

SULLA GIUSTIZIA SOCIALE NEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI
(nota per il Gruppo di lavoro “Diritto privato europeo” – versione del 30 giugno 2005)

di Mario Barcellona

1.- Il Manifesto per la giustizia sociale e la crisi del processo di costruzione dell’Unione Europea.

Comunque la si pensi, credo sia doveroso dare atto che il Manifesto, per la prima volta in modo sistematico e ragionato, mette a fuoco limiti e incongruenze dell’azione comunitaria in materia di armonizzazione del diritto privato dei contratti e delle molte iniziative che alla sua ombra sono cresciute o hanno visto accrescere la loro visibilità e considerazione.

Da questo punto di vista, si può dire che il Manifesto rompe una subalternità, talvolta ingenua e talvolta interessata, dell’accademia verso le Istituzioni europee e le linee di politica del diritto da esse propugnate.

Tre, fondamentalmente, sono le censure che il Manifesto muove al Piano di azione della Commissione:

- l’ispirazione tecnocratica che presiede alla questione dell’armonizzazione del diritto privato dei contratti, al modo stesso in cui essa è concepita ed alle prospettive nelle quali, per conseguenza, ne è suggerita la considerazione;
- il deficit democratico che in ogni caso contrassegna il percorso immaginato dalla Commissione verso l’armonizzazione;
- la sostanziale chiusura verso la giustizia sociale che attraversa l’agenda della Commissione a proposito del diritto dei contratti, e non solo.

Come rileva il Manifesto, la questione dell’armonizzazione del diritto dei contratti è sollevata e presentata dalla Commissione, fondamentalmente, come un problema di completamento del mercato interno: il ragionamento, che sta alla base della sua agenda, muove dall’esigenza di ridurre gli ostacoli che al commercio provengono dalla non uniforme implementazione delle direttive comunitarie, dalle incoerenze che spesso le affliggono e dalle diversità che segnano le discipline nazionali ancora applicabili alle relazioni di mercato.

Quest’approccio tecnocratico condiziona il metodo secondo il quale la Commissione immagina di procedere sulla via dell’armonizzazione: concepita come un insieme di problemi tecnici da risolvere con provvedimenti tecnici, l’armonizzazione è, nella sostanza, demandata all’opera di *élites* giuridiche in combinazione con ristrette burocrazie europee e potenti rappresentanze di interessi imprenditoriali.

D’altronde, - aggiunge il Manifesto - ispirazione tecnocratica e deficit di rappresentatività democratica crescono su una competenza della Commissione nella quale i Trattati non sembrano aver voluto includere il mandato a realizzare un progetto di equità e giustizia distributiva.

A tutto questo il Manifesto obietta:

- che un progetto di unificazione del diritto dei contratti, e del diritto privato in generale, va molto oltre le esigenze del mercato;
- che un tale progetto presenta un alto valore simbolico, a misura che esso prefigura un modello di legislazione post-nazionale;
- che, perciò, esso non può non proporsi l’obiettivo di dar corpo ad un’unione di valori fondamentali;
- che una tale unione di valori non può non farsi carico di una concezione comune della giustizia sociale;

- che un tal compito politico non è una questione per giuristi accademici, funzionari pubblici e dirigenti di grandi imprese e organismi rappresentativi di interessi economici aggregati;
- che, viceversa, un tal compito pone problemi di legittimazione che richiedono il coinvolgimento dei Parlamenti, tanto di quello europeo che di quelli nazionali, e – se del caso – dei popoli ed un delicato bilanciamento tra unità e diversità.

Il diritto europeo – conclude, quasi profeticamente, il Manifesto - deve ottenere e mantenere il consenso dei cittadini e, per far questo, deve convincerli di ciò che le Istituzioni comunitarie mostrano quasi di ignorare, ossia che i principi di giustizia sociale propri dei loro Stati nazionali potranno essere solo migliorati dal processo di unificazione europea.

Credo si possa dire che quest'analisi e questa conclusione del Manifesto trovino conferma e drammatizzazione nell'esito dei referendum francese e olandese e nella crisi che in questi giorni sta destabilizzando l'intero edificio europeo.

La Costituzione europea è stata minata dal medesimo male che affligge l'attuale percorso verso un Codice civile europeo (o, anche solo, verso una profonda unificazione del diritto dei contratti).

Questo male sta - a mio modo di vedere – in un paradosso dell'intera costruzione europea: quello di essere radicalmente iperpolitica e di pretendere una radicale spoliticizzazione: niente di più artificiale, e quindi di più politico, vi è dell'unione di popoli fino a cinquant'anni fa in guerra tra loro e di territori fino a ieri divisi da frontiere armate e contese; e tuttavia quest'unione pretende di espungere da sé ogni decisione, e quindi la dimensione stessa della politica, solo invocando un'oggettiva razionalità del mercato e un'esautiva universalità dei diritti.

L'idea che una costituzione possa nascere da una commissione di esperti e che un codice sia una faccenda di giuristi e funzionari immagina che il diritto sia autofondato senza capire che la sua autofondazione è, essa stessa, una decisione, una prestazione della politica, e che, perciò, è alla fine impraticabile senza mettere in campo una deliberazione collettiva.

Per questo aspetto fondamentale, credo che le censure del Manifesto siano fondate e che la prospettiva democratica da esso invocata vada condivisa: comunque la si pensi a proposito della giustizia sociale e del suo rapporto con il diritto privato.

2.- L'economia sociale di mercato, i modelli del Manifesto ed i suoi critici.

Meno convincente sembra, invece, il Manifesto quando prova a tracciare le prospettive e le tecniche per un modello condiviso di giustizia sociale.

Lo scenario da cui muovere è dato - secondo il Manifesto – dalla considerazione che la progressiva riduzione del Welfare State ad opera degli Stati nazionali fa degli effetti distributivi del mercato la forza destinata a governare le opportunità dei cittadini.

Le *chances* di giustizia sociale sarebbero, perciò, fundamentalmente rimesse alle tecniche che presiedono a tali effetti distributivi.

Ma con questa premessa l'arsenale offerto dal Manifesto non sembra molto attrezzato e, soprattutto, non esibisce grande innovatività.

Equità e costituzionalizzazione del diritto privato sono, infatti, i due soli veicoli che il Manifesto individua per garantire ai cittadini dell'Unione una giustizia sociale più elevata:

- un'equità da perseguire innanzitutto attraverso utilizzazioni estensive dei principi già messi in opera dal diritto comunitario soprattutto in materia di tutela del consumatore e di abuso di posizione dominante, ma che non tralasci di considerare le esperienze nazionali che accordano tutela ai bisogni sociali piuttosto che alle pari opportunità;
- una costituzionalizzazione che richiederebbe di bilanciare la libertà con il rispetto dell'eguaglianza, della diversità, dell'inclusione sociale, dell'accesso ai servizi, della tutela del consumatore e dell'ambiente, della garanzia di condizioni di lavoro eque e giuste, ecc., in guisa da implementare il progetto di un'economia sociale di mercato.

Ma la praticabilità e l'efficacia di entrambe queste vie suggerite dal Manifesto sono state, di recente, considerate discutibili in forza di argomentazioni tutt'altro che secondarie.

Da un lato, la praticabilità di una sistematica costituzionalizzazione atta a fondare un diritto privato alternativo a quello promosso dalle Istituzioni comunitarie troverebbe ostacolo nella non-sovrapponibilità del sistema costituzionale europeo e del complesso dei diritti sociali ed economici tendenzialmente riconosciuti ai cittadini dell'Unione dalle loro costituzioni nazionali. Anche una sommaria comparazione mostrerebbe, infatti, che le costituzioni nazionali legittimano modelli interventistici di governo del mercato che il sistema costituzionale europeo non consente o non consente a sufficienza.

Dall'altro, l'efficacia correttiva dei dispositivi del diritto contrattuale comunitario sarebbe limitata dal modello ordoliberal, cui si ispirano, ossia dall'erronea presunzione che la perequazione delle asimmetrie informative sia, in linea di massima, sufficiente a garantire l'equità dello scambio e che la prevalenza del punto di vista normativo sull'atto di autonomia si giustifichi solo in presenza di fini che si collocano oltre il conflitto tra i contraenti.

Entrambe queste critiche possono essere, in larga misura, condivise; anche perché, in realtà, intervengono su contraddizioni latenti dello stesso Manifesto, le cui "ottimistiche" proposte non sembrano stare del tutto insieme con il "pessimismo" dell'analisi.

Solo che non altrettanto convincente a me sembra l'alternativa che tali critiche intenderebbero promuovere, ossia un modello di diritto dei contratti che, invece di affidarsi ai Parlamenti ed alla "pianificazione" delle relazioni di mercato da essi perseguita, si apra alle prassi giurisprudenziali nazionali ed alla "socializzazione" dei rapporti di scambio che in esse avrebbe preso corpo attraverso la rideterminazione giudiziale dell'equilibrio tra le prestazioni, e perciò attraverso ridistribuzioni della ricchezza fondate sul sentire comune.

3.- I limiti del dibattito sulle strategie giuridiche comunitarie ed il duplice riduzionismo della cultura privatistica.

Questo dibattito sull'Europa e la giustizia sociale rischia di apparire segnato da un *gap* tra la portata e la gravità delle questioni evocate ed i limiti dei rimedi prospettati.

Ciò di cui, alla fine, si discute è il rapporto tra politica e mercato in Europa, anzi – di più – lo spazio della politica e, perciò, lo spazio della stessa democrazia nell'Unione e, insieme con l'uno e con l'altro, lo stesso destino del Vecchio Continente e dei suoi cittadini.

Le censure mosse dal Manifesto al Piano di azione della Commissione riproducono esattamente le ragioni che, secondo i più accorti commentatori, spiegano l'esito negativo dei referendum francese ed olandese e che, nell'analisi dei più, mettono a grave repentaglio l'intera costruzione europea.

Ispirazione tecnocratica, deficit democratico e scarsa sensibilità verso le aspirazioni e i bisogni dei popoli dell'Unione starebbero progressivamente minando le fondamenta di un edificio che sembrava destinato ad un sollecito e trionfale completamento.

Ma i rimedi che si propongono appaiono, per il vero, impari rispetto ai problemi che dovrebbero risolvere.

Se le prospettive di democrazia e giustizia sociale per i cittadini dell'Unione dovessero, davvero, dividersi tra costituzionalizzazione del diritto privato e tutele distributive delle corti di giustizia, allora, realisticamente, non credo che la prognosi sui destini del processo di unificazione europea avrebbe da essere molto ottimistica.

Le prospettive dell'allargamento ai paesi dell'est, la montante concorrenza asiatica e la crescente supremazia del potere tecnologico americano addensano sull'Unione minacce che solo un'Europa politica e, soprattutto, determinata ad usare senza limiti tutte le risorse della politica può

sperare di fronteggiare: sono in gioco non solo il tenore e lo stile di vita degli europei ma quel che a mio avviso più conta, ossia lo stesso loro potere di autodeterminazione.

Vi è da riconoscere che il Manifesto e la cultura che lo discute muovono da una competenza assolutamente limitata, quella che si determina a partire da una questione circoscritta quale è, certo, la costruzione di un diritto europeo dei contratti: in fondo - si può ben dire – ciò di cui i privatisti sono chiamati a discutere non è il rapporto politica / mercato in generale ma solo quel tanto di tale rapporto che si riflette sulla disciplina del contratto o del diritto privato in generale.

Questo è certamente vero. Ma va anche detto che vi è un rischio di ambiguità in questa discussione che proprio la gravità dell'attuale crisi europea richiede di scongiurare.

A ragione della sua critica pubblica e radicale dell'approccio comunitario all'armonizzazione della disciplina dei contratti lo stesso Manifesto adduce l'importanza che il governo delle relazioni contrattuali acquisisce in un contesto di riduzione del *Welfare* ad opera degli Stati nazionali e di delega al mercato di quanto prima era oggetto delle relative politiche sociali.

Occorre, allora, dire chiaramente che una tale premessa non si può affatto ritenere scontata e che ciò di cui si deve discutere non è se ed in che modo il diritto privato debba attrezzarsi per un simile nuovo compito ma, innanzitutto, se al diritto privato si possa far carico di un tal compito.

Ancora, all'angustia che attribuisce alla settorialità degli approcci comunitari ed alla loro funzionalizzazione alla mera garanzia delle pari opportunità il Manifesto contrappone una generale prospettiva solidaristica affidata alla costituzionalizzazione del diritto privato ed alla molteplicità delle forme di tutela del contraente debole.

Vi è, allora, da chiedersi, con chiarezza e radicalità, se realmente una costituzionalizzazione del diritto privato gli assegni, sempre e comunque, una funzione propriamente solidaristica e se tutte le forme di tutela delle asimmetrie contrattuali siano effettivamente riconducibili alla protezione del contraente debole inteso in quell'accezione che coinvolge la giustizia sociale.

Insomma, l'impressione che ho è che questa discussione soffra di un duplice indebito riduzionismo, che, implicitamente, attraversa la cultura privatistica europea fin dall'insorgere della "questione sociale" negli ultimi decenni dell'ottocento:

- di una riduzione della solidarietà sociale alla tutela del contraente debole;
- di una riduzione (di buona parte) dei rimedi normativi ad una logica perequativa della debolezza contrattuale di una delle parti.

Il superamento della prima di queste indebite riduzioni serve a saper riconoscere quali siano i limiti del diritto privato rispetto al compito della solidarietà.

Il superamento della seconda serve a saper riconoscere la molteplicità dei tipi di problema che le asimmetrie contrattuali possono suscitare e la diversità delle funzioni normative che possono essere interessate dalla loro soluzione.

L'uno e l'altro giovano a determinare, in modo corretto e realistico, gli spazi in cui si possa porre e gli strumenti di cui si possa avvalere la questione della giustizia sociale nel diritto dei contratti e nel diritto privato in generale.

4.- La c.d. solidarietà verticale ed i limiti del diritto privato.

Il Manifesto giustamente, pone una grande enfasi sull'implementazione dei diritti dei cittadini riconosciuti dal sistema costituzionale europeo e, non ultima dalla Carta di Nizza, e dalle costituzioni nazionali.

Deve, però, far meditare la considerazione che, almeno dal punto di vista dei diritti sociali ed economici, sistema costituzionale europeo e sistemi costituzionali nazionali non sembrano sovrapponibili.

A dire il vero, non avrei molti dubbi sulla circostanza che le disposizioni del Capo II del Titolo VII del Trattato dell'Unione sulla "Politica economica" rispondono ad una filosofia economica radicalmente diversa (o - se si vuole – sono oggetto di un'interpretazione ormai consolidata che si ispira ad una filosofia economica radicalmente diversa) da quella che ispirava la

disciplina del Titolo III della nostra Costituzione sui “Rapporti economici” (segnatamente, negli artt. 41 e 42/44, ma non solo).

Si può anche ritenere che tali principi europei di “Politica economica” non abroghino del tutto la presenza pubblica nell’economia. Ma non si può nutrire alcun serio dubbio sulla circostanza che in essi il rapporto tra Stato e mercato sia radicalmente mutato, addirittura capovolto: dall’idea che assegnava allo Stato il compito tanto di presiedere, in luogo del mercato, all’erogazione dei servizi essenziali che di correggere politicamente il mercato quando interferisse con la soddisfazione dei bisogni dei cittadini e con esigenze di carattere superindividuale, i principi europei segnano il passaggio all’idea che il mercato sia tendenzialmente in grado di rispondere ad ogni istanza di benessere sociale sol che gli sia dato di sviluppare integralmente la libera concorrenza e che, perciò, lo Stato debba tendenzialmente limitarsi ad intervenire all’esclusivo fine di rimuovere ogni sorta di ostacolo all’integrale dispiegarsi di una competizione non solo libera ma anche tutta privata.

Non credo vi sia chi non si augurerebbe che un tal progetto costituzionale possa aver pieno successo. Ma le ragioni niente affatto congiunturali, cui ho prima accennato, inducono a ritenere che questo, realisticamente, rischia di restare, in buona misura, solo un auspicio.

Che ne sarà, allora, dell’implementazione dei diritti costituzionali dei cittadini europei ?

Bisogna dire con chiarezza - io ritengo - che il diritto privato non è assolutamente in grado di adempiere ad un tal compito di giustizia sociale.

La “Dignità umana” posta ad *incipit* della Carta di Nizza e gli altri diritti che la dettagliano richiedono *standards* minimi di soddisfazione dei bisogni essenziali: un tetto, l’istruzione, la salute, ma anche un lavoro o un reddito minimo, un trattamento di vecchiaia, ecc.

Orbene, la soddisfazione di questi diritti pone problemi di accesso che, per lo più, non possono essere risolti dal diritto privato sia strutturalmente che per la loro incompatibilità con la tutela accordata ad altri diritti fondamentali (si pensi alla vecchia decisione della nostra Corte costituzionale sul c.d. *imponibile di manodopera*).

Ma sapere e proclamare che l’implementazione di tali diritti non può essere assegnata al diritto privato significa mettere in chiaro che la giustizia sociale non può prescindere dalla c.d. solidarietà verticale tutte le volte in cui il mercato non sia universalmente in grado di provvedervi o fasce disagiate di cittadini per ragioni da essi indipendenti non sia in grado di accedere all’offerta del mercato.

Il che significa, anche, che una politica seria di giustizia sociale richiede, prima di ogni cosa, interventi “costituzionali” che concernono il livello macro-economico tanto dei bilanci pubblici e delle c.d. compatibilità economiche che delle forme e dei limiti della presenza pubblica nell’economia.

Tuttavia, la giustizia sociale non è, di per sé, un “diritto naturale”: misura e modi di essa, almeno oltre i limiti di quel che attiene alle “condizioni umane” della sopravvivenza, suppongono una decisione politica, e dovrebbero, perciò, essere assegnati al principio democratico.

La conservazione di una prospettiva di giustizia sociale vorrebbe, allora, che il sistema costituzionale europeo si conformasse al paradigma sperimentato dalla nostra Costituzione (ma non solo): una tutela del mercato, e dunque dei tradizionali diritti individuali di proprietà e libertà economica, che non possa spingersi fino alla soppressione della politica, e dunque dei diritti sociali, una tutela della politica che, a sua volta, non possa spingersi fino alla soppressione del mercato e, soprattutto, la competenza della democrazia a determinare, volta a volta, un tal mobile confine tra politica ed economia.

Certo, mettere in opera la democrazia in una dimensione multinazionale organizzata secondo un sistema multilivello è un’impresa molto difficile.

Ad una tale impresa non sembra si possano accreditare molte *chances* se non nella prospettiva di un’ “Europa politica”.

Ma l’esito dei referendum francese ed olandese mostra che la costruzione di un’ “Europa politica” non si dà che democraticamente, ossia con l’attivo consenso dei popoli.

Anche questa, però, è un'impresa molto difficile che, probabilmente, richiede non solo mobilitazioni ideali ma anche utilitarismi "maturi".

Le prospettive dell'allargamento ai paesi dell'est, la montante concorrenza asiatica e la crescente supremazia del potere tecnologico americano - come prima dicevo - sono, forse, in grado di far coagulare una tale impresa: se si capirà che, in un tale scenario, nessun paese dell'Unione potrà, alla lunga, salvarsi da solo, potrà preservare tenore e stile di vita dei propri cittadini e, soprattutto, il loro potere di autodeterminazione.

Come che sia, quel che a me sembra importante dal punto di vista qui considerato è che sia chiaro che di tutto questo deve innanzitutto occuparsi qualsiasi discorso sulla giustizia sociale e che tutto questo non ha ricadute, se non assolutamente marginali, sul diritto privato.

5.- Le funzioni di tutela del sistema giuridico e le articolazioni della c.d. solidarietà orizzontale.

Concerne, invece, certamente il diritto privato, ed il diritto dei contratti in particolare, l'implementazione della c.d. solidarietà orizzontale.

Ciò non significa, però, che qualsiasi forma di controllo dell'autonomia privata debba essere, per ciò solo, ascrivibile alla solidarietà sociale e risponda a ragioni di giustizia sociale propriamente intesa.

Come già altrove ho avuto modo di osservare, i limiti all'autonomia privata possono rispondere a logiche diverse, che invece di frequente vengono confuse nel segno della solidarietà.

In linea di principio, il controllo del contratto può rispondere ad almeno tre funzioni diverse.

In primo luogo, il controllo del contratto risponde ad una *funzione fondamentalmente immunitaria*, che, generalmente, si esplica in due direzioni:

(a) il controllo dell'*invasività del mercato*: il mercato è un sistema che tende a sottoporre ai propri dispositivi gli ambiti riservati agli altri sistemi di funzioni (ad es.: commercio degli organi, commercio del voto, ecc., ma anche discriminazioni contrattuali ascrivibili alla razza, al sesso, alla religione, ecc.); il diritto è deputato a preservare la distinzione tra i diversi sistemi di funzioni; questa funzione del diritto si risolve, appunto, in discipline e principi imperativi dell'appropriazione e della circolazione, e perciò anche dell'autonomia privata, volti a mantenere il mercato entro i suoi confini ed a conservarne l'indifferenza rispetto alle determinazioni materiali e sociali dei suoi protagonisti;

(b) il controllo dell'*autofagia del mercato*: il mercato è un sistema che tende a dissolvere le condizioni della sua stessa esistenza (ad es.: processi di concentrazione e centralizzazione dei capitali che soppiantano la concorrenza, ecc.); il diritto è / può essere anche deputato a preservare le condizioni ed i dispositivi di funzionamento degli altri sistemi di funzioni, e segnatamente le condizioni di funzionamento del sistema economico e del mercato; anche questa funzione del diritto si risolve, perciò, in discipline e principi imperativi volti a mantenere in vita coattivamente il mercato - per così dire - contro se stesso.

Questa *funzione immunitaria*, allora, non ha molto a che spartire con la giustizia sociale propriamente intesa.

E' ovvio che essa interviene, per lo più, su condizioni di asimmetria economica o sociale delle parti contrattuali: ad es., la compravendita di organi o il commercio del voto suppongono, certamente, condizioni di povertà materiale (e spirituale?) del venditore; allo stesso modo di come prassi contrattuali che discriminano sulla base della razza, del sesso, ecc. suppongono, evidentemente, condizioni di emarginazione sociale dei soggetti discriminati; come, ancora, l'abuso di posizione dominante o un patto di boicottaggio suppongono, in egual modo, l'impotenza economica di chi subisce l'abuso o di chi accetta il patto e di chi ne subisce gli effetti;

Ed è anche ovvio che, almeno in taluni casi, l'operatività di siffatta *funzione immunitaria* possa produrre benefici effetti di rimbalzo su fasce sociali deboli: ad es., l'operatività della normativa *anti-trust*, preservando la concorrenza, modera il livello dei prezzi e/o mantiene la qualità dei prodotti e così viene in soccorso dei consumatori.

Ma il punto è che il controllo ascrivibile a siffatta *funzione immunitaria* non è preordinato, di norma, a correzioni delle ragioni di scambio misurate sugli *status* dei contraenti deboli ma è inteso a preservare “decisioni costitutive” dell’ordinamento (come quella tra “beni pubblici” e “beni privati”, tra “cose commerciabili” e “cose incommerciabili”, come quella circa il carattere astratto della soggettività giuridica e l’eguaglianza innanzi alla legge o come l’opzione per un’economia di mercato), che non rispondono ad una funzione sociale ma che discendono, innanzitutto, dalle stesse premesse dell’individualismo moderno e, al più, da generali valori democratici.

D’altronde, questa funzione immunitaria viene comunemente ricondotta a quello che nella tradizione latina si direbbe “ordine pubblico”, si attua attraverso norme e principi di carattere imperativo e comporta rimedi che si risolvono nell’invalidità del contratto e nel risarcimento del danno.

E questa conclusione non muterebbe neanche ove si giungesse ad immaginare di norma improbabili rimedi correttivi del tipo dell’obbligo a contrarre (ad es., per le prassi contrattuali discriminatorie) o della riconduzione del contratto ad equità (ad es., per i contratti abusivi). Nell’un caso e nell’altro, infatti, si sarebbe di fronte non ad una correzione del mercato bensì, tutto al contrario, ad una restaurazione del mercato ove questo abbia fatto difetto, ossia non dinnanzi al prevalere di un valore “politico” su quello economico ma al dispiegamento coercitivo della logica economica.

6.- Problemi e limiti della solidarietà distributiva.

In secondo luogo, il controllo del contratto risponde ad una *funzione di garanzia della congruenza* tra forma negoziale e volontà individuale, che pure si esplica, generalmente, in due direzioni: quella della riferibilità dell’accordo alla libera determinazione delle parti e quella della sua congruità all’intento dei contraenti.

Neanche questa *funzione di garanzia della congruenza* ha molto a che spartire con la giustizia sociale propriamente intesa.

Le discipline tradizionali che presiedono a tale funzione sono quelle dei vizi della volontà (e della rescissione) e tutte, pressoché nella medesima misura, suppongono, implicitamente o esplicitamente, una qualche asimmetria informativa o di potere contrattuale di uno dei contraenti: ad es., una asimmetria informativa è sicuramente presupposta dalle fattispecie di errore e di dolo, allo stesso modo di come una asimmetria di potere contrattuale si ritrova alla base delle ipotesi di rescissione.

Ciò, però, non fa di queste discipline espressioni del principio di solidarietà e forme di implementazione della giustizia sociale. *Ratio* di tali discipline, infatti, non è quella di sovrapporre allo scambio ed al mercato valutazioni di ordine politico/sociale ma quella, affatto diversa, di mantenere le condizioni di riconoscimento del potere di autonomia su cui si regge l’economia privata e l’intera società moderna.

Orbene, tutte queste discipline prevedono, anche, condizioni di accesso ai rispettivi rimedi, che riguardano, tra l’altro, la misura di tali asimmetrie e l’attitudine soggettiva di chi le subisce e che appaiono, con tutta evidenza, parametrize su di un preciso modello antropologico di contraente.

Tale modello antropologico è, con altrettanta evidenza, definito sulla base di un modello tipologico di contrattazione e di utente dell’autonomia privata: quello, rispettivamente, della contrattazione individuale e del contraente “borghese”.

Questo modello tipologico è saltato con l’avvento della contrattazione di massa ed ha reso del tutto inadeguato il modello antropologico che su di esso era stato costruito dai codici civili continentali dell’ottocento e della prima metà del novecento.

A questo profondo mutamento rispondono, innanzitutto, le discipline comunitarie dei contratti di massa e la più generale tendenza ad allargare gli accessi alle c.d. tutele della volontà (spesso provando ad importare dal *Common Law* figure che, secondo i vecchi parametri,

rientrerebbero spesso nelle ipotesi di *metus* o di *dolus bonus* o non sempre attingerebbero la soglia della violenza morale o della lesione enorme).

Poiché si contrappongono ad un modello legale consolidato, quello dell'operatore giuridico accorto, tali discipline e tali tendenze di solito vengono spiegate nei termini della tutela del contraente debole. E proprio in ragione di una tal spiegazione vengono, non infrequentemente, ricondotte alla giustizia sociale.

Ma la circostanza che con la contrattazione di massa il *gap* informativo e di potere negoziale si sia accresciuto e che tenda a coinvolgere adesso fasce sociali proporzionalmente più deboli non modifica, evidentemente, la *ratio* dei rimedi e la funzione normativa che li regge.

Anche quando la tutela legale si spinga alla correzione dell'equilibrio contrattuale e fin anche quando dovesse coinvolgere, direttamente o indirettamente, lo stesso rapporto di scambio, resta il fatto, decisivo, che il diritto, qui, non sovrappone affatto una *ratio* politica alla *ratio* mercantile ma si limita a far propri gli equilibri normativi e distributivi che il libero mercato avrebbe determinato e che solo il suo inefficiente funzionamento ha precluso.

In terzo luogo, il controllo del contratto può rispondere ad una *funzione fondamentalmente correttiva*.

Il mercato suppone disuguaglianza (dei possessi privati) e inevitabilmente (almeno per quel che fino ad adesso si è potuto sperimentare) riproduce disuguaglianza. Il contratto, in quanto forma del mercato, istituisce e garantisce questa logica diseguale attraverso il carattere "generale e astratto", ossia "eguale", della sua disciplina. La giustizia sociale, che ha contrassegnato le esperienze europee (ma non solo) del *Welfare State*, aspira(va) a correzioni di questa logica giuridica "eguale" che asseconda la logica economica "diseguale" del mercato.

A questa *funzione correttiva*, dunque, corrisponde propriamente la solidarietà distributiva che mette in opera la giustizia sociale: essa non si limita a garantire la corrispondenza del "mercato reale" al "mercato ideale" (come avviene, ad es., nella disciplina comunitaria di protezione del consumatore), ma discende dai limiti della stessa ragione individuale che presiede al modello mercantile: il controllo del sistema giuridico sulla logica del mercato, in questo caso, non tende ad assicurarne il corretto funzionamento ma a giustapporre alla logica economica una logica propriamente politica, alla logica individuale una logica per l'appunto sociale.

Questo è, allora, il campo cui propriamente si può ascrivere la giustizia sociale, della cui misura va discussa l'opportunità e rispetto al quale va valutata l'alternativa tra legge e giudice sollevata dal Manifesto e dai suoi critici.

La mia idea è che questa *funzione propriamente correttiva* debba operare per settori legalmente definiti e debba essere governata dalla legge e/o dall'autonomia collettiva.

Presiedono a questa convinzione il principio democratico e la giustizia (non sociale ma) distributiva.

A differenza della solidarietà verticale, questa solidarietà orizzontale non è mediata dalla fiscalità pubblica e dal principio di proporzionali contributiva che dovrebbe caratterizzarla.

Essa, dunque, opera ridistribuzioni dirette della ricchezza, che debbono necessariamente essere socialmente giustificate e politicamente decise.

La necessità che tali ridistribuzioni siano socialmente giustificate esige che esse ineriscano a conflitti seriali e siano operate all'interno di "compensazioni" non locali o individuali ma generali, ossia che coinvolgano i rapporti tra interi ceti sociali e generali categorie economiche.

Il carattere necessariamente politico di tali ridistribuzioni esige che esse siano decise da chi può vantare una rappresentatività politica in qualche modo accertabile e misurabile, e soprattutto revocabile.

Dopotutto, la giustizia sociale non discende da un nuovo diritto naturale, né la magistratura costituisce un nuovo ordine di cavalieri votati alla protezione dei deboli.