

## GIUSTIZIA INDIVIDUALE O SOCIALE: FORSE UNA FALSA ALTERNATIVA?

Di Adolfo Di Majo

| 130

Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa?

**SOMMARIO:** 1. Le “diverse” giustizie. – 2. Un approccio “materializzante”. – 3. Il diritto dei consumatori. – 4. La causa in concreto nei contratti. – 5. Un approccio “materializzante” all’obbligazione. – 6. Le Wandlungen nel diritto dei contratti e delle obbligazioni. – 7.

### 1. Le “diverse” giustizie.

Nella Introduzione con cui Giuseppe Vettori ha voluto accompagnare l’incontro fiorentino il tema della “giustizia” ha un ruolo centrale.

Giustamente l’A. lamenta la “scarsa sensibilità alla teoria della giustizia” dimostrata dagli ordinamenti e dalle dottrine. Ne è responsabile il positivismo giuridico, che, si badi bene, non è solo un metodo *ma una ideologia*. Ma un diritto privo di valori presidiato dalle sole “procedure”, e/o affidato alla sola “tecnica”, è ormai “un dogma perduto”, come sostiene Vettori.

Occorre dunque riprendere un cammino, magari riannodandosi anche ad epoche trascorse, quale quella del giusnaturalismo e delle dottrine “sociali” del medio evo.

Al sottoscritto spetta il compito di approfondire l’idea di giustizia nel diritto europeo dei contratti.

Ebbene, già sull’idea di giustizia si possono avere diverse opinioni e orientamenti.

Si è così soliti contrapporre la giustizia *individuale* a quella *sociale* e ciò nel senso che la prima è la forma di giustizia che si realizza *tra individui*, la seconda è una giustizia destinata ad affermarsi nella collettività e riguarda *complessivamente* la posizione degli individui nella collettività, nel senso della eguale partecipazione ai vantaggi e alle risorse che essa somministra.

Di essa è protagonista, in primo luogo, lo Stato il quale, ad es. attraverso il *Welfare State*, provvede a

colmare le diseguaglianze sociali, consentendo che a ciascuno possa spettare una quota di vantaggi e/o di benessere, così da consentirgli la partecipazione alla vita sociale.

Esistono poi diverse nozioni di giustizia, quella *commutativa* e quella *distributiva*. Quella *commutativa* riguarda, in primo luogo, il rapporto di scambio. La si potrebbe identificare con quella Aristotelica definita *rettificatoria*.

Chi vende un bene o compie una prestazione ha diritto al suo equivalente in danaro, così come chi arreca ad altri un danno deve riparare le conseguenze in termini di compensazione. Invece, nella giustizia *distributiva* non si ha riguardo allo scambio tra equivalenti ma alla equa distribuzione delle risorse disponibili tra i consociati.

Si può altresì chiedere se l’idea di giustizia sociale possa essere realizzata attraverso la conformazione della condotta alla regola di diritto o ad una pratica d’uso.

Si è risposto positivamente, affermando che applicare le regole a tutti coloro che si trovano nella stessa posizione è parte *della giustizia sociale* (Honorè).

Si può tentare di accennare ad una prima tipologia di risposte che sono state date, avendo riguardo alle diverse forme di giustizia qui elencate.

Ebbene, al binomio giustizia *individuale* – *giustizia sociale* si è risposto negativamente (Mazzamuto, Castronovo, M. Barcellona).





Si è così enunciato che, così come il diritto nazionale, quello comunitario ed europeo non si pongono il compito, sia pure attraverso la tutela del consumatore e/o della impresa “economicamente dipendente”, di perseguire obiettivi di giustizia “sociale” bensì di assicurare il “razionale equilibrio” nello scambio e/o di evitare forme di abuso della libertà contrattuale a danno di imprese c.d. “deboli”, onde la forma di tutela della nullità, così definita di “protezione”, è pur sempre commisurata all’interesse del singolo e non a quello, più generale, della collettività.

Né diverso risultato è dato ottenere con il principio di buona fede giacché tale principio va interpretato come garanzia di valori “interni” e consustanziali alla contrattazione e non ad essa “esterni” o alternativi.

Senonché, ove si voglia guardare, come si dice, dall’alto della cattedrale (Calabresi) le risposte sarebbero assai meno sicure.

Quanto ad es. al rapporto tra giustizia *individuale* e *sociale*, il ripristino dello *statu quo* e il suo equivalente, che è il nucleo della giustizia tra individui, è, secondo taluno (Honorè), anche “un ingrediente della giustizia sociale”.

Si parla, in senso “sociale”, della giustizia insita nella “sicurezza” tra individui.

Ove si guardi ad es. alla disciplina consumeristica, si è così sicuri che anche la tutela dei soggetti del mercato (e cioè del consumatore) non sia in funzione anche di un interesse *generale, come quello del mercato* e non dei singoli individui e ciò anche allo scopo di assicurare maggiore benessere e vantaggi ai soggetti di esso, onde la giustizia non è più tra individui ma investe un arco ben più vasto?

E si è ad es. sicuri che una intesa *anticorrenziale* tra imprese petrolifere e/o assicuratrici danneggia solo il singolo imprenditore che ne è fuori e non anche i consumatori od utenti, a tal punto da esporli ad un aumento di prezzi? Le Sez. Unite della Cassazione sono state di avviso contrario (Cass. 4 febbraio 2005 n. 2207).

## 2. Un approccio “materializzante”

Ma v’è un altro percorso, più consono agli strumenti argomentativi del giurista, e che può consentire di ottenere obiettivi di giustizia non solo *formale* ma *sostanziale*.

Occorre ripensare a quel percorso contrassegnato dalla c.d. giustizia “procedurale”, che è un’altra forma di giustizia, e che si realizza con il rispetto delle procedure e/o meglio delle regole che le prevedono. Ne parla criticamente Vettori sulla sua introduzione.

Nel diritto, si può dire, tutto si riduce prevalentemente “a forma procedurale”, così da dar vita alla “c.d. giustizia procedurale”. Di “teorie procedurali della giustizia” ha parlato A. Kaufmann nel 1989. Di “giustizia” realizzata attraverso la procedura (*das Verfahren*) parla altro Autore.

Ma il riferimento ha un fondamento filosofico più nobile, è addirittura l’imperativo categorico Kantiano, secondo il quale il “giusto agire etico” ha, in ogni caso, bisogno di appoggiarsi ad una determinata “procedura” (*Verfahren*) per emergere. Ed il diritto è tradizionalmente una di queste.

Per fare qualche esempio, le “procedure” riguardano sinanco la formazione del volere delle parti, il rispetto “dei requisiti”, che sono gli elementi del contratto, la regola secondo cui ciò che il diritto assicura è che l’obbligazione possa convertirsi nell’*id quod interest* e non nella prestazione “in natura”, perché è la forma del “danno” a dominare la tutela.

Né, sotto tale aspetto, può ritenersi appagante che, ad es., sul terreno della formazione del volere e della garanzia della libertà di decisione, il controllo esercitato dal contratto risponda “ad una funzione di riscontro delle condizioni di operatività dell’autonomia privata” (M. Barcellona). In realtà, quelle “condizioni” saranno sempre deficitarie, e restano tali, se sono tributarie di modelli e/o di fattispecie (si pensi ai vizi della volontà, allo sfruttamento di posizioni abusive, alla *laesio aenormis*), che rappresentano pur sempre violazioni e/o scostamenti rispetto a regole procedurali.

Ebbene, il distacco dalle “procedure” segna un approccio diverso che, secondo un noto studioso tedesco (Canaris in un articolo sull’*Archiv* del 2000), va sotto il nome di indirizzo “materializzante” nell’approccio agli istituti giuridici (la c.d. *Materialisierung* nelle obbligazioni e nei contratti).

Siffatto indirizzo è il segno di un approccio la cui finalità non è tanto la osservanza di regole formali riguardanti ad es. la astratta formazione del volere, quanto la garanzia della *reale ed effettiva* libertà decisionale (*Entscheidungs-Freiheit*) del contraente e cioè di libertà del decidere nell’un senso o nell’altro e dove il rapporto tra gli elementi dello scambio per acquistare rilevanza negativa non ha bisogno di rompere con regole procedurali, siano esse fissate dalla legge e/o dal mercato.

Siamo anni luce distanti dai concetti di libertà e giustizia contrattuali, così come tramandati dalle dottrine e dai codici del novecento.

Il concetto di *Materialisierung* ha riferimento alla libertà contrattuale ma vista sotto l’aspetto della *reale ed effettiva* libertà decisionale (*Entscheidungs-freiheit*) del contraente, e cioè della effettiva libertà di decidere nell’un senso o nell’altro, così come anche *alla giustizia* ma vista sotto la forma



del rispetto, di “una etica materiale ispirata a responsabilità sociale”, così come insegnato da Wieacker quale *Sozialmodell dei classici codici di diritto privato* (1952).

| 132 Siffatta *Materialisierung* si contrappone ai valori “formali” su cui sono invece tradizionalmente ispirati i concetti di libertà e di giustizia contrattuali nei codici.

E’ evidente che, mentre i valori “formali” vengono assicurati dal rispetto delle procedure e delle regole ad esse orientate che presiedono alla formazione e alla costruzione del contratto, quelli “materiali” abbisognano di altri supporti.

Ad es. con riferimento alla giustizia del contratto è più che evidente come la regola minimale, secondo cui *volenti non fit iniuria*, è destinata, per tradizione, a coprire ogni divergenza e/o sproporzione tra i beni e i valori scambiati tra i contraenti.

Alla luce di questa prospettazione si è così ritenuto che, se vero che l’obiettivo della *Materialisierung* non può che far capo, anch’essa, alle regole comuni sulla impugnativa del contratto per incapacità, vizi della volontà, violazione della buona fede per usura, è anche vero che l’interpretazione delle Corti tedesche è andata bene al di là di una lettura codicistica di dette norme.

Nella recente decisione della Corte Costituzionale tedesca (BVerf. Ge 89, 214, 231), che tanto dibattuto ha suscitato, con la quale quest’ultima, nel noto caso dell’annullamento dell’obbligo fideiussorio del familiare a garanzia di membri della propria famiglia e ciò per chiama compromissione di ogni libertà “decisoria”, derivante dalla condizione soggettiva del garante, ebbe a rimproverare al *Bundesgerichtshof* di non aver preso in considerazione *la reale ed effettiva libertà decisoria del contraente*, si è ravvisato il segno evidente della *Materialisierung* della libertà contrattuale.

Secondo l’Autore che qui si riporta, ciò che la Corte Costituzionale tedesca persegue non è nulla di rivoluzionario con riguardo ai principi sulla libertà contrattuale, perché si tratta di operare all’interno del c.d. divieto di usura (*Wucher*) e della regola generale relativa alla nullità del negozio contrario al buon costume (par. 138 BGB), insistendo specialmente sul secondo elemento (di cui al par. 138 BGB) che caratterizza il divieto e cioè sull’evidente sproporzione o scompenso tra il contenuto dell’obbligazione e la reale possibilità del garante di farvi fronte. *E solo in tal modo che si garantisce, in maniera effettiva, la libertà decisionale di colui che si obbliga.*

### 3. Il diritto dei consumatori

Ma un guadagno più effettivo con il metodo della *Materialisierung* è offerto oggi *dal diritto dei consumatori* di fonte comunitaria e, più in generale, dal diritto di fonte europea.

Si è indotti ad osservare come il metodo “astratizzante” è presidiato, in primo luogo, dalla forma “della fattispecie”. La fattispecie, già nella sua origine e definizione, è una ri-costruzione tipologica di per sé già giuridica (*quale species-facti*), della realtà economico – sociale (Ascarelli).

Ebbene, nel diritto dei consumatori, il percorso è proprio quello di “oltrepassare” la fattispecie per arrivare a ciò che essa nasconde o almeno non rivela e cioè ad es. il “regolamento” sottostante. L’esempio costituito dal controllo sulle clausole “vessatorie” e sul “significativo squilibrio” da esse recato (v. art. 33 cod. consumo) è proprio il segno che qui la norma (di fonte comunitaria) “oltrepassa” la fattispecie che si identifica con l’accordo (sia pure dal posizioni asimmetriche) e va direttamente “al regolamento”, ma non già cancellandolo per nullità bensì rimodellandolo “a vantaggio del consumatore” (art. 34 cod. cons.) (Scalisi). Per tale ragione la nullità non è più definita quale sanzione ma quale rimedio “a protezione” del consumatore.

La nullità “da protezione” non può che essere definita che un rimedio a carattere *materiale* e non più formale come la nullità generale, che è a presidio delle regole organizzative della privata autonomia. Avrebbe poco senso contrastare questa novità col sostenere che anche la nullità codicistica è a “protezione” di qualcuno (A. Gentili).

Ma, del resto, che cosa v’è di più opposto o alternativo alla fattispecie (dell’accordo) che il recesso “di pentimento” nei contratti col consumatore, in ordine al quale poco vale ragionare in termini di reazione alla “sorpresa”, di cui soffre il consumatore, e così da (tornare a) giustificare il recesso con la forma del “procedimento” (Benedetti) o del rapporto tra consenso “esterno” e consenso “interno”. Il vero è che qui la vera spiegazione è nel rafforzamento della libertà “materiale” del decidere a scapito di quella meramente “formale” recata dall’accordo (Canaris). *Il recesso “di pentimento” è un vero e proprio rimedio alle lacune della fattispecie.*

Adeguate attenzione merita altresì *l’informazione*, la quale, non solo nel diritto dei consumatori ma anche *in quello europeo*, tende ad uscire “dal cono d’ombra” ove trovavasi relegata dietro l’accordo formale tra i contraenti e/o dietro la *culpa in contrahendo*, per divenire elemento *fondamentale della contrattazione*, assurgendo quasi a *regola di validità* della stessa (v. l’esempio della in-

termediazione finanziaria) (v. Trib. Firenze 19 aprile 2005 ma *contra* Cass. 19 dicembre 2007 n. 26724). L'essere informati diventa il passaggio essenziale per recuperare il significato "materiale" del consenso dato. L'esempio del "consenso informato" del paziente nelle prestazioni mediche ha portato la Cassazione a ipotizzare una "alleanza terapeutica" tra il medico e il paziente (Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847).

#### 4. La causa in concreto nei contratti.

Altro aspetto della *Materialisierung* nei contratti è indubbiamente il terreno *della causa del contratto*. Se v'è un aspetto della teoria del contratto in cui il metodo "astrattizzante" si è imposto è proprio quello della causa, così come recepita nei codici ed interpretata dalle dottrine. Nonostante il tentativo Bettiano di dare alla causa una veste "materiale", nel senso di identificarla con la funzione *economica – sociale* del negozio e/o contratto, il metodo "astrattizzante" è rimasto immutato. Come giustamente osservato da Pugliatti, il nucleo "duro" della causa è quello costituito dalla "sintesi dei suoi effetti giuridici". Di qui la difficoltà di considerare privi di causa o con causa alterata i c.d. contratti "tipici".

Ebbene, su questo terreno sortite giurisprudenziali hanno cercato di superare tale metodo, individuando una causa "in concreto" che altro non è che l'attribuzione di un fondamento "materiale" alla causa.

Nella nota sentenza sulla causa del contratto di viaggio turistico si è ritenuto che, pur nel rispetto della causa del contratto, il contratto possa essere impugnato dal turista, ove, per eventi sopravvenuti, il viaggio non possa essere più realizzato secondo le aspettative di esso. Si è cioè elevata la "finalità turistica" a "scopo concreto" del contratto (così Cass. 24 luglio 2007 n. 16315).

Una ulteriore manifestazione della "causa in concreto" si ebbe qualche tempo fa con il contratto riguardante l'effrazione subito dalle cassette di sicurezza nelle banche. Nella difficoltà di assicurare una giusta soluzione avendo riguardo alla causa "astratta" del contratto (definita mista, deposito e/o affitto della cassetta) la giurisprudenza ha individuato, sul terreno della causa in "concreto", il reale bisogno di tutela del soggetto cassettista, così da ritenere illeciti, per abuso della causa, patti e clausole tendenti a limitare la responsabilità della banca, *attraverso la definizione dell'oggetto* del contratto.

#### 5. Un approccio "materializzante" all'obbligazione.

La *materialisierung* dell'obbligazione consente di ottenere ulteriori guadagni.

Già illustri Maestri (come Mengoni) sulla scia di dottrine d'oltre Alpe, hanno considerato come parte integrante dell'obbligazione anche i c.d. "obblighi di protezione" (*Schutzpflichten*), con i quali dunque si inseriscono nella obbligazione valori ad essa "esterni" e, per definizione, "materiali" e riguardanti *la persona e le cose* del contraente. Tali obblighi segnano il superamento della storica divisione tra doveri contrattuali ed aquiliani. Essi tendono a non essere più tributari del principio di buona fede, che ne aveva segnato l'origine, per divenire elementi stabili del contratto e della obbligazione (v. oggi nel diritto riformato tedesco delle obbligazioni 2001).

Nella prospettazione di qualche Autore (Castro-novo) gli obblighi "di protezione" possono finire col l'esaurire *la sostanza* della obbligazione, riguardata come fonte di un mero rapporto con il quale l'un soggetto è messo "in relazione" con un altro (Herholz). *La "relazionalità" reca il segno della obbligazione*. E tale "relazione" non è detto che debba necessariamente avere il suo referente nella "prestazione". Un tale sviluppo corrisponde, del resto, all'allargamento delle fonti di "obbligatio", così che queste non abbiano di necessità ad identificarsi con il contratto o con il fatto aquiliano ma con più semplici "contatti", dotati di una normatività economica – sociale. Basta considerare il nuovo par. del codice tedesco con riguardo alle trattative che precedono il contratto (par. 311 BGB).

Ma la "materializzazione" ha anche altri sbocchi e manifestazioni.

E così sul terreno della tutela nei contratti di vendita (dei beni di consumo) il superamento dell'antico modello delle garanzie di romana memoria, ha condotto ad allargare l'area della obbligatorietà del contratto a carico del venditore o fornitore, così da esigere da esso comportamenti che hanno riguardo non già al puro *dare – trasferire* (la proprietà) ma al *modo di essere della cosa*, nel senso di doverne garantire la *funzionalità* all'acquirente e/o meglio il valore d'uso di essa. *Valore d'uso contro valore di scambio*.

Anche in tale contesto si è sostenuto che con i rimedi (della sostituzione o riparazione della cosa non conforme al contratto) e della loro priorità (art. 130 cod. cons.) rispetto ai rimedi tradizionali (della redibitoria e della *quanti minoris*) si è passati da una lettura "formale" e astrattizzante della obbligazione ad una "materiale" che guarda, in concreto, ai bisogni di tutela del consumatore (Mazzamuto).





Si sono così superate antiche resistenze dogmatiche (Mengoni) ad immaginare obbligazioni *al di là della fattispecie*. Oggi, questi “rimedi” sono diventati diritto “generale” nel codice tedesco (par. 439 BGB).

L’elenco non è ancora completo.

Sul terreno del risarcimento del danno da inadempiamento, il principio della risarcibilità del danno non patrimoniale non è più un limite invalicabile.

Non solo l’esempio che ci consegna il codice del turismo (della vacanza rovinata, art. 47) ma anche altri esempi possono dimostrare come l’obbligazione non è solo al servizio degli interessi patrimoniali connessi alla prestazione ma anche di quelli *non patrimoniali*. E vanno valorizzate disposizioni, come quella dell’art. 1174, che hanno riguardo allo interesse non patrimoniale del creditore. Il che significa che l’obbligazione si fa portatrice di valori o di interessi anche “esterni” e diversi da quelli recati dal contratto, e cioè “in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.). L’obbligazione dunque “oltre il contratto”. E’ anche l’indirizzo del *Common Frame* europeo, *che recupera l’obbligazione contro la Common Law*.

Così come sul terreno della responsabilità civile, la tutela della persona, e da lungo tempo, si è venuta allontanando dal modello tradizionale del risarcimento *compensativo* di valori e interessi colpiti e ciò secondo il modello aristotelico della giustizia *rettificatrice* per guardare *ad obiettivi* che trascendono la logica compensativa che governa il risarcimento per aver riguardo esclusivamente al *diritto fondamentale della persona*, in cui la “ingiustizia” del danno fa premio di per sé sulla sua risarcibilità, rendendo così risarcibile la lesione, di per se stessa, sotto l’aspetto *del danno non patrimoniale* (Cass. n. 26972/2008). Si potrà discutere solo di *pregiudizio*, e non più di danno e così ne parla la Cassazione, a tal punto da recuperare il pregiudizio anche solo “esistenziale”.

Ed anche in tal caso non è il fatto illecito, di per sé, a governare e indirizzare le *conseguenze* ma sono quest’ultime, recate dalle obbligazioni, a governare le “cause” (Mengoni).

## 6. Le *Wandlungen* nel diritto dei contratti e delle obbligazioni

Ci si può interrogare, a conclusione delle riflessioni che precedono, se nell’approccio “materializzante” è dato conseguire obiettivi di giustizia “sostanziale” nei contratti e nelle obbligazioni.

Si può rispondere, in primo luogo, che la *Materialisierung* dei contratti e delle obbligazioni ha la

sua prima fonte legittimante nelle Costituzioni degli Stati moderni e cioè in una Carta dei valori, il cui significato *prescrittivo* è ormai un dato acquisito. Quel che è certo è che principi e regole, aventi *vocazione generale*, e quindi anche al di là del diritto dei consumatori, come il rispetto dei diritti fondamentali della persona, il principio del giusto equilibrio tra vantaggi e sacrifici scambiati, quello dell’informazione quale elemento essenziale del contratto, del recesso di pentimento, quale risposta ad un accordo deficitario e quant’altro, *possano costituire la trama di un moderno diritto europeo, e ciò in senso contrario ed opposto alla “tirannia” delle procedure*.

Quanto invece alla risposta alla alternativa giustizia *individuale* o *sociale*, è da ritenere che sarebbe, codesta, una alternativa mal posta e al fondo insincera, ove si volesse caricare il contratto e l’obbligazione di un compito *politico* (e non più mercantile), come quello consistente in una migliore *re-distribuzione* delle risorse tra i consociati e cioè con forme di “solidarietà orizzontale”, mentre invece è più realistico il pensare che, per mezzo del contratto, sia pure a livello micro – economico, si possano realizzare obiettivi di una “etica materiale della responsabilità”. Un approccio, che si è definito “materializzante” ai più importanti snodi del diritto dei contratti e delle obbligazioni, va in questa direzione. Ma è, a tal punto, che la stessa contrapposizione tra giustizia *individuale* e *sociale*, con cui si è iniziata la presente riflessione, rischia di subire un drastico ridimensionamento, giacché tra l’etica della responsabilità che si afferma nel contratto e quella nella collettività non v’è più la distanza che si immagina.

Il cammino verso la giustizia “sociale” è fatto di piccoli passi. Ad essa possono contribuire le *Wandlungen* raggiungibili con gli strumenti che sono propri del giurista, così, come negli anni ’60, nella dottrina tedesca è avvenuto per il fatto illecito (Von Caemmerer).

