

Quaderni della rivista di diritto privato

Diretti da

Giorgio De Nova

Direzione

Roberto Calvo
Giorgio De Nova
Massimo Franzoni
Enrico Gabrielli
Pietro Antonio Lamorgese
Raffaele Lener
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Stefano Pagliantini
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Paolo Spada
Giuseppe Vettori

ISBN 979-12-5965-615-5



€ 47,00



CACUCCI EDITORE
BARI

Quaderni della rivista di diritto privato

Matteo Turci

Diritti fondamentali e disciplina del contratto

Regolazione dei rapporti, tutela, garanzie

Matteo Turci è Assegnista di ricerca in Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova e Professore a contratto in Diritto di famiglia e in Diritto di famiglia e mediazione familiare presso il Dipartimento di Scienze della Formazione della medesima università.

È autore di varie pubblicazioni, edite su riviste e volumi italiani ed esteri, in diversi ambiti del Diritto privato, è stato relatore a convegni e seminari in Italia e all'estero, ha svolto soggiorni di ricerca presso il Max Planck Institute di Amburgo e la University of Oxford.

È membro del comitato di redazione di varie riviste giuridiche, anche di prima fascia, e ha preso parte a progetti di ricerca nazionali e internazionali.

Il volume indaga il rapporto, complesso e in continua evoluzione, tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali, ricostruendone le molteplici forme di interferenza che emergono nei rapporti tra privati. La ricerca individua i principali nodi teorici e applicativi che caratterizzano tale interazione, mettendo in evidenza come i diritti fondamentali entrino in relazione con il contratto e ne condizionino le dinamiche, senza tuttavia ricondurne meccanicamente la disciplina a schemi di validità o di rimedialità.

L'analisi muove dai limiti tradizionali dell'autonomia privata per indagare la capacità del contratto di farsi mezzo di realizzazione di prerogative essenziali della persona – salute, istruzione, abitazione, accesso ai servizi e alle tecnologie – in un contesto economico in cui beni e servizi essenziali sono sempre più erogati tramite rapporti di mercato, così come dalla recente prospettiva del contratto come strumento di garanzia dei diritti fondamentali, posta dalla diffusione di clausole c.d. di sostenibilità nel contesto della responsabilità sociale d'impresa. Al tempo stesso, il volume affronta le ipotesi in cui le pattuizioni negoziali incidono negativamente sui diritti fondamentali, interrogandosi sulla disponibilità di tali diritti, sui criteri di bilanciamento e sui rimedi applicabili.

Attraverso un approccio sistematico, attento alla giurisprudenza, alla comparazione e alle trasformazioni tecnologiche e sociali, il lavoro contribuisce a delineare i confini dell'autonomia contrattuale in un periodo storico segnato dalla valorizzazione, e progressiva espansione, dei diritti fondamentali.

Quaderni della *rivista di* diritto privato

Matteo Turci

Diritti fondamentali e disciplina del contratto

Regolazione dei rapporti, tutela, garanzie

CACUCCI  EDITORE
BARI

Quaderni della rivista di diritto privato

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Paolo Spada, Giuseppe Vettori

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Roberto Calvo, Giorgio De Nova, Massimo Franzoni, Enrico Gabrielli, Pietro Antonio Lamorgese, Raffaele Lener, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Maria Teresa Alvarez Moreno, Roberto Amagliani, Franco Anelli, Francesco Astone, Angelo Barba, Ciro Caccavale, Roberto Calvo, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Antonio Carrabba, Donato Carusi, Angelo Chianale, Alessandro Ciatti, Mario Cicala, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Gastón Fernández Cruz, Carlos De Cores, Pierre de Gioia Carabellese, Francesco Delfini, Enrico del Prato, Rocco Favale, Angelo Federico, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguele, Andrea Fusaro, Andrea Genovese, Fulvio Gliotti, Gregorio Gitti, Attilio Gorassini, Carlo Ibba, Michele Lobbuono, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Raffaella Messinetti, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Andrea Orestano, Fabio Padovini, Lucia Picardi, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Giacomo Porcelli, Giuseppe B. Portale, Vincenzo Ricciuto, Carlo Rimini, Antonio Rizzi, Francesco Rossi, Davide Sarti, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Francesco Venosta, Gian Roberto Villa, Lihong Zhang, Andrea Zoppini

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Claudia Benanti, Elsa Bivona, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Alessia Mignozzi, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Maria Elena Quadrato, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Anna Scotti, Marco Tatarano, Emanuele Tuccari, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Fabrizio Volpe

CRITERI DI SELEZIONE DEI VOLUMI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema “double blind”, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell’ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L’Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questi Quaderni deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell’argomento oggetto del contributo con le materie trattate dai Quaderni.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell’impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l’esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all’Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

*L'Archivio della Casa Editrice Cacucci, con decreto prot. n. 953 del 30.3.2022 della Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Puglia-MiC, è stato dichiarato **di interesse storico particolarmente importante** ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d. lgs. n. 42/2004.*

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2025 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Introduzione	9
--------------	---

PARTE I

Definizione di un'interferenza

CAPITOLO I

L'autonomia contrattuale e i suoi confini

1.	Il principio di autonomia contrattuale: una breve premessa storica	41
2.	Le clausole generali come limiti all'autonomia: un tratto comune degli ordinamenti europei	56
2.1.	<i>Segue</i> - Il "buon costume" e l'"ordine pubblico"	58
2.2.	<i>Segue</i> - Il canone di buona fede	66
2.3.	<i>Segue</i> - La clausola generale del danno ingiusto	73
3.	Il principio di autonomia contrattuale nel quadro dei diritti fondamentali	78

CAPITOLO II

La disciplina privatistica dei diritti fondamentali

1.	Codice civile e tutela della persona: dalla tutela "dominicale" ai "diritti delle persone fisiche"	85
1.1.	<i>Segue</i> - L'impatto della Carta costituzionale sulla tutela civilistica della persona	95
2.	La tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e la svolta "personalista" dell'Unione Europea	103
2.1.	Il ruolo delle raccolte internazionali di principi contrattuali	123
3.	Le esperienze straniere: gli ordinamenti dell'Europa continentale	133

3.1. <i>Segue</i> - I Paesi di <i>Common Law</i>	140
3.2. <i>Segue</i> - Il diritto latino-americano	142

CAPITOLO III

L'interferenza tra contratto e diritti fondamentali

1. L'effetto orizzontale diretto e indiretto dei diritti fondamentali sul contratto	147
2. I diritti fondamentali come principi generali del diritto privato europeo	171
3. L'influenza dei diritti fondamentali sul contratto	179
3.1. <i>Segue</i> - Il principio di non discriminazione in ambito contrattuale	182
3.2. <i>Segue</i> - La "costituzionalizzazione" dei diritti del consumatore	190
3.3. <i>Segue</i> - Il danno non patrimoniale da inadempimento	198
4. Atti dispositivi di diritti fondamentali della persona: il dogma dell'indisponibilità e le sue declinazioni	204
5. La disponibilità degli attributi immateriali della persona: dall'integrità fisica ai materiali biologici	211
5.1. Contratto e diritti fondamentali nell'ecosistema digitale: la c.d. <i>data governance</i>	226
6. Il valore della libertà contrattuale, tra solidarietà e autonomia	233

PARTE II

Le dinamiche dell'interferenza

CAPITOLO I

Il contratto come mezzo di realizzazione di diritti fondamentali: un'interferenza consonante

1. I "contratti di rilevanza costituzionale"	251
2. Le fattispecie: istruzione, sanità, abitazione e servizi essenziali	258

2.1.	<i>Segue</i> - Nuove tecnologie, contratto e diritti fondamentali: connessione, informazione e intelligenza artificiale	264
3.	I diritti fondamentali tra causa e oggetto del contratto	269
4.	Il tempo come elemento caratterizzante l'interferenza tra contratto e diritti fondamentali	275
5.	Scostamento dalla disciplina normativa dei contratti di rilevanza costituzionale	279
6.	Autotutele contrattuali e diritti fondamentali: dai mercati regolati al giudizio di buona fede	283
6.1.	<i>Segue</i> - Un giudizio assiologico oltre il giudizio di buona fede	302

CAPITOLO II

Il contratto come strumento di garanzia dei diritti fondamentali

1.	Sviluppo industriale e rispetto dei diritti fondamentali: il paradigma della sostenibilità	311
2.	La responsabilità sociale d'impresa: <i>sustainability due diligence</i> e codici di condotta	325
3.	Giuridicizzazione della responsabilità sociale dell'impresa: dai codici di condotta alla " <i>contract governance</i> "	331
4.	La responsabilità sociale d'impresa tra <i>soft law</i> e <i>hard law</i>	340
5.	La <i>sustainable corporate governance</i> europea	348
6.	Il ruolo del contratto nella direttiva CS3D	353
7.	Le "garanzie contrattuali" dei diritti fondamentali nei contratti delle imprese e il ruolo dell'autonomia	369

CAPITOLO III

Pattuizioni limitative o contrarie ai diritti fondamentali: le interferenze dissonanti

1.	Atti limitativi di diritti fondamentali e rimedi demolitori	379
2.	Il bilanciamento tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali	389

2.1.	<i>Segue</i> - Il (labile) confine tra diritti indisponibili e diritti incommerciabili	402
2.2.	<i>Segue</i> - La differente soglia di tollerabilità alle limitazioni dei diritti fondamentali: tra potere pubblico e autonomia negoziale	413
2.3.	<i>Segue</i> - La lesione negoziale dei diritti fondamentali: tra esteriorizzazione della volontà e circoscrizione della <i>deminutio</i>	418
3.	Identificazione dei rimedi: la nullità per contrarietà a diritti fondamentali	433
3.1.	<i>Segue</i> - Fondamento del rimedio	438
3.2.	<i>Segue</i> - Clausole limitative di diritti fondamentali e nullità parziale	447
4.	La nullità da presidio di interessi generali a protezione di prerogative individuali: legittimazione e rischi	453
	Conclusioni	459
	Bibliografia	465

Introduzione

Il contratto, strumento principe dell'autonomia privata, e i diritti fondamentali, baluardo della persona, si incontrano e si scontrano in un'area di confine sempre più contesa¹. Questo studio si dedica all'analisi della loro complessa interazione, esplorando come la libertà negoziale venga modellata e, a sua volta, possa farsi veicolo di tutela per le prerogative irrinunciabili dell'individuo.

L'ambito della presente indagine è complesso, reso tale da alcune circostanze che necessitano di essere evidenziate.

Un primo fattore di complessità è dato dallo scenario normativo di riferimento. Il quadro normativo si compone di una pluralità di fonti – interne, internazionali e sovranazionali – eterogenee per origine e rango, e non sempre coordinate tra loro. Accade così che fra esse si stabiliscano relazioni da definire e possano eventualmente sorgere conflitti da governare secondo gli appropriati criteri di gerarchia e/o di competenza.

Le più rilevanti di queste fonti – la Costituzione repubblicana, la CEDU e la Carta di Nizza – diventano, inoltre, diritto vivente attraverso uno specifico e diverso canale giurisdizionale affidato a un giudice suo proprio – la Consulta, la Corte di Strasburgo, la Corte del Lussemburgo. Ne deriva un quadro di relazioni complesso, i cui potenziali conflitti sono risolti tramite il “dialogo fra le Corti” che condiziona la dinamica degli ordinamenti “multi-livello”².

¹ La bibliografia sul tema è sconfinata. Lasciando allo sviluppo del lavoro per gli opportuni riferimenti si veda, per un primo riferimento, A. M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova. giur. civ. com.*, 2019, p. 827 ss.

² V. ROPPO, *L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili* – relazione tenuta dall'Autore nell'ambito del corso “Contratto, clau-

Contribuisce alla complessità anche la polisemia dei concetti chiave. Sebbene si sia scelta la locuzione “diritti fondamentali”, la terminologia per designare tali posizioni soggettive è ben più ampia³. Talvolta si parla di “diritti”, talaltra di “libertà”. Vari e diversi sono poi gli aggettivi che di volta in volta predicano il sostantivo prescelto.

Nella Costituzione ricorre sovente la qualifica di “inviolabili” che, di contro, è assente nella CEDU e quasi tale anche nella Carta di Nizza, dove ricorre nel solo articolo 1, peraltro con riferimento alla dignità: una posizione che non è né propriamente un “diritto” né una “libertà”. Dal canto loro, la CEDU parla – nel suo stesso titolo – di “diritti umani” e di “libertà fondamentali”, mentre nella Carta di Nizza a divenire “fondamentali” sono i “diritti”⁴. La varietà di linguaggio è tale da spingere a domandarsi se questa rifletta, oltre a differenti tradizioni storiche e specifici retaggi culturali, anche una dimensione giuridica denotata di una qualche rilevanza normativa.

Neppure l'altra nozione oggetto di indagine – il contratto – è immune da ambiguità⁵, potendo riferirsi all'accordo, al suo contenuto (ma-

sole generali, principi e rilevanza della sopravvenienza” organizzato dalla Scuola Superiore di Magistratura in Scandicci il 2-4 marzo 2022, e consultato per gentile concessione dell'Autore, p. 1-2.

³ X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, in *Juris-Classeur Périodique - Édition Générale*. n° 49, 2007, I, p. 211 ove l'A. nota come “*aussi doit-on conclure qu'il n'existe pas un concept de droit fondamentai ou de liberté fondamentale à même de rendre compte de l'ensemble des solutions du droit positif français*”.

⁴ Sul punto v. A. GENTILI, *Fundamental Rights as a Part of Contract Law*, in *European Business Law Review*, 2020, p. 515-526.

⁵ La questione definitoria ha visto l'impegno di eminenti giuristi. Senza pretesa di completezza si ricordano: G. ALPA, *La nozione classica di contratto ni alcune recenti analisi nella dottrina nordamericana*, in *Annali Fac. giur. Genova*, XV, 1976, fasc. 2; ID., *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in *Mat. storia cult. giur.*, XX, I, 1990, p. 135 ss.; ID., *Le contrat individuel et sa définition*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1988, p. 327 ss.; A. BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile*, in *Trat. Rescigno*, XXI, 1987; P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1988,

teriale o sostanziale) o al documento⁶. A ciò si aggiunge la difficoltà di distinguere il “contratto” dal “non contratto”.

Il problema emerge in tutti quei rapporti il cui assetto è astrattamente compatibile con un vincolo tra le parti che possa indifferentemente essere giuridico, quanto extra-giuridico. Ciò può accadere in ragione di una caratteristica intrinseca del rapporto (è il caso delle prestazioni gratuite, la cui compatibilità tanto con il contratto, quanto con la prestazione di cortesia, richiede all’interprete uno sforzo ulteriore per individuare l’eventuale giuridicità del vincolo), ovvero perché le parti di un rapporto hanno deciso di sottrarlo alle regole del diritto per affidarlo a un sistema di regole diverso⁷ (è il caso dei *gentlemen’s agreement*⁸).

I, p. 3 ss.; R. SACCO, *Genotipi e fenotipi in tema di contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Padova, 2016, p. 56 e ss.

Consimili riflessioni si sono svolte attorno alla nozione di “Contrat”. Tra le principali v. L. JOSSEAND, *L’essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil Gény*, II, 1934; M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l’économie concertée et contractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 5 e G. ROUHETTE, *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965.

⁶ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, 3Ed., Milano, 2019, p. 7. V. ROPPO, *Il contratto*, 2 Ed., in *Trattato Iudica e Zatti*, Milano, 2010, p. 21. P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss. e in *Studi per Greco*, II, Padova, 1965, p. 1001 ss., individua quattro significati del termine: i) fattispecie, intesa come il complesso di atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante; ii) complesso delle pattuizioni approvare dai contraenti; iii) “disposizione” negoziale e iv) norma giuridicamente vincolante che risulta a seguito della “ricezione” del precetto negoziale da parte dell’ordinamento.

⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 16 ss., ove ulteriore casistica.

⁸ Sul tema v. G. CANSACCI, voce *Gentlemen’s agreement*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 796 ss.; B. TEDESCHI GARDELLA, ‘*Gentlemen’s agreement*’, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 733 ss.; R. MARTINI, voce ‘*Gentlemen’s agreement*’, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 639 ss.; S. SICA, *Gentlemen’s agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, *passim* e Id., *Gentlemen’s agreements e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e*

Il “contratto” le cui interazioni con i diritti fondamentali sono oggetto del presente studio è il contratto di diritto civile, senza distinzioni di tipo⁹.

“risveglio” giurisprudenziale, in *Contratti*, 2001, p. 85; M. ATELLI, *Gentlemen's agreement*, in AA.Vv. (a cura di P. Cendon), *Il diritto privato nella giur.*, vol. II, *I contratti in generale*, Torino, 2000, p. 69 ss. e S. UGOLINI, *I 'gentlemen's agreement' sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1069 ss.

- ⁹ Nell'era della contemporaneità il contratto V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali?*, in *Pactum*, 2022, p. 173 ss., in part. p. 175 il quale rileva come “L'odierno complessivo sistema del contratto (lasciando in disparte, come dicevo, lavoro, pubblica amministrazione e società) mi appare dunque diviso fondamentalmente in due parti, e semplificando si potrebbe dire: una vecchia e una nuova”, che l'A. chiama, rispettivamente, “contratti di diritto civile” e “contratti del mercato”, per concludere (p. 177) che “grazie a un'alluvione normativa di origine prevalentemente euro-unitaria e orientata alla regolazione del mercato per rimediarne i fallimenti, il sistema dei contratti si configura oggi come un sistema binario, articolato in due grandi aree: l'area tradizionale dei contratti civili e la nuova area dei contratti di mercato asimmetrici. E a quest'ultima deve riconoscersi, per mille ragioni, pari dignità sistematica rispetto alla prima. Ebbene, se tutto questo è vero, non dovrà ammettersi che entrambe le aree meritano la loro parte generale (ovviamente calibrata, per ciascuna, sulle caratteristiche che ciascuna presenta, e che la differenziano dall'altra quanto a fondamento e policy della regolazione)?”.

Sulla nozione di “tipo” contrattuale v. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 52 ss.; AA.Vv., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1984; G. DATILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 772 ss.; F. BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 351 ss.; V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 1989, p. 99 ss.; E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur.*, Agg. VIII, Roma, 1999, p. 9 ss. (ed ora in *Id.*, *Studi sui contratti*, Torino, 2000); *Id.*, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss. Da ultimo si veda, in particolare, V. DI GREGORIO, *I contratti “di servizi”*. *Contributo allo studio del sotto-tipo*, Bari, 2022.

Esulano, al contrario, i contratti di diritto pubblico nei quali non si manifesta quell'autonomia contrattuale di cui si discorre e in cui il rapporto con i diritti fondamentali si iscrive nella tradizionale relazione verticale Stato – privati. Il confine peraltro non è netto, né invalicabile. Si consente (anzi, si impone), ad esempio, l'esame di alcune clausole dei contratti di appalto pubblico che hanno lo scopo di promuovere e garantire contrattualmente alcuni diritti fondamentali.

L'interazione si manifesta quando l'intero contratto incide su un diritto fondamentale. Ciò accade sia quando il contratto ne dispone direttamente (es. sfruttamento dell'immagine), sia quando una parte se ne serve per realizzarlo (es. contratto con una clinica privata per tutelare la salute).

Ma può anche accadere che sia solo una parte del contratto, o una sua singola clausola, a entrare in contatto con il diritto fondamentale in questione: si pensi al lavoratore che, nel contesto del contratto di lavoro subordinato, sottoscrive anche una clausola contrattuale con cui acconsente a essere oggetto di riprese cinematografiche per l'intera durata dell'orario lavorativo¹⁰.

All'opposto, può accadere che a entrare in contatto con un diritto fondamentale non sia un singolo contratto isolatamente considerato, ma un insieme di atti e/o contratti tra loro coordinati e preordinati ad una complessiva operazione economica¹¹ che “non trova lo strumento esclu-

¹⁰ Questo fenomeno è talora stato descritto come processo di “autonomizzazione” della clausola rispetto al contratto. In punto v. M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle*, 1° parte, in *Rev. des contr.*, 2006, p. 1051 ss.

¹¹ Sulla nozione di operazione economica v., in particolare, la riflessione dottrinale di E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit. p. 905 ss.; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. dir. com.*, 2009, I, p. 1071 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.; ID., *Il “contratto frazionato” e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 738 ss. e ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss. (ed ora in ID., *Contratto mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006). In precedenza, v. già AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione eco-*

sivo nel contratto; lo stesso contratto, d'altro lato, non sempre esprime l'affare nella sua totalità¹².

Ai fini del presente studio tutti tali fenomeni sono ugualmente rilevanti. La ricorrenza dell'uno, piuttosto che dell'altro, non è tuttavia indifferente. A seconda che sia una singola clausola, l'intero contratto, ovvero una più ampia operazione – ad esempio – a limitare un diritto fondamentale, si può ipotizzare (per il momento) un diverso rimedio che vada a colpire: nel primo caso la sola clausola, salvando il contratto¹³; nel secondo l'intero contratto e nel terzo financo a travolgere altri atti e/o contratti.

Il contratto sarà infine analizzato nel contesto socioeconomico attuale, dove è strumento sempre più cruciale per accedere a beni e servizi essenziali, offerti dal libero mercato¹⁴.

Questa circostanza massimizza infatti l'esigenza di protezione del beneficiario, richiedendo interventi normativi *rights based*¹⁵, che elevino l'interesse individuale al rango di diritto fondamentale, non sempre presenti. Soprattutto in tale contesto, infatti, il diritto dei contratti non può limitarsi a promuovere la mera uguaglianza giuridica tra i contra-

nomica, Torino, 1992 e C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999.

¹² G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, in part. p. 222.

¹³ TH. GENICON, *De la nullité partielle à al clause réputée "partiellement" non écrite*. Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43056, in *Rev. des contr.*, 2010, p. 1199 ss.

¹⁴ V., in particolare, V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, con particolare riferimento alla sezione II del capitolo dedicato ai Servizi Pubblici, p. 1275 ss., ove contributi di E. BRUTI LIBERATI (contratti delle comunicazioni elettroniche); G. BELLANTUONO, (contratti dell'energia); A. M. BENEDETTI, (contratti dell'acqua) e F. CARPITA e G. PIZZANELLI, (contratti postali). Sulla liberalizzazione del mercato v. in generale M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, terzo contratto e tecnica legislative*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 91 ss.

¹⁵ A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 2005, p. 75 ss.

enti. Ci sono categorie di individui, portatori di diritti fondamentali, che riceverebbero un trattamento discriminatorio se fossero considerati semplicemente “uguali” e non anche “particolari”¹⁶. È il caso, ad esempio, dei bambini, degli anziani, delle persone con disabilità, dei malati: tutti titolari di diritti specifici che stentano a trovare adeguata protezione nel momento della contrattazione¹⁷. In attesa di politiche legislative capaci

¹⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

¹⁷ Sulla disciplina multilivello della disabilità: A. VENCHIARUTTI, *Sistema multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova. giur. civ. com.*, 2014, p. 409; ID., *I diritti delle persone disabili*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, I, Milano, 2011, p. 176. La percezione della disabilità come fenomeno non individuale, ma giuridico, nonché la valorizzazione della persona e della sua partecipazione sul piano sociale, sono evidenziate da A. MARRA, *Disabilità e diritti umani*, Napoli, 2015, p. 57 ss.; ID., *Diritto e Disability studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Reggio Calabria, 2009, p. 57 ss.; ID., voce *Disabilità*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Agg., *****, Torino, 2010, p. 555. Tra i primi sostenitori del modello sociale: J. CHARLTON, *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press, 1988. Contro gli atteggiamenti di commiserazione: C. BARNES, G. MERCER, *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Disability Press, Leeds, 1996, p. 11 ss.; R. MEDEGHINI, E. VALTELLINA, *Quale disabilità? Culture, modelli e processi di inclusione*, Milano, 2006, p. 35 ss.; e V. DI GREGORIO, *Il principio di non discriminazione nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 549. La senilità, come possibile fattore di debolezza della persona, è indagata da P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 80 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 351, ove l'A. non esclude la possibilità di arrivare a una “nozione sociale” di anziano attraverso il *diritto* degli anziani, che preservi da derive relativistiche e, in rapporto alle nuove tecnologie, v. V. DI GREGORIO, M. TURCI, *AI Technologies for Inclusive Smart Cities: Safeguarding Elderly and Disabled Citizens*, in P. Dameri, M. Bruzzone (a cura di), *Urban Technologies for Socio-Economic Inclusion*, Springer, 2025. Per una riflessione nel contesto del diritto alla mobilità si permetta il rinvio a M. TURCI, *I diritti dei passeggeri a mobilità ridotta: tutele attuali e prospettive di riforma tra Italia e UE*, in *Dir. mar.*, 2020, p. 69 ss.

di governare questo nuovo antagonismo socioeconomico tra mercato e diritti fondamentali¹⁸ andando oltre la barriera protettiva della legislazione consumeristica, ai fini delle presenti note appare necessario valutare l'incidenza di tali fenomeni sull'interazione tra contratto e diritti fondamentali.

Il riconoscimento di quelli che abbiamo chiamato "diritti fondamentali" è senza dubbio tratto qualificante della scienza giuridica contemporanea.

La *Dichiarazione* americana dei diritti dell'uomo, la *Dichiarazione* francese dei diritti dell'uomo e del cittadino segnano il punto di partenza delle moderne società civili e dei moderni ordinamenti giuridici¹⁹. Dal secondo dopoguerra in avanti le costituzioni hanno sempre contenuto un elenco specifico di diritti fondamentali, talvolta aperto all'estensione interpretativa da parte delle corti per mezzo del rinvio a nozioni come quella di "diritti inviolabili dell'uomo".

Pur utilizzando una definizione unitaria, la nozione rimane controversa: cosa li rende "fondamentali"? E in che senso sono veri e propri "diritti"?

Nel linguaggio comune "fondamentale" è ciò che è essenziale, decisivo, ma anche ciò che sta alle fondamenta, che funge da base per un costrutto. Un simile dualismo emerge anche nel linguaggio giuridico. La definizione di alcuni diritti (o libertà, principi, prerogative e così

¹⁸ R. DE MEO, *Antagonismi socio-economici e conformazione normativa dell'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 387 ss., in part. p. 406-408 e S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti in Europa*, in G. Alpa, G. Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 79 ss., che ammonisce "si può ben dire che, nel silenzio della politica, sono stati i giudici a fare l'Europa, con centinaia di sentenze fondate sulla Carta, più di 150 della sola Corte di Giustizia. Ma una Unione a due velocità istituzionali è impensabile, soprattutto se questo dovesse significare il proseguire di un disimpegno, di una disattenzione certificata anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del dicembre 2012 proprio sulla situazione dei diritti fondamentali".

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1991, p. 74 ss.

via) come “fondamentali” ha, infatti, una spiegazione storica. Le prime Dichiarazioni dei diritti nacquero in ambienti fortemente influenzati dal secolo dei lumi, in cui pochi misero in dubbio la base filosofica delle nuove idee che venivano espresse. Inoltre, si trattava di quegli ideali che avevano ispirato le rivoluzioni politiche che ambivano a riformare la società civile. Pertanto, questi diritti erano considerati “fondamentali” in quanto: valori *universali* e *fondanti* le nuove democrazie. Oggi si è messo in dubbio il carattere di pretesa universalità dei diritti di cui trattasi. Se si può considerare condiviso che gli ordinamenti occidentali sono fondati sul primato della persona umana, vi sono infatti altre esperienze giuridiche, cristallizzate in dichiarazioni dei diritti²⁰, in cui il primato spetta alla comunità (famiglia, gruppo, tribù, chiesa) e non all’individuo che la compone. Sopravvive invece la nozione di “fondamentali” nel senso, ancora una volta duplice, di diritti che non hanno bisogno di alcun fondamento e suscettibili di fondare altre norme²¹.

Le definizioni del predicato “fondamentale” si distinguono in formali e sostanziali. Secondo l’approccio formale, un diritto è fondamentale in ragione della posizione gerarchica della norma che lo sancisce. Esiste, dunque, un diritto fondamentale quando, nel diritto positivo, esiste una norma fondamentale²². Sono norme fondamentali quelle contenute

²⁰ Si vedano in proposito la *Dichiarazione di Bangkok* del 2 aprile 1993, la *Dichiarazione di Tunisi* del 2/8 novembre 1992 e la *Dichiarazione di S. José* del 18/22 gennaio 1993. D. ZOLO, *Fondamento della universalità dei diritti dell’uomo*, in E. Diciotti, V. Velluzzi (a cura di), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino, 2003, p. 199 ss., a p. 201 scrive che “la tesi del fondamento filosofico dei diritti dell’uomo è a mio parere un postulato dogmatico del giusnaturalismo e del razionalismo etico che manca di conferme sul piano teorico, e che viene contestato con buoni argomenti sia dalle filosofie occidentali di orientamento storicistico e realistico, sia dalle culture non occidentali”.

²¹ G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, p. 75 ss., in part. p. 89 ss.

²² Tra le norme si distinguono, poi, regole e principi. Le regole si applicano secondo il metodo logico della cosiddetta “sussunzione”: l’interprete deve valutare se può ricondurre il fatto alla norma. I principi sono invece “imperativi di ottimizzazione” (*Optimierungsgebote*): la loro applicazione richiede

nelle Carte costituzionali, ovvero che si possono derivare da esse attraverso l'argomentazione²³. Nella seconda accezione, invece, un diritto è fondamentale in ragione dell'importanza che l'ordinamento, in un dato momento, riconosce ai valori incarnati nel diritto stesso.

Le due nozioni non necessariamente si escludono vicendevolmente. Si è anzi osservato che i diritti fondamentali rappresentano "l'importanza morale di un'idea che coinvolge la dignità umana e i suoi obiettivi di autonomia morale, ma anche l'importanza della legge, che trasforma i diritti in una regola fondamentale costitutiva dell'ordine giuridico, un mezzo necessario per l'individuo per sviluppare tutte le sue potenzialità"²⁴ in un fenomeno per cui "la fundamentalità formale è posta al servizio della fundamentalità sostanziale"²⁵. Questo studio adotta questa prospettiva: partendo dalla nozione formale (legata al rango della fonte), ne verifica la corrispondenza con la fundamentalità in senso sostanziale, ovvero con il valore che l'ordinamento percepisce in un dato momento storico.

di trovare il significato del principio nel caso in questione e, in caso di conflitto, "bilanciarli", in modo da soddisfare il principio principale con il minor pregiudizio per l'altro. Quale sia il principio principale è una questione di "peso", da accertare in modo razionale. Si noti che i diritti fondamentali sono posti da principi. O, secondo l'art. 6 del Trattato di Lisbona, *sono principi generali*.

²³ R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, trad. it. a cura di L. Di Carlo *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

²⁴ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, 2004, p. 35 rimarca che "*es droits fondamentaux peuvent comprendre aussi bien des présupposés éthiques que des composantes juridiques. Ils signifient l'importance morale d'une idée qui engage la dignité humaine et ses objectifs d'autonomie morale mais aussi l'importance du Droit qui transforme les droits en une règle constitutive fondamentale de l'ordre juridique, moyen nécessaire pour que l'individu puisse développer toutes ses potentialités*".

²⁵ Secodno L. MAURIN, *Contrat e droit fondamentaux*, Paris, 2013, p. 9, "*La fundamentalité formelle est alors mise au service de la fundamentalité matérielle. Elle en constitue son bras armé*".

La questione è eminentemente di carattere argomentativo. La nozione di “fondamentale” è infatti utilizzata dalle parti in lite in un modo che potremmo definire retorico o, appunto, argomentativo. La pretesa natura fondamentale di un diritto diviene un argomento evocato – per non dire strumentalizzato – insieme ad altri, volti a raggiungere un certo risultato utile. Nel contenzioso contrattuale, infatti, l’affermata natura fondamentale del preteso diritto azionato diviene sempre più spesso argomento di convenienza: uno strumento retorico dei contendenti per affermarsi vittima di una violazione contrattuale.

Analogamente, anche nelle decisioni giudiziali l’argomento diviene strumento retorico per dare maggiore solennità all’argomentazione sviluppata, ovvero per giustificare il ricorso a una particolare sanzione (si pensi nel contezioso lavoristico la decisione di reintegrazione di un lavoratore a seguito dell’invalidità di un licenziamento per violazione dei suoi diritti fondamentali).

Diviene quindi essenziale l’esame della prassi contrattuale e della giurisprudenza, al fine di esplorare la componente c.d. sostanziale del carattere fondamentale di un diritto.

Un contributo allo studio dei diritti e delle libertà fondamentali deriva poi dal diritto comparato.

Il confronto è principalmente con il Regno Unito, un sistema di *common law*; la Francia, un sistema di *civil law*; la Germania, un sistema in cui l’interazione tra diritti fondamentali e contratti è da tempo indagata e i Paesi Bassi, un ordinamento che si presenta oggi molto attento alle dinamiche oggetto di studio.

Allo stesso modo, è essenziale prendere in considerazione il sistema europeo per la protezione dei diritti umani, con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione Europea.

Anche l’essere “diritti” dei diritti fondamentali merita un chiarimento.

Secondo la Carta Nizza: “Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri, come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l’Unione riconosce i diritti,

le libertà e i principi enunciati in appresso”²⁶. Di conseguenza, i diritti fondamentali non sono “diritti” allo stesso modo di quelli previsti dalle norme di legge o dalle clausole contrattuali.

A prescindere dalle differenze specifiche tra i vari ordinamenti giuridici, un diritto previsto dalla legge, o dal contratto, conferisce al titolare un potere immediato su beni materiali o immateriali (diritti assoluti reali o personali), oppure gli consente di richiedere una prestazione specifica (diritti di credito), ovvero ancora gli permette di inibire un comportamento.

In pochissimi casi i diritti fondamentali presentano queste caratteristiche.

Si potrebbe dunque pensare che quelle caratteristiche di esattezza, di pretese e di doveri siano tipiche solo dei diritti civili, mentre i diritti fondamentali sono principalmente diritti politici e sociali. Tuttavia, le caratteristiche coinvolte nelle relazioni private e soprattutto nei contratti, compresi i diritti fondamentali, devono acquisire una forma che si adatti alla funzione della relazione: guidare il comportamento delle parti. In questo senso, un diritto deve indicare pretese e doveri specifici. Ciò che le Carte prevedono, al contrario, non è un vero e proprio diritto, con un preciso contenuto, quanto piuttosto un principio, aperto a molteplici interpretazioni.

Si può quindi ritenere che nelle relazioni di diritto privato il giusto approccio al concetto solitamente denominato “diritto” fondamentale sia meglio inquadrabile nel concetto di “norma” o “principio generale”. E come norme, o meglio come principi, e non come diritti, possono diventare parte del diritto contrattuale. Pertanto, ciò che si considera è il modo in cui i principi interagiscono con il contratto: aggiungendo diritti o doveri non previsti dalle parti; introducendo o precludendo rimedi, financo eliminando clausole o l'intero contratto.

²⁶ Così recita il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Nel contesto in cui si muove la presente ricerca le prospettive di indagine sono varie²⁷. La più risalente è senz'altro quella della *Drittwirkung*²⁸, dei diritti costituzionali, dapprima, e di origine convenzionale e sovranazionale, dopo²⁹.

²⁷ Richiamando per l'istante gli studi che hanno approcciato il tema con maggiore ampiezza si segnalano le opere di L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino, 2020; L. MAURIN, *Contrat et droit fondamentaux*, cit., C. MAK, *Fundamental rights in European contract law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law, Alphen aan der Rijn, 2008 e O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Munchen, 2007.

²⁸ Il dibattito sulla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali costituzionali è sconfinato. Rinviando per maggiori riferimenti all'apposita trattazione, in questa sede si ricordano P. FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, cit.; ID., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018; G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 444 ss.; L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 97; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 166 ss.; P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015, p. 157.

²⁹ In questa prospettiva si muovono le riflessioni di G. ALPA. *L'applicabilità della convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 3, p. 873 ss.; S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in AA. Vv., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 14 ss.; A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, p. 427 ss.; H. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, in M. Andenas, N. Andrew, M. Tamaruya, (a cura di), *Legal Studies Research. Paper Series*, University of Cambridge, Paper No. 13/2011; S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and*

L'approvazione delle grandi carte dei diritti dell'uomo³⁰ ha dato, poi, il via a una serie di ulteriori riflessioni che hanno accostato il discorso sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone a quello sul contratto, allargandone l'orizzonte esplorativo³¹: all'indagine circa la disponibilità dei diritti c.d. della personalità tramite atti di autonomia privata³²;

European Contract Law, Alphen aan der Rijn, 2008; M. W. HESSELINK, C. MAK, J. W. RUTGERS, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law Working Papers Series No. 2009/05; R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013 e L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012. Nell'esperienza straniera si segnalano, per completezza di analisi, le ricerche di E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal*, Vol. 21, No. 5, 2015, p. 657-679; ID., *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, 2019; ID., *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 306-323 e ID., *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, 2020, p. 208-232.

³⁰ Si pensi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, allo *Human rights act* inglese del 1998 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata nel 2000 a Nizza.

³¹ Nell'esperienza straniera si segnalano, per importanza e completezza, le riflessioni di: L. MAURIN, *Contrat et droit fondamentaux*, cit., C. MAK, *Fundamental rights in European contract law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, cit. e O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, cit.

³² Sui rapporti tra i diritti della personalità e il contratto v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; ID., voce, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ.,

all'impatto sui diritti fondamentali dei nuovi ritrovati tecnologici che siano fatti oggetto di contratto, ovvero cui si acceda in forza di contratto³³; sino ad affrontare l'interrogativo se il contratto possa farsi strumento di realizzazione dei diritti fondamentali³⁴.

L'attualità del tema di indagine trova ulteriore conferma in alcuni recenti progetti di riforma dei codici civili. L'art. 1, lett. h) del disegno di legge delega n. 1151 del 2019³⁵, ad esempio, incarica il governo di prevedere nel riformato codice "l'invalidità delle clausole, dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale".

Agg. Torino, 2013, p. 92-106; ID., *Contratto e persona*, in V. Roppo, *Trattato del contratto*, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, 3 ss. ID., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 808 ss. V. anche A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 133 ss.

³³ G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, in E. Navarretta (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2018, p. 117 ss.

³⁴ In questa prospettiva si muove la recente riflessione di L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, cit.

³⁵ Si tratta del disegno di legge n. 1151/2019, che oggi pare potersi ritenere abbandonato su di un binario morto a seguito dei cambi di governo e legislatura susseguitesisi. Sul tema, per tutti, v. F. BENATTI, *Note sul disegno legge di delega al governo per la revisione del codice civile*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 6, 2019, p. 938 ss., ove l'autore rileva l'insistente richiamo del legislatore ai diritti fondamentali e costituzionali all'interno del disegno di legge delega (richiamati anche dalle lettere b), in relazione agli accordi economici tra nubendi, ed n), con riferimento alla tipizzazione di nuovi casi di responsabilità extracontrattuale), evidenziando il rischio che il richiamo a tali nozioni, privo delle opportune definizioni e delimitazioni, possa aprire a derive creative che ambiscano a elevare a rango di diritto fondamentale e costituzionalmente garantito "ogni interesse a aspettativa".

Anche il processo di riforma del *Code civil* francese, dopo aver eluso il tema nel primo progetto Catala nel 2005³⁶, ha posto l'accento sul rapporto tra contratto e diritti fondamentali. Il progetto predisposto da François Terré³⁷, infatti, stabiliva che il contratto dovesse esser conforme alle norme imperative, all'ordine pubblico e ai diritti fondamentali. La dizione fu conservata sino al progetto del febbraio 2015³⁸, per poi essere abbandonata dall'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 Febbraio 2016³⁹ che ha soppresso ogni riferimento ai diritti fondamentali⁴⁰.

Lo schema si ripete anche a livello sovranazionale. Nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁴¹ i diritti fondamentali sono pienamente integrati nella disciplina contrattuale, con ampi richiami sia nelle condizioni di validità, che nell'interpretazione del contratto⁴².

³⁶ https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf

³⁷ F. TERRÉ (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.

³⁸ <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=FASC000010&scroll=FASC002020> in cui l'art. 1102 recita: "*hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché*".

³⁹ Su cui v., V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2018. p. 392 ss.

⁴⁰ Con l'attuale testo dell'art. 1102 che recita "*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*".

⁴¹ https://www.iuav.it/Ateneo1/docenti/docenti201/Pasa-Barba/materiali-/DCFR_REGOLE-MODELLO-e-DEFINIZIONI-ALLEGATE.pdf

⁴² Ad esempio, il capitolo settimo, dedicato alle invalidità contrattuali, contiene un'apposita sezione rubricata "*Sezione 3: Violazione di principi fondamentali o di norme imperative*". Sul tema v. più diffusamente nel prosieguo

Prendendo le mosse dall'analisi dei fenomeni che hanno stimolato le predette riflessioni, e tenendo conto dei risultati da esse raggiunti, lo studio si propone di individuare le possibili forme di interazione tra contratto e diritti fondamentali e le loro (eventuali) conseguenze.

Il tutto nella più ampia prospettiva di contribuire a individuare i confini che l'autonomia contrattuale incontra allorché il suo principale mezzo di estrinsecazione – il contratto – si trovi a interagire, nei modi che si descriveranno, con i diritti fondamentali. Non uno sforzo di *compressione* delle possibilità offerte dall'autonomia, dunque, ma di *comprensione*, al fine di sfruttare l'intera gamma di possibilità offerte dalla libertà contrattuale, anche quelle site ai limiti più estremi della area dominata dalla libertà dei privati, fermo che “dove debbano essere fissati tali limiti è questione su cui uomini ragionevoli possono discordare”⁴³.

Il discorso sul rapporto tra autonomia privata e diritti fondamentali può essere condotto secondo diverse linee di tendenza, a seconda del valore attribuito all'autonomia contrattuale nel novero dei diritti del singolo.

Nella prospettiva che attribuisce all'autonomia contrattuale il valore di diritto fondamentale, argomentando variamente in ordine alla sua copertura costituzionale⁴⁴, il rapporto tra essa e gli altri diritti fondamentali si atteggia alla stregua di un confronto tra prerogative omologhe, “il cui paradigma aggregante sarebbe rappresentato dall'idea della protezione

della trattazione. Per un primo riferimento v. G. DE NOVA, *Contratti senza stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 667 ss. Cfr. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *Eur. rev. contr. law*, 1/2010, p. 39 ss.

⁴³ H. F. BUCKLEY, *Introduction*, in ID. (a cura di), *The fall and rise of freedom of contract*, London, 1999, p. 23.

⁴⁴ *Ex multis* v. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, II (1967-1987)*, Padova, 1988, p. 422 ss.

dell'autodeterminazione dell'individuo, in tutte le sue esplicazioni⁴⁵ e i cui eventuali conflitti si risolvono sul piano del bilanciamento tra diritti.

Nell'ipotesi contraria, i diritti fondamentali divengono un limite invalicabile per l'autonomia contrattuale e il conflitto tra i due termini si risolve sulla base di un criterio gerarchico che vede il riferimento alle sovraordinate prerogative fondamentali della persona prevalere sull'autonomia contrattuale, conformandola.

La descrizione in termini di antagonismo del rapporto tra diritti fondamentali e contratto, del resto, trova spunto nelle stesse norme codicistiche: si pensi all'art. 2087 c.c., ad esempio, che impegna l'imprenditore ad adottare nell'esercizio dell'impresa misure che "sono necessarie a tutelare [***] la personalità morale dei prestatori di lavoro⁴⁶". Tale (presunta) antitesi, più di recente, ha ispirato l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio, che ha promosso una significativa restrizione dei poteri dell'autonomia privata in nome del rispetto della pari dignità umana⁴⁷.

La prospettiva non si limita all'accezione più immediata della tutela dei diritti "nel" contratto.

L'incremento nel numero di beni e servizi essenziali la cui erogazione è rimessa al libero mercato – e quindi ai rapporti tra privati – ne impone la declinazione anche in termini di tutela del diritto "al" contratto. Ciò accade in quei settori in cui la contrattazione privata tocca bisogni fondamentali del singolo che non possono non essere soddisfatti se non tramite contratto.

Oltre al caso tradizionale della locazione, in cui l'esigenza è stata presa in carico dal legislatore con la nota l. 27 luglio 1978, n. 392 il tema emerge in vari altri settori ed è amplificato dalla diffusione di nuove tec-

⁴⁵ G. RESTA, voce *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto dell'UE*, cit., p. 100 ss.

⁴⁶ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, nel Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2003, p. 38 ss.

⁴⁷ Rinviano alla apposita trattazione per maggiori riferimenti v., per tutti D. MAFFEIS, voce *Discriminazione (diritto privato)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, p. 490 ss.

nologie. Si pensi, ad esempio, alla discussa individuazione di un “diritto di accesso ad internet”⁴⁸.

La questione affiora oggi costantemente allorché i prodotti dell'evoluzione tecnologica sono assurti a mezzo necessario (di diritto, o di fatto) per fruire di determinati servizi, anche pubblici. È il caso dell'identità digitale⁴⁹, con cui si accede a servizi quali quelli anagrafici e dei pagamenti elettronici, resi necessari per certe tipologie di transazioni o per trasferimenti di determinati importi. Il problema è emerso con forza nella recente crisi pandemica. La necessità di svolgere le ordinarie attività, quali quelle lavorative e scolastiche, in forma remota, perlopiù tramite collegamenti multimediali, ha escluso dalla fruizione di tali servizi schiere di cittadini privi degli strumenti per attingervi (tecnologici e giuridici)⁵⁰. Si faccia il caso di una famiglia con più figli in età scolare

⁴⁸ Sul tema v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica* e A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, in S. Faro, T. E. Frosini, G. Peruginelli (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020, rispettivamente p. 13 ss. e p. 77 ss.; T. E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, 3Ed., ES, 2023, p. 49 ss.; ID., *Il diritto di accesso a internet*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, p. 41 ss.; M. PIETRANGELO, *Il diritto di accesso a internet*, Napoli, 2011; P. COSTANZO, voce *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Agg. Torino, 2000 e G. DE NOVA, *I contratti di accesso a internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39 ss.

⁴⁹ Quanto alle possibili ricadute delle innovazioni tecnologiche su diritti delle persone si rinvia a S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995. Per il particolare contesto della c.d. *Smart City* si permetta di rinviare anche a M. TURCI, *Le nuove tecnologie al servizio del cittadino: Smart city e diritti fondamentali*, in P. Dameri, M. Bruzzone (a cura di), *Smart city. Prospettive di ricerca*, Genova, 2024, p. 143 ss.

⁵⁰ Simmetricamente, la pandemia ha perturbato le relazioni contrattuali in essere generando altri e diversi problemi di natura contrattuale. Sul tema v. A. M. BENEDETTI, *Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*; D. MAFFEIS, *Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*; R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici*.

e provviste di un solo dispositivo connesso alla rete, costrette a scegliere se privilegiare il diritto allo studio dell'uno o dell'altro figlio. In tempi ancora più recenti il rischio di discriminazione contrattuale è emerso riguardo ad alcune applicazioni dell'intelligenza artificiale. In particolare, si è sollevato il problema del c.d. rating algoritmico⁵¹.

Rimettere l'accesso al credito alle valutazioni compiute da un algoritmo che tenga conto di tutti i dati disponibili relativi al richiedente, infatti, non è operazione scevra di rischi. Benché essa possa, in effetti, promuovere l'accesso ai finanziamenti bancari a questi soggetti privi di uno storico creditizio idoneo a considerarli "affidabili" secondo i tradizionali canoni di valutazione delle banche, per converso potrebbe comportare l'esclusione dal mercato di alcuni soggetti, fondata su dati e informazioni che non dovrebbero poter essere tenute in considerazione. Si pensi al caso di un soggetto cui viene rifiutato un finanziamento in

Primi appunti; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*; M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, tutti in *Giustiziavivile.com.*, 2020 e A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario.it*. V. anche F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, p. 209 ss., il quale ricorda i contributi offerti già dalla dottrina dei decenni precedenti nel senso della opportunità di pervenire di fronte al fenomeno della sopravvenienza a contrattuale a soluzioni manutentive del vincolo contrattuale, sia che le stessa possano essere raggiunte per mezzo dell'accordo tra le parti, sia che ad esse si pervenga all'esito dell'intervento del giudice.

⁵¹ F. BARTOLINI, *Tre prospettive per il credit scoring algoritmico*, in M. Proto (a cura di), *Intelligenza artificiale e rapporti bancari. Umano e non umano nelle relazioni tra intermediari e clienti*, Pisa, 2024, p. 91 ss. e C. VALENZA *Modelli innovativi di valutazione del merito creditizio: contesto normativo e prospettive di regolamentazione*, ivi, p. 107 ss. Nella dottrina straniera v. L. C. BACKER, M. B. MCQUILLA, *The algorithmic law of business and human rights: constructing private transnational law of ratings, social credit and accountability measures*, in *International Journal of Law in Context*, 2023, 19, p. 32-50

quanto l'algoritmo deputato alla valutazione del merito creditizio valorizzazione delle informazioni sanitarie del richiedente, ovvero sue ideologie religiose o politiche.

Analoghe considerazioni valgono per il mercato assicurativo e del lavoro (già oggi si discute della discriminazione nell'accesso al lavoro basata sui trascorsi personali del candidato scoperti tramite "indagini" sui profili social dello stesso). Posto in questi termini, il discorso sui rapporti tra diritti fondamentali e contratto andrebbe, pertanto, a inserirsi nel più ampio contesto della tutela della persona nei rapporti contrattuali.

Scopo di questo studio è dunque analizzare le occasioni e le conseguenze dell'interazione tra diritti fondamentali e contratto, e dimostrare come tale rapporto si risolva in un necessario bilanciamento tra il valore dell'autonomia contrattuale e la tutela delle prerogative fondamentali.

Come meglio si illustrerà, infatti, l'autonomia, anche ove non fosse essa stessa un diritto fondamentale, sarebbe comunque un mezzo di manifestazione e realizzazione di (altri) diritti fondamentali. In tale ottica il suo eventuale arrestarsi dinnanzi a un diritto fondamentale sarebbe, dunque e in ogni caso, il risultato di un ponderato bilanciamento tra diritti fondamentali – quello realizzato attraverso l'atto di autonomia e quello toccato dall'atto stesso⁵² – e non di una mera preminenza gerarchica.

⁵² L. MAURIN, *Contrat e droit fondamentaux*, cit., p. 14 ove l'A. rileva che "*En premier lieu, el contrat peut apparaître comme un bien et sa valeur fondamentale sera empreinte de considérations économiques. De manière statique, par exemple, la créance contractuelle est-elle un bien au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme? De manière dynamique, el contrat n'a-t-il pas valeur fondamentale dès lors qu'il est l'instrument par excellence de réalisation d'une économie de marché? Les libertés économiques constitutives du marché intérieur ne permettent-elles pas de consacrer la valeur fondamentale de la liberté contractuelle dès lors qu'elles peuvent toutes être présentées comme des libertés de contracter?*" e ancora "*En second lieu, le contrat peut être appréhendé en dehors de toute considération économique. Sa valeur fondamentale devra alors être recherchée parmi les droits et libertés fondamentaux de la personne. Le contrat est alors un instrument relationnel,*

In questa prospettiva occorre sgomberare il campo d'indagine da un possibile equivoco. Se è vero che i diritti fondamentali limitano, al pari di ordine pubblico e buon costume, “*l’imagination créatrice des contractants*”⁵³, l’analisi non può ridursi ai loro effetti sul contratto. Occorre considerare anche l’impatto inverso: quello del contratto sui diritti fondamentali e sulla loro concreta realizzazione. Si pensi, ad esempio, alle c.d. *Human Rights Clauses* (HRC) e *Corporate Social Responsibility Clauses* (CSRC)⁵⁴ che le multinazionali inseriscono nei contratti con i loro subappaltatori e, più in generale, con le loro controparti, e con cui vincolano questi ultimi a rispettare – e a far rispettare a loro volta ai rispettivi *supplier*, in un effetto a catena virtuoso – determinati diritti dell’uomo, dei lavoratori e dell’ambiente⁵⁵. In tal guisa, tutte le imprese coinvolte

dont certains aspects coïncident avec des libertés et concepts reconnus par la Cour européenne des droits de l’homme”.

⁵³ R. CABRILLAC, *Les nouveaux schémas contractuels créés par la pratique*, in J.-Ph. Colson, D. Lemieux (a cura di), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Quebec, 1997, p. 23-35.

⁵⁴ Tra i principali contributi sul tema v. V. ULFBECK, O. HANSEN, A. ANDHOV, *Contractual enforcement of CSR clauses and the protection of weak parties in the supply chain*, in V. Ulfbeck, A. Andhov, K. Mitkidis (a cura di), *Law and Responsible Supply Chain Management*, Oxon, Routledge, 2019, p. 47; B. F. MAÏNKADE, *Corporate human rights obligations of investors in recent investment agreements: The progressive hardening process of CSR clauses*, in *Heliyon*, 9, 2023, e15120 consultabile al link: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC10121398/> e N. BUENO, A. YILMAZ VASTARDIS, I. NGUEULEU DJEUGA, *Investor Human Rights and Environmental Obligations: The Need to Redesign Corporate Social Responsibility Clauses*, in *Journal of World Investment & Trade*, 24, 2023, p. 179-216. Per una diversa prospettiva v. M. COSTA, P. TORRECCHIA, *The Concept of Value for CSR: A Debate Drawn from Italian Classical Accounting*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management Corp. Soc. Responsib. Environ. Mgmt.*, 25, 2018, p. 113-123.

⁵⁵ Certe imprese chiedono ai loro partner contrattuali che assicurino essi medesimi una tale promozione dei diritti dell’uomo presso le loro controparti contrattuali, ciò che – si è detto – dà vita ad un effetto domino, L. MAURIN, *Contrat et Droit Fondamentaux*, cit., p. 347, che rinvia anche a L.

nella filiera produttiva divengono, contemporaneamente, responsabili in proprio della tutela dei diritti umani, dei diritti dei lavoratori e della tutela dell'ambiente e impegnate a incentivare l'uso diffuso di pratiche conformi al rispetto di tali diritti nell'intera catena di produzione e distribuzione⁵⁶.

Le clausole con cui si ottiene tale risultato sono spesso redatte sulla base di formulari *standard* e c.d. *model clauses* elaborate da varie organizzazioni internazionali, che ispirano altresì i codici di condotta aziendali adottati dalle imprese il cui rispetto è sovente imposto dalla clausola stessa⁵⁷.

HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *La contractualisation des droit de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique*, in G. Lewkowicz, M. Xifaras (a cura di), *Repenser le contrat*, Paris, 2009, p. 221 ss., in part. p. 227. Di regola tali tipi di contratto, che impongono il rispetto di determinati codici di condotta o di determinate clausole di protezione dei diritti dell'uomo si accompagnano a meccanismi di controllo di rispetto degli impegni (*accountability*), che possono essere esterni od interni, più efficaci ed affidabili naturalmente nel caso in cui siano esterni. Tali meccanismi di controllo sono previsti dai medesimi strumenti di *soft law*, che li articolano appunto in modo differente, con diversi gradi di incisività. La Dichiarazione tripartita dell'OIL e le Linee Guida OCSE sono più sofisticate in quanto stabiliscono procedure attivabili con apposita denuncia dei soggetti interessati e l'adozione di raccomandazioni specificamente indirizzate alle imprese coinvolte; le Norme delle Nazioni Unite e il Global Compact si mostrano meno incisivi in quanto affidano il proprio monitoraggio prevalentemente o in via esclusiva al controllo interno delle imprese o alle società da queste selezionate, e alla pubblicità delle loro condotte irresponsabili.

⁵⁶ Tanto è previsto dalle Linee Guida OCSE e dalle Norme delle Nazioni Unite, così come dai Principi Guida ONU e dal Global Compact.

⁵⁷ Così i Principi Guida Imprese e Diritti umani dell'ONU che si rivolgono al cui principio n. 1 prevede che *“le imprese dovrebbero rispettare i diritti umani. Questo significa che esse dovrebbero evitare di violare gli altrui diritti umani ed intervenire sugli impatti negativi sui diritti umani in cui esse siano coinvolte”*. Analogamente le Linee Guida OCSE del 2011, che si rivolgono anche direttamente alle imprese multinazionali e non solo agli Stati, al cap. IV, *“le imprese multinazionali dovrebbero astenersi dal violare i diritti umani o dal causare o dal contribuire a produrre impatti negativi sul loro godimento; esse*

Attraverso questi strumenti di c.d. “*soft law*”⁵⁸ si va, dunque, diffondendo il fenomeno secondo il quale “il contratto gioca un ruolo crescente nella promozione e nel rispetto dei diritti dell’uomo e diviene vettore transnazionale del rispetto e della promozione dei diritti dell’uomo”⁵⁹.

Una conferma del ruolo che il contratto va assumendo nel promuovere i diritti fondamentali si rinviene anche nell’opera del legislatore europeo.

dovrebbero inoltre prevenire o mitigare questi ultimi effetti, qualora connessi alle loro operazioni economiche, anche se non ad esse direttamente riconducibili; infine, esse sarebbero tenute ad assumere l’impegno pubblico di rispettare i diritti, di porre ni essere el opportune procedure di due diligence e di cooperare al fine di rimediare alla loro violazione”. In punto Cfr. A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012, p. 171 ss.

⁵⁸ Si vedano ad esempio le c.d. *model contract clauses* (“MCCs”) sviluppate dall’*American Bar Association (ABA)* e proposte alle imprese americane della grande distribuzione (come The Gap, Hershey’s, Wal-Mart, ecc) con il Report annuale 2018 “*Human Rights Protections for Workers in International Supply Chains*”. Sul tema v. *amplius*: S. DADUSH, *Contracting for Human Rights: Looking to Version 2.0 of the ABA Model Contract Clauses*, in *American University Law Review*, 68, 2019, p. 1519-1554. Cfr. R. L. LAMPLEY, *Mitigating Risk, Eradicating Slavery*, *ivi*, p. 1707-1750; J. C. LIPSON, *Something Else: Specific Relief for Breach of Human Rights Terms in Supply Chain Agreements*, *ivi*, p. 1751-1780; J. S. MARTIN, *Private Law Remedies, Human Rights, and Supply Contracts*, *ivi*, p. 1781-1820; D. V. SNYDER, *The New Social Contracts in International Supply Chains*, *ivi*, p. 1869-1932; D. V. SNYDER, S. A. MASLOW, *Human Rights Protections in International Supply Chains—Protecting Workers and Managing Company Risk*, in *Business Lawyer*, 73, 2018, p. 1093-1106.

In generale sugli strumenti di c.d. *Soft Law* v., per tutti, F. BORGIA, *La Soft Law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali*, in *Riv. comm. internaz.*, 2010, p. 309 s.

⁵⁹ Così L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, cit., p. 255 che si richiama a L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *La contractualisation des droit de l’homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique*, cit., p. 226.

L'aumento del numero di scandali legati alle violazioni dei diritti umani e al danneggiamento dell'ambiente⁶⁰, e il progressivo passaggio a un consumo (più) sostenibile e responsabile, hanno spinto gli Stati

⁶⁰ C. Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *DeJure*, com'è noto, ha respinto i dubbi di legittimità sollevati dalla magistratura tarantina sul d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (c.d. decreto "salva Ilva", convertito con modifiche in l. 24 dicembre 2012, n. 231), che attribuiva al Ministero dell'ambiente il potere di autorizzare la prosecuzione di un'attività produttiva strategica, per un periodo non superiore a 36 mesi, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA), qualora fosse stata accertata l'assoluta necessità di salvaguardare l'occupazione e la produzione, e fosse stata garantita la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo "le migliori tecniche disponibili" (art. 1, comma 1, d.l. cit., in conformità all'art. 3, comma 1, lett. a), dir. 2008/1/CE, e all'art. 11, lett. b, dir. 2010/75/UE). I giudici costituzionali negano che la rilevanza "primaria" del diritto alla salute e all'ambiente possa tramutarsi in una preminenza gerarchica sugli altri diritti della persona: la ratio del decreto consisterebbe nella realizzazione di un "ragionevole bilanciamento" tra diritti fondamentali, in particolare alla salute e al lavoro (o, meglio, alla produzione), i quali si trovano in un rapporto di "integrazione reciproca", senza che uno di essi abbia la "prevalenza assoluta sugli altri". Se così non fosse, "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Concetto, questo, declinato nel canone scientifico del redattore della sentenza, il quale osserva che il valore della dignità, "in quanto presupposto assiologico dei diritti fondamentali", prende il posto della stessa sovranità popolare, nel senso che il popolo sovrano "non possiede il potere giuridicamente fondato di intaccare la dignità della persona": la *supremitas* della dignità "la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima". Pertanto, la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significherebbe che essi "non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di

membri a promuovere l'adozione di strumenti volti a responsabilizzare le imprese e imporre loro obblighi di diligenza consistenti nell'adozione di prassi volte a identificare, monitorare, prevenire, mitigare e riparare i danni che l'impresa potrebbe causare a diritti fondamentali, attraverso le sue attività e le sue operazioni commerciali⁶¹.

controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

In realtà, il ragionamento della Consulta appare “*pericoloso e debole*” a M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2013, p. 1017 ss., in part. p. 1026. Di soluzioni “*quanto mai deboli o per lo meno opinabili*”, avallate, in sede di bilanciamento, dal legislatore e dal giudice costituzionale, discorre C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2021, 3, II, p. 137 ss., spec. p. 153. Critico anche G. TUCCI, *La tutela della proprietà nella CEDU e le sue ripercussioni di diritto interno*, in F. Macario, A. Addante, D. Costantino (a cura di), *Scritti in memoria di Michele Costantino*, II, Napoli, 2019, p. 1365 ss., spec. pp. 1384 e 1385, ove si dice perplesso per il “*dubbio e forse inammissibile bilanciamento*”, operato dalla Corte.

V. anche Corte EDU 24 gennaio 2019, caso Cordella e altri c. Italia, in *www.archiviiodpc.diritto-penaleuomo.org*, che ha accolto il ricorso di alcuni cittadini di Taranto e ha condannato lo Stato italiano per non aver saputo proteggere la vita e la salute dei ricorrenti e dei propri familiari, valorizzando, in applicazione dell'art. 8 CEDU, anche l'interesse privato alla qualità della vita, così smentendo il compromesso raggiunto dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013. Per un commento v. F. GIAMPIETRO, *Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Ambiente & sviluppo*, 2019, p. 263 ss.; S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti: riflessioni sulla portata dell'art. 8 e dell'art. 13 CEDU nel diritto ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2019, p. 323 ss.; R. PICONE, *A difficult balance of interests: the ILVA case reaches the European Court of Human Rights*, in *www.ambientediritto.it*, 2020, 4, p. 38 ss.

⁶¹ Risoluzione del Parlamento europeo (2020/2129(INL)) del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sulla diligenza e la responsabilità delle imprese.

In generale sul tema v. P. ŠKVAŘILOVÁ-PELZL, A. ADAMS, *The Duty of Due Diligence: A European Race to Corporate Responsibility and Sustainability?*, in *European Business Law Review* 34, 2023, p. 193-212.

Nel febbraio 2022 veniva, a tal fine, pubblicata la “proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937”⁶², approvata nella sua versione definitiva – Direttiva (UE) 2024/1760 *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD, o CS3D)⁶³ – dal Parlamento Europeo solo lo scorso 24 aprile 2024 e un mese dopo, il 24 maggio 2024, da parte del Consiglio⁶⁴. L'impianto dell'intervento normativo è fondato sul concetto di *Corporate Sustainability Due Diligence* (CSDD) o *Human Rights Due Diligence* (HRDD)⁶⁵.

⁶² Per il testo della proposta v. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0010.02/DOC_1&format=PDF. Per un commento v. C. PATZ, *The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment*, in *Business and Human Rights Journal*, 2022, 7, p. 291–297; A. LAFARRE, *The Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Corporate Liability Design for Social Harms*, in *European Business Law Review* 34, 2023, p. 213–238.

⁶³ Il testo è reperibile al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760
Come meglio si vedrà al capitolo primo della parte seconda, la proposta ha subito nel tempo importanti modifiche. In particolare, ne è risultato un testo finale in cui l'ambito di applicazione soggettivo e temporale sono stati sensibilmente ridimensionati. Per un primo commento al testo approvato della CSDDD: M. CALLEGARI, *Sostenibilità, supply chain e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2024, p. 1211 ss.; S. ADDAMO, *Le novità del testo finale della Corporate Sustainability Due Diligence Directive: un cambio di passo per la politica di sostenibilità dell'UE?*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2024, p. 1258 ss. Per approfondire il testo originario e la sua graduale evoluzione si rinvia alla trattazione nella Parte Seconda, Capitolo Secondo.

⁶⁴ Il testo finale, firmato il 13 giugno 2024, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 5 luglio 2024 ed entrerà in vigore dopo venti giorni.

⁶⁵ J. SALORANTA, *Collective and Collaborative Worker-driven mechanisms? A mission (im)possible to Enhance Access Remedy in Relation to Human Rights Due Diligence?*, in *European Business Law Review* 34, 2023, p. 269–292.

Tali nozioni stanno ad indicare l'obbligo "di mezzi"⁶⁶ dell'impresa soggetta alla direttiva di adottare "le misure adeguate che permettono di conseguire gli obiettivi del dovere di diligenza affrontando efficacemente gli impatti negativi, in modo commisurato al grado di gravità e alla probabilità dell'impatto negativo" della filiera cui partecipa sui diritti fondamentali dell'uomo, dei lavoratori e dell'ambiente⁶⁷.

Tra le misure di prevenzione e correzione spiccano quelle contrattuali: gli artt. 6, comma 2, lett. e); 10, commi 2, lett. b), 4 e 5 e 11, comma 3, lettera c) della direttiva esplicitano, infatti, la possibilità che le imprese chiedano ai loro partner commerciali "garanzie contrattuali" quanto al rispetto del codice di condotta della società impegnandoli a chiedere a loro volta ai rispettivi partner le garanzie equivalenti in quello che viene definito un "sistema a cascata contrattuale"⁶⁸.

⁶⁶ Il considerando 19 della direttiva precisa, infatti, che *"Le società dovrebbero adottare le iniziative opportune per istituire e attuare, conformemente alla presente direttiva, misure relative al dovere di diligenza, per quanto riguarda le proprie attività, quelle delle loro filiazioni nonché quelle dei loro partner commerciali, diretti e indiretti, lungo l'intera catena di attività. La presente direttiva non dovrebbe imporre alle società di garantire che gli impatti negativi non si verificheranno mai o che saranno arrestati quali che siano le circostanze. Ad esempio, con riguardo ai partner commerciali presso cui l'impatto negativo deriva dall'intervento dello Stato, la società potrebbe non essere in grado di conseguire tale risultato. Pertanto, gli obblighi principali della presente direttiva dovrebbero essere "obblighi di mezzi"."*

⁶⁷ Così prosegue il testo del considerando 19, precisando che *"È opportuno tenere conto delle circostanze del caso specifico, della natura e della portata dell'impatto negativo e dei fattori di rischio pertinenti, ivi compreso nel prevenire gli impatti negativi e minimizzarne l'entità, le specificità delle attività commerciali della società e della sua catena di attività, del settore o dell'area geografica in cui operano i suoi partner commerciali, del potere della società di influenzare i suoi partner commerciali diretti e indiretti e della possibilità che il suo potere di influenza aumenti"*.

⁶⁸ Nel successivo art. 18 la direttiva prevede poi che *"La Commissione, in consultazione con gli Stati membri e i portatori di interessi, adotta orientamenti su clausole contrattuali tipo d'uso volontario entro il 26 gennaio 2027 al fine*

La relazione tra diritti fondamentali e contratto emerge quindi come l'incontro tra due elementi autonomi che si influenzano a vicenda.

La fenomenologia di tali influenze sembra potersi ben descrivere attingendo alla nozione di "interferenza" propria della scienza fisica⁶⁹. In fisica, tale fenomeno descrive come la sovrapposizione di due onde possa generare un rafforzamento reciproco (interferenza costruttiva) o una reciproca riduzione dei loro effetti (interferenza distruttiva)⁷⁰. E ciò è appunto quanto accade tra contratto e diritti fondamentali.

L'interferenza tra tali due elementi è costruttiva, o consonante, laddove il contratto emerga quale strumento per la promozione di diritti fondamentali, come nel caso delle clausole HCR e CSRC, ma anche di realizzazione di diritti fondamentali, al pari di quanto avviene in tutti quei casi in cui un servizio essenziale è (necessariamente, o opzionalmente) lasciato all'iniziativa economica privata.

Sull'altro versante, l'interferenza sarà distruttiva, o dissonante, nei casi in cui il contratto sia utilizzato per comprimere o disporre, in modo o misura, illegittima di un diritto fondamentale. Si dia il caso dei contratti con cui taluno dispone della propria integrità fisica, o rinunci totalmente alla propria libertà personale. In tali casi l'indagine sugli effetti dell'interferenza verterà, in primo luogo, sui rimedi opponibili dalla parte titolare del diritto leso o minacciato.

La presente ricerca si propone, dunque, di dimostrare che la valutazione di tali interferenze, sia consonanti che dissonanti, non può prescindere da un necessario bilanciamento tra il valore dell'autonomia negoziale e la tutela delle (altre) prerogative fondamentali. In un'ottica di armonia assiologica, l'obiettivo non è affermare la prevalenza aprioristica dell'uno sull'altro, ma piuttosto identificare i criteri per una tutela

di agevolare le società nel conformarsi all'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), e all'articolo 11, paragrafo 3, lettera c)"/>.

⁶⁹ Ma già fatta propria dalla scienza giuridica. Cfr. V. ROPPO, *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, 2006 cui adde R. CALVO, *Il negozio giuridico. Saggi*, Cacucci, Bari, 2022, il quale dedica alle "interferenze" la parte terza della propria dissertazione, p. 127 ss.

⁷⁰ <https://www.treccani.it/vocabolario/interferenza/#>

equilibrata ed efficace, capace di riconoscere il ruolo dell'autodeterminazione negoziale quando incide su altri diritti fondamentali.

Nelle pagine che seguono, pertanto, il presente lavoro cercherà di:

- 1) circoscrivere i fenomeni di interferenza tra contratto e diritti fondamentali rilevanti;
- 2) analizzare le varie figure di interferenza cercando di individuarne gli effetti sul contratto e/o sui diritti fondamentali toccati.

Quaderni della rivista di diritto privato

1. ROSARIA ROMANO (a cura di), *Confini e intersezioni della proprietà intellettuale oggi*, 2017.
2. CLAUDIA CONFORTINI, *Garanzia autonoma e interessi usurari*, 2022.
3. ROBERTO CALVO, *Il negozio giuridico. Saggi*, 2022.
4. VALENTINA DI GREGORIO, *I contratti di “servizi”. Contributo allo studio del sotto-tipo*, 2022.
5. BARBARA FRANCONI, *La rilevanza dei controlli interni nelle società per azioni: soluzioni organizzative*, 2022.
6. SERENELLA SABINA LUCHENA, *Offerta pubblica di acquisto e regime derogatorio*, 2023.
7. MARCO FRANCESCO CAMPAGNA, *La sintesi. Studio sul linguaggio contrattuale*, 2023.
8. ENRICO GABRIELLI, *Studi sul concorso dei creditori*, 2023.
9. FRANCESCO ROSSI (a cura di), *“L'autonomia privata”. Gli studi di Enrico Gabrielli*, 2023.
10. FIAMMETTA BORGIA, BENEDETTA SIRGIOVANNI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: la cripto-arte e la sua circolazione. Un dialogo interdisciplinare*, 2024.
11. M. FLORIANA CURSI (a cura di), *La ‘Introduzione allo studio storico del diritto romano’. Un capitolo della biografia intellettuale di Riccardo Orestano*, 2024.
12. GIULIA CARDILLO, *Revenge porn e tutela della privacy. Aspetti multidisciplinari del fenomeno*, 2024.
13. LAVINIA VIZZONI, *I “minori digitali” tra doveri educativi e tutele*, 2025.
14. BENEDETTA SIRGIOVANNI, *Patto commissorio e mercato del credito*, 2025.
15. ELISA COLLETTI, *Intelligenza artificiale e attività sanitaria: i nuovi danni*, 2025.
16. MATTEO TURCI, *Diritti fondamentali e disciplina del contratto. Regolazione dei rapporti, tutela, garanzie*, 2025.