendere necessario rimettere le cose al loro posto. Ma i pericoli oggi sono ben altri. Soprattutto perché siamo in un periodo di rottura e non di transizione. In Italia e nel mondo le assemblee parlamentari perdono il loro ruolo e i governi sono infastiditi dal controllo di legalità della magistratura e degli altri organi intermedi. Le autocrazie svincolano il diritto positivo da qualsiasi principio democratico per affermare l’egemonia di un potere senza limiti.

8. La realtà. Il punto e la linea.

James Gordley osserva che le teorie volontaristiche si sono rivelate fragili ed “hanno consumato una definitiva rottura con la tradizione aristotelica, senza riuscire ad individuare alternative altrettanto valide”⁵³. Per questo, alla fine del ‘900, non si trova un accordo per fondare una rinnovata teoria del contratto. Per alcuni non sarebbe neppure necessaria, visto che una teoria generale del contratto non è stata elaborata né dai Romani, né dalla *common law*. Per altri, essa si dovrebbe basare sulle acquisizioni filosofiche moderne di ispirazione Kantiana, come Rawls, o utilitarista come Posner, ma entrambe, osserva Gordley, non affrontano adeguatamente il tema della giustizia. La prima perché non riesce ad individuare il minimo di consenso necessario per la validità del contratto. La seconda perché evoca la necessità dell’allocazione più efficiente e fa leva sul fine e lo scopo delle parti, secondo le idee, appunto, della seconda scolastica. Entrambe hanno la stessa difficoltà: l’impossibilità di edificare una teoria “antropologica più ricca di quella lasciata dal XIX secolo”⁵⁴ e si auspica una ripresa della tradizione Aristotelica o comunque di una visione che si preoccupi non solo della vo-

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Richiamo ancora una volta e in certi passaggi testualmente, M. GRAZIADEI, *Recensione a James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrin*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1992, pp. 524 ss. 25-528. E si veda ora il recente saggio di J. GORDLEY, *Private Rights and the common Good*, in *Tulane Public Law Research Paper*, 2022, pp. 1 ss.

⁵⁴ J. GORDLEY, *Private Rights*, cit., pp. 1 ss.



lontà, ma del risultato voluto e conseguito dai contraenti su cui esercitare un controllo.

Nel diritto civile, agli inizi del 2000, il tema della giustizia contrattuale ha dominato il dibattito scientifico in Italia⁵⁵ e non solo⁵⁶. All'inizio del nostro secolo si confrontano posizioni diverse: una visione nichilista di un diritto astratto e formale⁵⁷, la necessità di un pensiero collettivo oltre la forma dei diritti⁵⁸, un nuovo rapporto fra diritto e morale⁵⁹.

Venti anni dopo si parla di una nuova legalità in formazione, al di qua e al di là dell'Atlantico, che supera la vecchia distinzione fra *giusnaturalismo* e *giuspositivismo* e intreccia ermeneutica e pluralismo⁶⁰. Sicché stiamo assistendo, in alcune significative teorie, ad un ritorno allo studio della "connessione fra etica, politica e diritto". Senza pretese dogmatiche⁶¹, ma tramite il dialogo e una "tavola pitagorica" perché "uno ha sempre torto, ma con due comincia la verità"⁶².

Non fosse altro perché il sistema delle fonti muta ed è profondamente mutato a cavallo dei due ultimi secoli. Non più solo la legge ordinaria, ma anche i principi costituzionali e sovranazionali sono chiamati a valutare gli atti dei privati. La volontà popolare espressa, in procedure legali fissate nelle norme, non è più idonea, da sola, a fissare la rilevanza giuridica di atti e contegni. Sicché spetta alla legislazione e alla giurisdizione, ordinaria e costituzionale, alla Politica e alla scienza del diritto, in dialogo fra loro, ordinare un contesto giuridico nuovo.

⁵⁵ Senza pretesa di completezza, si v. tra gli altri G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 67; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto privato europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411; EAD., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 589; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Mater. st. cult. giur.*, 2008, p. 219.

⁵⁶ H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659; M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 635; H.W. MICKLITZ (eds.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, 2011; ID., *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018.

⁵⁷ N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo, su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, pp. 5 ss., 23 ss., 103 ss.

⁵⁸ P. BARCELLONA, *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su Giustizia e Verità*, Bari, 2001, pp. 5ss.

⁵⁹ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.

⁶⁰ Così, G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 35; cui adde J. GORDLEY, *Private Rights*, cit., p. 1 ss.

⁶¹ Così, A. PUNZI, (voce) *Filosofia del diritto*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 1163 ss., in part. p. 174 e P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, (1995), Torino, 2000, pp. 11 ss.

⁶² F. NIETZSCHE, *La gaia scienza e Idilli di Messina*, Milano, 1977, p. 195, n. 260.