

Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti

di Alessandro Somma

(Pubblicato in Rivista critica del diritto privato, 2005, pp. 75 – 97)

SOMMARIO: 1. Il problema: tecnocrazia e culto del mercato nel diritto dei contratti in area comunitaria. - 2. Patrimonio costituzionale europeo e costituzione europea a confronto: democrazia sociale vs. ordoliberalismo. - 3. Corti solidariste e parlamenti liberisti nel processo di costruzione del diritto comune europeo. - 4. Attorno ai veicoli della giustizia sociale: modelli neocorporativi e modelli codicistici.

1. Il problema: tecnocrazia e culto del mercato nel diritto dei contratti in area comunitaria

E' noto che il tema dell'armonizzazione del diritto dei contratti a livello europeo ha da tempo catalizzato l'attenzione della comunità scientifica e che essa ha nel merito formulato articolate proposte. Altrettanto noto è che lo stesso tema ha recentemente interessato le istituzioni comunitarie che, per bocca della Commissione, vi hanno fra l'altro dedicato un documento concernente la raccolta di "informazioni sulla necessità di un'azione comunitaria incisiva nel settore del diritto contrattuale"¹ ed un successivo

¹ COM (2001) 398 def.

"piano d'azione" dedicato all'incremento della "coerenza nel diritto contrattuale europeo"².

Il piano concerne l'elaborazione di misure da affiancare al tradizionale "approccio selettivo", consistente nell'adozione di "direttive riguardanti contratti specifici o tecniche di commercializzazione particolari" nei casi in cui si accerti "la necessità di un'armonizzazione"³. Si menziona il proposito di "accrescere la coerenza dell'acquis comunitario nel campo del diritto contrattuale" attraverso l'elaborazione di un "quadro comune di riferimento" in cui siano contenute "le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni". E si manifesta l'intento di "promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali standard applicabili nell'insieme dell'Unione"⁴.

Lo stesso piano, con formule decisamente prudenti ed approssimative, contiene inoltre riflessioni sui modi di definire "strumenti opzionali" di tipo "non settoriale": in particolare "un corpus moderno di regole" cui le parti possano fare riferimento "quale diritto applicabile" a fianco dei loro diritti nazionali, che "esisterebbero in parallelo". Il corpus dovrebbe formarsi, eventualmente a partire dai dati raccolti in sede di sviluppo dell'acquis comunitario in materia contrattuale⁵, con il contributo di tutte "le parti interessate" ed essere adottato "in forma di regolamento o di raccomandazione". Quanto ai contenuti, esso si ispirerebbe massimamente al principio di "libertà contrattuale" ed in tal senso conterrebbe norme solo eccezionalmente imperative⁶.

I propositi riferiti hanno indotto alcuni studiosi a predisporre un ricco ed articolato "Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", in cui si mettono in luce in particolare due aspetti del percorso delineato. Per un verso si deplora la carente legittimazione politica delle istituzioni fautrici dei menzionati "strumenti opzionali", i quali infatti, dovendosi fondare sui materiali ricavati dal "quadro comune di riferimento", verrebbero definiti attraverso la mera consultazione di operatori economici ed istituzioni politiche chiamati a pronunciarsi su bozze di lavoro predisposte da studiosi⁷. Per un altro verso si lamenta la mancata formalizzazione del modello di

² COM (2003) 68 def. V. anche COM (2004) 651 def.

³ COM (2001) 398 def. (Relazione).

⁴ COM (2003) 68 def. (nn. 55 ss. e 81 ss.)

⁵ COM (2004) 651 def. (p. 6).

⁶ COM (2003) 68 def. (n. 89 ss.).

⁷ COM (2004) (p. 11 ss.).

giustizia sociale cui si intende ispirarsi in sede di elaborazione degli strumenti in discorso⁸.

Il primo aspetto non attiene unicamente alla competenza comunitaria ad occuparsi del diritto dei contratti nel suo complesso. E' lo stesso documento ad osservare che, se da un lato al livello comunitario sono tradizionalmente affidati compiti concernenti la promozione di un "mercato aperto e competitivo" e non anche "il potere di promulgare un diritto contrattuale europeo", dall'altro lato l'esistenza di una costituzione europea muta il quadro di riferimento: essa riveste "un'importanza per il processo di europeizzazione del diritto privato che finora è rimasta incompresa"⁹.

Da un simile punto di vista il rilievo circa la carente legittimazione politica delle istituzioni comunitarie, certo pertinente e relativo a vicende di rilevanza primaria, attiene alla disciplina del loro funzionamento, oltre che a prassi che sono sovente nella disponibilità dei paesi membri. Non è infatti con riferimento al solo diritto dei contratti che si possono formulare appelli "a introdurre un procedimento più rappresentativo e legittimato" ed auspici affinché sia dato impulso ad "un procedimento parlamentare sia a livello nazionale che a livello europeo": ovvero che sia valorizzato il contesto comunitario nella sua essenza di "entità politica pluralistica e multilivello", onde evitare il predominio di "potenti interessi imprenditoriali o élites giuridiche e politiche" o di "altri efficaci gruppi di pressione".

Incentrata sul diritto contrattuale è invece l'analisi circa il complesso dei valori cui, pur in presenza di un documento considerato il fondamento del suo assetto politico oltre che economico, la Comunità europea ha finora mostrato di volersi ispirare. Valori esemplificati dal sistema di tutela del consumatore, consistente in un insieme di "provvedimenti di correzione del mercato", ovvero non direttamente volti "ad aiutare le parti più deboli", che in quanto tali trascurano "le fonti di diseguaglianza diverse dall'asimmetria informativa tra le parti contrattuali".

Certo, si potrebbe rilevare, vi sono fonti comunitarie ispirate da valori di altro tipo. E tuttavia nel loro complesso esse fanno propri i meccanismi distributivi decisi dal libero mercato e trascurano invece risvolti connessi allo "sfruttamento" ed alla "esclusione sociale". Risvolti di cui il diritto contrattuale dovrebbe invece farsi carico attraverso misure capaci di incidere sulla "distribuzione di ricchezza materiale" e, con

⁸ Il testo del Manifesto è riportato in *ELJ*, 2004, p. 653 ss.

⁹ Al proposito anche G. Alpa, *The Meaning of "Natural Person" and the Impact of the Constitution for Europe on the Development of European Private Law*, in *ELJ*, 2004, p. 734 ss.

essa, sulla "abilità dei cittadini di godere e trarre beneficio dalle libertà civili e dai diritti sociali ed economici loro riconosciuti".

Simili conclusioni non sono scontate. Al contrario esse si ritrovano solo saltuariamente nei numerosi contributi dedicati al diritto contrattuale europeo, che nel loro complesso accettano le coordinate di politica del diritto disegnate dai fautori del libero mercato¹⁰. In tal senso il Manifesto produce un effetto messo in evidenza con riferimento allo studio delle influenze positive dei media sulla formazione dell'opinione pubblica: rompe la cosiddetta spirale del silenzio, alimentata dall'isolamento cui sono altrimenti condannati i dissenzienti¹¹, che ha sovente trasformato i dibattiti tra i cultori del diritto in sterili esercizi di mero tecnicismo entro confini valoriali dati.

Sullo sfondo di un simile riconoscimento, ed in un certo senso accogliendo l'invito formulato nel Manifesto ad alimentare "un procedimento più rappresentativo e legittimato", mi sembra utile mettere in luce almeno tre aspetti cui i fautori della giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti credo debbano dedicare alcune riflessioni.

Il primo aspetto attiene al ruolo della costituzione europea ed in particolare all'affermazione che essa include un "ricco assetto di diritti sociali ed economici", ripetitivi dei "principi costituzionali già riconosciuti in Europa", attraverso cui fondare un diritto dei contratti alternativo a quello finora alimentato a livello comunitario. Una simile affermazione presuppone evidentemente che vi sia identità tra il contenuto dei diritti fondamentali tutelati nei paesi membri e quello delle posizioni contemplate dalla carta fondamentale europea. Se così non fosse, sarebbe certo possibile fondare sulla costituzione europea lo sviluppo di un diritto dei contratti cui affidare compiti di redistribuzione della ricchezza, tuttavia non sulla base di schemi alternativi a quelli sviluppati dal libero mercato.

Il secondo aspetto concerne l'invito ad attivare le istituzioni dello stato nazionale come antidoto contro la costruzione di un diritto dei contratti fortemente condizionato dai rappresentanti di interessi forti. Occorre nel merito valutare se sia realistico riferirsi in via esclusiva al circuito della politica, trascurando fra l'altro l'apporto diretto della prassi applicativa ed in particolare confidare sulla sua propensione ad alimentare un sistema di giustizia sociale.

Gli autori del Manifesto sembrano motivare la scarsa considerazione per l'operato delle corti con il rilievo che "i diversi ordinamenti giuridici nazionali hanno preso

¹⁰ Citazioni in A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, p. 66 ss.

¹¹ Ad es. S. Bentivegna, *Teorie della comunicazione di massa*, Roma e Bari, 2003, p. 114 ss.

divergenti decisioni politiche con riferimento alla questione su come i valori fondamentali debbano essere conciliati fra loro". Precisamente: si possono forse evidenziare massime condivise, ma "nella loro applicazione" esse sono tuttavia "suscettibili di interpretazioni alquanto differenti".

Questa affermazione conduce al terzo aspetto meritevole di essere approfondito. Occorre valutare se la prassi applicativa nazionale abbia effettivamente sviluppato orientamenti inconciliabili e se pertanto la definizione di un diritto europeo dei contratti che ad essi faccia riferimento, oltre a restituire legittimazione politica ai suoi fautori, sia capace di cogliere le linee di un sistema di giustizia sociale comune ai paesi membri della Comunità europea.

2. Patrimonio costituzionale europeo e costituzione europea a confronto: democrazia sociale vs. ordoliberalismo

Il valore cui si esorta ad informare il diritto europeo dei contratti, la giustizia sociale, viene inteso dal Manifesto come relativo ad un certo modo di mediare tra la massima dell'autonomia privata da un lato e la massima della solidarietà dall'altro. Nel merito non si formulano tuttavia indicazioni ulteriori rispetto a quelle, appena ricordate, concernenti il proposito di evitare "lo sfruttamento" e "l'esclusione sociale". Neppure si chiarisce definitivamente entro quali limiti i modi di attuare simili indicazioni debbano sviluppare forme di intervento eteronomo sul contenuto delle relazioni di mercato.

A ben vedere questo aspetto viene considerato in sede di esortazione a costituzionalizzare il diritto dei contratti attraverso il suo coordinamento con le carte fondamentali nazionali e con la recente carta fondamentale europea. Ed è proprio questo il problema: come cercherò di chiarire, i testi del primo tipo consentono di sviluppare modelli di tipo interventista, mentre il secondo documento non lo consente affatto o lo consente solo in misura insufficiente.

Le mie valutazioni muovono da una constatazione banale: il modello di giustizia sociale cui fa riferimento il Manifesto è decisamente diverso rispetto a quello avuto in mente da chi, secondo un adagio antico, considera "giusto" il risultato di una libera contrattazione in quanto tale. Ciò sul presupposto che solo l'agire spontaneo sia capace di fondare forme di convivenza pacifiche e che, al contrario, l'agire eterodiretto conduca

inevitabilmente al risultato opposto¹²: ovvero che il libero mercato, in quanto "risultato di un lungo processo culturale", consenta "di soddisfare le aspettative soggettive indipendentemente dalle decisioni e dal controllo del potere politico"¹³.

Da un simile punto di vista sono ammissibili interventi dello stato volti ad alimentare la solidarietà in senso verticale, ovvero la solidarietà dello stato nei confronti degli individui, ma non anche misure di solidarietà orizzontale. Le seconde sono da condannare, in quanto mirano a conformare il mercato attraverso prescrizioni concernenti i contenuti e le forme delle relazioni economiche. Le prime sono invece da favorire, sul presupposto implicito che l'estensione delle vicende cui si riferiscono sia una variabile dipendente dai confini di volta in volta tracciati dal mercato.

Nel solco di simili valutazioni si suole osservare che la costituzione italiana contiene disposizioni non in linea con l'assetto delineato a livello comunitario: in particolare le norme che, in linea con la richiesta ai cittadini di adempiere ai "doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale" (art. 2), impongono di esercitare l'iniziativa economica con modalità idonee ad indirizzarla "a fini sociali" (art. 41) o il diritto di proprietà in forme compatibili con la sua "funzione sociale" (art. 42). Norme che tradirebbero una matrice "totalitaria", in quanto affidano allo stato "il disegno globale dell'economia" in palese contrasto con l'opzione comunitaria a favore "del mercato aperto e della libera concorrenza"¹⁴.

Sicuramente la costituzione italiana attua un disegno di politica del diritto incompatibile con la costruzione economica comunitaria, ma al riguardo essa si trova in buona compagnia. Certo in molti casi le carte fondamentali europee evitano di codificare massime come quella contenuta nel menzionato art. 2 o nel successivo art. 4: la disposizione secondo cui "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società". Sono tuttavia ricorrenti le limitazioni riferite ai diritti su cui classicamente si fonda il principio del libero mercato. Così la costituzione portoghese stabilisce che l'iniziativa economica privata deve praticarsi "tenendo conto dell'interesse generale" (art. 61), mentre i testi greco e spagnolo definiscono limiti all'uso della proprietà sulla base di considerazioni concernenti, rispettivamente, "l'interesse generale" (art. 17) e la "funzione sociale" (art. 33). Più esplicito l'articolato irlandese, il

¹² F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), trad. it., Milano, 2000, p. 361.

¹³ R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, pp. 36 e 40 s.

¹⁴ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, p. 18 ss.

quale, con formule in linea con la sua inclinazione confessionale, prescrive l'esercizio del diritto di proprietà in forme rispettose dei "principi della giustizia sociale" (art. 43) e inoltre impone allo stato di indirizzare la sua politica affinché "la proprietà e il controllo delle risorse materiali della comunità siano distribuite tra i singoli individui e le diverse classi" e "la dinamica della libera concorrenza non sia consentita per quanto a essa consegua la concentrazione della proprietà o il controllo delle risorse primarie in mano a pochi individui" (art. 45).

In altre ipotesi la conformazione del mercato si ottiene stabilendo che le aspettative considerate in sede di formulazione dei diritti sociali devono essere tutelate anche nei rapporti tra privati: come nella costituzione portoghese con l'affermazione secondo cui "i precetti costituzionali riguardanti i diritti, le libertà e le garanzie vincolano gli enti pubblici e privati" (art. 18) o nella costituzione greca con la precisazione che "i diritti dell'uomo inteso come individuo e come membro dell'insieme sociale", quindi le massime ricavate dal "principio dello stato sociale di diritto", interessano anche i "privati nelle specifiche forme dei loro rapporti" (art. 25).

Un caso a parte rappresenta la costituzione tedesca, in cui si omette un esplicito riferimento alla tutela dei diritti sociali e non si riproducono massime concernenti il tema della solidarietà orizzontale: almeno se si prescinde, per un verso, dalla qualificazione dello stato tedesco come "stato federale democratico e sociale" (art. 20) e, per un altro, dalla disposizione secondo cui "la proprietà impone degli obblighi" ed "il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività" (art. 15).

Il costituente tedesco decise di non elaborare un articolato sistema di diritti sociali al fine di non prendere posizione nella disputa tra fautori della "democrazia sociale" e sostenitori della "democrazia neoliberale" o "ordoliberal": i primi favorevoli a forme di interventismo nell'economia e i secondi convinti invece che lo stato dovesse limitarsi a definire il quadro normativo necessario e sufficiente ad assicurare il confronto dialettico tra le forze del mercato¹⁵.

Inizialmente il primo modello, di marca socialdemocratica, riscosse consensi superiori rispetto a quelli raccolti dal secondo, di impronta ordoliberal¹⁶. Esso venne tuttavia ostacolato dalle forze di occupazione statunitensi, intenzionate ad imporre

¹⁵ V. rispettivamente A. Arndt, *Planwirtschaft*, in *SJZ*, 1946, p. 169 ss. e F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, p. 141 ss.

¹⁶ G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Bd. 2, Frankfurt am Main, 1979, p. 334 ss.

modelli economici in cui fosse marcato il rifiuto di impostazioni stataliste. Nel solco di simili pressioni, l'esecutivo tedesco rimise la definizione delle linee di politica economica ad un noto fautore della "economia sociale di mercato"¹⁷: locuzione che indica la situazione in cui i principi del libero mercato, in particolare la proprietà privata e la libera concorrenza, sono affiancati da interventi statali volti a realizzare forme blande di perequazione sociale, se e nella misura in cui esse promuovono la crescita economica¹⁸.

Ciò non ha tuttavia determinato lo sviluppo di una cultura costituzionale lontana da quella finora codificata nei testi appena ricordati¹⁹. Subito le corti tedesche, e successivamente i governi a guida socialdemocratica, sviluppano modelli decisamente incompatibili con l'orientamento inizialmente vittorioso. Orientamenti avallati dal giudice delle leggi, il quale ritiene che la carta fondamentale promuova modelli solidaristici, a livello verticale come a livello orizzontale. Il principio dello stato sociale conduce infatti a considerare incostituzionale il comportamento tra privati capace di tradursi in sfruttamento del più forte sul più debole: conclusione formulata inizialmente con riferimento alla materia lavorativa e poi in ordine a tutte le materie informate al principio di libertà contrattuale²⁰.

Fin qui le direttrici cui si ispira il costituzionalismo europeo, che, in quanto richiamate dal Manifesto, offrono spunti per considerarlo un documento volto ad invocare misure di incisiva conformazione del mercato. Peraltro, come dicevo, lo stesso non si può concludere con riferimento ai richiami alla costituzione europea, che tra gli "obbiettivi dell'Unione" annovera la promozione della "giustizia" e della "protezione sociali", in posizione subordinata rispetto alla costruzione di "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" (art. 1-3).

Il costituzionalismo comunitario è in tal modo informato al principio ordoliberal, vero e proprio "paradigma per il modello stesso della società in senso ampio", per cui occorre favorire "l'autonomia privata in regime di concorrenza non distorta dalla

¹⁷ Il noto fautore dell'economia sociale di mercato - per l'esattezza colui che ha coniato il termine - è Alfred Müller-Armack. Tra le sue opere v. *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg, 1966.

¹⁸ Cfr. D. Grosser, *Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in Id. (Hrsg.), *Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1985, p. 25.

¹⁹ Ad es. D. Grimm, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in *Ann. Fond. Basso*, 2001, p. 7 ss.

²⁰ Rispettivamente BVerfG, 17 agosto 1956, in *BVerfGE*, Bd. 5 (1956), p. 85 ss. e BVerfG, 12 novembre 1958, *ivi*, Bd. 8 (1959), p. 274 ss.

presenza di concentrazioni di potere pubblico"²¹. Questo almeno si ricava da una lettura dell'articolato volta ad evitare eccessive forzature ermeneutiche, che certo possono legittimamente proporsi, e quindi teso a tenere conto del contesto culturale in cui l'articolato ha preso forma e non certo a favorire "interpretazioni di destra", costruite al solo fine di proporre "critiche di sinistra"²².

Prima di fornire indicazioni sul modello di solidarietà orizzontale individuato dal costituzionalismo comunitario, mi sembra utile tracciare le coordinate del sistema di solidarietà verticale, ammesso anche dai fautori del libero mercato, la cui estensione fornisce indicazioni utili circa lo spazio che si intende riservare all'autonomia privata²³. A tal fine considero sufficiente ricordare il riferimento al principio di uguaglianza come valore concernente la formale parità "davanti alla legge" (art. II-20) e la distinzione tra diritti e principi, questi ultimi comprendenti i diritti sociali, fondata sul fatto che i primi devono essere "rispettati" e i secondo solamente "osservati" (art. II-51)²⁴.

Le misure concernenti la conformazione del mercato lasciano altrettanto perplessi. Esse sono ben esemplificate dal riconoscimento della "libertà d'impresa" (art. II-16) e dalla definizione del diritto di proprietà come diritto assoluto, le cui limitazioni sono ammesse se motivate dall'"interesse generale" (art. II-17): locuzione, espressiva di schemi sviluppati anche dalla prassi applicativa comunitaria, con cui si sottolinea l'esplicito rifiuto di codificare un riferimento alla funzionalizzazione sociale del diritto non motivato da logiche produttivistiche²⁵.

E il quadro non muta certo per effetto dell'enfasi con cui si proclama un onnicomprensivo divieto di discriminazione (art. II-21), rafforzato dall'affermazione della parità tra uomini e donne (art. II-23). Invero il divieto non consente di fondare diritti, ma semplicemente incide sull'attuazione di quelli previamente riconosciuti da altre fonti: risulta essere una formula destinata ad esaurire la propria funzione entro un impianto

²¹ P.G. Monateri, *La neutralizzazione del diritto pubblico nazionale da parte del diritto comunitario: un destino inevitabile?*, in corso di pubblicazione.

²² Come sembra temere per tutti E. Paciotti, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 9 ss.

²³ Cfr. D. Kennedy, *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 343.

²⁴ WD 022- WG II.

²⁵ Al proposito M. Comba, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma e Bari, 2003, p. 162 s. Nella prassi applicativa comunitaria una lettura produttivistica della locuzione "funzione sociale" si trova ad es. nella Sent. Nold del 14 maggio 1974, Causa 4/73.

normativo refrattario al riconoscimento dei diritti sociali e scarsamente sensibile alle istanze di conformazione del mercato.

Precisamente, senza un coordinamento con le massime solidaristiche, il divieto di discriminazione non consente di incidere sul modo di essere delle relazioni interindividuali. In vicende quali la conclusione di un contratto tra parti dotate di una forza economica e sociale strutturalmente diseguale, il rispetto di quel divieto avviene alle condizioni decise dal mercato: ovvero consente esclusivamente di condizionare l'individuazione del contraente ma non anche la determinazione dei termini dell'affare. In altre parole: i comportamenti indotti dal divieto di discriminazione - oltre a collocarsi fuori dall'orizzonte dei meccanismi solidaristici concernenti i rapporti tra lo stato ed i consociati - non sono il risultato di interventi eteronomi idonei ad incidere in modo sostanziale sull'autonomia privata.

La situazione muta solo in parte considerando le posizioni menzionate dall'articolato in connessione con il divieto di discriminazione e qualificate in termini di "diritti": dei bambini "alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere" (art. II-24), degli anziani "di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" (art. II-25) e dei disabili "di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità" (art. II-26). Sono questi i cosiddetti diritti di terza generazione - dopo quelle dei diritti politici e civili e dei diritti sociali - modellati sulle caratteristiche che differenziano l'individuo dal punto di vista delle "maniere di essere nella società come infante, come vecchio, come malato, ecc."²⁶.

Certo le posizioni cui alludono le norme richiamate sono qualificabili in termini di diritti sociali, ma esse si riferiscono ad aspetti della vita incapaci di incidere in modo diretto sui meccanismi di mercato: il malato e il bambino sono individui non produttivi, che ricevono tutela da un ordinamento scarsamente interessato ai comportamenti dei consociati in età e nelle condizioni di assumere un ruolo attivo entro il sistema di produzione di beni e servizi.

E' parzialmente diverso il discorso ove riferito ai disabili e in particolare al diritto all'inserimento professionale loro riconosciuto. Quest'ultimo si configura infatti come un vero e proprio diritto di prestazione, capace di incidere sui meccanismi di mercato e di consentire in tale ambito l'attuazione di massime solidariste. Ma, come sappiamo, i diritti

²⁶ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 67.

di prestazione sono considerati principi che, in quanto tali, devono essere semplicemente osservati e non anche rispettati.

Possiamo così affermare che il modello di giustizia sociale cui fa riferimento il Manifesto può aspirare a differenziarsi da quello promosso dalle teorie del libero mercato solo se la costituzionalizzazione del diritto dei contratti avviene nel segno delle tradizioni sviluppate in seno agli stati nazionali. Che poi sono le medesime tradizioni valorizzate dal Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali approvato in seno alle Nazioni unite, in cui si codificano modelli solidaristici ricorrendo alle formule condivise dal patrimonio costituzionale europeo²⁷.

Ad altra conclusione si giunge, ed in effetti sono giunti alcuni testi europei orientati deludendo l'attaccamento dei loro cittadini ai sistemi di solidarietà²⁸, se si cede al richiamo delle sirene del costituzionalismo comunitario.

3. Corti solidariste e parlamenti liberisti nel processo di costruzione del diritto comune europeo

L'autonomia privata posta al centro della costituzione comunitaria ha contenuti diversi rispetto a quella cui alludono le codificazioni civili ottocentesche. Queste ultime mirano ancora a "trasportare dal piano filosofico giusnaturalistico al piano giuridico positivo l'idea dell'individuo soggetto di diritto con tutti i suoi attributi e i suoi predicati" e a "costruire sulla sua potestà di volere il sistema giuridico"²⁹.

Ovviamente si tratta di una "grande illusione": il modello umano di riferimento per simili costruzioni costituisce un'astrazione, esattamente come i concetti di moralità e volontarietà dell'azione privata necessari e sufficienti a promuovere, anche attraverso l'inerzia della mano pubblica, i risultati economici desiderati³⁰. Ben presto la necessità di far fronte alle situazioni di crisi o di eccessivo rischio imprenditoriale, o eventualmente di ratificare e presidiare assetti sorti spontaneamente, conduce ad una diversa valutazione

²⁷ Per tutti E. Riedel, *Vorb. Art. 27*, in J. Meyer (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003, p. 339.

²⁸ C. Folres Juberias, *Il dibattito sui diritti sociali nel costituzionalismo postcomunista*, in *Dir. e soc.*, 2001, p. 309 ss.

²⁹ R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 159.

³⁰ Per tutti G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 37 ss.

circa l'utilità dell'intervento statale in economia. E' questo il senso delle trasformazioni che hanno caratterizzato i sistemi occidentali tra il primo ed il secondo conflitto mondiale: trasformazioni concernenti il ridimensionamento, e talvolta l'affossamento, del liberalismo politico e la contestuale riforma del liberalismo economico, ora finalizzata alla costruzione di un capitalismo ordinato³¹.

Non è un caso che proprio nel periodo di cui stiamo discutendo, precisamente in area tedesca, si siano sviluppate le tesi ordoliberali: tesi che suscitano l'interesse del potere politico nazionalsocialista, con l'idea di attribuire allo stato il compito di attuare l'ordine economico naturale e ricondurre così ad unità interessi generali e interessi particolari³².

La riflessione ordoliberale viene condotta muovendo dalle elaborazioni della fisiocrazia ed in particolare dal proposito di accreditare l'economia come strumento di razionalità politica, chiamato a rimpiazzare il diritto. Uno strumento che deve essere imposto da uno stato assoluto, cui affidare il compito di assicurare la libertà e la proprietà da un lato e la sicurezza dall'altro³³.

Come la fisiocrazia, anche l'ordoliberalismo coltiva un'idea di libertà che da molti punti di vista si mostra indifferente rispetto alla connotazione del potere politico in senso autoritario o totalitario. Precisamente l'ordoliberalismo ritiene che si debbano rifiutare i modelli teorizzati dal liberalismo classico, il liberalismo votato a "far prevalere i valori materialistici sui valori umani" ed a trasformare "la forza economica" in strumento al servizio di "interessi egoistici"³⁴, e che occorra favorire la costruzione di uno stato forte, chiamato a "dirigere" in modo "ragionevole e pianificato" le "forze libere", attraverso norme capaci di incentivare "il senso della collettività presso il popolo dedito alle attività economiche"³⁵.

Nel merito sono evidenti i nessi con i modelli di economia corporativa cui facevano all'epoca riferimento numerosi sistemi occidentali europei ed americani - si pensi al New Deal - con il loro tentativo di elaborare una terza via tra economia

³¹ Citazioni in A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, 2005.

³² L'opera principale sul punto è F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, 1937.

³³ Per tutti F.P. Adorno, *Naturalità del mercato e ragione governamentale tra mercantilismo e fisiocrazia*, in G. Borrelli (a cura di), *Prudenza civile, bene comune, guerra giusta*, Napoli, 1999, p. 191 ss.

³⁴ H. Peter, *Sozialpolitik und freier Wettbewerb*, in G. Schmolders (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 199 e 206.

³⁵ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit., p. 8 s.

pianificata e libero mercato. Simili modelli conducono ad un diritto dei contratti caratterizzato dal dovere delle parti di collaborare in vista dell'obiettivo economico promosso dall'ordinamento. Soluzione promossa, soprattutto nella patria dell'ordoliberalismo, valorizzando la massima della buona fede, intesa come strumento attraverso cui ottenere la conformazione del comune intento dei contraenti all'interesse incarnato dalla collettività³⁶ e costruendo in tal modo un diritto dei contratti efficacemente definito come "rugiadoso"³⁷.

Altrimenti detto, la richiesta di una cooperazione tra contraenti costituisce la proiezione di visioni corporative dell'attività economica e non anche il frutto di una politica del diritto attenta al profilo della tutela dei deboli. In effetti l'ordinamento prevale sull'atto privato per fini che si collocano oltre l'orizzonte del conflitto tra i contraenti e che non coincidono con il proposito di realizzare l'equilibrio tra le prestazioni: la lotta tra debitore e creditore deve essere inibita, esattamente come la lotta di classe, in quanto "urta contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali"³⁸.

Fin qui il diritto dei contratti cui ha fatto riferimento il potere politico fino al crollo delle dittature. Ma non sembra che le cose si siano radicalmente modificate con riferimento al successivo tentativo di promuovere un diritto dei contratti di matrice ordoliberal: almeno nei sistemi ispiratisi allo schema dell'economia sociale di mercato e, con essa, a modelli di convivenza in cui allo stato si affida il compito di coordinare l'operato delle componenti sociali in funzione della crescita economica³⁹. Crescita oltretutto misurata ricorrendo ad indicatori, come quelli contemplati dal calcolo del Prodotto interno lordo, che esaltano aspetti quantitativi della produzione⁴⁰ e che alimentano modelli di sviluppo volti, da un lato, ad alimentare la riproduzione delle gerarchie sociali e, dall'altro, ad occultare i molteplici effetti negativi ad esso riconducibili⁴¹. Il tutto trascurando indici di ordine qualitativo, come quelli individuati dall'Agenzia delle Nazioni unite per lo sviluppo e riassunti nella formula "Indice di sviluppo umano", riconducibili ad una valutazione della crescita come "processo di

³⁶ Per tutti H. Stoll, *Vertrag und Unrecht*, 1. Halbbd., Hamburg, 1936, p. 15.

³⁷ P.G. Monateri, *Ripensare il contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 408 ss.

³⁸ *Relazione al Re* n. 13, cit. da G. Pandolfelli et al., *Codice civile - Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori*, Milano, 1942, p. 56.

³⁹ Al proposito specialmente D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1991, part. p. 117 ss.

⁴⁰ Ad es. J. Attali e M. Guillaume, *L'anti-économique* (1974), Paris, 1990, part. p. 96 ss.

⁴¹ E' d'obbligo il riferimento ad A. Sen, *Poverty and Famines*, Oxford, 1981.

ampliamento delle possibilità umane", in cui siano valorizzate vicende come "la durata della vita" e "l'accesso alla conoscenza"⁴².

Evidentemente non intendo occultare i mutamenti radicali che hanno ridefinito le coordinate entro cui si sono sviluppati i sistemi europei attraverso la riaffermazione del liberalismo politico⁴³. Tuttavia credo sia opportuno mettere in luce alcuni elementi di continuità, concernenti le scelte ispirate dal liberalismo economico o liberismo nelle versioni di volta in volta accreditatesi⁴⁴. Mi riferisco in particolare alla tendenza ad elaborare istituti di diritto contrattuale volti ad incidere sulla distribuzione del rischio, considerati "strumenti di compensazione dei fallimenti del mercato" o di promozione della "razionalità del mercato": come esemplarmente affermato in ordine alla disciplina tedesca sulla contrattazione standard, predisposta oltretutto da un potere politico interprete di interessi deboli⁴⁵, ed ai testi scandinavi ispirati alla teoria del "diritto contrattuale sociale"⁴⁶.

Simili misure, non a caso per molto tempo latitanti nei sistemi sudeuropei affezionati a modelli conflittuali di convivenza sociale, hanno talvolta condotto ad interventi di conformazione dei contenuti delle relazioni di mercato e non di mera definizione delle coordinate entro cui esse devono svilupparsi. E tuttavia, a parte la difficoltà di discernere tra i due tipi di intervento, mi sembra legittimo avanzare il sospetto che le normative di impronta maggiormente interventista costituiscano l'esito del tentativo del potere politico di contenere e non di sviluppare le forme di tutela del contraente debole elaborate dalle corti in sintonia con modelli di convivenza sociale di tipo conflittuale. Che, altrimenti detto, i parlamenti mirino ad una sorta di "statalizzazione" delle relazioni di mercato volte a tutelare le aspettative di volta in volta assunte ad orizzonte dell'intervento eteronomo dal potere politico e che, al contrario, le

⁴² UNDP, *Human Development Report 1990*, New York e Oxford, 1990, p. 9 ss.

⁴³ Fra i molti C. Joerges, *Europe a Grossraum?*, in Id. e N. Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford e Portland, 2003, p. 189 ss.

⁴⁴ Utilizzo la distinzione tra liberalismo politico e liberalismo economico nel senso chiarito da J. A. Schumpeter, *Storia dell'analisi economica* (1954), trad. it., Vol. 2, Torino, 1990, p. 480 ss.

⁴⁵ Cfr. H.-J. Vogel, *Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung*, in D. Posser e R. Wassermann, *Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung*, Teil 1, Heidelberg e Karlsruhe, 1981, p. 13 ss.

⁴⁶ V. rispettivamente P. Ulmer, *Sub Einleitung*, in P. Ulmer et al. *AGB-Gesetz*, 9. Aufl., Köln, 2001, p. 59 e T. Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot etc., 1995, p. 35.

corti sviluppino forme di "socializzazione" delle medesime relazioni, al fine di rendersi interpreti delle istanze incarnate da chi tipicamente le pone in essere⁴⁷.

E' curioso osservare come in tal modo la prassi applicativa abbia realizzato una sorta di rovesciamento della prospettiva assunta dalle codificazioni ottocentesche, che, assicurando ampi spazi di manovra all'iniziativa privata, si erano rese complici degli interessi forti di volta in volta coinvolti ed avevano quindi assecondato la costruzione di un ordine spontaneo⁴⁸. Anche l'attuale operato delle corti si caratterizza per il suo favorire determinati portatori di interessi - i portatori di interessi deboli - ed in ciò si differenzia dalle scelte del potere politico, che concernono la promozione di modelli di convivenza sociale a cui l'azione individuale di tutti i partecipanti al traffico giuridico deve conformarsi, mettendo a tacere i possibili conflitti.

E' poi curioso rilevare come, se proprio si vuole discernere tra misure concernenti le forme e misure concernenti i contenuti delle relazioni di mercato, occorre menzionare tra le prime gli interventi volti a far emergere il conflitto sociale e tra le seconde i tentativi di ricomporli in vista del fine di volta in volta promosso. Invero, nel momento in cui l'ordinamento restituisce forza ai contraenti deboli - esattamente come nelle ipotesi in cui non interviene per riprodurre i rapporti di forza esistenti - esso concerne i termini del confronto sociale ma non anche l'esito di un simile confronto. Se invece l'ordinamento interviene avendo in mente scenari definiti, esso finisce inesorabilmente per assolvere ad una funzione non riducibile a quella tipica del mero arbitro.

Almeno questo si ricava dall'analisi della prassi applicativa tedesca, che a partire dalla massima della buona fede ha sviluppato, in largo anticipo rispetto al parlamento, un diritto dei contratti fondato sulla valorizzazione del contesto economico e sociale in cui tipicamente operano i contraenti. Un diritto dei contratti fondato sull'idea che i consociati non sono capaci di autodeterminarsi sul mercato, neppure se in possesso delle necessarie informazioni circa i termini dell'affare, e che pertanto non sono sufficienti interventi volti esclusivamente a ricreare le condizioni ritenute idonee ad operare scelte libere da condizionamenti. Un diritto dei contratti, soprattutto, i cui esiti in

⁴⁷ Cfr. la distinzione di G. Teubner, *Sub Par.* 242, in *BGB – Alternativkommentar*, Bd. 2, Neuwied, 1980, p. 44 fra "Verstaatlichung" e "Vergesellschaftung des Vertrages".

⁴⁸ Per riflessioni sui risvolti di un atteggiamento non interventista del legislatore v. Du. Kennedy, *The Stakes of Law*, in *Leg. St. Forum*, 1991, p. 332 ss.

termini di distribuzione della ricchezza riflettono modelli non assillati dal proposito di promuovere esiti economici misurati nel modo appena indicato.

Un simile risultato ha sovente tratto fondamento dai riferimenti al diritto costituzionale. Questo si verifica in modo esplicito nell'esperienza tedesca, in cui si ritiene che la carta fondamentale imponga di "rendere possibile una compensazione" nei casi in cui "può riconoscersi una strutturale soggezione di una delle parti"⁴⁹. Lo stesso si verifica nel contesto italiano, in cui le corti hanno formulato la massima secondo cui il "dovere di correttezza" incombente sui contraenti costituisce applicazione di "quel dovere inderogabile di solidarietà ormai costituzionalizzato"⁵⁰. Ma risultati assimilabili si ritrovano anche nei sistemi in cui non si suole discorrere di una costituzionalizzazione del diritto privato: come si ricava dalle decisioni francesi che ricorrono alla buona fede per sviluppare forme di solidarietà contrattuale⁵¹.

La prassi applicativa ha, in altre parole, definito parametri attraverso cui ricostituire l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali in forme ora ritenute inaccettabili dal diritto comunitario, in quanto mettono in luce il conflitto sociale al fine di orientarne l'esito⁵². Invero il diritto comunitario, nel momento in cui si preoccupa di ristabilire l'autodeterminazione della parte debole promuovendo la trasparenza del contratto o accordandole un diritto di recesso nei casi in cui essa non avrebbe avuto modo di valutare in modo razionale i termini dell'affare, si disinteressa dell'equilibrio tra le prestazioni. E anche nelle ipotesi in cui ammette misure più incisive, come la declaratoria di inefficacia di una clausola considerata abusiva, il diritto comunitario mira a ristabilire l'equilibrio normativo tra le parti e non anche l'equilibrio economico, valorizzato invece dalle corti dell'ordinamento cui esso si ispira⁵³. Il tutto, come si afferma nel Manifesto, alimentando in capo ai contraenti deboli un affidamento "ingenuo ed empiricamente dubbioso, nella convinzione che una migliore informazione e degli intervalli di tempo per riflettere possano prevenire il verificarsi nella prassi di iniquità".

Altrimenti detto, il diritto comunitario si caratterizza come una sorta di neopandettistica, in quanto vede nella formazione del contratto il momento cui riferirsi

⁴⁹ BVerfG, 19 ottobre 1993, in *ZIP*, 1993, p. 1775.

⁵⁰ Cass. civ., 20 aprile 1994 n. 3775, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1296 ss.

⁵¹ Citazioni in D. Cohen, *La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance*, in AA.VV., *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 523 ss.

⁵² Al proposito B. Lurger, *Vertragliche Solidarität*, Baden-Baden, 1998, part. p. 67 ss.

⁵³ Anche prima che fosse emanata la disciplina sulle contrattazioni standard: v. ad es. BGH 29 ottobre 1956, in *BGHZ*, Bd. 22 (1957), p. 90 ss.

per sviluppare la disciplina dell'istituto o in alternativa, se si occupa del vincolo, semplicemente colpisce i comportamenti dei contraenti forti in contrasto con le massime della libera concorrenza. Una neopandettistica che tuttavia, rispetto alle intenzioni della letteratura ottocentesca, ammette l'autodeterminazione dei consociati solo nella misura in cui questa consente lo sviluppo ordinato delle dinamiche di mercato. E che, rispetto al tradizionale pensiero ordoliberal, supera il riferimento allo stato come tutore di un ordine oramai mondializzato ed insofferente all'imposizione di limiti territoriali.

Un diritto contrattuale concepito nel modo indicato non consente di redistribuire ricchezza tra i consociati o, più in generale, di promuovere il loro benessere ricorrendo a strumenti ulteriori rispetto a quelli finalizzati alla riproduzione del sistema economico dato⁵⁴. Non consente cioè di sviluppare modelli alternativi di mercato, in cui rilevino vicende ulteriori rispetto a quelle concernenti le caratteristiche dei beni di consumo o i requisiti dell'atto relativo alla loro circolazione o, più precisamente, in cui le vicende in discorso siano valutate omettendo di ridurre la sfera sociale a sfera economica e la sfera economica a campo di azione esclusivo del calcolo edonistico⁵⁵.

4. Attorno ai veicoli della giustizia sociale: modelli neocorporativi e modelli codicistici

Sulla base di quanto finora osservato, si possono sicuramente vedere con sospetto i propositi di elaborare una codificazione del diritto civile europeo ricorrendo a metodi e concetti - di cui i loro fautori esaltano la valenza meramente tecnica - in ultima analisi volti ad alimentare costruzioni care ai fautori del libero mercato.

Mi riferisco ai propositi di chi utilizza la comparazione funzionalista che, se per un verso consente di evitare il concettualismo, per un altro favorisce visioni unificanti dei sistemi studiati, alimentate da una scarsa considerazione per il loro differente sviluppo

⁵⁴ Per tutti T. Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *ELJ*, 2004, p. 726 ss. e Id., *The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *JCL*, 2004, p. 317 ss.

⁵⁵ Cfr. A. Somma, *Fare cose con la solidarietà*, in *Rg*, Bd. 5 (2004), p. 42 ss.

storico e quindi per la loro identità culturale⁵⁶. E che soprattutto conduce ad osservare la società come un complesso unitario "in cui i singoli elementi svolgono determinate funzioni e in cui i conflitti vengono superati e risolti nell'ambito del sistema per il progresso e lo sviluppo del sistema stesso"⁵⁷.

Mi riferisco inoltre alle elaborazioni dei cosiddetti neopandettisti, i quali invocano il ricorso a concetti e norme di derivazione romanistica, che, oltre a celare il loro coordinamento con il sistema economico dato, alimentano il mito di un ritorno ad epoche in cui la produzione dottrinale poteva essere annoverata tra le fonti formali del diritto⁵⁸.

Detto ciò mi sembra opportuno rivedere il giudizio circa l'inadeguatezza, ovvero l'eccessiva morbidezza, delle ricostruzioni del diritto europeo dei contratti realizzate a partire dalla disciplina sviluppata dalla prassi applicativa⁵⁹. Quest'ultima oppone talvolta resistenze all'adozione di misure solidariste: come si ricava dal tendenziale ritrosia delle corti di common law ad adottare misure di conformazione del mercato. E tuttavia, nel complesso, incarna un modello di mercato che con l'idea di giustizia sociale cui allude il Manifesto mostra una sintonia maggiore rispetto a quella riconosciuta dai suoi sottoscrittori.

Certo la valorizzazione della prassi applicativa non risolve molti dei problemi sui cui si è opportunamente richiamata l'attenzione.

Non risolve i problemi concernenti l'individuazione dello strumentario tecnico normativo utilizzato dalle corti nazionali per tradurre i valori di volta in volta accolti e soprattutto per reagire alla loro violazione⁶⁰. Il riferimento all'operato delle corti non costituisce inoltre una soluzione alla mancata attivazione del circuito della politica, che al contrario finisce per accreditarsi come centro di elaborazione di un modello economico alternativo.

⁵⁶ Tra i riferimenti classici K. Zweigert, *Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in M. Rotondi, *Inchieste di diritto comparato*, Vol. 2, Padova e New York, 1973, p. 737.

⁵⁷ R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 1977, p. 84. V. anche D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration*, in *ELJ*, 2004, p. 751 ss.

⁵⁸ Citazioni in A. Somma, *Da Roma a Washington*, in P.G. Monateri, T. Giaro e A. Somma, *Il Nomos dell'Europa*, Roma, 2005.

⁵⁹ U. Mattei, *Hard Minimal Code Now!*, in S. Grundmann e J. Stuyck (Eds.), *An Academic Green Paper on Contract Law*, The Hague, 2002, p. 215 ss. e A. Colombi Ciacchi, *Der Aktionsplan der Europäischen Union für ein kohärentes Vertragsrecht*, in corso di pubblicazione in *JJZ*, Bd. 16 (2005).

⁶⁰ Per tutti M.W. Hesselink, *The Politics of a European Civil Code*, in *ELJ*, 2004, p. 676 ss.

Questo mi sembra tuttavia il profilo decisivo. Invocare un coinvolgimento del circuito della politica in sede di sviluppo di un modello di giustizia sociale nel diritto dei contratti conduce realisticamente ad accettare soluzioni collocate entro l'orizzonte ordoliberal. Soluzioni le quali rappresentano forse, come indicato nel Manifesto, una alternativa ad "un modello americano di capitalismo", tuttavia solo nei limiti in cui è tale il sistema delle cosiddette economie di mercato liberali nei confronti del sistema delle cosiddette economie di mercato coordinate⁶¹.

Si badi che in tal modo non si comprometterebbe la legittimazione democratica del diritto europeo dei contratti. Invero l'operato delle corti ha mostrato di realizzare forme di redistribuzione della ricchezza fondate su un sentire comune nei cui confronti, almeno nel presente e con buona approssimazione anche nel futuro prossimo, il circuito della politica ha mostrato di essere sordo.

Si dirà che una simile affermazione stravolge il senso della tripartizione dei poteri su cui si fondano i sistemi occidentali: almeno nella versione accreditatasi nel vecchio continente, in cui il potere legislativo, in quanto diretta espressione della sovranità popolare, viene posto al di sopra dei poteri esecutivo e giudiziario. E tuttavia, se anche si rifiutano visioni non formaliste del sistema delle fonti del diritto in ultima analisi legate alla visione del giudice come bocca della legge e se anche si trascurano i mutamenti istituzionali legati all'adozione del principio maggioritario⁶², occorre considerare che la valorizzazione della prassi applicativa consente di ovviare in parte alla crisi della rappresentanza di cui soffre il circuito della politica per effetto delle trasformazioni indotte dalla mondializzazione economica⁶³.

Invero è la prassi applicativa che, assolvendo ad un compito paradossalmente esaltato dalla cultura liberista intenta a sottolineare il ruolo del giudice come "custode dei diritti"⁶⁴, ha consentito la rilettura dell'ordinamento civilistico individualista alla luce delle massime su cui si fonda il sistema democratico solidarista. Mentre è il circuito della politica che, per bloccare "l'ovvia tendenza dei regimi democratici ad allargare le prestazioni pubbliche legate ai diritti", oppone "l'ordine razionale che la rappresentanza

⁶¹ Su cui da ultimo F. Mosconi, *Una terza idea di successo per l'Europa economica*, in *L'industria*, 2004, p. 212.

⁶² V. ad es. S. Cassese, *Maggioranza e minoranza*, Milano, part. p. 17.

⁶³ Da ultimo M. Alcaro, *Economia totale e mondo della vita*, Roma, 2003, part. p. 25 ss. e J.-P. Fitoussim *La democrazia e il mercato*, trad. it., Milano, 2004, part. p. 17 ss.

⁶⁴ Sul punto fra i tanti C. Guarnieri e P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma e Bari, 2002, p. 168.

politica non può sovvertire", elevando le scelte operate dalle istituzioni economiche internazionali a metro delle decisioni assunte dalle istituzioni statali⁶⁵: decisioni "ovvie" ed "inevitabili"⁶⁶.

E' sicuramente azzardato il raffronto con i primi decenni del secolo breve, epoca in cui prende forma il pensiero ordoliberal, caratterizzato dal proposito di smantellare le istituzioni del liberalismo politico, onde evitare che "il regime democratico degenerasse per effetto della tirannia politica di chi rappresenta la forza del numero"⁶⁷. E tuttavia alcune differenze tra i due periodi sono forse solo apparenti: come, da un lato, la scelta totalitaria di far prevalere sul principio della rappresentanza politica suffragistica quello della rappresentanza degli interessi nazionali - interessi identificati con le esigenze del sistema produttivo - e, dall'altro, la scelta liberista di affidare direttamente al mercato la determinazione degli interessi in discorso.

Apparenti, come ho detto sopra, mi sembrano anche le differenze riconducibili alla passata sottolineatura del ruolo dello stato, a fronte della pretesa liberista di ridurlo ai minimi termini. La pretesa concerne sicuramente i compiti dello stato moderno il cui assolvimento comporti l'affermazione della sua dimensione territoriale⁶⁸. La stessa pretesa non investe invece l'intervento eteronomo volto ad aumentare il tasso di virtualità - nel senso della extraterritorialità - del meccanismo di mercato: come dimostra il recente sodalizio tra costruzione comunitaria e meccanismo della concorrenza fra ordinamenti in materia societaria. Invero lo sviluppo di un simile meccanismo presuppone, da un lato, l'eliminazione dei tradizionali vincoli che uniscono ai loro sistemi nazionali ma riaccende, dall'altro, lo stimolo a diversificare le normative statali⁶⁹.

E infine mi sembra possedere venature corporative la proposta - contenuta nel menzionato piano d'azione comunitario - di "promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali standard" direttamente da parte dei "rappresentanti di tutti i gruppi pertinenti comprese le grandi, piccole e medie industrie, il settore commerciale, i consumatori e le

⁶⁵ R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, in corso di pubblicazione.

⁶⁶ P. Bourdieu, *Controfuochi*, trad. it., Milano, 1999, p. 41 ss.

⁶⁷ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, p. 451.

⁶⁸ Cfr. N. Irti, *Norma e luoghi*, Roma e Bari, 2001, p. 3 ss.

⁶⁹ V. A. Somma, *Mercificare il diritto*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, p. 58 ss.

professioni legali"⁷⁰. Certo non vi sarebbe alcuna istituzione statale, e neppure sovrastatale, a presidiare in modo penetrante l'elaborazione e l'applicazione di simili clausole: "sono gli attori del mercato a dover stabilire i contenuti" ed inoltre "la decisione di utilizzarle o di non utilizzarle spetta agli operatori economici"⁷¹. E tuttavia non credo che dal punto di vista dei risultati si possa dire, come si legge invece nel Manifesto, che essi siano il risultato di un "dialogo sociale" e neppure che essi possano considerarsi l'esito di un "accordo tra i portatori di interessi"⁷².

Innanzitutto i soggetti chiamati in causa, ad esempio i consumatori e le imprese, non sono certo in possesso della medesima forza contrattuale e soprattutto non sono rappresentativi di tutti gli interessi coinvolti: almeno se si muove dalla considerazione, opportunamente sottolineata dal Manifesto, che - complice il ridimensionamento dello stato sociale - sempre più "i contratti diventano sia uno strumento di commercio che uno strumento politico". Ma non solo: il processo di finanziarizzazione dell'economia, ovvero lo spostamento della dinamica economica "dal consumo di massa alla borsa", ha reso difficilmente individuabili i centri di interesse di volta in volta coinvolti e quindi meno trasparenti e stabili i processi di formazione della volontà degli attori economici⁷³.

Questo aspetto viene sottolineato persino dal parlamento europeo, ovvero da un'istituzione il cui coinvolgimento si ritiene indispensabile nella costruzione del diritto europeo dei contratti legittimato dal circuito democratico, che al tema ha recentemente dedicato una risoluzione.

A differenza dei numerosi documenti di fonte comunitaria finora, la risoluzione in discorso non si esaurisce in una celebrazione della libertà contrattuale, intesa come valore fondante la costituenda disciplina. Centrale è infatti l'esortazione a che essa si formi con il concorso della "società civile" - locuzione con cui si intendono evidentemente soggetti ulteriori rispetto ai portatori di interessi economici - e dei "giudici": ovvero di coloro che hanno finora dimostrato interesse per l'elaborazione di misure di conformazione del mercato più incisive rispetto a quelle finora predisposte dal livello comunitario⁷⁴.

⁷⁰ COM (2003) 68 def. (n. 81 ss.).

⁷¹ COM (2004) 651 def. (p. 7).

⁷² V. anche H. Collins, *The Freedom to Circulate Documents*, in *ELJ*, 2004, p. 787 ss.

⁷³ Ad es. A. Rossi, *Il mito del mercato*, Troina, 2002, p. 19 ss. e C. Crouch, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma e Bari, 2004, part. p. 41 ss.

⁷⁴ P5_TA (2003) 0355 (n. 15).

Ma non è tutto. Il parlamento europeo ha anche espresso favore per lo sviluppo di "un corpus regolamentare" definito a partire dal "quadro comune di riferimento" e destinato a "divenire vincolante dopo un certo lasso di tempo". Il tutto mentre la Commissione, incalzata dagli operatori economici, si è affrettata a precisare che non intende proporre un "codice civile europeo" e che al contrario continua a preferire "le impostazioni attuali volte a promuovere la libera circolazione attraverso soluzioni flessibili ed efficienti"⁷⁵.

Questi differenti approcci al diritto europeo dei contratti dovrebbero condurre a drammatizzare il dibattito tra fautori e avversari di un codice civile europeo o, meglio, a mostrare come esso debba essere visto come uno strumento attraverso cui implementare politiche del diritto e non anche come un fine di tali politiche.

Un codice civile europeo non costituisce necessariamente, come temuto dai sottoscrittori del Manifesto, "un'interferenza sproporzionata ed illegittima nella diversità delle tradizioni politiche e giuridiche nazionali e locali" o un testo "troppo statico nella sua espressione di valori" o ancora una manifestazione di "feticismo giuridico", incapace di valorizzare "le soluzioni istituzionali locali e le aspettative commerciali". Una simile immagine dello strumento codice può forse trovare riscontro nella letteratura che ha accompagnato l'emanazione delle codificazioni ottocentesche e che, sia detto per inciso, allude più a vicende concernenti il valore simbolico attribuito alla produzione normativa dell'epoca, che non al suo impatto effettivo⁷⁶.

Se miriamo ad un diritto dei contratti cui affidare il compito di ridistribuire ricchezza e non semplicemente di alimentare l'autoriproduzione di un sistema economico dato e se pensiamo che esso debba formarsi con il contributo dei suoi destinatari e non costituire il risultato di una mediazione tra i voleri di influenti centri di interessi, allora evitiamo di concentrare il dibattito sulle forme attraverso cui realizzare simili propositi. Altrimenti detto: se abbiamo un'idea di come mediare fra modelli individualisti e modelli solidaristi, allora riconosciamo che l'individuazione del percorso per realizzare i nostri propositi deve discendere da valutazioni concernenti la sua praticabilità - o se si vuole la sua opportunità tattica - e non da insidiose discussioni di principio.

⁷⁵ COM (2004) 651 def. (p. 10).

⁷⁶ Cfr. X. Jun e A. Somma, *La codificazione del diritto civile nel terzo millennio*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2004, p. 329 ss.

Non credo, come qualcuno potrebbe ricavare dai miei rilievi critici, si debba a tal fine demonizzare l'attuale modo di essere del circuito della politica o divenire i paladini di una codificazione europea. Credo tuttavia che una discussione franca e senza esclusione di temi sottolinei al meglio la centralità delle questioni affrontate dal Manifesto per la costruzione di un modello di giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti.