

Collana Scienze Giuridiche 2



# La diseguaglianza nei contratti

*Esperienze straniere e diritto comparato*

*a cura di*

*Michaela Giorgianni*



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2021

Volume pubblicato con i fondi dell'Unità di ricerca di Ateneo  
su «Diseguaglianza del potere negoziale e diritto contrattuale europeo»  
(Resp. M. Giorgianni)

Copyright © 2021

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

ISBN 978-88-9377-195-5

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021 presso Sapienza Università Editrice

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi microfilm, film, fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi. L'editore è a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per eventuali involontarie omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti e/o delle foto.

All Rights Reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopy, recording or any other information storage and retrieval system, without prior permission in writing from the publisher. All eligible parties, if not previously approached, can ask directly the publisher in case of unintentional omissions or incorrect quotes of sources and/or photos.

# Indice

Note introduttive sulla giustizia nel diritto dei contratti <i>Michaela Giorgianni</i>	7
Contratto asimmetrico tra imprese: proposte di riforma della disciplina delle condizioni generali in Germania <i>Amalia Diurni</i>	31
Lo squilibrio contrattuale in Francia: la <i>lutte contre les clauses abusives</i> e la moltiplicazione delle regole e dei ruoli nel diritto dei contratti modernizzato <i>Michaela Giorgianni</i>	59
<i>Déséquilibre significatif</i> e clausole contrattuali ingiustificatamente gravose nella filiera agro-alimentare. Spunti di comparazione giuridica fra Francia ed Italia <i>Raffaele Torino</i>	91
La disegualianza del potere negoziale nel diritto inglese: prospettive di tutela dell'imprenditore debole <i>Laura Vagni</i>	133
Indice degli Autori	165



# Note introduttive sulla giustizia nel diritto dei contratti

*Michaela Giorgianni*

SOMMARIO: 1. La giustizia sociale e le trasformazioni del diritto privato. – 2. La giustizia contrattuale fra eguaglianza e solidarietà. – 3. La tutela delle parti deboli e i recenti processi di decodificazione e ricodificazione. – 4. Un diritto dei contratti «più giusto» nella proposta di riforma del codice civile italiano?

## 1. La giustizia sociale e le trasformazioni del diritto privato

L'espressione «giustizia sociale» è intesa tradizionalmente come una reazione alle trasformazioni della società<sup>1</sup>, che sono seguite alla Rivoluzione industriale e all'avvento del capitalismo e che sono fondate sulla produzione di massa e sulla crescita illimitata, sulle differenziazioni in base alla classe sociale di appartenenza e sulla standardizzazione dei rapporti. Nel costante dialogo fra la realtà giuridica e la dimensione sociale il tema della giustizia e delle diseguaglianze investe in particolare la funzione sociale del diritto privato<sup>2</sup> e il tentativo, già a partire dalla seconda metà del XIX secolo, di superare l'idea tipica della società borghese di un diritto privato individualista e liberale così

---

<sup>1</sup> Sull'argomento si rinvia soprattutto a DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. TRUBEK – A. SANTOS (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, p. 19 ss.; G. MARINI, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2016, p. 95 ss.

<sup>2</sup> Si vedano i diversi contributi contenuti in F. MACARIO – M. N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio Roma 9 ottobre 2015, RomaTrE-Press, 2017.

come era stato consegnato dalle codificazioni moderne. Il soggetto era stato considerato fino ad allora in termini astratti e separati dal contesto socio-economico che lo circonda e in una condizione di parità formale rispetto agli altri soggetti con cui entra in rapporto. Era stata l'epoca del volontarismo e della libertà contrattuale, del diritto privato «neutrale»<sup>3</sup> che ora abbisognava tuttavia di un aggiornamento.

La giustizia sociale, pur nel generale intento di reagire all'individualismo borghese, ha assunto sin dal principio diverse sfumature. In Germania ricordiamo soprattutto Rudolf von Jhering<sup>4</sup> e la sua visione del diritto come strumento per la realizzazione di scopi sociali, nonché Otto von Gierke<sup>5</sup>, preoccupato per le sorti del futuro codice civile. In particolare Gierke ha voluto evidenziare un «cambiamento» rispetto all'età moderna, che era stata caratterizzata dall'individuo «libero e uguale» e dallo Stato «onnipotente» e «meccanico» in una «società atomizzata e meccanizzata»: il «risveglio dello spirito di comunità» per la creazione dello Stato e del diritto, degli usi e dell'economia in senso sociale. E si è interrogato sul compito dell'ordinamento giuridico di fronte a questo cambiamento<sup>6</sup>. Ebbene il diritto privato ha la funzione di «porre dei limiti al libero gioco della volontà individuale nella formazione di rapporti giuridici», perché una «libertà contrattuale illimitata si distrugge da sola», è «un'arma terribile» nelle mani del più forte, impiegata come mezzo per «sottomettere» il più debole; e il diritto privato ha «il compito di proteggere il debole dal forte, il benessere della collettività dall'egoismo del singolo»<sup>7</sup>.

In Francia più voci hanno tentato di contrastare i principi formulati nel *Code Napoléon*. Così con François Gény e il metodo della *libre recherche scientifique* si è cercato un cambiamento di prospettiva rispetto all'*école de l'exégèse* e alla rigorosa interpretazione letterale del codice, che aveva caratterizzato gli anni successivi alla sua entrata in vigore<sup>8</sup>, e si è proposto di nutrire più fiducia nell'opera discrezionale dei giudici per

<sup>3</sup> F. MACARIO, *Le ragioni di un incontro*, in F. MACARIO – M. N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, cit., p. 5 ss., 6.

<sup>4</sup> R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Zweite Auflage, Leipzig, 1884.

<sup>5</sup> O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Wien, April 1889, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1889.

<sup>6</sup> VON GIERKE, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>7</sup> VON GIERKE, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>8</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1919), II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1954, p. 74 ss.

l'interpretazione della legge. Ricordiamo anche Alfred Fouillée, filosofo e sociologo francese, che si è interrogato sui rapporti fra *justice* e *fraternité*. Conducendo a identità i due termini del raffronto, perché «la vera fratellanza è l'amore nella giustizia», ha poi concluso che «l'idea di un organismo contrattuale è identica a quella di una fratellanza regolata dalla giustizia», poiché «qui dit *organisme* dit *fraternité*» e «qui dit *contractuel* dit *juste*»<sup>9</sup>. Ancora, in una prospettiva giusrealista Léon Duguit ha affermato che il diritto non è tanto l'opera esclusiva del legislatore, quanto piuttosto «il prodotto costante e spontaneo dei fatti» e dei bisogni pratici, ed è «in uno stato perpetuo di trasformazione»<sup>10</sup>. Il nuovo sistema giuridico è «d'ordine realista» e non più fondato sull'idea del diritto soggettivo dell'individuo, ma sulla «funzione sociale che si impone agli individui e ai gruppi»<sup>11</sup>.

Con l'avvento della società industriale e il nuovo ordine proprietario definito dal sistema di fabbrica la libertà contrattuale diventa uno strumento di prevaricazione del più forte a danno del più debole. Viene limitata l'autodeterminazione del più debole attraverso una standardizzazione dei rapporti in linea con la produzione industriale. Di qui la necessità di un modello di giustizia che reagisca all'individualismo borghese e tenga in considerazione i cambiamenti economici e sociali intervenuti con la Rivoluzione industriale. Un modello che si fonda «sul tema del conflitto e sul tema della solidarietà estesa alle relazioni tra consociati: il conflitto per contrastare l'induzione alla cooperazione tipica delle società in cui la conformazione dei comportamenti individuali mirava all'equilibrio e allo sviluppo del sistema, e la solidarietà per concepire la conformazione dei comportamenti individuali come attribuzione in chiave emancipatoria di forza giuridica ai portatori di debolezza sociale strutturale»<sup>12</sup>. Si verifica in questo modo uno scontro fra istanze individualiste e istanze altruistiche, fra libertà e solidarietà

---

<sup>9</sup> A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, Paris, 1880, p. 409 s., 410, secondo il quale «noi siamo fratelli perché accettiamo volontariamente un medesimo ideale entrando a far parte della società e ci obblighiamo a formare una medesima famiglia; noi siamo fratelli anche perché siamo per natura membri di un medesimo organismo, perché non possiamo vivere o svilupparci gli uni senza gli altri, perché la nostra stessa moralità è legata allo stato sociale e alla moralità dell'insieme».

<sup>10</sup> L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1920), La Mémoire du Droit, Paris, 2008, p. 3 ss.

<sup>11</sup> DUGUIT, *op. cit.*, p. 8 ss.

<sup>12</sup> A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 39 ss., 42, 46 ss.

nel contratto. In definitiva, di fronte a una differente visione della società la giustizia sociale e la solidarietà innovano il diritto privato di stampo ottocentesco, assumendo il compito di indirizzare il comportamento dei consociati nelle relazioni private.

La storia successiva ha mostrato, tuttavia, come questa dicotomia fra libertà e solidarietà sia capace di assumere direzioni non univoche e come soltanto con il costituzionalismo del dopoguerra la risocializzazione dell'economia abbia potuto realizzarsi all'interno del meccanismo democratico, esaltando la solidarietà «come modo di essere delle relazioni tra lo stato e gli individui, esattamente come delle relazioni tra individui». Ma «le democrazie tendono naturalmente a promuovere sistemi di solidarietà che i fautori del libero mercato combattono»<sup>13</sup>.

## 2. La giustizia contrattuale fra eguaglianza e solidarietà

Un esempio evidente è dato dall'esperienza dell'Unione europea e dal ruolo che qui effettivamente occupa la giustizia sociale<sup>14</sup>. Non che l'Europa sia assente nella lotta contro la povertà, l'esclusione sociale e la discriminazione<sup>15</sup> al fine di garantire a tutti parità di accesso

<sup>13</sup> A. SOMMA, *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in Id. (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 227 ss.

<sup>14</sup> Cfr. il *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, elaborato dal Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo. Il testo del Manifesto è pubblicato in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss., e nella versione italiana in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1 ss.

<sup>15</sup> Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa garantisce fra gli obiettivi dell'Unione (Art. I-3) «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» accanto alla sostenibilità ambientale e alla protezione sociale («L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore»). Con riferimento alla «solidarietà» si vedano gli Artt. II-87-98 in materia di protezione dei lavoratori, della famiglia, della salute, dell'ambiente e dei consumatori. Con riguardo all'articolata disciplina antidiscriminatoria v., in particolare, l'Art. 19 TFUE (ex Art. 13 TCE), che non ha un'autonomia portata precettiva, ma conferisce al Consiglio la facoltà di prendere provvedimenti «per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»; l'Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sulla «Non discriminazione» (Art. II-81); alcune direttive in materia, quali la direttiva sull'uguaglianza razziale (2000/43/CE); la direttiva sulla parità in materia di occupazione (2000/78/CE); la direttiva sulla parità di trattamento (2006/54/CE), che accorpa una serie di direttive precedenti in materia di pari opportunità tra uomini e donne. In giurisprudenza v. soprattutto Corte giust. UE, 22.11.2005, causa C-144/04,

alle opportunità e alle risorse. Anzi, questa lotta costituisce uno degli obiettivi specifici dell'Unione europea e degli Stati membri nell'ambito della politica sociale. Ma l'attenzione verso le tematiche sociali, a parte alcune sporadiche eccezioni, è stata molto ridotta rispetto all'interesse prevalente nella costruzione del Mercato comune. L'azione europea è stata in ogni caso sempre improntata a garantire la sopravvivenza del mercato piuttosto che il benessere sociale. Questo perché l'Europa pone gli obiettivi di solidarietà e di giustizia sociale a latere del mercato, appoggiando i poteri forti e alimentando così la crisi dello Stato sociale e della democrazia<sup>16</sup>. Nella vasta disciplina sui contratti dei consumatori, infatti, il legislatore ha inteso garantire non tanto un diritto che sia «interventista» sulle forze del mercato a fini redistributivi e di sicurezza sociale, quanto piuttosto un diritto di impronta neoliberale diretto a «rimuovere gli ostacoli al commercio» e a «correggere *market failures*». Invero il consumatore è considerato essenzialmente un attore del mercato, che soddisfa soltanto i suoi interessi economici<sup>17</sup>, e gli strumenti messi a disposizione per riequilibrare i rapporti contrattuali sono principalmente rivolti a tutelare la concorrenza e il mercato.

---

*Mangold*, e Corte giust. UE, 19.1.2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*. Sul contratto «discriminatorio» si veda in particolare D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. CAGGIA – G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, con Introduzione di A. ZOPPINI, RomaTrE-Press, 2019, p. 135 ss.

<sup>16</sup> Cfr. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss., 662 ss., il quale evidenzia che «il compito della Comunità è di promuovere il mercato e non di assicurare che questo mercato sia corretto secondo finalità distributive»; M. W. HESSELINK, *CFR & Social Justice*, Sellier de Gruyter, 2008.

<sup>17</sup> Si richiama la ben nota contrapposizione di RALF DAHRENDORF (*Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, con Introduzione e Premessa di F. Ferrarotti e Traduzione di P. Massimi, Nuova Edizione, Armando Editore, 2010) fra *homo sociologicus* e *homo oeconomicus*, fondata su una tipizzazione dei comportamenti umani. L'*homo oeconomicus*, nel campo delle teorie economiche, è l'uomo «informato e razionale», che «pesa e commisura guadagni e perdite» (pp. 39 ss., 138 ss.). Il primo tipo umano, l'*homo sociologicus*, nel campo della sociologia, attiene ai rapporti fra la società organizzata e il singolo e «vuole fornire una spiegazione dell'agire sociale», con le sue determinazioni di ruolo condizionanti della società: «l'uomo si comporta secondo determinati ruoli» e il sistema delle sanzioni sociali determina l'obbligatorietà del modello. Per un rinvio ai tipi umani delineati da Dahrendorf e da utilizzare come punti di riferimento per il legislatore nella definizione della tutela dei consumatori, si veda A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale*, in G. CONTE – A. FUSARO – A. SOMMA – V. ZENOVICH (a cura di), *Dialoghi con G. Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTrE-Press, 2018, p. 515 ss., 524 ss.; già *Id.*, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 679 ss., 680 ss. Si ricorda però anche che non mancano le eccezioni, a partire dalla direttiva europea sulle clausole abusive, per la quale il legislatore ha preso ispirazione dall'esperienza tedesca dell'*AGBG*.

Mentre il diritto contrattuale sociale<sup>18</sup>, da intendersi quale strumento di critica alle ideologie allo stato ancora dominanti, è orientato «verso valori sociali diversi da quelli liberali e puramente di mercato» e rimanda a «un incremento delle regole imperative a carattere protettivo», che contrasta con l'autonomia dei privati e riflette «un'intrusione dei valori del Welfare State nella logica di mercato del diritto contrattuale tradizionale». Anche se poi in realtà le soluzioni «welfariste» per una determinata esperienza possono non esserlo per altre<sup>19</sup>. Con la conseguente impossibilità di individuare confini generalmente validi per l'espressione «giustizia sociale», destinata a mantenere allora nella pluralità delle sue direzioni e angolature un carattere sfuggente e flessibile, ma capace allo stesso tempo di dare una maggiore carica evolutiva al diritto.

Il contratto nella sua dimensione «sociale» presenta nondimeno alcuni elementi che necessariamente lo contraddistinguono dal contratto «liberale». È infatti un atto che certamente fugge dall'astrattezza per guardare alle esigenze concrete e alle identità. Non è un atto statico, ma si muove continuamente per adeguarsi ai mutamenti e ai bisogni della società e si arricchisce della dinamicità dei diversi contesti in cui opera. È soprattutto un atto «solidale» diretto a tutelare maggiormente gli interessi della collettività rispetto agli interessi personali. In questi termini esso presenta un'immagine del rapporto che poggia non tanto sui diritti, quanto piuttosto sui doveri sociali fra le parti e verso la società, consentendo di colmare le diseguaglianze sociali attraverso un'equa distribuzione delle risorse. Superando la separazione fra pubblico e privato il contratto sociale può allora rappresentare un importante strumento di redistribuzione della ricchezza non solo fuori dal mercato, ma anche nel mercato.

<sup>18</sup> T. WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, 1995.

<sup>19</sup> T. WILHELMSSON, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 267 ss., 269, che, con riferimento all'*acquis communautaire*, osserva che «se riconduciamo ad un'ispirazione welfarista l'idea di una disciplina imperativa posta a protezione del contraente debole – idea che comprende la legittimazione delle corti e di altri soggetti istituzionali ad intervenire sulle clausole abusive sulla base del principio di correttezza – è chiaro che tutto il complesso di norme che formano l'*acquis*, e segnatamente le direttive sulla vendita dei beni di consumo e sulle clausole abusive, va riguardato come welfarista. Ma allora, a meno di accontentarsi di quest'osservazione ovvia, non possiamo eludere la seguente domanda: welfarista in che senso, da quale punto di vista?». Sull'argomento si rinvia più ampiamente a R. BROWNSWORD – G. HOWELLS – T. WILHELMSSON, *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, 1994.

Quando si parla invece di giustizia nel diritto dei contratti, tradizionalmente si osserva che essa può essere soltanto «commutativa»<sup>20</sup>, nel senso che «parifica un'eguaglianza violata a causa di un guadagno o di una perdita ingiusti» ed è diretta a «compensare, restituire, ripristinare» conseguendo il principio del rendere a ciascuno ciò che gli appartiene<sup>21</sup>. Questo perché «il contratto rinnega sé stesso se è orientato verso la logica distributiva, mentre è quest'ultima che deve accompagnare i più deboli –ovviamente per il tramite di interventi legislativi– verso le esigenze del contratto e del mercato»<sup>22</sup>.

Sono più rare le voci che diversamente sostengono la possibilità di una giustizia «redistributiva» in materia contrattuale, vale a dire di una giustizia che considera le persone come appartenenti a un «insieme sociale» e affronta «problemi di ripartizione, attribuzione o assegnazione», facendo «le parti di qualcosa di comune: beni, incombenze, risorse naturali, opportunità, ruoli e cariche, profitti e vantaggi, oneri,

---

<sup>20</sup> La distinzione fra giustizia «commutativa» o «regolatrice» e giustizia «distributiva», fondate rispettivamente sull'uguaglianza e sulla proporzione, risale, come è noto, al discorso di Aristotele sulla giustizia, considerata la più importante fra le virtù etiche (*Etica Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10 – 1132 b 9).

<sup>21</sup> B. PASTORE, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 187 ss.

<sup>22</sup> Così E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in S. MAZZAMUTO – L. NIVARRA, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 51 ss., 73 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss., 1286 s., la quale spiega che «il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili e che, dunque, rivendicano non tanto condizioni economiche eque rispetto al mercato, quanto condizioni adeguate alla loro situazione di debolezza». Pertanto «il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per chi è in condizioni di debolezza sociale». Si veda anche G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur.dir. priv.*, 2019, p. 1 ss., 3 ss., il quale ritiene che «sino a quando col termine "contratto" si indicherà un atto di autonomia privata (...) non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali», che non possono essere risolti dal «privato», ma soltanto dai «pubblici poteri»; e, sempre nella «prospettiva di un intervento pubblico», conclude che «semmai il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere "sociale", con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della fiscalità generale». Cfr. A.T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, in *Yale Law Journal*, 1979-1980, p. 472 ss., 510, il quale, nel descrivere due metodi di redistribuzione della ricchezza, *taxation* e *regulatory control of private transactions*, ritiene che la scelta dipende dal contesto, che è variabile, e che i due metodi non si escludono a vicenda: a volte sarà preferibile un metodo, altre volte l'altro metodo, altre volte ancora un «mix» di entrambi.

responsabilità»<sup>23</sup>. Seguendo questa prospettiva il giudice deve essere chiamato a giudicare se l'affare privato è «giusto» e il contratto diventa in questo modo uno «strumento di redistribuzione». Le regole che governano i rapporti privati assumono rilevanza per la distribuzione della ricchezza nella società<sup>24</sup> e devono essere impiegate per raggiungere le finalità distributive soprattutto quando le alternative possono risultare «più costose o intrusive»<sup>25</sup>. Si osserva inoltre come le regole contrattuali consentano di alterare la distribuzione delle risorse «non solo rispetto alle parti di un singolo contratto, ma anche fra le categorie a cui le parti appartengono e persino all'interno di una stessa categoria fra diverse tipologie di soggetti»<sup>26</sup>. Si evidenzia così l'ampiezza della dimensione distributiva nel diritto contrattuale sociale, che produce esternalità, vale a dire interessa ugualmente persone, categorie di persone, comunità esterne allo specifico contratto<sup>27</sup>. Se così inteso, si può assegnare allora anche «al contratto, e dunque al mercato, il compito di realizzare la giustizia distributiva, oltre che quella commutativa»<sup>28</sup>.

Fra gli esempi di interventi con finalità distributive si richiamano le norme sui salari minimi, l'equo canone, i tassi d'interesse eccessivi o usurari nei contratti di credito al consumo e il controllo sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. Anche le regole che tutelano una parte dai raggiri o dalle pressioni dell'altra parte o che prevedono la correttezza

<sup>23</sup> PASTORE, *op. cit.*, p. 188 s., secondo il quale il diritto privato «non è in grado di farsi carico delle finalità redistributive collegate alla realizzazione di assetti sociali giusti. Non può, però, occultarle, chiudendosi in una logica autoreferenziale. Esso, pur nella sua tecnicità, deve restare aperto alle esigenze eque e solidaristiche».

<sup>24</sup> A.T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, cit., p. 473; DU. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, p. 563 ss., secondo il quale «distributive and paternalist motives play a central role in explaining the rules of the contract and tort systems with respect to agreements».

<sup>25</sup> KRONMAN, *op. cit.*, p. 474.

<sup>26</sup> G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss., 70 ss., 90, il quale, indagando sui difficili rapporti fra giustizia contrattuale e giustizia sociale, con specifico riferimento alle *market failures* e agli effetti distributivi nel diritto dei contratti, osserva anche che «ogni cambiamento, anche di scala ridotta, nella struttura istituzionale che regola le transazioni è in grado di produrre effetti redistributivi potenzialmente rilevanti sul potere contrattuale delle parti».

<sup>27</sup> In questo senso anche T. WILHELMSSON, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 277, il quale sottolinea, accanto ad una «prospettiva interna» relativa al rapporto contrattuale specifico, anche una «prospettiva esterna» riguardante i rapporti esterni con i terzi.

<sup>28</sup> Cfr., invece, NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 1286.