

Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale

Versione ampliata della Relazione al Seminario internazionale "Social Justice in European Contract Law", Parigi, 22-23 settembre 2005.

di Alessandro Somma

SOMMARIO: 1. La buona fede invisibile: diritto dei contratti e riproduzione del conflitto sociale. - 2. Dalla buona fede conflittuale alla buona fede cooperativa. - 3. Segue: statalismo e politica del produttivismo. - 4. Buona fede conflittuale e solidarietà: la liberazione del conflitto sociale. - 5. Segue: tipizzazione del conflitto e ruolo della passi applicativa. - 6. La reazione: ordoliberalismo ed economia sociale di mercato comunitaria. - 7. La buona fede nello scontro tra diritto comunitario e diritto comune europeo. - 8. Segue: cenni sul diritto contrattuale francese e italiano. - 9. Tecniche e valori nel diritto dei contratti: democrazia e mercato solidale.

1. Per molto tempo si è creduto che il sistema economico potesse e dovesse funzionare in modo spontaneo e senza interferenze esterne. Non si voleva in tal modo esprimere un favore per modelli di convivenza sociale ispirati da forme di individualismo di tipo universalista: questo era semmai l'intento di chi affermava il carattere innato ed universale dei diritti dell'uomo all'epoca riconosciuti¹. Non era invece il proposito di chi aveva elaborato una versione utilitarista dell'individualismo, nella convinzione che il singolo fosse manovrato «da una mano invisibile a perseguire un fine che non rientrava nelle sue intenzioni» e che proprio la ricerca di un «interesse personale» conducesse «naturalmente - o piuttosto necessariamente - a preferire l'impiego più vantaggioso per la società». Tanto è vero che «non è dall'affetto del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo la nostra cena, bensì dall'attaccamento che essi hanno al loro interesse personale»².

Queste convinzioni si affermano con modalità da cui si ricava che le richieste al circuito della politica di astenersi dal conformare il sistema economico, sono in buona sostanza formule vuote e inconsistenti. E' infatti il circuito della politica che - certo non di propria iniziativa - realizza l'affossamento delle strutture sociali incompatibili con l'intento di riservare all'individuo il potere economico. E sono

¹ Già G. Solari, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, 1980, p. 37.

² A. Smith, *Recherches sur la nature et la cause de la richesse des nations* (1776), T. 1, Paris, 1800, p. 25 s. e T. 2, pp. 335 e 340.

i beneficiari di un simile intervento a consentire come contropartita la concentrazione del potere politico nelle mani del sovrano. Il tutto esplicitato in norme di portata costituzionale concernenti, da un lato, le forme dell'attività statale e, dall'altro, il contenuto dei diritti fondamentali necessari allo sviluppo del nuovo ordine³.

Troviamo riscontri di un simile schema nel codice civile francese, il cui diritto dei contratti ammette interventi eteronomi solo se retti da considerazioni concernenti la moralità o la liceità dell'affare. Questo si afferma trattando della causa del contratto - requisito essenziale ma soddisfatto dal mero «interesse reciproco delle parti o dalla beneficenza di una di esse»⁴ - che deve essere lecita (art. 1108) e pertanto non risultare «proibita dalla legge o contraria al buon costume o all'ordine pubblico» (art. 1133). A queste uniche condizioni i contratti sono «convenzioni legalmente formate», che «fanno le veci di una legge tra coloro che le hanno poste in essere» (art. 1134 c. 1).

In tale prospettiva il riferimento alla buona fede come canone cui si deve ispirare l'esecuzione dei contratti (art. 1134 c. 3), assolve ad un compito solo formalmente riconducibile al proposito di esercitare un controllo sull'attività privata. Il riferimento concerne l'estensione a tutti i contratti della disciplina prevista per le «azioni dette di buona fede» e allude con ciò alla circostanza che, anche nelle «azioni dette di stretto diritto», le corti devono tenere conto di «tutte le conseguenze» riconducibili all'«equità» (art. 1135)⁵. In verità tutto si risolve in una sottolineatura di quanto nel diritto romano - sovente affiancato al diritto naturale - si ritiene essere stata la funzione della buona fede: rafforzare il vincolo alla parola data, attraverso l'invito ai contraenti a tenere un comportamento collaborativo improntato a «fedeltà» e «lealtà»⁶. Così intesa la buona fede è sostanzialmente invisibile.

Nel diritto romano la richiesta di un simile comportamento matura nel momento in cui si fa sentire l'influenza di istanze di ordine etico. Queste ultime sono esaltate nella letteratura da cui muove la redazione del codice civile francese, in forme che conducono a vedere nel diritto naturale un ordinamento su cui fondare, assieme al diritto statale, la forza vincolante delle convenzioni⁷. Ciò a conferma del ruolo rivestito dalle fonti eteronome nell'implementazione del nuovo modello economico ed in linea con l'idea che il rispetto della parola data non viene

³ Ad es. D. Grimm, *Voce Diritto e politica*, in *Enc. sc. soc.*, Vol. 3, Roma, 1993, p. 115.

⁴ A.R. Bousquet, *Explication du code civil*, T. 3, Avignon, 1805, p. 212.

⁵ Ad es. A.M. Demante e E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de code civil*, 2. éd., T. 5, Paris, 1883, p. 64.

⁶ F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928, p. 11.

⁷ A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, p. 209 ss.

efficacemente assicurato entro un sistema incentrato sulla mera esaltazione dell'iniziativa individuale⁸.

Altrimenti detto il favore per la riduzione dello stato ai minimi termini si fonda sulla convinzione che così si determinano scenari complici del sistema economico desiderato e che pertanto esso è inopportuno se non vi sono motivi per alimentare una tale convinzione. Con il che la rinuncia ad interventi eteronomi non assume la veste di una rinuncia ad affermare modelli statalisti⁹: rispecchia il proposito di ammettere i soli comportamenti omissivi ritenuti necessari e sufficienti ad assecondare il modo utilitarista di concepire la distribuzione della ricchezza. In tal senso l'implementazione di un modello di giustizia contrattuale di tipo distributivo viene assicurata da un comportamento statale espressione dei poteri forti e del loro proposito di ottenere dal diritto la fedele riproduzione delle gerarchie sociali scaturite dal libero gioco delle forze del mercato¹⁰.

L'ordinamento che asseconda assetti di potere creatisi spontaneamente omette di fornire indicazioni circa il fine ultimo cui deve tendere la collaborazione dei contraenti richiesta dalla buona fede. Il fine è rimesso alla libera determinazione di chi pone in essere il vincolo contrattuale o, più precisamente, della parte capace di imporre il proprio punto di vista. Come abbiamo detto, ciò non implica certo un disinteresse dell'ordinamento per l'esito della vicenda contrattuale. Semplicemente quest'ultimo viene determinato in altra sede sulla base di valutazioni, evidentemente condivise, che comprendono l'auspicio di un'attitudine discreta dell'ordinamento come condizione necessaria, seppure non sufficiente, ad ottenere i risultati sperati.

Altrimenti detto, l'ordinamento si informa ad un modello solo apparentemente cooperativo di relazioni contrattuali. Invero il disinteresse del diritto per lo scontro sociale i cui esiti sono ratificati dall'accordo, rende l'ordinamento complice di una visione conflittuale del vivere consociato, da esso presidiata attraverso l'invito rivolto ai contraenti a mantenere la parola data. Questo è il senso dell'accostamento del motto secondo cui «chi dice contrattuale dice giusto» - esemplificativo del modello di giustizia perseguito attraverso un diritto dei contratti non interventista - alla formula «chi dice organismo dice fratellanza»¹¹.

Ma torniamo al codice civile francese. Che la menzione della buona fede sia da intendere come mero invito alla collaborazione tra le parti, lo possiamo ricavare anche dalla sua omissione nella disciplina dell'interpretazione del contratto. In

⁸ J.-L. Halpérin, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du 19. siècle*, in J.-F. Kervégan e H. Mohnhaupt (Hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt M., 1999, p. 323 ss. V. Anche D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 44 ss.

⁹ Per tutti C. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, in *D.*, 2002, *Chron.*, p. 902.

¹⁰ Citazioni in B. Lurger, *Vertragliche Solidarität*, Baden-Baden, 1998, p. 68.

¹¹ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2. éd., Paris, 1885, p. 410.

questa sede il criterio principe è costituito dal riferimento alla «comune intenzione della parti» (art. 1156), mentre i canoni di carattere obbiettivo compaiono solo in posizione subordinata: fra essi il riferimento agli «usi del paese in cui il contratto è venuto ad esistenza» (art. 1159).

E' interessante osservare come, nel codice civile tedesco, proprio questo criterio costituisca l'unico menzionato in sede di disciplina dell'interpretazione del contratto e soprattutto come esso sia affiancato da un riferimento alla buona fede: «i contratti sono da interpretare come richiesto dalla buona fede, in considerazione degli usi del traffico giuridico» (par. 157). E' allora lecito chiedersi se ciò comporti un diverso orientamento circa il senso del riferimento alla buona fede - sempre «in considerazione degli usi del traffico giuridico» - come parametro cui deve ispirarsi il debitore nell'«eseguire la prestazione» (par. 242). Così come è lecito chiedersi se il tutto sia riportabile ad un mutamento di prospettiva circa la visione del vivere consociato: precisamente se l'ordinamento cessi di considerarla come vicenda conflittuale e se pertanto - ci sembra un esito inevitabile - il riferimento alla mano invisibile sia in fin dei conti una costruzione retorica passata di moda.

Prima di analizzare il codice civile tedesco, emanato a quasi un secolo di distanza dall'articolato francese, occorre verificare lo stato dell'arte circa le riflessioni dedicate dalla letteratura al tema della buona fede.

Dobbiamo innanzi tutto rilevare come esse siano maturate entro un clima decisamente più favorevole all'esaltazione dell'autonomia privata ed alla emarginazione del ruolo dell'ordinamento nell'implementazione dell'intento individuale. Ciò all'esito di una piena assimilazione della filosofia kantiana ed in particolare dell'affermazione che il diritto «è l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può coordinarsi con l'arbitrio di un altro»¹².

Si tratta di un'affermazione in un certo senso assimilabile a quella, contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui «la libertà consiste nel potere di fare tutto ciò che non nuoce agli altri» (art. 4). Peraltro - come abbiamo visto - la formula coniata dai rivoluzionari francesi non presuppone ancora la definitiva dissociazione tra diritto positivo e diritto naturale, la cui «conservazione» è del resto «il fine di ogni associazione politica» (art. 2). Certo simili riferimenti non confluiscono nel codice civile, che pure avrebbe dovuto menzionare «la ragione naturale» come «diritto universale e immutabile» elevato a «fonte di tutte le leggi positive»¹³. E tuttavia proprio simili menzioni continuano a

¹² I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in Id., *Weke*, Bd. 7, Berlin, 1922, p. 31.

¹³ Art. 1 del progetto di libro preliminare predisposto della commissione dell'anno VIII. V.lo in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Vol. 2, Paris, 1827, p. 3 s.

caratterizzare la prassi applicativa, direttamente o per il tramite di un accostamento con il diritto romano o con le consuetudini formalmente abolite dalla rivoluzione¹⁴.

Ma torniamo alla filosofia kantiana ed al suo recepimento in area tedesca. Si deve ad essa il definitivo abbandono della visione secondo cui il diritto naturale è privo di fondamento storico ed il conseguente rifiuto di considerarlo una fonte di doveri rivolti ai consociati. Questi ultimi possono essere posti unicamente dal diritto positivo e solo al fine - appena ricordato - di coordinare l'iniziativa individuale entro un sistema in cui si esalta l'autodeterminazione dei consociati.

Queste sono le premesse a partire dalle quali il fondatore della scuola storica ribadisce la distinzione tra la «morale» e il «diritto» - tanto che è possibile l'«immorale esercizio di un vero e proprio diritto» - ed affida al secondo il compito di individuare l'«invisibile linea di confine entro la quale l'esistenza e l'attività di ciascuno possa godere di uno spazio libero» e, nel contempo, non costituire un «impaccio» allo «sviluppo» altrui¹⁵.

Entro simili riflessioni, la buona fede contrattuale non riveste alcun ruolo. Come nella letteratura francese, si afferma che attiene al «costume degli uomini onesti» e che conduce ad una «protezione» sicuramente «più forte» di quanto «non si sia inclinati ad ammettere nella trattazione meramente giuridica». Peraltro i costumi in discorso non sono riconducibili alla sfera del diritto e non hanno pertanto - come invece in area francese - alcuna rilevanza formale. Soprattutto essi non sono visti come espressione «di nobili sentimenti, generosità, abnegazione, su cui non sarebbe prudente il far calcolo». Il comportamento onesto può anche discendere da «una assennata cura del proprio interesse» ed essere osservato unicamente in quanto «da esso deriva la fiducia altrui, di cui è difficile far senza»¹⁶.

Vedremo fra breve che non tutta la letteratura tedesca si riconosce in simili posizioni e che, anzi, esse sono al centro delle divisioni che oppongono le due anime della scuola storica: i pandettisti - continuatori dell'opera del fondatore della scuola - e i germanisti. Prima di analizzare i termini delle divisioni in discorso, dobbiamo rendere conto del successo ottenuto dalla pandettistica in area francese. Si tratta di un successo non tradottosi nella fedele adozione dell'apparato concettuale tipicamente utilizzato nel contesto tedesco, che tuttavia costituisce un chiaro indizio del proposito di esaltare l'intento individuale come punto di riferimento per le costruzioni del diritto contrattuale.

La circolazione del pensiero pandettista viene assicurata dalla traduzione e l'adattamento di un noto contributo tedesco dedicato al diritto civile francese. In essa l'esecuzione delle convenzioni secondo buona fede viene ritenuta tale se «conforme

¹⁴ Per tutti R. van Caenegem, *European law in the past and the future*, Cambridge, 2002, p. 62 ss.

¹⁵ F.C. di Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840, p. 331 s.

¹⁶ *Ivi*, Bd. 5, Berlin, 1841, p. 108.

all'intenzione delle parti» e posta a fondamento della conclusione secondo cui «i tribunali non possono sostituire un'altra obbligazione a quella che il contratto impone ad una parte o all'altra»¹⁷. Lo stesso si ritrova in altri contributi francesi, in cui si precisa che «le convenzioni devono essere eseguite secondo buona fede, ovvero conformemente all'intenzione delle parti ed allo scopo in vista del quale esse sono state formate»¹⁸. Queste affermazioni convivono tuttavia ancora con una visione cooperativa della convivenza tra consociati, per cui la buona fede - per quanto depotenziata - costituisce «l'anima delle relazioni sociali»¹⁹.

La buona fede francese e la buona fede tedesca finiscono così per assumere un ruolo assimilabile entro il sistema economico. Entrambe esprimono norme comportamentali formulate oltre i confini dell'ordinamento e richiamate al fine di rafforzare il vincolo alla parola data. Nel primo caso si tratta di norme cui l'ordinamento opera un rinvio e quindi, in un certo senso, promosse al rango di diritto positivo. Nel secondo caso si tratta invece di norme che restano estranee al diritto positivo, ma di cui si riconosce e quindi si auspica la rilevanza nella conduzione degli affari.

In area francese, come in area tedesca, la buona fede alimenta poi una visione conflittuale della dialettica contrattuale. Nel primo caso ciò non viene esplicitamente dichiarato: il diritto impone ai contraenti un comportamento cooperativo, che tuttavia è finalizzato ad ottenere - e riprodurre - l'esito di un conflitto sociale tendenzialmente libero o comunque condotto secondo canoni in linea con l'evoluzione del sistema economico. Nel contesto tedesco il nesso tra non interventismo statale e visione conflittuale dei rapporti tra consociati è invece più esplicito. Come avremo modo di vedere, le cose sono tuttavia destinate a cambiare rapidamente.

2. Si diceva dello scontro tra le due anime della scuola storica, i germanisti e i romanisti. E' uno scontro che ha tratto spunto da una sorta di divisione del lavoro nell'opera di individuazione del diritto ritenuto espressione dello «spirito popolare»: i primi lo hanno cercato nelle fonti germaniche, mentre i secondi si sono concentrati sul diritto giustiniano. Peraltro la scelta delle fonti storiche attraverso cui legittimare le costruzioni di volta in volta proposte - rispettivamente un «diritto privato tedesco attuale» e un «diritto romano attuale» - non influisce sul comune proposito di

¹⁷ K.-S. Zachariae, *Le droit civil français*, T. 3, Paris, 1857, p. 563.

¹⁸ C. Aubry e C. Rau, *Cours de droit civil français*, T. 4, Paris, 1871, p. 326. Nello stesso senso ad es. V. Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, 5. éd., T. 4, Paris, 1859, p. 382.

¹⁹ C. Demolombe, *Traité des contrats*, 2. éd., T. 1, Paris, 1870, p. 376 e A.M. Demante e E. Colmet de Santerre, *Cours analytique*, cit., p. 64.

esaltare l'intento dei consociati come fonte della rilevanza giuridica della loro attività²⁰.

Alcune differenze di impostazione sono tuttavia ineliminabili e riconducibili al diverso modo di intendere l'adesione al romanticismo: i germanisti prediligono i temi liberali nazionali, laddove i romanisti si orientano alle tematiche cristiano conservatrici. Inoltre i riferimenti al diritto germanico inducono a considerare il profilo dei doveri dell'individuo nei confronti della collettività e a non limitarsi, come molti romanisti, al profilo dei diritti. Infine i germanisti coltivano lo studio del diritto commerciale - trascurato dai romanisti - e mostrano così maggiore sintonia con l'evoluzione del sistema economico verso forme alternative ai modelli utilitaristici²¹.

Ciò si traduce in una maggiore attenzione per il contesto economico e sociale in cui operano i contraenti sulla scorta di rilievi che, sotto forma di intuizioni non pienamente sviluppate, si ritrovano nella letteratura francese appena analizzata. In tal senso occorre intendere il rilievo che l'intento dei consociati non è «vuoto e privo di finalità», in quanto attiene alla «soddisfazione di interessi spirituali o materiali»²² e che in materia contrattuale ciò deve avvenire nel rispetto della buona fede, la quale concorre con l'intento dei contraenti a determinare il contenuto delle prestazioni dovute²³.

Inizialmente simili affermazioni sono isolate o comunque non caricate di particolari significati²⁴. La letteratura tedesca di fede romanistica considera il ricorso alla buona fede una vicenda ereditata dal diritto comune e precisamente dalla menzionata generalizzazione delle «azioni dette di buona fede»²⁵. E lo stesso affermano gli autori di formazione germanista²⁶, i quali sottolineano oltretutto come il codice civile tedesco abbia nel merito adottato la soluzione accolta dal testo francese nel combinato disposto degli artt. 1134 e 1135²⁷. Questo almeno si dice in sede di commento dei parr. 157 e 242 BGB - il primo rivolto alla prassi applicativa ed il secondo ai contraenti - i quali rinviano a «ciò che nel rapporto obbligatorio ci si può aspettare dall'altra parte in base allo scopo del negozio ed i costumi degli uomini che pensano in modo onesto e giusto»²⁸. Con il che si prescrive un metro di

²⁰ Cfr. A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, p. 221 ss.

²¹ F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt M., 1974, p. 57 s.

²² O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, Leipzig, 1895, p. 253.

²³ *Ivi*, Bd. 3, München e Leipzig, 1917, p. 63.

²⁴ Così specialmente J.W. Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, T. 1, Berlin, 1920, p. 119 ss.

²⁵ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. Aufl., Bd. 2, Frankfurt M., 1900, p. 19.

²⁶ Ad es. G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Bd. 1, Leipzig, 1847, p. 270.

²⁷ Così anche i *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. 2, Leipzig e Berlin, 1888, p. 198.

²⁸ H. Dernburg, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens*, 4. Aufl., Abt. 1, Halle, 1909, p. 27 s.

giudizio «obbiettivo», finalmente emancipato dal «tenore letterale della legge o del contratto» o dalle «credenze subbiettive»²⁹.

Fin qui le differenze rispetto ai criteri il linea con le teorie sulla mano invisibile concernono le caratteristiche del contesto economico e sociale in cui operano le parti del contratto. Rileva ora un contesto tipizzato attraverso il riferimento ad astratti modelli di comportamento e non più un contesto modellato sulla concreta operazione economica posta in essere. Un contesto ricavato dalla condotta dei contraenti onesti, ricostruita a partire da una pluralità di rapporti: lo «scopo negoziale obbiettivo»³⁰ e non anche lo scopo da essi perseguito con il singolo affare.

E' evidente che in entrambi i casi ci si trova di fronte ad una astrazione: nel primo esplicitamente considerata tale, in virtù del riferimento agli «usi del traffico giuridico» - i quali si fondano sulla ripetizione di una condotta da parte di una pluralità di persone e mai da parte di un unico operatore³¹ - e nel secondo occultata dalla convinzione circa la possibilità di ricostruire il volere comune dei partecipanti all'operazione economica. Una simile convinzione si fonda del resto su una disposizione del codice civile tedesco in cui, in linea con l'art. 1156 del testo francese, si afferma che «nell'interpretare una dichiarazione di volontà occorre ricavare la reale volontà delle parti» (par. 133) e con ciò riferirsi allo «scopo del negozio»³². E tuttavia proprio la frizione tra il riferimento allo scopo negoziale ed il rinvio agli usi del traffico giuridico - frizione incarnata dal contrasto tra i menzionati parr. 133 e 157 BGB - consente di mettere in luce come la prima disposizione conduca a formulare delle mere finzioni. Ciò in quanto le finalità di un accordo si ricavano da una volontà a cui si attribuisce un senso muovendo da indizi esterni e mai dall'intento - forse reale ma impercettibile - del suo autore³³.

Peralto le differenze tra il nuovo ed il vecchio modo di intendere la buona fede non concernono unicamente le caratteristiche del contesto assunto a metro per la valutazione dell'affare. E' in vista anche l'abbandono di un modello più o meno esplicitamente conflittuale di contratto e l'assunzione in sua vece di un modello cooperativo. Ciò discende, per un verso, da una sottolineatura della buona fede come invito alla collaborazione tra i contraenti e, per un altro, dalla diretta individuazione da parte dell'ordinamento delle finalità cui la collaborazione deve tendere.

In precedenza il tutto si lasciava ai contraenti, in linea con la convinzione che, così facendo, si sarebbe indotto uno sviluppo del sistema economico

²⁹ O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 3, cit., p. 64. E v. L. Kuhlenbeck, *Sub Par. 242*, in *BGB - Staudinger Kommentar*, 71. Aufl., Bd. 2.1., Berlin, 1912, p. 23.

³⁰ P. Oertmann, *Bürgerliches Gesetzbuch - Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin, 1927, p. 564.

³¹ E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897, pp. 139 ss. e 163 s.

³² E. Riezler, *Sub Par. 133*, in *BGB - Staudinger Kommentar*, Bd. 1, cit., p. 516.

³³ Ad es. E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, cit., p. 31 ss.

naturalmente rispondente all'esito desiderato. Proprio il tramontare di una simile convinzione determina l'adozione di un modello che, dal punto di vista dell'ordinamento, diviene cooperativo.

E' noto che le caratteristiche assunte dal sistema economico nella sua evoluzione tra l'ottocento e il novecento mettono in luce come la cosiddetta mano invisibile sia inadatta ad assicurare una dialettica relativamente ordinata tra le forze del mercato o comunque incapace di metterne a rischio il funzionamento complessivo. Ed è altrettanto noto che in tal senso si finisce per ritenere insufficiente l'emanazione di provvedimenti privi di immediati effetti conformativi sull'attività economica, finora informata alle massime utilitariste³⁴. Certo l'enfasi con cui si incentiva un simile sviluppo varia da autore ad autore e tuttavia, al più tardi con la conclusione del primo conflitto mondiale, è oramai diffusa la convinzione che ci si trovi di fronte ad una svolta epocale: le vicende belliche hanno definitivamente «abbattuto l'individualismo», esattamente come la rivoluzione francese «ha rovesciato il feudalesimo»³⁵.

L'incentivo alla collaborazione tra i contraenti deriva da visioni del vivere consociato trasversali rispetto ai più diversi orientamenti politico normativi e rispetto all'ordinamento di provenienza dei loro fautori. A titolo meramente esemplificativo possiamo ricordare la letteratura, di ispirazione neokantiana, in cui si alimenta una visione del contratto come vicenda conformata all'«ideale sociale» di «una comunità umana in cui ciascuno fa propri gli obiettivi altrui»³⁶. Possiamo poi riferire il pensiero dei cattolici, secondo cui «il contratto non è l'atto d'imperio di una volontà creatrice di diritto, bensì il processo di adattamento delle volontà private all'utilizzazione degli sforzi comuni volti alla soddisfazione di interessi individuali reciproci»³⁷.

Soprattutto il tema della collaborazione tra contraenti viene sviluppato in seno alle dottrine in cui è centrale la critica all'individualismo di matrice utilitarista e la relativa ricerca di una via alternativa. E' in tale ambito che il tema si combina con costruzioni incentrate sulle finalità in vista delle quali ricomporre il conflitto sociale e che, soprattutto, si sostiene la necessità di presidiarle attraverso il diritto. Invero l'attività privata viene riconosciuta e tutelata dall'ordinamento in considerazione del «fine, piuttosto che della volontà che la determina»: ovvero con riferimento alla sua «funzione», che deve essere «sociale». E ancora: «affinché un atto di volontà possa produrre effetti per il diritto» occorre che sia «lecito», ma soprattutto è indispensabile

³⁴ Per tutti P.S. Atiyah, *Promises morals and the law*, Oxford, 1982, part. p. 48 ss.

³⁵ N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, I, pp. 388 e 404 ss.

³⁶ R. Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897, p. 36 ss.

³⁷ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 229.

«che sia determinato da un certo fine e che questo fine sia un fine di solidarietà sociale»³⁸.

Come si vede, l'affermazione del modello cooperativo discende da riflessioni di matrice funzionalista, tese ad accreditare il contratto - per il tramite del riferimento alla buona fede - come «una piccola società in cui ciascuno deve lavorare in funzione di uno scopo comune, risultante dalla somma degli scopi individuali»³⁹. Ne discende naturalmente, dal momento che tipicamente funzionalista è la descrizione della società come «una realtà specifica dotata di caratteri propri» e non «una semplice somma di individui»: «aggregandosi, penetrandosi, fondendosi, le anime individuali danno vita ad un essere - psichico se vogliamo - che però costituisce un'individualità psichica di nuovo genere»⁴⁰.

Secondo molti il pensiero funzionalista promuove l'equilibrio ed occulta in chiave conservatrice i conflitti in nome della coesione sociale e dello sviluppo del sistema⁴¹. Ed è esattamente l'impressione che si ricava analizzando la letteratura sul contratto, tutta tesa a promuovere la collaborazione tra le parti in vista dell'evoluzione del sistema economico nelle forme di volta in volta auspiccate. Chi intende «cementare dovunque l'accordo dell'interesse individuale con l'interesse generale o sociale» ha in mente soprattutto «il rispetto all'interesse dell'agricoltura e dell'industria»⁴².

Vi sono evidentemente ancora autori, fedeli alle teorie tradizionali, convinti dell'opportunità di non intaccare il principio di autonomia privata ed i suoi corollari. E tuttavia la prassi applicativa, proprio a partire dalla buona fede, manifesta i primi segni di insoddisfazione per le costruzioni dottrinali ereditate dal passato⁴³. Del resto richieste di un cambiamento di rotta provengono direttamente dal sistema economico, che ritiene oramai indispensabile l'emanazione di misure interventiste tese, da un lato, a produrre un clima di pacificazione sociale e, dall'altro, a realizzare forme di socializzazione del rischio d'impresa. Misure che - altrimenti detto - realizzino una riforma del liberalismo economico e non certo una sua affossamento e neppure una sua radicale trasformazione.

In area italiana rassicurazioni in tal senso derivano da molti esponenti delle scuole del diritto privato sociale, nel momento in cui esplicitano le finalità in nome delle quali occorre affidare al diritto il compito di ricomporre il conflitto sociale: «non tema alcuno che io predichi qui la guerra di classi, io reputo invece che tutte siano

³⁸ L. Duguit, *Les transformation générales du droit privé depuis le code Napoléon*, 2. éd., Paris, 1920, pp. 73 e 96.

³⁹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 6, Paris, 1931, p. 9.

⁴⁰ E. Durkheim, *Regole del metodo sociologico* (1895), Milano, 1979, p. 101 s.

⁴¹ Al proposito, per tutti, V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, 2. ed., Roma e Bari, 1993, p. 5 ss.

⁴² B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Milano, 1907, p. 227.

⁴³ Citazioni in D. Corradini, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 317 ss.

membra di uno stesso corpo e che il danno dell'una sia il danno dell'altra»⁴⁴. Peraltro, come verrà rilevato dai suoi oppositori, il diritto privato sociale alimenta la confusione tra interessi alla produzione ed interessi generali, ma contrasta nel contempo la confusione tra interessi generali e interessi nazionali⁴⁵.

3. Questo ulteriore passaggio caratterizza la letteratura di matrice nazionalista che, elevando lo stato a compositore del conflitto con un'enfasi finora inedita, sponsorizza un modello economico di matrice corporativa alternativo al liberalismo classico ed al socialismo. Un modello capace di generare «una coscienza che supererà gli interessi di classe e arriverà all'interesse globale della produzione e quindi agli interessi nazionali, i quali non possono scindersi dagli interessi della produzione»⁴⁶. E ciò non comporta certo un affossamento del meccanismo della concorrenza: determina semplicemente una sua regolamentazione, imposta dalla constatazione che altrimenti «la produzione riuscirebbe più costosa»⁴⁷.

E' noto come il pensiero nazionalista sia da annoverare tra i principali punti di riferimento per lo sviluppo della dottrina fascista, in particolare, oltre che per l'affossamento delle istituzioni del liberalismo politico, per la riforma delle istituzioni del liberalismo economico⁴⁸. Il tutto per valorizzare un approccio sviluppato dalla stessa dottrina liberale, nel momento in cui «viene superata la premessa di un autoregolamento del sistema e negata la sua capacità di raggiungere spontaneamente livelli possibili e desiderabili»⁴⁹. Il fine ultimo, del resto, è la promozione di una «politica del produttivismo»: «brutta parola, ma che efficacemente esprime quella complessa azione, fatta di atti politici e provvedimenti economici», che «inquadra il problema della ricchezza in quello maggiore della grandezza della nazione»⁵⁰.

E' in tal prospettiva che si promuove una riforma del diritto dei contratti con cui realizzare una «restrizione dell'efficacia del dogma della volontà» e potenziare

⁴⁴ E. Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (1891), in Id., *Opere giuridiche*, Vol. 2, Roma, 1947, p. 266. E v. G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti*, 2. ed., Palermo, 1906, p. 25.

⁴⁵ Ad es. E. Betti, *Sul codice delle obbligazioni*, in *Mon. trib.*, 1939, p. 421.

⁴⁶ A. Rocco, *Il congresso nazionalista di Roma* (1919), in Id., *Scritti e discorsi politici*, Vol. 2, Milano, 1938, p. 478 s.

⁴⁷ A. Rocco, *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti*, *ivi*, Vol. 1, p. 84.

⁴⁸ Citazioni in A. Somma, *Liberale in camicia nera*, in A. Mazzacane, A. Somma e M. Stolleis (a cura di), *Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Frankfurt M., 2005, p. 63 ss.

⁴⁹ T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 3. ed., Milano, 1962, p. 112.

⁵⁰ G. Olivetti, *L'industria e il fascismo*, in G.L. Pomba (a cura di), *La civiltà fascista*, Torino, 1928, p. 331.

così, in chiave funzionalista, il «principio di solidarietà o di socialità»⁵¹: «l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e come tali meritino di essere tutelate dal diritto»⁵². Il tutto facendo attenzione a non approdare a forme di «negazione dell'economia classica», nella convinzione che sia pur sempre valida l'idea che «il motivo del tornaconto deve restare il fulcro di ogni attività»⁵³.

Il codice civile del ventennio attua un simile schema richiamando la buona fede, oltre che nelle disposizioni preliminari concernenti il comportamento secondo correttezza del debitore e del creditore (art. 1175), in tutti i momenti rilevanti della vicenda contrattuale: formazione (art. 1337), interpretazione (art. 1366) ed esecuzione (art. 1375). I commenti alle disposizioni menzionate, anche nella versione ripulita dalla cosiddetta retorica fascista, sottolineano il carattere cooperativo della buona fede: il suo tendere al superamento della contrapposizione tra contraenti ed il suo essere finalizzata a promuovere lo sviluppo economico assunto ad orizzonte dell'ordinamento. Il dovere della buona fede viene infatti considerato uno strumento attraverso cui «comporre conflitti di interesse» e «tenere a freno l'egoismo e la frode»⁵⁴, condizioni indispensabili affinché si crei una «armonia dei rispettivi interessi e di quelli superiori della vita economica della nazione, cui sono organicamente collegati»⁵⁵.

I tratti del diritto contrattuale finora sintetizzati sono una costante nella letteratura e nella prassi applicativa impegnate nella ristrutturazione dell'ordine capitalista: il «dirigismo contrattuale» si «afferma in tutti i paesi, senza distinzione tra regimi politici liberali e organizzazioni totalitarie»⁵⁶. Certo in queste ultime il nuovo corso si consolida con minori difficoltà, a fronte dell'azzeramento del meccanismo democratico. E tuttavia, se si valutano i termini della riforma del liberalismo economico, non si rilevano differenze di fondo tra le esperienze in cui resistono ancora le istituzioni del liberalismo politico e le esperienze in cui esse sono invece affossate.

Tra le prime occorre sicuramente annoverare il contesto francese, in cui la dittatura fascista ha occupato la prima metà degli anni quaranta del novecento, ma che fin dagli anni trenta conosce una produzione dottrinale molto simile a quella italiana del ventennio. Questo è il senso delle appassionate difese della libertà

⁵¹ *Discorso del Ministro Guardasigilli Dino Grandi alla Commissione delle Assemblée legislative per la riforma dei codici*, in *Foro it.*, 1940, IV, c. 23.

⁵² *Relazione al Re* n. 8, cit. da G. Scarpello, M. Stella Richter e G. Dallari, *Codice civile - Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, p. 156 s.

⁵³ A. De Stefani e L. Moroso, *La logica del sistema corporativo*, in *Riv. int. sc. soc.*, 1933, p. 409.

⁵⁴ M. Ghiron, *Sub Art. 1366*, in *Codice civile - Libro delle obbligazioni - Commentario*, dir. da M. D'Amelio e E. Finzi, Vol. 1, Firenze, 1948, p. 495.

⁵⁵ W. d'Avanzo, *Sub Art. 1175*, *ivi*, p. 15.

⁵⁶ L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, Vol. 2, Paris, 1939, p. 223 s.

contrattuale dal controllo eteronomo, motivate dal rilievo che l'ordinamento è oramai espressione del «sinistrismo» prodotto dalla «tirannia politica di chi rappresenta la forza del numero». Una difesa che sfocia nella richiesta di tutelare il bene comune, riscoprendo «il potere di dirigere, il diritto di censurare e il dovere di educare»⁵⁷ e che prelude all'imminente condanna del «libero gioco delle volontà private» in tutti i casi in cui esso risulti inadatto a «salvaguardare gli interessi superiori dell'ordine sociale»⁵⁸.

Tra le esperienze in cui la riforma del liberalismo economico si accompagna ad un affossamento del liberalismo politico, dobbiamo invece ricordare l'ordinamento nazionalsocialista, con il suo tentativo di rivedere, ma non anche di abolire, pena il cedimento verso concezioni bolsceviche del vivere consociato, il principio dell'iniziativa individuale e la massima della concorrenza⁵⁹. Tentativo che ha condotto ad elaborare un diritto dei contratti non distante da quello cui ha dato vita il ventennio, tanto da far ritenere il principio di buona fede accolto nel codice civile mussoliniano ispirato alle dottrine comunitarie e solidariste di marca nazionalsocialista⁶⁰.

Certo vi sono differenze tra il diritto italiano e il diritto tedesco dell'epoca ed esse sono riconducibili alla maggiore enfasi posta dal secondo sul tema della cooperazione. Così, a titolo esemplificativo, i nazionalsocialisti riconducono allo schema del contratto le sole ipotesi di allocazione dei beni e dei servizi e non anche le fattispecie, come il contratto di lavoro, concernenti la posizione dell'individuo nei confronti di una comunità⁶¹. E tuttavia anche simili costruzioni sono rette dal riferimento alla buona fede come canone attraverso cui imporre la collaborazione tra le parti: «preme certamente alla comunità che il rapporto obbligatorio non sia più un rapporto di lotta tra debitore e creditore e che una parte non sia libera di giovare di qualunque mezzo nella lotta contro l'altra»⁶². Il tutto in vista di uno scopo comune trascendente le aspettative dei contraenti e coincidente con «l'interesse nazionale alla funzione sociale del contratto»⁶³, che attiene ovviamente ad una «sensata distribuzione dei beni» e ad una «crescente capacità produttiva»⁶⁴.

⁵⁷ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, pp. 44 e 450 s.

⁵⁸ P. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 97.

⁵⁹ Per tutti H.-U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 4, München, 2003, p. 96 ss.

⁶⁰ Al proposito A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna e Roma, 1988, p. 285.

⁶¹ K. Larenz, *Vertrag und Unrecht*, T. 1, Hamburg, 1936, p. 18.

⁶² G. Vassalli, *Per un diritto unico delle obbligazioni*, in *Lo Stato*, 1939, p. 104, che così sintetizza un'affermazione ricorrente nella letteratura nazionalsocialista sul contratto.

⁶³ W. Siebert, *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del derecho alemán*, in *Rev. der. priv.*, 1942, p. 454.

⁶⁴ H. Stoll, *Vertrag und Unrecht*, Hb. 1, Hamburg, 1936, p. 45 s.

Queste ed altre costruzioni di matrice cooperativa sono riportabili ad un pensiero maturato proprio in epoca nazionalsocialista: il pensiero ordoliberal. I suoi esponenti sviluppano riflessioni attorno al tema della libertà individuale che concernono il modo di essere del liberalismo economico e che si mostrano indifferenti rispetto alle sorti riservate al liberalismo politico dal potere chiamato ad implementarle. Ordoliberale è invero l'idea secondo cui occorre combattere il liberalismo classico e la sua impronta utilitarista - 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»⁶⁵ - costruendo uno stato forte, chiamato a «dirigere» in modo «ragionevole e pianificato» il sistema produttivo e ad incentivare «il senso della collettività presso il popolo dedito alle attività economiche»⁶⁶. Il tutto senza peraltro intaccare il meccanismo della concorrenza, considerato oltretutto una efficiente «forma di selezione attraverso la lotta»⁶⁷.

Hanno matrice ordoliberale anche i modelli economici affermatasi in area tedesca al crollo della dittatura nazionalsocialista. Certo essi si accompagnano ora al recupero delle istituzioni del liberalismo politico, ma non anche - almeno non in modo marcato - ad un mutamento nel modo di intendere il ruolo delle istituzioni del liberalismo economico. Identici sono i richiami alla cooperazione, che determinano una subordinazione dell'attività individuale alle finalità perseguite dalla comunità⁶⁸. E identici sono i toni utilizzati per specificare le finalità in discorso: porre rimedio ai fallimenti del mercato attraverso misure che inizialmente contemplano la stabilità dei prezzi ed il pareggio del bilancio statale e in un secondo tempo - quando tra le misure volte a favorire il funzionamento del sistema assumono importanza quelle concernenti il mantenimento della pace sociale - anche la «crescita economica»⁶⁹.

Da un simile punto di vista - ovvero dal punto di vista del liberalismo economico - la libertà contrattuale continua a non costituire un valore assoluto. Essa viene infatti tutelata solo se funzionale all'ottenimento dei fini presidiati dall'ordinamento. Precisamente viene incentivata se «promuove la concorrenza» e combattuta se «distrugge la concorrenza»: «la libertà contrattuale non deve essere garantita se conduce alla conclusione di contratti che limitano o eliminano la libertà contrattuale». Il tutto corredato dalle medesime motivazioni addotte al principio del novecento per promuovere la rilettura dei diritti assoluti alla luce del principio funzionalistico. Si dice infatti che, nei decenni immediatamente successivi alla rivoluzione francese, una concezione formale dell'autonomia privata era opportuna,

⁶⁵ H. Peter, *Sozialpolitik und freier Wettbewerb*, in G. Schmolders (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 199 ss.

⁶⁶ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft*, Berlin, 1937, p. 8 s.

⁶⁷ J. Jessen, *Wettbewerb als grundsätzliche historisch-politische Frage*, in G. Schmolders (Hrsg.), *Der Wettbewerb*, cit., p. 9.

⁶⁸ Al proposito K.W. Nörr, *An der Wiege deutscher Identität*, Berlin e New York, 1993, p. 21.

⁶⁹ Per tutti W. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, München, 1983, p. 35 s.

in quanto naturalmente capace di contribuire all'erezione di un sistema di libera concorrenza. E si aggiunge che ora il medesimo sistema può essere mantenuto solo a condizione di essere direttamente assunto ad orizzonte dell'ordinamento, per il tramite di una concezione «reale» dell'autonomia privata⁷⁰.

Con ciò il compito assunto dalla buona fede contrattuale non muta certo radicalmente rispetto a quello affidatole nei decenni precedenti. Essa continua ad esprimere doveri di collaborazione tra le parti e quindi a prescrivere una conformazione delle finalità individuali alle finalità presidiate dall'ordinamento. E queste ultime continuano ad essere identificate nella stabilità del sistema e nella crescita economica, cui la conformazione dell'attività privata deve immediatamente tendere⁷¹.

In letteratura lo schema descritto viene talvolta esplicitato attraverso il riferimento al «vincolo del potere individuale ai suoi compiti sociali»⁷². Altre volte lo schema non viene esplicitato, ma si ricava ciò nonostante dalle motivazioni addotte per illustrare i termini della collaborazione tra i contraenti, cui la buona fede fa riferimento. Si dice infatti che essa costituisce un invito ad una «cura reciproca», intesa come «fedeltà alla propria parola»⁷³. E si precisa subito dopo che ciò implica un riferimento allo «scopo obbiettivo del contratto», ricavato dalla combinazione del caso specifico con «le massime di giustizia valide per la generalità dei consociati». Peraltro queste ultime sono a loro volta ricavate dalle regole valide entro la cerchia dei portatori di interessi coinvolti⁷⁴. E ciò conduce alla medesima situazione osservata con riferimento alla fase in cui si determina la transizione dalla buona fede conflittuale alla buona fede cooperativa: il diritto non si rende tutore immediato del fine economico desiderato e tuttavia quest'ultimo viene valorizzato attraverso il mero rinvio all'esito del conflitto tra operatori economici.

Costruzioni assimilabili sono proposte in area italiana dai fautori della teoria del contratto come operazione economica, elaborata al fine di esaltare la fattispecie nei suoi aspetti funzionali⁷⁵. Invero la teoria comporta il riconoscimento del valore normativo del concreto assetto di interessi definito dalle parti - evidentemente viste come parti cooperanti - ed in tale prospettiva ammette un ricorso alla buona fede quale espediente attraverso cui «identificare i valori propri del contratto»⁷⁶. Con il

⁷⁰ W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, Bd. 2 (1949), p. 52 ss.

⁷¹ Specialmente D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1991, p. 117 ss.

⁷² J. Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, p. 99.

⁷³ K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1967, p. 30 e Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*, 4. Aufl., Bd. 1, München, 1960, p. 88.

⁷⁴ *Ivi*, pp. 73 e 88 s.

⁷⁵ Per tutti And. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, part. p. 47 ss.

⁷⁶ And. D'angelo, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, Vol. 13.4.2, Torino, 2004, part. p. 89 ss.

che la formale rinuncia ad adattare il contratto alle finalità interpretate dal sistema economico, si trasforma in una sostanziale accettazione dei valori distillati dal mercato.

4. Nel contesto europeo continentale la transizione dalla dittatura alla democrazia - non sempre coincidente con la conclusione del secondo conflitto mondiale - segna l'inizio di una nuova stagione di politica del diritto. E' noto come quest'ultima sia tipicamente caratterizzata dall'emanazione di costituzioni in cui si sono fornite indicazioni circa l'estensione delle libertà economiche, in particolare con riferimento all'incidenza di modelli solidaristi a livello verticale ed orizzontale. I primi concernono la soddisfazione delle aspettative connesse con il riconoscimento dei diritti sociali, in modi che delimitano il raggio di azione del mercato. I secondi sono invece destinati a conformare il mercato e con ciò a definire i termini dell'intervento eteronomo volto a limitare l'autonomia dei privati⁷⁷.

Dal punto di vista ordoliberal, i modi di essere della solidarietà orizzontale e verticale sono riassunti nella formula «economia sociale di mercato». Essa allude alla circostanza che la redistribuzione della ricchezza costituisce un esito solo mediato di interventi normativi direttamente volti a coordinare le forze produttive. Infatti la conformazione del mercato deve mirare unicamente a rimediare ai suoi fallimenti⁷⁸ o eventualmente a promuovere - se del caso con misure autoritarie - la pacificazione sociale indispensabile a creare un clima di accettazione del sistema⁷⁹. Alla redistribuzione della ricchezza tendono invece direttamente le misure di solidarietà verticale, che operano fuori dai confini del mercato attraverso interventi di carattere prevalentemente fiscale⁸⁰.

In area tedesca almeno due decisioni del giudice delle leggi sembrano testimoniare l'accoglimento della solidarietà orizzontale di matrice ordoliberal. Entrambe si occupano del modello di costituzione economica fatto proprio dalla carta fondamentale - tema assai controverso, stante la ritenuta neutralità mostrata sul punto dai costituenti - e in particolare dell'ammissibilità di misure di solidarietà orizzontale, alla luce del coordinamento tra i principi dello stato di diritto e dello stato sociale (art. 20 GG).

Nella prima decisione si osserva che dal riconoscimento del diritto alla libera espressione della propria personalità (art. 2 GG) deriva la tutela di «una generale libertà di azione» e con essa della «libertà contrattuale». Tuttavia la costituzione ha

⁷⁷ Per una panoramica v. A. Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 263 ss.

⁷⁸ A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), Bern e Stuttgart, 1976, p. 116 ss.

⁷⁹ J. Agnoli e P. Brückner, *Die Transformation der Demokratie*, Frankfurt M., 1968, p. 45.

⁸⁰ A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung*, cit., p. 119.

anche «regolato la tensione tra individuo e comunità, mettendo in risalto il profilo dei vincoli all'azione della persona». Un intervento che «condiziona e limita la libertà di determinare il contenuto del contratto» - nello specifico una disciplina dei prezzi - deve così ritenersi una «espressione dello stato sociale», ammissibile ed auspicabile nella misura in cui opera «a vantaggio del benessere generale»⁸¹.

La seconda decisione dichiara invalida una fideiussione *omnibus*, contro cui ricorre il fideiussore, che all'epoca della sottoscrizione era nullatenente. Ciò in considerazione del fatto che l'istituto di credito ha violato il precetto della buona fede contrattuale, in quanto «era fin dal principio prevedibile ed agevole accertare» che, «in caso di responsabilità, la ricorrente non sarebbe stata nelle condizioni di liberarsi con i propri mezzi del debito per l'intera durata della sua vita». La soluzione trae spunto dal rilievo che occorre comprimere l'esercizio dell'autonomia privata in tutte le ipotesi in cui essa fonda un potere di «determinare unilateralmente il contenuto del contratto»⁸².

Ci pare che soprattutto la prima decisione abbia matrice ordoliberalale. Essa valuta i provvedimenti concernenti il prezzo di determinati beni alla stregua di misure volte a coordinare, in chiave cooperativa, l'azione individuale in vista dei benefici prodotti per l'intera collettività. Nella seconda decisione hanno invece sfondo ordoliberalale il riferimento all'autonomia privata come valore da tutelare contro le pratiche commerciali che si risolvono in una sua negazione e soprattutto, in linea con un simile proposito, la rilevanza attribuita alla situazione concreta in cui si è formato l'accordo: in particolare la circostanza che la ricorrente è «appena ventunenne» e «priva di formazione professionale»⁸³.

E tuttavia la seconda decisione contiene anche affermazioni in contrasto con il credo ordoliberalale. Tale è innanzitutto l'adesione a visioni conflittuali della convivenza sociale - esplicitate nella constatazione che «alla vita dei traffici prendono parte soggetti» i quali «perseguono interessi diversi e scopi per molti versi in contrasto tra loro» - non accompagnate da affermazioni circa l'opportunità di creare le condizioni di un armonico sviluppo della vita economica. Inconciliabile con le teorie ordoliberali è poi la valorizzazione di vicende concernenti più il contesto tipizzato in cui operano i contraenti, che non la situazione concreta in cui si forma il contratto: ovvero la mera appartenenza alla categoria dei clienti di una banca, piuttosto che il trovarsi nella effettiva condizione di non esercitare la libertà contrattuale. Questo siamo indotti a ritenere dal riferimento alle «situazioni suscettibili di tipizzazione» ed alla «strutturale soggezione di una delle parti»⁸⁴.

⁸¹ BVerfG, 12 novembre 1958, in *BVerfGE*, Bd. 8 (1959), p. 328 s.

⁸² BVerfG, 19 settembre 1993, in *NGCC*, 1995, I, p. 199 s.

⁸³ *Ivi*, p. 201.

⁸⁴ *Ivi*, p. 200.

Altre sono le decisioni anche datate delle corti tedesche che sembrano ricalcare questo schema. A titolo esemplificativo possiamo ricordare le declaratorie di invalidità di determinate clausole *standard*, il cui utilizzo viene considerato, prima ancora dell'emanazione di una normativa specifica, una violazione della buona fede ai danni dei «consumatori». Ciò ad esito di una valutazione del contesto economico e sociale tipico in cui avviene la contrattazione: «occorre prescindere dai rapporti così come si presentano di volta in volta» e valorizzare «le peculiarità del tipo di vendita in esame e gli interessi delle categorie di venditori e acquirenti solitamente coinvolte». Irrilevanti sono invece «i bisogni individuali delle parti occasionali dello specifico contratto»⁸⁵.

Sono in tal modo riassunte le caratteristiche della buona fede solidale - valorizzazione del conflitto e tipizzazione del contesto - che sintetizzano i termini dell'abbandono del modello ordoliberal. L'adesione a visioni conflittuali del vivere consociato è comune alle teorie fondate sul riferimento alla mano invisibile. Tuttavia essa non trae spunto, come in queste ultime, dalla convinzione che il raggiungimento del fine cui tenderebbe l'invito alla cooperazione è comunque assicurato dalle dinamiche spontanee del mercato. Con il che la valorizzazione del conflitto avviene in vista di esiti certamente riconducibili al proposito di incidere sui termini della dialettica tra le forze del mercato, tuttavia non con l'imposizione di un determinato ordine, bensì attraverso un rafforzamento della posizione della parte ritenuta strutturalmente più debole. Altrimenti detto, la buona fede solidale incide sul conflitto sociale realizzando un'equa distribuzione delle armi tra le parti in causa e non anche indirizzando l'esito del confronto. Essa supera la «statalizzazione» delle relazioni di mercato a favore di una loro «sostanzializzazione»⁸⁶ o «socializzazione»⁸⁷, fondamento la prima di una tutela delle sole aspettative di volta in volta assunte ad orizzonte dell'intervento eteronomo dal potere politico e la seconda delle istanze incarnate dai portatori degli interessi deboli interpretati dal potere giudiziario.

Talvolta la socializzazione del contratto si confonde con la sua statalizzazione: lo abbiamo visto trattando della buona fede cooperativa, intesa come mezzo volto al completamento dell'operazione economica posta in essere dai contraenti. Peraltro questa costruzione - lo ribadiamo - è solo formalmente indifferente rispetto all'esito della cooperazione, in quanto si risolve in un avallo degli schemi di convivenza sociale imposti attraverso il meccanismo del libero mercato.

In altre ipotesi la socializzazione del contratto costituisce una effettiva rinuncia dell'ordinamento a finalizzare direttamente l'esercizio dell'autonomia privata: concerne il proposito di concepire «l'intervento pubblico non in chiave statalista,

⁸⁵ BGH, 29 ottobre 1956, in *BGHZ*, Bd. 22 (1957), p. 97 ss.

⁸⁶ M. Weber, *Law in economy and society* (1925), Cambridge Mass., 1966, p. 331 ss.

⁸⁷ G. Teubner, *Sub Par.* 242, in *BGB - Alternativkommentar*, Bd. 2, Neuwied, 1980, p. 44.

bensi propriamente sociale»⁸⁸. Ciò si verifica con la buona fede conflittuale e solidale, il cui impiego mira a rendere effettivo il gioco democratico in termini che - utilizzando la terminologia della carta fondamentale italiana - comportano una rilettura del dovere privato «di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2) alla luce del dovere pubblico di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3). Dovere pubblico che, sia detto per inciso, potrebbe anche essere direttamente posto a fondamento della conformazione dell'attività privata⁸⁹.

Il riferimento alle formule accolte nella costituzione italiana è più che mai opportuno, in quanto consente di ribadire il rifiuto di visioni stataliste nella costruzione della buona fede solidale. Infatti soprattutto la previsione di doveri di solidarietà non esprime visioni della persona umana che alimentano la «sua generica soggezione alla potestà statale», bensì la sua valorizzazione come «centro di interessi attorno a cui ruota tutto il sistema di garanzie costituzionali»⁹⁰. Inoltre il riferimento a vicende di ordine non meramente economico - la solidarietà politica e sociale - evita letture produttiviste della buona fede e consente così di far emergere le più disparate implicazioni delle letture in discorso. Precisamente consente di valorizzare la circostanza che la condizione economica di un individuo si riflette necessariamente sulla sua capacità di accedere alla cittadinanza politica e sociale⁹¹.

E' opportuno rimarcare come ciò sia possibile attraverso visioni conflittuali del vivere consociato e quindi della vicenda contrattuale. Certo è possibile concepire un diritto dei contratti espressione della filosofia incarnata dallo stato sociale e nel contempo espressivo di modelli cooperativi. Tuttavia un simile diritto dei contratti dovrebbe necessariamente coordinarsi con la definizione del fine comune in funzione del quale le parti hanno posto in essere il contratto. E ciò - se si vuole evitare l'impiego di finzioni - comporta l'imposizione da parte dell'ordinamento di un certo ordine del mercato o in alternativa lo sviluppo di una disciplina del contratto di tipo prevalentemente procedurale⁹². Avremo tuttavia modo di documentare come tra le due soluzioni non vi sia affatto uno scarto apprezzabile.

⁸⁸ G. Azzariti, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1999, p. 11 ss.

⁸⁹ Ad es. P. Barcellona, *I controlli della libertà contrattuale* (1965), in S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 285.

⁹⁰ A. Barbera, *Sub Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Vol. 1, Bologna e Roma, 1975, p. 98.

⁹¹ Similmente Du. Kennedy, *The stakes of law*, in 15 *Leg. Stud. Forum*, 1991, p. 327 ss.

⁹² Al proposito R. Brownsword, *The philosophy of welfarism*, in Id., G. Howells e T. Wilhelmsson (ed.), *Welfarism in contract law*, Aldershot ecc., 1994, p. 36 ss.

5. I termini della contrapposizione tra la buona fede ordoliberal e la buona fede solidale possono essere riassunti muovendo dall'attitudine delle due costruzioni in ordine alla capacità dell'individuo di tenere comportamenti economici liberi.

La buona fede ordoliberal si fonda su un ampio riconoscimento di tale capacità. L'intervento eteronomo sui termini del contratto ha il fine di comprimerla se ciò conduce a mettere ordine nel mercato e di ripristinarla nelle situazioni concrete in cui essa viene soffocata dai suoi fallimenti. Peraltro, così facendo, i fautori delle tesi ordoliberali non tutelano a ben vedere la libertà individuale. L'idea di un'attività privata incondizionabile, eventualmente fondata sul possesso di un sufficiente livello di informazioni circa i termini delle scelte da operare, costituisce un'astrazione, esattamente come l'opposta idea secondo cui l'autodeterminazione individuale è irrimediabilmente ostacolata da condizionamenti esterni⁹³. Che poi sono i medesimi condizionamenti su cui si fondano le costruzioni cui si ricorre per incanalare l'iniziativa individuale entro i confini tracciati dai fautori dell'ordine del mercato.

Altrimenti detto, il riferimento all'autodeterminazione individuale costituisce una tecnica riconducibile a valori ben precisi - la promozione di un sistema di mercato ordinato - che la buona fede ordoliberal assume come orizzonte fisso dell'intervento eteronomo e la buona fede solidale rimette invece in discussione, affidando il modo di essere del mercato alla dialettica tra forze sociali finalmente collocate su un piano di tendenziale parità sostanziale. Questo è il senso della valorizzazione del contesto tipico in cui si forma il contratto a scapito della situazione concreta, il senso della valorizzazione del vincolo contrattuale a scapito dell'atto. E questo è l'esito obbligato di una politica del diritto che finalmente porti a compimento il processo di frammentazione del soggetto unico di diritto, ancora ostacolato dalla retorica sull'autonomia privata, riesumata e solo superficialmente rivisitata dal pensiero ordoliberal.

La valorizzazione del contesto in cui operano i consociati produce, con la crisi della tradizionali categorie unificanti, la rottura dei confini tra il diritto e le scienze sociali diverse dall'economia: disciplina sviluppatasi attorno a presupposti di ordine positivista, i medesimi tradizionalmente privilegiati dai giuristi, il cui utilizzo non produce certo una rottura con gli schemi ereditati dal passato⁹⁴. E' in particolare dalla sociologia e dalla politica che si sono ricavati gli strumenti per inquadrare i termini del condizionamento eteronomo all'azione individuale e le caratteristiche dei relativi contesti in cui essi tipicamente si manifestano.

Dalla sociologia, e specialmente dalla nozione di ruolo, deriva l'elaborazione del concetto di consumatore, utilizzato dalla prassi applicativa in tema di

⁹³ R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, part. p. 159.

⁹⁴ Citazioni in A. Somma, *Temi e problemi di diritto comparato*, Vol. 2, Torino, 2005, p. 30 ss.

contrattazione *standard*⁹⁵. Dalla politica si ricavano invece le costruzioni incentrate sulla debolezza sociale derivante dall'appartenenza di classe - aggregazione in cui «i membri convergono e infine fanno massa in base al reddito, alla professione esercitata, al titolo di istruzione scolastico formale, al quartiere o località e al tipo di abitazione e così via»⁹⁶ - e sulla constatazione che, «per la maggior parte della popolazione, la capacità lavorativa costituisce l'unico patrimonio di cui si dispone»⁹⁷.

Il riferimento alla classe non costituisce una novità: presso i teorici della mano invisibile e di un sistema di giustizia distributiva a vantaggio del contraente forte, esso aveva implicitamente ispirato la celebrazione dell'autonomia privata⁹⁸. E' soprattutto con riferimento al contratto di lavoro che il riferimento ha trovato numerosi riscontri, come si ricava dal recupero della disciplina della locazione d'opera, attraverso cui il codice civile francese mostra «la stessa insensibilità del diritto romano nei confronti del diritto del lavoro»⁹⁹. E lo stesso accade - con esiti opposti - nel momento in cui il sistema di giustizia distributiva viene rivisitato in funzione delle istanze del contraente debole e utilizzato per sviluppare, sulla scia di visioni del vivere consociato di tipo ancora conflittuale, forme di *favor laboratoris*. Ciò sul presupposto che è «nozione di comune esperienza» la constatazione secondo cui «il lavoratore versa nella generalità dei casi in condizioni tali da non poter rinunciare mai alla prosecuzione del rapporto di lavoro» e che, pertanto, «l'autonomia delle parti stipulanti» non risulta «idonea a determinare un risultato equilibrato degli interessi opposti dei contraenti»¹⁰⁰.

Da segnalare sono anche le decisioni che, pur ricorrendo a strumenti diversi dalla buona fede, utilizzano l'appartenenza di classe per soccorrere chi si obbliga a pagamenti rateali di importo tale da mettere a rischio il reddito «che eccede di poco il minimo esistenziale». Ciò sul presupposto che l'ordinamento civilistico non si limita a tutelare «il funzionamento dell'economia di mercato», inteso come interesse «a preservare un sano senso di operosità». In cima alle preoccupazioni, soprattutto del livello superprimario, è infatti la garanzia di un «diritto alla speranza ed a tendere verso la felicità»¹⁰¹. In area scandinava risultati assimilabili sono presidiati dalla teoria della «forza maggiore sociale», utilizzata per liberare il debitore colpito da vicende, quali la malattia o la disoccupazione, da cui derivi una compressione della capacità lavorativa¹⁰².

⁹⁵ R. Dahrendorf, *Homo sociologicus*, 14. Aufl., Opladen, 1974, p. 20 ss.

⁹⁶ F. Ferrarotti, *Manuale di sociologia*, 5. ed., Roma e Bari, 1995, p. 75.

⁹⁷ OLG Stuttgart, 12 gennaio 1988, in *NJW*, 1988, p. 833.

⁹⁸ Al proposito G. Bender, *Rechtssoziologie in der alten Bundesrepublik*, in D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt M., 1994, p. 130.

⁹⁹ G. Cazzetta, *Lavoro e impresa*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma e Bari, 2002, p. 139 ss.

¹⁰⁰ Cass. civ., 10 giugno 1993 n. 6487, in *Dir. e prat. lav.*, 1993, p. 2086 ss.

¹⁰¹ OLG Stuttgart, 12 gennaio 1988, *cit.*

¹⁰² Su cui T. Wilhelmsson, *Social force majeure*, in 13 *J.C.P.*, 1990, p. 1 ss.

Peraltro non è solo la posizione tipica del lavoratore - nei rapporti di lavoro e non - e del consumatore, che il riferimento alla buona fede solidale consente di rafforzare. Lo si ricava in modo esemplare dalla prassi applicativa tedesca in tema di «rapporti obbligatori senza obblighi di prestazione primari»: rapporti di fonte legale, ricostruiti a partire dalla buona fede per accordare diritti risarcitori non ricavabili dalla disciplina del danno extracontrattuale¹⁰³. Con il che il riferimento alla buona fede non costituisce solo un espediente attraverso cui riscrivere il contratto - situazione ancora descrivibile ricorrendo a finzioni concernenti il rilievo dell'accordo come fonte del vincolo - bensì direttamente un artificio per scrivere il contratto, ricorrendo ad uno schema che oppone quest'ultimo all'obbligazione¹⁰⁴. Il tutto sulla base di considerazioni non distanti da quelle che, in area italiana, hanno consentito di qualificare in termini di «contatto sociale» - e di interpretare così la «coscienza sociale» - il rapporto tra il sanitario dipendente di una struttura pubblica e il paziente vittima di un errore medico¹⁰⁵ o tra la pubblica amministrazione ed il cittadino destinatario di un suo provvedimento illegittimo¹⁰⁶.

Come si vede, numerose e indefinibili sono le ipotesi in cui la buona fede solidale consente di concretizzare il complesso delle norme comportamentali cui devono attenersi i contraenti tipicamente forti, al fine di evitare che i rapporti con i contraenti tipicamente deboli conducano ad una mera riproduzione della gerarchia sociale. Ciò deriva fra l'altro dalla crescente contrattualizzazione di vicende un tempo sottratte al mercato: in particolare le vicende tradizionalmente affrontate con le istituzioni dello stato sociale, ora affidate all'autonomia privata, a fronte del processo di privatizzazione del sistema di erogazioni statali. E lo stesso vale per il processo di finanziarizzazione dell'economia - lo spostamento della dinamica economica «dal consumo di massa alla borsa» - che ha reso difficilmente individuabili i centri di interesse di volta in volta coinvolti e quindi meno trasparenti e stabili le dinamiche del conflitto sociale¹⁰⁷.

Da un simile punto di vista l'elenco delle posizioni tipicamente deboli deve rimanere aperto: deve poter essere velocemente adattato ai modi di essere del conflitto sociale, di cui il contratto tenta la momentanea ricomposizione. Ciò conferma l'opportunità di affidarsi alla sensibilità della prassi applicativa e di non invocare invece interventi specifici del legislatore¹⁰⁸. Il tutto nella convinzione che

¹⁰³ Soprattutto K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1, 14. Aufl., München, 1987, pp. 14 e 104 ss.

¹⁰⁴ Cfr. A. Di Majo, *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 894.

¹⁰⁵ Cass. civ., 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 486 ss.

¹⁰⁶ Ad. es. Cons. Stato, 6 agosto 2001 n. 4239, in *Urb. e app.*, 2002, p. 199 ss.

¹⁰⁷ Per tutti C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma e Bari, 2004, part. p. 41 ss.

¹⁰⁸ Nello stesso senso M.W. Hesselink, *The horizontal effect of social rights in European private law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 18.

non siano fondate le accuse di chi sostiene come, in tal modo, si attenti al principio della certezza del diritto e più in generale alle regole della democrazia.

Il primo aspetto viene evidenziato da coloro che temono la «fuga nelle clausole generali»¹⁰⁹, considerata tipica dell'esperienza weimeriana ed in ultima analisi una causa del suo tragico epilogo¹¹⁰. Il rilievo potrebbe apparire fondato se si pensa che, proprio a partire dalla buona fede, al principio degli anni venti del novecento, le corti tedesche accordano la rivalutazione di alcuni crediti aggrediti da una disastrosa svalutazione e vanificano così il principio nominalistico, cui il potere politico aveva inteso informare la materia¹¹¹. Il tutto esplicitato con un messaggio all'esecutivo dell'associazione dei magistrati presso la corte suprema, in cui si chiarisce l'intento di difendere per tale via «l'importante idea della buona fede», che si trova «fuori dalle singole norme di diritto positivo» e che «al legislatore non è dato affossare con il suo potere»¹¹².

Peraltro nessuno studioso del diritto tedesco potrebbe osservare che l'imponente ed incisiva prassi applicativa in tema di buona fede abbia seriamente minato la certezza del diritto. Al contrario dovrebbe rilevare che essa si è sviluppata secondo ordinate linee politico normative, espresse attraverso costruzioni concettuali altrettanto ordinate¹¹³. Tanto che la recente opera di riforma del diritto tedesco delle obbligazioni ha tratto spunto proprio dalla casistica in tema di buona fede elaborata dalle corti nel corso dei decenni¹¹⁴.

Gli studiosi delle vicende politiche del ventennio - e delle vicende politiche in genere - possono invece richiamare la circostanza che proprio il proposito di imbrigliare il potere giudiziario caratterizza invece il costume delle dittature. Al punto che, durante il ventennio, persino i più accesi fautori di una riforma fascista dell'ordinamento sottolineano come la funzionalizzazione dei diritti non debba tradursi in un ricorso a clausole generali. E' infatti attraverso puntuali interventi legislativi che si «assicura la certezza del diritto» e si evitano così cedimenti verso «quel sistema negativo della legalità che il diritto sovietico pretende di sostenere»¹¹⁵.

Ma non è tutto. Da tempo si è chiarito che la separazione tra diritto e politica concerne il piano istituzionale, rispettivamente, della produzione e dell'applicazione

¹⁰⁹ J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933.

¹¹⁰ Per tutti A. Barbera, *Sub Art. 2*, cit., p. 99 s.

¹¹¹ RG, 28 novembre 1923, in *RGZ*, Bd. 107 (1924), p. 78 ss.

¹¹² Il messaggio si trova in *DRiZ*, 1924, c. 7 s.

¹¹³ Su cui già F. Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des Par. 242 BGB*, Tübingen, 1956.

¹¹⁴ Sul punto G. De Cristofaro, *Note introduttive*, in C.-W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. IX ss.

¹¹⁵ C. Costamagna, *Relazione suppletiva italiana*, in Comitato giuridico italo germanico, *Atti del primo convegno*, Roma, 1939, p. 111 ss. Il testo è riprodotto in A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt M., 2005, p. 498 ss.

di norme e che la seconda costituisce una vicenda in cui inevitabilmente si combinano «fattori volitivi e cognitivi»¹¹⁶. E da tempo si è visto che la combinazione in discorso conduce ad una sintonia tra valori sociali e tecniche normative e non certo all'esercizio di un potere privo di controllo¹¹⁷. Al contrario, rifiutando il ricorso alle clausole generali a favore di interventi legislativi mirati, oltre ad alimentare il mito della riduzione del diritto alla legge, si producono politiche del diritto inefficaci¹¹⁸, ed al limite inefficienti¹¹⁹, spesso condizionate dalla forza dei gruppi di pressione di volta in volta coinvolti. Questo si ricava dalle vicende tedesche che alcuni decenni or sono hanno interessato l'elaborazione di una disciplina in tema di responsabilità da esercizio di attività pericolose e più recentemente il dibattito sull'emanazione di norme contro la discriminazione nel diritto dei contratti¹²⁰.

Infine è stato dimostrato come l'elaborazione di strumenti di tutela limitati a singoli tipi contrattuali, conduca a pratiche elusive da parte degli operatori economici, i quali ancora dispongono del «potere di aggiustare le clausole contrattuali in modo da modificare il tipo contrattuale»¹²¹.

6. Dalle vicende finora riferite si ricava che, in linea di massima, la buona fede solidale costituisce un'acquisizione della prassi applicativa e che i restanti modelli di buona fede sono invece preferiti dal legislatore. Forse questa non costituisce una sintesi valida per tutte le esperienze dell'area europea, se non altro in quanto le corti di *common law* sono meno propense delle corti di *civil law* ad intaccare la libertà contrattuale¹²². Inoltre alcune decisioni continentali formulano considerazioni solidariste in sede di *obiter dictum*, piuttosto che nella *ratio decidendi*¹²³. E tuttavia - pur trascurando che nei sistemi di *civil law* vige l'autorità in luogo del vincolo del precedente e che quindi la distinzione tra *obiter dictum* e *ratio decidendi* appare decisamente sfumata - non sembra potersi negare che le corti mostrano nel complesso una sensibilità più spiccata dei legislatori verso i temi solidaristi.

¹¹⁶ D. Grimm, Voce *Diritto e politica*, cit., p. 117.

¹¹⁷ Da ultimo C. Salvi, *Norme costituzionali e diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 240 s. e G. Vettori, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, p. 189 ss.

¹¹⁸ Al proposito F. Macario, *I diritti oltre le legge*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 184 ss.

¹¹⁹ Cfr. S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 729 s.

¹²⁰ Citazioni in A. Somma, *Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 277 ss. e Id., *Tem e problemi*, Vol. 2, cit., p. 202 ss.

¹²¹ H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 661.

¹²² Da ultimo A. De Vita, *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251 ss. V. anche R. Zimmermann e S. Whittaker (ed.), *Good faith in European contract law*, Cambridge, 2000, pp. 12 ss. e 39 ss.

¹²³ Da ultimo M. Grondona, *Solidarietà e contratto*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2004, p. 2727 s.

Per documentare l'attuale matrice culturale della produzione legislativa in tema di contratto, faremo esclusivo riferimento al diritto comunitario. Le codificazioni del diritto civile nazionale sono in massima parte risalenti, mentre la maggior parte degli interventi specifici più recenti sono riconducibili ad un impulso del livello comunitario o comunque concernono materie che, a vario titolo, richiedono un coordinamento con quel livello. Occorre poi tenere presente che il Consiglio europeo ha ribadito il proposito, più volte manifestato a livello comunitario, di «migliorare» il diritto contrattuale «con misure di consolidamento, codificazione e razionalizzazione degli strumenti giuridici in vigore e con la definizione di un quadro comune di riferimento»¹²⁴. Così come occorre considerare le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali - la Carta di Nizza confluita nel Trattato sulla costituzione europea - concernenti il modo di essere dell'attività privata.

Possiamo muovere proprio da quest'ultimo documento. Ai nostri fini è significativo che in apertura - in sede di elencazione degli «obiettivi dell'Unione» - esso annovera la promozione della «giustizia sociale» e lo sviluppo della «protezione sociale» in posizione subordinata rispetto alla costruzione di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. I-3). La professione di fede ordoliberal è dunque esplicita ed oltretutto, se confrontata con le formule coniate in area tedesca, connotata nel senso di una più spiccata attenzione per il tema della concorrenza. Ciò in linea con l'impianto dei diritti fondamentali, che informa il sistema della solidarietà verticale all'antico principio di formale parità davanti alla legge (art. II-80) e mortifica la solidarietà orizzontale (artt. II-87 e segg.)¹²⁵. La previsione di una sorta di «dovere di lealtà dei cittadini comunitari» sarebbe del resto incompatibile con la matrice politico normativa del diritto comunitario¹²⁶.

Che l'Unione europea sia informata alle massime ordoliberali, è una constatazione in un certo senso banale e scontata, riassuntiva del clima che ha dato vita e fatto crescere l'avventura comunitaria. Per quanto attiene alla materia contrattuale, può essere esemplarmente documentata con riferimento alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori¹²⁷: disciplina informata alla massima secondo cui gli «interessi» - si badi non i diritti - dei consumatori sono tutelati attraverso misure adottate «nel quadro della realizzazione del mercato interno» (art. 153 Trattato CE).

E' noto che la direttiva menzionata si rifà alla normativa tedesca in tema di condizioni generali di contratto¹²⁸ e che quest'ultima costituisce per molti aspetti il

¹²⁴ Cfr. il Programma dell'Aia, pubblicato in *GUCE* 2005/C 53/1.

¹²⁵ Approfondimenti in A. Somma, *Diritto comunitario*, cit., p. 263 ss.

¹²⁶ Così N. Reich, *Il consumatore come cittadino*, in *NGCC*, 2004, II, p. 355.

¹²⁷ Direttiva 93/13/CEE.

¹²⁸ *AGB-Gesetz* del 9 dicembre 1976. Le norme di diritto sostanziale dell'articolato sono ora confluite nei parr. 305-310 BGB.

precipitato di massime elaborate dalla prassi applicativa nazionale, sviluppate a partire da un modello di buona fede solidale. Ebbene, il diritto comunitario recepisce il riferimento alla buona fede, rielaborandolo tuttavia in chiave cooperativa entro schemi normativi in cui si esplicitano le finalità di ordine economico cui il riferimento è diretto. Da un lato si dice infatti che la menzione della buona fede rende la stima del carattere abusivo delle clausole una vicenda volta «ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa» e che «il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi» (16. considerando). Da un altro lato si precisa che l'armonizzazione del diritto della contrattazione di massa persegue lo scopo di evitare le «distorsioni di concorrenza» derivanti dalla «notevole disparità» tra le discipline nazionali (2. considerando) e di aumentare con ciò «le possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori» (7. considerando).

Certo si possono individuare spazi per una lettura della buona fede alternativa a quella riportabile al pensiero ordoliberal. E tuttavia l'esito è un recupero di modelli sintonizzati con la teoria del contratto come operazione economica e non certo con il pensiero solidarista, sviluppato in area tedesca dalle corti¹²⁹ e codificato dal legislatore¹³⁰. Il pensiero ordoliberale conduce invero a forme di controllo sull'attività privata di tipo generale e superindividuale, volto cioè a far prevalere un equilibrio, eventualmente economico, tra le prestazioni, ricavato da una tipizzazione delle relazioni di mercato. Al contrario la direttiva sulle clausole abusive valuta l'equilibrio normativo tra le prestazioni - l'equilibrio tra i diritti e doveri delle parti - muovendo dal concreto bilanciamento tra la clausola obiettivamente abusiva e «tutte le altre clausole del contratto o di altro contratto da cui esso dipende» (art. 4)¹³¹. Ciò ad ulteriore conferma del favore comunitario per una lettura della nozione di consumatore influenzata dalle scienze economiche e non anche dalla sociologia e dalle sue riflessioni attorno al concetto di ruolo. Lettura che fra l'altro conferma il proposito di abbandonare la strada intrapresa dalla prassi applicativa, che proprio a partire dal concetto in discorso ha sviluppato modelli di buona fede solidale.

Ma, come si diceva, l'Unione europea ha intenzione di occuparsi di diritto dei contratti per «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»¹³². Ciò con il fine eventuale di definire «strumenti opzionali» di tipo «non settoriale»¹³³: espressione dietro cui, secondo molti e secondo l'auspicio del

¹²⁹ Lo rileva la giurisprudenza: per tutte BGH, 29 ottobre 1956, *cit.*

¹³⁰ BGH, 23 giugno 1988, in *BGHZ*, Bd. 105 (1989), p. 24 ss.

¹³¹ Per tutti V. Roppo, *La definizione di clausola abusiva nei contratti dei consumatori*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 290.

¹³² COM (2003) 68 def. (nn. 55 ss. e 81 ss.).

¹³³ COM (2004) 651 def. (p. 6).

parlamento europeo¹³⁴, si cela l'intento di giungere ad una codificazione del diritto contrattuale europeo¹³⁵.

Non disponiamo ancora di materiali comunitari sufficientemente articolati da consentirci di ricavare il ruolo che, entro tale disegno, si intende riservare alla buona fede. Ruolo oltremodo centrale soprattutto in ambito comunitario, in quanto relativo al funzionamento di una istituzione che non dispone della leva fiscale e con ciò dello strumento principe attraverso cui si rende finanziariamente possibile costruire e sviluppare lo stato sociale.

Disponiamo tuttavia di numerosi documenti in cui, in modo ripetitivo e senza lasciare spazio a dubbi, si conferma il proposito di alimentare costruzioni di matrice ordoliberal: per tutti il documento in cui si assicura di non volere un «codice civile europeo» e di continuare a preferire «le impostazioni attuali, volte a promuovere la libera circolazione attraverso soluzioni flessibili ed efficienti»¹³⁶. Sappiamo poi che il metodo scelto per elaborare il quadro comune di riferimento pone, questo sì, problemi non secondari di democrazia: si pensa ad una mera consultazione di operatori economici ed istituzioni politiche, chiamati a pronunciarsi su bozze di lavoro predisposte da studiosi. Con il che una vicenda centrale per la vita economica comunitaria diverrebbe un fatto tecnico, come tale non meditato dal punto di vista dei modelli politico normativi di riferimento o, meglio, l'occasione per consolidare definitivamente i modelli ora imperanti¹³⁷.

Disponiamo però di una raccolta di Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla cosiddetta Commissione Lando a partire dalle prassi applicative nazionali, che pertanto, secondo quanto abbiamo finora sostenuto, dovrebbe far proprio un modello di buona fede di tipo solidale¹³⁸. Così come disponiamo di ricostruzioni di una sorta di sistema del diritto contrattuale comunitario - pure esse di fonte dottrinale - che muovono dal quadro normativo esistente e che dovrebbero così evidenziare la valenza ordoliberal del complesso normativo entro cui operano i diversi richiami alla buona fede¹³⁹.

Una panoramica sulla letteratura in tema di diritto contrattuale comunitario conferma un simile schema. Non vi sono d'altra parte spazi per accedere ad altre interpretazioni dell'esistente e quindi la soluzione non stupisce: almeno non tanto quanto l'insofferenza di alcuni per quella «sequela di luoghi comuni un po' triti»

¹³⁴ P5_TA (2003) 0355 (n. 15).

¹³⁵ Per tutti H. Collins, *The future of European private law*, in 10 *ELJ*, 2004, p. 649. V. anche J. Basedow, *Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz*, in *ZEuP*, 2004, p. 1 ss.

¹³⁶ COM (2004) 651 def. (p. 10).

¹³⁷ Specialmente a questo aspetto è dedicato un documento predisposto dal Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo. V.lo in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.

¹³⁸ Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001.

¹³⁹ Per una rassegna v. G. Benacchio, *La buona fede nel diritto comunitario*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, Vol. 1, Padova, 2003, p. 189 ss.

insistentemente evocati dai critici del pensiero unico¹⁴⁰ e del suo carattere autoreferenziale¹⁴¹. E non potrebbe essere altrimenti: il diritto comunitario dei contratti è composto in massima parte da disposizioni, siano esse «regole di informazione» o «soluzioni sostanzialmente imperative», concernenti «esclusivamente il fallimento del mercato» in settori selezionati sulla base del «volume delle transazioni»¹⁴². Si tratta di un corpo di norme complesso¹⁴³ e fortemente «amministrativizzato»¹⁴⁴, come si addice del resto all'ordinamento della «società del diritto privato»: l'ordinamento che, come abbiamo detto, promuove in chiave ordoliberal l'espansione dello strumento contrattuale in settori un tempo sottratti all'autonomia privata¹⁴⁵.

In tale prospettiva si sottolinea come il diritto contrattuale comunitario sia costituito di norme inderogabili concernenti l'attività commerciale transfrontaliera posta in essere da almeno un professionista: non comprende cioè le disposizioni cui le parti possono liberamente rinviare ai sensi delle vigenti disposizioni di diritto internazionale privato. Queste norme concernono prevalentemente la tutela dei contraenti consumatori e lavoratori o sono poste a presidio di interessi pubblici di natura economica. Esse hanno carattere funzionale, in quanto sono volte a realizzare le libertà fondamentali su cui si incentra la costruzione comunitaria e concernono così le sole compressioni dell'autonomia privata indispensabili a far fronte ai fallimenti del mercato: si occupano cioè dei casi di concorrenza imperfetta o delle ipotesi in cui si verificano asimmetrie informative o esternalità¹⁴⁶. E si occupano anche - si potrebbe aggiungere con riferimento alla disciplina del contratto di lavoro - dei casi in cui occorre mantenere un certo livello di pacificazione sociale sufficiente e necessario a prevenire i conflitti capaci di pregiudicare l'ordinato funzionamento del mercato.

E' appena il caso di osservare che, nelle materie non interessate da norme comunitarie imperative, il livello comunitario è decisamente interessato ad evitare che il livello nazionale alteri l'ordine economico voluto con discipline formalmente o sostanzialmente non dispositive. Ciò si ottiene ad esempio ricorrendo allo strumento della concorrenza tra gli ordinamenti, con cui si può di fatto rendere dispositivo il

¹⁴⁰ Tra gli ultimi insofferenti P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 793 s.

¹⁴¹ Su cui M.W. Hesselink, *The European Commission's Action Plan*, in *E.R.P.L.*, 2004, p. 413.

¹⁴² S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 366 s. e 373.

¹⁴³ Per tutti V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 30 ss.

¹⁴⁴ V. Zeno Zencovich, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 19.

¹⁴⁵ Cfr. K. Mayer e J. Scheinplflug, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen, 1996.

¹⁴⁶ Soprattutto S. Grundmann, *La struttura*, cit., p. 371 ss.

diritto imperativo statale. Il tutto al fine di creare un ordine, ordoliberalmente appunto, adatto alla «nuova gerarchia del potere»: «contrassegnata al vertice dalla capacità di muoversi rapidamente e con breve preavviso e in basso dall'incapacità di ostacolare quelle mosse e tanto meno di arrestarle»¹⁴⁷.

La vicenda che ha condotto al riconoscimento della concorrenza tra ordinamenti in ambito comunitario è nota e non occorre tornarci sopra¹⁴⁸. Preme tuttavia osservare come essa consenta di fare chiarezza sulla funzione rivestita in ambiente ordoliberalmente dal divieto di abuso del diritto: in particolare il suo essere complementare rispetto alla delimitazione del complesso di norme cui riconoscere carattere imperativo - e su cui pertanto concentrare gli sforzi di armonizzazione - ed alla corrispondente individuazione delle disposizioni che devono invece avere indole dispositiva.

Il divieto di abuso del diritto è codificato nel Trattato sulla costituzione europea, in cui si afferma che nessuna disposizione in tema di diritti fondamentali «deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti» o ad «imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste» (art. II-114). Ebbene, è noto come le decisioni comunitarie in tema di concorrenza tra ordinamenti abbiano omesso di colpire un'ipotesi di palese abuso della libertà di stabilimento. Ciò non deve tuttavia condurre a ritenere che il divieto di abuso del diritto non abbia assolto al suo compito: conformare l'attività privata¹⁴⁹. È invero evidente come il divieto rivesta la medesima funzione - individuata dalle scuole del diritto privato sociale ed esaltata durante il ventennio in sede di riforma delle istituzioni del liberalismo economico - di affermare un «principio di opportunità dell'agire», destinato a conformare «l'attività dei privati che, sotto la spinta del proprio esclusivo interesse, sono costretti a comportamenti obiettivamente idonei all'attuazione di superiori interessi»¹⁵⁰. Così come è evidente che - ora come allora - i superiori interessi concernono l'erezione di un sistema di mercato ordinato e che ciò si adatta perfettamente al modello di buona fede cooperativa utilizzato nella disciplina comunitaria della contrattazione *standard*.

7. Passiamo ora a considerare la disciplina della buona fede contenuta nei Principi Lando. Secondo alcuni essa ha sapore cooperativo e conduce pertanto ad

¹⁴⁷ Z. Baumann, *La società individualizzata* (2001), Bologna, 2002, p. 50.

¹⁴⁸ V. ad es. A. Somma, *Mercificare il diritto*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, p. 58 ss.

¹⁴⁹ Al proposito S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 52.

¹⁵⁰ G. D'Eufemia, *Carta del lavoro e norme giuridiche*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1942, p. 97 ss.

un modello di contratto che, con espressione polemica, è stato definito «rugiadoso»¹⁵¹. Lo stesso giudizio viene indirettamente condiviso da una autore che ha partecipato alla redazione dell'articolato e che tuttavia non mostra avversione per il modello cooperativo. Secondo questo autore ciò conduce ad un modello di buona fede attinente al «rispetto dell'atto, così come le parti dovrebbero o avrebbero dovuto porlo in essere nell'esercizio corretto della loro autonomia». Essa avrebbe così finalmente «riguadagnato una portata non più antagonista» rispetto all'autonomia privata - come invece «nei decenni ultimi del novecento, nei quali l'abbiamo accostata più alla legge» - e sarebbe ora con essa «cooperante»¹⁵².

Occorre poi ricordare l'orientamento di chi, sulla scorta della dottrina secondo cui il patrimonio costituzionale europeo è conforme al sistema dei diritti fondamentali delineato a livello comunitario¹⁵³, reputa che «l'indirizzo europeo e internazionale in materia di diritto contrattuale può dirsi univoco nel prospettare un'esigenza di contemperamento tra salvaguardia della libertà contrattuale e soggezione al principio di buona fede»¹⁵⁴.

Se così fosse, la buona fede dei Principi Lando sarebbe riconducibile a modelli alternativi a quelli elaborati dal pensiero ordoliberal: tuttavia solo nella misura in cui essa rinvia al senso dell'operazione economica voluta dalle parti e rimette con ciò direttamente al mercato la definizione del fine ultimo cui informare la loro collaborazione. Se tuttavia si analizza l'articolato, anche alla luce delle note di commento redatte dai suoi stessi compilatori, si ricava un'immagine della buona fede contrattuale come espediente attraverso cui conformare e non solo assecondare l'attività dei privati¹⁵⁵. Si nota cioè «l'inesorabile tramonto della *sanctity of contract*»¹⁵⁶, come approccio che caratterizza in fin dei conti anche la teoria del contratto come operazione economica. Il tutto realizzato ricorrendo a modelli di diritto contrattuale non riconducibili al credo ordoliberale in virtù del loro carattere conflittuale e solidale.

Ma procediamo con ordine e vediamo innanzi tutto in quali contesti i Principi menzionano la buona fede e, soprattutto, la correttezza. A ben vedere una distinzione tra i due termini è irrilevante - in quanto essi compaiono cumulativamente - e tuttavia è alla seconda che si attribuisce una valenza «oggettiva», distinta da quella, di ordine «soggettivo», riconducibile alla prima¹⁵⁷.

¹⁵¹ P.G. Monateri, *Ripensare il contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss.

¹⁵² C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*, in Commissione ecc., *Principi*, cit., pp. XXX e XL.

¹⁵³ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, pp. 30 ss. e 39 ss.

¹⁵⁴ F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 548.

¹⁵⁵ G. Vettori, *Diritto dei contratti*, cit., p. 164.

¹⁵⁶ G. Alpa, *I Principles of European contract law*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 497.

¹⁵⁷ Commissione ecc., *Principi*, cit., p. 118.

Da subito ci si avvede del ruolo di primo piano riservato alla correttezza: quasi una «ossessiva ridondanza»¹⁵⁸. Essa compare in apertura, come limite all'autonomia contrattuale (art. 1:102) e come massima la cui promozione costituisce un «scopo» da valorizzare in sede di interpretazione, anche evolutiva, dei Principi (art. 1:106). Si menziona poi la correttezza come il principale tra gli «obblighi generali» che incombono sulle parti e che esse «non possono escludere o limitare» (art. 1:201). Più oltre la correttezza, attraverso il richiamo alla ragionevolezza, costituisce il criterio attraverso cui intendere la volontà ricavabile dalle «dichiarazioni» e dalle «condotte» dei contraenti (art. 2:102) e con ciò una «regola generale di interpretazione», cui ricorrere in caso di mancato accertamento della «comune intenzione delle parti» (artt. 5:101 e seg.). Sempre la correttezza costituisce una fonte di clausole contrattuali «implicite» (art. 6:102) ed inoltre una vicenda da considerare nell'annullamento del contratto la cui conclusione sia stata indotta da «errore essenziale di fatto o di diritto» (art. 4:103) o da «dolo» (art. 4:107). La correttezza compare infine nelle disposizioni sull'equilibrio tra le prestazioni del contratto negoziato individualmente (art. 4:109) e del contratto *standard* (art. 4:110), con riferimento a rimedi che «le parti non possono escludere né limitare» (art. 4:118).

Come si diceva, il commento alle disposizioni richiamate chiarisce il proposito di valorizzare visioni della vicenda contrattuale ispirati a modelli conflittuali e solidali. Modelli attuati delineando un sistema di controllo eteronomo sull'affare di tipo prevalentemente generale e superindividuale, lo stesso sviluppato dalla prassi applicativa tedesca a partire dalla massima della buona fede e poi affossato dal livello comunitario. Questo è evidente nella disposizione in cui si definisce il concetto di «ragionevolezza», rinviando a «ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole», tenuto conto «della natura e dell'oggetto del contratto» e «delle consuetudini e pratiche delle professioni o settori di attività interessate» (art. 1:302). Da notare anche il riferimento, contenuto nelle disposizioni sull'interpretazione del contratto, al «significato» attribuito da «persone ragionevoli e con le stesse caratteristiche delle parti» (art. 5:101). Alludono infine ad una valutazione di tipo superindividuale i richiami allo «scopo del contratto», intesi in un senso differente rispetto a quello attribuito alla locuzione da chi rinvia alle finalità concretamente perseguite dalle parti. Ciò si ricava almeno dalla disciplina sull'equilibrio contrattuale (art. 4:109).

Quest'ultima disposizione rinvia ad una valutazione di tipo superindividuale - ovvero valorizza il contesto economico e sociale tipico in cui operano i contraenti - anche per un altro motivo. Essa considera squilibrato il contratto in cui ricorrano un elemento di carattere obbiettivo ed uno di carattere subbiettivo: rispettivamente la

¹⁵⁸ Per tutti M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 306 ss.

situazione di particolare debolezza di una parte e l'approfittamento dell'altra parte. Peraltro, con riferimento al secondo elemento, si attribuisce rilievo anche alla situazione in cui il contraente forte «avrebbe dovuto essere a conoscenza» dello stato di inferiorità del contraente debole. In tal modo la tecnica di tutela differisce da quella predisposta dalle codificazioni che, come la tedesca, richiedono lo specifico intento di porre in essere comportamenti lesivi della posizione della parte debole (par. 138 c. 2 BGB).

E proprio le corti tedesche hanno nel tempo mutato i tratti caratteristici del sistema di controllo sull'equilibrio contrattuale. In particolare esse hanno dato vita ad un sistema di presunzioni di esistenza dell'elemento subiettivo, articolato a partire da determinati contesti economici e sociali tipici in cui operano le parti: ad esempio per affermare che, in un contratto di mutuo, si ritiene esservi intento lesivo dell'istituto di credito se esso non si avvede della condizione di debolezza del beneficiario del mutuo¹⁵⁹. Ebbene - come del resto si evince dai commenti - proprio a questa prassi applicativa i Principi Lando fanno riferimento osservando che, «nella pratica, la giurisprudenza dei diversi ordinamenti consente di desumere l'approfittamento dall'oggettivo squilibrio tra le prestazioni»¹⁶⁰.

Ma non è tutto. La disposizione di cui ci stiamo occupando riprende quanto contenuto in una norma dei Principi Unidroit - l'art. 3.10 - nel cui commento si afferma che «vi sono situazioni in cui un eccessivo vantaggio è ingiustificabile anche se la parte che da esso trarrà beneficio non abbia abusato della posizione di debolezza nelle contrattazioni dell'altra parte»¹⁶¹. E ciò ha indotto la dottrina a ritenere che il controllo sul contenuto del contratto debba avvenire prescindendo da circostanze attinenti ai profili subiettivi dell'affare e, quindi, dalle vicende rilevanti per la formazione del consenso¹⁶².

Le analogie tra i Principi Lando e i Principi Unidroit conducono ad evidenziare una ulteriore differenza rispetto all'impostazione prevalente in ambito comunitario: solo i primi consentono di intervenire sull'affare per ristabilire non il semplice equilibrio normativo, bensì anche quello economico¹⁶³. Ad una simile conclusione non ci induce il solo commento all'art. 4:109 dei Principi, secondo cui la disposizione «si applica quando il vantaggio conseguito da una parte è chiaramente eccessivo rispetto al prezzo normale o altro vantaggio in contratti del genere»¹⁶⁴. Molte altre norme alludono infatti all'equilibrio economico tra le prestazioni contrattuali e, tra esse, quelle contenenti riferimenti alla ragionevolezza nella

¹⁵⁹ BGH, 12 marzo 1981, in *BGHZ*, Bd. 80 (1981), p. 153 ss.

¹⁶⁰ Commissione ecc., *Principi*, cit., p. 294

¹⁶¹ Unidroit, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 1995, p. 83.

¹⁶² M.J. Bonell, *Un codice internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1996, p. 128.

¹⁶³ M. Timoteo, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, p. 169 s.

¹⁶⁴ Commissione ecc., *Principi*, cit., p. 290.

determinazione del prezzo (artt. 6:104 e segg.) e quelle dedicate alla riduzione della penale (art. 9:509). Rimedio - quest'ultimo - che oltretutto non sembra presupporre l'istanza della parte interessata, come ha del resto recentemente stabilito una decisione italiana in cui il ricorso alla buona fede ha consentito di ribaltare la lettera della legge (art. 1384 cod. civ.)¹⁶⁵.

Ma torniamo a riflettere sui caratteri dell'equilibrio contrattuale cui fanno riferimento i Principi. Nel merito occorre riconoscere che una disposizione concernente la contrattazione standard sembra militare a favore di un accostamento alla prassi comunitaria: la disposizione in cui si valorizza lo «squilibrio eccessivo tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto» e si trascura l'«equo rapporto tra i valori delle prestazioni che le parti devono eseguire» (art. 4:110). Lo schema risulta peraltro bilanciato da una precisazione contenuta nel commento, per cui «lo squilibrio» considerato «può essere di natura economica»¹⁶⁶. Inoltre, dal tenore della precisazione, non si può escludere che al contratto *standard* siano applicabili le altre norme sull'equilibrio tra le prestazioni in cui si adotta un punto di vista differente da quello della disciplina comunitaria¹⁶⁷. Se così non fosse, occorrerebbe concludere, e ciò sarebbe privo di senso, che i Principi promuovono l'equilibrio economico nei contratti individuali, ma non anche in quelli *standard*.

Tuttavia non è solo il tipo di controllo sui termini dell'affare a militare a favore di un riconoscimento, da parte dei Principi, della buona fede solidale. Lo stesso si ricava dall'accoglimento di un modello contrattuale di tipo conflittuale, che traspare dal rifiuto di assumere finalità di ordine mercantile come orizzonte in vista del quale promuovere la collaborazione tra contraenti.

Vi sono certamente disposizioni da cui ricavare argomenti per smentire una simile lettura. Disposizioni messe in luce da chi ritiene che i Principi segnano la transizione da una moralistica «tutela dell'affidamento incolpevole» - come quella realizzata dal codice civile italiano - ad una mercantile «tutela dell'affidamento ragionevole»¹⁶⁸. E tuttavia, se ora «il problema è l'anomalia in rapporto al mercato»¹⁶⁹, il mercato cui si fa riferimento non è l'ordinato luogo in cui avviene lo scambio, come nella visione ordoliberal, bensì la sede nella quale si decidono le sorti della cittadinanza sociale degli individui. Sorti che evidentemente hanno a che vedere con l'assetto del mercato, ma che ciò nonostante, in linea con l'idea di una

¹⁶⁵ Cass. civ., 24 settembre 1999 n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss.

¹⁶⁶ Commissione ecc., *Principi*, cit., p. 298.

¹⁶⁷ O. Lando, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in Consiglio nazionale forense, *Il codice civile europeo*, Milano, 2001, p. 52

¹⁶⁸ C. Restivo, *La conclusione del contratto nei Principi di diritto europeo dei contratti e nel diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 885 ss. V. anche A. Orestano, *I vincoli nella formazione del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., p. 179.

¹⁶⁹ M. Barcellona, *La buona fede*, cit., p. 311.

buona fede conflittuale, non sembrano costituire l'orizzonte privilegiato nella redazione delle diverse disposizioni.

Non intendiamo sostenere l'improponibilità di letture dei Principi volte a documentare l'accoglimento di massime ordoliberali. L'articolato può offrire spunti per alimentare diverse chiavi interpretative: persino la teoria del contratto come operazione economica - del resto implicitamente richiamata dall'autore menzionato poco fa - cui sembra alludere la precisazione che la disciplina dell'interpretazione del contratto «non legittima il giudice» a riformarlo «andando contro la inequivoca intenzione delle parti»¹⁷⁰. Peraltro - è una banalità - sono sempre disparate le letture che si possono fornire dei testi e ciò vale a maggior ragione per quelli dedicati a vasti settori dell'ordinamento, soprattutto se redatti ricorrendo a numerose formule ampie.

E tuttavia riteniamo prevalente la ricorrenza di espressioni idonee ad esprimere un modello di buona fede conflittuale, oltre che solidale, anche in presenza di formule di altro segno, come quella secondo cui «le parti sono tenute reciprocamente a cooperare al fine di dare piena esecuzione al contratto» (art. 1:202). Invero il rilievo conferisce fondamento alle obbligazioni accessorie ed attiene con ciò alla riscrittura del contratto alla luce dei medesimi modelli sviluppati dalle corti tedesche - ed esplicitamente richiamati nel commento - a partire dalla disciplina della buona fede¹⁷¹. Lo stesso si ricava da alcuni rilievi formulati in sede di commento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto per mutamento delle circostanze (art. 6:111). Si tratta di un obbligo - eventualmente ricavabile dalla buona fede¹⁷² - che costituisce un «incoraggiamento delle parti a trovare un'amichevole composizione», ma che concerne altresì il proposito di coadiuvare le parti «nella difesa dei propri interessi» e di «ristabilire l'equilibrio contrattuale»¹⁷³. Equilibrio che, come abbiamo appena visto, i Principi valutano in termini decisamente poco mercantili.

E se anche si volesse sostenere il carattere cooperativo della buona fede cui fanno riferimento i Principi, si dovrebbe constatare che la collaborazione dei contraenti non alimenta, almeno non prioritariamente, esigenze di carattere mercantile. Ciò si evince dall'osservazione che, con la buona fede, si intende «dare attuazione alle convenzioni sociali» e prevenire «risultati manifestamente ingiusti»¹⁷⁴. Osservazione del resto in linea con il fondamento giurisprudenziale di molte fra le disposizioni contenute nei Principi e con il rilievo che la prassi

¹⁷⁰ Commissione ecc., *Principi*, cit., p. 322, a commento dell'art. 5:101.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 123 ss.

¹⁷² Per tutti G. Alpa, *La completezza del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, cit., p. 220.

¹⁷³ Commissione ecc., *Principi*, cit., pp. 362 s. e 365.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 115, in sede di commento dell'art. 1:201.

applicativa costituisce tradizionalmente un inappropriato «veicolo di penetrazione» della «ragione mercantile»¹⁷⁵.

8. Analizzando la disciplina della buona fede disegnata dai Principi Lando, abbiamo fatto quasi esclusivo riferimento ad elaborazioni maturate in Germania. Ciò si deve all'indubbia notevole influenza della dottrina di quel paese sulla redazione dell'articolato, dipendente in parte dalla composizione della commissione di studiosi che ad essa si è dedicata. Peraltro ci sembra di aver dimostrato che il naturale accostamento dell'esperienza tedesca ai Principi si deve anche alla condivisione del modello culturale cui la prima e i secondi mostrano di aderire. Entrambi valorizzano il contesto economico e sociale in cui operano i consociati, onde rafforzare le situazioni di strutturale debolezza e non invece per promuovere un certo ordine del mercato. Entrambi mirano cioè a conformare la libertà contrattuale secondo i canoni della buona fede conflittuale e solidale, che richiede di valorizzare i consociati nella veste tipicamente assunta nella dialettica sociale¹⁷⁶.

Abbiamo verificato come un simile esito si debba innanzi tutto all'opera della prassi applicativa ed al suo favore per modelli di convivenza sociale alternativi a quelli, di matrice mercantile, preferiti dal potere politico. Dobbiamo ora verificare se lo stesso possa dirsi con riferimento alle due altre esperienze europee continentali di cui ci siamo a tratti occupati, le esperienze francese e italiana. Non intendiamo fornire una loro completa ricostruzione. Ci limiteremo a brevi cenni, necessari e sufficienti ad inquadrare la posizione dei delle corti - e le relative reazioni della dottrina - nei confronti dello schema disciplinare che ha ispirato i Principi.

Con riferimento al contesto francese, abbiamo avuto modo di mettere in luce il superamento della buona fede conflittuale per effetto dell'affermarsi del pensiero funzionalista all'epoca dei totalitarismi fascisti. In quegli anni il mutamento di prospettiva viene ridicolizzato da chi considera la «trasformazione del contratto in matrimonio» una anacronistica reazione alla «trasformazione del matrimonio in contratto»¹⁷⁷. E' possibile che una simile reazione sia all'origine di un equivoco che caratterizza ancora oggi la riflessione della letteratura francese sulla buona fede: l'idea che il superamento di modelli individualisti comporti necessariamente un accoglimento di modelli cooperativi e che, pertanto, non vi sia spazio per forme di solidarismo volte ad affermare visioni conflittuali del vivere consociato.

Invero, ora come allora, la rivisitazione del diritto contrattuale in chiave antindividualista viene avversata dalla letteratura affezionata a modelli conflittuali del vivere consociato e convinta che essi siano concepibili unicamente entro un quadro

¹⁷⁵ Così A. di Majo, *Il contratto e l'obbligazione*, cit., p. 893.

¹⁷⁶ Per tutti T. Wilhelmsson, *Social contract law*, Aldershot ecc., 1995, p. 29.

¹⁷⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, 17. éd., T. 4, Paris, 1993, p. 222.

normativo di sostanziale favore per l'autonomia privata. In tal senso si afferma che, «nella maggior parte dei casi, gli uomini sono naturalmente portati ad avere attenzione per i propri interessi piuttosto che per gli interessi altrui» e che è pertanto opportuno «privilegiare la messa in opera di procedure contrattuali che favoriscano un equilibrato incontro di volontà» e, in tal senso, «una certa giustizia contrattuale»¹⁷⁸.

E ora come allora la disputa attorno ai temi menzionati viene condotta muovendo da una lamentela circa i termini dell'utilizzo della buona fede contrattuale in sede di risoluzione delle controversie. Un utilizzo che conosce fortune alterne e che soprattutto deve essere valutato alla luce della tendenza francese ad elaborare forme di conformazione dell'autonomia privata ricorrendo ad espedienti concettuali differenti rispetto a quelli privilegiati in area tedesca.

L'utilizzo della buona fede si afferma in una fase precedente lo sviluppo della riflessione funzionalista tra i giuristi. Fin dagli anni sessanta dell'ottocento le corti vi ricorrono per superare i limiti imposti dalla disciplina della lesione enorme in sede di riduzione del corrispettivo dovuto ai professionisti¹⁷⁹. E risale al principio del novecento la creazione di obblighi accessori di protezione della parte debole, sviluppati sempre a partire dalla buona fede, in particolare nel contratto di trasporto¹⁸⁰. Ma, come si diceva, la rilettura delle costruzioni ereditate dal passato ricorre anche a costruzioni di altro tipo: in particolare costruzioni mutate dalla disciplina del danno extracontrattuale, il cui ricorso non incontra le medesime limitazioni conosciute dal diritto tedesco, e costruzioni fondate sul concetto di abuso del diritto. Concetto non a caso elaborato all'epoca in cui i cardini del diritto civile - buona fede in testa - sono riletti alla luce del pensiero funzionalista¹⁸¹.

E proprio le incertezze derivanti dal ricorso all'abuso del diritto hanno indotto le corti ad incrementare, nel corso degli ultimi tre decenni, il ricorso alla massima della buona fede¹⁸². Si tratta di una massima ora ritenuta fonte di doveri incombenti sulle parti in tutte le fasi della vicenda contrattuale e dunque non unicamente al momento dell'esecuzione, il solo direttamente menzionato dal codice francese¹⁸³. Una massima, ancora, concernente l'affermazione di specifici doveri di tutela del contraente debole da parte del contraente forte, volti ad evitare che «la libertà di quest'ultimo» si trasformi in «abuso»¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Per tutti F. Terré, P. Simler e Y. Lequette, *Les obligations*, 8. éd., Paris, 2002, p. 45.

¹⁷⁹ Cfr. Cass. civ., 29 gennaio 1867, in *D.P.*, 1867, I, p. 53 s.

¹⁸⁰ Cass. civ., 21 novembre 1911, in *D.P.*, 1913, I, p. 249 ss.

¹⁸¹ L. Josserand, *De l'esprit des droit et de leur relativité*, 2. éd., Paris, 1939.

¹⁸² Cfr. A. Cimino, *La clausola generale di buona fede nell'esperienza francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 787 s.

¹⁸³ Citazioni in D. Tallon, *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, Roma, 1994, p. 7 ss.

¹⁸⁴ Ad es. App. Paris, 24 ottobre 2000, in *D.*, 2001, *Jur.*, p. 302. Altre citazioni in D. Cohen, *La bonne foie contractuelle*, in AA.VV., *Le code civil 1804 - 2004*, Paris, 2004, p. 524.

Certo, simili formule sono riconducibili a visioni cooperative della buona fede, eventualmente riconducibili al pensiero ordoliberal. In tal senso si potrebbe intendere il riferimento ad una rilettura in chiave sostanziale del principio di libertà contrattuale. E tuttavia simili riletture costituiscono sovente un omaggio solo formale alle impostazioni tradizionali e non implicano anche il proposito di perpetuarle. Esse si fondano infatti sulla valorizzazione del contesto economico e sociale tipico in cui operano i contraenti e non anche - o non solo - sulla valutazione concreta dei termini dell'affare. Con il che il punto di riferimento per la valutazione diviene il verificarsi di «una situazione di dominazione economica» tipica¹⁸⁵ - ovvero una situazione di «strutturale disparità»¹⁸⁶ - e non anche di una situazione di effettivo abuso della libertà di contrarre.

Anche in area tedesca il formale riferimento al tema della libertà contrattuale in senso sostanziale non prelude al proposito di alimentare visioni ordoliberali del vivere consociato o comunque di rifiutare modelli non cooperativi. Questo si ricava dalla rilettura dell'ordinamento civilistico alla luce dei valori amplificati dal costituzionalismo del dopoguerra: rilettura che, in altri contesti, sappiamo aver consentito lo sviluppo della buona fede conflittuale e solidale.

Si sa che in area francese le corti sono restie ad ammettere una combinazione tra norme codicistiche e livello superprimario e che, pertanto, non possiamo trarre conferma dello schema proposto dal manifestarsi di una sua componente essenziale. Così come si sa che i casi in cui il giudice delle leggi ammette limitazioni all'operare del principio di autodeterminazione, concernono prevalentemente il diritto del lavoro da un lato e il diritto dei consumi e della concorrenza dall'altro¹⁸⁷. Con il che la compressione del principio in discorso, pur facendo riferimento a vicende variamente connesse al concetto di stato sociale, assume le forme di una politica del diritto di matrice ordoliberal, circostanza del resto non curiosa per un ordinamento affetto da statalismo interventista¹⁸⁸. E, ciò nonostante, riteniamo corretto accedere a letture della buona fede contrattuale ispirate da visioni conflittuali e solidali del vivere consociato. Esse discendono da analisi dell'operato delle corti francesi non mediata dalle convenzioni lessicali tipiche di altri ordinamenti ed in tal senso attenta alla mutevole combinazione tra i valori e le tecniche utilizzate per la loro implementazione.

Una conferma dell'opportunità di un simile approccio la ricaviamo dall'analisi della letteratura francese in tema di buona fede. In essa il richiamo alla cooperazione viene bensì formulato ricorrendo ad espressioni variamente riprodotte dell'ottocentesco accostamento tra la «fratellanza» e la «giustizia

¹⁸⁵ App. Paris, 24 ottobre 2001, *cit.*

¹⁸⁶ D. Mazeaud, *Petite leçon de solidarisme contractuel*, in *D.*, 2001, *Jur.*, p. 3237.

¹⁸⁷ Per tutti M. Frangi, *Constitution et droit privé*, Aix-en-Provence e Paris, 1992, p. 156 ss.

¹⁸⁸ Cfr. G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 54.

contrattuale»¹⁸⁹. Peraltro un simile richiamo non costituisce necessariamente l'indizio di un rifiuto di modelli conflittuali e solidali insieme del vivere consociato: si deve talvolta alla predilezione per un lessico in linea con l'influenza esercitata dal pensiero sviluppato in seno al cattolicesimo sociale¹⁹⁰.

Precisamente il ricorso alla buona fede si motiva con il proposito di sostituire alla valutazione dei contraenti uno schema ritenuto obbiettivamente «utile» o «giusto»¹⁹¹: uno schema che si ama ricondurre all'esperienza romana ed in particolare all'epoca caratterizzata, per un verso, dallo sviluppo dei commerci e, per un altro, dall'affermarsi di modelli etico filosofici di provenienza greca¹⁹². Non ci nascondiamo che in particolare il riferimento all'«utile» allude a vicende ben inquadrabili entro il concetto di razionalità mercantile, cui rinvia la buona fede cooperativa di matrice ordoliberal. E tuttavia si formulano nel contempo critiche radicali al mito dell'autodeterminazione dei contraenti, che preludono ad una valorizzazione del conflitto sociale e non invece al proposito di promuovere una «fraternità di natura sentimentale»¹⁹³.

Certo, simili critiche non sono particolarmente diffuse e del resto questo sembra essere il riflesso di una decrescente sensibilità della letteratura per i temi solidali¹⁹⁴: il pensiero ordoliberal sembra oramai costituire l'attuale polo di attrazione, talvolta inconsapevole, per la riflessione sul contratto. L'opposizione alla buona fede conflittuale e solidale viene poi alimentata dai fautori della menzionata teoria del contratto come operazione economica, che tuttavia - pur rifiutando la conformazione dell'attività privata alle finalità di volta in volta preferite dall'ordinamento - finiscono per ammetterla, nel momento in cui lo rendono un fedele interprete degli assetti decisi dal mercato.

A ben vedere sono in linea con simili riflessioni molte decisioni della corte costituzionale italiana, che discorre di limiti alla libertà contrattuale motivate dal suo carattere di strumento della libertà economica. Carattere da cui discende l'opportunità di interventi legislativi volti a rimuovere ostacoli alla libera concorrenza o a realizzare forme discrete di programmazione economica¹⁹⁵.

Diverso è tuttavia il quadro che si ricava dall'analisi della prassi applicativa, che oramai discorre dell'intervento del giudice come di un «semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»¹⁹⁶.

¹⁸⁹ Ad es. C. Thiebierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 358.

¹⁹⁰ C. Jamin, *Une brève histoire*, cit., p. 907.

¹⁹¹ J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *D.*, 1982, *Chron.*, p. 1 ss.

¹⁹² D. Cohen, *La bonne foie contractuelle*, cit., p. 520.

¹⁹³ C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges J. Ghestin*, Paris, 2001, p. 441 s.

¹⁹⁴ Sul punto V. Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 532 s.

¹⁹⁵ Cfr. G. Alpa, *Libertà contrattuale*, cit., p. 48 s.

¹⁹⁶ Cass. civ., 24 settembre 1999, cit.

Come abbiamo visto, anche in area italiana, come nel contesto francese, ricorrono discorsi attorno alla buona fede in cui si mette in luce il suo costituire un invito alla collaborazione tra le parti: in ciò costituirebbe il carattere di precetto informato a valori solidali¹⁹⁷. E tuttavia, diversamente da quanto accade in area francese, si valorizzano le riletture dell'ordinamento alla luce del patrimonio costituzionale sorto sulle ceneri della dittatura e si finisce così per accreditare letture della buona fede di tipo conflittuale e solidale. E' invero consolidata l'osservazione, in ultima analisi assimilabile all'orientamento sviluppato dalle corti tedesche in epoca weimeriana, che la buona fede esprime un «principio cardine dell'ordinamento induttivamente estraibile dal sistema»: il principio espresso dal «dovere inderogabile di solidarietà, oramai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve ad un tempo orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.)»¹⁹⁸.

Si può certamente osservare che la decisione appena ricordata ha inciso sulla determinazione del prezzo di un bene richiamandosi a valutazioni circa la sua coerenza con il sistema di mercato. E tuttavia non è la collaborazione in vista di un concreto fine ultimo direttamente presidiato dall'ordinamento, che la soluzione ha inteso presidiare. Decisivo è l'intento di promuovere la partecipazione al conflitto sociale da posizioni di partenza la cui disparità non sia il preludio di un esito prevedibile: la sottomissione del contraente debole da parte del contraente forte. In tal senso deve fra l'altro intendersi il bilanciamento fra posizioni costituzionalmente rilevanti, realizzato in forme tali da far prevalere il «dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi» sul «valore» della «iniziativa economica privata»¹⁹⁹.

Questa ci sembra essere la chiave di lettura di molte altre decisioni. A titolo esemplificativo possiamo richiamare la pronuncia che pone la buona fede a presidio dell'equilibrio tra le prestazioni di un contratto preliminare di vendita: esattamente la fonte di un diritto di azione per l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo «disgiuntamente dall'azione prevista dall'art. 2932 c.c.»²⁰⁰. Anche in tal caso si potrebbe far leva sul riferimento al «rispetto della corrispettività delle parti», per interpretare la decisione come espressiva di un'adesione alla teoria del contratto come operazione economica. Tuttavia in linea con tale teoria sarebbe il differimento della soluzione del conflitto al momento in cui si perfeziona la vendita. E proprio questo è l'esito che si intende prevenire, alla luce della considerazione che in tal modo si produrrebbe uno «sbilanciamento tra le posizioni dei contraenti», lesivo

¹⁹⁷ Ad es. Cass. civ., 9 marzo 1991 n. 2503, in *Corr. giur.*, 1991, p. 789 ss.

¹⁹⁸ Cass. civ., 20 aprile 1994 n. 3775, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1296 ss. Successivamente Cass. civ., 5 novembre 1999 n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 347 ss. e Cass. civ., 16 ottobre 2002 n. 14726, in *Corr. giur.*, 2003, p. 174 ss.

¹⁹⁹ Cass. civ., 24 settembre 1999 n. 10511, *cit.*

²⁰⁰ Cass. civ., 3 gennaio 2002 n. 29, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1423 ss.

«dei principi di correttezza e buona fede a cui deve ispirarsi l'esecuzione dei contratti sinallagmatici»²⁰¹.

9. Confrontando l'uso italiano e l'uso francese della buona fede, si ricava che entrambi si accompagnano a discorsi attorno all'opportunità di una collaborazione tra i contraenti. Si ricava tuttavia anche che ciò non implica l'adesione a visioni cooperative del vivere consociato, elaborate per imporre un fine ultimo presidiato dall'ordinamento. Le corti si occupano dei termini del conflitto nel mercato e non di una forzata cooperazione tra le forze del mercato.

In area francese ciò risulta meno evidente a causa del mancato raccordo con il livello superprimario. In area italiana un simile raccordo costituisce oramai un fatto consolidato e tuttavia esso non consente di mettere in luce una caratteristica della buona fede solidale e conflittuale, evidenziata invece in area tedesca: la valorizzazione del contesto in cui tipicamente operano le parti, utilizzato per individuare i casi in cui la strutturale debolezza sociale altera la dialettica tra i consociati. Peraltro il mancato esplicito riferimento ad un simile schema non comporta la sua irrilevanza per le riflessioni delle corti, che finiranno prima o poi per farvi ricorso, al fine di articolare le tecniche di oggettivazione dello scambio²⁰².

Si pensi infatti che in area tedesca le riflessioni in termini di forza o di debolezza contrattuale strutturale si affermano solo dopo un costante e massiccio impiego della buona fede e solo ad esito della disponibilità della dottrina - la dottrina dei tempi in cui il solidarismo non era considerato una inefficiente degenerazione paternalista - a contribuire ad una simile opera di sistemazione. E non vi è chi non veda come, nelle esperienze italiana e francese, si sia ancora lontani dall'aver consolidato i termini del controllo eteronomo sull'attività privata e, soprattutto, come esse non conoscano al momento un favore dottrinale per lo sviluppo degli schemi concettuali, utili a ricostruire la materia contrattuale su basi alternative a quelle incentrate sul tema dell'autodeterminazione dei consociati.

Quest'ultima costituisce una finzione, indispensabile ad alimentare le attuali tensioni verso un passato in cui l'ordinamento formalmente si disinteressava delle finalità cui era diretta l'attività privata e verso un futuro in cui tali finalità sono invece valorizzate dall'ordinamento. E' infatti una finzione affermare che la buona fede contrattuale completa l'operazione economica voluta dalle parti, esattamente come invocare l'autonomia privata in un sistema - quello di marca ordoliberal - che la considera funzionale all'implementazione di specifici risultati. Nel primo caso la finzione nasce dal fatto che il riferimento all'operazione economica costituisce un

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Su cui ad es. F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 923 ss.

mero rinvio ai modelli comportamentali standardizzati dal mercato. Nel secondo caso si realizza il medesimo schema, con la sola differenza che i modelli in discorso sono esplicitamente assunti a parametro per la conformazione dell'attività privata. Tuttavia, in entrambi i casi, il riferimento al principio di autodeterminazione assolve alla medesima funzione: assicurare circa il mantenimento di una prospettiva politica che evidentemente ancora sta a cuore a molti tra i cultori del diritto.

E' dunque vero che «oggi più nessuno crede» alla «ideologia ottocentesca del dogma della volontà»²⁰³ e che attualmente sono imperanti visioni ordoliberali del vivere consociato o loro varianti più o meno coscientemente utilizzate. Peraltro anche queste ultime costituiscono una ideologia - e a tratti una religione, con tutte le sue liturgie e le sue certezze dogmatiche - alla luce della quale piegare le antiche categorie alle finalità ora presidiate dall'ordinamento. In tal senso occorre operare una dissociazione tra i discorsi attorno al diritto ed i modelli di convivenza sociale di cui essi costituiscono espressione. Una dissociazione capace di svelare le mutevoli combinazioni tra tecniche e valori e con ciò la valenza ideologica della pretesa neutralità delle prime²⁰⁴.

Possiamo dimostrare l'opportunità di un simile approccio analizzando la distinzione tra «diritto degli scopi» e «diritto dei mezzi»²⁰⁵. Essa è stata sviluppata al fine di chiarire che, nell'economia di mercato, «la razionalità del comando non sta nel suo contenuto, bensì nella forma che esso impone alle relazioni individuali»: quindi, tra l'altro, nel conformare l'attività privata attraverso indicazioni circa il procedimento di formazione dell'intento contrattuale²⁰⁶. Ciò sul presupposto che il mercato costituisce «un sistema di trasmissione di informazioni neutrale rispetto ai fini»²⁰⁷, strutturato in modo tale da «facilitare la conoscibilità e quindi l'incontro dei flussi di offerta e domanda»²⁰⁸.

La distinzione tra un diritto degli scopi e un diritto dei mezzi è ideologica, in quanto non fondata su un reale scarto tra i due termini messi a confronto. Invero, «strutturando i processi decisionali attraverso sequenze predeterminate di atti e quindi di controlli, è più facile garantire il rispetto dei contenuti», in quanto li si presenta come riconducibili a «visioni che separano il diritto dalla morale». Inoltre, proprio perché il controllo avviene esclusivamente muovendo dal rispetto delle procedure, occorre che esse siano definite con la cura necessaria a produrre il risultato voluto in termini di contenuti: i precetti procedurali «non sono concepiti come gusci vuoti»²⁰⁹.

²⁰³ M. Grondona, *Solidarietà e contratto*, cit., p. 742 s.

²⁰⁴ A. Somma, *Temi e problemi*, Vol. 2, cit., p. 64 ss.

²⁰⁵ Ad es. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, p. 59.

²⁰⁶ M. Barcellona, *La buona fede*, cit., p. 321 con rilievi critici.

²⁰⁷ R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, pp. 36 e 40 s.

²⁰⁸ P. Schlesinger, *Mercati, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 326.

²⁰⁹ V. Ferrari, *Funzioni del diritto*, cit., p. 199.

Se così stanno le cose, la buona fede ordoliberal si differenzia sicuramente dalla buona fede solidale, tuttavia non in ordine al proposito di conformare l'attività privata con riferimento ai suoi contenuti, che non costituisce una caratteristica esclusiva della seconda. Semmai possiamo dire - se proprio vogliamo mantenerci fedeli alla distinzione tra contenuti e forme dell'azione individuale - che la buona fede ordoliberal attiene ai primi, in quanto concerne il rispetto di procedure pensate in funzione di obiettivi fatti propri dall'ordinamento e che, al contrario, la buona fede solidale riguarda i secondi, perché semplicemente mira ad una equilibrata distribuzione delle armi utilizzate nel conflitto sociale, senza tuttavia preoccuparsi del suo esito concreto²¹⁰.

Più opportuno è evidenziare il raccordo tra i diversi tipi di buona fede e i modelli di convivenza sociale cui essi appaiono riconducibili. Ciò conduce ad interrogarsi circa il senso dei richiami alla giustizia contrattuale che, con intensità differenti, si ritrovano nei discorsi attorno al diritto formulati dai fautori di entrambi i tipi di buona fede. O che eventualmente non vi si ritrovano, ma che tuttavia sono implicitamente presenti: il diritto dei contratti incide necessariamente sui termini della partecipazione dei consociati al conflitto sociale e condiziona i suoi esiti anche e soprattutto se si invocano attitudini discrete dell'ordinamento. Del resto, come è noto, ad un certo modello di giustizia contrattuale allude esplicitamente il tradizionale motto liberale secondo cui «chi dice contrattuale dice giusto».

«Giustizia contrattuale» costituisce un'espressione che, secondo alcuni, è antitetica rispetto ai valori espressi dal mercato: «quando il diritto tenta di controllare il contenuto dei contratti, la regolamentazione giuridica comincia ad andare contro la corrente delle forze di mercato»²¹¹. Ciò non corrisponde al vero. Nel mercato «contano i flussi complessivi e non gli apporti individuali»²¹² e da questo punto di vista, come abbiamo visto, la riflessione ordoliberal costituisce un modo di condizionare l'attività dei singoli operatori in funzione di un modello di giustizia ricavato da un certo modo di concepire le relazioni economiche.

Possiamo dire che il modello in discorso attiene alla giustizia contrattuale e non anche alla giustizia sociale, ovvero che considera la redistribuzione della ricchezza attraverso il contratto un effetto mediato, desiderabile solo nella misura in cui alimenta l'ordine del mercato. Diversa è invece la situazione in cui la redistribuzione in discorso costituisce la preoccupazione prima dell'ordinamento, in funzione della quale strutturare il mercato. Anche questo è un modo di rappresentare la differenza che corre, rispettivamente, tra la buona fede ordoliberal e la buona fede solidale.

²¹⁰ Cfr. A. somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 89.

²¹¹ H. Collins, *La giustizia contrattuale*, cit., p. 659.

²¹² P. Schlesinger, *Mercati*, cit., p. 327.

Un altro modo è quello di interrogarsi sul tipo di mercato cui esse fanno riferimento. Se infatti il mercato è un «luogo artificiale» - ovvero un'istituzione creata e conformata dall'uomo e non un fatto preesistente in natura²¹³ - le alternative che si pongono non sono quelle indicate da chi banalizza l'approccio solidarista: mercato o non mercato. Il confronto deve evidentemente avvenire sul terreno delle modalità attraverso cui, direttamente o indirettamente, l'ordinamento esprime i termini del carattere artificiale del mercato. E si tratta di termini la cui definizione non ammette limiti fissati aprioristicamente: si finirebbe altrimenti per negare il carattere in discorso e per accreditare i medesimi improbabili modelli naturalistici ancora ricorrenti nella riflessione economica²¹⁴.

Le tecniche utilizzate possono anche essere le stesse. In particolare si possono accettare i processi di contrattualizzazione della convivenza sociale, che rappresentano del resto una tendenza difficilmente arrestabile nel medio periodo. Peraltro, a maggior ragione, si possono costruire discipline del contratto che siano capaci di informare i comportamenti affidati alla materia contrattuale a modelli di democrazia sostanziale. A titolo esemplificativo possiamo riflettere su una decisione italiana in cui, sul presupposto che il voto assembleare costituisce esecuzione del contratto di società, si è considerata contraria a buona fede una delibera assembleare «adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali»²¹⁵. Ebbene, la decisione costituisce una risposta solidale che rispetta le visioni dell'ente societario - in ultima analisi ordoliberali - come insieme di contratti posti in essere dagli amministratori e facenti capo allo statuto sociale. Essa ribalta tuttavia i termini di tale visione, in quanto impedisce l'effetto desiderato dai suoi fautori: epurare la materia societaria da valutazioni in termini di giustizia sociale²¹⁶.

Ma non è tutto. Il diritto dei contratti può e deve contribuire ad esportare la democrazia economica negli ordinamenti che non disciplinano in modo solidale - e a ben vedere neppure ordoliberale - le vicende connesse con la produzione. Da un simile punto di vista è opportuno che, eventualmente ricorrendo alla buona fede, si consentano interventi imperativi sui contratti concernenti la circolazione di beni prodotti in violazione dei principi accolti in area comunitaria in materia di lavoro e ambiente²¹⁷.

²¹³ Come riconosciuto dalla letteratura di impostazione ordoliberale: per tutti N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11 ss.

²¹⁴ Ad es. M. Draghi, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 83.

²¹⁵ Cass. civ., 26 ottobre 1995 n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329 ss.

²¹⁶ Per tutti C. Marchetti, *La nexus of contract theory*, Milano, 2000.

²¹⁷ Al proposito, rispettivamente, A. Somma, *Mercato liberista e mercato solidale*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 623 ss. e P. Derleder, *Touristenschutz contra Umwelterhaltung*, in N. Reich e R. Heine-Mernik (Hrsg.), *Umweltverfassung und nachhaltige entwicklung in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1997, p. 89 ss.

Infine possiamo apprezzare le differenze tra buona fede ordoliberal e buona fede solidale, valutando le implicazioni riconducibili alla diversa attitudine nei confronti dello spazio che si reputa opportuno assicurare all'azione del circuito della politica. Non l'azione rivolta alla conformazione del mercato, di cui ci siamo appena occupati, bensì l'azione relativa all'attività delle istituzioni del liberalismo politico.

A tal fine occorre muovere da un cenno sulle radici culturali della riflessione ordoliberal e quindi dalle elaborazioni della fisiocrazia: dottrina affermata in area francese nella seconda metà del settecento, i cui fautori esortano ad accreditare l'economia come strumento di razionalità politica, chiamato a rimpiazzare il diritto. Il tutto realizzato da uno stato assoluto, la cui azione sia tesa a garantire la libera appropriazione e circolazione dei beni²¹⁸. Non si tratta di propositi che si sono persi per strada: anche ora, in ambito ordoliberal, si afferma che «nel moderno stato del benessere il pericolo di un comportamento arbitrario nasce soprattutto dalla preoccupazione del governo di conservare la maggioranza in parlamento» e che, «per far fronte ai pericoli di cattivo funzionamento della sfera politica, alcuni compiti di politica economica possono essere trasferiti a organismi indipendenti»²¹⁹. Ciò mentre nelle esperienze che non conoscono lo stato di diritto, la modernizzazione si traduce nello sviluppo di una «economia di mercato aperta di tipo capitalistico», ma non anche nell'abbandono delle strutture «autoritarie»²²⁰.

Certo, simili rilievi suonano meno minacciosi di quelli, riferiti in apertura, formulati all'epoca in cui l'esaltazione dell'ordoliberalismo si sposava alla denigrazione del meccanismo democratico. E tuttavia non ci sembra inopportuno discorrere del rischio che si finisca per rivivere scenari non distanti da quelli che hanno caratterizzato il vecchio continente tra i due conflitti mondiali. Invero, per bloccare «l'ovvia tendenza dei regimi democratici ad allargare le prestazioni pubbliche legate ai diritti» - ed a sviluppare nel contempo forme di solidarietà orizzontale - è oramai consueto opporre «l'ordine razionale che la rappresentanza politica non può sovvertire»²²¹. Altrimenti detto, lo stato di diritto diviene naturalmente stato sociale e solidale ed il ridimensionamento del secondo non può che passare per un ridimensionamento del primo.

Da un simile punto di vista la buona fede solidale non implica solo la costruzione di un diritto dei contratti che sia espressivo della medesima filosofia ispiratrice dello stato sociale, che concerna cioè il proposito di creare «arene competitive di opportunità»²²². Essa diviene parte integrante delle strategie di difesa

²¹⁸ Ad es. F.P. Adorno, *Naturalità del mercato e ragione governamentale*, in G. Borrelli (a cura di), *Prudenza civile, bene comune, guerra giusta*, Napoli, 1999, p. 191 ss.

²¹⁹ E.J. Mestmäcker, Voce *Diritto dell'economia*, in *Enc. sc. soc.*, Vol. 3, Roma, 1993, p. 94.

²²⁰ C. Trigilia, Voce *Modernizzazione*, in *Enc. sc. sociali*, Vol. 5, Roma, 1996, p. 775.

²²¹ R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in www.robertobin.it. V. anche F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 203 s.

²²² R. Brownsword, G. Howells e T. Wilhelmsson (ed.), *Welfarism in contract law*, cit., p. 3.

dello stato di diritto, potenzialmente minacciato dalla riflessione ordoliberal e dalle sue ricadute nel campo del diritto.