

LIBERTA' CONTRATTUALE E UTILITA' SOCIALE

Di Salvatore Mazzamuto

Professore ordinario di Diritto civile dell'Università di Roma Tre

SOMMARIO: 1. *Dalla funzione economico-sociale alla funzione economico-individuale del contratto.* – 2. *Le diverse dimensioni della funzione sociale nel diritto italiano.* – 3. *La funzione sociale nel diritto europeo.* – 4. *Il quantum di indennizzo nell'espropriazione per pubblica utilità.* – 5. *Escludere determinati beni dal mercato? L'esempio dei Servizi Sociali di Interesse Generale in ambito europeo.* – 6. *Servizi Sociali di Interesse Generale, diritti fondamentali e art. 41 cost.*

1. Dalla funzione economico-sociale alla funzione economico-individuale del contratto.

Il tema di questo mio contributo nell'odierno incontro consente di cogliere le linee evolutive del dialogo tra autonomia privata e ordinamento giuridico in vista di una sua riproposizione nello scenario europeo. Il binomio libertà contrattuale e utilità sociale inevitabilmente ci porta, infatti, ad analizzare il rapporto tra l'autonomia privata, quale espressione dell'interesse particolare per l'appunto dei privati, e l'ordinamento giuridico, quale espressione dell'interesse generale della *societas*, per rispondere al quesito sul come e in che limiti la prima acquisti rilevanza all'interno del secondo¹. L'interesse che

esso suscita è ravvivato, inoltre, dalla recente proposta parlamentare di revisione dell'art. 41 cost. sulla libertà d'iniziativa economica.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento giuridico assume connotati cangianti a seconda del periodo storico cui ci si riferisce e indica nelle concezioni di causa del contratto, quale veicolo per il cui tramite il programma negoziale procede dall'individuo alla società, l'elemento di sua decifrazione. Nelle diverse concezioni di causa s'intravede, infatti, il differente modo di porsi della libertà contrattuale rispetto all'ordinamento.

¹ In questa prospettiva il privato non è più preso in considerazione quale *singulus*, ma quale *socius*: cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Diritto dell'economia*, 1955, 1179 e *Problemi giuridici*, I (Milano 1959), 69 s.; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I (Milano 1976), 184 s.; S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, 190 s.; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 444.

(*) Relazione svolta al convegno "Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani", 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia.



La libertà sovrana dell'individuo, figlia della rivoluzione francese, risulta così alla base del *Code Civil*, nel cui contesto l'intervento statale, in controtendenza rispetto alle idee classiste dell'*ancien regime*, volendo perseguire l'obiettivo di una potenziale quanto utopica eguaglianza di tutti mira a garantire loro la medesima libertà.

D'altra parte, nell'economia dell'epoca, ove gli schemi giuridici fondamentali si individuano nella proprietà e nel contratto, appare facile assicurare ai privati il libero sviluppo dei loro interessi e ciò in quanto tali interessi risultano al contempo subordinati agli interessi generali e funzionalmente differenziati da essi².

Il progresso economico, la rivoluzione industriale e, infine, la comparsa dei regimi totalitari pongono al centro della scena lo Stato imprenditore e coordinatore della vita economica e degradano l'individuo a mero partecipante tenuto a contribuire al benessere della comunità. La conseguenza è l'assottigliamento, sino a scomparire, della linea di separazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato con l'espansione del primo a discapito del secondo: molte delle attività economiche prima di spettanza dell'autonomia privata vengono assorbite dallo Stato in virtù del perseguimento dello sviluppo dell'economia nazionale³.

Dello spirito del nuovo statalismo sono tributarie la dottrina a cavallo dell'emanazione del codice civile del 1942, nonché la stessa Relazione al codice, che definiscono la causa del contratto come espressione della sua funzione economico-sociale. In quest'ottica, il contratto viene in buona misura soffocato dall'invadenza dell'ordinamento giuridico, sicché il trapasso dalla regola privata particolare alla regola giuridica generale avviene solo ove al sod-

disfacimento degli interessi privati particolari corrisponda la realizzazione del fine sociale generale⁴.

Al di là della nota commistione tra causa e tipo provocata dalla lettura in esame ciò che preme sottolineare in questa sede è il totale assorbimento degli interessi privati nell'interesse pubblico. Secondo tale linea di pensiero, l'autonomia privata si manifesta *a priori* nella realtà effettuale su di un piano, pertanto, «extragiuridico» e va intesa in questa dimensione come il fatto sociale dell'autoregolamento di interessi propri, il quale è reso poi rilevante dall'ordinamento: «l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi già esplicano sul terreno sociale»⁵. La funzione economico-sociale, quindi, impoverisce la libertà delle parti fino a ridurla alla scelta delle strutture contrattuali tipizzate dal legislatore o avvalorate dalla prassi, vale a dire delle manifestazioni pregiuridiche dell'iniziativa economica dei privati che, una volta recepite e rielaborate dall'ordinamento, si trasformano in funzioni economico-sociali selezionate e qualificate perché utili al raggiungimento del fine sociale generale. Detto con le parole di Emilio Betti «il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico (...). È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli *scopi pratici* da raggiungere e le *vie* da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità e di efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono»⁶.

La lettura della causa come funzione economico-sociale mette in risalto, dunque, i limiti posti alla libertà contrattuale dall'ordinamento, il quale ne comprime il profilo innovativo chiudendola entro schemi di attività disposti *a priori* e selezionati alla luce della loro propedeuticità alla realizzazione dell'interesse pubblico: lo spazio dell'agire del privato è reso conforme al disegno dallo Stato per la salvaguardia dell'interesse dell'economia nazionale.

² G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 161 s.

³ Sulla concezione del rapporto tra pubblico e privato dell'epoca cfr. U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in *La crisi del capitalismo*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1932), 140 s.; AA. VV., *L'economia corporativa*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1933); AA. VV., *Nuove esperienze economiche*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa (Firenze 1934); G. BOTTAI, *Prefazione*, in *L'economia programmatica*, a cura di G. Bottai, Firenze, 1933; cfr. F. VASSALLI, *Codice civile*, Enciclopedia italiana, App. II (A-H), 1938-1948, 633. Su cui di recente v. G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale» dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003 e ora *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, 307 s., spec. 311 s.

⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², a cura di G. Crifò, Napoli 1960, rist. corretta 2002, 43 s., 170 s.

⁵ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 51 e v. anche SALV. ROMANO, *Autonomia privata*. (Appunti), Milano, 1957, 10 s.

⁶ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 84-86.



La tesi in parola viene com'è noto confutata nella seconda metà degli anni '60, tramite il capovolgimento della prospettiva di lettura delle norme sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, che muove dall'idea del diritto privato come diritto di libertà e quindi pone al centro dell'indagine l'agire dell'individuo libero di realizzare qualsivoglia interesse «meritevole di tutela»⁷.

Il riferimento della causa alla funzione economico-sociale appare in contrasto con lo stesso ruolo che ad essa viene assegnato dal legislatore all'art. 1325 c.c. quale elemento del contratto: la funzione economico-sociale è estranea al programma delle parti in quanto espressione di un ordine di valutazioni che discende dall'ordinamento, la norma del codice assegna, viceversa, alla causa il ruolo di elemento essenziale del contratto. Se la causa esprime al contempo la funzione e l'elemento del programma negoziale è logica conseguenza che su questo secondo termine rilevi la volontà del singolo riversata nel contratto⁸.

La causa quale elemento essenziale del contratto svolge il ruolo di coordinatore dell'intera operazione economica ed esprime la funzione che quest'ultima svolge per i soggetti che la pongono in essere, in questo senso la causa viene definita quale funzione economico-individuale⁹.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento muta la sua fisionomia, ponendo, come si è anticipato, la prima al centro dell'indagine, quale «elemento motore» del diritto privato non più costretto dalla ricerca delle tecniche che soddisfino nel modo più congruo il rapporto tra attività negoziale e ordinamento giuridico. L'art. 1322 c.c. conforta la lettura in discorso configurando l'autonomia privata come libertà di scelta tanto del mezzo quanto del fine da perseguire, ma il secondo è in funzione del primo e come tale oggetto di una valutazione *a posteriori* che l'accoglie o lo respinge¹⁰.

In quest'ottica, i tipi contrattuali assumono la veste di meri schemi esemplificativi di contratti cui il privato può aderire pedissequamente ovvero modificarli in ragione della maggior corrispondenza al suo interesse o ancora non aderirvi proponendone di nuovi. Il tipo non costituisce, in altri termini, un limite all'attività del privato la quale non risulta assorbita o indirizzata *ex ante* dall'ordinamento, ma piuttosto controllata *ex post*. Tipicità e atipicità non

⁷ Cfr. FERRI, *Causa e tipo* cit., *passim* i cui studi risentono, com'è noto, dell'influenza del pensiero di F. VASSALLI, *Estraneità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960, 753 s. Al riguardo v. il mio *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Europa dir. priv.*, 2009, spec. 609 s.

⁸ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 364 s.

⁹ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 370-371.

¹⁰ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 258.

mutano, inoltre, il giudizio *ex art.* 1322 c.c., giacché il tipo non pone un problema di meritevolezza dell'interesse perseguito, bensì un problema di disciplina applicabile: «la tipicità lungi dall'essere un sicuro e vincolante criterio di meritevolezza, non fa altro che esserne, al più, un *sintomo* non sempre sicuro»¹¹.

2. Le diverse dimensioni della funzione sociale nel diritto italiano.

La lettura del diritto delle obbligazioni e dei contratti dalla prospettiva del singolo non cancella di certo l'incidenza dello Stato sull'attività privata, ciò che muta è la prospettiva di lettura del rapporto tra attività contrattuale e legge. In questo senso, autonomia privata legge e giudice partecipano tutti della creazione del diritto dei privati, ma ognuno secondo il ruolo e la funzione che gli compete¹².

In ambito codicistico, la funzionalizzazione del diritto privato a scopi di utilità sociale avviene per lo più in vista della tutela di interessi di alcune categorie di soggetti che il bisogno di protezione fa assurgere a interesse diffuso della cui salvaguardia si fa carico lo Stato intervenendo sulla libertà contrattuale del soggetto in posizione, per così dire, più vantaggiosa¹³.

Un sintomo di questa tendenza si rintraccia in alcune disposizioni tese a incidere sul libero dispiegarsi dell'autonomia nella fase delle trattative o comunque della costituzione del rapporto o che impongono un determinato contenuto contrattuale.

Il primo tipo di intervento si ha con l'obbligo a contrarre del monopolista previsto dall'art. 2597 c.c. che mira a garantire la disponibilità di determinati servizi da parte di soggetti sprovvisti di potere economico e li sottrae, quindi, alla logica del mercato concorrenziale rendendoli liberamente accessibili. La norma in esame compie un temperamento del vantaggio dell'imprenditore garantitogli dalla condizione di monopolista legale (ma anche di fatto)¹⁴,

¹¹ FERRI, *Causa e tipo* cit., 253.

¹² Al riguardo rinvio alle riflessioni compiute nel mio saggio *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 626 s.

¹³ Nella letteratura italiana v. sin d'ora M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974. Per il diritto tedesco cfr. E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 193 s.

¹⁴ L'applicazione analogica della regola di cui all'art. 2597 c.c. anche ai monopoli di fatto poggia sull'interpretazione di essa non già come norma eccezionale dalla prospettiva dell'obbligo a contrarre, bensì come norma generale dalla prospettiva dei rapporti tra imprenditori e consumatori sui mercati ad impianto monopolistico: cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Art. 2597, Comm. Schlesinger, Milano 1992, 31 s., spec. 205 s.

la quale gli attribuisce sia la libertà di scelta del contraente sia la libertà di determinazione del contenuto del rapporto, tramite il soddisfacimento dell'interesse degli utenti alla non arbitrarietà nelle modalità di destinazione dei beni¹⁵.

Il secondo tipo di intervento si rinviene nella disciplina di cui all'art. 1339 c.c.: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti». La disposizione in parola esprime la tendenza del legislatore a sacrificare l'autoregolamentazione privata degli interessi da parte dei contraenti in virtù della necessità del soddisfacimento dell'interesse generale dell'ordinamento che viene perseguito mediante una sorte di operazione ortopedica. Lo strumento utilizzato per ottenere tale scopo è la predisposizione di norme il cui peculiare carattere imperativo produce in caso di loro violazione non già la nullità dell'atto ad esse contrario, bensì la sostituzione della clausola invalida con quella legale. L'art. 1339 c.c. prevede delle norme impositive con le quali il legislatore persegue un determinato assetto di interessi¹⁶.

A livello costituzionale, il dialogo tra autonomia privata e legge è regolato dall'art. 41, il quale riferendosi alla libertà di iniziativa economica non può non concernere anche la libertà contrattuale e ciò in quanto ogni atto dell'autonomia privata costituisce l'esercizio del potere di iniziativa economica, sicché i limiti posti a quest'ultimo si riflettono anche sulla prima¹⁷.

L'*incipit* della norma costituzionale conferma la prospettiva di lettura che muove dalla libertà di azione dell'individuo: «L'iniziativa economica privata è libera». Ai commi 2 e 3 tale libertà è poi regolata e temperata mediante la predisposizione, da un lato, di limiti c.d. negativi, che precludono lo svolgimento dell'attività economica in contrasto con l'utilità sociale, con la libertà oppure con la dignità umana e danno la stura a rimedi come la nullità, e,

dall'altro lato, mediante l'imposizione di limiti c.d. positivi, che consistono nell'introduzione del principio della programmazione dell'attività economica per il conseguimento di fini sociali, sicché allo scopo dell'eventuale eliminazione degli atti in contrasto con tali fini si aggiunge quello dell'imposizione di obiettivi socialmente rilevanti¹⁸. Le due forme di limitazione ora menzionate tendono, poi, ad intersecarsi in quanto le due istanze egalarista e solidaristica di cui al 2° comma si sovrappongono ai fini sociali, scongiurando una legislazione economica che in contrasto con la tutela della persona umana: le leggi sul lavoro debbono consentire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 cost.); le leggi sanitarie non possono imporre comportamenti che violino i limiti derivanti dal rispetto della persona umana (art. 32 cost.); le pene non possono estrinsecarsi in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 cost.). La Costituzione subordina, in questo senso, l'efficacia giuridica del precetto dell'autonomia privata alla tutela della persona umana¹⁹.

Il legislatore costituzionale abilita in tal modo l'ordinamento alla creazione, accanto al sistema codicistico, di c.d. sottosistemi legislativi socialmente orientati tramite i quali si effettua una «scorporazione» di aree a forte impatto sociale dai principi del diritto dei contratti istituendo modelli di circolazione e distribuzione della ricchezza alternativi a quelli del mercato tramite la loro sottrazione alla libera contrattazione dei privati²⁰.

Tali forme di legislazione speciale attraverso una riduzione del carattere generale e astratto delle norme sul diritto dei contratti provocano una sorta di isolamento di alcuni settori dell'attività economica in cui il perseguimento della libertà contrattuale non può non essere raggiunto se non attraverso l'attribuzione di rilevanza allo *status* rivestito da particolari categorie soggettive che risultano svantaggiate rispetto alle altre. L'intervento legislativo si traduce, quindi, nell'imposizione di determinate procedure alternative di formazione del contratto, tramite il ricorso ad es. alla contrattazione collettiva, nella conformazione del contenuto contrattuale per imporre un determinato assetto di interessi, mediante ad es. l'introduzione autoritaria del termine di durata oppure del prezzo per il godimento dei beni.

Esemplare in tal senso appare la legislazione sul diritto del lavoro e sul contratto di locazione di im-

¹⁵ Cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio* cit., 3 s.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 382 s. spec. 384.

¹⁶ Così BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 388.

¹⁷ Cfr. sul punto anche G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 190: «Nella Costituzione l'autonomia privata [...] viene in rilievo come uno degli aspetti del problema della tutela della persona e della sua libertà, intesa come libera disponibilità di interessi ed iniziative». Nonché G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi*, Napoli, 1991, 97 s.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 9 s.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 29 s.

¹⁸ Cfr. sul punto BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 388 s.

¹⁹ Così ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, cit., 200.

²⁰ Cfr. Così BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 391 s.

mobili ad uso abitativo degli anni '70²¹. Le deroghe ai principi contrattuali si estendono, poi, dall'attività di predisposizione del testo contrattuale a quella di interpretazione del contratto e investono, pertanto, l'organo giudicante il quale è tenuto a svolgere il proprio compito ermeneutico alla luce dei parametri forniti dalla legislazione speciale. Ritorna, dunque, il moto più volte richiamato che parte dall'autonomia privata passa per la legge e approda al giudice.

Un ulteriore esempio di torsione di istituti di diritto privato per scopi di utilità sociale è costituito dalla disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità in attuazione dell'art. 42, co. 3, cost. secondo cui «La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale». In quest'ultima fattispecie, il sacrificio dell'interesse del singolo per fini superindividuali si traduce, non solo nella privazione del diritto di proprietà sul bene, ma anche nella riduzione del suo valore di mercato, il quale, secondo la recente sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 2007, se per un verso non può identificarsi con il 50-30 % del valore di mercato del bene sostanzialmente previsto dall'art. 5 bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito dalla l. 8 agosto 1992 n. 359, per altro verso non può essere commisurato al solo valore di mercato del bene, in quanto dei livelli troppo elevati di spesa per «l'espropriazione di aree edificabili per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata»²².

Il connubio tradizionale tra autonomia privata e utilità sociale, quindi, si è per lo più incentrato o nel condizionamento del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti *ex art.* 1322 c.c. anche alla luce di istanze di ordine generale saldamente ancorate alle politiche socio-economiche del momento o nell'arricchimento della componente causale di taluni contratti attuata tramite la funzionalizzazione dei medesimi al perseguimento anche di obiettivi di carattere generale o *lato sensu* pubblico. Questo duplice movimento è coinciso con la stagione dell'intervento pubblico nell'economia in

²¹ Ci si riferisce rispettivamente alla l. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) e alla l. 27-7-1978 n. 392 in forza della quale ad ogni unità immobiliare corrispondeva un canone «equo». Questa normativa è stata com'è noto successivamente abrogata, dapprima e solo parzialmente, tramite il d.l. 11-7-1992 conv. in l. 8-8-1992 n. 359 e, successivamente, dalla l. 9-12-1998 n. 431. Al riguardo cfr. AA. VV., *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1977, 115 s., 285 s.

²² Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

ossequio per l'appunto al principio dell'art. 41, comma 2, Cost. e con il massimo sviluppo delle politiche dello Stato sociale.

L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale, che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega. Alcuni servizi e benefici a favore della collettività in precedenza erogati dallo Stato rischiano di rimanere sempre più affidati, in tutto o in parte, alla privata regolazione ed emblematica in tal senso appare l'evoluzione subita dal contratto di assicurazione sulla vita. Concepito nella sua struttura base come contratto con causa previdenziale, poiché finalizzata a far ottenere all'assicurato-beneficiario, in concomitanza con il verificarsi di un evento della vita umana, una somma superiore all'ammontare dei premi pagati e destinata a soddisfare i bisogni del beneficiario medesimo provocati dall'evento previsto nel contratto²³, il contratto di assicurazione sulla vita potrebbe divenire lo strumento di una delega all'autonomia privata più massiccia di quanto non risulti già oggi da parte dello Stato per fare fronte alla sua ridotta capacità di erogare prestazione previdenziali. E d'altro canto la causa previdenziale trova nella Carta costituzionale un riconoscimento chiaro costituito dall'art. 38, comma 5, Cost.²⁴.

È uno scenario questo già in parte attuato, come non hanno mancato di sottolineare le Sezioni unite della Corte di Cassazione, segnalando che il contratto di assicurazione sulla vita si è caricato del ruolo di «terzo pilastro» della previdenza sociale, come conseguenza delle «crescenti difficoltà dello Stato sociale, che sull'apporto integrativo dell'assicurazione privata deve necessariamente contare»²⁵.

Lo stesso contratto di assicurazione sulla vita è, però, nel frattempo divenuto il terreno su cui si è sviluppato un fenomeno almeno apparentemente poco compatibile con il perseguimento per via con-

²³ F. SANTORO PASSARELLI, *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Ass.*, 1962, 45; FANELLI, *Prestazione di rendita e assicurazione di rendita: note preliminari per la disciplina della previdenza integrativa*, *ivi*, 1987, 213 ss.; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, ss.; P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 90 ss.

²⁴ A. GAMBINO, *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, in *Ass.*, 1993, 164 ss.

²⁵ Cass., s.u., 31 marzo 2008, n. 8721, in *Corr. giur.*, 2008, 1405 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1282 ss. Sul punto v. E. GUFFANTI, *La funzione previdenziale dei contratti assicurativo-finanziari*, in *Le Società*, 2011, 56 ss.



trattuale di finalità di interesse generale. Si allude all'espansione della logica mercantile e al difendersi dell'obiettivo della redditività grazie ai quali il contratto di assicurazione sulla vita è stato piegato a finalità di finanziamento, ora di investimento ora di risparmio. La prassi commerciale ha elaborato una pluralità di varianti di cui il legislatore ha preso atto riconducendo le diverse tipologie in sei classi, ossia in sei classificazioni impennate su classi omogenee di rischi o di operazioni. Soltanto le figure rientranti nei rami I (assicurazioni sulla vita umana), II (assicurazioni di nuzialità e natalità) e IV (assicurazioni di lunga durata per il rischio di invalidità grave) conservano finalità previdenziale e ciò costituisce forse il segno dell'attuale egemonia della propensione individualistica al profitto dell'autonomia privata, cui soltanto la riscoperta di aree della vita sociale inadatte alla sottoposizione alla logica del mercato può fare da argine.

3. La funzione sociale nel diritto europeo.

Il quadro normativo sinteticamente delineato, dopo un lento tramonto negli anni '80 dovuto all'avvento del c.d. neoliberalismo, sembra ora sovvertito dalla proposta di legge costituzionale, cui si accennava all'inizio di questo intervento, la quale prevede la sostituzione del testo dell'art. 41 cost. con il seguente: «L'iniziativa economica privata è libera e deve svolgersi in condizioni di concorrenza. Chi la intraprende ne è esclusivo responsabile»²⁶.

Il testo in commento espunge, infatti, dalla c.d. costituzione economica ogni riferimento all'utilità sociale, predicando il ripudio di ogni forma di intervento statale nell'economia, e al contempo conferisce dignità costituzionale al principio della concorrenza che già la dottrina aveva intravisto nel nuovo testo dell'art. 117 cost.²⁷.

Di primo acchito ritengo che il liberismo estremo predicato dalla proposta di revisione costituzionale non convinca e che lo Stato debba continuare a presidiare la circolazione economica di determinati beni che rispondono a precise esigenze del cittadino ma ciò per ragioni che non sono ideologiche e si collegano ai principi "costituzionali" dell'Unione europea, i quali diversamente dall'opinione dei proponenti²⁸ non sembrano incarnare il mito

dell'Europa del tutto prona al mercato concorrenziale²⁹.

Nella concezione per così dire classica, quella certamente presupposta nel corso della seconda metà del '900, il rapporto tra autonomia privata e utilità sociale implicava anche il primato della politica ossia la subordinazione dell'autonomia privata alle scelte di tipo economico-sociale compiute dagli organi di governo. Talora queste scelte si sono tramutate nella salvaguardia di categorie sociali da proteggere ma in altri casi si sono tradotte nell'individuazione di obiettivi contingenti.

A tale riguardo non si può certo sostenere che nell'assetto imposto dall'Unione europea si sia smarrita la propensione al sostegno delle categorie sociali più svantaggiate (anziani, bambini, lavoratori, donne etc.) o la generica tensione alla salvaguardia del soggetto contrattualmente più debole senza però alcuna coloritura sociale³⁰. Quel che muta è il rapporto tra politica e autonomia privata: la prima può imporre i suoi obiettivi alla seconda soltanto a condizione di una loro ampia condivisione, la quale addirittura passa per la loro "costituzionalizzazione". Al di là del tracciato costituzionale e dei difficili compromessi consacrati nel testo dei Trattati, l'autonomia privata regna indisturbata e gli obiettivi politici vanno perseguiti tramite canali diversi dal suo proprio.

La proposta di riforma dell'art. 41 cost. appare, pertanto, paradossalmente in controtendenza con il diritto europeo laddove in esso, anche se in misura diversa da quella cui siamo abituati, prevede delle forme di compressione dell'autonomia privata per il soddisfacimento di interessi generali.

Il quesito da porsi deve essere volto, semmai, alla più esatta individuazione della *ratio* che sottende alle forme di torsione del diritto privato per scopi sociali proposte dal diritto europeo.

Nel diritto europeo dei contratti si rinvengono, specie con riguardo alla tutela del consumatore, forme di compressione dell'autonomia privata finalizzate ad inserire il contratto nel contesto socio-economico e poco praticate per l'innanzi dal diritto

²⁹ V. già i miei rilievi in *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 615 s.

³⁰ La tutela della persona è ormai un obiettivo primario del diritto privato europeo sia sul versante legislativo sia sul versante giurisprudenziale. Basti pensare all'esplicito riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale subito dal consumatore a causa dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento del contratto di viaggio «tutto compreso»: v. dir. 90/314 nonché Corte eur. giust. 12 -3-2002 C-168/2000, www.curia.eu; o ancora alle normative antidiscriminatorie via via succedutesi: le direttive sull'eguaglianza razziale (dir. 00/43) e sul lavoro (dir. 00/78) volte alla protezione dei cittadini contro ogni forma di discriminazione. Infine occorre rammentare che, con il Trattato di Lisbona si è attribuita piena rilevanza giuridica alla tutela dei diritti fondamentali della persona all'interno del TUE.

²⁶ Proposta di l. cost. 15-12-2010, *Modifica dell'articolo 41 della Costituzione, concernente la libertà d'iniziativa economica e il principio della concorrenza*.

²⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 441; Id., *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 195 s.

²⁸ Cfr. Proposta di l. cost. 15-12-2010, *Modifica dell'articolo 41 della Costituzione*, cit., 4.



interno che sono quelle tendente alla tutela del consumatore. Al contratto informato all'egualitarismo formale e all'idea della tutela indifferenziata del codice civile italiano si contrappone il contratto col consumatore in cui lo *status* rivestito da un soggetto ispira le deroghe ai principi di diritto comune³¹.

La normativa consumeristica muove dalla Carta europea di protezione dei consumatori del 1973 che trova la sua consacrazione, successivamente, nell'art. 100/A dell'Atto Unico europeo del 1987 in cui si demanda alla Commissione l'adozione di atti normativi tesi alla tutela dei consumatori³².

L'intervento *lato sensu* statale sull'autonomia privata si traduce, quindi, in una disciplina volta a garantire effettività all'autodeterminazione del consumatore mediante l'attribuzione a quest'ultimo del diritto di pentimento dall'affare e la previsione di un'ampia tutela del diritto all'informazione sul prodotto da acquistare. La tutela del consumatore si inserisce in realtà a pieno titolo nel *trend* di rimeditazione del rapporto tra Stato ed economia caratterizzato dal lento prevalere della seconda a scapito del primo³³ e, infatti, la compressione dell'autonomia privata che ne consegue ha il fine precipuo di preservare il mercato anche quando tutela il consumatore come parte debole "vittima" dell'asimmetria di potere contrattuale³⁴, tramite l'imposizione di ob-

blighi di informazione al professionista, o come persona bisognosa di consumo, per l'appunto, privilegiando le forme di tutela in forma specifica³⁵.

Nella fase successiva il diritto europeo si orienta in modo più consapevole nel senso della funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale. Esempari al riguardo sono sia gli obblighi di informazione, che aggiungono al mero riequilibrio dell'asimmetria informativa del consumatore il fine della creazione di un mercato il più trasparente possibile³⁶, sia la disciplina sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, che tramite la c.d. gerarchia dei rimedi e la subordinazione della tutela risarcitoria al fallimento della tutela specifica costituisce un incentivo per i venditori alla creazione di servizi post-vendita³⁷.

Il rimedio contrattuale mira, quindi, a supplire ad una sorta di abdicazione parziale del legislatore alla propria funzione regolatrice dall'alto di determinati settori di mercato, con ciò ispirandosi all'idea dell'autoregolazione dal basso del singolo contratto ancorché per il tramite di una congerie di rimedi minutamente disciplinati: il consumatore ovvero l'impresa c.d. debole rappresentano ormai gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema³⁸.

Un primo *caveat*. Le forme di limitazione dell'autonomia privata per fini superindividuali non si esauriscono nella tutela del consumatore in sede contrattuale e non obliterano del tutto la persona. Al riguardo la responsabilità del produttore per i danni cagionati dai prodotti difettosi per la sua coloritura oggettiva si è ritenuto che trovi fondamento sul dovere di solidarietà quale limite alla libera iniziativa economica (artt. 2 e 41 cost.)³⁹. Sempre con riferimento all'esercizio della libertà di impresa la giurisprudenza europea sin dagli anni '70 rammenta che tale libertà è sì basata su di un diritto fondamentale, ma si tratta però di un diritto al contempo limitato

³¹ Cfr. sul punto anche G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I e ora *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile cit.*, 365; N. LIPARI, *Introduzione alla prima edizione*, in *Trattato di diritto privato europeo*², I. (Padova 2003), 16; D. KENNEDY, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 220 s.

³² Cfr. sul punto A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 912 s.

³³ Cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, 195 s.

³⁴ Nella legislazione consumeristica di cui *supra* nel testo una nota dottrina ha voluto intravedere una sorta di regolamentazione alternativa del diritto dei contratti imposta dalla qualifica di «contraente debole» rivestita dal consumatore. Le caratteristiche del paradigma contrattuale alternativo risiederebbero – con una buona dose di approssimazione – nella necessità di procedere al riequilibrio dell'asimmetria di potere contrattuale tra i contraenti. Tale fine costituirebbe, pertanto, la giustificazione delle deroghe ai principi di diritto comune dei contratti come ad es. l'inversione del rapporto di regola-eccezione tra la disciplina sulla vincolatività del contratto e quella sul diritto di recesso con un *vulnus* notevole per la prima a scapito della seconda, la configurazione della c.d. nullità di protezione che, diversamente dalla nullità di diritto comune, risulta esperibile dalla parte debole o "in sua vece" rilevabile dal giudice etc. Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 639 s.; Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, *Corriere giur.*, 2009, 267 s.; Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferi-*

mento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 19 s.

³⁵ Cfr. sul punto NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 938 s.

³⁶ Cfr. ROS. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 393 s.

³⁷ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Equívoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 1081.

³⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 607 s.

³⁹ Cfr. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 918.

dagli scopi di interesse generale della Comunità pur restando fermo il suo nucleo essenziale⁴⁰.

Sul versante della tutela della concorrenza, poi, una forma di limitazione dell'autonomia privata si può riscontrare nella giurisprudenza comunitaria sulle *essential facility* in cui si prevede una sorta di obbligo a contrarre *a contrario* per le imprese che godono di una posizione dominante garantitagli dalla possibilità di utilizzare determinate infrastrutture il cui utilizzo risulta necessario per la commercializzazione di determinati servizi nel mercato e per preservare il regime di concorrenza (ad es. le compagnie telefoniche). In questo caso ciò che viene formalmente sanzionato è il rifiuto a contrarre che, in determinati settori economici, può esprimere, anziché l'utilizzo lecito ed esclusivo dei diritti di proprietà intellettuale, un abuso di posizione dominante⁴¹.

Questi obblighi a contrarre, per così dire, di nuova generazione differiscono dall'obbligo del monopolista di diritto interno poiché l'accesso al

servizio non avviene in modo automatico e indiscriminato e ciò in quanto la gestione delle *essential facility* implica un ambito di discrezionalità all'interno del quale il rifiuto di contrarre è legittimo. Gli obblighi a contrarre di matrice europea non mirano a preservare il contraente dal potenziale arbitrio dell'impresa dominante, ma tendono all'instaurazione *ex novo* di un mercato concorrenziale nei settori in cui le scorie del passato modello economico assicurano alle vecchie imprese pubbliche la disponibilità di risorse essenziali all'espletamento di determinati servizi, precludendo di fatto l'accesso al mercato alle nuove imprese⁴². In queste ultime fattispecie il sacrificio dell'autonomia privata per fini superindividuali è imposto dal mutamento del contesto socio-economico in cui le contrattazioni sono inserite.

4. Il *quantum* di indennizzo nell'espropriazione per pubblica utilità.

Il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento diviene nel diritto europeo il dialogo tra l'autonomia privata ed il mercato⁴³, il limite posto alla prima è rappresentato, quindi, dalla regolazione del mercato al fine di scongiurarne il fallimento e si traduce nell'intervento sui suoi profili strutturali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza⁴⁴.

Le forme di compressione dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi superindividuali non replicano, quindi, in ambito europeo, le stesse cadenze del diritto interno: l'intervento di matrice europea a tutela di determinate categorie di soggetti non si traduce in metodi alternativi di contrattazione o in politiche di calmierazione dei prezzi⁴⁵, ma

⁴⁰ Cfr. Corte eur. giust. 14-5-1974 C-4-73, www.giurcost.org, punto 14: «Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruiscia il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria e insita nell'essenza stessa dell'attività economica». Al riguardo cfr. G. VETTORI, *Carta europea e diritti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 674 s.

⁴¹ Cfr. nella giurisprudenza comunitaria Corte eur. giust. 5-10-1988 C-238/87, www.curia.eu; Corte eur. giust. 6-4-1005 C-241/91, www.curia.eu; Corte eur. giust. 26-4-2004 C-418/01 con nota di R. NATOLI, *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 465 s. In dottrina, M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, Milano, 1998; V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, 79 s.; C. OSTI, *Nuovi obblighi contrarre*, Torino, 2004; Id., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di A. Zoppini e G. Olivieri, Roma-Bari, 2008, 26 s.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra la disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, 121 s.; G. NIZI, *Dalla teoria del monopolio naturale alla "essential facility doctrine": nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, Milano, 2005; E. HAWK BARRY, *Essential facility doctrine and Intellectual property Law: where does Europe stand in the Aftermath of the Ims Case?*, New York, 2005; L. NIVARRA, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 500 s.

⁴² Cfr. sul punto L. NIVARRA, *Rec. a C. Osti, Nuovi obblighi a contrarre*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 288-289.

⁴³ Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 21 s. e il mio *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 54 s.

⁴⁴ Cfr. sul punto NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., 923 s.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, cit., 16 s. il cui discorso verte però più che altro sul rapporto tra autonomia privata e diritto della concorrenza.

⁴⁵ Ciò si nota anche nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) rispetto al quale si rileva che la mancanza di regole sui prezzi lascia intendere che non vi siano segnali nel senso di giustizia correttiva: è noto che nel Medioevo la più importante applicazione di questo principio, sulla scia della tradizione Aristotelica, fu la teoria del giusto prezzo. Tale teoria non è stata fatta propria dal DCFR, al contrario, il prezzo è espressamente escluso dal controllo delle clausole sleali ed al riguardo non è fornita nessuna spiegazione. Così M. HESSELINK, *The CFR and*

tutt'al più in maggiori obblighi contenutistici che dalla prospettiva del contraente debole assumono la veste dell'etero-imposizione di un regolamento contrattuale cui non si è partecipato e si è costretti ad aderire indotti dal bisogno di consumo.

In altri termini, il diritto europeo non sembra garantire alle c.d. fasce deboli tecniche di accesso ai beni essenziali, ma pone le regole di funzionamento del mercato nel modo più corretto possibile; il prezzo di scambio è stabilito, per l'appunto, dal corretto svolgimento delle libere contrattazioni, salvo – come si preciserà meglio in seguito – la sospensione del mercato medesimo.

L'intangibilità del prezzo trova conferma nella vicenda legata al vivace scambio di vedute tra Corte costituzionale e Corte dei diritti dell'uomo sul tema del *quantum* di indennizzo dovuto in caso di espropriazione per pubblica utilità⁴⁶: mi limito in questa sede a ripercorrere i punti relativi al tema che ci occupa della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera) nel c.d. caso Scordino⁴⁷.

Com'è noto, in tale fattispecie la Corte ha vagliato la compatibilità dei parametri fissati dall'art. 5 *bis* 1. 359/1992 per la determinazione dell'indennizzo espropriativo con il principio del rispetto del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 1, protocollo n. 1, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, Conv. eur. dei diritti dell'uomo secondo cui «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»⁴⁸. Più in particolare i

giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato italiano in quanto la misura dell'indennizzo corrisposto al soggetto espropriato era risultato non ragionevole e sproporzionata rispetto al valore del bene e ciò a prescindere dalla legittimità della procedura di espropriazione e dalla ricorrenza effettiva dell'interesse pubblico sotteso. Nello specifico la Corte dei diritti dell'uomo rileva che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo al fine della quantificazione dell'indennizzo rende necessario tenere presente il contesto in cui il provvedimento ablativo si inserisce, nel senso che non tutte le espropriazioni possono garantire all'espropriato la riparazione integrale. Il principio per cui ogni ipotesi di ingerenza nel diritto di proprietà deve essere effettuata tramite un contemperamento tra gli interessi sociali e gli interessi privati si risolve, infatti, secondo la Corte nell'assunto per cui nell'espropriazione giustificata da un «ordinario» fine di pubblica utilità – come ad es. la costruzione di una strada – l'indennizzo deve risultare equivalente a quello del bene. La regola in parola è derogabile soltanto qualora ricorrano fattispecie particolari quali ad es. le nazionalizzazioni, il mutamento del sistema costituzionale etc.⁴⁹.

Quel che preme in questa sede sottolineare è che la differente valutazione del *quantum* di indennizzo adottato dai giudici di Strasburgo rispetto ai giudici di diritto interno è segnato, non tanto dalla circostanza che in ambito europeo il diritto di proprietà assume a diritto fondamentale – e ciò sia in forza della Convenzione menzionata sia in forza della Carta di Nizza confluita *ex art.* 6 nel TUE⁵⁰ –, ma più che altro dal fatto che come si è anticipato il sacrificio della sfera dei privati per fini superindividuali segue un linguaggio diverso da quello del diritto interno.

Il modello economico pensato dall'ordinamento comunitario non sopporta, dunque, l'intervento eteronomo sui prezzi i quali sono lasciati alla determinazione delle parti in conformità alle oscillazioni del mercato.

Social Justice in The Politics of the Draft Common Frame of reference, Netherlands, 2010, 106.

⁴⁶ Cfr. al riguardo di recente M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 189 s., 197 s.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 415 s.; A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 115 s.

⁴⁷ C.e.d.u. 26-3-2006, in *Europa dir. priv.*, 2007, 542 s. con nota di R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla C.e.d.u.*

⁴⁸ Sempre con riferimento alla disposizione di cui *supra* nel testo lo Stato italiano ha subito, inoltre, ripetute condanne per non aver osservato il principio di legalità nelle ipotesi di espropriazione indiretta della p.a. (c.d. occupazione acquisitiva), ammessa pacificamente dalla giurisprudenza nazionale, pur in assenza di alcuna previsione legale. Cfr. C.e.d.u. 30-10-2003; C.e.d.u. 11-12-2003; C.e.d.u. 17-5-2005; C.e.d.u. 13-10-2005; C.e.d.u. 13-10-2005; C.e.d.u. 15-11-2005; C.e.d.u. 15-12-2005; C.e.d.u. 12-1-2006; C.e.d.u. 5-10-2006; C.e.d.u. 21-12-2006. In dottrina cfr. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 119 s.; COMPORTI, *La proprietà europea*, cit., 196 s.

⁴⁹ Cfr. C.e.d.u. 21-2-1986; C.e.d.u. 8-7-1986; C.e.d.u. 25-3-1999; C.e.d.u. 22-6-2004.

⁵⁰ Al riguardo cfr. A.L. VALVO, *L'Unione Europea dal Trattato "costituzionale" al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani*, Roma, 2008, 346 s.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 653 s.; F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, 43 s.; G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 649 s.; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 116 s.



5. Escludere determinati beni dal mercato? L'esempio dei Servizi Sociali di Interesse Generale in ambito europeo.

Dal quadro delineato emerge che il soddisfacimento di un interesse superindividuale in ambito europeo mira per lo più alla conformazione del contenuto testuale del contratto, ma non a garantire a chiunque la disponibilità di determinati beni: questa sembra essere dunque la mancanza principe del diritto europeo, ma costituisce in realtà la mancanza del mercato concorrenziale.

Al riguardo va ricordata l'opinione che, pur non disdegnando l'intervento statale per tutelare quegli interessi che il mercato di per sé non riesce a realizzare, lo funzionalizza alla tutela della concorrenza, sicché «la funzione della politica di tutela della concorrenza diviene quella di curare il buon funzionamento dei mercati, per finalità di benessere collettivo, intervenendo a correggere le prassi inefficienti che si vengano a determinare»⁵¹.

Tale assunto non convince nella premessa: il voler preservare a livello assoluto il modello di mercato concorrenziale e ciò a prescindere dal tipo di interesse che il bene scambiato tende a soddisfare. Non sembra, infatti, che si possano contrastare le mancanze del modello economico europeo tramite il ricorso alle medesime regole da questo dettate, pur attenuandone le rigidità mediante l'intervento statale, come del resto non appare soddisfacente l'opinione che sposta tale compito sul giudice tramite un abuso della clausola generale di solidarietà⁵².

Quella che si deve proporre è una via alternativa senza, però, sconfinare nell'eliminazione del modello concorrenziale di mercato imposto dal Trattato né tanto meno alterandone il funzionamento. Da quanto si è detto emerge chiaramente che il modello economico europeo risulta estraneo all'idea del libe-

rismo estremo e ciò trova conferma anche nel nuovo art. 3 TUE (ex art. 2 TUE) il quale contribuisce all'esaltazione della dimensione sociale europea tramite la valorizzazione dei diritti fondamentali, della solidarietà e degli aspetti egualitari⁵³. Nell'ottica di questa disposizione la libera concorrenza è posta espressamente come mezzo per favorire lo sviluppo economico e, conseguentemente, il benessere della società⁵⁴.

Le finalità del diritto europeo sono, dunque, analoghe a quelle del nostro dettato costituzionale ma il meccanismo normativo differisce da quello sicuramente più aperto alla discrezionalità della politica che è predisposto dalla clausola generale dell'utilità sociale ex art. 41 cost., la quale – come si è detto – consente la creazione di sottosistemi legislativi di risposta alle esigenze sociali.

La formula «economia sociale di mercato» utilizzata dal diritto europeo tende, infatti, al compromesso tra le istanze di giustizia sociale, quale in particolare l'assistenza ai ceti meno abbienti, e

⁵³ Così P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 86. In particolare il co. 3 dell'art. 3 TUE stabilisce che «3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri.

Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». Il rilievo attribuito alla dimensione sociale del diritto europeo si riscontra, inoltre, nel diritto applicato e il riferimento è sia alla Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale – come si è già rilevato – l'indennizzo deve risultare equivalente al valore del bene salvo che ricorrano obiettivi legittimi di utilità pubblica giustificati da misure di riforma economica o di «giustizia sociale» (C.e.d.u. 29-3-2006, punti 96-97), sia alla Corte di giustizia la quale limita la libertà contrattuale del datore di lavoro valorizzando i diritti fondamentali dei lavoratori quali quello alla retribuzione minima e alla correlata tutela sindacale [cfr. ad es. il c.d. caso *Viking* (Corte eur. giust. 11-12-2007 C-438/05, www.curia.eu) e il c.d. caso *Laval* (Corte eur. giust. 18-12-2007 C-341/05, www.curia.eu)]. In ambito internazionale ed europeo la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore e in particolare dei diritti sindacali è riconosciuta, poi, da diversi testi legislativi ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito: v. la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, esplicitamente richiamata dall'art. 151 TFUE (ex art. 136 TCE); la Convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro; la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, richiamata anch'essa dall'art. 151 TFUE e, infine, la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000.

⁵⁴ Cfr. in tal senso anche LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 194.

⁵¹ LIBERTINI, *Concorrenza* cit., 194 s., 238 e già ID., *Autonomia privata* cit., 441 secondo cui l'art. 41 cost. anche se prevede espressamente solo la libertà di iniziativa economica e quindi si riferisce direttamente solo alla nozione soggettiva di iniziativa concorrenziale lascia intravedere l'intenzione del costituente di tutelare «non l'appropriazione privata del profitto in quanto tale, bensì la libertà d'impresa come strumento di promozione del benessere collettivo».

⁵² Cfr. Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 s.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 85 s., spec. 88-89; M. D'ANGELO - P.G. MONATERI - A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, passim; nonché la dottrina del c.d. terzo contratto: cfr. per tutti AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e M. Villa, Bologna, 2008. *Contra* il mio *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 610 s.



l'esigenza di garantire la libertà dei privati e la loro autonomia nell'esercizio del potere economico rispetto al potere politico: come dire, la negazione dell'economia dirigista autoritaria, ma l'affermazione al contempo della prerogativa statale laddove bisogni di protezione che trascendono il mercato lo impongano.

Il quadro delineato dal Trattato si allinea, quindi, alla tradizione costituzionale – nonostante le note resistenze all'adozione del termine Costituzione per le implicazioni più che altro ideologiche che la scelta avrebbe comportato – quella tradizione costituzionale che riproduce le contrapposizioni di valori che animano ogni società pluralista in tal modo enunciando il principio inespresso della necessità giuridica di un loro soddisfacimento soltanto parziale affidato alla tecnica del bilanciamento. Se concepiti in termini assoluti e nella loro forma per così dire più forte, gli obiettivi della giustizia sociale e dell'economia di mercato fortemente competitiva si potrebbero rivelare contraddittori e, quindi, diviene imprescindibile il loro temperamento che passa innanzitutto da una modulazione dei contenuti che possa garantirne la coesistenza. Nella parte qui esaminata, l'art. 3 TUE non si presenta dunque soltanto come una disposizione sulla costituzione economica europea ma, ancor prima, come la proclamazione di una tecnica, quella del bilanciamento, che è in primo luogo una tecnica di produzione normativa.

Se la strada per giungere al modello dell'economia sociale di mercato risulta segnata dalla preclusione al potere politico di assurgere a sorgente arbitraria di disordine, dalla soppressione di ogni struttura monopolistica e, infine, dalla prevalenza in ogni caso del binomio libertà e concorrenza⁵⁵; occorre trovare una via che, ferme queste premesse, sia in grado di preservare l'equilibrio sociale.

A tal proposito, si potrebbe pensare all'esclusione di determinate categorie di beni dalla logica mercantile del diritto della concorrenza la quale non appare un valore irrinunciabile neppure in sede di diritto europeo ove la dir. 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi attuata in Italia con il d.lgs.

⁵⁵ Così N. GOLDSMITH, *Alfred Müller-Armack et Ludwig Erhard: le libéralisme social de marché*, in *Histoire du libéralisme en Europe*, a cura di Ph. Nemo e J. Petitot (Paris 2006), 967-968 che riprende gli insegnamenti di Oppenheimer e Erhard. Com'è noto la teorizzazione dell'economia sociale di mercato muove dal pensiero degli ordoliberali della scuola di Friburgo la quale si scaglia contro il dirigismo economico degli stati totalitari proponendo un modello economico incentrato sulla libertà dell'individuo e sulla convinzione che il buon funzionamento dei mercati e la concorrenza assicurino il progresso sociale. Cfr. al riguardo di recente F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, 19 s., 33 s.

59/2010) esclude l'applicazione ai servizi sociali delle regole del mercato interno⁵⁶.

Il rilievo assunto di recente dai Servizi Sociali di Interesse Generale (SSIG) si riallaccia ai mutamenti che in ambito europeo hanno innescato un processo di modernizzazione del settore, ponendoli al centro del dibattito politico⁵⁷. Il tema dei SSIG è stato in principio incluso in quello più vasto dei Servizi di Interesse Generale (SIG) per poi assumere rilevanza autonoma, prima, all'interno del Libro Bianco del 12 maggio 2004 [COM(2004) 374 def.], il quale pur in un contesto propriamente dedicato ai SIG traccia le specificità dei SSIG, e, successivamente, nella Comunicazione del 26 aprile 2006 [COM(2006) 177 def.] intitolata «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» e nella Comunicazione del 20 novembre 2007 [COM(2007) 725 def.] su «I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo».

La Comunicazione del 2006 individua i SSIG, oltre che nei servizi sanitari propriamente detti, in due grandi categorie: «– i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità; – gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino. Questi servizi, che svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale, forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l'inclusione nella società e garantire il godimento dei diritti fondamentali. Essi comprendono, in primo luogo, l'assistenza ai cittadini confrontati a difficoltà personali o a momenti di crisi (ad esempio indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare). In secondo luogo, comprendono attività miranti a garantire che gli interessati possano essere completamente reinseriti nella società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) e in particolare nel mercato del lavoro (formazione e reinserimento professionale). Questi servizi comple-

⁵⁶ Cfr. tra gli altri AA. VV., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L.G. Radicati di Brozolo, Torino, 2001; F. MORO, *I servizi sociali di interesse generale e il diritto comunitario alla ricerca di un difficile equilibrio*, DPUE, 3/2007, 77 s.; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. GALLO, *I servizi di interesse generale economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

⁵⁷ Al riguardo cfr. sin d'ora S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 165 s., 261 s.

tano e sostengono il ruolo delle famiglie nelle cure destinate in particolare ai giovanissimi e agli anziani. In terzo luogo, rientrano nell'ambito di questi servizi le attività che favoriscono l'integrazione delle persone con esigenze a lungo termine a motivo di una disabilità o di un problema sanitario. Infine, in quarto luogo, sono compresi anche gli alloggi popolari, che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio. Alcuni servizi possono ovviamente comprendere tutte e quattro le dimensioni»⁵⁸.

I servizi sociali costituiscono, pertanto, un mezzo di solidarietà collettiva e mirano sia a garantire l'effettività dei diritti sociali sia a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale. Il carattere sociale dell'attività esercitata attiene, quindi, al tipo di interesse che per suo tramite è soddisfatto, il quale è dato dall'interesse generale che trascende i singoli individui e che giustifica la loro esclusione dalle regole del mercato interno. L'art. 2, n. 2, dir. 2006/123/CE prevede, infatti, l'esclusione dal proprio ambito di applicazione dei «servizi non economici d'interesse generale» [lett. a)] e dei «servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato» [lett. j)].

D'altra parte, dalla disposizione in parola si desume altresì l'inclusione nelle regole del mercato interno dei Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG), il che trova conferma nell'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) secondo cui «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

All'interno della categoria dei servizi sociali occorre, pertanto, distinguere tra quelli che sono espletati tramite un'attività economica, cui *ex art.*

106 TFUE (ex art. 86, n. 2, TCE) si applicano le norme sul diritto della concorrenza, e quelli che invece svolgono un'attività non economica (c.d. Servizi di Interesse Generale Non Economico), i quali restano esclusi dalle norme sulla concorrenza⁵⁹.

In definitiva, restano sottratti alle regole mercantili i Servizi di Interesse Generale Non Economico, i servizi sociali specificamente menzionati dall'art. 2, n. 2, lett j) dir. 2006/123/CE e, infine, quelli rispetto ai quali l'applicazione delle norme sulla concorrenza preclude il soddisfacimento dell'interesse pubblico che gli è assegnato.

6. Servizi Sociali di Interesse Generale, diritti fondamentali e art. 41 cost.

Dal quadro delineato nel precedente paragrafo emerge la sensazione che il diritto europeo non disdegni la possibile segregazione di aree di mercato di beni a forte impatto sociale rispetto ai quali restino escluse le regole del mercato interno e ciò, a ben vedere, anche a prescindere dall'attività economica esercitata: si faccia l'esempio del caso in cui l'espletamento di un servizio sociale avvenga tramite l'attività di impresa, ma ciò nonostante resti sottratto alle regole della concorrenza poiché la loro applicazione precluderebbe la realizzazione dell'interesse generale ad esso immanente.

In questo senso l'inciso dell'art. 106, n. 2, TFUE che sottopone le imprese incaricate della gestione dei SIEG alle regole sulla concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» potrebbe acquistare una diversa ampiezza di significato se posto in relazione alla definizione di servizi sociali quali

⁵⁹ Al riguardo cfr. la Comunicazione 20-11-2007 COM(2007) 725 def., 5: «Nell'ambito del diritto della concorrenza, secondo la Corte di giustizia non è il settore o lo status di un soggetto che svolge un servizio (ad esempio il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, associazione di imprese o parte dell'amministrazione statale), né le modalità di finanziamento a determinare se le sue attività siano da considerarsi economiche o non economiche, bensì la natura dell'attività stessa. Per distinguere, la Corte fa riferimento ad una serie di criteri relativi alle condizioni di funzionamento del servizio all'esame, quali l'esistenza di un mercato, prerogative statali od obblighi di solidarietà. In pratica, ciò significa che un singolo soggetto può benissimo essere impegnato tanto in attività economiche quanto in attività non economiche e quindi essere assoggettato alle regole di concorrenza per parte delle sue attività ma non per altre». Sul dibattito svoltosi in seno alle istituzioni comunitarie sull'influenza della natura economica dell'attività esercitata tramite i servizi sociali cfr. MORO, *I servizi sociali di interesse generale*, cit., 83 s. e ora *Id.*, *sub art. 14 (ex articolo 16)*, in *Codice operativo TUE/TFUE*, diretto da C. Curti Gialdino (in corso di pubblicazione Napoli 2011).

⁵⁸ Comunicazione 26-4-2006 COM(2006) 177 def., 4.

mezzi per garantire l'effettività ai diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza⁶⁰.

A questo punto, la qualifica offerta di fondamentale al diritto di proprietà (art. 17 Carta di Nizza) potrebbe essere riletta nel senso un diritto su un bene che deve essere garantito *a priori* all'individuo in quanto tale e la cui effettività deve essere assicurata dal diritto europeo anche in deroga alle regole del mercato interno⁶¹.

Tornando alla recente proposta di riforma dell'art. 41 cost. si deve dire, quindi, che l'adesione all'Unione europea non sortisce l'effetto di mandare in soffitta l'utilità sociale quale obiettivo della libera iniziativa economica. L'utilità sociale, infatti, può ancora svolgere il ruolo di limite dell'autonomia privata per garantire l'equilibrio sociale, ponendo un freno al dilagare del mercato concorrenziale in favore della segregazione del mercato di determinati beni volti al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'individuo⁶².

Ciò che si deve imporre è l'estraneazione dal mercato, per così dire, ordinario del segmento dei beni essenziali alla vita dell'individuo in modo da porre un freno alla crescita smisurata dei prezzi: l'esempio può essere quello della casa, e il riferimento non è come ovvio alle case di lusso, quello dell'acqua, oggi com'è noto oggetto di molteplici polemiche, etc.

La protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'attività privata non è di certo una novità dell'assetto normativo europeo del *post* Lisbona, semmai ciò che cambiano sono i termini tramite cui accedervi, ma in fondo essa trae sempre origine dall'insegnamento secondo cui i diritti fondamentali costituiscono rispetto all'autonomia privata i parametri di interpretazione e concretizzazione delle clausole generali del diritto civile⁶³.

«Libertà contrattuale e utilità sociale» è, dunque, un sintagma che può continuare ad essere declinato, ma ciò non equivale a smentire che il diritto europeo conosce forme di compressione dell'autonomia privata per la tutela dell'interesse generale che non hanno tanto di mira la tutela dei soggetti deboli, come ad es. il consumatore, ma più che altro la tute-

la del mercato: se ne trae conferma anche dal ripudio della c.d. giustizia contrattuale e della politica dei prezzi.

D'altra parte, l'exasperazione della politica mercantile ha sortito, da un lato, il fallimento delle forme di liberismo puro e la correlata crisi dei mercati finanziari e, dall'altro lato, l'inidoneità del mercato concorrenziale a produrre benessere e, soprattutto, ad offrire risposte adeguate alle istanze sociali dei soggetti svantaggiati.

La prima ha suscitato addirittura la proposta di un ritorno a forme dirigistiche dell'economia, tramite il controllo statale ed il ripristino delle nullità assolute⁶⁴, la seconda ha provocato nel diritto europeo, come si è già detto, la sottrazione alle regole del mercato interno delle attività indirizzate al soddisfacimento dei diritti sociali.

Non sembra, pertanto, che il diritto europeo incentivi fino in fondo l'idea dell'individuo astratto dalla società la cui attività economica deve essere informata al liberismo estremo e neppure l'idea del mercato onnivoro del c.d. terzo capitalismo⁶⁵, ma piuttosto rivela una insospettata sensibilità per le istanze sociali sia sul piano "costituzionale", valorizzando i diritti fondamentali, sia sul piano degli

⁶⁰ Cfr. sul punto MORO, *sub art. 14 (ex articolo 16)* cit., 3 del dattiloscritto.

⁶¹ Tale lettura consentirebbe di recuperare lo iato esistente tra la concezione individualistica del diritto di proprietà, propria del diritto europeo, e quella di strumento di investimento di capitale, propria della Costituzione italiana. Al riguardo cfr. L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, cit., 427 s.; F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 957 s.

⁶² Il nostro ordinamento conosce del resto settori di mercato di beni regolati da regole particolari: cfr. al riguardo A.M.

GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004, *passim*.

⁶³ Così L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 13.

⁶⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 639 s. Il liberismo estremo si è mostrato del tutto inidoneo a fronteggiare la crisi finanziaria delle grandi banche e delle *big corporation* considerate "too big to fail". L'esperienza statunitense ha finito così col derogare perfino ad uno dei principi fondamentali delle normative *antitrust* ricorrendo al salvataggio tramite il rimbocco di denaro pubblico. Il vero è che la produzione di nuova ricchezza, un tempo affidata al capitale conferito, è divenuta ormai frutto della manipolazione del debito, con il conseguente trasferimento dell'investimento di denaro dal settore delle imprese alla finanza. Gli analisti si sono spesso chiesti perché le banche abbiano intrapreso operazioni così rischiose e la risposta è stata che le scelte erano comunque avvenute nel rispetto delle regole o il più delle volte in assenza di divieti. Insomma, facendo investimenti rischiosi con capitali presi a prestito, gli operatori hanno potuto aumentare enormemente i profitti a breve termine, con la pericolosa illusione che i debiti una volta sorti potessero rimanere non pagati, in base ad *escamotage* di ingegneria finanziaria. Ciò è avvenuto nel rispetto formale delle regole ed in sede di piena autonomia contrattuale, sulla base della errata convinzione che il principio di efficienza dei mercati dipenda esclusivamente dalla libertà e autoregolamentazione contrattuale dei mercati stessi. L'idea della sostituzione dell'autonomia privata alla regolamentazione del mercato rischia, quindi, di rivelarsi un pericoloso *boomerang* qualora l'autonomia privata venga esercitata da un'impresa troppo grande la cui attività può avere ripercussioni rovinose sull'intero sistema. Anche da questo punto di vista, dunque, la proposta di riforma dell'art. 41 cost. di cui *supra* nel testo, mediante l'inserimento di un nuovo principio fondamentale secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, rivela una pericolosa insidia.

⁶⁵ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, spec. 77 s.



strumenti di *policy*, ricorrendo a regimi di mercato alternativi a quello concorrenziale.

A tal fine è necessario, allora, scrollarsi di dosso una volta per tutte l'idea del diritto europeo come di un diritto nemico smanioso di attentare alla sovranità degli Stati membri. Ciò che va promosso, al contrario, è la loro partecipazione all'edificazione del diritto dell'Unione quale unica via per l'inveramento del modello di economia sociale di mercato, il quale richiede una presenza statale forte in grado di organizzare e indicare gli spazi entro cui si deve svolgere l'attività economica dei privati, quelli affidati alla logica concorrenziale e quelli affidati all'impegno sociale⁶⁶.

Le letture più estremiste di segno alterno sembrano perdersi al riguardo nella rincorsa in sede di politica del diritto o puramente epistemologica della disomogeneità che connota il diritto europeo, quasi dimentiche della circostanza che un antidoto esiste ed ha anche basi positive ossia il rilancio dell'azione degli Stati membri.

L'assunto trova conferma, infatti, nelle modalità di determinazione del contenuto della missione dei servizi sociali: la cui competenza spetta, in forza del principio di sussidiarietà e del Prot. n. 26 del Trattato di Lisbona, proprio agli Stati membri i quali risultano liberi sia di fissare gli obblighi e le missioni di servizio pubblico sia di conferire tali missioni ad operatori pubblici o privati o di organizzare l'erogazione del servizio in cooperazione con il settore privato, salva sempre la dimensione europea del servizio.

Le implicazioni che possono trarsi dalla suddetta esigenza di un'azione statale dall'alto riguardano in particolare anche la sterilità dei tentativi di costruire dal basso della contrattazione la risposta alle istanze sociali tramite l'intervento del giudice sulla giustizia contrattuale: il riequilibrio giudiziale delle ragioni di scambio, al di fuori delle relazioni di lavoro, tradisce, infatti, un'insopprimibile vocazione servente rispetto alla logica mercantile come dimostrano gli esempi dell'abuso di dipendenza econo-

mia e dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Il ricorso alla buona fede nel perseguimento della giustizia contrattuale è non soltanto forzata ma anche in controtendenza rispetto agli sviluppi tradizionali della clausola generale, la quale ha un'insopprimibile vocazione etico-sociale ma non vuole imporre ai privati un modello generale di scambio: il connubio tra buona fede e solidarietà, in altre parole, è nato per scongiurare approfittamenti in chiave formalistica o esercizi abusivi di libertà discrezionali e per consentire la riacquisizione di utilità ingiustificatamente perdute⁶⁷.

In altri termini, la funzione generale della buona fede è preordinata ad attuare una forma di giustizia contrattuale *nel* rapporto e non già *del* rapporto rispetto a parametri ad esso esterni. La pretesa di attuare la giustizia *dello* scambio mediante le clausole generali, e in particolar modo quella di buona fede, si pone, quindi, in contrasto con il pensiero tradizionale sorto intorno agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, in ogni caso, implicherebbe il reperimento di un parametro alla cui stregua misurare la congruità dello scambio: un parametro che non può che coincidere con le indicazioni provenienti dal mercato, le quali – ed è storia degli ultimi decenni e in maniera drammatica degli ultimissimi anni – non forniscono necessariamente criteri affidanti a causa delle note distorsioni cui il mercato medesimo è sottoposto.

A tale riguardo il recente DCFR con i suoi innumerevoli richiami ai principi e alle clausole generali rischia di sortire dei fraintendimenti sollecitando l'uso del contratto per fini ad esso ultranei quali ad es. la giustizia sociale. E così facendo, come si è già rilevato, si rischia di confondere la dimensione contrattuale del rapporto tra pari da quella statale che concerne il rapporto tra cittadino e stato: mentre la garanzia dei diritti fondamentali nel primo assume i connotati specifici dati dalla relatività del rapporto obbligatorio; nel secondo la garanzia dei diritti fondamentali assume una vocazione generale e astratta legata al dovere statale di mantenimento dell'equilibrio sociale.

Nel contratto la dimensione che altrove ho definito debole della tutela contrattuale che mira anche alla protezione dei diritti fondamentali della persona è sollecitata dall'esecuzione del programma contrattuale e finisce, pertanto, per fare corpo con esso⁶⁸. Il

⁶⁶ Cfr. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, cit., 21 s. Il modello di Stato cui si allude *supra* nel testo può essere assimilato a quello che L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, *Rel. ind.*, 1988, 25 s. definisce «neo-istituzionale». Il modello in discorso implica un tipo di intervento statale non più diretto, ma indiretto: indirizzato non a regolare con norme rigide e particolareggiate di comportamento i rapporti socio-economici, ma piuttosto a predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni sociali funzionanti come sistemi autoregolatori. È evidente la distanza dal versante neo-liberista nel quale il diritto mira ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, affidando la selezione dei bisogni e delle domande ai meccanismi neo-normativi del mercato.

⁶⁷ Cfr. al riguardo A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1175 – 1176, *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1988, 300, 314, 316 s.

⁶⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto impr.*, 2009, 619 s; *Id.*, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011.

rapporto tra persona e contratto coinvolge due piani della normatività: quella espressa dalla *lex contractus* e quella manifestata dalla rilevanza dei diritti fondamentali dell'individuo quali valori primari dell'ordinamento giuridico.

26 Sul piano della normatività, per così dire, contrattuale, la persona acquista rilievo in quanto implicata nel regolamento contrattuale o sotto il profilo dell'esposizione a specifici rischi provocati dal contratto o sotto il profilo della promozione della personalità individuale che il contratto abbia eventualmente di mira. In questo contesto, la buona fede in funzione integrativa può intervenire per colmare o correggere il regolamento là dove esso non sia in grado di perseguire appieno una o entrambe le finalità ora segnalate. La seconda dimensione della rilevanza della persona, ossia i diritti fondamentali, può acquisire rilievo nel contratto soltanto là dove si generi un contrasto tra le due dimensioni in discorso ossia qualora il rapporto contrattuale divenga luogo in cui il nucleo più intangibile della personalità umana risulti in qualche modo intaccato o non trovi piena esplicazione.

In quest'ultimo caso, i margini per l'integrazione *ex fide bona* del contratto appaiono assai scarsi e coincidono con l'ipotesi in cui la mancata valorizzazione dei diritti fondamentali sia legata a una qualche carenza del regolamento contrattuale da colmare, altrimenti non v'è altra soluzione che la declaratoria di nullità per contrasto con l'ordine pubblico.

Secondo una siffatta impostazione, non si può non riconoscere che l'orizzonte dell'azione della buona fede si colloca nell'ambito del rapporto obbligatorio, in quanto volta a regolare «rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici»⁶⁹, mentre la politica di tutela dei diritti sociali non è nella disponibilità dell'individuo, giacché essa concerne la posizione di *socius* ed è, dunque, all'apice della *societas* che bisogna guardare per rintracciare la fonte delle relative garanzie.

⁶⁹ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, cit., 49.

