

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Saggi

Diritti e coesione sociale, di Giuseppe Vettori p. 89

Diritti e coesione sociale, di Giuseppe Grisi p. 96

Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente", oggi, di Francesco D. Busnelli p. 101

Concorrenza e coesione sociale, di Mario Libertini p. 117

Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa?, di Adolfo Di Majo p. 130

Solidarietà, contratto e giustizia, di Mario Ricciardi p. 135

Materiali e commenti

Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi, di
Domenica Pirilli* p. 139

Attualità

Recensione del libro di H.W. Micklitz (ed.),
The many concepts of social justice in European
private law, E. Elgar, Cheltenham, UK, Nor-
thampton, MA, USA, 2011, a cura di Giuseppe
Vettori p. 147

Persona e Mercato è una rivista fon-
data da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela Navareta; Sicilano Pagliantini; Gio-
vanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis,
Carmelita Camardi; Giuseppina Ca-
paldò; Sebastiano Ciccarello; Mas-
simo Confortini; Giovanni D'Amico;
Giancarlo Filanti; Carlo Granelli;
Massimo Franzoni; Francesco Maca-
rio; Marisaria Mangeri; Fabio Pado-
vini; Maddalena Rabitti; Antonio
Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo
Zatti; Massimo Zuccho.

Segreteria: P.zza San Marco 5,
50121 Firenze.

E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in
data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco del-
la stampa periodica curato dal Tribunale
di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riserva-
ti, comprese le rappresentazioni grafiche
ed iconografiche. Ogni riproduzione, an-
che parziale e qualunque sia il formato e
il supporto, è vietata, tranne per uso pri-
vato senza alcuno scopo commerciale.
Sono consentite, inoltre, le citazioni a
titolo di cronaca, studio, critica o recen-
sione. In ogni caso, l'integrità dei docu-
menti riprodotti dovrà essere rispettata e
la riproduzione, anche parziale, dovrà
essere accompagnata dall'indicazione
della fonte.

Hanno collaborato a questo numero:
Francesco Donato Busnelli; Adolfo Di
Majo; Giuseppe Grisi; Mario Libertini;
Domenica Pirilli; Mario Ricciardi; Giu-
seppe Vettori.

* Saggio sottoposto a valutazione da parte
di un membro del Comitato dei Revisori.

DIRITTI E COESIONE SOCIALE **Presentazione del numero**

Il numero raccoglie una parte delle relazioni svolte nel Seminario fiorentino dell'8 giugno 2012, promosso nell'ambito di una ricerca finanziata dal MIUR.

I due interventi introduttivi, già pubblicati nella Rivista, sono riprodotti per dare un minimo di ordine ad un dialogo destinato a proseguire sui temi del progetto. L'attuazione di regole e principi espressi nell'ordinamento interno e comunitario, le strategie di uscita dalla crisi, il dibattito sul metodo positivo e sul ruolo del giudice e della legge in questo momento storico.

Di tutto ciò il lettore troverà traccia in questo e nei prossimi fascicoli e potrà partecipare al dibattito utilizzando il seguente indirizzo mail, info@personaemercato.it

Giuseppe Vettori



Saggi

trolli comunitari sul contenuto del contratto del consumatore e delle imprese non è inteso affatto a modellizzare lo scambio, ma ha voluto piuttosto disciplinare lo scambio, sicché l'istanza etico-politica può essere al più considerata un "motivo" tra gli altri di un modello di regolazione espresso dalle sole esigenze del mercato. Ciò esige una replica.

La giustizia nel diritto dei privati non coincide con le istanze sociali che esigono un atto politico di bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati.²⁸ Tale accezione indica solo l'esigenza che anche nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità con uno sforzo di aggiustamento e un rischio di inesattezza che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che esige solo di spingersi sempre alla ricerca di "ancora di più e di...ancora oltre"²⁹, nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità.³⁰

Con quel termine, oggi come in passato, si può solo correttamente indicare una necessaria riflessione sulle tutele e gli istituti che possono adattare e correggere il regolamento in un dato sistema di fonti che deve essere ricostruito con una visione sistemática, tenendo conto delle clausole generali e dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti. Mutano insomma i tratti dell'ordine giuridico, dall'età dei codici alla complessità post-moderna, ma non muta l'esigenza di correzione e di adattamento delle regole e delle tutele.

Alla base delle diverse opinioni sulla "giustizia", a ben vedere, c'è una diversità di analisi del diritto. Il contrasto è spesso fra un metodo positivista rivendicato come un'identità da difendere (o ripristinare) e una diversa attenzione alle istanze di protezione che un semplice invito agli elementi di

perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati v. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit.

²⁸ H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit. p. 659 ss.

²⁹ J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28. "Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere che essa può esigere ancora di più e andare oltre". "Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti" (p. 58). "La giustizia si fa sempre in funzione degli altri" (p. 59)

³⁰ G. VETTORI, *Giustizie e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 53 ss.

struttura di un accordo non è capace di soddisfare. Il problema concerne dunque la necessità di fissare il significato e il criterio integrativo che la formula propone. A ben vedere essa si riferisce ad un principio che si può concretizzare attraverso norme e clausole generali relative ai comportamenti e agli atti³¹. Si tratta di indicare come quel principio e quelle clausole possono rendersi operative. Ebbene la buona fede, l'abuso di diritto *l'exceptio doli* sono strumenti di valutazione dei contegni cui fanno riferimento gli articoli 1337,1366, 1375 del codice civile italiano e il Par. 242 del BGB. La norma sulla equità correttiva, la causa, la disciplina delle sopravvenienze consentono di incidere sul regolamento negoziale. I giudici nazionali sono chiamati ad attribuire un significato a quei parametri indeterminati sotto il controllo di legittimità interno e comunitario affidando uno specifico ruolo sul punto alla Corte di Giustizia³². Spetterà alla legge nazionale e comunitaria segnare i criteri direttivi.

Il volume di Hans Micklitz indica a tutti le coordinate per la loro attività.

DIRITTI E COESIONE SOCIALE. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012.

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. La ragione di un contrappunto. – 2. Dimenticare e ricordare. – 3. Verità e giustizia: oltre il positivismo. – 4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.

1. La ragione di un contrappunto.

Negli ultimi mesi le Istituzioni nazionali e comunitarie hanno posto al centro della loro azione una finalità primaria.

IL Capo dello Stato ha più volte richiamato la necessità di coesione come premessa per una ripresa di fiducia e di credibilità internazionale dell'Italia. Il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha aperto la Relazione annuale invitando tutti ad uno "sforzo straordinario di coesione e di azione all'interno di una dimensione europea della giustizia italiana". La Commissione europea, seguendo le indicazioni del Progetto redatto da Mario Monti, si propone di potenziare il Mercato Unico con robuste iniezioni di coesione dinamica. D'altra parte i disagi e le iniquità, generate dalla crisi in ogni parte dell'Europa, fanno emergere con forza i limiti di tenuta dei legami sociali¹.

Studiosi ed operatori non possono eludere questa sollecitazione e sta in ciò la ragione di una riflessione comune fra l'Università, le Professioni, la Magistratura in questo momento delicato della nostra storia.

¹ E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2011*, Roma, 2012, in www.cassazione.it

² V. P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 245 (www.personaemercato.it).

Le motivazioni sono evidenti.

Le analisi economiche scandiscono la fine dell'idea dell'autosufficienza dei mercati e la necessità di ripensare un ruolo delle Istituzioni per ripristinare la legalità contro un potere economico e finanziario che ha condizionato il potere legislativo e moltiplicato a dismisura le disuguaglianze.

La storia italiana ed europea degli ultimi quindici anni pone in luce l'urgenza di una nuova dialettica fra Politica, Economia e Diritto per attuare finalità primarie in modo inedito. Ed è chiaro il perché. I diritti e i doveri sanciti nell'articolo 2 della Costituzione non sono il fondamento immobile di un ordine preconstituito, ma debbono essere riconosciuti e fissati come propri da ogni generazione.

Non credo, come è stato detto, che i giuristi siano responsabili per una massiccia funzione conservatrice. Certo è che il quadro valoriale del primo dopoguerra è mutato per una serie di fattori evidenti.

³ E. GALLI DELLA LOGGIA e A. SCHIAVONE, *Pensare l'Italia*, Torino, 2011, p.71 ed ivi E. GALLI DELLA LOGGIA, che si esprime così: "in questa funzione conservatrice, gli intellettuali letterati sono stati sicuramente eguagliati anzi sopravanzati da un altro ceto intellettuale, quello dei giuristi, e in particolare dei costituzionalisti. I costituzionalisti sono diventati una specie di vestiti dell'esistente, e dunque carissimi in genere al ceto politico tradizionale".

In passato la funzione distributiva aveva avuto come riferimento la stessa generazione. Adesso lo sviluppo del Welfare è condizionato da una logica molto diversa. Il valore ordinante della persona e i diritti sociali sono sottoposti a nuove sfide. Ci sono diritti che debbono essere garantiti comunque⁴, a diritti che debbono essere garantiti economicamente, ma prescindere da qualsiasi valutazione economica, ma sono diritti che fanno emergere un costo di opportunità che esige un nuovo equilibrio fra efficienza ed equità.

Gli economisti indicano alcuni segni. Il criterio della misurazione del benessere non è solo il PIL, ma il concorso di altri parametri come la sanità, l'istruzione, i servizi, l'ambiente, le garanzie del lavoro. D'altra parte la garanzia dei diritti dipende dalla spesa pubblica finanziata da nuove entrate e da una crescita del Prodotto interno lordo. Da qui il problema di come garantire crescita e diritti.⁵

Le Istituzioni europee fissano l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita equilibrata e un' *economia sociale di mercato altamente competitiva*. Come si è osservato non si tratta di una formula vuota, ma di una clausola generale che deve essere tradotta in principi e regole operative con il concorso di tutte le scienze sociali.⁶

La Politica deve essere capace di dare un contenuto precettivo ad una formula debitrice di diversi modelli, dall'ordo-liberalismo tedesco, al liberale economico, alla Dottrina sociale della Chiesa.⁷

⁴ v. Conte Costi, 16 dicembre 2011, n. 329 (rel. Grossi) che dichiara illegittimo l'art. 80, comma 19, L.23 dicembre 2000, n.388 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione ai minori extracomunitari, legittimati nel territorio dello Stato, dell'indennità di frequenza, la quale si iscrive nel novero delle provvidenze pensionistiche a favore di minori disabili in condizioni disagiate e si tratta, dunque, di uno strumento di ausilio e di assistenza a una categoria "debole" integrante un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di "bisogni primari" meriti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare".

⁵ A. MISTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Persona e mercato*, 2, p. 147 ss. (www.personaemercato.it) ed ivi le opinioni riferite di Mario Libertini e Alessandro Petreto.

⁶ v. sul punto S. GRUBBIONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; Id., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, in part. p. 227; Id., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato concorre*, 2004, 1, p. 75 ss.

⁷ v. sul punto W. ROPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*. Con introduzione di S. COTELLESA, e prefazione dal titolo *Libertà e responsabilità: il paradigma di un nuovo progetto editoriale di L. Ornaigi e A. Quadro Curzio*, Il Mulino, 2004; AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, a cura di A. Gigliobianco, con prefazione di M. Draghi, Roma-Bari, 2011; *Compendio di dottrina sociale della Chiesa*, 2004; e l'Enciclopedia di Benedetto XVI *Caritas in veritate*, 2009; su di essa di recente l'analisi di E. BERSELLI, *L'economia giusta*, Torino, Einaudi,

Sarà decisivo il ruolo dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni europee nel dettare e imporre linee nuove all'azione dei governi, ma sarà altrettanto decisivo il ruolo della giurisprudenza e della Scienza giuridica nell'attivare processi di consapevolezza e di sviluppo che non si è saputo, negli ultimi venti anni, promuovere o solo incentivare.

La coesione, insomma, si basa su una dimensione verticale di fiducia in Istituzioni capaci di assicurare eguaglianza ed equità nei rapporti sociali e su di un rinnovato rapporto di cittadinanza da ripensare con il contributo di tutte le scienze sociali, le quali indicano tutte un percorso.

2. Dimenticare e ricordare.

Da fonti molto diverse si traggono indicazioni forti.

La parabola evangelica (Matteo 13.44-52) parla di un padrone di casa che estrae dal suo patrimonio cose nuove e cose antiche e che è pronto a cedere tutto per conquistare un tesoro nascosto. Il Segretario fiorentino, in un lunga lettera, ricorda che "gli uomini hanno successo o meno se il loro ingegno e la loro fantasia, e quindi il loro modo di operare, si adatta alla natura dei tempi e delle cose".

I Grandi del novecento ci hanno insegnato che l'essere "è la temporalità storica entro cui l'uomo ha una posizione e un progetto", e ci mettono in guardia contro l'eccesso di storia che non si può subire, perché si deve costruire il proprio futuro dimenticando e ricordando insieme, come ogni essere vivente che ha bisogno di luce e di ombre.⁸

Ebbene che cosa dobbiamo dimenticare, quale cultura e quali concetti sono alla base delle difficoltà del presente, quale è (se esiste) il tesoro nascosto da ricercare? Quale natura delle cose occorre seguire per essere in sintonia con i tempi? Quale pietra preziosa può giustificare la rinuncia a molto di ciò che ci è più familiare?

Mi limito a cogliere qualche segno di questo percorso.

2010; da ultimo B. SORCE, *Introduzione alla dottrina sociale della Chiesa*, Queriniana, 2^a ed., 2011.

⁸ M. VIROLI, *Il sorriso di Niccolò. Storia di Machiavelli*, Roma-Bari, 1998, p. 93 ed ivi il riferimento alla lettera a Giovan Battista Sederini in *Opere*, a cura di F. Gaeta, Torino, 1984, vol. III, L. 241.

⁹ V. da ultimo sulla costruzione di una identità e sul rapporto fra memoria ed oblio E. SIVOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, p. 57 e il richiamo a F. NIETZSCHE, *Sull'umanità e il danno della storia per la vita*, Milano, (rist.) 1991; ma v. anche P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio. Otto saggi di storia delle idee*, Bologna, 1991.

dell'Unione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice". Il riconoscimento sostanziale così si salda ad una disposizione processuale e l'opportunità concreta di accesso al mercato e ai servizi d'interesse economico generale, diviene un diritto fondamentale munito di uno strumento di attuazione rimesso al legislatore e al giudice nelle loro rispettive competenze.

Ciò conduce ad una conclusione importante. Quale che sia il significato che si attribuisce al concetto di giustizia nel diritto dei privati con essa non si può intendere niente di più e niente di meno di ciò che, oggi, l'ordinamento interno e comunitario riconosce ai cittadini e ai contraenti fornendo tutele contro le asimmetrie, dando rilievo a clausole generali per la valutazione di contegni e garantendo diritti e doveri fondamentali da valere come limiti alla libertà economica e negoziale. Con il contratto non si possono certo attuare obbiettivi e finalità di giustizia sociale che dovranno essere realizzati pienamente dagli Istituti di Welfare nazionali e comunitari. Ma gli atti e i comportamenti dei privati sono conformati dai principi e dalle regole da attuare in un contesto diverso da quello esclusivamente nazionale. E ciò ben oltre la posizione del consumatore o dell'impresa debole²⁰. Ricordo solo alcuni aspetti che sono emersi nella dottrina italiana.

L'attenzione che si è prestata al tema ha avuto varie sedi e occasioni. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale sia "un nodo irrisolto del diritto privato italiano tra Otto e Novecento"²¹ ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi giurisprudenziali in tema di clausole vessatorie, di patti sponsoriatamente gravosi, di interessi usurari e di sopravvenienze, tutti uniti dal "filo rosso comune" della difficile soluzione di istanze di equilibrio e di protezione, in presenza di principi cardine dell'individualismo e della dottrina classica del contratto, come il *pacata sunt servanda* e la forza di legge del contratto. Le risposte, diverse, che giudici e giuristi forniscono a quei problemi, in quel contesto storico, affrontano tutte, con diversi risultati e diversa sensibilità²², il tema della eguaglianza e dell'equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale²³ che atte-

²⁰ G. VITTORI, *Contract without numbers and without additives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERCL*, 9, 2013, pp. 221 ss.

²¹ G. CHIODI, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss.

²² G. CHIODI, parla di "un dissidio, una dialettica, di una tensione esplicita e latente che pervade tutte le sentenze", op. cit., p. XXXIV.

²³ G. CHIODI, op. cit., p. XVIII. Di fronte alle chiusure di alcuni che ribadiscono la forza privata del contratto e i limiti

sta l'esistenza di un problema. L'utilizzo, discusso e discorde, di tutele e istituti (vizi del consenso, rescissione, buona fede, causa, ordine pubblico e buon costume) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e alla intangibilità dell'accordo.

Nella seconda metà del '900 tutto ciò è descritto in modo chiarissimo in Francia in un saggio²⁴ famoso, anche nel titolo, e in Germania in un'opera²⁵ che ha sollecitato la dottrina a ripensare le fondamenta del diritto privato. In Italia, con l'inizio del nuovo secolo, il riferimento alla giustizia contrattuale è rimerso, in un contesto normativo profondamente mutato, ma le posizioni in dottrina e giurisprudenza restano ancora distanti²⁶. Si è criticato il significato non giuridico del termine²⁷, osservando che i con-

dell'intervento del giudice chiamato a custodire il dogma della volontà e i valori originari del codice (del 1865) c'è chi al contrario rivendica per il giudice e per l'interprete il potere di "ordinare il rispetto dei patti contrattuali con i canoni della buona fede, dell'equità del buon costume, in un tutto organico ed armonico", p. XXXVIII

²⁴ J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contractis*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

²⁵ L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, (1977) trad. it. di M. Graziadei, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 1990, p. 98

²⁶ mi permetto di richiamare, G.VETTORI, *Autonomia privata e contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinari*, Milano, 2005, p. 83ss.; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Rev. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; Id., *Diritto europeo dei contratti*, in *Rev. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss., ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rev. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; Il Manifesto intitolato "Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto", pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, Cedam, 2005, e in *Rev. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. Scalis, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 337 ed un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Milano, 2013.

²⁷ v. da ultimo M. BARCELLONA, *Clausole contrattuali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 257 ss. Id., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione. Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Rev. dir. priv.*, 2008, 1, p. 33 ss., e in part. 50 "con i controlli sul contenuto del contratto del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto ma ha voluto, piuttosto, mercantilizzare lo scambio". Tali considerazioni terminano con la conclusione, scottata, che nella disciplina comunitaria "L'istanza etico-politica può giocare come un "motivo" tra gli altri di una disciplina che ha la sua causa immanita tutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato, con quel che ne segue sul piano della sua corretta rappresentazione ed interpretazione". Ciò esige due repliche in breve. La giustizia del contratto esula sempre da concezioni etiche e si incontra sulla ricerca di limiti all'autonomia e di rimedi privati che sono ragionevoli e giusti in un certo ambiente e in una certa epoca. La sua accettazione non interessa neppure l'idea di giustizia sociale che esige un bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva



In secondo luogo obiettivi di giustizia sociale possono essere assicurati tramite il *private enforcement*, che offre una forma di tutela diretta per compensare le vittime che hanno dovuto sopportare un danno connesso alla violazione di norme sulla concorrenza.

Il Libro bianco della Commissione ha infatti recentemente confermato che la finalità del *private enforcement* è la piena compensazione e riparazione di tutti i danni sofferti dalle vittime di pratiche anticoncorrenziali. Tanto che esso chiaramente indica nella *corrective justice* l'obiettivo primario del *private enforcement*.

Tuttavia, come ricorda K.J. Cseres, l'accesso dei consumatori ai rimedi civilistici è limitato dalla complessità di fattori legali ed economici che impongono seri ostacoli alle iniziative individuali: gli alti standard probatori richiesti, le difficoltà nel calcolo dei danni, i costi del contenzioso, le regole per l'accesso, soprattutto se rapportati ad un valore spesso esiguo della controversia, generano infatti significative barriere che impediscono ai consumatori di rivolgersi alle corti nazionali. Sicché per incentivarli al meglio le domande dei consumatori occorrerebbe sviluppare forme di ADR o le azioni collettive.

Le sanzioni penali costituiscono l' *ultimum remedium* per le violazioni più gravi delle norme sulla concorrenza e possono direttamente perseguire obiettivi di *retributive justice*.

Difatti, quando le sanzioni amministrative sono troppo basse, gli imprenditori reputano conveniente infrangere la legge considerando tali sanzioni come il costo da sopportare per tenere condotte anticoncorrenziali. Tanto è vero che i fattori dell'introduzione delle sanzioni penali nell'ambito del diritto della concorrenza basano principalmente le loro teorie sugli effetti deterrenti introdotti da tale tipo di sanzione.

In conclusione si può dire che K.J. Cseres, muovendo da una lettura estensiva della *social justice*, comprensiva anche della *economic justice*, cerca di dimostrare che la disciplina della concorrenza può garantire anche obiettivi di giustizia sociale, perlomeno in via indiretta, tramite regole e rimedi volti a garantire a tutti i soggetti del mercato parità di accesso, uguali possibilità di partecipazione e uguali opportunità, in modo che tutti possano godere dei benefici di un mercato ben funzionante.

Tuttavia, la stessa Autrice deve ammettere che sia sotto il profilo degli obiettivi generali che sotto quello della disciplina sostanziale, il diritto della concorrenza non dà molto spazio in via diretta alle considerazioni e valutazioni di giustizia sociale, mentre la situazione è ben diversa se si osservano le regole procedurali del diritto della concorrenza, che,

secondo l'Autrice, sono formulate in termini maggiormente aperti e si prestano più agevolmente a realizzare anche la *social justice*, in quanto consentono la partecipazione anche ai terzi (e in primis ai consumatori) nei procedimenti di *public* e *private enforcement*, consentono la riparazione dei danni subiti dalle vittime delle pratiche anticoncorrenziali, garantendo così la giustizia correttiva, e, in certi Stati, perseguono anche obiettivi di giustizia retributiva tramite l'applicazione di forme di tutela penali.

6. L'idea di Hans-W. Micklitz e le sue implicazioni sulla giustizia contrattuale.

Il Nostro autore, come si è detto, ha una visione forte del diritto europeo, frutto di interventi regolatori che esprimono valori e rimedi in netto contrasto con le categorie e i fondamenti della modernità giuridica. La evoluzione delle fonti comunitarie è netta ed è colta con grande lucidità.

Si pone in luce il ruolo determinante della concorrenza che trascorre con il Trattato di Lisbona da unico e autonomo pilastro per il potenziamento del mercato a strumento che assieme ad altri, affrontano in modo diverso dal passato, il significato e il fondamento della autonomia contrattuale dei privati.

La mano visibile del legislatore corregge la logica pura della libertà di contratto almeno con due scelte forti. Il diritto antidiscriminatorio che interviene ad ogni aspetto delle relazioni fra privati e il diritto di accesso al mercato che consente ad ogni persona una opportunità concreta e realistica di accedere ai servizi d'interesse economico generale.

Si può discutere se ciò sia un riconoscimento finalizzato solo ad un ottimale funzionamento della dinamica del mercato, ma il significato di alcune norme della Carta di Nizza-Strasburgo è preciso. Nell'articolo 36 si riconosce e rispetta, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale, l'accesso ai servizi d'interesse economico generale. Il richiamo a quanto previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, non oscura il riferimento al fine di interesse generale che si intende perseguire. La coesione sociale e territoriale dell'Unione. La *ratio* va ben oltre la logica commutativa di un atto dei privati e fra privati. L'Unione intende realizzare tramite l'accesso una più forte integrazione e una finalità di giustizia distributiva che trascorre dal diritto pubblico alla giustificazione causale dell'atto di autonomia e alla valutazione di liceità dei conteggi che o-stacolano o limitano tale accesso. Una conferma si trae da un'altra disposizione.

L'art. 47 prevede espressamente che "ogni persona, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto

Il rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese nel 2011¹⁰ fotografa una società fragile perché scossa dalla crisi finanziaria globale e dal debito pubblico, isolata nell'Unione europea, nelle alleanze occidentali, nei mutamenti nel Nord Africa, nelle strategie dei paesi emergenti dell'economia mondiale e eterodiretta dalle agende fissate a Bruxelles. Un paese che ha concentrato il potere decisionale in basso nei meccanismi spontanei del mercato e in alto "negli organismi apicali del potere finanziario", con un esito scontato senza un'inversione di rotta e di sviluppo che non può essere certo affidata ai poteri finanziari. "Perché lo sviluppo si fa con energie, mobilitazioni, convergenze collettive, quindi soltanto se si è in grado di fare governo politico della realtà".

Le risposte alla crisi sono state diverse e articolate fra una minoranza attiva e dinamica pronta alla sfida imprenditoriale, coloro che si sono rifugiati in un mondo chiuso e limitato più adatto ad una alta qualità della vita, un ceto medio impoverito dalla incombente vicinanza della povertà, una fascia marginale sconvolta.

L'uscita dalla crisi passa nell'analisi del Censis da due fattori su tutti.

Da un lato la ripresa di una linea evolutiva fortemente ancorata all'economia reale¹¹.

Dall'altro, l'arricchimento dei rapporti sociali mediante più "articolazione e più relazione" nella gestione del Welfare pubblico, nelle relazioni umane ad ogni livello, nella "tenuta di tutti soggetti intermedi portatori di interessi o di istanze civili". Il tutto con il potenziamento di "nuove sedi e meccanismi di rappresentanza" dove si possa contribuire a vari livelli a riempire il vuoto lasciato dalla "polarizzazione fra il mercato e il soggettivismo etico ad esso connaturale e la verticalizzazione generata dalla finanza. Nuove forme, dunque, di rappresentanza, sociale e politica interpreti di una nuova etica pubblica e di un dinamismo sociale inedito.

Il dato statistico dell'analisi sociologica ha un segno positivo. Indica una "responsabilità collettiva pronta a entrare in gioco, come spesso è accaduto

¹⁰ V. Censis, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, Roma 2012, e i Comunicati stampa su www.censis.it

¹¹ La nostra crescita dell'ultimo mezzo secolo è stata il frutto di processi di sviluppo della soggettività individuale (iniziativa imprenditoriale di piccola e media dimensione, vitalità delle diverse realtà territoriali, coesione sociale, forza economica e finanziaria delle famiglie, diffusa patrimonializzazione immobiliare, radicamento sul territorio del sistema bancario, responsabile copertura pubblica e privata dei bisogni sociali); fattori ancora essenziali per superare la congiuntura negativa e il declino. "Potremo superare la crisi attuale se, accento all'impegno di difesa dei nostri interessi internazionali, sapremo mettere in campo la nostra vitalità, rispettarne e valorizzarne le radici, cercare le ulteriori direzioni di marcia".

nei passaggi chiave della nostra storia nazionale". C'è un'alta percentuale di italiani pronti a sacrificare la propria dimensione individuale, resiste il senso della famiglia, la tradizione religiosa, l'amore per il bello. C'è una chiara visione dei fini. Riduzione delle disuguaglianze economiche, moralità onestà e rispetto degli altri, sdegnato per l'evasione fiscale.

3. Verità e giustizia: oltre il positivismo.

Le difficoltà del presente inducono dunque a percorrere molti sentieri. Occorre superare confini e steccati, essere capaci di apprendere e di riconoscere. I segni in tutte le scienze sociali sono evidenti.

Il pensiero filosofico, dopo il ripudio delle narrazioni e l'esaltazione della interpretazione, torna a interrogarsi sui fatti e su una verità non offuscata necessariamente da un'Autorità o da una questione di potere¹², non fosse altro perché nell'epoca del postmodernismo l'abbandono di ogni fondamento ha liberato la tecnica da ogni limite assoluto sino a rovesciare il rapporto con la politica e l'economia. È apparso a molti, insomma, che il tramonto della verità è stato anche il tramonto della vera politica e della vera economia.

Ciò interessa anche il diritto dei privati.

La scarsa sensibilità alla teoria della giustizia ha precluso a molti di "attingere alle dee di un programma di ricerca che ha prodotto, negli ultimi cinquant'anni, una fertile ibridazione tra filosofia politica, teoria economica e diritto che ha dato e continua a dare risultati di grande rilievo"¹³.

A ben vedere le diffidenze nei confronti del tema è dovuto in gran parte alla perdurante fortuna del positivismo giuridico, in un momento storico, in cui tale metodo è del tutto inadatto a comprendere la realtà.

In un corso di lezioni del 1962¹⁴ Bobbio ha fissato i caratteri fondamentali di quella teoria, la quale considera il diritto come fatto e non come valore; priva la *regula juris* di qualsiasi connotato valutativo; considera la legge fonte preminente e la norma un comando; si fonda sull'idea di coerenza e com-

¹² V. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; H. PUTNAM, *Philosophy in an Age of Science*, a cura di M. De Caro e D. Macarthur, Cambridge, Mass., Harvard University Press; e il recente convegno svolto a Bonn il 26 e 27 marzo 2012 dal titolo *Prospects for a New Realism in www.new-realism.de*

¹³ V. il volume curato da M. RICCARDI, *L'ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, EGEA, Milano, 2010, p. VI ss.; Id., *Le molte virtù della giustizia*, in *Sol24ore*, 1-4-2012.

¹⁴ N. Bobbio, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dottor. Nello Morra*, Giappichelli, Torino, 1963.



pletezza dell'ordinamento; professa un'idea meccanicistica dell'interpretazione. La conclusione è chiara.

Il positivismo può essere considerato come un certo modo di accostarsi allo studio del diritto, una certa teoria e una precisa ideologia del diritto.

D'altra parte sin dalla metà degli anni sessanta Dworkin¹⁵ ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse. La risposta ai suoi critici dopo trenta anni è del tutto convincente. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità della regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo che è tuttora accolto da molta parte della dottrina.

Ne è prova il Dialogo, all'inizio del nuovo millennio, fra Irti, Severino e Mengoni¹⁶.

Irti e Severino avevano opinioni diverse sul ruolo della tecnica¹⁷. Il filosofo pensava ad essa come la potenza più forte, capace di dominare la storia dell'occidente. Irti affermava il primato del diritto che ha scopi e fini a differenza della prima. Entrambi erano d'accordo su di un punto. Il diritto coincide con la norma. Ha un valore procedurale e non di contenuto. Non è espressione del giusto o del vero.

Fra i due si inserì la voce forte di Luigi Mengoni per affermare diverse premesse di Teoria generale. Nel suo saggio si rifiutò il positivismo radicale che esalta la sola legalità del procedimento, come recipiente capace di accogliere qualsiasi contenuto. Si distingue questa idea radicale dal positivismo di matrice Kantiana, discendente dalla Pandettistica tedesca e da Savigny, per un motivo chiaro. Nell'ottocento il "sistema operava con categorie logiche e neutre, ma in esse erano cristallizzati i valori del giusnaturalismo moderno" (della società borghese e cristiana) che per buona parte del secolo scorso hanno consentito un controllo di coerenza delle leggi con la razionalità e finalità ultima dell'ordinamento¹⁸.

Mengoni spinge entrambe le versioni. La prima perché l'indifferenza ai contenuti lascia solo l'uomo nel creare dal nulla il discrimine fra bene e male, fra giusto e ingiusto. La seconda perché il si-

¹⁵ R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed. Paolina, Bologna, 2010, p. 37 ss.; R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

¹⁶ N. IRTI, (a cura di), *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.

¹⁷ V. il loro Dialogo su *Diritto e Tecnica*, in *Contr. impr.*, 2001.

¹⁸ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, op. cit., p. 5.

stema positivo basato sui valori del tempo era compatibile con una società omogenea e concorde su un blocco di ideali incontrastati, ma non con una società pluralistica, dinamica e complessa come l'attuale¹⁹.

Per essa la sua risposta è una sola. Il sistema costituzionale che ha stabilizzato il punto di vista morale all'interno del diritto positivo, sicché i "principali morali incarnati nella forma dei diritti fondamentali appartengono al diritto e alla morale, ma sono soggetti ai modi, alle procedure e ai vincoli della argomentazione giuridica".

Ebbene dopo dieci anni dalla morte di Mengoni la dottrina è ancora spaccata a metà fra chi crede che il diritto abbia un fondamento oggettivo di valori e chi nega tutto ciò, affidandosi alle norme, alla volontà politica e alle ideologie.

L'impressione è che sia necessario una fase di riconoscimento delle ragioni reciproche al fine di tessere un legame che muova da alcuni dati condivisi e il tema della giustizia può offrire un terreno di dialogo se si eviti di rimuoverlo dalla dimensione giuridica e si tenti di tematizzarlo e utilizzarlo in una dimensione tecnica e non solo sapienziale.

4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.

Negli ultimi dieci anni la letteratura sul tema è stata molto ampia, ma sono stati diversi il metodo, i risultati, l'individuazione del soggetto (legge o giudice) destinatario e protagonista dell'istanza di giustizia²⁰.

Si è ribadita la scontata distinzione con l'idea di giustizia sociale caratterizzata da interventi di solidarietà che trascendono l'ambito delle operazioni negoziali. Si è insistito su di un intervento volto a riequilibrare posizioni individuali che per loro natura competono alla legge e non al giudice. Si è mostrato fastidio verso una valutazione che può solo rappresentare "il fine a cui tende il diritto" e dunque un "valore esterno al sistema giudiziario"²¹.

¹⁹ L. MENGONI, op. cit., p. 6.

²⁰ V. per una brillante sintesi e ricostruzione V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi/fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 337ss.; mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; Id., *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, Regole e Principi ordinari, Milano, 2005, p. 83 ss.; Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 223 ss.

²¹ V. naturalmente le classiche opere di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982; Id., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, a cura di E. Kelly, Milano, Feltrinelli, 2002; e da ultimo M.

giustizia distributiva quando prevede che i consumatori debbano ricevere una equa parte del guadagno di efficienza generato da accordi restrittivi della concorrenza, e in secondo luogo nell'art. 102 TFUE, che nel disciplinare l'abuso di posizione dominante fa riferimento al giusto prezzo e a condizioni contrattuali eque.

Quanto all'art. 101, c. 3, TFUE, l'Autrice ricorda che nel passato la sua estesa ed ampia formulazione ha reso possibile bilanciare i valori della concorrenza con altri obiettivi di natura diversa.

Fino a maggio 2004, il Regolamento 17/62 attribuiva infatti alla Commissione il monopolio nell'applicazione dell'attuale art. 101, c. 3, con un considerevole margine discrezionale.

La Commissione, pertanto, nell'applicare la norma in questione ha potuto prendere in considerazione anche interessi non strettamente connessi con la concorrenza, come ad esempio quelli ambientali, culturali, di salute pubblica e occupazionali.

Oggi però ciò non è più possibile. In coerenza con il Libro bianco sulla concorrenza del 1999 e con le Linee guida sull'applicazione dell'art. 81, c. 3 del 2004, l'oderno art. 101, c. 3, TFUE è infatti interpretato in termini più strettamente economici.

Come sottolinea K.J. Cseres, il Libro bianco ha al riguardo chiarito che lo scopo dell'art. 101, c. 3, non è quello di escludere il divieto di intese restrittive della concorrenza in ragione di considerazioni politiche; nel mentre le Linee guida hanno ulteriormente specificato che solo criteri economici possono essere presi in considerazione in occasione dell'applicazione in questione. E il par. 42 delle medesime Linee guida ha statuito che gli "obiettivi perseguiti da altre previsioni del Trattato possono essere presi in considerazione solo fino al punto in cui possano essere sussunti sotto le quattro condizioni dell'art. 101, c. 3".

Pertanto, secondo K.J. Cseres, si può concludere che gli obiettivi di carattere non economico possono essere perseguiti nel rispetto della norma in esame solo se si traducono in benefici economici che soddisfino le condizioni poste dalla norma stessa.

Nell'ambito dello studio condotto da K.J. Cseres ancor più interessante potrebbe allora apparire, almeno a prima vista, l'art. 102 TFUE, che vieta l'abuso di posizione dominante consistente "nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque".

Tuttavia, la caratteristica principale di questa norma risiede nella sua scarsissima applicazione: l'attenzione della Commissione, nell'applicazione dell'art. 102 TFEU, si è infatti incentrata esclusivamente sulle pratiche abusive escludenti (come per

esempio quelle consistenti nell'applicazione di prezzi predatori sotto-costo) e non sulle pratiche di sfruttamento (consistenti per esempio nell'imposizione di prezzi non equi perché eccessivamente elevati).

La ragione di ciò è data dal fatto che sanzionare pratiche abusive di sfruttamento implicherebbe l'elaborazione di giudizi riguardanti l'equità dei prezzi praticati dalle imprese dominanti; il che, oltre ad essere estremamente difficoltoso ed opinabile, renderebbe l'attività della Commissione molto simile a quella di un'autorità di vigilanza e di regolamentazione del mercato, snaturandone la funzione di autorità garante del libero mercato.

Del resto, l'applicazione della norma in questione, con riguardo ai prezzi iniqui, risulta particolarmente difficile proprio perché è vaga ed imprecisa la definizione di *unfair trading conditions*. Perciò si spiega facilmente perché la Commissione abbia adottato solo quattro decisioni relative ai prezzi eccessivi.

Il che consente a K.J. Cseres di trarre alcune conclusioni parziali consistenti essenzialmente nell'osservazione secondo cui il diritto della concorrenza, pur non tenendo in considerazione interessi sociali di più ampio respiro né sotto il profilo degli obiettivi perseguiti né sotto il profilo della disciplina sostanziale, si pone comunque a beneficio della società in quanto consente di mantenere prezzi più bassi, di aumentare la quantità dei beni e di migliorare la qualità.

Passando ad esaminare infine le regole procedurali, l'Autrice mette in evidenza che sotto tale profilo le considerazioni di giustizia sociale trovano maggiore spazio.

Anzitutto, infatti, in forza delle regole procedurali per l'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE dettate dal Regolamento 1/2003 e dal Regolamento 773/2004, è consentito a soggetti terzi di partecipare al procedimento davanti alla Commissione, purché essi dimostrino di avere un interesse legittimo o comunque sufficiente. Il che ha dato modo al Tribunale di primo grado di affermare che "ha un interesse legittimo rientrante nell'art. 3 del Regolamento numero 17 anche un consumatore finale che dimostri che i suoi interessi economici sono stati danneggiati" (*Osterreichische Postsparkasse*, T-213/01).

In realtà, come ricorda K.J. Cseres, in molti Stati membri i consumatori non hanno diritto di partecipare ai procedimenti davanti alle autorità garanti della concorrenza. Principalmente, infatti, si assume che tali interessi siano già tutelati a sufficienza dall'intervento delle autorità sulla concorrenza. Il che però è paradossale, perché la disciplina della concorrenza è destinata a consentire ai consumatori di godere delle migliori offerte sul mercato.



Ciononostante, i diversi regimi concorrenziali nazionali spesso non si guardano esclusivamente all'efficienza economica, ma ricercano un punto di equilibrio tra l'interesse economico generale e gli interessi dei consumatori. Tanto che le principali differenze tra le varie politiche concorrenziali riguardano proprio il diverso modo in cui sono conciliati tali interessi.

Tramite il diritto della concorrenza, infatti, si cerca spesso anche di riequilibrare la posizione dei consumatori, che si trovano solitamente in una situazione di debolezza nelle trattative con i professionisti.

Come ricorda l'Autrice, invece, altre considerazioni di natura strettamente sociale (come per esempio la creazione di posti di lavoro o la sicurezza) non possono costituire un obiettivo da perseguire con l'applicazione delle norme anticoncorrenziali in quanto nel lungo periodo si produrrebbero effetti opposti a quelli desiderati (come è dimostrato da molti esempi di aiuti di Stato): dare spazio a tali considerazioni nell'ambito del diritto della concorrenza finirebbe infatti per mutare il concetto fondamento della politica di concorrenza economica e mentale che sta alla base di tale disciplina e che consiste nella possibilità di raggiungere anche tali obiettivi sociali in via indiretta, tramite la predisposizione di meccanismi concorrenziali e tramite un libero mercato.

Le considerazioni di giustizia sociale non trovano spazio peraltro neppure a livello comunitario, dove pure gli obiettivi del diritto della concorrenza risultano atipici e peculiari rispetto a quelli generali fin qui descritti.

Come ricorda K.J. Cseres, infatti, in Europa la concorrenza è stata anzitutto uno strumento chiave nella politica volta alla creazione di un mercato unico.

Inoltre, le disposizioni legislative sul tema, fondandosi sul pensiero della Scuola degli Ordo-liberali di Friburgo, avevano quale obiettivo principale quello di proteggere la libertà economica individuale degli operatori del mercato, considerata come un diritto fondamentale e come un valore di per sé, a prescindere dalle considerazioni di efficienza economica.

Secondo gli Ordo-liberali, infatti, la libertà economica individuale doveva costituire una base dell'ordinamento sociale, da proteggere sia nei confronti del potere statale sia nei confronti del potere di mercato privato.

Limitare la discrezionalità politica e garantire la libertà individuale economica costituivano quindi le idee poste alla base della "costituzione economica" pensata dagli Ordo-liberali, secondo i quali controllare il potere di mercato privato (tramite istituzioni

sovranazionali) era funzionale a salvaguardare il libero ed equo ordine politico e sociale.

Gli obiettivi di redistribuzione della ricchezza non risultano invece presi in considerazione nei lavori preparatori dei Trattati comunitari. Neppure a tutela dei consumatori. Nella mente dei redattori delle norme antimonopolistiche europee vi era infatti sicuramente l'idea che il diritto della concorrenza fosse funzionale anche a garantire la libertà di scelta dei consumatori e a migliorarne gli standard di vita, ma non vi era l'idea che esso servisse in via diretta a redistribuire la ricchezza dai produttori ai consumatori, né che servisse a migliorare il cd. "consumer welfare" così come viene inteso oggi.

Fu il Primo Rapporto della Commissione Europea sulle Politiche Concorrenziali del 1971 a suggerire che il diritto della concorrenza dovesse essere destinato anzitutto alla promozione del benessere dei consumatori, unitamente all'integrazione del mercato e la libertà economica individuale.

Ma ciononostante, fino a poco tempo fa, nella prassi delle corti europee gli obiettivi di integrazione del mercato e di protezione della libertà economica hanno del tutto oscurato le considerazioni di efficienza economica legate al benessere dei consumatori.

E tanto meno hanno trovato spazio considerazioni di giustizia sociale.

Solo a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso la situazione ha subito un notevole cambiamento, per effetto soprattutto delle iniziative della Commissione Europea volte a modernizzare e migliorare l'applicazione delle norme antimonopolistiche che introducendo maggiori riferimenti economici e dando spazio a considerazioni di efficienza economica, il che comunque non ha certo condotto all'introduzione di considerazioni di giustizia sociale.

Di recente, l'idea di economia sociale di mercato è apparsa nell'art. 3 del Trattato di Lisbona.

Tuttavia, come sottolinea K.J. Cseres, né l'introduzione del benessere del consumatore quale obiettivo della politica concorrenziale europea né la nuova disposizione del Trattato di Lisbona sembrano aver modificato l'idea di base di una costituzione economica europea fondata sulle libertà di mercato e sul diritto della concorrenza. Tanto che gli aspetti redistributivi giocano solitamente un ruolo indiretto ed occasionale nelle politiche europee concorrenziali.

Nonostante quanto fin qui detto, la giustizia sociale non è tuttavia del tutto assente dalle norme sostanziali del diritto della concorrenza.

Come ricorda K.J. Cseres, essa appare infatti in due occasioni: in primo luogo nell'art. 101, c. 3, TFUE, che contiene al suo interno un elemento di

La diffidenza come si è accennato è dovuta alla perdurante fortuna del metodo positivo e dell'idea di una giustizia procedurale che si riconosce come unica possibile valutazione di competenza del giurista.

Un percorso diverso deve cominciare da qui.

Il perdurante giustitivismo ha minato la credibilità sociale del giurista nell'immaginario collettivo, nei modelli letterari, nelle caricature dell'ottocento, sino alla recente bassa considerazione sociale delle professioni.

Il problema non è in una dimensione tecnica che non può non appartenere al giurista, impegnato nella funzione primaria di assicurare e garantire un ordine normativo.

La valutazione negativa inizia quando il formalismo esaurisce la forza del sapere di diritto in un'attività puramente tecnica e la riflessione sulla teoria della giustizia può essere uno degli statuti epistemologici per stimolare una consonanza su alcuni aspetti di metodo, muovendo da alcuni dati negativi e da un aspetto costruttivo²².

a) *Il passato da dimenticare.*

Il primo passo non può che essere il ripensamento del relativismo che ha aspetti positivi nel contropartito al dominio di assoluti e fanatismi, ma può condurre ad un assenza di fondamento che induce a credere in qualsiasi cosa, dando prevalenza a una pluralità di interpretazioni fra le quali, senza un vago di verità, non può che prevalere quella del più forte. Certo la forza della verità va incanalata molto bene e il giurista non può rinunciare ad una sua competenza.

Un punto debole sta spesso nella aggettivazione del termine che sposta sul sostantivo l'essenza della riflessione, sicché si demanda alla politica ciò che attiene all'equità sociale, alla morale ciò che attiene alla dottrina della Chiesa, all'economia ciò che attiene al funzionamento del mercato, riducendo il ruolo del giurista alla sola giustizia procedurale secondo l'icona dell'equazione fra *contractuel* e *juste*. C'è un limite evidente in tale ragionamento.

RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. V ss.; e fra i moltissimi riferimenti S. MAFFETONE e S. VECA (a cura di) *L'idea di Giustizia, da Platone a Rawls*, 3° ed., Roma-Bari, 2001; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008; G.A. Cohen, *Rescuing & Equalizing*, Harvard University Press, Cambridge, 2009; C. DE PASCALE, *Giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²² Traggio spunti dalla relazione di F. D'AGOSTINO, *Le nuove dimensioni della giustizia*, al Convegno dell'UGCI svolto a Firenze il 21 aprile 2012 dal titolo *La giustizia come valore giuridico fondamentale*, ed ivi anche la relazione di P. CAPPELLINI, *La giustizia come valore giuridico fondamentale nella storia del diritto*.

E' compito del diritto garantire l'ordine dell'azione formalizzando e oggettivando i vari tipi di soggetti e di attività (creditore, debitore, coniuge, lavoratore, consumatore). Il problema inizia quando dal dato costruttivo si escludono del tutto aspetti oggettivi. Quando il diritto perde la capacità di ascoltare la natura delle cose²³. Ciò è evidente per i diritti.

E' corretto qualificare le situazioni soggettive in modo procedurale ma non è sufficiente. La procedura giuridica non può non avere un aggancio fuori di quel fondamento, a prescindere dai presupposti filosofici. Nella storia dell'umanità il riconoscimento della Persona, contro le sue negazioni tragiche, la difesa dell'eguaglianza, la fraternità e le relazioni, in cui il singolo si inverte, sono dati oggettivi che appartengono all'umanità, in una dimensione giuridica scandita da Dichiarazioni Universali²⁴. I giuristi non possono abdicare alla loro missione che tramanda e garantisce queste conquiste.

Certo ciò separa da sempre chi riconosce la presenza di una giustizia sostanziale da chi, e sono molti di più, respinge tale idea aderendo ad un'idea solo procedurale.

Si può osservare al riguardo che la stessa teoria di Rawls si svolge in una dimensione procedurale della giustizia, ma cerca di tener conto di una serie di interazioni che riguardano aspetti sostanziali²⁵. Alla base c'è la convinzione che non si debba partire da casi individuali, ma da una dimensione istituzionale che può prevenire o regolare la ingiustizia. Ciò mediante l'elaborazione di principi che indirizzano l'azione dei poteri pubblici per garantire un equilibrio collettivo.

La tensione verso quello obiettivo è molto antica. I pensatori greci e romani utilizzano la metafora della gara sportiva necessariamente dotata di regole di cooperazione per il corretto svolgimento. I pensatori illuministi teorizzano una mano invisibile e una società ben governata da regole di *fairness* formulate da uno spettatore imparziale della gara o della competizione che non essendo parte può valutare in modo obiettivo ciò che accade e suggerire in modo imparziale il modo migliore di comportarsi. Rawls muove da qui. Supera l'idea di un ricorso ad soggetto terzo che può portare a perdere la pluralità dei punti di vista e dunque una visione collettiva e

²³ F. D'AGOSTINO, op. cit.

²⁴ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione europea"*, op. cit., p. 52 e ss. e sul valore antropologico dei diritti. *La struttura antropologica dei diritti fondamentali, in Itinerari per il III millennio*, Bardi editore, Roma, 2004, p. 324.

²⁵ M. RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. X ss.



teorizza un contratto sociale costruito in modo astratto ma con punti fermi ben precisi.

Secondo tale teoria, la più meditata e discussa del novecento, le parti che dovessero accordarsi sui principi di giustizia agendo sotto un velo di ignoranza che occulta informazioni particolari sui destinatari, concorderebbero su alcuni elementi essenziali. La necessità di garantire una libertà compatibile con quella degli altri. La presenza di eccezioni giustificate e di alcune ineguaglianze inevitabili, tollerate solo se la diversità sia giustificata da un vantaggio collettivo, si associ ad un regime accessibile con un'equa competizione, sia tale da migliorare le condizioni di chi è più svantaggiato.

In tal modo si coniugano aspetti procedurali e sostanziali ponendo le basi di un corretto funzionamento del mercato concorrenziale in particolare, ma con spunti significativi per la stessa teoria del contratto, delle obbligazioni, e dei rimedi per l'atto e per il rapporto²⁶.

b) *Ricordare e dimenticare.*
Il dato costruttivo inizia dalla osservazione del presente.
Il civilista è oggi stretto fra la ricerca di un *identità perduta* con il tramonto degli strumenti di analisi del reale costruiti dalla modernità (assolutismo, codice, fonti certe), il *confronto con la politica e l'economia* sempre più stretto, la *risposta o il rifiuto dei valori*.

È impossibile un ritorno al passato. La complessità del presente rende inattuale il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono. D'altra parte il disordine delle fonti, scandito da una serie di eventi precisi, non giustifica né legittima una forma di nichilismo giuridico non fosse altro perché l'intreccio fa fatti e valori nato con il costituzionalismo del novecento si è consolidato nei Trattati e nell'opera delle Corti Supreme che traducono il diritto vivente in "diritto formale e ufficiale".

D'altra parte è lucida ma discutibile l'idea che il diritto e la politica, accerchiate dalla tenaglia della tecnocrazia e delle fedi religiose, debbano abbandonare queste pretese di verità e rivalutare le ideologie²⁷. Ciò è fondato sulla convinzione che la lotta politica faccia emergere visioni della vita e forme di pensiero, frutto del prevalere nello scontro politico e non condizionate da fondamenti assoluti (storia, natura, assoluto, sacralità). Ma a ben vedere

²⁶ Per una critica forte al costruttivismo nella teoria della giustizia v. di recente l'ampia analisi di G.A. COHEN, *Rescuing & Equality*, op. cit.
²⁷ N. IRZI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008.

non è così perché il legame fra valori e ideologia è strettissimo.

Non si può demonizzare gli uni e osannare l'altra. Il valore è un vettore di ideologia.

Se l'uno conduce al "fondamentalismo, al fanatismo e al terrorismo della virtù"²⁸. Se il pensare per valori "consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, e l'inferno in un paradiso di valori", il rimedio non è l'ideologia che sui valori si fonda ma casomai quello *Jus publicum* a cui lo stesso Schmitt si affida "per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico"²⁹.

Sono convinto insomma che la dimensione del civilista sia la contemporaneità³⁰ e ciò comporta anzitutto la necessità di "adeguare le proprie categorie concettuali - sistematiche all'evoluzione normativa della società", "abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati", diffidare dell'astrazione, partendo dalle cose e dai fatti.

Ciò non significa abbracciare "un'arcana impenetrabile sapienza quotidiana"³¹, o abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza verso l'apertura delle categorie giuridiche al dialogo con le altre scienze sociali e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clause generali da parte delle Corti e della dottrina non sono oggi giustificati. Essi sono solo frutto del pregiudizio illuminista che sia riservato solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negato al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda ora la *common law*³².

In questo contesto il richiamo alla Teoria della giustizia, ai principi e alle clause generali ha un intento preciso. Sollecitare un problema di ripensamento e adeguamento dei rimedi coniugando eguaglianza e singolarità, con uno sforzo di aggiustamento che è conaturale ad ogni idea sana di giustizia che deve spingersi sempre alla ricerca di "ancora

²⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, ed a cura di Volpi, Adelphi, Milano, 2008, p. 94 ss.

²⁹ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Introduzione di F. Volpi, op. cit., p. 15 ss.

³⁰ Debbo non solo questo all' insegnamento di G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scialisi, Milano, 2004, p. 1229 ss.

³¹ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gatti e G.Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p.175.

³² P. GIROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, p. 95 ss.

La protezione dei consumatori è stata scandita da distinte fasi durante il suo sviluppo. Il primo momento di manifestazione è legato alla diffusione, all'inizio del ventesimo secolo, delle cooperative di consumatori. Qui, il tema dei consumatori era visto più in rapporto al diritto ad una giusta nutrizione piuttosto che alla protezione della parte debole. La seconda fase (1945-1960) è caratterizzata dall'abolizione della normativa precedente e l'introduzione di nuove istituzioni e a tutela dei consumatori. L'obiettivo muta. Da una economia domestica ad una economia di mercato incentrato sull'informazione dei consumatori. Nella terza fase (1968-1978) è il momento di una ampia legislazione generale in favore dei consumatori con, ad esempio, la protezione contro la pubblicità sleale e scorretta. In questa fase viene istituito anche l'Ombudsman dei consumatori. Nell'ultima fase (1980-1993) si assiste ad un ritorno alle politiche iniziali di informazione del consumatore, con una particolare attenzione in favore della sicurezza dei prodotti e della responsabilità del produttore.

Con la piena armonizzazione del diritto europeo dei consumatori, le differenti interpretazioni della protezione del consumatore e della sua realizzazione potranno porre in discussione il modello scandinavo (e il suo forte legame tra sistema legale e cittadinanza). Sembra all'a, infatti, che tale modello che mira a garantire la pace sociale mediante una approccio pragmatico e "civil rights", possa essere in contrasto con alcune ideologie del *welfare* pubblico e di un sistema economico co-operativo.

K.J. Cserecs¹⁹ affronta il delicato tema dei rapporti tra *giustizia sociale* e *diritto della concorrenza*, che, perlomeno ad un primo approccio, sembrano perseguire obiettivi incompatibili e addirittura confliggenti tra loro.

Il diritto della concorrenza è infatti principalmente connesso con l'efficienza economica ed è finalizzato a migliorare il benessere economico generale, ossia a creare la maggiore ricchezza economica generale possibile, indipendentemente da come questa venga distribuita tra le persone.

La giustizia sociale è invece associata ai valori di equità e meritevolezza nella distribuzione della ricchezza.

Come ricorda l'Autrice, è perciò largamente condivisa l'opinione secondo cui le politiche che meglio perseguono gli obiettivi di distribuzione della ricchezza su basi equitative siano quelle che fanno leva sulla tassazione e sulla protezione dei consumatori, mentre il diritto della concorrenza non po-

trebbe essere piegato verso scopi di giustizia sociale.

K.J. Cserecs è tuttavia di opinione differente e ritiene che giustizia sociale e diritto della concorrenza non si pongano in termini così antagonisti tra loro.

Interpretando in termini estensivi il concetto di *social justice* secondo l'Autrice è possibile infatti comprendere al suo interno anche l'*economic justice*, che consiste nell'assicurare a tutti coloro che operano sul mercato parità di accesso, uguali possibilità di partecipazione ed uguali opportunità, così che tutti possano godere dei benefici economici derivanti da un mercato concorrenziale. Con la conseguenza che indirettamente trovano tutela anche interessi sociali, in quanto il mercato concorrenziale consente di mantenere un'alta qualità dei beni e dei servizi ad un basso prezzo.

Secondo l'Autrice, dunque, il diritto della concorrenza è essenziale, anche se non sufficiente, per raggiungere quello che Micklitz definisce *access justice*.

Per dimostrare ciò K.J. Cserecs articola il suo ragionamento sotto tre profili ed analizza gli obiettivi politici del diritto della concorrenza, le regole sostanziali, e le regole procedurali e di applicazione.

Per quanto attiene al primo profilo, dall'analisi dell'Autrice emerge che gli scopi di giustizia sociale non trovano molto spazio né tra gli obiettivi generali del diritto della concorrenza, né tra quelli particolari del diritto della concorrenza comunitario, che pure presenta alcuni caratteri peculiari.

Come ricorda l'Autrice, infatti, in linea generale il primo obiettivo perseguito dal diritto della concorrenza è quello della tutela della libertà di iniziativa economica, che viene perseguito unitamente al diritto dei contratti, in quanto la libertà economica si compone essenzialmente della libertà di contrarre e della libertà di competere.

Oltre a ciò, il diritto della concorrenza mira essenzialmente ad aumentare l'efficienza economica generale, senza considerare come viene distribuita la ricchezza tra le persone.

Una politica concorrenziale incentrata sulla pura efficienza economica ha infatti una importante virtù (se confrontata con politiche concorrenziali che hanno anche lo scopo di perseguire obiettivi di equità sociale) perché è relativamente imparziale e prevedibile, sicché consente agli operatori del mercato di decidere le proprie condotte senza le incertezze che sono legate ai giudizi di valore sulla distribuzione della ricchezza.

In linea di principio, quindi, nel perseguire l'efficienza economica generale il diritto della concorrenza non distingue tra differenti gruppi sociali, ma mira solo a far sì che la ricchezza globale sia la maggiore possibile.

¹⁹ La scheda di lettura è del dr. Giovanni Taddei Elmi.



ha seguito questo approccio limitato. La clausola che prevedeva per il prestito bancario non autorizzato delle tariffe particolarmente ampie non è stato considerato un prezzo o una remunerazione e quindi è stato oggetto di valutazione in ordine alla sua adeguatezza. Per l'OFT il prezzo o la remunerazione rappresenta solo ciò che il consumatore percepisce essere centrale nell'affare. In altre parole, l'OFT volevano proteggere i consumatori contro ciò che riteneva essere una tariffa scorretta. Per contro, la Suprema Corte inglese ha respinto una simile impostazione e ha ritenuto che il termine prezzo coprisse ogni tariffa da considerarsi come *'primary obligation'* (e quindi anche le tariffe oggetto di giudizio).

Questo episodio è una delle potenziali minacce che la Suprema Corte inglese ha recato alla lettura *pro social justice*. Visto che è il potere giudiziario a determinare come interpretare le regole, è chiaro che nella battaglia tra potere esecutivo e potere giudiziario vi potrà essere un solo vincitore. Secondo Willet, però, vi sono due modi di difendere l'approccio *pro social justice* seguito dall'OFT. Il primo intende aumentare il livello di specificità della regola. Ad esempio, nella proposta direttiva dei consumatori, vi è una maggiore chiarezza in ordine all'esclusione rispetto l'attuale testo. Con riguardo al nuovo testo sarebbe molto difficile per la Corte Suprema inglese raggiungere un risultato così penalizzante l'approccio seguito da OFT. Il secondo percorso intende suggerire una argomentazione più rigorosa per l'OFT, magari, anche con riguardo a ricerche empiriche circa i bisogni e gli interessi delle parti.

Bastian Schuller¹⁸ analizza il modello sociale scandinavo caratterizzato dall'avvento del c.d. *Legal Realism*. I 'realisti' negano una qualunque nozione di giuridica che argomenta la legittimazione del diritto a partire da idee o concetti estranei al sistema politico sociale. Come conseguenza, il diritto deve rispondere ai bisogni della società e seguirne lo sviluppo. Questa concezione del diritto connessa con un forte *welfare* pubblico ha reso diffusa una visione del diritto come uno strumento utile alla realizzazione di politiche progressiste. Un simile approccio non ha causato particolari critiche visto che le teorie sui *'government failure'* non hanno mai trovato un terreno fertile nei Paesi scandinavi. Anche in considerazione dell'omogeneità delle società e della pacifica transizione tra assolutismo, capitalismo liberale e democrazia sociale, in Scandinavia vi sono stati pochi conflitti politico-sociali. In questa atmosfera, il diritto è stato considerato come uno strumento di ingegneria sociale, come una misura

pubblica con cui intervenire sui problemi sociali causati dal *laissez faire*. Il diritto scandinavo, più in generale, può essere caratterizzato come un misto tra forti elementi di *civil law* e qualche elemento di *common law*. Il sistema scandinavo non conosce distinzioni tra diritto pubblico e diritto privato. Nel sistema scandinavo non vi sono tendenze verso il concettualismo. Sono evitati grandi schemi teorici e il diritto dei contratti svedesi è caratterizzato da piccololi interventi legislativi. Il modo migliore per caratterizzare il diritto dei consumatori scandinavo è di descrivere lo stesso come un diritto pragmatico e come un *civil right*. Lo stile pragmatico è lo stile che si concentra sulle reali conseguenze piuttosto che su discutere l'integrità del metodo. I diritti dei consumatori, come i *civil rights*, sono profondamente ancorati nella società Scandinava e le leggi sui consumatori sono visti come una forte protezione con ragionevoli strumenti di effettività. Un chiaro esempio dell'approccio interventista e pragmatico dello Stato è rappresentato dall'articolo 36 del *Contract Act*. Questo fu introdotto in Danimarca nel 1975, in Svezia nel 1976 e in Norvegia nel 1983. Le parole possono mutare tra i vari paesi scandinavi ma il significato rimane lo stesso in tutte e tre le nazioni: *il giudice ha la facoltà di modificare o di porre in disparte le clausole contrattuali che siano in contrasto con il principio di equità e di ragionevolezza*. L'art. 36 è la principale arma con cui combattere l'abuso di una illimitata libertà contrattuale e apre ad interventi giudiziari che facciamo ricorso a principi generali. E' stato previsto per combattere l'abuso di potere contrattuale, per limitare i fallimenti del mercato e per evitare un cattivo sviluppo dell'economia. La parte debole deve essere protetta rispetto possibili abusi della parte più forte, anche se questo possa comportare un conflitto con il principio della libertà contrattuale. E' stato concepito come un invito alla realizzazione di una equità contrattuale per via giudiziale.

L'a. precisa poi il significato della qualificazione del diritto dei consumatori come un *civil rights*. Non si deve considerare il diritto dei consumatori come proprio di ogni cittadino (i cui diritti sono ritenuti connessi alla cittadinanza), ma, piuttosto, considerare che i diritti dei consumatori hanno la medesima importanza che i *civil rights* ricoprono per i cittadini. Questi ultimi garantiscono eguali opportunità, la protezione da abuso di potere, l'accesso alla giustizia così che la società mantenga la pace sociale tra le sue componenti. Rapporati a questa dinamica, i diritti dei consumatori scandinavi garantiscono eguale opportunità sul mercato, protezione da abusi di mercato e accesso alla giustizia, mantenendo un identico obiettivo di giustizia sociale.

di più e ancora oltre" nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto³³.

Ciò con gli strumenti consueti del giurista. Senza eludere i temi forti della cultura della complessità,³⁴ ma ponendosi in dialogo con altri saperi e con la giurisprudenza nazionale e comunitaria che esalta l'efficienza di un'attività ermeneutica che sappia muoversi fra Costituzione e ordinamento comunitario, legge generale e speciale, principi e clausole generali per fissare la rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare di rimedi efficienti e adatti ai tempi.

Tutto questo conduce ad una sola consapevolezza.

Si dovrà osservare i fatti e la realtà sociale, ricordare e dimenticare, decostruire le categorie del passato, ordinando anomalie e rimedi secondo ciò che indica il respiro sempre nuovo del mondo.

Solo questo metodo ci consentirà di selezionare le cose antiche da conservare e le cose nuove che giustificano la rinuncia a molto di ciò che ci è stato a lungo familiare. Solo così potremo dare un segno forte alle nuove generazioni per costruire il loro mondo.

Certo il nostro compito di studiosi e operatori deve avere un orizzonte definito. Nel nostro incontro dovremo cercare di comprendere il presente per cogliere i segni che inducono a ripensare e fissare alcuni aspetti del contenuto delle situazioni soggettive e della proprietà, del contratto e della responsabilità, seguendo un progetto di ricerca, finanziato dal Ministero, che coinvolge otto Università di ogni parte d'Italia.

Ciò senza pensare a conclusioni, impegnative e spesso improponibili, ma con lo spirito del viaggio e con la ragionevole speranza e fiducia nel futuro.

³³ J.-L. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28 ss.

³⁴ G. BOCCHI e M. CERUTI, *La sfida della complessità*, Milano, 1985; A. FALZEA, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2007, p. 201 ss., e da ultimo: E. MORIN, *La via. Per l'avvenire dell'umanità*, Cortina Editore, 2012.

¹⁸ La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.



DIRITTI E COESIONE SOCIALE.

Di Giuseppe Grisi

| 96

SOMMARIO: 1. Il rilievo giuridico del concetto di coesione sociale. – 2. La valenza del concetto nell'evoluzione del dato normativo. – 2.1. Le importanti novità legate al Trattato di Lisbona. L'economia sociale di mercato. – 3. Coesione sociale e giustizia distributiva.

1. Il rilievo giuridico del concetto di coesione sociale

Mutuo il titolo del presente contributo dal tema di un recente seminario fiorentino, al quale ho avuto l'onore di partecipare¹; e confesso di aver resistito alla tentazione di sostituire o aggiungere al termine "diritti" la parola "mercato", che pure sarebbe stata conferente, per evitare che l'approccio potesse apparire eccessivamente sbilanciato sul versante economico. Tengo subito, altresì, a precisare – per dimensionare i problemi indagati e le soluzioni da ricercare – che la riflessione cui mi accingo, al pari di quella svolta a Firenze, varca lo stretto orizzonte domestico per investire il diritto dell'UE allo stato attuale della sua evoluzione². Quanto alle "embrionali" considerazioni qui consegnate, nella loro elaborazione ho tratto spunti da uno scritto – assai stimolante – diffuso proprio in previsione dello svolgimento dell'incontro seminario³.

¹ Il convegno si è tenuto l'8 e il 9 giugno 2012 nella prestigiosa sede di Palazzo Strozzi dell'Istituto Italiano di Scienze Umane. Giuseppe Vettori ha coordinato, da par suo, i lavori.

² Il che non deve, tuttavia, far pensare che non esista, in Italia, un problema di "diritti" e "coesione sociale". È vero, invece, il contrario, soprattutto nella crisi che attualmente il Paese vive; e trattasi – va anche notato – di un problema che, da noi, si manifesta anche in forme peculiari e specifiche, estranee o non paragonabili a quelle registrabili in altri Paesi.

³ Lo scritto di cui trattasi, intitolato "Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012",

Non per piaggeria sottolineo la felice scelta del tema, opportuna anche perché consente di mettere a fuoco un concetto che, pur presente da tempo nello scenario normativo europeo, il giurista ha sinora un po' trascurato, forse convinto della sua scarsa pregnanza giuridica o della sua attinenza ad altri ambiti scientifici. Parliamo del concetto di coesione sociale, del quale, invece, per diverse ragioni⁴, è bene che anche il cultore e l'operatore del diritto prendano seriamente ad interessarsi.

Sarebbe miope considerare la coesione sociale una nozione giuridicamente irrilevante e a testimoniare che le cose stanno ben diversamente è la sua presenza – e con un peso, come vedremo, tutt'altro che marginale – nell'impianto normativo dei Trattati, a partire da quello istitutivo dell'Unione Europea firmato il 7 febbraio 1992. Il fatto che nel Trattato CE, prima di Maastricht, la coesione sociale non avesse evidenza normativa rende la sua introduzione ancor più significativa e stimola ad indagare sulle ragioni che ad essa presiedono.

⁴ È, fondamentalmente, per il bene dell'Europa, alle prese con le grandi difficoltà che attualmente vive il processo di integrazione.

tutela del mercato e incentrata sull'apertura dei mercati e sull'incremento della concorrenza. Per altro verso, vi sono 27 Stati membri con le loro categorie e idee di giustizia diverse, non sempre orientate verso una giustizia sociale di mercato.

Al momento attuale, non vi è un reale consenso circa quale sia il reale "social contract law".

Chris Willet¹⁷ si sofferma su alcuni aspetti del diritto del consumo affrontati dalla Supreme Court. Osserva che i consumatori hanno capacità di informazioni limitate, così come il tempo e la stessa abilità di ricerca. Peraltro, queste limitazioni sono spesso ampliate quando vengono poste in atto tecniche di vendita particolarmente pressanti. Questi problemi di informazione possono interferire sulla comprensione sull'accordo (dimensione procedurale), la sostanza del contenuto o la facoltà di scelta (quando cioè le alternative per il consumatore sono tutte irragionevoli) e possono interagire con tutti i livelli della relazione tra consumatore e professionista. Per esempio, a livello di *enforcement* i consumatori, trovandosi in una posizione di informazione debole, potrebbero facilmente essere confusi e convinto a rinunciare ad azioni legali a difesa dei loro diritti (che magari non conoscono).

Questi problemi sono legati al tema della libertà del contratto su cui esistono diverse consapevolezza. La più libertaria considera i consumatori idonei a porre in essere accordi liberi, nonostante questi problemi di informazioni. Una differente visione (protettiva) è invece più concentrata sullo studio di queste disparità tra le parti del contratto. Nel prendere posizione tra queste diverse visioni si è soliti richiamarsi alla contrapposizione tra giustizia comunitativa e giustizia sociale. Mentre nella giustizia comunitativa non vi è spazio per la rappresentanza di interessi collettivi o non-individuali e non vi è, quindi, spazio per una azione collettiva a difesa dei consumatori, la teoria della giustizia sociale è chiaramente concentrata in favore degli interessi dei più deboli nella società. Pertanto, tale lettura comporta una qualificazione dei consumatori, in ragione di elementi fattuali che condividono (età, povertà, istruzione) e incentiva un *enforcement* anche in forme collettive. Chris Willet sottolinea la tensione istituzionale più recente che ha contrapposto, in Gran Bretagna, la Supreme Court all'Office of Fair Trading. In Inghilterra, infatti, il diritto europeo ha comportato uno spostamento da una posizione tipicamente di giustizia comunitativa ("piecemeal rule" + *enforcement post*) ad una posizione di giustizia sociale (*general principles* + *preventive enforcement*). Per "piecemeal rule" Willet intende riferirsi

¹⁷ La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.

alle regole che sono centrate su un insieme ristretto di situazioni di fatto e che spesso non coprono l'insieme di problemi potenziali che potrebbero essere coperti dai principi.

Queste due caratteristiche sono tipiche della *common law*. Le *piecemeal rules* sorgono a partire dai fatti e pongono in capo ai singoli individui la responsabilità di proteggere i propri interessi quando si trovano in una situazione di fatto estranea alla regola. Il nesso con l'*enforcement* che segue il pre-giudizio e che è, appunto, avanzato dal singolo è rappresentato dal fatto che l'attività oggetto di giudizio non viene sospesa nei confronti dei soggetti che non hanno avviato il procedimento. Insomma, gli individui sono protetti se prendono l'iniziativa e se il fatto oggetto di giudizio ha costituito già in precedenza una decisione.

Ebbene, secondo Willet, le novità legislative introdotte dal legislatore europeo hanno reso possibile uno spostamento verso una giustizia più sociale e meno legato alla dimensione individuale. Per esempio, uno degli elementi chiave della direttiva consumatori (93/13/CEE) è rappresentato dalla sua applicabilità prima, durante e dopo la transazione. Per contro, il regime prevalente poteva essere applicato unicamente nella fase della promozione dei beni e dei servizi. L'applicabilità della disciplina a tutti i livelli della relazione consumatore professionista, quindi, aumenta la possibilità di ricorso alla giustizia e di prevenire possibili abusi di potere dei professionisti in danno dei consumatori anche in una fase successiva la transazione (la fase pre-giudiziale).

In sintesi, il passaggio da una regolazione creata ai più generali principi ha reso possibile una protezione del consumatore più orientata ad ideali di giustizia sociale. Anche se è possibile legare questo passaggio, questa trasformazione, ad eventi politici nazionali e quindi alla transizione da un governo pro-mercato (Thatcher) al governo laburista, le nuove fondamenta della giustizia sociale sono molto fragili: visto che questa giustizia si basa sui principi generali, molto dipende da come questi vengono ad essere posti in essere. Vi sono elementi che lasciano intendere che, a fronte di un orientamento più sociale dell'OFI, la Suprema Corte inglese sia ancora orientata ad un'idea di giustizia comunitativa.

Un esempio di questa differenza è offerto dall'articolo 4 UTCCD, per cui quando il testo contrattuale è chiaro e comprensibile non vi è spazio per verificare l'adeguatezza del prezzo o della remunerazione. In altre parole, se il linguaggio è chiaro, il diritto non consente un sindacato di congruità del prezzo. Il testo della norma, però, non definisce cosa sia il prezzo o la remunerazione.

Un approccio di *social justice* potrebbe interpretare il testo nel modo più stretto possibile e l'OFI

| 165



cercare strumenti idonei per gestire le asimmetrie e creare un collegamento tra l'idea di giustizia sociale diffusa negli Stati membri e quanto indicato nell'ILO. In secondo luogo, grazie al nuovo articolo 6, la CEDU può controllare l'operato dell'UE. L'a. ricorda che rispetto alla CGUE, i giudici di Strasburgo si sono dimostrati maggiormente sensibili al tema.

Muovendo dai diritti indicati nella convenzione, si sottolinea come ne siano stati creati di nuovi. Ad esempio, nell'ambito della disciplina lavoristica, il diritto alla contrattazione collettiva è concesso alla libertà associativa ed alla libertà di unirsi in sindacati. Infine, un rafforzamento dei poteri riconosciuti ai sindacati può contrastare disuguaglianze sociali e rinforzare i diritti collettivi.

Ad oggi, ancora molti passi debbono essere compiuti in questa direzione. Negli auspici finali, c'è la nascita di una cittadinanza sociale europea. Riportando il pensiero di Marshall, espresso al termine della seconda guerra mondiale, l'idea di cittadinanza si distingue per tre aspetti: diritti civili e politici; diritto alla protezione sociale; diritti della cittadinanza industriale connessi con i rapporti lavorativi. Allo stato attuale, di fronte alla necessità di assicurare alla popolazione un lavoro dignitoso, nell'UE manca una tutela collettiva dei diritti dei lavoratori. Gli interessi economici continuano a prevalere sui diritti sociali e la realizzazione di una *social justice* non è ancora stata raggiunta. Si tratta di una sfida, che deve essere accolta e che impone di lavorare su molteplici piani, aprendo un dialogo tra le parti sociali.

Secondo **Hannes Rosler**¹⁶ il consumatore quale attore del mercato non è una costante che va dall'antica Mesopotamia o dalla Roma antica sino ad oggi, ma si sviluppa nel periodo mercantile e di industrializzazione. Questo cambiamento ha significato enormi mutamenti con riferimento ai più tradizionali concetti di contratto e responsabilità. Per comprendere in che modo la società dei consumi ha modificato la giustizia contrattuale, secondo Rosler – autore di *The transformation of contractual justice – a historical and comparative account of the impact of consumption* – non si deve guardare unicamente alla seconda metà del secolo scorso ma anche al periodo precedente.

Il capitolo affronta due rivoluzioni. La politica, la rivoluzione francese, e l'economica, la rivoluzione industriale. In conseguenza della rivoluzione politica, il concetto di libertà ha colorato tutta la sfera del diritto privato, dapprima in un senso più borghese quindi con una dimensione anche meno formale. I codici liberali europei del diciannovesimo secolo

erano sostanzialmente basati sulla libertà del contratto sia con riguardo alla proprietà sia con riguardo al lavoro. Il BGB era l' "ultimo figlio del liberalismo classico" e dello studio delle pandette romane. Affermare, secondo l'autore, che i codici del diciannovesimo secolo non contenessero elementi protettivi è un mito. A ben vedere essi contenevano disposizioni sull'usura, sui boni mores, sull'abuso di diritto, sulla buona fede, sulla protezione dei minori e sulla protezione dei legalmente incapaci. Ciò non di meno, la loro prospettiva di eguaglianza formale rendeva difficile un riconoscimento, per il Code Civile come per il BGB, di un differente livello di protezione e di un insieme di norme per i contratti quotidiani. La rivoluzione industriale e la corrispondente nuova crescita di consumi ha funzionato allora come un cataclisma per la trasformazione della giustizia contrattuale in un senso più interventista. Il diritto si è così evoluto da una posizione politicamente neutra verso un (positivo) grande fratello, protettore, a difesa della libertà e della lealtà. Certo, continua l'a., i cambiamenti sociali, economici e politici hanno sollevato dubbi sulla giustezza del diritto positivo. Ciò ha comportato un ristadimento e una rivalutazione del diritto. Questo processo è stato fortemente facilitato dalla soluzione delle controversie dimanzati a giudici pubblici. Facendo ricorso alle previsioni più generali, i giudici hanno saputo reagire alle nuove sfide imposte dai nuovi mutamenti sociali: sempre più legato alle dinamiche del consumo. Così facendo, i concetti di errore, frode e dovere di informare la controparte sono stati trasformati.

Ovviamente, però, le principali trasformazioni del contratto sono state conseguenza dell'intervento del legislatore, in particolare mediante gli elementi essenziali del contratto, le norme imperative, le norme sui contratti standard, il diritto di recesso (e così via), tutte norme tese alla soddisfazione della protezione del consumatore. Più e più diversificato diritto si è reso necessario in ragione della industrializzazione e della divisione del lavoro. Nelle città e nella società europea dei consumi, il diritto è diventato un grande fratello che ha la capacità di modificare e correggere le relazioni autonome del mercato. Le norme legali e le sanzioni sono divenute una sorta di assicurazione che ha ampliato la sfera del giuridico. L'impatto del diritto dell'Unione in questo contesto ha due dimensioni. Il primo significato, senza dubbio, è offerto dalla riduzione del gap esistente tra diritto inglese diritto continentale (per esempio, con riferimento alla buona fede) che viene ad essere mitigato dal diritto europeo. In secondo luogo, va detto che il reale volto del diritto europeo dei consumatori non è chiaro. Per un verso, vi è una giustizia europea che è chiaramente informata alla

¹⁶ La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.

2. La valenza del concetto nell'evoluzione del dato normativo.

La coesione sociale fa, quindi, la sua comparsa nell'art. B del Trattato di Maastricht⁵, nel quadro del primo – e, perciò, principale – obiettivo della nascente Unione Europea, cioè la promozione di "un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile"; promozione, che – recita l'articolo – deve attuarsi "mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica, in conformità delle disposizioni del presente trattato".

Dunque, coesione economica e sociale al servizio del progresso economico e sociale, in uno scenario protetto verso l'unificazione, oltre che economica e monetaria, anche territoriale. Non bisogna, poi, dimenticare il Titolo XIV del Trattato istitutivo della Comunità Europea, aggiunto ad opera del trattato di Maastricht, che riguarda proprio la "Coesione economica e sociale", connessa alla riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e al finanziamento di politiche e azioni comunitarie utili a questo fine.

Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 non apporta, sul punto, nessuna sostanziale novità. Confermato è l'insieme degli obiettivi dell'UE – ivi compreso il richiamo, nella stessa posizione preminente già rivestita, alla "coesione economica e sociale" – con un'aggiunta, invero, degna di nota, che è quella che identifica, quale obiettivo, la conservazione e lo sviluppo dell'Unione "quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia"; un inserimento, questo, importante, non solo in sé e per sé e in quel momento storico, ma anche alla luce degli sviluppi successivi, compresi quelli ultimi legati all'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, non nel Preambolo⁶ ma nell'art. 36, fa cenno alla coesione, questa volta qualificata "sociale e territoriale": l'assenza dell'aggettivo "economica" non è frutto di

⁵ Neanche nella Carta Sociale Europea – importante convenzione del Consiglio d'Europa avente riguardo ai diritti economici e sociali adottata nel 1961 – non era presente alcun riferimento alla coesione. Lo stesso dicasi, peraltro, con riguardo alla versione rivista della stessa Carta, che è stata aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, a Strasburgo, il 3 maggio 1996.

⁶ Dove, tuttavia, nel dar senso all'Unione, si sottolineano – proprio in esordio – la volontà dei "popoli d'Europa" di "creare un'unione sempre più stretta" e la decisione "di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni". Si noti anche, il riferimento all'impegno volto alla creazione di "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

dimenticanza, ma si giustifica alla luce dell'oggetto della disposizione⁷ e del contesto ove essa è collocata.⁸

Il recente Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 segna una chiara discontinuità. I suoi effetti sono arcinoti e non devono, qui, essere ricordati: solo interessa far notare la ridefinizione del piano degli obiettivi dell'Unione Europea, ora connessi all'art. 3 del Trattato UE. Non siamo in presenza di una mera riscrittura del precedente art. 2, ma di un mutamento qualitativo e sostanziale che emerge da diversi dati. Cerchiamo di mettere a fuoco i più rilevanti.

2.1. Le importanti novità legate al Trattato di Lisbona. L'economia sociale di mercato.

Il primo dato nuovo si lega all'identificazione dell'obiettivo che, nel citato art. 3, primeggia tra gli altri e che non è più correlato al "progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile", ma è così rappresentato: "L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli". Ci si muove in un orizzonte che, per il richiamo alla "pace" (senza aggettivi), ai "valori" (nella loro pluralità) e al "benessere" (che è concetto lato e, comunque, non equipollente a quello di "progresso economico e sociale"), sembra assai più vasto rispetto al precedente⁹: se la prospettiva dominante era, prima, quella "dinamica", legata al "progresso", alla crescita economica ancorché "equilibrata e sostenibile", quella ora privilegiata si correla a valori non aventi valenza strettamente economica, segnala cioè il definitivo distacco dall'idea dell'Unione quale Comunità economica. Trova anche in ciò traduzione il dettato del § 1 dell'art. 1 Tratt. UE, ov'è sancito che la "Unione sostituisce e succede alla Comunità europea".

In coerenza con quanto ora rilevato, il § 2 dell'art. 3 Tratt. UE assegna una collocazione ben più evidente di quella prima attribuita alla dimensione dell'Unione quale "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" e, collegato a questa (e non più alla promozione del "progresso economico e sociale"), compare il riferimento all'assenza di frontiere interne.

⁷ Essa riguarda l'accesso ai servizi d'interesse economico generale.

⁸ L'art. 36 è ricompreso nel Capo IV, dedicato alla "Solidarietà".

⁹ Si noti anche il riferimento a temi – la pace, i valori – costituenti l'asse portante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.



L'obiettivo economico non è più in posizione apicale, ma resta, ovviamente, centrale. Ad esso fa riferimento il § 3, impiegando formule letterali che non costituiscono certo fedele riproduzione di quelle in precedenza adottate. Del termine "progresso" rimane traccia, ma lo troviamo associato unicamente alla qualificazione "sociale" e posto in relazione con "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Quest'ultima espressione è degna di nota, giacché compare menzionata per la prima volta e in un contesto delimitato da concetti – quali quelli di "sviluppo sostenibile", di "crescita economica equilibrata", di "stabilità dei prezzi", di "piena occupazione" e, novità significativa, di "tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente" e promozione del "progresso scientifico e tecnologico" – che valgono, in qualche modo, a precisarne il significato.¹⁰ Fondata è, dunque, l'impressione di essere al cospetto di una formula letterale che, lungi dall'essere vuota di significato o solo genericamente programmatica, sembra coniata per rappresentare un modello economico da seguire.

Aiuta a definirne ancor meglio l'essenza il § 3 dell'art. 3 Tratt. UE, il quale enuncia, contaminati con il dato "economico", altri obiettivi che economici (o strettamente tali) non sono: ciò pare, infatti, emblematicamente assecondare la vocazione più autentica dell'economia sociale di mercato, che trova espressione in una strategia inclusiva di valori sociali e personalistici nella trama del tessuto economico, nell'idea – potremmo dire – di una "concorrenza umanizzata", nel riconoscimento della "protezione sociale" quale fattore integrante il sistema del diritto primario dell'UE.¹¹ Sono da interpretare in questa chiave i richiami all'esclusione sociale e alle discriminazioni, che l'Unione è chiamata a combat-

¹⁰ Taluni di detti concetti – è interessante notarlo – sono anche presenti nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e il dato, a tacer d'altro, testimonia l'esistenza di un nesso tra questi ultimi e la dimensione più strettamente economica, nesso che l'economia sociale di mercato riconosce e valorizza, anche sul fronte dei diritti sociali. Sicché – in definitiva – la virtuosa esplicazione del libero gioco concorrenziale è fattore che agevola la realizzazione dei diritti fondamentali e dei diritti sociali. Ciò non significa escludere che tra l'una e l'altra possa insorgere conflitto, che nella realtà dei fatti capita anzi sovente di osservare; ma questo dimostra che un mercato socialmente giusto ed efficiente non può che inverarsi nel rispetto delle regole giuridiche volte ad assicurare la corretta competizione e la rimozione delle distorsioni e imperfezioni che in esso abbiano a manifestarsi, di guisa che quel conflitto semmai rivela l'assenza o l'adeguatezza di dette regole e, visto che un mercato libero da queste ultime non esiste né è mai esistito, non può certo dirsi sintomatico dell'incompatibilità tra mercato e benessere sociale.

¹¹ Si vedano, al riguardo, le conclusioni presentate il 5 maggio 2010 dall'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nella causa C-515/08 (*Santitas, Pallasia e altri*), decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza del 7 ottobre 2010.

tere per veder affermate "la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore"; e nella stessa luce va letto l'imperativo a promuovere la coesione – non più solo economica e sociale, ma altresì "territoriale" – e la solidarietà tra gli Stati membri. I valori sin qui considerati contribuiscono a definire in positivo le coordinate di "un'economia sociale di mercato", sono interni al modello configurato di un'economia, libera di svilupparsi¹², ma nel rispetto della diversità culturale e linguistica e del patrimonio culturale europeo.

La serie di dati, anche tra loro eterogenei, confluisce nel grande progetto dell'economia sociale di mercato trova ulteriore arricchimento nel catalogo di valori enunciati nel § 5 dell'art. 3 Tratt. UE, i quali – è vero – sono affermati e promossi dall'Unione nelle relazioni con il resto del mondo, ma nondimeno costituiscono patrimonio dell'UE, sono "suoi valori ed interessi": alcuni compaiono ribaditi (la pace, la sicurezza, ecc.), altri sono menzionati per la prima volta nel *cahier* degli obiettivi (si vedano l'eliminazione della povertà e la tutela dei diritti umani) ma non per questo sono da ritenere estranei al contesto dianzi tratteggiato.

Non sarebbe, probabilmente, corretto far coincidere col Trattato di Lisbona l'epifania dell'economia sociale di mercato e nemmeno più dirsi che quest'ultima sia univocamente correlata al passaggio dalla CE all'UE. Invero, si parla non da ora di economia sociale di mercato e in relazione a schemi che non rispondono ad un unico modello di riferimento¹³, anche l'art. 3 del Tratt. UE, peraltro, con questa realtà fa i conti, là dove parla di "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Ciò posto, non deve pensarsi che il novero dei paradigmi ad essa associabili ricomprenda solo quelli sin qui conosciuti o sperimentati. L'eredità del passato non va dispersa, ma far tesoro del patrimonio acquisito non significa prestare ad esso ossequio incondizionato: è, invece, doveroso andare ol-

¹² E', a questo proposito, indicativo il riferimento alla natura "fortemente competitiva" del modello economico qui configurato, che non tradisce la sua impronta concorrenziale. Che si parli di competizione e non di concorrenza è, tuttavia, significativo, giacché il secondo termine è solo rappresentativo della libertà di iniziativa economica e di commercio, mentre il primo costituisce specificazione della dimensione concorrenziale, nella relazione "interna" tra gli esercizi l'iniziativa economica e in quella "esterna" tra questi e il pubblico dei "fruttori" o "consumatori", che dir si voglia: l'interesse di questi ultimi, dunque, connesso com'è all'esigenza di incrementare i beni offerti sul mercato e di calmarne i prezzi, si appunta più sulla competizione, che sulla concorrenza.

¹³ Bene G. VITTORI, *op. cit.*, 4, valutando la formula "economia sociale di mercato altamente competitiva", sottolinea come essa sia "debitrice di ulteriori modelli, dall'ordo-liberalismo tedesco, al liberalismo economico, alla Dottrina sociale della Chiesa".

Le Corti inferiori, riferendosi alla casistica della Corte di Giustizia, si sbarazzano del *case law* delle Corti interne superiori; c) il rapporto con gli altri poteri, in particolare con quello legislativo. Su questo Dyevre osserva che l'opinione pubblica tende a parteggiare per la giurisprudenza, ritenuta imparziale, serva benevola della legge.

In conclusione: ciò che influenza un pronunciamento giudiziale non è affatto scontato, dipendendo da molti fattori. Questo saggio ha voluto solo, secondo l'a., porre in luce la complessità del tema. Ma, per comprendere meglio il fenomeno analizzato, occorrerà un sforzo congiunto di molti studiosi nei prossimi anni.

5. La quinta parte: il diritto del lavoro, dei consumi e della concorrenza.

Lo scritto di Marie-Ange Moreau¹⁵ confronta l'idea di *social justice* tracciata dall'ILO (*International labour organization*) rispetto a quella portata avanti dall'Unione Europea.

Muovendo dall'assunto che il lavoro non è un lusso che pochi si possono permettere, obiettivo dell'ILO è garantire a tutti gli esseri umani un benessere materiale e uno sviluppo spirituale in condizioni di libertà e dignità, di sicurezza economica e uguali opportunità. Nonostante ad esso vi abbiano aderito tutti gli stati membri dell'UE, le politiche di quest'ultima continuano a privilegiare le libertà economiche a discapito dei diritti sociali. L'auspicio è che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Trattato di Lisbona, la rilevanza da attribuire oggi alla *social justice* trovi delle basi più solide di quella che ha avuto fino ad ora. L'art. 3, par. 3, TUE prevede che l'Unione deve lavorare per un sostenibile sviluppo dell'Europa fondato "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".

Secondo l'art. 151, invece, "L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione." Tuttavia

¹⁵ La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.

ciò non ha eliminato il conflitto tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. E l'idea di giustizia sociale continua ad uscire debole. Il richiamo ad un modello sociale europeo deve essere diretto tanto a cosa l'Europa vuole costruire quanto alle protezioni e tutele che vuole riconoscere. Per fare ciò è necessario costruire una architettura istituzionale che riconosca, a livello europeo, i diritti sociali. Il loro contenuto dovrà essere determinato sulla base delle tradizioni degli stati membri e dovranno essere attuati nell'ambito dell'UE tramite i metodi e gli strumenti tipici di questa: armonizzazione, rispetto del principio di sussidiarietà, competenza, dialogo sociale.

Questo costituisce il cuore del progetto europeo in materia di diritti sociali. Nell'ambito del diritto del lavoro, qualcosa in questa direzione è già stato fatto. Le direttive hanno contribuito a creare un quadro comune di riferimento per la tutela dei diritti sociali fondamentali, agendo in quattro direzioni: parità di trattamento e divieto di discriminazione; sicurezza e salute, con particolare attenzione per i giovani lavoratori, donne in gravidanza e soggetti esposti a particolari rischi; informazione e consultazione dei dipendenti; parità di trattamento tra differenti tipologie di lavoratori. Anche la Carta di Nizza occupa una posizione ricognitiva, estende la tutela delle situazioni soggettive ivi previste ad ogni settore in cui l'UE è competente. In altri termini, la Carta, alla quale è stato attribuito lo stesso valore dei trattati, prevede una serie di garanzie che non possono essere intaccate né dalle politiche europee né dalle politiche interne dei singoli Stati membri. Tuttavia, in risposta a questo processo di costituzionalizzazione, iniziato con il Trattato di Lisbona e che dovrebbe portare alla protezione dei diritti sociali, altre forze si muovono in direzione opposta.

Le pronunce Viking e Laval, cui hanno fatto seguito Ruffert e Commissione v. Lussemburgo, hanno dato precedenza alle libertà economiche rispetto agli obiettivi perseguiti da un'idea di *social justice*.

Ciò produce due rischi. In primo luogo, si registra uno scollamento tra previsione in astratto e tutela in concreto: le libertà economiche invadono gli spazi occupati dai diritti fondamentali. In secondo luogo, le corti interne tendono a preservare i modelli nazionali, i quali risultano essere più favorevoli rispetto agli *standards* europei. Evidentemente, ciò costituisce una minaccia alla costruzione di un modello sociale europeo e, da qui, l'interrogativo su come dare concreta attuazione agli obiettivi posti dall'idea di *social justice*.

L'equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati apre nuove prospettive. In primo luogo, bisognerebbe muovere, secondo l'a., dal Trattato di Lisbona e



ritiene che i comparatisti abbiano sopravvalutato il ruolo delle tradizioni e della cultura giuridica e, in particolare, le divisioni tra questi due sistemi nel modellare il comportamento giudiziario.

Nelle società occidentali, il comportamento accettabile del giudice è ancora quello dei giudici come "bocca della legge", legittimati solo quando stanno fuori dalla politica e confinano le loro decisioni all'applicazione, e non alla creazione, della legge. La retorica del giudice è concepita come formalista e legalista. Le decisioni si presentano "come una logica deduzione da preesistenti regole, anche quando queste regole sono indeterminate con riferimento al caso concreto" (p. 281-282). Se la regola è indeterminata si reputa che aumentino i contenziosi giudiziari.

D'altra parte "la tradizione di *common law*, attraverso la dottrina dello *stare decisis*, ammette e istituzionalizza il diritto giudiziario (*judicial law making*)" (p. 283). Il procedimento logico del giudice di *common law* e di *civil law* è opposto: il primo muove dal caso concreto e arriva a formulare standard generali (c.d. *bottom-up process*); il secondo arriva alla decisione individuale, inferendola da comandi generali emanati dal legislatore (c.d. *top-down*).

L'autore suggerisce di stemperare le differenze tra i due sistemi giuridici, poiché, da un lato, non va esagerata l'importanza del precedente nel comportamento dei giudici di *common law*, dall'altro, non trascurata l'importanza del precedente nei sistemi di *civil law*. Certo, i sistemi di *civil law* mancano di un equivalente della dottrina dello *stare decisis*, tuttavia i giudici di questi sistemi "sanno di essere tenuti a mostrare una certa coerenza in modo da ripulire di contenuto specifico i comandi spesso indeterminati del diritto positivo, in quanto la coerenza fa parte delle aspettative di ciò che costituisce un comportamento accettabile del potere giudiziario" (p. 284).

Dyerve insiste su questo tema, mostrando come il differente percorso formativo dei giudici di *common law* e di *civil law* (p. 284-285) non distingue nettamente i primi giudici - perché ex politici - dai secondi (*degrees of activism*). Piuttosto, soggiunge l'autore, il comportamento giudiziario è l'effetto di due variabili: le preferenze dei giudici; il contesto istituzionale nel quale operano. Si dice a pag. 286 "se le preferenze [del giudice] sono tenute costanti, un differente contesto istituzionale porterà ad un risultato diverso. E, all'opposto, se il contesto istituzionale è tenuto costante, le differenze nelle preferenze dei giudici sono in grado di produrre un risultato diverso".

Secondo l'autore le differenze nel comportamento dei giudici sono dovute "all'appartenenza a di-

stinte comunità nazionali" (p. 287). Se i giudici francesi, tedeschi e inglesi differiscono tra loro è perché i francesi, i tedeschi e gli inglesi sono diversi. Questa considerazione di carattere sociologico fa sì che le decisioni dei giudici dei vari Paesi membri siano diverse, più o meno eurocentriche su vari temi, a seconda delle tendenze culturali di quel paese. Ad esempio, afferma Dyerve, "il giudice francese, mediatamente, sarà meno in sintonia con il mercato regolamentato rispetto alle sue controparti... In linea con la loro reputazione di capitalisti colbertiani, i francesi tendono ad avere una visione più fioca della concorrenza e del libero scambio rispetto alla maggior parte dei paesi vicini europei" (p. 288). Germania, Spagna e Italia sembrano avere una cultura politica più favorevole all'interventismo giudiziario. La Francia è un caso intermedio (cfr. *amplius* p. 289). Comunque, insiste l'autore, "capire se e come queste preferenze incidano sulla decisione finale, dipenderà anche dal contesto istituzionale in cui i giudici operano" (p. 290).

Nella parte finale del suo saggio, l'autore si sofferma sui "vincoli istituzionali" (*Institutional constraints*), distinguendo tra quelli interni, derivanti dalla natura collegiale del processo decisionale in molti organi giudiziari, ed esterni, dipendenti dal più ampio contesto in cui operano i giudici. Sui primi (c.d. *Internal institutional constraints*), l'autore si sofferma, brevemente, sulla riforma del *French Constitutional Council* e sulla Corte costituzionale della Germania federale sotto il profilo dei soggetti legittimati ad adire tali organismi. L'autore illustra un grafico, riportato a pag. 291, ponendo in luce come la collegialità spinge il giudice ad allontanarsi dalle sue posizioni ideologiche. Reputa, dunque, questa, una soluzione istituzionale efficiente.

Egli mostra altresì come, con riferimento alle Corti Superiori, il potere di assegnare l'estensione della sentenza non è indifferente al fine di orientare la decisione in un senso o in un altro; il giudice scelto può fare in modo di individuare una soluzione accettabile, superando possibili contrasti in sede di votazione. Quanto ai vincoli istituzionali esterni (*External institutional constraints*), Dyerve indica i seguenti: a) i costi di reazione ad un determinato pronunciamiento piuttosto che ad un altro; b) l'integrazione europea. È noto che "il meccanismo del rinvio pregiudiziale consente a qualsiasi giudice nazionale di contestare praticamente ogni disposizione di diritto nazionale in quanto essa violi Trattati Europei o principi sanciti nella legislazione dell'UE" (p. 293). In sostanza, è come se le corti ordinarie "avessero acquisito il potere di controllo giurisdizionale che i sistemi legali europei hanno finora riservato alle corti costituzionali" (p. 293).

tre gli stereotipi e le vecchie categorie e, "con lo spirito del viaggio e con la ragionevole speranza e fiducia nel futuro"¹⁴, sforzarsi di tradurre quella formula in principi e regole operative aggiornati e al passo con i tempi. Quelli sin qui in concreto elaborati - è vero - sono alquanto deludenti¹⁵, ma ciò non autorizza l'abbandono al pessimismo, né a catalogare l'opera da compiere come *mission impossible*. C'è la ricerca - non facile - di nuovi e più avanzati equilibri nella costruzione dell'economia sociale di mercato, come pure l'apertura verso risposte - ove necessario - nuove e originali agli inediti interrogativi che la realtà pone¹⁶. Il cammino da percorrere è ancora lungo e faticoso e in larga parte incognito, ma non partiamo da zero e privi di equipaggiamento se è vero che nell'attuale normativa dell'UE sono rintracciabili i lineamenti di un modello economico sicuramente meglio definito di quello emergente attuale. Occorre, allora, valorizzare ciò che di positivo è dato registrare e, al riguardo, significativo è anche il fatto che il Trattato di Lisbona abbia conferito a questo modello - per così dire - un nome, l'abbia cioè reso riconoscibile associandolo ad un insieme di parole che, al di là di ogni altra considerazione, rivela un'attenzione assai più desta che in passato verso le istanze sociali e i valori della persona, non accantonabili se l'intento è promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche. Conteranno, poi, i fatti e le scelte in concreto adottate, ma è illusorio pensare che questi possano essere soddisfacenti se non ci si predisporre con spirito costruttivo a quella ricerca.

¹⁴ Sono queste le parole con cui termina lo scritto, menzionato in esordio, di G. VETTORI, *op. cit.*, 9.

¹⁵ Si è parlato, prima, di "strategia inclusiva di valori sociali e personalistici nella trama del tessuto economico" e, se andiamo a verificare gli approdi che essa ha sinora consentito di raggiungere, dire che la segnalata "contaminazione" abbia determinato un più elevato livello di tutela di quei valori sarebbe azzardato; sicché non certo infondate sono le preoccupazioni suscitate da pronunciamenti della Corte di Giustizia, quali quelli avuti in ordine ai casi Viking (11 dicembre 2007, causa C-438/05) e Laval (18 dicembre 2007, causa C-341/05), accreditanti logiche di "bilanciamento" che hanno, alla fin fine, legittimato, in forza della prevalente considerazione accordata alle libertà economiche, il sacrificio di diritti a contenuto sociale. Ma sarebbe, del pari prematuro trarre bilanci definitivi: lo scenario cui quale ci confrontiamo è in movimento e non sono certo azzardate le possibilità di un'evoluzione in positivo. Data la complessità del tema qui toccato e l'impossibilità di affrontarlo compiutamente in poche battute, valga - per approfondimenti - il rinvio a molti dei saggi raccolti in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

¹⁶ Risposte che, ovviamente, non solo il giurista è chiamato a fornire, imprescindibile rivelandosi - come nota, ancora, G. VETTORI, *op. loc. ult. cit.* - "il concorso di tutte le scienze sociali" e "decisivo il ruolo dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni europee".

3. Coesione sociale e giustizia distributiva.

In quanto sinora esposto è implicato l'invito a non sminuire il rilievo del Trattato di Lisbona. Non ho mutato il giudizio, non certo entusiastico, in altra sede espresso su di esso: resto dell'idea che "i limiti, l'intrinseca debolezza e la natura compromissoria e interloquitoria (...) ne fanno una soluzione «di passaggio» verso approdi - al momento solo auspicabili - di piena e matura coesione in seno all'Unione"¹⁷. Ma anche allora dissi che ciò "non autorizza (...) a revocame in dubbio l'importanza, che è anzi notevole per molti versi"¹⁸, e credo che le considerazioni svolte ne offrano la riprova.

Nel passo appena riportato usai, spontaneamente e senza troppo riflettere sulla cosa, la parola "coesione", associandola a quello che giudicavo essere, negli auspicci, il risultato più rilevante da conseguire¹⁹. Ora, alla luce dell'analisi che ho avuto modo di condurre, posso dire che l'intuito mi guidò nella giusta direzione; ma trae alimento, altresì, la convinzione che sia dato pervenire ad una conclusione ancora più avanzata, poiché se c'è un termine che, più di altri, è capace di sintetizzare emblematicamente il nucleo essenziale, la dinamica e il fine dell'economia sociale di mercato, questo è - per l'appunto - "coesione".

L'aggiunta alla parola "coesione" del solo aggettivo "sociale", tuttavia, avrebbe forse meglio consentito di cogliere il senso del concetto rappresentato. Si è, invece, scelto di dare autonomia visibilità alla coesione "economica" e "territoriale", nelle intenzioni per chiarire ulteriormente significato e portata del concetto, ma senza avvertire che il ricorso a troppe specificazioni approssimate, sovente, a risultati opposti a quelli che ci si proponeva di raggiungere, vale cioè a rendere più oscuro ed ambiguo l'oggetto specificato.

La verità è che la coesione territoriale è *d'emblea* correlabile a più d'un significato, mentre se la si riferisce al rapporto tra gli Stati membri, poco aggiunge alla già nota dimensione dell'UE quale spazio senza frontiere interne. E, quanto alla "coesione economica", non si vede come si possa isolarla dalla "coesione sociale", soprattutto nell'ambito di "un'economia sociale di mercato": può tornar utile rifarsi al pensiero di un *liberal* illustre - Nobel per l'economia - qual è Paul Krugman,

¹⁷ G. GRISI, *L'aportia della norma che impone il patrimonismo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 650.

¹⁸ G. GRISI, *op. loc. cit.*

¹⁹ In sostanziale sintonia, G. VETTORI, *op. cit.*, 3 che della "coesione" parla come della "finalità primaria" dell'azione delle Istituzioni nazionali e comunitarie.

²⁰ La Lettera dell'art. 3, § 3, Tratt. UE sembra militare in tal senso.



per evidenziare come, se il nemico mortale della coesione economica è l'eccessiva disuguaglianza economica, "una grande disuguaglianza economica inevitabilmente si trascina dietro una grande disuguaglianza sociale"²¹. Stando così le cose, coesione sociale ed economica sono facce della stessa medaglia e far solo riferimento alla prima può servire a scongiurare il rischio di apparire concentrati sul merito dato economico.

L'importante è comprendere che la coesione sociale è il nucleo essenziale di ogni sana economia sociale di mercato e ne costituisce, al contempo, premessa ed obiettivo. Operare scelte coerenti che vadano in questa direzione è compito, in primo luogo, della politica e ad essa i Trattati impongono di ridurre a livelli fisiologici la disuguaglianza economica, per via soprattutto di una redistribuzione del reddito che sia "strutturale" e non contingente, che non punti solo alla limitazione degli eccessi di ricchezza e povertà che drammaticamente oggi sono sotto gli occhi di tutti, che sia organicamente inserita in un disegno economico più ampio e lungimirante, magari articolato intorno a nuovi postulati. La coesione sociale, dunque, rimanda alla giustizia distributiva o - se si preferisce - alla giustizia sociale²², il nesso tra i due termini innerva il modello di economia sociale di mercato che dai Trattati UE, così come oggi si presentano, emerge. Ma coesione sociale è anche solidarietà tra le generazioni, presenti e future²³, solidarietà, che l'UE è chiamata a promuovere a norma del più volte citato art. 3, nell'opera di concretizzazione del paradigma dell'economia sociale di mercato²⁴.

²¹ P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2008, 243.

²² Altro è il piano della giustizia individuale o comunitativa, quella che attiene al rapporto di scambio tra individui o alla ripartizione delle conseguenze dannose derivanti da comportamenti. Quello del rapporto tra giustizia individuale e sociale, in generale e con specifico riguardo al diritto europeo dei contratti, è stato tema ricorrente in molti degli interventi che hanno animato il seminario fiorentino, primo fra tutti quello di Adolfo di Majo, il quale, valorizzando, in contrapposizione alla c.d. giustizia procedurale, un indirizzo "materializzante" nell'approccio agli istituti giuridici, se non giunge ad attribuire all'obbligazione e al contratto compiti di redistribuzione delle risorse tra i consociati che compete alla politica assolvere, giuridica nondimeno realistico pensare possa accreditarsi un'etica materiale della responsabilità che consenta, sia pure a livello micro-economico, di ridimensionare, se non di superare, l'antagonismo tra giustizia individuale e sociale.

²³ Già la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel Preambolo, aveva focalizzato le "responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

²⁴ "In passato la funzione distributiva aveva avuto come riferimento la stessa generazione. Adesso lo sviluppo del Welfare è condizionato da una logica molto diversa" (G. VETTORI, *op. cit.*, 4).

L'attuale gravissima crisi, che è europea e non solo, indebolendo la *middle class* ha determinato la crescita esponenziale della disuguaglianza economica, ciò che ha corroso e corrotto le relazioni sociali e politiche con correlata degenerazione della "coesione sociale". Il cittadino, oggi, ha sempre meno diritti e sempre maggiori difficoltà nel soddisfare i propri bisogni e tradirebbe la sua essenza un'economia sociale di mercato che non si proponesse di arginare questa pericolosa deriva dalla società dei diritti a quella dei bisogni: recuperare la "coesione sociale" significa dar corpo e sostanza a questo proposito.

analizzando le istituzioni giuridiche, gli attori giuridici, i professionisti del diritto, l'educazione legale e il pensiero giuridico.

Una caratteristica è costituita dalla mancanza di codificazioni e da una tarda emersione della scienza giuridica. Tra i paesi scandinavi la Finlandia presenta alcune peculiarità, legate all'importante ruolo della scienza giuridica. Nel discorso giuridico vi sono tre attori dalla forza equivalente: il legislatore; la giurisprudenza; la scienza giuridica; il diritto è creato e rinnovato da queste tre parti.

La scienza giuridica finlandese, ricorda ancora l.a., ha subito l'influenza del diritto tedesco, soprattutto con riferimento alla "giurisprudenza dei concetti" (*Begriffsjurisprudenz*). Quest'ultima ha limitato il ruolo della "dottrina realistica svedese delle fonti del diritto", che intende il diritto come uno strumento di ingegneria sociale. Invece l'influenza della *Begriffsjurisprudenz* è diminuita dopo l'apertura alla "Scuola analitica del diritto", connessa alla filosofia finlandese degli anni '60-'70. Questa criticava la conclusione attraverso i concetti, ritenuti necessari solo a fini classificatori. La svolta analitica ha riflesso i cambiamenti sociali e la scienza giuridica ha cercato di elaborare dei concetti più adeguati agli scambi commerciali. Fondamentale è stato anche lo sviluppo del "welfare social state" negli anni '70 con gli studi di Lars Eriksson ispirati dalle teorie marxiste e dalla scuola italiana dell'Uso alternativo del diritto.

La scuola analitica mantiene la sua importanza nell'esperienza giuridica finlandese, nella quale la scienza giuridica è uno dei tre attori del sistema giuridico ed elabora concetti e principi in vari ambiti. Un esempio ne è dato dall'opera di Thomas Wilhelmsson (*Social civil law*) che mostra come i concetti giuridici siano elaborati attraverso la legislazione, i disegni di legge e i casi giurisprudenziali; tale dottrina è inoltre legata allo sviluppo dello stato sociale. Wilhelmsson ha studiato la possibilità di incorporare alcuni argomenti legati allo stato sociale nel diritto privato: "*doctrine of the social obstacle of performance*". Anche con riferimento alla responsabilità civile (Wilhelmsson, *Late modern law of responsibility*) egli ha messo in evidenza che il diritto moderno si sta evolvendo in micro sistemi nei quali un ruolo importante è svolto dai principi giuridici elaborati dalla scienza giuridica. Partendo da casi giurisprudenziali la scienza giuridica elabora concetti e principi che influiscono sullo sviluppo della disciplina di quella materia.

Un'importanza diversa ha la scienza giuridica in Norvegia, paese in cui un ruolo notevole ha avuto la dottrina realistica e la sociologia del diritto. Hans Petter Graver (*Skills of legal persuasion*) promuove una giurisprudenza basata sulla "teoria critica del

diritto" e che favorisce la parte più debole, specialmente analizzando ciò che rende certe posizioni accettabili e legittime. La teoria critica è fondata non sul "provare" ma sul "persuadere". I concetti vengono organizzati a seconda della loro capacità persuasiva; gli argomenti dogmatici tradizionali vengono integrati con quelli retorici. Infine si segnala la teoria danese di Henrik Zahle che trasferisce la filosofia del diritto nella pratica giuridica. In particolare l'interpretazione giuridica costituirebbe una scelta tra diverse conseguenze sociali; gli interpreti devono scegliere le alternative che consentono di raggiungere i migliori risultati. Questi possono essere valutati sulla base di criteri legali o legati alla visione propria dell'interprete o ulteriori. Ma il criterio fondamentale per il giudice deve essere "*the caring function*", che sarebbe la particolare relazione del giudice con le vicende umane cui è legato in quanto uomo della società. Le sue scelte devono essere rispondenti alle esigenze di giustizia, specialmente legate ai singoli casi.

Nelle conclusioni l'a. ritorna al dibattito tra l'idea di Prodi, secondo cui la giustizia nel diritto moderno sarebbe relegata fuori dal diritto, e quella di Schroder, secondo cui i sistemi giuridici moderni includerebbero la giustizia (oggettiva). Si ricorda come la letteratura giuridica nordica usi diverse tecniche per inserire l'idea di giustizia nei moderni sistemi giuridici. Da esse dipende l'apertura dei sistemi alla correzione attraverso la giustizia.

Dalle tre esperienze analizzate risulta l'importanza e il potere della scienza giuridica e il favore all'idea di un ordinamento giuridico "giusto": Graver enfatizza il ruolo della retorica e dell'argomentazione; Zahle le ragioni filosofiche ed il ruolo del giudice nell'implementare la giustizia. Per Wilhelmsson il ruolo della scienza giuridica è maggiormente sistematico e di organizzazione del sistema coerentemente alla diversa storia del diritto finlandese.

Il saggio di Artur Dyevre¹⁴ si occupa delle variabili che, a suo giudizio, incidono sul comportamento del giudice (*Judicial behaviour*). Muovendo dalle pronunce della Corte di Giustizia (*Viking, Laval, Ruffert, Luexembourg*), l'a. si pone due domande: 1) "quale ruolo vogliono avere i giudici domestici nella battaglia per la giustizia sociale?" 2) "è probabile che i giudici reagiscano diversamente nei diversi paesi all'europeizzazione della giustizia sociale?"

Svolte alcune considerazioni generali sul ruolo del giudice nel *common law* e nel *civil law*, l'autore

¹⁴ La scheda di lettura è del dr. Antonio Gorgoni.



ciale come incentrata sulla giustizia commutativa e correttiva.

Se nel diritto contrattuale francese non è possibile ravvisare numerosi e significativi esempi di giustizia distributiva, a differenza che in altre aree del diritto, gli orientamenti più recenti della Cassazione francese, tuttavia, sia pur non esplicitando mai chiaramente istanze di giustizia distributiva, dischiudono a tratti una prospettiva nuova, di contrapposizione all'individualismo del mercato. In questo senso, la ricerca di Sefton Green, conformemente alle premesse indicate, nel tentativo di definire i contenuti e la natura della giustizia sociale, lascia intuire che vi sia ancora del potenziale inesplorato della solidarietà nel diritto privato francese.

Pia Letto-Varamo¹³ (storica del diritto finlandese) indaga la relazione tra diritto e giustizia, muovendo da alcune premesse. La filosofia del diritto si interroga su "che cosa è giusto". La storia del diritto indaga su "come cambia il significato della giustizia nel tempo", in che modo la giustizia è intesa; quali sono le tecniche utilizzate per intendere la giustizia con particolare attenzione alla teoria delle fonti del diritto e all'idea della legittimazione dell'ordinamento giuridico.

L'a. osserva che nel diritto europeo, la legislazione comunitaria ed i diritti della CEDU introducono valori che pongono in discussione le teorie sulle fonti e le regole dell'argomentazione. In quel contesto, connotato da un pluralismo di valori e da una frammentazione etica, si sviluppa una giustizia procedurale. Il giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU ma anche le procedure nell'ambito della "governance" europea rimandano a tale idea di giustizia.

Da ciò si argomenta sull'esistenza di qualcosa che i giuristi chiamano giustizia e sul fatto che il diritto positivo possa essere misurato attraverso questa.

In particolare, nella c.d. "Nordic legal family", esistono tecniche per inserire l'idea di giustizia all'interno dei moderni ordinamenti giuridici che si differenziano tra loro a seconda della loro apertura ad una correzione attraverso la giustizia. Law neglecting justice? Si chiede l'autore e trae spunto, per una risposta, dal dibattito tra Paolo Prodi (Una storia della Giustizia, 2000) e Jan Schröder. Secondo Paolo Prodi, nel diritto pre-moderno esistevano diversi fori e diversi ordinamenti giuridici (il diritto naturale - il diritto secolare - il diritto della chiesa); nel diritto moderno, con l'avvento del positivismo, la legge è divenuta unica, ma la giustizia sarebbe stata relegata nella coscienza individuale. Secondo

Schröder c'è differenza tra la giustizia come caratteristica di una persona (soggettiva) e la giustizia come caratteristica di un sistema giuridico (oggettiva). Nel diritto pre-moderno la giustizia era intesa come soggettiva perché in senso oggettivo non aveva senso discuterne, in quanto il diritto era giusto per definizione, in quanto trovava fondamento nell'investitura divina del sovrano o nella legge religiosa o nel diritto naturale. In accordo con Prodi, il problema della giustizia nel diritto nasce quando il diritto naturale viene eliminato dalle fonti del diritto, che diviene diritto positivo. Il problema della giustizia emerge quando ci si rende conto che il diritto non era più in grado di garantirla. Dunque Schröder concorda sulla ricostruzione storica di Prodi ma ritiene che la giustizia non attenga alla scienza ma appunto in senso oggettivo debba essere riferita agli attuali ordinamenti.

Questi oggi sono caratterizzati dalla temporalità e dalla spazialità e dunque non possono essere riferiti ad un unico ideale di giustizia ma, allo stesso tempo, il diritto positivo di ciascuno stato non esaurisce tutti i problemi di una società; per questo gli ordinamenti sviluppano delle tecniche che introducono correttivi al diritto positivo e richiamano degli ideali condivisi di giustizia.

Certo, osserva l'autore, il diritto positivo ha un deficit di giustizia dovuto alla poca flessibilità della legge rispetto a casi nuovi o difficili. Tuttavia i sistemi contemporanei hanno elaborato dei correttivi, quali i c.d. "principi giuridici" che costituiscono delle linee guida che correggono l'ingustizia del diritto positivo. Attraverso i diritti fondamentali e le clausole generali alcuni modelli di giustizia positiva riescono ad esercitare un controllo sulla giustizia nel sistema (per esempio la buona fede nel § 242 BGB o del § 36 del *Finnish Contract Act*).

In accordo con Kaarlo Tuori, l'autore ritiene che l'idea collettiva di giustizia sia stata trasposta nel ragionamento giuridico attraverso i diritti fondamentali. In altri termini la norma morale è stata trasposta nel linguaggio legale. Questi principi giuridici basilari non definiscono i valori di individui o gruppi ma hanno la funzione di risolvere i conflitti laddove sorgano tra valori diversi: come rispetto alla libertà religiosa o di opinione. Generalmente i paesi nordici, nota l'a., (Svezia, Finlandia, Norvegia, Islanda e Danimarca) vengono raggruppati in una unica famiglia giuridica. E non è dubbio che questi paesi sono caratterizzati da alcuni aspetti comuni: sono paesi egualitari composti da piccole città; hanno implementato l'idea di stato sociale; hanno una società civile debole; sono paternalisti ma democratici e trasparenti; hanno subito una recente modernizzazione. Però le vere caratteristiche e differenze tra di essi possono essere colte solamente

IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E "L'ATTESA DELLA POVERA GENTE", OGGI *

Di Francesco Donato Busnelli

SOMMARIO: 1. *L'oggi: la riscoperta della solidarietà e l'esperienza del male.* - 2. *"La solidarietà è ormai giunta alla fine della parabola?". Bagliori di sereno in un cielo offuscato dalle tenebre.* - 3. *L'offuscamento del principio costituzionale della solidarietà nel diritto civile italiano del nuovo secolo.* - 4. *La sbandierata ambiguità della nozione di solidarietà.* - 5. *Da La solidarietà ottocentesca di Léon Bourgeois all'oderna riproposizione ammodernata della "storia di un'idea".* - 6. *Solidarietà e personalismo nella Costituzione italiana: l'originalità dell'idea e l'isolamento culturale del modello.* - 7. *Le ragioni dell'isolamento culturale: l'etichetta di "dottrina cattolica e la diffusa riluttanza ad andare "oltre il positivismo giuridico".* - 8. *Segue. La difficile integrazione con l'indirizzo c.d. liberaldemocratico che dal nuovo continente si difonde nella vecchia Europa.* - 9. *La sorprendente profezia di Luigi Mengoni: "sul concetto di solidarietà la riflessione è appena agli inizi".* - 10. *Sporadiche tracce di rinnovata propensione alla solidarietà.* - 11. *Una prospettiva ancora incerta: accreditare gli ideali costituzionali della solidarietà nella fatucosa evoluzione dei principi europei.* - 12. *Una certezza ormai consolidata: il definitivo superamento della contrapposizione tra radici religiose e radici laiche nell'idea costituzionale di solidarietà.*

1. L'oggi: la riscoperta della solidarietà e l'esperienza del male.

Una sinistra coincidenza caratterizza la realtà odierna.

L'oggi è l'esplosione di solidarietà che ha corrisposto alla tragica catastrofe che ha colpito una folla di terremotati: una solidarietà tra le vittime del terremoto; una solidarietà con, e tra, le vittime; una solidarietà tra privati (proponerli di chiamarla "la fratellanza della povera gente") e una solidarietà "organizzata" tra pubblico e privato (Giorgio La Pira la chiamò "l'attesa della povera gente")¹.

L'oggi è la riscoperta, da parte degli studiosi, dell'idea di solidarietà². È appena uscito, nella traduzione italiana, il libro di Marie-Claude Blais, che ripercorrendo la "storia di un'idea" si pone alla "ri-

¹ L'Istituto Italiano di Scienze Umane di Firenze nell'Alleanza del Palazzo Strozzi l'18 giugno 2012.

² La distinzione corrisponde, in linea di massima, con quella che Guido Alpa traccia tra "solidarietà orizzontale" e "solidarietà verticale" (*Solidarietà, in Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, II, p.372) o con quella tra "solidarietà doverosa" o "fratema" e "solidarietà pubblica" o "patema" (Galotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 10 s.).

³ Per una rassegna di libri appena pubblicati v. RICCARDI, *Per un museo della solidarietà*, in *Sole* - 24 ore, 24 giugno 2012.

* Questo saggio costituisce lo sviluppo di un intervento all'Incontro di studi su *Diritti e coesione sociale* svoltosi



cerca dell'unità perduta" per tracciare i presupposti di un "problematico ritorno alle origini"³. Oggi, qui a Firenze come altrove⁴, se ne discute nel quadro di una crescente aspirazione a un ideale di giustizia e di coesione sociale.

Ma l'oggi è, al tempo stesso, il momento del "male": quel "male sociale" che Léon Bourgeois considerava l'antitesi della solidarietà⁵.

De "L'expérience del male" – guerra, tortura, genocidio, terrorismo – offre un quadro agghiacciante quanto documentato il giurista Antonio Cassese nell'intervista-testamento affidata a Giorgio Acquaviva⁶.

Per di più, la "Mémoire du mal, la torture, la déportation, l'humiliation de millions d'autres" – osserva il linguista filosofo Tzvetan Todorov – si accompagnano sinistramente alla "tentation du bien, qui peut conduire à cultiver chez soi le 'moralément correct' et, à l'étranger, à larguer ses bombes, atomiques ou 'humanitaires'"⁷.

Della insidiosa "Umiltà del male" – "Il primato del mercato tiene insieme capitali senza confini e i sogni degli individui, per realizzare i quali non abbiamo bisogno degli altri" – scrive il sociologo Franco Cassano⁸.

La "fuga dal male", incontrato nelle sue peregrinazioni orientali alla ricerca del bene, è accuratamente descritta al figlio dal giornalista Tiziano Terzani, che trova finalmente la pace nella contemplazione della natura rasserrenante della montagna di Orsigna⁹.

³ BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura e con *Presentazione* di MAGNI, *Tra ponti e confini*, Milano, 2012, p. 345 ss.

⁴ Dal 27 al 30 settembre 2012 si è svolto a Piacezza la quinta edizione del Festival del Diritto, dedicata a "Solidarietà e conflitti". Per una sintesi dell'intervento del direttore scientifico V. Rodotà, *Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà*, in *La Repubblica*, 25 settembre 2012, p. 54 ss.

⁵ Lo riferisce MAGNI, *Tra ponti e confini*, cit., p. XXX.

⁶ A. CASSIÈSE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra*, Conversazione con G. Acquaviva, Bologna, 2011. "Ho dovuto fare l'esperienza del male": in termini più semplici e meno roboanti, ho dovuto toccare con mano moltissime situazioni frutto di malvagità e desiderio di distruzione" (p. 16).

⁷ Todorov, *Mémoire du mal, tentation du bien*, Paris, 2000: "Que nous a apporté le XX siècle? Le pire: un régime politique inédit, le totalitarisme, la torture, la déportation, l'humiliation de millions d'autres; pourtant, ses protagonistes aspiraient au bien, non au mal" (p. 4).

⁸ CASSANO, *L'umiltà del male*, Bari, 2012: "Chi spera negli uomini deve inoltrarsi nella zona grigia dove abita la grande maggioranza di essi e combattere lì, in questo territorio incerto, le strategie del male" (p. 71).

⁹ TERZANI, *La fine è il mio inizio*, Milano, 2006: "Non volevo morire senza aver capito perché ero vissuto. O, molto più semplicemente, dovevo trovare dentro di me il seme di una pace che poi avrei potuto far germogliare ovunque" (p. 7).

2. "La solidarietà è ormai giunta alla fine della parabola?" Bagliori di sereno in un cielo offuscato dalle tenebre.

Bagliori di sereno in un cielo offuscato dalle tenebre, verrebbe fatto di dire.

"La solidarietà in senso giuridico è ormai giunta alla fine della parabola?", si chiedeva amaramente Guido Alpa, a conclusione di una spietata denuncia *fin de siècle*¹⁰.

Correva l'anno 1994. Incoraggiato da Nicolò Lipari, che si sforzava di credere in "un risveglio dello spirito di solidarietà"¹¹, cercai di reagire alla ineluttabilità di questa circostanziata denuncia, appellandomi alla storia della nostra Costituzione, al personalismo che l'ha ispirata, alla convergenza dei suoi Padri sui relativi valori, alla solidarietà come dovere inderogabile, politico prima che economico¹².

L'avvento del nuovo secolo mi ha indotto progressivamente a un sofferto ripensamento. I bagliori di sereno non sono vivificati dal diritto che incombe, plumbeo, dal cielo della nuova Europa, forse risplendono di una luce propria, che ha ben poco in comune con il diritto *quo utimur*, mi sono detto.

La solidarietà di fronte alla catastrofe naturale è la solidarietà, altrettanto naturale, della "povera gente", quella del soccorso reciproco di fronte all'ineluttabile, l'*irréductible humain* che Mireille Delmas Marty invoca disperatamente "*pour un droit commun*"¹³ e che trova un'eco nel preambolo della Costituzione francese del 1946, che invoca "la solidarietà e l'uguaglianza di tutti i francesi davanti al peso delle calamità nazionali".

Il diritto, il nostro diritto civile del nuovo secolo, non sembra recepire l'impulso solidarista della nostra Costituzione nel rispetto della sua vocazione autentica. È irrisistibilmente attratto verso un orizzonte individualista e libertario (più che liberale) che dall'altra sponda dell'Oceano, sulle ali del successo "sfronato" del libero mercato, è venuto a illuminare di luce diversa il cielo della vecchia Europa.

contrattuale, l'Autrice si diffonde in una serie di osservazioni: a) in primo luogo indaga le conseguenze pratiche delle decisioni giudiziarie che coinvolgono l'idea della solidarietà nel diritto contrattuale; b) in secondo luogo passa in rassegna le varie critiche espresse in dottrina; c) in terzo luogo si sofferma sul modo in cui il paternalismo e la solidarietà possono essere combinati nel diritto contrattuale francese.

Quanto alle conseguenze pratiche delle decisioni giudiziarie, è possibile distinguere tra una versione debole (negativa) ed una forte (positiva) della solidarietà. Sefton-Green offre alcuni esempi giurisprudenziali ed estrapola da essi i rispettivi caratteri. La solidarietà debole è quella invocata dalle parti, nella prospettiva della cooperazione tra i contraenti. In assenza di una tale cooperazione, operano sanzioni con funzione di riparazione. La solidarietà forte, invece, implica effettive conseguenze distributive: lo spirito di altruismo che sorregge e conforma il rapporto tra le parti trova applicazione nella previsione di obblighi di cooperazione e nella concreta operatività della buona fede e della lealtà.

Per quanto riguarda, invece, le critiche mosse dagli studiosi, l'Autrice registra l'esistenza di tesi che sostengono vi sia contraddizione tra l'idea di solidarietà ed i presupposti della dottrina della solidarietà contrattuale, per un articolata serie di motivazioni. In queste tesi viene affermato che è impossibile assimilare contratto e comunità: non essendoci alcuna identificazione altruistica tra le parti contraenti, il fattore della solidarietà non può sussistere. Inoltre, alla versione dell'altruismo teorizzata vengono mosse critiche sociologiche e psicologiche. Infine, viene esplicitato che solidarietà e giustizia commutativa sono concetti del tutto eterogenei.

Nel suo percorso argomentativo, Sefton-Green ritiene che i contratti, per lo più di scambio, sono volti al raggiungimento del benessere materiale delle parti. In questa prospettiva, la giustizia contrattuale francese spesso aspira alla giustizia commutativa ed a quella con funzione correttiva. La solidarietà, nel suo significato più precipuo, in realtà, entra in relazione col benessere immateriale, con gli scambi non perfettamente reciproci, con l'altruismo. Da ciò si deduce che la solidarietà sia strettamente legata alla giustizia distributiva. La giustizia contrattuale commutativa, dunque, può dirsi veramente una forma di giustizia sociale? Ed inoltre, è possibile combinare la giustizia correttiva con la giustizia sociale?

Nel tentativo di rispondere a questi interrogativi, l'Autrice constata che elementi di solidarietà sono ravvisabili in diversi esempi contrattuali, ma non è possibile dimostrare la loro effettiva incidenza in termini di giustizia distributiva. È possibile soffermarsi a rilevare che il giudice non ha strumenti idonei per

realizzare questo tipo di giustizia nell'ambito contrattuale. Alla luce di tutto ciò, Sefton Green espone l'idea che il concetto di solidarietà contrattuale sia in certa misura riduttivo e che la solidarietà abbia ancora del potenziale inespreso nel diritto privato francese. Una simile tesi si fonda su varie considerazioni: i sostenitori della dottrina della solidarietà hanno concentrato finora le loro indagini esclusivamente sul diritto contrattuale, escludendo altri ambiti disciplinari. Inoltre, nell'analisi del diritto contrattuale essi hanno trascurato gli aspetti immateriali della giustizia. Ciò permette di ipotizzare che sia possibile individuare una combinazione tra solidarietà e giustizia sociale nel diritto privato al di fuori del diritto contrattuale.

Esistono, infatti, alcuni settori in cui il legislatore ha effettivamente adottato delle misure protettive per assicurare una distribuzione equa dei rischi, basandosi su un'idea generale di solidarietà: l'area della responsabilità da fatto illecito, per esempio, mostra chiaramente tratti tipici della giustizia distributiva. Ancora, la disciplina della ripartizione dei rischi nella responsabilità sul lavoro o da sinistro stradale rappresentano ulteriori esempi di interventi di protezione paternalistica. A questi si aggiungono la creazione di fondi di risarcimento e la previsione di *obligation de sécurité* nei contratti di trasporto.

È dunque possibile sostenere che l'idea di solidarietà, intuitivamente legata alla giustizia distributiva, sia comunque diffusa nel diritto privato francese, non necessariamente nell'area di dominio esclusivo del diritto contrattuale. In ogni caso, ricorda Sefton-Green, la ripartizione tra ambito contrattuale ed ambito della responsabilità da fatto illecito, in una prospettiva comparatistica, spesso è una questione di coerenza sistemica interna oppure addirittura di semplice comodità. Nel tentativo di tracciare i collegamenti fra il paternalismo, solidarietà e giustizia sociale nel diritto privato francese, Sefton Green ripercorre, in chiusura del suo saggio ed in via riassuntiva, i diversi significati affrontati di "giustizia sociale". Questa riguarda questioni di benessere materiale ed immateriale ed include in sé elementi di giustizia commutativa e distributiva quando si sostanzia in misure di matrice paternalistica. Dal punto di vista della dottrina della solidarietà contrattuale, la giustizia sociale riguarda il benessere materiale, viene assimilata alla giustizia commutativa e correttiva. Rimane da comprendere se questa prospettiva sia conforme all'idea originale di solidarietà e occorre stabilire quale sia il collegamento con la giustizia sociale, intesa principalmente come distributiva. L'alternativa che si impone è prendere atto che la giustizia sociale sia estranea al diritto contrattuale francese, da un lato, oppure, dall'altro, ridefinire il concetto di giustizia so-



velli di vita a partire dalla metà degli anni '70 con un incremento delle disuguaglianze sociali e sulla mutata percezione delle *disuguaglianze esistenti*.

Ruth Sefton-Green¹² si sofferma sul diritto privato francese.

Nel saggio viene analizzato il modo di intendere la giustizia sociale nel diritto privato francese, nel suo rapporto con il paternalismo e la solidarietà. L'a. si propone in particolare di indagare il potenziale ancora inesplorato della solidarietà, posta a fondamento della giustizia sociale. Nel delineare l'ipotesi di lavoro, l'Autrice si sofferma innanzitutto sul concetto di paternalismo, inteso quale limitazione del comportamento egocentrico principalmente per il proprio bene. Il paternalismo viene proposto nelle sue diverse declinazioni di paternalismo legislativo e giudiziario, sulle quali l'Autrice non indugia, dandosi carico, piuttosto, di affrontare il problema dell'individuazione dei contenuti operativi della categoria generale. Per svolgere le sue considerazioni, ella si avvale della distinzione tra paternalismo "hard", ascrivibile ad istanze di protezione radicale dell'individuo, reputato assolutamente inadeguato ad esprimere correttamente le sue reali aspirazioni, e paternalismo "soft", dai contenuti meno rigidi, improntato sull'idea che l'individuo non sia necessariamente un soggetto perennemente incapace di provvedere ai propri interessi. Sefton-Green si interroga sulla natura del paternalismo quale mezzo volto a realizzare la giustizia sociale nel diritto privato francese. Vengono prospettate due ulteriori linee di indagine: in primo luogo s'impone l'analisi sull'oggetto della giustizia sociale, ed in particolare se essa miri al conseguimento di un benessere tanto materiale quanto immateriale; in secondo luogo, l'Autrice si prefigge di focalizzare l'attenzione sulla natura della giustizia sociale francese, per verificare se essa si connoti come giustizia distributiva, o commutativa e/o correttiva.

Delineata così l'impostazione metodologica, Sefton-Green procede all'analisi dei contenuti prima del paternalismo di carattere generale, incentrata sul rispetto dell'ordine pubblico, e poi del paternalismo denominato intuitivo ad hoc, i cui contenuti sono influenzati da considerazioni di natura politica in senso lato. Nelle sue varie versioni, il paternalismo ha come oggetto il benessere sia materiale, immateriale, mentre le decisioni dei giudici, esaminate in relazione a vicende in cui viene in gioco la solidarietà, rispondono ad istanze sia di giustizia distributiva che commutativa.

In particolare, il tradizionale *ordre public de direction*, fondato su disposizioni generali del codice

ce civile ed in particolare sull'art.6, attribuisce al giudice la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto e a chiunque vi abbia interesse la facoltà di esperire un'azione di nullità. Tale previsione non viene qualificata come misura di paternalismo "hard", per le conseguenze radicali, giustificabile nel caso in cui l'interesse generale, cui spesso si affianca il concetto di interesse morale, sia in pericolo. Al tradizionale concetto di ordine pubblico si è sovrapposta la più recente categoria dell'ordine pubblico economico e sociale, che risponde a finalità di protezione della parte più debole. Esso trova applicazione, ad esempio, nelle leggi sulla tutela del conduttore, disposizioni sul controllo dei prezzi, disciplina consumeristica, e specialmente obblighi informativi.

Nel paternalismo intuitivo ad hoc, invece, le esigenze di tutela vengono soddisfatte non da misure legislative specifiche, ma dall'applicazione di disposizioni generali da parte di soggetti legittimati a compiere simili operazioni, consistenti ad esempio nella riduzione degli squilibri negoziali. L'Autrice si premura di precisare che il genere di paternalismo soft non sia più attuale, sulla base degli approdi giurisprudenziali più significativi. Le parti non possono essere considerate astrattamente uguali, né radicalmente incapaci. Il rimedio dell'invalidità dei contratti, inoltre, appare drastico, in quanto perturbativo della certezza delle operazioni economiche. Del patto *ad hoc* si connotano per una totale imprevedibilità, gli interventi riconducibili al paternalismo intuitivo nei casi di mancanza della causa, ove viene demandata al giudice ampia discrezionalità nel sindacare lo squilibrio e l'ingiustizia di un contratto.

Esaurita l'indagine sul paternalismo nel diritto privato francese, Sefton Green si sofferma sulla teoria politico-filosofica della solidarietà. Questa viene prospettata anche come teoria morale, volta al benessere immateriale degli individui nella società, fondata sull'idea che gli interessi collettivi debbano prevalere su quelli individuali. Il nucleo della solidarietà, fondamento della giustizia sociale, è l'idea del legame sociale intangibile, che assume come proprio orizzonte scopi immateriali, altruistici. Alla luce di ciò, conclude l'Autrice, può ritenersi che la solidarietà abbia forti nessi con la giustizia redistributiva. La dottrina della solidarietà contrattuale, invece, concepisce il contratto come un'unione di interessi, avvinti dal legame della solidarietà che contrasta l'antagonismo delle parti. Esempi di solidarietà contrattuale possono essere dall'applicazione della clausola di buona fede nella formazione del contratto, dalla previsione di obblighi di cooperazione, obblighi informativi. Per esaminare analiticamente i contenuti della solidarietà

3. L'offuscamento del principio costituzionale della solidarietà nel diritto civile italiano del nuovo secolo.

E' sufficiente una rapida carrellata per grandi istituti a confermare questa sensazione.

La famiglia, definita (per la prima volta nel nostro ordinamento) dalla Costituzione come "società naturale" (art. 29), perde ormai la dimensione aggregante della solidarietà per diventare un semplice profilo della privacy di ciascun individuo¹⁴. La Carta di Nizza, infatti, rinuncia a definire la famiglia per sancire il "diritto individuale di sposarsi e di formare una famiglia" (art. 9) e si preoccupa che la "vita familiare", così come l'intero ambito della "vita privata", sia "rispettata" (art. 7)¹⁵.

L'antico principio della solidarietà nelle obbligazioni soggettivamente complesse, che risale al diritto romano, deve ormai fare i conti con un contro-principio di responsabilità parziaria, reclamato con vigore dialettico e con opinabili argomentazioni giuridiche a sostegno di un sistema, conforme alle nuove prospettive aperte dal diritto delle società commerciali e dei mercati, che valga a "incentivare la composizione stragiudiziale delle liti consentendo un risparmio di risorse"¹⁶.

Il diritto dei contratti registra un'acanita reazione della nostra dottrina a una giurisprudenza che, progressivamente si impegna a scorgere nell'obbligo di buona fede e correttezza l'espressione di "un generale principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica"¹⁷; "i giudici che si affannano a correggere secondo buona fede i contratti - scrive un autorevole commentatore, che dichiara di credere "che il fondamento della giustizia sia procedurale", e cita John Rawls¹⁸ - non assicurano affatto la giustizia"; si che la sentenza della Corte di cassazione all'uopo commentata finisce con "l'abrogare il diritto dello scambio di tutti i paesi

¹⁴ Per una dimensione liberale delle "nuove famiglie" cfr. MANCINA e RUCCIARDI, *Famiglia italiana: vecchi miti e nuove realtà*, Roma, 2012.
¹⁵ Si consentito rinviare a BUSNELLI, *Prefazione a La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di Antram e D'Angelo, Padova-Milano, 2012, p. IX ss.
¹⁶ VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, p. 470 ss. "Per tale via - si è ulteriormente affermato (TASSONE, *Corso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 18 dell'estratto) - la solidarietà perde il carattere di "principio generale".
¹⁷ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., e in particolare c. 86, con Nota di PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*.

¹⁸ GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354, e ivi nota 1.

evoluti"¹⁹; un diritto che - si legge in un altro commento - il singolo titolare "usa come un utensile; egli cerca il proprio vantaggio, approfittando della protezione armata dello Stato"²⁰. Viene fatto di osservare, ed è stato polemicamente osservato: *qui tu- re suo abutitur, neminem laedit?*²¹.

Cosa resta, infine, della invocazione del "principio della solidarietà", che mezzo secolo fa Stefano Rodotà, nel (ri)aprire "Il problema della responsabilità civile", individuava come "filo conduttore" atto a servire da guida nel ricostruire la totalità di un disciplina puntualizzandone la particolare operatività nel criterio dell'ingiustizia del danno?²². La responsabilità civile sembra far emergere sempre più un problema di allocazione del danno secondo criteri di politica economica. "L'idea di un "diritto soggettivo assoluto alla integrità del patrimonio" - si legge in una delle più recenti trattazioni - è, certo, teoricamente improponibile. Ma è un'idea che mostra nei fatti la necessità di porre in termini assolutamente diversi il problema dell'ingiustizia del danno"; un'idea che "evoca una nozione di patrimonio come possibilità di conseguire un risultato utile che, a ben vedere, include tutto il valore d'uso e di scambio appropriabile attraverso l'esercizio di propria libertà"²³. In ultima analisi, "essenzialmente la responsabilità civile - questa è la conclusione - è un *meccanismo sociale* per la traslazione dei costi"²⁴.

4. La sbandierata ambiguità della nozione di solidarietà.

Quali sono le ragioni dell'offuscamento del principio della solidarietà su cui poggia la nostra Costituzione?

Due sono principalmente le ragioni: la prima riguarda la nozione stessa di solidarietà, e consiste nella sua sbandierata ambiguità; la seconda concerne l'isolamento culturale della concezione costituzionale (italiana) della solidarietà, che certamente ambigua non è.

L'ambiguità della nozione di solidarietà è diventata da tempo un luogo comune.

¹⁹ GENTILI, *Abuso del diritto*, cit., p. 358.

²⁰ ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 129.

²¹ GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.

²² RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, p. 89 ss.

²³ M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 118 ss.

²⁴ MONATERI, *La responsabilità civile*, 1998, p. 19.

¹² La scheda di lettura è del dr. Davide Scaffidi.



Ambiguità può significare anzitutto polisemia, suscettibilità di assumere, nel tempo e nello spazio, significati e valenze (anche radicalmente diverse)²⁵, ma può anche, e soprattutto, voler dire genericismo, suscettibilità di plurime, contestuali interpretazioni.

Che la nozione di solidarietà sia "termine polisemico" è storicamente confermato.

Si è parlato di "solidarietà illuministica", inaugurata dalla "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" (1789). Essa - si è spiegato - "si risolve nella fraternità che, a sua volta, si correla agli ulteriori valori della libertà e della egualità e, tutti, riconducono alla vigenza del diritto di proprietà sulla propria persona"²⁷.

Storia singolare, e non meno ambigua, è quella della fraternità: nata come *fraternité révélée*, espressione della concezione cristiana della "fratellanza di tutti gli uomini in Cristo"²⁸, andò incontro alla rivoluzione francese a una sconvolgente e colorata caratterizzazione dall'affermarsi di un radicale individualismo ispirato al *bill of rights* americano (la *Declaration of Rights* della Virginia è del 1776), alimentata "dal pensiero fisiocratico sul diritto naturale" e sospinta dall'intento rivoluzionario di "rovesciare un regime politico dominato da caratteri feudali e aristocratici"²⁹.

E', questa, una rivisitazione della lockiana *propery in his own person*: come tale, essa consiste in ultima analisi "nell'emancipare l'uomo dalla solidarietà stessa, nel porlo in condizione di esercitare il 'diritto di proprietà sulla propria persona' onde rinvenire in quest'ultimo quanto gli necessita"³⁰, ma, al tempo stesso, essa esprime - secondo la felice espressione di uno storico francese - la "spinta alla liberazione"³¹: dalla schiavitù, dalle colonie, dal bi-sogno³². Non a caso, negli avvisi pubblicitari che accompagnano gli eserciti francesi "liberatori" - come avviene in Italia nel 1796 - la parola "fraternité" viene sostituita dalla parola "democrazia".

²⁵ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 347.

²⁶ LIPARI, "Spirito di libertà" e "spirito di solidarietà", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 9 s.

²⁷ DONATI, *Giustizialismo e diritto europeo*, Human Rights e Grandoche, Milano, 2002, p. 102.

²⁸ DONATI, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 17 s.

²⁹ CARROZZA, DI GIOVINE, *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, p. 1023.

³⁰ DONATI, *La concezione della giustizia nella vigente costituzione*, Napoli, 1998, p. 343 s.

³¹ GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Paris, 1992.

³² HAYWARD, *Solidarity and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée*, I, in *American Journal of Economics and Sociology*, XXII (1963), p. 216: "Finally, in the course of rightly destroying privileges and monopolies, the Revolution in France, like the Reformation in England, allowed itself to be carried away to the extent of destroying the very principle of association".

Ma il 1795 è anche l'anno della pubblicazione del "Progetto filosofico" di Immanuel Kant, *Per la pace perpetua*: una pace fermamente auspicata, che poggia - queste sono le parole conclusive del "Progetto" - sulla "speranza di realizzare il regno del diritto pubblico"³³. Kant - nella "Parte seconda" dedicata agli "articoli definitivi per una pace perpetua tra le Nazioni"³⁴ - plaude alla rivoluzione francese e afferma che "la Costituzione civile di ogni Stato deve essere repubblicana"; nel "Primo articolo definitivo" esalta e teorizza - primo presupposto - la libertà degli individui ("come uomini"), reclama - terzo presupposto - la legge dell'eguaglianza ("come cittadini"), ma non menziona la fraternità: in sua vece invoca - secondo presupposto - il principio della "dipendenza di tutti ("come sudditi") da un'unica legislazione comune"³⁵. Ponendosi in contrasto con Rousseau, parte dalla premessa che "lo stato di pace tra gli uomini, viventi gli uni a lato degli altri, non è uno stato di natura, che anzi questo è piuttosto la guerra" e ne trae la conseguenza che "è pertanto necessario dargli stabilità", per attuare la quale - "Appendice I" - "non si può contare sopra altro cominciamento che per mezzo del potere, sulla cui coerenza viene fondato... il diritto pubblico"³⁶.

Per gli individui vale il principio - "Dagli Stati agli individui", dirà a distanza di un secolo il giurista del "Sistema dei diritti pubblici soggettivi", che invece aveva tentato di "sminuire l'originalità della Dichiarazione" dei diritti dell'uomo e del cittadino³⁷ - che ognuno di essi "è soltanto soggetto di dovere, cioè a dire esclusivamente membro di una unità superiore"³⁸.

³³ *Per la pace perpetua*, Progetto filosofico, di Emanuele Kant, prima traduzione italiana dal tedesco di Massoni, Milano, 1883, ora in versione E-Book (Traduzioni italiane di Kant dell'Ottocento - n. 12) a cura di Landolfi Petrone.

³⁴ La "parte prima", dedicata agli "articoli preliminari", tratta dei rapporti tra Stati (*Per la pace perpetua*, cit., p. 23 ss.).

³⁵ *Per la pace perpetua*, cit., p. 31 ss. "L'unica Costituzione che nasca dal concetto di un contratto originario su cui deve fondarsi ogni legislatura giuridica di un popolo è la repubblicana. Non si confonda tuttavia la Costituzione repubblicana colla democratica", tiene a precisare Kant "fra le tre forme di Stato - autocrazia, aristocrazia, democrazia - la democrazia è, nel senso proprio della parola, necessariamente un despotismo: una volontà di tutti che tuttavia non son tutti; una contraddizione, cioè, della volontà generale con sé stessa e con la libertà" (p. 34). Ma aggiunge: "al popolo però importa assai più il modo di governo che non la forma dello Stato. Ad un tal modo di governo, se vuol essere conforme all'idea di diritto, appartiene il sistema rappresentativo, nel quale soltanto è possibile una forma di Stato repubblicano e all'infuori del quale (qualunque sia la Costituzione) il governo sarà dispotico e violento" (p. 36).

³⁶ *Per la pace perpetua*, cit., p. 56 s.

³⁷ Cf. CARROZZA, DI GIOVINE, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 1025.

³⁸ JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, p. 95.

tà redistributive analoghe perché le prestazioni mediche sono elargite in base ai bisogni effettivi e non a quanto pagato (a titolo di tasse o di premio assicurativo). Il sistema in altri termini è finanziato in proporzione alle possibilità economiche dei singoli ma elargisce il trattamento in proporzione ai bisogni.

b) Il sistema pensionistico in Gran Bretagna (il c.d. piano Beveridge del 1942) ha cercato di ridurre la povertà e di creare nuove forme di sicurezza sociale. Si è così introdotto una *Basic State Pension* per garantire uno standard minimo di vita, non attribuito però indistintamente a tutti i cittadini ma solo a coloro che avevano contribuito al *National Insurance Fund*. A partire dagli anni '70 i contributi al sistema pensionistico nazionale non furono più uguali per tutti ma divennero proporzionali alle capacità reddituali dei cittadini. Nonostante questo la pensione elargita restò fissa e non proporzionale: a prescindere da quanto versato si riceveva la stessa somma. Tale sistema nel corso dei decenni si è mostrato inadeguato per l'insufficienza delle somme elargite e la diseguaglianza sociale che ne è conseguita dal momento che solo piccola parte della popolazione era in grado di stipulare assicurazioni integrative. Il tentativo di riforma del governo laburista espresso con una importante legge del 1975 fu soppresso dopo pochi anni dal governo Thatcher. Risale al 2002 un importante intervento del nuovo partito laburista volto a garantire anche alle persone con reddito più basso un livello minimo di pensione. In linea generale comunque si può osservare che il sistema pensionistico inglese si è mostrato inefficiente.

Nella Repubblica Federale tedesca il primo, fondamentale intervento in ambito pensionistico si è avuto nel 1957 con il quale si è tratteggiato il sistema in gran parte tuttora vigente. Il sistema, come detto, si fonda su forme di assicurazione pubblica obbligatoria la cui contribuzione è calcolata in base al reddito. La riforma tedesca del 1957 si mostra molto più ambiziosa degli interventi inglese anche successivi: l'obiettivo infatti non è solo di prevenire la povertà tra gli anziani ma anche di delinearne un sistema volto a garantire uno standard di vita analogo a quello goduto durante la fase lavorativa. L'idea di fondo del sistema tedesco è che i benefici debbano essere corrispondenti ai contributi: l'ammontare della pensione era ed è corrispondente ai contributi versati. Visto nel suo insieme, il sistema pensionistico tedesco può essere considerato un successo.

c) le tutele sociali per la disoccupazione. Così come il sistema pensionistico, anche forme di tutele sociali in caso di disoccupazione fanno parte del sistema di sicurezza nazionale introdotto in Gran Bre-

tagna dai Laboristi poco dopo la Seconda guerra mondiale. A partire dal 1975 i contributi a tale fondo divennero proporzionali al reddito; i benefici ricevuti invece dai lavoratori disoccupati sono uguali per tutti e tendenzialmente bassi. In Germania il sistema è caratterizzato da due tipi di interventi: benefici/contributi per la disoccupazione e assistenza. I primi sono elargiti a coloro che hanno contribuito al sistema di sicurezza sociale e seguono il principio di eguaglianza: l'ammontare del beneficio è calcolato sulla base di quanto versato. In mancanza o insufficienza di tali benefici/contributi, supplisce il secondo strumento di tutela, quello assistenziale, finanziato attraverso le tasse. L'obiettivo degli interventi più recenti tende però a muoversi dal modello fondato sul principio di eguaglianza tra quanto versato e il beneficio ricevuto, a quello del bisogno: l'obiettivo diventa quello di garantire il più possibile al lavoratore disoccupato il tenore di vita che aveva in precedenza.

Alla luce di quanto detto Torp trae le seguenti conclusioni:

1. Dopo il 1945 né in Germania né in Gran Bretagna esiste un principio unitario di giustizia tale da ricomprendere la struttura dello stato sociale e organizzare tutti i settori della sicurezza sociale. Esiste solo una certa uniformità nello strumento di finanziamento: dato comune è quello della capacità contributiva. In entrambi i sistemi è presente un'idea di redistribuzione della ricchezza seppure in modo meno evidente in Germania ove l'attribuzione dei benefici è proporzionale alla capacità reddituale del singolo.

2. Al di là del profilo del finanziamento, il modello di stato sociale tedesco e inglese è basato su un insieme articolato di principi di giustizia con significati diversi. Basti pensare al sistema sanitario: in entrambi i paesi si combinano i principi di uguaglianza nell'accesso e di trattamento in relazione al bisogno.

3. Maggiori differenze vi sono nel sistema pensionistico e della sicurezza sociale per la disoccupazione: in Gran Bretagna prevalgono i principi di eguaglianza e bisogno, in Germania quelli di eguaglianza tra contributi versati e benefici ricevuti.

La più intensa presenza della giustizia distributiva nel linguaggio politico e delle istituzioni ha favorito il nascere di una nuova semantica della giustizia che muove dai gruppi sociali. Negli ultimi due decenni si è assistito a un ritorno della questione della giustizia nel dibattito politico inglese e tedesco. I motivi poggiano sul generale declino dei li-



discute in intorno alla interpretazione costituzionalmente orientata.

Da qui l'evoluzione nel diritto del lavoro e del consumo.

La disciplina in materia di consumo ricorda l'a., non proviene dall'Italia bensì è stata introdotta sotto l'influenza del diritto comunitario. Ciò spiega la forte influenza del pensiero ordoliberal che la caratterizza. L'ambito consumeristico, l'atto del consumo sono considerati come le forze propulsive del sistema produttivo al quale si richiede di collaborare con il profilo capitalistico, richiesta prima rivolta al lavoro. Vero è che non è possibile opporsi a questa idea di consumerismo come espressione del pensiero ordoliberal, cercando di riaffermare la centralità del lavoro. D'altra parte oggi si tende a considerare sempre meno il lavoro come il punto di incontro tra individuo e collettivo a fronte della sua progressiva espulsione dai processi produttivi e l'utilizzo distorto in alcune recenti pratiche razziste e discriminatorie.

Cornelius Torp¹¹ svolge un'analisi comparata della idea di giustizia e dello stato sociale nelle istituzioni pubbliche. Anche questo autore nuove dalla riflessione di Rawls, secondo il quale, la giustizia è la "prima virtù delle istituzioni sociali". D'altra parte valutare la "giustizia" degli interventi in materia di stato sociale è difficile proprio in considerazione della complessità del concetto stesso e della difficoltà di definirlo. Probabilmente è proprio la combinazione di un significato di fondo di carattere politico con la difficoltà di pervenire a una definizione chiara ad avere impedito per decenni l'emersione di uno studio anche applicativo del principio.

In linea generale l'a. individua due settori di ricerca che peraltro non si sono mai ben coordinati: da un lato, la teoria normativa di giustizia, interessata a verificare le regole astrattamente applicabili in una società attenta a una giusta redistribuzione dei beni e delle risorse. Questa discussione ha a lungo occupato la filosofia politica sin dai tempi di Aristotele e stata riproposta nel 1971 da Rawls e dal suo "Theory of Justice". Dall'altra parte, gli ultimi vent'anni hanno visto lo sviluppo di ricerche empiriche sul concetto di giustizia volte a individuare quale sia il concetto di giustizia che oggi è presente nella società e come esso sia in grado di incidere sulle azioni individuali e collettive. Questi studi empirici si concentrano sia sull'individuo che sulla società e, per questo, possono essere suddivisi in due gruppi. Il primo analizza il comportamento dei singoli o di piccoli gruppi attraverso gli strumenti della psicologia sociale con esperimenti e tests per verificare

come, fino a quale punto e se le persone agiscono consapevolmente perseguendo una idea di giustizia. Il secondo si occupa di verificare il concetto di giustizia nelle scienze politiche e sociali.

Gli studi empirici si pongono sostanzialmente tre domande: 1. quali principi riconducibili alla giustizia siano presenti nelle istituzioni e quali esiti di ridistribuzione apportano; 2. quali idee di giustizia e quali sociali influenzino tali concetti; 3. lo sviluppo e il ruolo della giustizia nel diritto pubblico.

Nel saggio si analizzano i concetti di giustizia sociale e la loro incidenza sul sistema sociale con particolare attenzione alla salute, al sistema pensionistico e lavorativo. A fondamento della ricerca vi è la distinzione, comunemente accettata, circa la natura della giustizia distributiva, tra tre principi generali: a) giustizia come bisogno, b) giustizia come merito e equivalenza tra contributi e benefici conseguiti; c) giustizia come eguaglianza.

In questa ripartizione il sistema della Gran Bretagna può essere inserito nel primo gruppo, mentre il sistema conservativo e corporativo tedesco nel secondo.

L'a. esamina attentamente i vari sistemi.

a) La salute pubblica in Germania e nella Gran Bretagna presenta una sostanziale continuità nelle sue caratteristiche di fondo dal secondo dopoguerra a oggi. Quello tedesco è caratterizzato dal un sistema di assicurazione obbligatoria introdotto da Bismark. Quello inglese si articola intorno al National Health Services (NHS), nato nel 1948 che continua a esistere pur dopo le politiche di austerità sociale introdotte nel 1979 dal governo Thatcher.

Si tratta di due sistemi con profonde differenze. Il sistema inglese corrisponde allo stato sociale c.d. tipo Beveridge: un sistema pubblico finanziato dalle tasse al quale i cittadini hanno lo stesso accesso e, per questo, un modello sistematicamente sotto finanziato. Il sistema tedesco si fonda sull'assicurazione pubblica obbligatoria a carico dell'utente e si caratterizza per i costi particolarmente elevati. Tali diversità, se esaminate dal punto di vista della giustizia, si riducono: 1. sia in Germania che in UK la contribuzione individuale (mediante tasse o acquisto dell'assicurazione) è modellata sulle capacità economiche del singolo; 2. vi sono principi analoghi quanto all'accesso alle prestazioni mediche. Più solidaristico appare il sistema inglese: spesso chi possiede i redditi più alti stipula assicurazioni integrative anche se con le loro tasse comunque finanziano il sistema pubblico del NHS. IN Germania invece chi ha una propria assicurazione privata è esonerato dall'obbligo della assicurazione pubblica. Entrambi i sistemi poi raggiungono finali-

E' questo il seme della "solidarietà corporativa" che verrà drammaticamente affermandosi nel corso del secolo appena trascorso lasciando le proprie tracce, per fortuna non indelebili, anche nel nostro codice civile del 1942. Il dovere di solidarietà corporativa - si legge nella Relazione del Guardasigilli - nasce dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale³⁹; e il civilista che ha ispirato, al riguardo, la normativa codicistica, parla di "subordinazione dell'interesse del singolo all'interesse della società nazionale"⁴⁰.

Questa progressiva virata verso l'autoritarismo germanico, terreno di cultura di un'idea di solidarietà antitetica rispetto a quella nata dalla rivoluzione francese, ha finito con il provocare la degenerazione dei risultati di un mezzo secolo - quello che Marie-Claude Blais individua negli anni 1850-1896 - di tentativi di rinvenire una "terza via tra l'atomismo liberale e il socialismo collettivista"⁴¹. Erano, in Francia, gli anni in cui l'idea di solidarietà si faceva ideologia politica e si legava al problema della giustizia sociale. In questo clima culturale - non è un caso che nel 1848 Marx e Engels avevano pubblicato il loro Manifesto - maturavano le idee di "sociologia riformista" elaborate da Alfred Fouillée, che con la sua "filosofia sociale eclettica", tesa a "riconciliare individualismo e collettivismo", si era sforzato di sintetizzare "il modello contrattualista sostenuto da Proudhon e il modello organicista difeso da Comte" escogitando come termine di sintesi l'idea di una solidarietà fondata su un implicito "quasi-contratto sociale"⁴²; un'idea, questa, che Léon Bourgeois cercò da giurista, di sviluppare nel breve saggio su *La solidarietà* andando alla ricerca di consonanze con *les engagements qui se forment sans convention* e "les quasi-contrats" evocati e disciplinati dagli artt. 1370 ss del *Code civil*⁴³.

In Italia, a dieci anni dalla "fiammata neoterica" accessa dall'"ingenuo materialismo evolucionista" di Enrico Cimbali con la sua prolusione romana del 1881⁴⁴, era sbocciata la più controllata idea di solidarietà nazionale sul libro "Delle obbligazioni", n. 13.

³⁹ Relazione al Re Imperatore sul libro "Delle obbligazioni", n. 13.
⁴⁰ BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Pisa, 1943, p. 329.
⁴¹ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 353.
⁴² HAYWARD, "Solidarity" and the Reformist Sociology, cit., p. 205 ss.
⁴³ HAYWARD, *The Official Social Philosophy of the French Third Republic: Léon Bourgeois and Solidarism*, in *International Review of Social History*, VI (1961), p. 19 ss.
⁴⁴ CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, in *Studi di dottrina giurisprudenza civile*, Lanciano, 1889.

darietà di Emanuele Gianturco⁴⁵ e degli *homines novi* del c.d. "socialismo giuridico italiano"⁴⁶.

5. Da La solidarietà ottocentesca di Léon Bourgeois all'odierna riproposizione ammodernata della "storia di un'idea".

Riproporre oggi questa idea tardo-ottocentesca di solidarietà, originariamente "concepita come modo per unire tutte le forze di una sinistra laica", impegnata nella incipiente lotta di classe, "ossessionata dall'idea del progresso"⁴⁷ e accomunata dal, peraltro, "fragile collante anticlericale"⁴⁸ - questa è, in ultima analisi, la tesi del "ritorno alle origini" avanzata, non senza dubbi e cautele, da Marie-Claude Blais a conclusione della sua monografia - significa in buona sostanza "ripensarla... declinata secondo modi liberali o libertari", muovendo dal convincimento che "il rinnovato liberalismo, che si pone come ideologia di riferimento per il funzionamento della collettività, le concede diritto di cittadinanza, sulla base di un duplice movimento di relativizzazione del sociale e del politico"⁴⁹.

E', questa, una conclusione che lascia fortemente perplessi, in quanto sembra andare incontro a un'alternativa comunque inappagante: tradire l'impulso sociale originario dell'idea per prendere atto del sopravvento di "un principio liberale che soggiace alla nozione di solidarietà: ognuno è il mi-

⁴⁵ GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, p. 262 ss. E' la prolusione napoletana del 1891.

⁴⁶ "E' proprio nel primo quinquennio degli anni Novanta prende vita e si consuma quella che può ritenersi la Rivista scientifica dei giuristi neoterici con carattere più marcatamente programmatico. La scienza del diritto privato", il messaggio più schietto del cosiddetto "socialismo giuridico italiano": GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1930*, Milano, 2000, p. 45.

⁴⁷ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 350.

⁴⁸ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 259. Vero è, comunque, che "in the political context of the turn of the century, the inculcation of the Solidarist ideology cannot be separated from the anticlerical campaign for the separation of Church and State that followed the Dreyfus Affair" (Hayward, *Educational Pressure Groups and the Indocrination of the Radical Ideology of Solidarism, 1895-1914*, in *International Review of Social History*, VIII (1963), p. 13). L'Affaire in questione, che indubbiamente ebbe una forte ripercussione sulle opinioni politiche e sociali del tempo, scoppiò nel 1894, quando l'ufficiale di artiglieria Alfred Dreyfus, ebreo alsaziano, fu ingiustamente accusato di spionaggio a favore dell'impero tedesco; la sua condanna (a dieci anni per "trattamento con attenuanti") sollevò un'ondata di proteste - tra cui il famoso *J'accuse* di Emile Zola - da parte di uno schieramento di "dreyfusardi", a loro volta accusati - altrettanto ingiustamente - di essere antieristiani e antifrancesi.
⁴⁹ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 365.



gior giudice del proprio interesse⁵⁰, oppure rassegnarsi a confermare l'insuperabile ambiguità del principio di solidarietà esponendosi paradossalmente alle stesse reazioni che a suo tempo seguirono la pubblicazione di *La solidarietà*: "termine ridondante, parola vuota, panacea, slogan opportunistico, facile compromesso..."⁵¹

Ed è questo il significato che per lo più oggi si attribuisce alla solidarietà, sia quando ci si sforza di evidenziarne il genericismo per criticarne le insidie⁵², sia quando se ne esibisce orgogliosamente il *flatus per neutralizzarne la vox*: e qui gli esempi, già al livello legislativo, sono facilmente individuabili.

Di *flatus vocis* è forse il caso di parlare, al livello europeo, quanto al riferimento alla solidarietà da parte della Carta di Nizza per raggruppare sotto un unico titolo un elenco di diritti individuali o di categorie di individui. Parebbe, a prima vista, far eccezione l'art. 33 che al primo comma sembra evocare una dimensione solidaristica nell'assicurare alla famiglia una protezione "sul piano giuridico, economico e sociale". Ma il secondo comma, enunciando i diritti individuali idonei a conciliare vita familiare e vita professionale, vale a chiarire che la "protezione della famiglia", enunciata al primo comma, è essenzialmente una sintesi espressiva della tutela di ciascuno ("every one") alla "vita familiare": la quale, a sua volta, è prevista dall'art. 7 come manifestazione (o specificazione) della "vita privata", della quale chiunque ("every one") "ha diritto al rispetto". In ultima analisi, la famiglia si fraziona negli individui che la compongono; e la protezione si traduce nel rispetto (v., retro, n. 4).

Generico, e in certa misura fuorviante, è nel nostro ordinamento il richiamo alla solidarietà ostentatamente posto alla base della disciplina normativa delle c.d. ONLUS (Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale) per giustificare sostanzialmente un regime fiscale privilegiato a favore di enti economici aventi ad oggetto attività considerate socialmente utili: una solidarietà talmente pallida da apparire come una versione italiana della *beneficence* nordamericana, che a ben vedere solidarietà non è, se non in senso del tutto generico⁵³.

⁵⁰ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 372. "Il momento storico dell'affare Dreyfus - tiene a precisare la storica francese - risulta, in tal senso, decisivo. Sostenedo che l'onore di un solo uomo è superiore a qualsivoglia necessità sociale e ragioni di Stato, i difensori dell'individuo Dreyfus hanno costretto i repubblicani a concepire un'altra solidarietà. Una solidarietà compatibile con l'individualismo più autentico" (p. 354).

⁵¹ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 260.

⁵² RICOSSA, *I pericoli della solidarietà. Epistole sul dosaggio di una virtù*, Milano, 1993.

⁵³ Si rinvia, per ulteriori dettagli, a BUSNELLI, *Paradossi e ambiguità del volontariato. In Scritti in memoria di Giovanni Carcano*, III, Milano, 2002, p. 293 ss.

6. Solidarietà e personalismo nella Costituzione italiana: l'originalità dell'idea e l'isolamento culturale del modello.

Può sorprendere, almeno a prima vista, la circostanza che un libro sulla solidarietà che si propone oggi di tracciare "la storia di un'idea", per di più una storia essenzialmente francese, non si accorga dell'idea di solidarietà espressa dalla Costituzione italiana e palesemente ispirata a un movimento culturale nato in Francia e noto come "personalismo"⁵⁴.

Ma la sorpresa cede il passo a una constatazione: l'isolamento culturale e politico delle fonti filosofiche e legislative di questa idea di solidarietà; un'idea che non è ambigua, che non è riducibile a nessuna delle concezioni passate in rassegna, che può dirsi un modello a se stante.

Dignità della persona umana, ruolo delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, eguaglianza sostanziale tra le persone; e, inoltre, riconoscimento dei "diritti della famiglia come società naturale", funzione sociale della proprietà, utilità a fini sociali dell'attività economica privata: questi sono i valori ordinanti il modello costituzionale della solidarietà di una Repubblica "fondata sul lavoro". Ne consegue che "il principio di solidarietà... deve essere riconosciuto come principio fondante della nostra convivenza di Stato democratico, poiché fa tutt'uno col principio personalista"⁵⁵.

Illuminante è, al riguardo, la rilettura dei lavori dell'Assemblea costituente. "C'è stata la confluenza di due grandi correnti - così si esprimeva Palmiro Togliatti, autorevole esponente del Partito Comunista Italiano, nel discorso pronunciato nella seduta dell'11 marzo 1947 dell'Assemblea plenaria -; da parte nostra un solidarismo (scusate il termine barbare) umano e sociale; dall'altra parte un solidarismo di ispirazione ideologica e di origine diversa: una confluenza della nostra corrente, socialista e comunista, con la corrente solidaristica cristiana"⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 121 ss.

⁵⁵ GALIOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., p. 6.

⁵⁶ Istituto per la Ricostruzione Industriale, *I dieci discorsi della nuova Italia. Dagli atti dell'Assemblea costituente*, a cura di Boiardi, Edindustria, 1987, p. 135. Ma le premesse per un'intesa erano già state poste fin dall'anno precedente all'interno della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione: dopo che Dossetti aveva riconosciuto "che il marxismo non si ispira, benché qualcuno ritenga il contrario, ad un materialismo volgare, ma a un materialismo raffinato", Togliatti aveva confermato la possibilità, dal momento che la discussione si svolge "tra uomini di dottrina in buona fede", di raggiungere un accordo, evitando, però, "il richiamo diretto nella Costituzione delle ideologie da cui deriva una determinata posizione. Poiché si parte da un'esperienza politica comune, anche se non da una comune esperienza ideologica, questo do-

un intervento diretto dello stato inteso come potere amministrativo. Si è tentato - soprattutto nel settore dei rapporti di lavoro - di riformare la società capitalistica. Ciò ha portato, durante il periodo fascista, a modifiche del sistema tradizionale proprietario attraverso interventi diretti sulle libertà economiche.

Si tratta del c.d. ordoliberalismo, dottrina elaborata durante gli anni '30 del '900 in Germania e che ispirò il regime Nazista e più tardi, come già detto, ridenominata "economia sociale di mercato". Il pensiero ordoliberale intende completare il cammino dall'illuminismo e cioè la liberazione dell'individuo ma nel senso opposto a quello immaginato da Marx che mirava a conseguire l'emancipazione umana insieme a quella sociale. Si manifesta invece l'esigenza di un nuovo ordine attraverso il controllo politico e l'intervento sulle libertà individuali: una direzione politica della vita sociale che guiderebbe così gli individui verso un fine comune. In questo si sostanzia la terza via tra liberalismo classico e socialismo: in un ordine, un indirizzo politico per garantire l'ordine.

Per fare questo non era necessario riformare, ripensare dalle fondamenta il sistema giuridico e sociale. La dottrina giuridica durante il Fascismo ha infatti evidenziato come non fosse necessario ricostruire le fondamenta di istituti quali il contratto, la famiglia e la proprietà: era solo sufficiente che il "nuovo" legislatore tenesse bene in considerazione i limiti e l'indirizzo sociale da imprimere.

La corrente ordoliberale ha sviluppato l'idea della costituzione economica al fine di sancire la supremazia del potere politico su quello economico; allo stesso tempo sostiene che il potere politico debba seguire le regole di mercato, da correggere solo al fine di incrementare la produttività collettiva. La costituzione economica diventa allora una "costituzione parziale" in rapporto a quella politica; e scopo della dottrina giuridica è coordinare le regole economiche con l'indirizzo e l'ordine politico, rafforzando la cooperazione individuale per un fine collettivistico. Il lavoro diventa in quel sistema il punto di contatto tra individuo e ordine politico; il diritto privato è conformato sull'idea di giustizia commutativa e il diritto pubblico di giustizia distributiva.

Sebbene l'ordoliberalismo sia un prodotto della Germania fascista, presenta caratteristiche comuni al fascismo nel suo insieme. Il fascismo tedesco e italiano condividono infatti l'obiettivo di conformare il tradizionale ordine borghese, piuttosto che di abbandonarlo.

Dopo queste premesse Somma esamina gli ultimi decenni del novecento.

Se il fascismo ha costruito una idea di libertà economiche funzionali allo sviluppo dell'ordine pro-

rietario tradizionale, la reazione contro il fascismo muove verso l'obiettivo della emancipazione individuale al di fuori della visione collettivistica che concepisce le libertà politiche come serventi all'ordine economico. Si manifesta l'esigenza di costruire una sistema che garantisca tutele e diritti sociali: l'economia deve essere "risocializzata". Occorre una ridefinizione del rapporto tra individuo e ordine e un superamento tra il classico liberalismo e l'ordoliberalismo che ha sacrificato l'individuo al sistema collettivo.

Nel corso degli anni '70 si radica l'idea della importanza della diversità come valore contro la conformazione della società. Emerge l'idea del "conflitto" non come lotta sociale ma con funzione propositiva e propulsiva di solidarietà. L'esperienza di questi anni muove da una nuova interpretazione della relazione tra individuo e ordine costituito che scaturisce dal sistema costituzionale. La Costituzione italiana, come è noto, espressamente stabilisce il principio di uguaglianza sostanziale quale fondamento di precisi diritti sociali garantiti sia attraverso benefici pubblici fuori del mercato ma anche attraverso l'incidenza sulle regole del mercato stesso. La solidarietà deve essere perseguita insieme al "conflitto", alle differenze per conseguire una emancipazione dell'individuo: rafforzare il ruolo dell'individuo rispetto all'ordine statale significa dare rilevanza al collegamento tra diritti e doveri, poteri e funzioni. La tradizionale cultura liberale aveva rifiutato tale collegamento spinto dall'obiettivo di proteggere il sistema dei diritti civili ma favorendo così un processo che ha condotto alla soppressione delle libertà politiche. La funzione dei diritti deve essere ora definita in un contesto democratico. Questa nuova idea di democrazia è espressa dal principio di giustizia sostanziale. Dopo la caduta del Fascismo il sistema muove per il raggiungimento di un preciso obiettivo: dismettere l'obiettivo di imporre un ordine dall'alto e garantire i diritti individuali assicurando le condizioni e le possibilità dello sviluppo individuale stesso, rimuovendo gli ostacoli economici e sociali. Si è parlandone di una evoluzione dalla democrazia dei cittadini a una democrazia di lavoratori quale espressione del principio di uguaglianza sostanziale. Al centro dell'interesse del legislatore vi è l'attenzione alla disciplina lavoristica e ai relativi conflitti.

In un sistema che aveva perso la schematizzazione rassicurante propria delle società liberali si trattava allora di ripensare anche le regole di interpretazione della legge superando il tradizionale approccio formalistico e non, verso un sistema policentrico e multi-livello. Non si tratta di una novità: a ben vedere già dagli anni '60 la giurisprudenza



funzione speculativa delle risorse. In questo contesto comincia a diventare necessaria una cooperazione tra forza lavoro e capitale: collaborazione che ha prodotto limitati risultati di giustizia sociale, ma tutelare l'ordine proprietario minacciato dai conflitti sociali.

Nel terzo paragrafo del suo scritto l'a. esamina il concetto di giustizia sociale nella società borghese richiamando l'idea di un conflitto senza solidarietà. Ricorda che l'individualismo borghese si sviluppa nel XVIII secolo quando si diffonde un preciso progetto culturale che include un razionalismo etico. Quel progetto intende predisporre le fondamenta per una collaborazione tra individui le cui sfere personali devono essere salvaguardate ma anche coordinate. Esso promuove l'autodeterminazione nell'ambito dell'ordine proprietario ma non si oppone all'idea di rafforzare l'esercizio delle libertà politiche e economiche. Se in Inghilterra, l'individualismo prende vita come pratica politica, nell'Europa continentale matura un atto di rottura. La Rivoluzione francese sancisce la vittoria dell'individualismo borghese fondato su una società costruita sul diritto privato e concentrata sulla autodeterminazione, l'uguaglianza formale e, così, l'unificazione dei sistemi giuridici per agevolare gli attori del mercato. Si abbandona la visione costruita intorno alla frammentazione della soggettività in un sistema in cui le libertà sono garantite in relazione ai diversi status. A ben veder anche la confusione in cui le libertà sono garantite in relazione al potere politico ed economico e tra diritto pubblico e privato è espressione del modello feudale. La società borghese invece è edificata su un accordo tra sovrano e individui: il primo può centralizzare il suo potere attribuendo però ai singoli precisi diritti espressi tramite la proprietà privata e il potere esclusivo sulle cose. La rivoluzione francese, insomma, concepisce le libertà politiche limitate dal "contratto sociale" e i limiti ai diritti individuali conseguono alla attribuzione al sovrano del potere di protezione dei privati e dell'ordine.

Nell'impostazione figlia della rivoluzione francese il modello di società è fondato sulla proprietà e traduce la preferenza verso un sistema fondato sulla proprietà fondiaria piuttosto che sulla circolazione della ricchezza mobiliare; d'altra parte alla fine del 1700 la rivoluzione industriale non ha ancora investito la Francia la cui economia è a quel momento ancora basata su agricoltura e manifattura. Le regole sul contratto dettate dal code civil, dunque, mirano a proteggere le libertà (e il consenso) interni piuttosto che esterni e il diritto privato si prefigge il solo fine di assicurare l'adempimento delle obbligazioni. Tutto ciò, come è evidente, im-

plica il sacrificio delle libertà politiche in favore di un ordine che avrebbe presto conformato anche le libertà economiche.

Il passaggio dalla società borghese a quella capitalistica è scandito ancora con chiarezza. La società borghese non promuove forme di solidarietà, i suoi esiti sono stati quelli di un ritorno alla società articolata per status. Di fronte alle condizioni miserabili dei lavoratori durante la rivoluzione industriale, il modello borghese - con il suo tentativo di una emancipazione individuale in nome del principio di uguaglianza formale - si è mostrato debole e fallimentare. Alle discriminazioni feudali si sostituisce l'appartenenza di classe, così separando gli individui tra proprietari e non proprietari. Il valore della libertà contrattuale diventa strumento di oppressione. A partire dalla seconda metà dell'800 alcuni interventi nei rapporti di lavoro iniziano a limitare la libertà contrattuale, ancora in modo insufficiente ed espressione delle esigenze dei proprietari. In questo periodo si diffonde in Europa una corrente di pensiero (Organicismo) che interpreta la società come un ente soggetto alle stesse regole biologiche proprie dei esseri viventi. Ciò ha condotto a una sorta di pubblicizzazione del diritto privato giacché, ci dice l'a., per natura gli individui si dissolvono in un organismo sociale nel cui seno tutti devono cooperare per garantire equilibrio e sviluppo. Le esigenze individuali sono allora rilevanti solo se coincidono con quelle collettive: lo scopo dell'ordinamento non è la promozione dell'individuo in sé ma favorire la cooperazione sociale, limitando in confini precisi l'ordine proprietario.

L'approccio organicistico è incompatibile con la divisione tra pubblico e privato proprio della società borghese fondata sul contratto sociale tra individuo e sovrano. Tale modello peraltro subì un attacco mortale dalla grande crisi che colpì l'Europa tra il 1870 e 1890 per affrontare la quale l'unica risposta sembrò proprio l'approccio organicistico. Ciò ha determinato, come detto, una progressiva pubblicizzazione del diritto privato. Nasce in questa fase la corrente di pensiero socialista e la ricerca di una terza via tra lo stato omniempresario e l'individualismo proprietario.

La nascita dello stato sociale è espressione di una reazione sia al modello borghese che a quello organicistico ed è espressa anche dalla forte presenza del costituzionalismo e dall'idea che lo stato non possa limitarsi a limitare le libertà ma debba imporre un interesse generale creando cooperazione tra le diverse forze produttive. Il risultato è quello che è stato definito di un "capitalismo organizzato", espressione controversa che comunque sintetizza uno sviluppo del tradizionale ordine proprietario verso

Fonte di ispirazione è, dunque, quella che Togliatti chiamava "corrente solidaristica cristiana", meglio definibile come quel personalismo che preme di origine, com'è noto, da un movimento di intellettuali engagés, antiborghesi (*le monde en moins*), antifascisti (*le monde en pseudo*), anticapitalisti (*le désordre étatique*), anticommunisti (*optimisme de l'homme collectif*), pessimismo radical (*de la per-somme*), uniti attorno a una rivista (*"Esprit"*) e alla personalità carismatica di un giovane cattolico antiformalista ed eclettico - Emmanuel Mounier⁵⁷ - nel corso d'anni che va dalla grande depressione al primo dopoguerra, e che culmina nell'opera di Jacques Maritain: il quale, non a caso, considerava il personalismo come un bisogno più che come una filosofia⁵⁸, tanto è vero che l'ultimo filosofo personalista, Paul Ricoeur, non esita a concludere che il personalismo storico, nato dal movimento di *Esprit*, non era "assez compétitif pour gagner la bataille du concept" con le grandi ideologie del Novecento⁵⁹.

Non è certo un ritorno alla c.d. "mistica della solidarietà" della prima metà dell'Ottocento⁶⁰, all'"individualismo mistico" di Charles Fourier che "celebrava l'abbandono dell'individuo libero... a un progetto divino, eternamente previsto e voluto" o "al dogma cattolico della solidarietà universale" di Donoso Cortés⁶².

L'ispirazione cristiana della solidarietà costituzionale è affrancata dal dogma, da qualsiasi dogma, e felicemente secolarizzata nella confluenza con un solidalismo laico tutt'altro che "barbaro", che significativamente si definisce "umano" prima ancora che "sociale". È un'idea di solidarietà che attiene

verrebbe offrire un terreno di intesa", cfr., per questa ricostruzione "dell'iter di affermazione dell'idea di porre la persona umana al centro dell'ordinamento repubblicano, della concezione che ne era alla base, attraverso i lavori dell'Assemblea Costituente", Occiucchio, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988, p. 31 ss.

⁵⁷ Cos'è il personalismo mounieriano? "È la comunicazione delle esistenze, l'esistenza insieme con altri; bisognerebbe scrivere la co-esistenza (*Maisin*)". MOUNIER, *Che cos'è il personalismo*, Torino, 1975, p. 94.

⁵⁸ Questa esigenza che traspare nell'opera maritainiana è sviluppata in PAVAN (a cura di), *Dal personalismo alla persona*, in *Dire Persona*, Bologna, 2003: "è un bisogno riscontrabile nelle filosofie del '900, che tutte incontrano... la persona, senza per questo risolverlo in personalismi" (p. 28).

⁵⁹ RICOEUR, *Meurt le personalisme, revient la personne*, in *Esprit*, 1/1983, ora in *Lectures 2. La contrée des Philosophes*, Paris, 1999, p. 195.

⁶⁰ "To the pre-1848 theoreticians, the idea of solidarity was the matrix of a "mystique", and "charity, far from being a substitute for social justice, was merely a palliative for poverty".

Hayward, *Solidarity and the Reformist Sociology*, cit., pp. 205 e 221.

⁶¹ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 121 s.

⁶² BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 134.

all'etica, prima ancora che alla sociologia; e che, attraverso la mediazione del diritto - e del diritto positivo -, si frange in solidarietà "politica, economica e sociale" (art. 2, Cost.).

7. Le ragioni dell'isolamento culturale: l'etichetta di documento cattolico e la diffusa riluttanza ad andare "oltre il positivismo giuridico".

L'isolamento culturale e politico del modello costituzionale di solidarietà si spiega agevolmente alla stregua di un duplice ordine di considerazioni: l'etichetta di documento cattolico, più o meno esplicitamente assegnatagli; la difficile sintonia dello stesso con l'indirizzo c.d. liberaldemocratico oggi dominante.

Il primo ordine di considerazioni è costellato di striscianti pregiudizi e di apodittici apriorismi.

È constatazione difficilmente eludibile quella per cui l'idea costituzionale di solidarietà postula un fondamento di diritto naturale in un contesto culturale e politico in cui è dominante l'orientamento secondo cui "l'idea del diritto naturale è morto cento volte"⁶³.

Indubbiamente "il pensiero politico di Maritain può essere detto tomista... perché i suoi capisaldi (legge naturale, valore della persona, ecc.) appartengono alla tradizione uscita dall'opera di Tommaso"; ma "oltre al tomismo 'pre-moderno' di San Tommaso si dà un tomismo 'pre-moderno' di San Tommaso, che è tale perché ha attraversato il pensiero moderno", del quale Maritain "accoglie l'istanza umanistica, ripensandola in un orizzonte teocentrico"⁶⁴.

Di qui è partita l'accusa mossa ai Padri della Costituzione di una "subordinazione dello Stato alle esigenze della solidarietà praticata dalla Chiesa alla stregua del magistero pontificio e del diritto canonico". Ma si tratta di un'accusa che non è probante nella misura in cui, nel quadro dell'impostazione culturale dalla quale muove, postula un'opzione ideologica di adesione agli enunciati del giustnatur-

⁶³ È morta, "per mano di Trasmacco, di Ockham, di Bacone e Galileo, di Hume o almeno di Weber, di Hegel, e poi ancora di Foucault, Camus, Lyotard. È morta nel cuore dell'Europa - nella Francia orgogliosa del suo passato più che nella Germania tormentata dai rimorsi - ma anche nel mondo anglosassone, ed ora infine luminosamente, con le pagine iriane, anche in Italia". Canusi, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, p. 114. "Pppure - soggiunge il civilista, citando una "convincente pagina di Lombardi Vallauri - come le anime beate e gli spiriti maligni, è sempre viva".

⁶⁴ Cfr. POSSENTI, *L'azione umana. Morale, politica e stato in Jacques Maritain*, Roma, 2003, p. 114 s.

⁶⁵ DONATI, *La concezione della giustizia*, cit., p. 624.



lismo illuministico, che si rifanno a un concetto di "natura" radicalmente diverso da quello sotteso nella Costituzione⁶⁶, essa vale semplicemente a ribadire che l'idea costituzionale di solidarietà non si ispiri alla solidarietà illuministica. Essa poi, asserendo che "la matrice culturale della vigente Costituzione permette di affermare che la solidarietà, cui essa si informa, è la *charitas*⁶⁷, mostra di voler prescindere dalla confluenza di fonti ideologicamente distinte, anche se convergenti, nella formazione del dettaglio costituzionale; oppure, dando atto di un tale "compromesso", lo ritiene ingiustificatamente prioritario di effetti asserendo apoditticamente che "tramite l'art. 7 Cost. vi fu l'assunzione dell'obbligo di attuare nell'ordinamento italiano la dottrina sociale della Chiesa ... e dunque di leggere e applicare di conseguenza tutte le norme costituzionali, in particolare, quelle relative alla solidarietà"⁶⁸.

Più inquietante è l'accusa, insidiosa, di un difetto di liceità che incrinerebbe la pervasività di un'idea espressa da un documento, come la Costituzione, che per definizione non può non essere autentica-mente laico.

Vero è, infatti, che "l'idea del diritto naturale è considerata oggi una dottrina cattolica piuttosto singolare, su cui non varrebbe la pena di discutere al di fuori dell'ambito cattolico, così che quasi ci si vergogna di menzionarne anche soltanto il termine"⁶⁹. Ma è anche vero che torna a farsi sentire oggi un'esigenza di andare "oltre il positivismo giuridico", alla ricerca di quella "complessità sostanziale dei valori giuridici - dei bisogni e degli interessi socialmente rilevanti -", alla quale "il sistema culturale del diritto ... deve essere in grado di fornire una conveniente risposta regolatrice"⁷⁰. E' l'idea della complessità che Angelo Falzea elabora ricollegandosi all'ultima fase del pensiero di Salvatore Pugliatti, "focalizzato sul diritto come esperienza giuridica, ... dove si coniugano inscindibilmente fatto e

diritto" e fino all'ultimo proteso alla ricerca del rapporto tra "continuo e discontinuo"⁷¹. E' l'idea della complessità dell'esperienza giuridica, che sfocia nella crisi: "la crisi c'è", constata Giuseppe Capograssi. "Gli scienziati del diritto hanno vissuto sinora di positivismo giuridico: si accorgono adesso che le cose sono meno semplici di quanto credevano ... i conti non tornano. Il giurista deve dunque, in quanto è tale, servire all'iniquità"⁷². E' la "crisi della scienza giuridica"; che induce Salvatore Pugliatti "a proclamare che, se il divenire venga a creare un dissidio tra vita sociale e ordine giuridico, questo dovrà conformarsi a quella magari rinunciando a magnifiche architetture consolidate"⁷³, e che suscita addirittura in uno dei più autorevoli cultori del diritto positivo, Francesco Santoro Passarelli, l'esigenza di approfondire "il problema fondamentale", del drammatico disorientamento dei giuristi "di fronte alla grave crisi del diritto inteso come norma meramente tecnica"⁷⁴; è, insomma, "la crisi del positivismo giuridico, l'emersione vitalissima e quasi virulenta di un nuovo diritto naturale e di un nuovo giusnaturalismo di marchio assai diverso da quello illuministico"⁷⁵.

Riaffiora così, nelle alterne fortune dei principi generali del diritto, la "grande dicotomia: diritto positivo-diritto naturale" che - parafrastrandolo il celebre saggio di Norberto Bobbio sull'uso delle "grandi dicotomie" nella teoria del diritto - torna continuamente a riscoprire il nucleo essenziale di verità con il quale il diritto naturale "pone una sfida mortale che il positivismo giuridico si illude di aver vinto a dover affrontare da capo"⁷⁶. Ed è stato puntualmente osservato che "la reviscenza di interesse per il pensiero e le concezioni di tipo giusnaturalistico che si è avuta nell'ambiente culturale tedesco dopo la seconda guerra mondiale" trae spunto dalla distinzione tra *Gesetz* e *Recht* che l'art. 20 del *Grundgesetz* pone al fine di vincolare ad entrambi l'attività giurisdizionale: "l'aggettivo 'naturale' non compare in quella norma, ma vi è comunque accettata l'idea dell'esistenza di parametri di valutazione

⁷¹ Questa vicenda storica è magistralmente ricostruita da Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, p. 115 ss.

⁷² CAPOGRASSI, *Il problema fondamentale*, in Iustitia, 1949 e ora in *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Milano, 1959, p. 30.

⁷³ PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, (relazione al XV Congresso nazionale di Filosofia, 1948), in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.

⁷⁴ GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 111.

⁷⁵ SANTORO PASSARELLI, *Un problema fondamentale* (1948), in *Diritto naturale*, vigente, Roma, 1951, p. 36.

⁷⁶ GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 128.

⁷⁷ SIRENA, *Prefazione a Oltre il "positivismo giuridico"*, cit., p. VIII.

verso non già l'effetto diretto orizzontale, ma una versione abbastanza forte dell'effetto indiretto orizzontale ("a fairly strong version of indirect horizontal effect").

Lo scritto di Ugo Mattei⁹ muove da una constatazione di fatto: le idee portate avanti dalla classe giuridica, raramente sono innovative. Piuttosto, i giuristi elaborano teorie ed idee muovendo dai risultati raggiunti in altri settori delle scienze (teologia, filosofia, arte, o politica). Anche nel rapporto che lega politiche concorrenziali, determinate dall'efficienza, a politiche sociali, determinate dall'equità, gli scienziati del diritto non si sono mai particolarmente spostati, secondo l'autore, dal modello americano. Prima della caduta del muro di Berlino, un modello sociale alternativo a quello dominante era proposto dall'ex Unione Sovietica che i paesi occidentali non hanno mai preso in considerazione. L'idea americana informata alla pura logica del profitto e di un mercato che, ove ben regolamentato, tutela le esigenze di tutti, è stata finora sempre prevalente. Mutuando l'eredità delle vecchie repubbliche social-democratiche, il Diritto privato europeo si sarebbe potuto configurare come un'alternativa al modello americano che valorizzasse, nell'ambito di un mercato concorrenziale, una forte protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. Ma così non è avvenuto, sempre secondo l'a. Gli esiti, comunque, non si sono rivelati soddisfacenti, soprattutto in quei paesi caratterizzati da sistemi non così solidi come quelli dei paesi nordici. Certamente le critiche al formalismo ed al positivismo hanno prodotto effetti favorevoli; tuttavia, a queste non ha fatto seguito un'attenzione verso nuovi interessi. La tendenza, secondo l'Autore, difficilmente potrà essere invertita finché una legittimazione maggiormente democratica non si sostituirà alle scelte prese da tecnocrati. Da qui l'esigenza di segnare un'altra strada che sviluppi modelli di capitalismo sociale mettendo al centro un'idea di giustizia distributiva che trascenda i diritti umani in sé considerati e li attui nell'ambito delle relazioni individuali.

A tal fine, la ricostruzione può muovere, secondo l'autore, da tre processi: l'abbandono del positivismo, un serio dialogo con l'ecologia e le politiche economiche, un diritto privato europeo capace di coniugare politica e moralità pubblica.

⁹ La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.

4. La parte quarta: sviluppo socio-economico e giustizia sociale.

Alessandro Somma¹⁰ si sofferma con grande attenzione sull'economia sociale di mercato oggi indicata dal Trattato come la pietra angolare del Trattato di Lisbona (art. 3). La formula ha un'origine precisa che l'a. si propone di analizzare. Ricorda come essa sia stata coniata in occasione del dibattito circa la costituzione economica che la Germania intendeva darsi dopo il Nazismo. Due erano le alternative: la democrazia sociale (in favore della pianificazione economica e dell'intervento diretto dello stato) e la democrazia neoliberale (ove l'intervento dello stato è indiretto, attraverso cioè il rafforzamento delle regole di legge per assicurare la competizione sul mercato). Fu scelta la seconda, soprattutto per le pressioni provenienti dall'occupazione USA.

La prospettiva neoliberale è sistemica: le libertà economiche sono promosse se rafforzano la competizione, e represses se la negano. Questa idea è espressione del c.c. ordoliberalismo sviluppatosi sotto il periodo nazista e utilizzato dal regime come guida nella riforma delle libertà economiche. Per evitare ogni imbarazzante continuità terminologica con il regime, fu poi coniata da Alfred Muller - Armack - già membro del partito nazista - la formula "economia sociale di mercato".

L'economia sociale di mercato è un ordine "sistemico" nel senso che non si cura dei bisogni individuali. L'ordoliberalismo e l'economia sociale di mercato presuppongono entrambi una precisa idea di giustizia sociale intesa come il modo in cui la ricchezza deve essere distribuita. In questo senso la redistribuzione della ricchezza è espressione della solidarietà tra stato e privati ed è realizzata fuori del mercato (in particolare attraverso la tassazione). La regolamentazione delle relazioni tra privati è invece al di fuori della ridistribuzione.

L'economia sociale di mercato rappresenta a ben vedere l'ultima fase della lunga riforma dell'ordine economico risultante dal passaggio dalla società borghese ad una capitalistica passando attraverso la rivoluzione francese e industriale.

La società borghese figlia della rivoluzione è descritta come espressione delle più ampie libertà economiche. In realtà dette libertà economiche erano garantite in quanto idonee a produrre una emancipazione individuale e al di fuori di ogni conformazione. In quel sistema la libertà coincide con l'essere proprietario.

La rivoluzione industriale ha prodotto una società capitalistica, basata cioè sulla appropriazione in

¹⁰ La scheda di lettura è della dr.ssa. Serena Meucci.



li sono espressione di entrambi i contesti (p. 139). L'Autore si diffonde su questo legame tra *private law and constitutional rights*, ponendo in luce come alcuni principi del diritto dei contratti sono una derivazione di principi costituzionali. Egli ricorda che nell'Introduzione del DCFR, il modello di regole per un diritto privato europeo è riposto su quattro fondamentali principi e valori: libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza. L'idea di solidarietà e di responsabilità sociale è stata meglio "catturata" dall'idea di "security" che richiede cooperazione, buona fede e correttezza. La protezione dei diritti umani, osserva l'Autore, non è nella lista perché i diritti umani sono principi essenziali ("overriding principle") e non principi di base ("underlying principle", p. 138) Il ruolo dei diritti umani (civili e sociali) emerge insomma nell'art. I-1:102 DCFR, come limite all'autonomia privata. Il Manifesto, secondo Collins, rimane ambiguo sui due modelli della "mutual support structure" e della "single source structure"; ma questa distinzione è decisiva, secondo l'Autore, per cogliere il significato della costituzionalizzazione del diritto privato dei contratti. Egli si sofferma sulle virtù dell'effetto diretto orizzontale (p. 141 ss.), ma preferisce l'effetto indiretto orizzontale per diverse ragioni. La diretta applicazione dei diritti costituzionali può essere inappropriata perché, ad esempio, imporrebbe un certo grado di "correttezza politica" che risulterebbe oppressivo per i privati (cfr. gli esempi a p. 144-145). La tecnica dell'effetto indiretto, invece, "riduce il rischio di costringere un giudice ad agire nel quadro del diritto privato, che attribuisce in genere un grande peso alla autonomia privata". Secondo Collins il "test of proportionality" è inappropriato nel contesto del diritto privato (cosa diversa è il bilanciamento).

L'autore ritiene che l'effetto orizzontale indiretto sia il metodo migliore per "ricepire i valori costituzionali nel diritto privato" europeo (p. 146) ed esamina le differenze tra le Corti costituzionali dei diversi Paesi⁸. Richiama il pensiero di Robert Alexy secondo cui "i principi hanno la stessa struttura dei diritti nel senso che essi rappresentano un valore che dovrebbe essere ottimizzato" (bilanciamento tra principi contrapposti) (amplius p. 151-152). Ricorda "gli effetti indiretti delle direttive" (che divengono forti, tanto da diventare quasi equivalente all'effetto diretto) e il rilievo della Carta di Nizza-Strasburgo. Esamina criticamente il caso Viking.

Importanti sono le considerazioni sugli "Effetti orizzontali indiretti nel sistema di diritto privato europeo" di questo quadro. Collins ritiene che "una struttura giurisdizionale unificata tende ad indebolire l'impatto del metodo descritto - l'effetto indiretto - in quanto il giudice sarà riluttante a interrompere i propri principi consolidati e le norme in materia di diritto privato" (p. 150).

ropeo multilivello". Collins si sofferma sul ruolo della Corte di Giustizia, la quale "deve affrontare contemporaneamente questioni di diritto privato e costituzionali" (p. 156) con decisioni che stanno innalzando il livello di costituzionalizzazione del diritto privato europeo. Per quanto concerne i giudici nazionali l'a, osserva che quando un tribunale ritiene che una direttiva esprima un principio fondamentale dell'UE, la legge interna è inapplicabile (c.d. disapplicazione). Se la norma interna confligge, invece, con un principio fondamentale della Carta di Nizza non oggetto di una Direttiva, Collins reputa che "un giudice nazionale possa essere in grado di perfezionare la questione della rilevanza del principio fondamentale o diritto, dando effetto orizzontale indiretto a una disposizione analoga nella sua costituzione nazionale" (p. 157). Tuttavia, si osserva, che anche "nell'assenza di una Direttiva, un giudice nazionale può stabilire che l'allineamento con i principi comunitari non è necessario" (p. 157).

Collins, dopo aver spiegato il significato dell'espressione costituzionalizzazione del diritto privato dell'UE, nell'ultimo paragrafo intitolato "Giustizia sociale e costituzionalizzazione", ritorna sul tema della giustizia sociale con alcuni interrogativi essenziali.

L'Autore si chiede se: a) "con riferimento al diritto dei contratti, la preoccupazione di proteggere l'autonomia privata, i diritti di proprietà, la dignità spingerà la legge a proteggere la parte debole tenendo conto dei costi esterni come l'ambiente, o la legge sarà attratta in direzione opposta, con il ruolo egemonico di attenzione al rispetto per la libertà individuale e la libertà contrattuale?" (p. 158) b) per quanto riguarda la responsabilità civile, "la costituzionalizzazione del diritto privato porterà alla tutela degli interessi fino ad allora non riconosciuti di individui privi di potere e contribuirà a promuovere la distribuzione dei costi di infortuni in tutta la società nel suo insieme, o ridurrà le passività del business per rischi creati da loro operazioni?"

Su entrambi i quesiti Collins svolge alcune considerazioni: 1) l'inclusione dei diritti sociali ed economici al livello della Costituzione fornisce una base giuridica di accettazione di misure redistributive; 2) la costituzionalizzazione del diritto privato interroga e regola l'idea di libertà di contratto, di autodefinizione. Collins porta diversi esempi, tratti dal case law tedesco e francese, della necessità della tecnica del bilanciamento (cfr. p. 159 ss.).

La conclusione è chiara. La costituzionalizzazione del diritto privato, nel senso di un allineamento del diritto privato ai diritti fondamentali e ai principi ha alcune potenzialità per fornire una rotta ("to provide a route") alla giustizia sociale nel diritto privato europeo; allineamento da realizzarsi attra-

superiori alle leggi, l'idea di un diritto superiore a quello positivo, della cui validità in definitiva il primo rappresenta il metro di giudizio"⁷⁸.

E', dunque, alla luce di questo itinerario del pensiero giuridico - che finisce con l'avvicinare, all'insegna dell'esigenza di andare "oltre il positivismo giuridico", giuristi laici e cattolici - che deve essere recuperata, sfondandola da letture superficiali o ideologicamente (dis)orientate, la dimensione autenticamente laica del modello di solidarietà concepito dalla Costituzione.

8. Segue. La difficile integrazione con l'indirizzo c.d. liberaldemocratico che dal nuovo continente si diffonde nella vecchia Europa.

Vero è, piuttosto, che questa idea di solidarietà non è facilmente integrabile con l'indirizzo c.d. liberaldemocratico oggi dominante, che dal nuovo continente, ove è essenzialmente funzionale al ruolo del mercato - "liberalism accord a special, even privileged role to markets"⁷⁹ -, si espande sempre più nella vecchia Europa.

La solidarietà non compare tra i c.d. *four principles* della bioetica nordamericana; è sostituita da un'evanescente *beneficence*, che Tristram Engelhardt definisce principio meramente "esoriativo", nel senso che "è possibile agire in modi non benefici senza essere in conflitto con la nozione minima di morale"⁸⁰.

La solidarietà compare nella Carta di Nizza; ma, come si è già accennato (retro, n. 3), è una solidarietà davvero pallida; assente è, in particolare, un riferimento alla solidarietà come dovere fondamentale, così come manca un principio di eguaglianza sostanziale che riprenda l'altrettanto fondamentale previsione dell'art. 3, comma 2, Cost.

In dottrina è sempre più frequente il numero di coloro che "dicono persona" ma "intendono individuo"⁸¹; che dicono "orizzonte personalista" ma in-

⁷⁸ CHAN, *Riflessioni sul diritto naturale, in Oltre il "positivismo giuridico"*, cit., p. 68 ss.

⁷⁹ SCHUCK, *Diversity in America. Keeping Government at the Safe Distance*, Cambridge (Massachusetts), 2003, p. 57. "The market is among the most powerful sources of American (and human) diversity, multiplying it rather than (as in planning economics) suppressing it" (p. 33).

⁸⁰ ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Milano, 1991, pp. 83 e 85.

⁸¹ PAVAN, *Dire persona nell'età globale dei diritti umani, in Dire persona*, cit., p. 473 s.: "In linea di principio, la persona dà già oggi le basi a quanto c'è di accordo pratico fra i popoli (soprattutto nelle grandi carte internazionali sui diritti umani); di fatto, attorno a questo principio, è vivo - e spesso violento - il conflitto delle interpretazioni che trova le sue radici nella diversità delle tradizioni degli interessi e dei sistemi di valori".

tendono "orizzonte liberaldemocratico"⁸², che dicono "liberalismo personalista" per connotare un liberalismo "liberatorio, individualista, universalista"⁸³.

Anche i filosofi che da oltre oceano cercano di "rimettere in discussione alcuni dei presupposti più consolidati della tradizione liberale" che fa capo al "concetto kantiano di persona"⁸⁴, apprendola a "un maggiore eguaglianza sociale"⁸⁵, e che pertanto godono oggi di particolare ascolto nella vecchia Europa, non vanno oltre la formulazione di teorie della giustizia sociale in cui latita un autentico principio costituzionale di solidarietà, quale quello che ci impone di osservare la nostra Costituzione.

Per John Rawls la "solidarietà sociale" si traduce in una "idea di fraternità": la quale - come riconosce il "maestro contemporaneo del liberalismo progressista"⁸⁶ - ha sempre avuto "un ruolo secondario nella teoria della democrazia", e spesso è stata relegata al rango di "una concezione impraticabile"⁸⁷. L'interpretazione che ne viene proposta per renderla

E', ancora oggi, il conflitto tra una tradizione di pensiero europeo-continentale, che ha letteralmente "inventato" la persona (storicamente "subsistens in naturali natura") combinando ontologia aristotelica e teologia trinitaria, e una tradizione anglosassone, che si caratterizza per la dissoluzione dell'identità personale nell'esperienza e per l'identificazione spaziotemporale di "individuals" (cfr. Strawson, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*, London-New York, 1987, p. 101 s.). Paul Ricoeur sintetizza gli estremi del conflitto distinguendo tra "memorie" ("la permanence d'une substance immuable que le temps n'affecte pas") e "ipèné" ("cohésion de la personne dans l'enchaînement d'une vie humaine"): *Approches de la personne*, in *Lectures 2. La contrée des Philosophes*, cit., p. 219).

⁸² CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, cit., p. 469.

⁸³ CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, cit., pp. 253 ss. evidenzia le connotazioni che Canis (op. ult. cit., p. 480 ss.) evidenzia nella dottrina del "liberalismo rivisitato" di Martha Nussbaum: un liberalismo che tuttavia, sorprendentemente, poggia su "una concezione politica della persona che sia più aristotelica che kantiana, una concezione che veda sin dall'inizio la persona come un essere dotato tanto di capacità quanto di bisogni ... e riconosca che nel mondo vi sono molti diversi tipi di dignità, compresa la dignità dei bambini e degli adulti con handicap mentali, la dignità degli anziani che soffrono di demenza senile e la dignità dei lattanti" (Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002, pp. 118 e 120).

⁸⁴ NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 121: il che - tiene a precisare la filosofia del movimento *Law and Literature* - non rende il liberalismo meno efficace: piuttosto costringe noi tutti a delineare una nuova forma di liberalismo, più sensibile al bisogno e alle sue condizioni materiali e istituzionali" (p. 121 s.).

⁸⁵ In questa prospettiva la teoria della giustizia di John Rawls "rappresenta la tesi più convincente ... finora elaborata dalla filosofia politica americana": lo riconosce uno dei principali protagonisti della "critica 'comunitarista' del liberalismo contemporaneo", Michael Sandel, nella sua *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2009, pp. 187 e 248.

⁸⁶ Così lo qualifica PANARARI, *Rawls e la giustizia "riformista"*, in *La Stampa*, 2 giugno 2012.

⁸⁷ RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1997, p. 101.



“praticabile” poggia su “un principio di giustizia che renda fedelmente l’idea sottostante”, a sua volta identificato nel “principio della differenza”: il quale “sembra corrispondere al significato naturale della fraternità, cioè all’idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene”⁸⁸. L’idea di fraternità - che apparentemente sembra riportarci alla *fraternité* illuministica - si contrappone all’idea costituzionale della solidarietà; il “desiderio” che i maggiori vantaggi vadano “a beneficio dei meno avvantaggiati” prende il posto del “dovere inderogabile di ognuno” alla più estesa libertà fondamentale⁸⁹. Non coincide con i “diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali: ove si svolge la sua personalità”, ma segna il passaggio dal personalismo all’individualismo, sia pure a un individualismo illuminato e egualitario⁹⁰.

La crescente accoglienza in Europa della concezione rawlsiana della solidarietà-fraternità, talvolta espressamente professata⁹¹, talaltra agevolmente riscontrabile⁹², sembra dunque condurre ad una progressiva evaporazione del concetto di solidarietà: certamente in Italia, stando al confronto appena abbozzato con il modello di solidarietà delineato dalla nostra Costituzione, ma verosimilmente anche in Francia, nonostante l’apparente parallelismo tra il quasi-contratto posto da Léon Bourgeois a fondamento della “solidarietà” (*retro*, n. 4) e l’ipotetico contratto sociale, immaginato da John Rawls, con cui ogni individuo, collocato in una “posizione originaria” coperta dal c.d. “velo dell’ignoranza”, è chiamato in piena libertà a stabilire i principi di giustizia, sarebbe indotto in quanto persona razionale - questa è la scommessa del filosofo di Harvard - a scegliere una giustizia che consenta di usare le disuguaglianze per migliorare le condizioni dei più svantaggiati: un contratto sociale che, lungi dai confronti con le concezioni politiche dei solidaristi francesi della fine del secolo XIX, mira a “portare a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale, quale si trova ad esempio in Locke, Rousseau e Kant”⁹².

Alla stessa conclusione sembra doversi giungere con riferimento alla concezione della solidarietà come “lato precettivo della compassione”, che Martha Nussbaum trae dalle sue riflessioni su

“L’intelligenza delle emozioni”⁹³; ma per ragioni diverse.

L’approccio aristotelico, e la conseguente “ricoperta” dell’*eudaimonia*, consente indubbiamente alla filosofia del movimento *Law and Literature* di esplorare il contenuto cognitivo delle emozioni andando oltre la soglia della mera razionalità - che di per sé può essere ingannevole o fuorviante (si pensi alla famosa lezione di Amartya Sen sugli *Sciacchi razionalisti*)⁹⁴ - per approfondire l’analisi dello sviluppo emotivo degli esseri umani e i “vincoli solidaristici” che nella compassione rinvergono l’ideale collante: il che la porta, per un verso, a differenziarsi da Rawls, al quale rimprovera di valutare la posizione sociale degli individui “facendo riferimento unicamente al reddito e alla ricchezza”⁹⁵ e, per altro verso (e sorprendentemente), a “dichiarare una particolare vicinanza a Maritain”⁹⁶ e ad avvicinarsi (consapevolmente?) alle posizioni degli ultimi filosofi personalisti all’insegna della irriducibilità dell’umano al dato economicistico⁹⁷, senza peraltro mai rinunciare a rimanere “nel solco della tradizione liberale”⁹⁸.

Ma, ancora una volta, il concetto di solidarietà - qui inteso come “lato precettivo della compassione”⁹⁹ - ne esce drasticamente ridimensionato.

Lascia quindi perplessi la proposta di sviluppare nella vecchia Europa le suggestioni innovative della Nussbaum candidando “la psicanalisi delle relazioni oggettive ... attraverso il medio del pensiero filosofico, a fornire all’idea di democrazia,

⁹³ NUSSBAUM, *L’intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, p. 553 ss.

⁹⁴ “Sciocco razionale” è “un individuo che agisce con perfetta coerenza e perfetta prevedibilità, ma che non riesce mai a dare risposte diverse a questi completamente diversi come: ‘Che cosa dovrei fare?’, ‘Che cosa mi conviene maggiormente?’, ‘Quali scelte saranno più utili per conseguire gli obiettivi che mi sono proposti?’... uno scetticismo saccente trasforma in colossali idioti personaggi del calibro di Mohandas Gandhi,

Martin Luther King Jr., Madre Teresa e Nelson Mandela.” SEN, *Identità e violenza*, Bari, 2006, p. 23 s. Per la compiuta descrizione di questa “particolare figura ipoteleica, diffusa in alcuni settori del pensiero economico dominante” v. già *Rational Fools. A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, in *Philosophy and Public Affairs*, 6, 1977, ora tradotto in *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 1986. Vi si riferisce, da ultimo, MASSARELLI, *Hirschman, Sen e lo spirito di Ventotene*, in *Il Sole-24 ore*, 26 agosto 2012.

⁹⁵ NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 38.

⁹⁶ Lo rileva CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, cit., p. 253, nota 143.

⁹⁷ Significativa è, per esempio, la consonanza con la seguente “suggerimento di Ricoeur: ‘Le point le plus haut auquel puisse viser l’idéale de justice est celui d’une société où les sentiments de dépendance mutuelle – voire même de mutuel éditement – reste subordonné à celui de mutuel désintéressement’” (*Ajour et Justice*, Paris, 2008, p. 31).

⁹⁸ NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., p. 121.

⁹⁹ CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, cit., p. 232.

⁸⁸ RAWLS, loc. cit.

⁸⁹ RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 66, 101, 255.

⁹⁰ Così si è espresso Kicciardi a conclusione del suo intervento su “Solidarietà, contratto e giustizia” all’incontro di studi su “Diritti umani e coesione sociale”, svoltosi a Firenze l’8 giugno 2012. Debbo la lettura del relativo “schema” alla cortesia dell’autore.

⁹¹ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 345 ss.

⁹² RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 27.

Il diritto fondamentale di accedere al sistema giudiziario ed il diritto ad essere giudicati da parte da Corti indipendenti ed imparziali sono esempi di protezione giudiziaria multilivello. Giudici e giustizia rappresentano due differenti prospettive. La loro funzione ‘conservativa’ consiste nell’applicare il diritto vigente e proteggere il sistema. D’altra parte, ogni legge tende ad essere incompleta e deve essere sottoposta a revisione. Un sistema imparziale impedisce interpretazioni riformatrici di singole regole, determinate dai cambiamenti sociali dell’idea di giustizia. L’a. ricorda che la CGUE tutela i diritti fondamentali di oltre 500.000 milioni di cittadini, tanto in rapporti verticali (cittadino v. istituzioni, nazionali o comunitarie) quanto orizzontali (cittadino v. cittadino). E il suo ruolo assieme alle Corti intertemazionali può trasformare i trattati in ordini costituzionali, fondati sul rispetto dei diritti umani.

c. La progressiva costituzionalizzazione delle relazioni legali e sociali tramite la giustizia partecipativa, con particolare attenzione al ‘ragionevole disaccordo’.

Le peculiarità di ogni Stato declinano diversamente e riempiono di diversi contenuti i *principles of justice* trasformandoli in regole costituzionali, leggi, regolamenti e, anche, decisioni dei giudici. Questa opera di concretizzazione poggia su due pilastri: partecipazione della collettività e tutela legale dei cittadini.

Certo si tratta di un percorso a lungo termine che deve scontrarsi con un tratto imprescindibile di qualunque organizzazione sociale, la conflittualità. Proprio per questo motivo sarà necessario predisporre forme alternative di risoluzione dei conflitti e la strada privilegiata, in questa direzione, è il potenziamento dei meccanismi di *participatory justice* (mediazione, conciliazione, arbitrati). Sono, infatti, strumenti che consentono di rivisitare, adattare, sviluppare regole, istituzioni e sistemi giudiziari in risposta ai continui e sempre nuovi bisogni dei cittadini.

L’Unione Europea sta cercando di seguire tutti questi tipi di percorsi ed il discorso, pertanto, non è solamente astratto. Nonostante il fallimento del 2004 di un progetto di Costituzione europea, il Trattato di Lisbona protegge i diritti fondamentali, riconoscendo alla Carta di Nizza la stessa efficacia dei Trattati; prevede l’adesione della UE alla Cedu; richiama le tradizioni costituzionali degli Stati membri. La loro rilevanza non si esaurisce solamente nel settore del diritto pubblico ma può operare anche nei rapporti tra privati.

Ad oggi, non è chiaro, secondo *Petermann* fino a che punto ed in quali aree sia lecito parlare di armonizzazione del diritto europeo. Certo è che il punto di partenza non può che muovere dai

principles of justice e dagli obiettivi di un diritto costituzionale europeo.

Il saggio di **Hugh Collins**⁷ si sofferma, nelle pagine iniziali, sul Manifesto on *Social Justice in European Private Law* (di cui lo stesso è autore) con una convinzione precisa. L’idea di *social justice* si riferisce, sicuramente, ai concetti di equità nella distribuzione della ricchezza, del potere, e di altri benefici. L’ambizione del Manifesto è stata quella di promuovere una società più giusta nell’UE, attraverso nuove leggi sul contratto, sull’illicito, sulla proprietà e su altri ambiti del diritto privato. Secondo tale testo questo scopo va perseguito attingendo dai principi costituzionali, i quali, come emerge dalla Carta di Nizza, includono le libertà civili e politiche, nonché i diritti economici. Ebbene, i valori dell’uguaglianza, dell’inclusione sociale e dell’accesso ai servizi essenziali implicano che le regole sul contratto debbano facilitare la creazione di rapporti, rimuovere impedimenti, prevenire scorrettezze nelle clausole contrattuali a svantaggio di gruppi particolari.

Tuttavia, secondo Collins, rimangono alcune ambiguità nella proposta del Manifesto: è dubbio se ci si accenti di *drafting codes of contract law* o se si voglia avviare un processo formale in cui verificare se le regole del contratto si conformano al quadro dei principi costituzionali; non è poi indicato quale tipo di processo si voglia perseguire. Insomma l’agenda della costituzionalizzazione del diritto privato europeo lascia sospese molte cruciali domande.

Non è scontato, osserva l’autore, che rileggendo le regole del diritto privato europeo alla luce dei diritti contenuti nelle Costituzioni e nella Carte si promuovano valori di giustizia sociale. La regolazione sociale è progettata per migliorare la posizione delle parti deboli nel mercato, come i consumatori, i conduttori e i lavoratori. Invece, la costituzionalizzazione del diritto privato potrebbe anche offrire la possibilità a forti interessi consolidati di compromettere l’efficacia delle riforme. Essa potrebbe consentire di attenuare o impedire le misure che perseguono obiettivi distributivi.

Il Manifesto si schiera a favore degli effetti orizzontali indiretti dei diritti costituzionali sulle giustificazioni nazionali e Collins si sofferma sul significato di “*constitutionalization of private law*”. Pone in luce due aspetti: a) il diritto privato europeo non può che essere influenzato dalla conoscenza e dalla comprensione delle tradizioni costituzionali dei paesi europei; b) il diritto pubblico e il diritto privato sono strettamente legati, perché i diritti fondamentali

⁷ La scheda di lettura è del dr. Antonio Gorgoni.

cezza controversia. È proprio tale tratto distintivo ad evidenziare il carattere differenziale rispetto al concetto di giustizia sostanziale.

3. La parte terza e il rapporto fra valori costituzionali e diritto privato.

Il saggio di *Ernst-Ulrich Petersmann*⁵ confronta l'idea di *social justice* nel diritto privato, nazionale ed internazionale, ed i principi di giustizia alla base del diritto pubblico, europeo ed internazionale: obiettivo di fondo è dimostrare che la costruzione di un sistema di giustizia sociale non può che iniziare e svilupparsi avendo riguardo alle diverse forme di *'constitutional justice'*.

Il punto da cui si muove è il seguente: la Carta di Nizza, la CEDU, la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, le Costituzioni dei singoli Stati, tutte, mettono al centro il rispetto per la dignità umana quale fonte inalienabile di diritti, che deve essere protetta da regole specifiche (*rule of law*) e governi democratici. Parlare di *constitutional justice* implica, in primo luogo, attribuire un significato al termine giustizia e, in seconda battuta, verificare come si declini quando è accompagnata dall'aggettivo *'costituzionale'*.

Secondo John Rawls, "ogni persona possiede una inviolabilità intrinseca che si fonda su un'idea di giustizia che il bene della società, intesa nel suo complesso, non può calpestarla". L'Autore, si pone contro la corrente filosofica dell'utilitarismo classico di Jeremy Bentham, proponendo una nuova idea per coniugare giustizia sociale e liberalismo. Secondo l'utilitarismo, obiettivo dell'umanità è la felicità ed ognuno cerca di ottenere ciò che è bene, per sé, e di evitare ciò che è dannoso, per sé. Analogamente, scopo del governo è realizzare il bene comune, inteso come la somma dell'utilità dei diversi individui che lo compongono. Rawls muove da una critica di questa posizione sostenendo che, in tal modo, verrebbero sacrificati gli interessi della minoranza.⁶ Da qui, la costruzione di un'idea di giustizia

⁵ La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.

⁶ È noto che una teoria della giustizia deve così svilupparsi: "Posizione originaria": con tale espressione si fa riferimento alla situazione di incapacità, da parte di un singolo, di prevedere quale sarà il suo posto nella società. Trattasi del c.d. *'veil of ignorance'*, situazione in cui i futuri consociati non sanno quale ruolo avranno in futuro (capo o dipendente): le loro abilità naturali (forte o debole; invalido o portatore di handicap): senza alcuna ideologia politica alla base. Secondo Rawls, tutti gli individui che si trovino in questa situazione, saranno d'accordo su due principi:

Principio di uguale libertà. "Ogni persona ha un uguale diritto al più esteso sistema di libertà fondamentali, compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti gli altri (each person must have an equal right to the most extensive total system of

zia che si fonda sul principio che tutti i beni sociali debbono essere distribuiti in modo uguale ed accessibile. Obiettivo che può dirsi raggiunto solo se ne potranno beneficiare anche i più svantaggiati.

Ad opinione dell'Autore, alla posizione originaria teorizzata da Rawls che consente di individuare i *principles of justice* possono essere equiparate le procedure di adozione del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza avvenute tramite negoziati internazionali e Convenzioni europee, ratifiche e referendum. Ciò perché si tratta di procedure che consentono di prendere in considerazione gli interessi di tutti i gruppi che formano la popolazione europea e dei loro rappresentanti democraticamente eletti. Nonostante le origini dell'UE si fondino su basi economiche, la creazione di un'idea di giustizia è sempre stata considerata prioritaria. Si pensi al rispetto per la libertà e l'indipendenza delle persone, l'obbligo di osservare i trattati e le leggi, l'uguaglianza tra le persone, il rispetto dei diritti umani: tutti fanno parte dei diffusi *principles of justice* teorizzati da Rawls per un *international laws of people* ed, al contempo, sono parte integrante del diritto dell'Unione. Chiarito cosa si debba intendere con giustizia, questa, secondo il nostro autore, deve essere riempita di contenuti, perché diventi costituzionale: cioè sia caratterizzata da principi suscettibili di un'adempimento a lungo termine, posti al vertice dell'ordinamento e che costituiscano *'the basic order of a political community'*.

In questa direzione si ipotizzano diversi tipi di percorsi.

a. La Giustizia come sistema costituzionale multilivello di tutela dei diritti umani. L'idea rawlsiana per cui la soddisfazione dei bisogni di base può essere inquadrata tra gli *'equal basic rights and liberties of citizenship'* coincide, nella società odierna, con quei diritti inalienabili ed indivisibili che debbono essere rispettati dagli ordinamenti nazionali ed internazionali. Tali diritti discendono dalla dignità e presuppongono, a loro volta, che vengano tutelati per rispondere ad esigenze umane fondamentali di una vita decorosa e di un lavoro dignitoso. Peraltro, i medesimi diritti e libertà, come tutelati dalle Carte costituzionali ed internazionali, sono allo stesso i limiti ai poteri legislativo, esecutivo e giudiziario di ogni ordinamento.

b. La protezione giudiziaria di diritti costituzionalmente protetti ad opera delle Corti di giustizia.

equal basic liberty for all, consistent with a single system for all)". Principio della disuguaglianza. In base a questo principio, le disuguaglianze, economiche e sociali, sono giustificare solo se, legate agli incarichi, ai posti di lavoro disponibili, in condizioni imparziali di pari opportunità.

all'impostazione personalista delle carte costituzionali, alla teorica dei diritti umani, i saldi ancoraggi di cui il disincanto dei tempi, il trionfo auto-proclamato della tecnica, la capacità delle nazioni, le rendono bisognose¹⁰⁰. Le perplessità crescono quando si intenda trarre spunto, per una interpretazione innovativa del "principio dell'eguaglianza sostanziale, accolto dalla nostra Costituzione al comma 2 dell'art.3", dal ribaltamento del ricorrente assioma secondo cui "saremmo di fronte a un aut-aut tra provare compassione per una persona che soffre e avere rispetto per la sua dignità"¹⁰¹ e dalla conseguente affermazione del principio che "la compassione è alleata, non nemica, del rispetto, e la società - in particolare quella 'liberale' - ha ottime ragioni per favorirla e promuoverla"¹⁰².

In ultima analisi, se per John Rawls la "solidarietà sociale" si scolora in una "fraternità" che, non essendo immune dagli strascichi storici della *'fraternité'* uscita dalla rivoluzione francese, si riveste parzialmente di un significato "liberatorio" (dalla solidarietà stessa), per Martha Nussbaum la "solidarietà della compassione" sembra oscillare tra la virtù cristiana della carità e il precetto laico della "reciprocity democratica", senza mai varcare la soglia della doverosità costituzionale, quale si addice a un concetto "forte" di solidarietà.

Può forse sorprendere, ma non troppo, la circostanza che un tale concetto di solidarietà non si riscontra neppure in seno alla c.d. "critica 'comunitarista' del liberalismo" nordamericano: la quale si limita a contrapporre alla "neutralità" delle teorie liberali, accusate di "rifiutare l'etica del *telos* ... a favore di un'etica della scelta e del consenso"¹⁰³, una concezione teleologica legata all'obiettivo dell'aristotelica "vita buona", peraltro aggiornato alla luce della constatazione - per la verità, lapalissiana - che "i cittadini delle società pluralistiche in effetti possono [sic!] avere opinioni diverse in materia di etica e religione": il che dovrebbe indurre - questa è la conclusione a cui giunge Michael Sandel - "a impegnarsi pubblicamente in modo più sostanziale sui nostri dissensi etici", così da "fondare il nostro reciproco rispetto su una base più robusta, anziché più fragile"¹⁰⁴.

E la solidarietà, quale ruolo svolge in questa prospettiva? Apparentemente, nessuno. "I doveri di solidarietà - spiega Sandel - sono esigenze morali nate dall'appartenenza a una comunità"¹⁰⁵.

¹⁰⁰ CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, cit., p. 202.

¹⁰¹ NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, cit.

¹⁰² CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, cit., p. 215.

¹⁰³ SANDELL, *Giustizia*, cit., p. 226.

¹⁰⁴ SANDELL, *Giustizia*, cit., p. 301.

¹⁰⁵ SANDELL, *Giustizia*, cit., p. 248.

Il criterio dell'appartenenza - alla comunità familiare, alla patria comune, alla nazione - serve allora a delimitare e a circoscrivere i doveri di solidarietà, blandamente intesi come "esigenze morali". Gli "obblighi di solidarietà", quindi, si contrappongono ai "doveri naturali": "specifici", i primi: "universali", i secondi¹⁰⁶. Si finisce così con il ribaltare, pericolosamente, il rapporto tra solidarietà e comunità tracciato dalla nostra Corte costituzionale in sede di interpretazione dell'art.2 Cost.: ci si discosta drasticamente dall'idea fondante della "originaria connotazione dell'uomo *uti socius*"¹⁰⁷, e dalla conseguente affermazione di un principio che "accanto a tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art.2 Cost., là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescindendo del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza"¹⁰⁸.

Siamo ben lontani, oltre tutto, dall'impegno costituzionale di solidarietà che attribuisce valenza generale e fondamentale al dovere di soccorso, giustificando perfino la sanzione penale della relativa omissione (art. 593 cod. pen.).

Vero è, più in generale, che il dovere legale di soccorso è un'autentica "cartina di tornasole" della (calante) vitalità dell'impegno giuridico di solidarietà: ignorato, come dovere generale penalmente sanzionato, dal sistema nordamericano - ricordo lo stupore con cui i miei studenti della *Yale Law School* - si sentivano parlare della norma del codice penale sanzionate, in Italia come nella generalità dei paesi europei, l'omissione di soccorso -; sempre più frequentemente disatteso - basta leggere le cronache degli incidenti stradali - dagli automobilisti che circolano sulle strade europee, e specialmente italiane.

Rimanendo, ancora per un momento, al di là dell'Oceano, occorre prendere atto di una realtà inoppugnabile: gli indirizzi c.d. liberaldemocratici che non chiudono del tutto le porte a una parvenza di solidarietà, quantunque debole, sono sottoposti a critica serrata dai sostenitori di un orientamento decisamente libertario, che individua nel mercato l'unica istituzione economica coerente con la tutela della libertà negativa degli individui.

Emblematica, in tal senso, è la posizione di Robert Nozick che, scendendo in polemica diretta con la teoria rawlsiana della giustizia, contrappone a una giustizia fondata sul valore dell'equità una giustizia fondata sul valore intrinseco e non strumentale della

¹⁰⁶ SANDELL, *Giustizia*, cit., p. 253.

¹⁰⁷ Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2578 ss., 2585.

¹⁰⁸ Corte cost., 18 maggio 1999, n. 172, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2447 ss., 2449.



libertà negativa degli individui, e assegna al libero mercato un connotato deontologico, che prescinde cioè da una valutazione delle sue conseguenze in termini di benessere o di efficienza¹⁰⁹. Alla centralità del mercato deve corrispondere “uno Stato minimo, che si limiti a ... proteggere i cittadini dalla sovrapproduzione, dal furto, dalla frode”. I diritti individuali – vita, proprietà, libertà di scelta, autodeterminazione – sono così solidi da far sorgere la questione di che cosa rimanga da fare allo Stato, ammesso che qualcosa rimanga¹¹⁰. Ciò vale, in particolare, per il diritto di proprietà, anche di sé stessi: “il nucleo centrale dell’idea di avere un diritto proprietario su x ... è avere il diritto di stabilire che cosa si debba fare di x. Di conseguenza, se sono proprietario del mio corpo, devo essere libero di vendere i miei organi a mio piacimento¹¹¹”.

Siamo ben lontani, in tema di trapianti *ex vivo*, dall’idea di una “donazione samaritana”, che in Italia il Consiglio Nazionale per la Bioetica valuta favorevolmente, quale possibile deroga da apportare all’art. 5 del codice civile – che, com’è noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica –, trattandosi di atto supererogatorio, come tale eticamente apprezzabile per il movente solidaristico che lo ispira¹¹², fermo restando “il rispetto dei principi cardine dei trapianti: gratuità, anonimato, trasparenza, equità, sicurezza e qualità¹¹³”.

Vero è, dunque, che la solidarietà, assunta nel significato “forte” assegnato dai Padri della Costituzione italiana, sta lentamente morendo: più che una fonte di “pericoli”¹¹⁴ ricollegabili al suo (mal)funzionamento come “solidarietà obbligatoria”, è diventata una sovrastruttura ingombrante dalla quale liberarsi nelle dinamiche della cosiddetta società evoluta, che si compiace della propria libertà democratica.

9. La sorprendente profezia di Luigi Mengoni: “sul concetto di solidarietà la riflessione è appena agli inizi”.

Di questi indirizzi esasperatamente libertari esistono tra di noi delle brutte copie. “La democrazia liberale non è perfetta, ma perfetibile – così si può leggere sul “Corriere della sera” - Gli uomini, al-

¹⁰⁹ Nozick, *Anarchia, stato ed utopia. I fondamenti filosofici dello “Stato minimo”*, Milano, 2008 (ma l’edizione originale in lingua inglese risale al 1974), p. 149 ss.

¹¹⁰ Nozick, *Anarchia*, cit., p. IX.

¹¹¹ Nozick, *Anarchia*, cit., p. 84.

¹¹² Cfr. *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute (c.d. donazione samaritana)*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *Pareri 2009-2010*, s. d., ma 2011, p. 144.

¹¹³ Ricossa, *I pericoli della solidarietà*, cit.

meno quelli del c.d. Occidente, non sono mai stati, grazie ad essa, tanto liberi e, grazie al capitalismo, non hanno mai goduto un benessere altrettanto benestante. La povertà, in tale contesto di più diffuso benessere, è un concetto “relativo”, nel senso che non ha più quel valore “assoluto” che aveva agli albori del capitalismo industriale¹¹⁴.

Stride, a fronte di questo vacuo cicaleccio, l’avanzata del male, che non è il popperiano *Trial and Error*, ma è il diffuso malessere di un intero sistema.

Torna, allora, alla mente il monito di Paul Ricoeur: “Meurt le personnalisme, revient la personne”. E, con la persona, non già isolato individuo, può forse rinascere la solidarietà; e può forse ritrovarsi un senso compiuto la sorprendente profezia di Luigi Mengoni: “sul concetto di solidarietà la riflessione è appena agli inizi”¹¹⁵.

La riflessione può partire da una constatazione: al progressivo smantellamento della solidarietà organizzata, e più in generale dello stato sociale¹¹⁶, non corrisponde – almeno in Europa, e in particolare in Italia – un parallelo affievolimento dello spirito popolare di fratellanza, e in particolare della fratellanza della povera gente “davanti al peso delle calamità”¹¹⁷.

Sopravvive, e sembra diffondersi, una solidarietà che non ha bisogno della “imposizione di veri e propri obblighi giuridici nei confronti dei consociati fra di loro” e che d’altro canto non è necessariamente “confinata nell’area della liberalità”: è la solidarietà che si esprime come “dovere morale di ciascuno”¹¹⁸.

Non a caso la più recente dottrina costituzionalistica – ricordando la solemne affermazione (a lungo obliata) della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo che ammonisce “tutti gli esseri umani [ad] agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza” (art. 19) – torna a valorizzare il tormentato concetto di fraternità per sostenere che “l’attuale

¹¹⁴ OSTELINO, *L’Italia antiliberalista dei maghi incantatori. Perchè la retorica ideologica prevale sui fatti*, in *Corriere della sera*, 4 giugno 2012.

¹¹⁵ MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell’uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in Mengoni, *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castrovillano, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, p. 143. Si tratta della lezione tenuta a Milano, nell’Università Cattolica S. Cuore il 7 maggio 1997, già pubblicata in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale* a cura di Napoli, Milano, 1998, p. 3 ss.

¹¹⁶ ALPA, *Solidarietà*, cit., p. 572.

¹¹⁷ E’, questa, la solidarietà proclamata dal “Preambolo” della Costituzione francese del 1946, V., *retro*, n. 2.

¹¹⁸ E. Rossi (e Bonomi), *La Fratellanza fra “obbligo” e “libertà”*. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell’ordinamento costituzionale, in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, a cura di Marzanati e Mattioli, Roma, 2007, p. 86 s.

librato e la giustizia sostanziale è l’unico mezzo per valutare tale ingiustizia, il diritto procedurale (ad es. regole di validità del consenso) non ha in realtà alcuna autonomia consistenza giuridica. Esso può avere un significato morale (ad es. imponendo il rispetto dei patti contrattualmente assunti) ma non giuridico poiché soltanto dal punto di vista sostanziale il contratto è giusto o ingiusto. Corollario che sembra postulare l’equazione, implicita nell’argomentare dell’A., ma non scontata, tra diritto (insieme delle norme vincolanti in un dato tempo e spazio) e giustizia (ideale trascendente da ogni categoria normativa o giuridica).

Diversa è la prospettiva di Christine Chwaszka. In estrema sintesi, la sua visione propone la coesistenza tra i principi sottesi alla giustizia comunitativa/procedurale e principi sottesi alla giustizia distributiva/sostanziale. Ciò che in particolare caratterizza le argomentazioni dell’A. è l’importanza del concetto di giustizia commutativa e distributiva in contrasto alle tesi esposte nel precedente capitolo. Due sono gli argomenti principali della tesi. Con riferimento alla giustizia procedurale, si sottolinea la necessità di attribuire un autonomo rilievo giuridico al principio “*pacta sunt servanda*”. Al contrario dell’A., precedente, si sostiene che è il sospetto sulla corretta procedura di formazione del consenso ad alimentare il dubbio di uno scambio contrattuale ingiusto. In altri termini, l’ingiustizia dello scambio contrattuale trae origine non già da un superiore concetto di giustizia sostanziale (spesso controverso o inoscopabile) quanto dal dubbio relativo alla genuinità del consenso prestato dai contraenti. Per quanto concerne la giustizia commutativa la quale presiede al controllo dello scambio di risorse tra individui, ne viene evidenziato, parimenti, il carattere autonomo rispetto alla giustizia distributiva. Ciò non soltanto sulla base della distinzione tradizionale tra giustizia commutativa e distributiva, radicata nella cultura giuridica occidentale sin dal pensiero di Aristotele, ma soprattutto considerando la necessità di adottare un approccio neutrale (e dunque, procedurale) nell’approccio al pluralismo morale e dei valori.

La supremazia della concezione distributiva della giustizia potrebbe risultare persuasiva soltanto là dove venga a monte risolta la questione riguardante la gerarchia assiologica dei valori nel caso di specie (ad es. diritto alla salute/diritto al lavoro). Asseverata la coesistenza di più valori, la bussola orientativa non può dunque che ritrovarsi nel metodo di risoluzione del conflitto. Ne discende l’autonomia e l’importanza delle regole procedurali che per la loro neutralità ed imparzialità assicurano uno svolgimento democratico del confronto, in sede giudiziaria, politica o sociale, tra valori diversi.

La risposta di Wojciek Sadurski si concentra sulle tesi principali avanzate nel capitolo precedente. Viene innanzitutto messa in dubbio la correttezza dell’assunto secondo cui solo dalla illegittimità della formazione del consenso possa derivare un’ingiustizia dello scambio contrattuale. La questione dovrebbe invece essere capovolta. Non avrebbe senso basare l’ingiustizia dello scambio sull’ingiustizia delle regole procedurali che presiedono alla sua formazione visto che tra tali regole si instaura, di solito, una relazione di divergenza: uno scambio valido è spesso ingiusto. Del resto, la violazione di regole procedurali di per sé non implica affatto che vi sia una forma di ingiustizia. Il principio del “*pacta sunt servanda*” o “*volenti non fit iniuria*”, pur essendo inderogabile (o categorico) non è infatti connesso ad un concetto di giustizia ma risponde ad un imperativo morale. Se ciò è vero, non si vede dunque la possibilità di valutare la giustizia dello scambio attraverso regole di carattere morale e non giuridico. Per altro verso, il pluralismo dei valori rappresenta un dato di fatto difficilmente discutibile anche in relazione alla giustizia procedurale. Divergenti infatti possono essere le concezioni o gli standard valutativi adottabili anche in relazione a questo concetto. In secondo luogo, il pluralismo dei valori non sembra dimostrare l’importanza della giustizia procedurale. L’A. distingue dunque le questioni relative alla scelta di fondo tra ciò che è giusto o ingiusto (ad es. un corrispettivo contrattuale), dalle questioni relative alle soluzioni da prendere ove le risposte date alla prima questione siano divergenti. Nel primo caso si discute di giustizia sostanziale, nel secondo di un metodo “politico” di risoluzione dei conflitti. In nessuno dei due casi, sembra di poter affermare, il problema coinvolge la giustizia procedurale.

Christine Chwaszka replica ribadendo le sue convinzioni. In particolare sottolinea nuovamente il carattere autonomo delle regole di giustizia procedurale. Pur dovendosi ammettere che il rispetto di tali regole non implica, *ex se*, la giustizia dello scambio contrattuale, non può revocarsi in dubbio che esse abbiano rango giuridico in quanto fonte di diritti ed obblighi per le parti contraenti. La soluzione di conflitti interpretativi legati a tali regole trova dunque soluzione giuridica proprio nelle regole medesime e non fuori di esse. Ciò rivela il carattere autonomo ed indipendente della giustizia procedurale. Quanto al dibattito sul pluralismo dei valori, l’A. ribadisce quanto sostenuto in precedenza. La giustizia procedurale, in tale contesto, ha lo scopo di fissare le regole del conflitto senza per altro interferire nel merito di esso. Ed infatti il suo ruolo assume particolare rilevanza quando a risultare controverso è il giudizio di valore o sostanziale di una

Recezione del libro di H. W. Micklitz (ed.), *The many concepts of social justice in European private law*, E. Hart, Cheltenham, UK, Northampton, MA USA, 2011 (a cura di Giuseppe Viorio)



analisi le clausole dei contratti che gli vengono offerti, non ha bisogno di protezione ma solo di informazione.

Il modello è ben lontano da qualsiasi idea di giustizia distributiva e fatica a discostarsi dalle categorie privatistiche che hanno dominato gli ultimi due secoli, ispirando le codificazioni continentali o tralasciando spunto dalla tradizione del *common law*. Non solo. La peculiarità dell'Unione europea sul punto è evidente.

Le sue istituzioni non possono essere inquadrate nelle forme classiche della Politica e della Democrazia. Al suo interno esiste ed esisterà ancora un ruolo importante degli Stati, almeno sino ad una trasformazione in senso federale. In questo assetto la politica fiscale, il controllo della spesa e del debito pubblici, la protezione dei diritti sociali competono, in gran parte ai singoli ordinamenti nazionali. Insomma è difficile la stessa definizione di un diritto privato europeo dal momento che esiste un sistema articolato e reticolare di fonti di varia natura convergenti solo in parte su alcuni principi comuni. Ma l'osservazione di Micklitz non si arresta qui e si volge a cogliere i dati più significativi del presente, sino al Trattato di Lisbona.

Con quella fonte primaria che riassume e potenzia quanto fatto in precedenza, il diritto comunitario garantisce l'accesso al mercato in base ad una serie di disposizioni forti (la mano visibile)² che mirano progressivamente a garantire trasparenza, non discriminazione e tutela di posizioni svantaggiate (asimmetrie) sino al riconoscimento esplicito dei diritti fondamentali scritti nella Carta di Nizza. Strasburgo che ha ora gli sessi effetti giuridici dei Trattati. Il nostro autore è attratto da una norma in particolare. L'art. 36 che riconosce e garantisce l'accesso ai servizi di interesse economico generale al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale. La novità è evidente.

Tramite il contratto ottimizzato con standard protettivi, le fonti comunitarie si propongono forme di coesione e di giustizia non solo commutativa, giacché sono in gioco interessi generali non legati alla dinamica di un rapporto individuale. C'è un raccordo preciso fra sviluppo del mercato e coesione sociale³ come ricordano la Commissione europea e il Rapporto Monti, sottolineando la necessità di maggiore protezione per eliminare le asimmetrie e le diffidenze che ostacolano l'integrazione territo-

² HANS-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolazione*, in *EU Working Papers*, Department of Law, 2010/009.

³ G.VETTORI, *Diritti e coesione sociale, in Persona e mercato*, www.personaemercato.it, e in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 1 ss.

riale e il potenziamento del Mercato Unico. Non solo. Il Trattato di Lisbona fissa l'obiettivo di una crescita equilibrata basata su di un'economia sociale di mercato altamente competitiva. Un principio che deve essere tradotto in regole con il concorso di tutte le scienze sociali e di tutti i modelli culturali e operativi a livello nazionale.

La sintonia di tale contesto con l'idea del nostro autore è evidente e l'interesse per la sua opera chiara. Il volume si apre ad una analisi dei vari modelli di giustizia affidati alla migliore scienza giuridica e seguendo questa ispirazione la nostra ricerca deve partire da qui per riferire in sintesi il contenuto di ogni singolo saggio. Si dirà poi dell'idea centrale di Micklitz e delle implicazioni che possono trarsi dal e nel diritto italiano.

2. La seconda parte del volume e la disinquinazione concettuale fra giustizia commutativa e procedurale.

Wojciech Sadurski⁴ nega l'autonomia rilevanza in termini giuridici e filosofici del concetto di "legal justice". Tuttavia, più che soffermarsi su tale concezione egli critica a fondo le dicotomie concettuali giustizia distributiva/giustizia commutativa e giustizia sostanziale/giustizia procedurale. In entrambi i casi, sostiene, le contrapposizioni non hanno ragion d'essere stante il fatto che, essenzialmente, la giustizia commutativa e la giustizia procedurale derivano da principi fondanti rispettivamente la giustizia distributiva e la giustizia sostanziale. Del resto, la distinzione tra scambio intra-individuale e distribuzione di risorse tra la comunità – sottesa alla dicotomia giustizia commutativa/distributiva – postula una differenziazione concettuale tra "scambio" e "distribuzione" nella pratica evanescente. Ad esempio, la retribuzione del lavoratore subordinato può essere considerata quale compenso per l'opera svolta ovvero quale distribuzione di una risorsa (denaro) tra una data comunità di persone (lavoratori) dati certi requisiti (svolgimento di un'occupazione lavorativa). L'unico modo per valutare la legittimità di questo scambio consiste dunque, visto l'incommensurabilità dei beni scambiati, nel basarsi su considerazioni di giustizia distributiva e sociale. Allo stesso modo, secondo l'autore, la giustizia procedurale non ha ragion d'essere senza considerare principi relativi alla giustizia sostanziale. Ciò che emerge dall'esame del rapporto tra valore vincolante del contratto e giustizia contrattuale. Visto che il contratto può essere vincolante ma ingiusto o squi-

⁴ Le schede di lettura dei cap. 2, 3, 4, 5 sono del dr. Federico Della Negrà

propensione verso forme di solidarietà orizzontale può rappresentare una risposta alla crisi di legittimazione del livello politico generale¹¹⁹ e, al tempo stesso, per avvertire che "questa visione della solidarietà, intrisa di fraternità, è paradossalmente la dimensione carente della *fraternità* della tradizione rivoluzionaria francese"¹²⁰.

Ebbene, la vecchia Europa è un cantiere dove, faticosamente e nonostante tutto, si rinnovano gli sforzi per la costruzione di un mondo di rinnovata solidarietà.

10. Sporadiche tracce di rinnovata propensione alla solidarietà.

Tracce di questa rinnovata propensione alla c.d. "solidarietà orizzontale" sono riscontrabili, qua e là, nella vecchia Europa. Vale la pena di soffermarsi su alcuni esempi.

C'è anzitutto il paradosso italiano del volontariato.

Proprio nel momento in cui il giurista constata che "la mentalità più diffusa è aliena da spinte solidaristiche"¹²¹, si diffonde spontaneamente nella nostra realtà sociale un fenomeno che esprime e, per così dire, incarna quel principio di solidarietà sociale che la nostra Costituzione enuncia come "dovere inderogabile". Il volontariato – spiega la Corte costituzionale in una sentenza che ben a ragione può definirsi "storica"¹²² – rappresenta ... la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale per la quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa". Ed è altamente significativa la motivazione ideale che spinse venti anni fa l'onorevole Maria Eletta Martini (mai come in questo caso la qualifica si addice alla persona), considerata la "madre" della legge-quadro sul volontariato, a promuovere e sostenere questa legge, approvata altrettanto significativamente all'unanimità (così come allo stesso modo sarà approvata nel 2010 la legge sulle cure palliative), quale "segno di una evoluzione culturale e politica

¹¹⁹ PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. int. diritti* dell'uomo, 2001, p. 762.

¹²⁰ PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in *La fraternità come principio del diritto pubblico*, cit., p. 51.

¹²¹ AIPA, *Solidarietà*, cit., p. 372.

¹²² Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75 in *Foro It.*, 1992, I, c. 2578 ss. "Si tratta di un principio – precisa la Corte – che comportando l'originaria conoscenza dell'uomo *ultra socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico" (c. 2585).

che ha come supporto fatti e comportamenti reali delle persone che, uscite dal privato, si occupano dei bisogni degli altri"¹²³.

In Francia, il "Patto Civile di Solidarietà" (PACS), così come è stato irrobustito da precisi vincoli solidali a seguito del recente intervento del *Conseil Constitutionnel*, vale a trasformare le "generiche "famiglie di fatto" in comunità vincolate da doveri reciproci di solidarietà, smentendo il diffuso orientamento libertario a ritenere che una regolamentazione organica della famiglia di fatto rappresenterebbe "non solo una vera e propria fuga in avanti ma anche un fatto regressivo in senso assoluto"¹²⁴. E, a quanto ci consta, è una legge che funziona.

Una recente riforma ha introdotto, nel codice civile tedesco (*BGB*), una disciplina normativa per fronteggiare i problemi giuridici, medici e sociali di fine vita rifuggendo dall'alternativa fondamentalista tra la crescente enfattizzazione individualista del principio costituzionale di autodeterminazione del paziente e la resistenza ad oltranza dell'intransigente dogma dell'insolubilità della vita umana, per delinearne una soluzione basata sul "colloquio" tra un *betreuer* (fiduciario, piuttosto che "amministratore di sostegno") e un medico: il primo tenuto a "estimare e far valere la volontà del paziente" (par. 1901 a. 1) o, in mancanza di una direttiva anticipata, ad "accertare le cure mediche desiderate dal paziente o la sua volontà presunta" (par. 1901, a. 2); il secondo tenuto ad accettare quale misura medica sia indicata con riguardo allo stato complessivo del paziente e alla prognosi, nonché a partecipare al colloquio "per discutere tale misura tenendo conto della volontà del paziente" (par. 1901 a. 1). E', questa, una soluzione basata su un'alleanza solidale condotta nell'interesse del paziente non più *compos sui*, destinata solo in caso di mancato accordo a sfociare in un intervento del Comitato bioetico¹²⁵.

Tornando in Italia, la legge 38/2010 sulle cure palliative, garantendo un "adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia" viene a porre un'alternativa solidaristica – ai sensi della quale il malato è "persona", e non individuo o utente, e la "famiglia" prescinde dal crisma della "legittimità" – alla soluzione eutanasica

¹²³ Cf. E. ROSSI, *Il contributo di Maria Eletta Martini alla legislazione del terzo settore*, in corso di pubblicazione su *Fonti del diritto* oggi, 2012.

¹²⁴ GAZZONI, *Dal concubinatio alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 8.

¹²⁵ Per ulteriori dettagli si rinvia a BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 169 s.



fondata su un *Right to Die* di indole squisitamente individuale.

11. Una prospettiva ancora incerta: accreditare gli ideali costituzionali della solidarietà nella faticosa evoluzione dei principi europei.

Storie di "povera gente", o comunque di gente comune, sono quelle qui evocate: certamente significative - associarsi, accordarsi, allearsi, prendersi cura dei più deboli sono senza dubbio attività suscettibili di esprimere vincoli di solidarietà -, ma non in grado (tranne, forse, le ultime menzionate) di andare oltre la valorizzazione dello "spirito della fratellanza" per proiettare il principio della solidarietà sul piano istituzionale dei principi costituzionali di carattere sociale che contraddistinguono gli ordinamenti giuridici degli Stati europei di riferimento (Italia, Francia, Germania) così da aprire un confronto costruttivo con un'Europa tendenzialmente restia a riconoscerli.

Il personalismo, che permea di sé la Costituzione italiana più di ogni altra Costituzione, dovrebbe suggerire - se si è ancora convinti della rispondenza dei relativi principi fondamentali, e in particolare del principio della solidarietà, ai valori espressi dalle nostre radici culturali - la leale apertura di un tale confronto, in vista di un'auspicabile integrazione all'insegna del reciproco riguardo.

Un percorso in tal senso è stato da qualche tempo avviato in Germania attraverso un dialogo a distanza tra il Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) e la Corte di giustizia dell'Unione europea: un dialogo dal *BfG* concepito in una prima fase, culminata in una sentenza "quasi urtante"¹²⁶, in termini di tendenziale contrapposizione tra il principio "irrinunciabile dell'identità costituzionale del *Grundgesetz*" e un'Unione europea che "anche con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non raggiunge ancora un conformazione analoga a quella di uno Stato, ma resta un'associazione di Stati sovrani [ove] vige il principio dell'attribuzione di poteri puntuale e delimitata", successivamente indirizzato verso una "svolta europeista"¹²⁷ da una sentenza che si impegna a esercitare "il controllo degli atti *ultra vires* in modo conforme al canone di lealtà verso il diritto

¹²⁶ E' la sentenza del 30 giugno del 2009, n. 72, emanata dal *Bundesverfassungsgericht* in tema di ratifica del Trattato di Lisbona (*Lissabon-Urteil*). Cfr. il "comunicato stampa" (tradotto da R. Caponi), in *Foro it.*, 2010, IV, c. 164 ss. Di una "sentenza quasi urtante" parla, in nota, R. Caponi (ivi, c. 170).

¹²⁷ CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 533 ss.

dell'Unione" (n. 58), tenendo "nel debito conto le decisioni della Corte di Giustizia, in via di principio, come interpretazione vincolante" di quel diritto (n. 60), fermo restando - questo è il messaggio della "svolta" - che "le situazioni di tensione ... sono da appianare in modo cooperativo alla luce dell'idea della integrazione europea e da stemperare attraverso un reciproco riguardo" (n. 57)¹²⁸.

Lo stesso percorso è reso più difficile in Italia posto che l'art. 117 della nostra Costituzione, nella formulazione introdotta dalla Legge cost. 3/2001, sembra riconoscere il primato assoluto del diritto comunitario senza contemplare espressamente clausole di reciproco riguardo analoghe a quella che il *Grundgesetz* impone con l'art. 23 che, al primo comma, dispone che "per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione europea, che è obbligata al rispetto del principio democratico, dello Stato di diritto, sociale e federale, ... e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali *paragonabile nella sostanza a quella del presente Grundgesetz*"¹²⁹ (il corsivo è aggiunto). Ma è anche vero che la nostra Corte costituzionale, in palese consonanza con la norma appena menzionata del *Grundgesetz* tedesco, si è riconosciuta il compito di "verificare se le norme della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentale almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana"¹³⁰: più in generale - ha precisato la Corte, "utilizzando per indicare tale tipo di norme l'espressione 'norme interposte'" - "proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono sempre ad un livello subcostituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione"¹³¹; ne consegue che "il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione"¹³².

¹²⁸ E' l'ordinanza del 6 luglio 2010 (*Mangold c. Honeywell*), di cui possono leggersi, tradotti e annotati da Caponi, i paragrafi che "affrontano il nodo dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e discipline nazionali" (par. da 53 a 66) in *Foro it.*, 2010, IV, c. 527 ss.

¹²⁹ Evidenzia questa differenza MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 2010, p. 695 ss.

¹³⁰ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, cc. 39 ss., 58.

¹³¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, ivi, cc. 40 ss., 66 s.

¹³² *Ibidem*, c. 67.

RECENSIONE DEL LIBRO DI H.W. MICKLITZ (ED.), THE MANY CONCEPTS OF SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, E. ELGAR, CHELTENHAM, UK, NORTHAMPTON, MA, USA, 2011

A cura di Giuseppe Vettori*

SOMMARIO: 1. Le occasioni della recensione. - 2. La seconda parte del volume e la distinzione concettuale fra giustizia commutativa e procedurale. - 3. La parte terza e il rapporto fra valori costituzionali e diritto privato. - 4. La parte quarta: sviluppo socio-economico e giustizia sociale. - 5. La quinta parte: il diritto del lavoro, dei consumi e della concorrenza. - 6. L'idea di Hans-W. Micklitz e le sue implicazioni sulla giustizia contrattuale.

1. Le occasioni della recensione¹.

La recensione nasce da una pluralità di incontri e di occasioni che hanno accompagnato e condizionato questo scritto. Un progetto di ricerca finanziato dal MIUR sull'incidenza che il Trattato di Lisbona può avere sugli Istituti del diritto privato. Un Seminario svolto a Firenze l'8 giugno 2013. I corsi di diritto privato europeo svolti negli anni 2012 e 2013 nel dottorato organizzato dal SUM e dall'Università di Firenze. Il Festival dell'Europa, svolto a Firenze l'8 maggio 2013 ove il volume è stato oggetto di una sessione di analisi e di approfondimento. Vari incontri ufficiali o privati con l'autore che hanno rafforzato l'interesse nei confronti di un'opera importante per cogliere i dati più significativi del diritto privato europeo. Dirò subito qualcosa del Curatore per poi tornare sulla sua introduzione che raccoglie l'idea ispiratrice di tutta l'opera.

Micklitz inizia la sua attività a Brema alla fine degli anni sessanta e studia il contratto e la responsabilità, ma volge una particolare attenzione alla filosofia del diritto e all'evoluzione sociale ed economica del suo tempo, scandita da fatti significativi. Prima la legislazione speciale che si sviluppa in quegli anni, fuori dal BGB e a fianco del diritto formale della pandettistica, e poi l'inizio del processo di uniformazione del diritto comunitario che si sviluppa dopo l'Atto unico europeo del 1986 e decolla con la Direttiva del 1993 sulle clausole vessatorie, con tutto ciò che ne segue sino a un modello di armonizzazione che aspira, ora, ad un livello massimo di omogeneità, impensabile per un lungo periodo. Dall'osservazione su ciò che è accaduto da allora e ciò che sta accadendo ora nasce l'idea di questo libro che non può trascurare un dato. L'attivismo legislativo europeo non ha come fine una revisione comune della disciplina del contratto o dell'accordo ma un compito preciso. Aprire il mercato e attivare la concorrenza tramite l'atto di autonomia che si rivolge inizialmente ad un consumatore evoluto che usa internet, conosce l'inglese,

I paragrafi 1 e 6 scritti da Giuseppe Vettori sono destinati ad una recensione del volume che sarà pubblicata in *European Review of Contract Law*.



Attualità

Di converso, flebili segnali di svolta, questa volta nel senso di un particolare riguardo alle tradizioni costituzionali non necessariamente comuni a tutti gli Stati membri, sono percepibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia, lungo un percorso che va dal caso *Omega* – che riconosce la sanzionabilità di un'attività economica lesiva del principio della dignità umana, senza che la sanzione emanata dalle autorità di uno Stato corrisponda necessariamente "a una concezione condivisa da tutti gli Stati membri"¹³³ - alla causa C-34/10, che riferisce detto principio alla tutela dell'embrione umano, la cui nozione "deve essere intesa in senso ampio ... sin dalla fase della sua fecondazione"¹³⁴. Ma si tratta – giova subito precisare – di segnali variamente circostanziati e diversamente finalizzati. Nel caso più recente la Corte avverte di non essere chiamata "ad affrontare questioni di natura medica o etica" ma "a rimuovere gli ostacoli agli scambi commerciali e al buon funzionamento del mercato interno posti dalle divergenze legislative e giurisprudenziali tra Stati membri"; nel caso *Omega* la Corte si limita a concedere che "il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale". Qui la soluzione sembra evocare la tecnica del c.d. "margine di apprezzamento", elaborata e ampiamente utilizzata dalla Corte EDU per giustificare la concessione di deroghe, solitamente non definitive; lì la soluzione sembra piuttosto assimilabile al meccanismo noto come "solange ..." ("fintanto che ...") che "ha caratterizzato nel corso dei decenni il dialogo tra la Corte costituzionale tedesca e la Corte di giustizia"¹³⁵, evidenziando negli ultimi tempi un possibile obiettivo di futura integrazione nella faticosa evoluzione dei principi europei¹³⁶.

Il funzionamento di questi strumenti di dialogo tra ordinamenti dei singoli Stati membri e diritto europeo, o forse meglio tra Costituzioni nazionali e un'ideale Costituzione europea (non necessariamente coincidente con quella "Carta costituzionale di base costituita dal Trattato" di cui parla la Corte di giustizia)¹³⁷ si presta a una duplice chiave di lettura:

¹³³ Corte giust. UE, 14 ottobre 2004, causa C-36/02 *Omega Spielhallen – und Automatenangelehrges GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* in *Corr.giur.*, 2005, p. 486 ss.

¹³⁴ Corte giust. UE, 18 ottobre 2011, causa C-34/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 289 ss.

¹³⁵ CAPONI, *La svolta europeista*, cit., c. 534.

¹³⁶ Sia consentito rinviare a Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 287 ss.

¹³⁷ Lamenta "l'assenza di un'adeguata legittimazione democratica della "Costituzione europea" ", SALVI, *Diritto civile e prim-*

tra un'interpretazione volta a spiegare la resistenza di isole di costituzionalismo tradizionale a fronte dell'inesorabile affermazione definitiva di una Costituzione europea di impronta sempre più marcatamente "liberista", e una valutazione ottimisticamente protesa a pronosticare "un'integrazione come *novum*, miracolo economico-politico frutto della collaborazione di unità politiche, storiche e culturali diverse"¹³⁸, verosimilmente in grado di convergere in una Costituzione europea destinata a recuperare una dimensione autenticamente solidaristica. Ma anche la visione ottimistica è consapevole della "instabilità ancora esistente fra giudici nel sistema multilivello", sì che "non è difficile prevedere che il processo di doppia convergenza ... non si concluderà (se si concluderà mai) a breve"¹³⁹.

12. Una certezza ormai consolidata: il definitivo superamento della contrapposizione tra radici religiose e radici laiche nell'idea costituzionale di solidarietà.

Un dato, in ogni caso, è ormai acquisito: è il carattere irreversibile del superamento della diversa matrice – laica o religiosa – della solidarietà. Sono storie di "povera gente", o comunque di gente comune, quelle europee esemplarmente qui passate in rassegna (V., *retro*, n.10), e retroattivamente quelle che hanno contrassegnato gli itinerari della solidarietà tanto nella prospettiva radicalmente "terrena" della tradizione ottocentesca francese quanto nella prospettiva di ispirazione "ultraterrena" confluita nella versione costituzionale nostrana.

All'inizio del secolo XX Léon Bourgeois, intervenendo nel Congresso costitutivo del partito radicale – che si proponeva di "sconfiggere il clericalismo e far trionfare finalmente un programma di azione e di riforme democratiche"¹⁴⁰, faceva riferimento esemplarmente al "lavoratore indebolito, isolato, senza appoggio e senza aiuti sociali" al fine di "persuaderlo dell'esistenza di un dovere sociale, di tutti verso tutti: ditegli che quando uno di loro soccombe, tutti lo dovranno aiutare a rialzarsi"¹⁴⁰.

Alla fine dello stesso secolo la Comunità di Sant'Egidio, "associazione pubblica di laici della Chiesa", di "ispirazione cristiana cattolica", iniziò – quando non aveva ancora istituzionalizzato la propria attività – con il gestire una scuola popolare per

cipi costituzionali europei e italiani: il problema, in Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani, a cura di Salvi, Torino, 2012, p. 20.

¹³⁸ MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei*, cit., p.712.

¹³⁹ MARTINICO, op. cit., p. 734.

¹⁴⁰ BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 190.

i bambini emarginati delle baraccopoli romane; ora si propone per statuto di svolgere attività volontaria a favore delle persone emarginate: "anziani soli e non autosufficienti, immigrati e persone senza fissa dimora, bambini a rischio di devianza e di emarginazione, nomadi e portatori di handicap, tossicodipendenti, carcerati".

Qual è il tratto distintivo tra questi due modi di fare solidarietà, il primo in attuazione di obiettivi "terreni" di giustizia sociale, il secondo nell'osservanza di precetti "ultraterreni" di realizzazione del "regno di Dio"?

Per lungo tempo, com'è noto, è stata guerra aperta tra obiettivi di giustizia sociale e imperativi cristiani di carità: i primi politicamente impegnati a porre riparo alle nefandezze della c.d. società naturale, dominata dagli echi dell'hobbesiano *homo homini lupus*; i secondi, motivati, tutt'al contrario, dall'impegno morale di ristabilire l'armonia naturale di una società di persone create da Dio a sua immagine e somiglianza ponendosi alla ricerca di una conferma razionale del precetto cristiano di carità.

Il superamento di questa radicata guerra di posizione, che da tempo era nell'aria, trova una sua formula giuridica nella "confluenza" dei due modi di fare solidarietà in un "dovere inderogabile" costituzionalmente sancito al livello politico, economico e sociale (art. 2 Cost.). Si cessa di guardare, e di dividersi, quanto al punto di partenza degli itinerari di solidarietà; si guarda alla destinazione, convergente, di tali itinerari: "l'attesa della povera gente". E, questo, "un momento cruciale: se lo perdiamo, noi vivremo in una società davvero triste, in cui l'unica scelta sarà tra il volgare liberalismo egoistico o il fondamentalismo che lo contrattacca".

Sorprendente, a prima vista, ma pienamente coerente con quanto appena detto, è l'attenzione singolarmente concorde, su queste storie, del cattolicesimo Giorgio La Pira e dell'antiletrale Pierre-Joseph Proudhon: autore, il primo, di un volumetto fiorentino pressoché sconosciuto su "*L'attesa della povera gente*" (1978); autore, il secondo, di un ben noto "*Système des contradictions économiques, ou la philosophie de la misère*" (1846), a cui Marx rispose polemicamente con la "*Misère de la philosophie*" (1847).

Alle contraddizioni economiche del capitalismo evidenziate da Proudhon corrispondono i dati statistici riportati da La Pira sul "reddito medio *pro capite* della stragrande maggioranza degli uomini: un reddito insufficiente a coprire le più elementari ed insopprimibili esigenze di vita"; alla inquietante "fi-

¹⁴¹ ZIZEK, *Una meditazione sul Cristo sulla croce di Michelangelo*, in Zizek e Milbank, *San Paolo Reloaded. Sul finituro del cristianesimo*, a cura di Conzi e Bondi, Massa, 2012, p. 122.

losfia della miseria" dell'anarchico filosofo ed economista francese corrisponde il richiamo lacerante del romanista sindaco di Firenze al "miliardo e mezzo almanco di uomini che vive in uno stato permanente di miseria".

Da allora, le cose non sono cambiate. Forse, sono state soltanto occultate (ad arte?) dalla rampante "economia del benessere". "Malgrado le reiterate promesse di ridurre la povertà fatte negli ultimi dieci anni del XX secolo - osserva polemicamente Joseph Stiglitz - il numero effettivo di persone che vivono in povertà è invece aumentato di quasi cento milioni mentre, allo stesso tempo, il reddito mondiale complessivo è cresciuto in media del 2,5 per cento annuo".

Ma il mercato dove sta, in tutto questo?

Luigi Mengoni, giurista dal respiro europeo "prestato" alla Corte costituzionale, ci ha insegnato che "oggi [ormai, quindici anni fa] il mercato è concepito come una istituzione giuridica, una creazione del diritto, che con le sue leggi lo governa e lo controlla secondo un criterio unificante alla cui definizione concorre anche il principio di solidarietà".

E', questo insegnamento, conciliabile con la *nouvelles vague* d'oltre oceano che oggi [2012] inaugura a una "*Free Market Fairness*".

Il mercato non è il sole; non splende di luce propria. E le stelle, come ci ha drammaticamente raccontato Joseph Cronin, ... stanno a guardare.

Sia dato interrogarsi per *incidens* sul rapporto intercorrente tra gratuità e solidarietà in questo contesto. Che l'atto gratuito possa essere sganciato da intenti solidaristici non par dubbio; basti pensare alle donazioni di cui al libro II del codice civile, in cui è diversamente riscontrabile uno spirito di liberalità. E' la solidarietà che per essere tale deve trovare realizzazione attraverso la gratuità.

Discorso diverso è quello relativo al trapianto tra viventi *crossover* in relazione al quale si pone il problema della conciliabilità del dono con l'accordo di cui è parte chi decide di sottoporsi al trapianto *de quo*.

E' infatti perfomemo dubbio che in questi casi l'intento di donare sia sganciato dalla speranza di ricevere. In questa logica occorrerebbe chiedersi come far salvo l'elemento della spontaneità e se sia dato ritenere possibile l'espianto pur in assenza della (attesa) controprestazione.

gio, BERLINGUER, *Il corpo come merce o come valore*, in *Questioni di Bioetica*, cit., 79. Sul corpo come oggetto di proprietà o soggetto di rispetto, SORECCIA, cit., 113. Evidenzia come la cedibilità a titolo oneroso rischierebbe di abbandonare il cedente al ricatto dell'indigenza, ANZANI, *Gli atti di disposizione della persona, nel prisma dell'identità personale (fra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 5 s.; CICORIA, cit., 291: "assecondare la logica dello scambio anche per le parti del corpo significherebbe introdurre e legittimare un sistema di "cambializzazione" metafisica caratterizzata da riti addirittura tribali: la scelta dell'organo più giovane o, perché no, la festa per la morte del venditore".

⁶⁰ Vi sono dei casi in cui la solidarietà "per essere davvero tale, dev'essere connotata dalla gratuità". ROBOTTA, *Il dono*, cit., 121. Attribuisce al riconoscimento del principio di gratuità il ruolo di "chiave di ingresso della solidarietà nell'area di rapporti di autonomia privata", GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 215. "L'accesso al sistema solidale mediante la gratuità rappresenta la sola forma di precomprensione degli atti di dono solidali o altruistici", per MESSINETTI, cit., 507. La gratuità dell'atto si annulla nel principio di solidarietà per CICORIA, *Il dono*, cit., 162.

⁶¹ Sulle caratteristiche del trapianto incrociato, CICORIA, *Il dono*, cit., 81.

⁶² D'AVACK, *Trapianto da vivente crossover: aspetti etici e giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1509 ss.

⁶³ Sarebbe una di quelle ipotesi in cui emerge la natura del dono come qualcosa "che si dà o per grazia attesa o per grazia ricevuta". LA TORRE, *Dizionario di pensieri intorno al diritto*, cit., 93.



prendervi i trapianti parziali di polmone, pancreas e intestino⁴⁸.

3. La gratuità.

Il legislatore ha pian piano consentito varie forme di trapianti tra viventi sia pure con il limite, comune a tutte le ipotesi, della incommerciabilità.

Il punto è questo: si ammette oggi che una persona maggiorenni⁴⁹, consapevolmente, in piena libertà, dopo essere stata opportunamente informata, purché l'intervento non metta a rischio la sua stessa salute⁵⁰, decida di sottoporsi all'espianto di un organo, nei limiti imposti dalla legge, ma non si ammette che lo faccia dietro corrispettivo⁵¹.

La previsione della gratuità⁵² sembrerebbe costituire il giusto corollario di un meccanismo basato su solidarietà ed etica del dono⁵³. È una di quelle ipotesi in cui l'ordinamento non consente di scegliere ma indica, come unica via percorribile, quella non improntata a logiche mercantili.

⁴⁸ Il riferimento è alla già citata L. 167/2012.

⁴⁹ Un'eccezione è individuabile nella normativa sui trapianti di tessuti; è infatti previsto che il prelievo possa essere eseguito anche su soggetti di età inferiore a 18 anni in ragione della non invasività dell'intervento.

⁵⁰ Ciò su cui si deve porre l'attenzione è il valore vita, particolarmente a rischio in ragione di atti di disposizione patrimonialmente invasivi e nocivi per la salute. Cfr. Di ROSA, *op. cit.*, 128.

Sull'esistenza di un diritto-dovere alla salute cfr. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 141 s.

⁵¹ Unica eccezione è quella relativa al volontario sano nella sperimentazione medica, per il quale è previsto un indennizzo. Secondo RESTA, *La disponibilità dei diritti, fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 812. "anche nei casi in cui sia effettivamente operante la regola della gratuità, questa spesso implica soltanto che il primo anello di tutta la complessa catena di rapporti giuridici che interessano il corpo umano venga sottratto allo schema dello scambio economico in senso proprio. Ma non esclude che i passaggi ulteriori riproducano dinamiche di circolazione tipicamente mercantili, prepongano compensazioni di carattere monetario e risultino dunque prevalentemente incentrate sul paradigma del profitto economico".

⁵² Principio di gratuità, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 205. VENTURI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 827 ss.; GIACOBBE, *voce Trapianti*, cit. 899. "la patunzione di un corrispettivo altererebbe, invece, la finalità caratteristica dell'atto alternativo, facendo venir meno la sua legittimazione nell'ambito dei principi di solidarietà sociale, i quali soli giustificano la incisione del proprio corpo".

⁵³ Cfr. COZZOLI, *Il trapianto di organi nella prospettiva valoriale del dono*, in *Medicina e morale*, 1997, 461 ss. È meritevole del massimo rispetto chi dona purché tale nobile gesto non sia subordinato alla previsione di un corrispettivo.

Le "donazioni"⁵⁴ di organi sono lecite se si collocano al di fuori del contratto⁵⁵.

Le ragioni di tale scelta vanno probabilmente ricercate nell'esigenza di garantire la spontaneità della determinazione assunta⁵⁶, altrimenti messa a rischio dalla vincolatività dell'accordo e dalla previsione di un corrispettivo. Il trapianto assume allora un particolare valore sociale⁵⁷. Sottesa a tutto ciò vi è una logica relazionale; l'atto di disposizione diventa strumento di salvezza della vita altrui, "donare" un proprio organo diventa un modo per aiutare altri a vivere⁵⁸.

Il divieto di prevedere un compenso per chi dispone è poi strettamente legato all'esigenza di evitare che persone bisognose commercializzino parti di sé per garantire la propria sopravvivenza o quella dei propri congiunti⁵⁹.

⁵⁴ Come si è già avuto modo di accennare, trattasi di termine adoperato in maniera impropria dal punto di vista tecnico. Con riferimento ai profili di differenziazione tra donazione di organi e donazione ex art. 769 c.c., cfr. LA TORRE, *Ego e Alter nel diritto della persona*, cit., 141 s. "I tratti differenziali sono evidenti e irriducibili: a) l'atto di disposizione è unilaterale e revocabile, a contenuto non patrimoniale, avvenute per oggetto una *res extra commercium* (qual è l'organo del corpo umano) di alto valore esistenziale ma non suscettibile di valutazione economica, mentre: b) la donazione è un contratto, e come tale, accordo che regola fra le parti un "rapporto giuridico patrimoniale" (art. 1321 c.c.), consistente nel trasferimento di un diritto reale o l'assunzione di un'obbligazione, anch'essa avente carattere patrimoniale (art. 1174 c.c.)".

⁵⁵ GORASSINI, *Alla ricerca di un'allocatione delle c.d. liberalità non donative*, in *Annali Facoltà di Giurisprudenza, Università Mediterranea di Reggio Calabria*, Napoli, 2010, 534.

⁵⁶ Cfr. CICORIA, cit., 279 ss.

⁵⁷ Quello stesso valore sociale che, parametrato ai tempi, veniva richiamato dalla sentenza della Cassazione nel 1934 (all'origine dell'art. 5) "nei casi di lesione alla integrità, che impongono un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valutata come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e il vantaggio alla salute di un'altra persona è di per sé uno scopo di particolare valore sociale".

⁵⁸ La logica valoriale del dono, appunto. COZZOLI, cit., 464. Se a ciò si aggiunge che spesso chi dona non conosce il destinatario dell'organo, ben si comprende come lo stesso concetto di dono è destinato a mutare in questa logica, cfr. RODOTA', *Il dono*, cit., 126. "così l'idea stessa di dono muta natura, rivolto com'è a un destinatario indeterminato. Più che atto di liberalità, si palesa come manifestazione di solidarietà verso tutta l'umanità sofferente".

⁵⁹ GARRAFA, *Usi e abusi del corpo umano*, in *Questioni di Bioetica*, cit. 102. Ci si chiede però perché assuma un indubitabile ed incontrovertibile valore il dono e non, ad esempio, la vendita finalizzata alla salvezza di una vita umana, KUHSE, *Il corpo come proprietà, ragioni di scambio e valori etici*, in *Questioni di Bioetica*, cit., 71. E' però il caso di sottolineare come le preoccupazioni di fondo e la ripugnanza nei confronti di atti di disposizione a titolo oneroso (che, diversamente, non investe il dono) siano legate all'auspicio che nessuno abbia l'esigenza di vendere parti di sé per biso-

CONCORRENZA E COESIONE SOCIALE*

Di Mario Libertini

SOMMARIO: 1. "Concorrenza" e "coesione sociale" sono entrambi beni giuridicamente tutelati. – 2. Il contenimento fra questi due valori dev'essere cercato sul terreno della "sussidiarietà orizzontale". – 3. Difficoltà di contenimento e opportunità di approfondimento analitico dei due termini. – 4. La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l'importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata. – 5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l'egemonia liberistica della fine del XX secolo. – 6. La società globalizzata e l'idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica. – 7. L'idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato. – 8. Possibilità di ricostruzione di un'etica pubblica liberale in un mondo globalizzato. – 9. La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall'idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice. – 10. La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé. – 11. Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale. – 12. Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico. – 13. La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell'ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato. – 14. Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.

1. "Concorrenza" e "coesione sociale" sono entrambi beni giuridicamente tutelati.

Una riflessione sui temi indicati nel titolo impone di muoversi, sia pure con prudenza, su un terreno storico e filosofico. Vorrei però subito aggiungere che questi temi hanno anche un diretta rilevanza di diritto positivo, nel senso che, attualmente, sia la "concorrenza" sia la "coesione sociale" sono entità espressamente tutelate dall'ordinamento.

Per quanto riguarda la concorrenza (i.e. la concorrenza fra imprese) non ci sono più dubbi sul fatto che essa sia un bene giuridicamente tutelato – anche a livello costituzionale – sia nell'ordinamento europeo sia in quello italiano¹.

* Relazione al seminario sul tema "Diritti e coesione sociale", organizzato dall'Istituto di Scienze Umane, in Firenze, nei giorni 8 e 9 giugno 2012.

¹ Mi permetto di rinviare, sul punto, a quanto scritto in M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.* – *Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 551 ss.

Nel diritto vivente italiano, il principio di tutela della concorrenza è ormai affermato, tanto da essere declinato, nella giurisprudenza costituzionale, come principio generale di "liberalizzazione delle attività economiche": in tal senso i principi di liberalizzazione, affermati da ultimo con il d.l. 1/2012, sono stati considerati non solo costituzionalmente legittimi, ma anche vincolanti per le Regioni e gli enti locali (cfr. Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 8; Corte cost., 27 febbraio 2013, n. 27; Corte cost., 11 marzo 2013, n. 38).

Nel diritto europeo, ove il Trattato di Lisbona ha "declassato" la tutela della concorrenza da obiettivo fondamentale a "strumento", prevale la convinzione di sostanziale continuità rispetto al passato e quindi di permanenza del valore normativo della tutela della concorrenza (cfr., con riferimento al diritto vivente europeo, B. VAN ROMPUY, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Competition Law: a Review of Recent Case Law of the EU Courts*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Dec. 2011, I ss.; v. anche M. LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy"*,



Ma uguale rilevanza di diritto positivo deve attribuirsi al valore della "coesione sociale". In tal senso suona espressamente l'Art. 3 T.U.E.: "L'Unione promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà fra gli Stati membri"; ed in tal senso deve essere letto (come si tornerà a vedere più avanti), il principio generale di tutela dello "sviluppo sostenibile" (così, ancora nell'art. 3 T.U.E.: "L'Unione 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...").

Anche nel diritto italiano si nota lo stesso fenomeno. La Repubblica tutela la concorrenza (art. 42, 117 Cost.), ma "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2 Cost.). Nell'organizzazione governativa italiana abbiamo poi un Ministero per lo Sviluppo Economico e un Ministero per la Coesione territoriale; abbiamo anche un Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica. Anche nella legislazione si tende sempre più ad utilizzare come enclasi l'espressione "sviluppo economico e coesione sociale" (v. p.e., art. 27, comma 2, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. con l. 22.12.2011, n. 214).

2. Il contemperamento fra questi due valori dev'essere cercato sul terreno della "sussidiarietà orizzontale".

Occorre dunque riflettere sulla compatibilità e sui modi di contemperamento di questi diversi valori ed obiettivi.

Si può subito osservare che quella che, a prima vista, sembra una "quadratura del cerchio", trova una soluzione normativa, abbastanza diffusa, in termini di complementarietà e di "sussidiarietà orizzontale"³: il diritto europeo vuole quantita più con-

as a founding element of European economic constitution, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 491 ss.).

² In proposito si è affermato che, con tali indicazioni di principio, "si tenta di coniugare insieme termini a lungo considerati inconciliabili: dinamismo del mercato, coesione e solidarietà" (A. VIGNERI, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in *Le virtù della concorrenza*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Il Mulino, Bologna, 2006, con riferimento al precedente art. 16 tr. UE).

³ Questo è stato l'approccio negli interventi dottrinali che hanno affrontato il tema nei termini lessicali: proposti nel titolo di questo intervento. V., oltre a Vigneri (cit. alla nota prec.), *L'Europa a rete. Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale*, a cura di C. BUZZACCHI, Giuffrè, Milano, 2011.

E' questa anche la posizione ufficiale delle autorità europee: v. p.e., J. ALMUNIA, *How competition policy contributes to competitiveness and social cohesion*, Lisbon, 14 Jan. 2011 (EU COMM., Speech 11/17), che legge la correlazione fra i due

correnza possibile, ma garantisce anche la presenza di servizi di interesse economico generale e garantisce i diritti sociali degli individui.

Aggiungo che, a mio avviso, questa idea "di primo impatto" è anche quella giusta, nel senso che la concorrenza fra imprese non favorisce di per sé la coesione sociale, ma è necessaria per l'efficienza del sistema economico e per il benessere complessivo: perciò dev'essere tutelata, ma in un quadro di valori che la consideri come uno strumento (insieme con altri) e non come fine a se stessa.

Il problema sta piuttosto nel "come" questa complementarietà fra i due valori possa realizzarsi.

E qui si deve francamente riconoscere che la coesistenza fra i due valori non è semplice, né lineare. Sarebbe facile farsi tentare da un'idea decourbetimiana, per cui una concorrenza ben ordinata cementerebbe la solidarietà complessiva (così come si dice tradizionalmente che accade con la partecipazione in comune a competizioni sportive). Ma si tratterebbe di un'idea bugiarda: a parte la considerazione che essa non funziona bene neanche per le competizioni sportive, né per la competizione fra individui all'interno di organizzazioni stabili, ancor meno questa idea potrebbe funzionare per la concorrenza fra imprese. Questa è una gara in cui i perdenti sono normalmente destinati a scomparire; e la sconfitta delle imprese perdenti porta con sé non solo la perdita di capitali, ma anche il sacrificio degli *stakeholders* (lavoratori, in primo luogo), che su quelle imprese avevano puntato, per volontà o per necessità.

E' vero che un'economia di mercato concorrenziale ben funzionante realizza risultati di efficienza allocativa: ma questo tipo di efficienza misura la soddisfazione degli individui in termini di beni e servizi acquistabili nei mercati - che è certo una componente fondamentale del "benessere" - ma non misura interamente il benessere collettivo (che è fatto anche dalla fruizione di beni pubblici), e tanto meno la felicità⁴; per non parlare della coesione sociale.

principi in base al tradizionale assunto "il mercato fin dove è possibile, lo stato dove è necessario".

⁴ L'idea per cui, superato un certo limite, la crescita economica (misurata in ragione dei beni e servizi acquistabili nei mercati) non aumenta la felicità degli individui, è ormai divenuta luogo comune. V., p.e., a un livello di alta divulgazione giornalistica, L. DE BIASE, *Economia della felicità. Dalla blogosfera al valore del dono e oltre*, Feltrinelli, Milano, 2007). Sul punto si tornerà infra, § 12.

Il principio di autodeterminazione va però collegato con il dovere del medico di adempiere le proprie funzioni³⁷ e, quindi, con l'esigenza di porre dei limiti alla volontà del disponente, qualora costui, spinto dal desiderio di salvare la vita altrui, rischi di arrecare un grave pregiudizio alla propria salute³⁸.

Che l'esigenza di tutela della salute del donatore dovesse andare oltre la sua volontà di donare è stato da sempre molto chiaro al legislatore che non a caso ha scelto di rimettere "a una valutazione discrezionale del giudice l'atto decisivo per l'eseguitabilità o meno del prelievo"³⁹, a conferma dei limiti posti all'autonomia privata in questo delicato settore e ad evidenziare come si tratti di una tematica che, lungi dall'essere circoscritta ai rapporti tra privati, si

il diritto alla salute. Sul punto v. anche GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2011, 191 ss.

Evidenza come non sia il consenso ad essere informato ma il paziente in una prospettiva più ampia di dialettica tra momento informativo e scelta consapevole. GIMONDI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 185 ss.

³⁷ Il principio generale dell'autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita non è in discussione, né si dubita della sua qualificazione come diritto personalissimo di rango costituzionale, come ribadito dalla nota pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 13 novembre 2008, ma si ritiene che il suo concreto esercizio non possa prescindere dalla natura della relazione che si instaura con il medico per effetto della richiesta di cura e delle modalità e contesti concreti nei quali si manifesta. Un'autonomia assoluta e incondizionata del paziente non sembra in concreto configurabile stante l'oggetto della prestazione e la peculiarità del rapporto medico/paziente che, in quanto relazione caratterizzata da una asimmetria di informazioni tecniche, non può svolgersi su un piano paritario; inoltre la richiesta di ricovero e l'accettazione del paziente nella struttura sanitaria istituzionalmente deputata alla cura impongono ai medici di adempiere a quella funzione di protezione che costituisce l'essenza stessa della professione" (Tribunale Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, n. 14883). Sul punto cfr. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, in *La responsabilità civile*, 2009, 84 ss.; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita notarile*, 2007, 3 ss.; PINNA, *Autodeterminazione e consenso da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. impr.*, 2006, 589 ss.; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 83.

³⁸ E qui si innesta un'ulteriore questione, quella relativa al rapporto tra dignità umana ed autonomia. Cfr. sul punto MUNNO, *L'attività del Comitato Nazionale per la Bioetica a più di quindici anni dalla sua istituzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 923 ss. Sulla tutela della dignità umana in campo medico, GIATTI, *La dignità e la salute del paziente e il trattamento sanitario in assenza di consenso*, in *La Resp. civ.*, 2010, 784 ss.

³⁹ Cfr. sul punto LA TORRE, *Ego e alter nel diritto delle persone*, cit., 148.

proietta in dimensione altra⁴⁰. La scelta di donare, pertanto, pur in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, non sarà produttiva di effetti in assenza di un apposito provvedimento del giudice.

Sotto altro profilo, rimane imprescindibile la possibilità di mutare avviso e, quindi, di revocare il proprio consenso⁴¹ fino al momento dell'intervento in un contesto in cui non può certo invocarsi alcun meccanismo di vincolatività⁴². Pur tuttavia la questione, apparentemente scevra da complicazioni, è stata diversamente oggetto di dibattito nella misura in cui ci si è chiesti se vi potesse essere margine per una qualche forma di responsabilità in capo al mancato donatore⁴³.

Invero, chi decide di donare non solo non assume alcun obbligo in tal senso (e non può pertanto essere tenuto a donare), ma può revocare il proprio consenso sino al momento dell'intervento⁴⁴; la facoltà di revocare il consenso incarnerebbe una modalità d'essere del richiamato principio di autodeterminazione⁴⁵. Diversamente, la domanda dovrebbe riguardare la possibilità di prevedere, pur considerando perfettamente lecita la revoca del consenso, un equo indennizzo a favore di chi attendeva di ricevere l'organo. Orbene, la questione non può non coinvolgere la natura stessa delle prestazioni chirurgiche, la cui mancata esecuzione non può essere considerata un disvalore.

Per quanto concerne l'individuazione operata dal legislatore degli organi che è consentito donare, fermo restando il riferimento alle singole normative, cui si è avuto modo di accennare, sia dato aggiungere una considerazione ulteriore: i trapianti ammessi nel nostro ordinamento costituiscono un numero chiuso, in questa logica si pone, ad esempio l'esclusione di quelle ipotesi in cui si sia in presenza di un organo con capacità di rigenerarsi⁴⁶ o di un organo "doppio"⁴⁷. La deroga all'art. 5 c.c. è quindi circoscritta ai casi espressamente disciplinati, il cui novero è stato recentemente ampliato per ricom-

⁴⁰ Si assiste al passaggio da una dimensione privatistica ad una dimensione pubblicistica.

⁴¹ Sulla possibilità di revocare il consenso, con particolare riguardo ai negozi sugli attributi immateriali della personalità, cfr. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 250 ss.

⁴² RESTA, *op. cit.*, 260.

⁴³ Cfr. PERLINGHERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 322 ss. Contrario alla configurabilità di una responsabilità per danni del revocante, LA TORRE, *Ego e alter nel diritto delle persone*, cit., 146.

⁴⁴ Pertanto anche dopo il provvedimento del giudice.

⁴⁵ Sulla revocabilità del consenso fino all'ultimo momento cfr. D'ARRIGO, *op. cit.*, 284 ss.

⁴⁷ CICORIA, cit., 280.



Deve essere rispettato (e ciò vale, ovviamente in termini diversi ed in logica speculare, anche per chi sottopone all'impianto²⁹) il principio di autodeterminazione in campo sanitario³⁰, quale giusto corollario di un sistema particolarmente attento alle esigenze del paziente³¹, in cui la tutela della salute in misura sempre maggiore costituisce (per fortuna)

niche non è in grado di comprendere a fondo la portata delle dichiarazioni rese e non ha il tempo di procurarsi *attidae* l'informazione. Su attività medica e consenso informato, senza pretesa di completezza, ci si permette di rinviare a FACCÌ, *L'osservatorio di merito*, in *La Resp. civ.*, 2012, 709 ss.; DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 275 ss.; FACCÌ, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *La Resp. civ.*, 2011, 792 ss.; CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*, in *Giur. it.*, 2011, 818 ss.; PARRINELLO, *Medical malpractice e regole di responsabilità civile, tradizione e innovazione*, Milano, 2008, 149 ss. ed ivi note bibliografiche; GENNARI, *Consenso informato. ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1411 ss.; FACCÌ, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 41 ss.; TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 555 ss.; STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Istituta*, 2003, 370 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 325 ss.; VICIANI, *L'autodeterminazione "informata" del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 272 ss.

²⁹ Con riferimento al trapianto di rene, l'art. 4 della l. 458 dispone che "Il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo se il consenso di questo o in assenza di uno stato di necessità".

³⁰ RITENE VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 692 che, al fine di evitare che il trattamento sanitario comporti una lesione di una situazione soggettiva autonoma e fondamentale il consenso debba essere "effettivo, personale e non burocratico" e che l'autorizzazione del malato "componevole e coerente" debba riguardare ogni fase della cura.

³¹ Sebbene esuli dal campo specifico di indagine, purtroppo va rilevato come la questione assuma inevitabilmente sfumature e connotazioni diverse con riferimento all'espanto da cadavere. Qui la tematica si pone su un diverso piano essendo saneto un principio generale di liceità del prelievo sia pure con il limite del rispetto costituzionale della dignità umana, limite che non consente l'espanto dell'encefalo e delle ghiandole della sfera genitale. Sul punto cfr. DI ROSA, op.cit., 137. Sulla ratio del divieto di prelievo dell'encefalo e delle gonadi cfr. COPPOLA, *Famiglia, testamento e prelievo dal cadavere a scopo di trapianto*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 199 ss. Sul passaggio da una disciplina restrittiva ad una volta ad incrementare i trapianti, PALMERINI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, in *Studiium iuris*, 1999, 1311 ss.

Sotto altro profilo, ed in ossequio all'antico ma mai superato sentimento di *pietas* per i defunti, il prelievo deve avvenire senza mutilazioni. La l. 9/1/1999 all'art. 4 prevede poi che dopo l'espanto il cadavere venga ricomposto con la massima cura.

un punto di non ritorno³² ed in cui, nella logica di una maggiore tutela all'utenza, si assiste al passaggio, ormai acquisito, dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale³³, alla individuazione di una responsabilità autonoma della struttura³⁴, alla canalizzazione dei costi degli errori medici sulle strutture e, campo che qui maggiormente interessa, alla previsione di una serie di obblighi informativi a carico degli esercenti le professioni sanitarie³⁵. Si è quindi lontani dall'epoca in cui l'attività medica era ritenuta di per sé un'esimente³⁶.

³² Ed in cui la dialettica libertà/responsabilità registra la prevalenza di quest'ultima nell'ottica della realizzazione del valore perseguito. Cfr. GORASSINI, *Assicurazione per responsabilità medica e limiti di mercato*, in *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, (a cura di) Busnelli-Comandè, Milano, 2009, 106.

³³ PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, 325 ss. Evidenti sono i vantaggi derivanti dall'inquadramento della responsabilità (medica e sanitaria) nel contesto dell'inadempimento contrattuale sia in termini di onere probatorio che di tempi di prescrizione.

³⁴ "Sempre più spesso si fa riferimento al "contatto sociale" per attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e per invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione", così VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, 394. Cfr. altresì GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale. Inadempimento e rimedi*, (a cura di) VISINTINI, Padova, 2009, 73 ss.

³⁵ ZANUÌ, *Responsabilità della struttura sanitaria: onere probatorio e danno patrimoniale*, in *La Resp. civ.*, 2010, 368 ss.; SCHIATTONE, *Carenza di attrezzature e responsabilità autonoma della struttura sanitaria*, in *La Resp. civ.*, 2010, 101 ss.; FACCIOI, *Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: lo standard di efficienza esigibile dall'ospedale*, *ibid.*, 2007, 521 ss.; *Id.*, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, *ibid.*, 2006, 515 ss.

³⁶ Su inadempimento per sola violazione del consenso informato, MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno resp.*, 2012, 621 ss. Sulla risarcibilità del danno da omessa adeguata informazione, CALDERAI, *Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 901 ss.; BUSI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno risarcibile, i soggetti responsabili*, *ibid.*, 2011, 753 ss.; RICCIÒ, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2010, 313 ss.; DI MAIO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. giur.*, 2010, 1204 ss.; DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 275 ss. Sulla rilevanza del consenso informato e violazione del dovere professionale di informazione, DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivati da un trattamento medico necessario e correttamente eseguito in difetto, però, di consenso del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 616 ss.

³⁶ Sul punto FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 85 ss.; L'A. si sofferma sul principio di autodeterminazione chiarendo come esso non si identifichi con

3. Difficoltà di contemporaneo e opportunità di approfondimento analitico dei due termini.

Dunque, se la coesione sociale è un valore, l'economia di mercato concorrenziale non è l'ambiente più adatto a realizzarlo. Devono esserci altri strumenti sociali e giuridici che sostengano il valore della coesione.

La mia tesi è che il contemporaneo fra queste due istanze rimane possibile, nel senso della complementarietà fra mercati concorrenziali e azione pubblica volta a garantire un livello elevato di beni pubblici e di servizi pubblici, ma non è affatto semplice e lineare; esso richiede scelte consapevoli sul terreno filosofico-politico: scelte difficili perché dovrebbero innestarsi sulla consapevolezza (di solitò censurata, o mancante) delle aporie profonde del nostro sistema economico e giuridico.

Per argomentare questa tesi, ritengo opportuno muovere da un tentativo di esercizio analitico, che investirà prima il concetto di "coesione sociale" e poi quello di "concorrenza".

* * *

4. La stratificazione di diversi orizzonti di solidarietà nella civiltà contemporanea e l'importanza della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.

Cominciando dunque dal primo termine, credo che "coesione sociale" possa definirsi come *ricomposizione reciproca di una comune appartenenza ad una formazione sociale, chiusa o aperta, ma comunque legata da valori e beni comuni e da vincoli di solidarietà, pur nella possibilità di differenze, anche cospicue, di ruoli e di condizioni di vita dei singoli*⁵.

Nelle sue grandi linee, la storia della civiltà umana (intesa come storia delle idee, prima ancora

⁵ Il concetto di coesione sociale, che oggi ha acquisito rilevanza normativa, ha origine nella riflessione sociologica (in particolare E. Durkheim).

Tra le definizioni ufficiali può citarsi quella del Consiglio d'Europa (Risolut. del Consiglio dei Ministri, 31 marzo 2004), secondo cui c.s. "è la capacità di una società di assicurare il benessere (welfare) di tutti i suoi membri, riducendo le differenze ed evitando le polarizzazioni. Una società basata sulla coesione è una comunità di sostegno reciproco di individui liberi che perseguono obiettivi comuni dai significati democratici".

Mentre la definizione tenuta nel testo vuol essere analitico-descrittiva, quella ora ricordata è già una definizione normativa, come tale direttamente proponibile ai fini dell'interpretazione/applicazione delle norme che tutelano questa entità.

che come storia del diritto e delle istituzioni) ci mostra un processo espansivo degli orizzonti di solidarietà, che appare segnato dai seguenti passaggi idealtipici⁶:

- 1) coesione di branco (fondata su convivenza stabile e sul riconoscimento di gerarchie interne);
- 2) coesione tribale (fondata su vincoli di comune parentela, cioè di discendenza di sangue);
- 3) coesione comunitaria (fondata su vincoli religiosi, linguistici, di costume, di norma collegati alla residenza in un certo territorio);
- 4) coesione feudale (fondata su vincoli relazionali, su base volontaria, di fedeltà/protezione);
- 5) coesione statale/nazionale (monarchie, repubbliche e imperi, non sempre modellati dal punto di vista religioso; patriottismo);
- 6) coesione umanitaria universalistica (cristianesimo, diritti dell'uomo; fino a un certo punto anche l'islam);
- 7) coesione universalistica altruistica (i.e. estesa alla protezione di soggetti deboli: solidarietà intergenerazionale, riconoscimento di diritti dell'ambiente e degli animali)⁷.

Quello disegnato nel precedente elenco è stato, ed è, un processo nient'affatto lineare: il passaggio ad uno stadio più avanzato non implica mai cessazione dei vincoli di solidarietà precedenti. Il passaggio ad orizzonti di solidarietà più ampi è frutto dell'azione di élites, talora armate talora disarmate, che non riescono tuttavia mai ad imporre in modo completo la loro visione del mondo come sostitutiva di quelle precedentemente affermatesi. L'esperienza storica mostra anche ben noti, e frequenti, fenomeni di regressione (p.e. movimenti e regimi razzisti, settarismo tendenziale verso l'affermazione di forme di coesione sociale universalistica).

La storia delle forme di coesione sociale non è fatta dunque di sostituzione di orizzonti di solidarietà

⁶ Ovviamente sono impossibili, su questo tema, citazioni analitiche. Dico soltanto che, nella presentazione dello schema riportato nel testo, ritengo di essere debitore, soprattutto, verso F. FUKUYAMA, *The Origins of the Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books, London, 2011.

⁷ Nel disegno di questo ultimo orizzonte di solidarietà sono di importanza centrale gli studi di etica ambientale (v. p.e., J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura* [1974], trad. it., Feltrinelli, Milano, 1991. Nella letteratura giuridica v. R. BIRULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Angeli, Milano, 2008.



tà più ampi ad altri più ristretti, bensì di stratificazione di orizzonti differenti: da qui contrasti di fedeltà, anche nella vita individuale delle persone, e incertezze comunicative (basti pensare ai contrasti di idee sulla "legge", vista talora come strumento di affermazione dei forti sui deboli, e tal'altra come strumento di difesa dei deboli contro i forti; basti pensare alla mai compiuta traduzione piena in realtà dei principi dello stato di diritto, alla permanenza quasi-irriducibile di forme di vincoli feudali di fedeltà/protezione, del nepotismo e del clientelismo).

Nell'esperienza, che perdura da secoli, di stratificazione di orizzonti diversi di solidarietà, il problema centrale diviene quello dell'equilibrio e del contemperamento fra questi diversi orizzonti. Contemperamento sempre difficile, perché ad ogni prospettiva di coesione corrisponde la costruzione di diversi ordini gerarchici interni ai gruppi di riferimento, e quindi di diversi "poteri", che tendono a loro volta a mettersi in competizione fra loro per il controllo delle vite degli individui.

La civiltà occidentale conosce da millenni (almeno dall'avvento del cristianesimo) la coesistenza, con peso specifico variabile nel tempo e nello spazio, di tutte le diverse forme di coesione sociale sopra elencate (solo la settima può dirsi sorta in tempi più recenti). Molto diverse sono però state, nella concreta esperienza storica, le situazioni di prevalenza dell'una o dell'altra forma di coesione (e dei relativi poteri interni) rispetto alle altre: l'analisi sociologica di queste situazioni e dei modi di soluzione dei conflitti è tutt'altro che definita, ed è vieppiù complicata dalla differenza esistente fra idee professate e comportamenti effettivamente praticati.

Senza alcuna pretesa di disegnare linee di progresso ininterrotto, credo comunque che possa riconoscersi, nella storia della civiltà umana, uno stacco fondamentale costituito dal passaggio da forme di coesione di prossimità (propria dei rapporti di branco/tribù/comunità locale/setta/feudo) a forme di coesione organizzata più ampia (stato, nazione, umanità, universalità). Quando questo passaggio si realizza si indebolisce il peso delle relazioni interpretazionali dirette e si rafforza quello di altri elementi di coesione, già presenti, ma in modo embrionale, nelle organizzazioni di tipo tribale e microcomunitario: simboli, poteri funzionali, regole, istituzioni. Soprattutto, assume peso determinante la costituzione di un'autorità centrale, distaccata dalla vita quotidiana delle persone (famiglie, mercati etc.), e riconosciuta come autorità politica.

Rispetto al plurisecolare problema della coesistenza di diversi orizzonti di solidarietà, questo passaggio si compie "definitivamente" con la formazione dello Stato moderno: l'aspirazione dello Stato al "monopolio della violenza legittima" si associa,

sul piano della storia delle idee, all'affermazione del primato del valore della fedeltà allo Stato e alla legge (patriottismo, "senso dello Stato", legalità) rispetto a qualsiasi altro vincolo.

Questo primato non nega l'esistenza, in concreto, di altre forme di coesione più semplice, ma, con una scelta culturale che segna una rivoluzione copernicana rispetto al pluralismo medievale, le relega tutte su un terreno qualitativamente diverso rispetto al primo, cioè sul terreno della vita "privata", distinto da quello della vita "pubblica". L'etica liberale, che si accompagna alla costruzione dello stato moderno di diritto, ha come sua struttura portante la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata e, al contempo, la collocazione di quest'ultima (comprensiva sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni sociali minori, sia dei fenomeni di appartenenza a formazioni di dimensione più ampia o universale, come è spesso quella dell'esperienza religiosa) in uno spazio di libertà riconosciuto agli individui, di dimensioni ampie, ma comunque soggetto ad un vincolo di compatibilità con il rispetto prioritario dei doveri derivanti dalla prima⁸. Sul piano del costume e dei valori socialmente riconosciuti, questo fenomeno si traduce nell'affermazione di uno "spirito di cittadinanza", che colloca il rispetto delle leggi al vertice dei doveri che ogni individuo ritiene degni di rispetto.

Nel liberalismo classico, dall'ideologia post-organimentale che sta alla base della costruzione dello stato unitario italiano, all'ordoliberalismo tedesco che ha ispirato la costruzione dei trattati europei, l'idea di una sfera pubblica, limitata a sua volta dal rispetto della legge ma forte, costituente garanzia e fondamentale dell'organizzazione civile e politica.

Questo modello, fondato sulla dicotomia pubblico/privato e sull'individuazione della libertà individuale da un lato e della sovranità statale dall'altro (nella prospettiva del primato della legge e dello Stato di diritto) come pilastri del vivere civile, ha costituito storicamente la risposta moderna al problema della coesione sociale: uno dei diversi orizzonti di solidarietà, quello politico-istituzionale, viene assottigliato rispetto agli altri ed elevato, nella morale sociale, a "dovere civico" ("spirito di cittadinanza"), esso fornisce anche parametri di compatibilità rispetto agli altri vincoli sociali a cui gli individui possono aderire.

⁸ Sul punto le citazioni sono superflue. Sull' "arte della separazione" come struttura fondamentale della cultura liberale (rispetto a cui la dicotomia pubblico/privato costituisce momento primario) ci si può limitare a richiamare gli scritti di M. Walzer.

le barriere di diffidenza²⁰ che caratterizzano i rapporti tra soggetti portatori di interessi contrapposti e si proietta in una dimensione positiva, che ricusa l'idea di profitto ma non per questo perde di giuridicità nella misura in cui connota un modello di circolazione a sé stante, fondato su extrapatrimonialità, unilaterali, revocabilità, nonché su libertà e spontaneità della determinazione assunta²¹.

2. L'esigenza di tutelare chi dona.

Le ipotesi di trapianti ammesse nel nostro ordinamento²², nel riservare attenzione a chi decide di

²⁰ Che il dono abbia da sempre avuto questa caratteristica è confermato in primo luogo da fonti non giuridiche. Basti pensare a Medea, che per vendicarsi di Giasone, invia, per tramite dei propri stessi figli, dei doni intrisi di veleno alla nubenda Glauce, che ereditando in un gesto di trippacificazione, li accetta, ignara della fine che la attende. Sulla diffidenza nel dono, CICORIA, *Il dono*, cit., 35 e, con specifico riferimento alla diffidenza negli atti di destinazione solidaristica, 38 ss.

²¹ Cfr. RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., 518 ss.

²² Il primo intervento del nostro legislatore, come è noto, risale al 1967, la n. 458/1967 regolamento infatti per la prima volta il trapianto di rene da vivente; l'intervento successivo in materia è databile 1999. Con la L. 483/99 è stata infatti introdotta la possibilità del trapianto parziale di fegato. Nella proposta si evidenziava per un verso che tale previsione avrebbe consentito di salvare numerose vite umane; per l'altro l'esigenza della gratuità. La possibilità di procedere ad un trapianto parziale di fegato deriva dalla capacità di quest'ultimo di autogenerarsi, capacità ben nota già agli antichi; basti pensare al mito di Prometeo, condannato perché aveva rubato il fuoco agli dei per donarlo agli uomini a donazione "non fa divorasce parte del suo fegato di giorno; di notte l'organo si rigenerava consentendo, l'indomani, la prosecuzione della tortura. Sul trapianto di fegato cfr. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato. una legge inutile o nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi tra persone viventi*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1186. La capacità del fegato di rigenerarsi consente di inquadrare questo tipo di trapianto tra quelli sicuramente meno rischiosi per chi dona.

La possibilità, oggi, di donare un organo è quindi circoscritta a determinate ipotesi espressamente previste dal legislatore. E' evidente che il discorso assume connotazioni diverse a seconda dei diversi tipi di trapianto non potendosi equiparare, ad esempio, l'ipotesi di donazione di midollo osseo, disciplinata dalla legge 6 marzo 2001 n.52, che non comporta particolari conseguenze per il donatore, se non temporanee e di poco rilievo, quali febbre o dolori ossei alla zona interessata dall'intervento, con quella, ben più complessa (e per questo limitata nelle sue possibilità applicative) del trapianto di rene. Quest'ultimo tipo di trapianto, anche se oggi si predilige la tecnica laparoscopica - in ragione dell'esigenza (e volontà) di prestare particolare attenzione al donatore che compie un atto di estrema solidarietà -, risulta comunque abbastanza complesso e comporta un certo margine di rischio legato all'intervento in sé, nonché una menomazione permanente. Sebbene nella maggior parte dei casi non si ravvisino apprezzabili ripercussioni funzionali, pur tuttavia non è escluso che possano evidenziarsi dei danni legati alla maggiore invasività dell'intervento. Cfr. PULCINI - MONCIOTTI-

donare²³, appaiono acuminate da tre elementi distintivi: la salvaguardia del principio di autodeterminazione²⁴, l'individuazione puntuale degli organi che è consentito donare; la gratuità dell'atto.

L'esigenza di avere riguardo all'autodeterminazione di chi dona è collegata alla necessità che il consenso all'espianto di un organo sia realmente informato²⁵, la dottrina, con riguardo al trapianto di rene, ad esempio, ha parlato di consenso "estremamente qualificato"²⁶. Evidente la logica sottesa: una volta effettuato l'espianto si determina comunque una menomazione²⁷ (anche se temporanea, come nel trapianto di fegato); non sembra pertanto esservi alcun dubbio sull'esigenza di rendere edotto il donatore in merito alle possibili conseguenze cui va incontro²⁸.

CARMELLINI-ROSI- GIANELLI-CASTIGLIONE- GABRIELLI, *Prelevio di rene da vivente a fini di trapianto e conseguenze per il donatore: problematiche medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 2006, 1126. Oggi, come è noto, la L. 167/2012, prevede che si possa disporre a titolo gratuito anche di parti di polmone, pancreas e intestino. Occorrerà verificare l'impatto sociale di tale ultimo intervento normativo, accolto già con grande favore. Discorso diverso, che esula però dai confini della presente indagine, è quello relativo ai c.d. trapianti minori, ossia i trapianti di tessuti, in ragione del fatto che il tessuto è comunque rigenerabile e non si pongono pertanto problemi di licità del trapianto stesso. Cfr. LA TORRE, *Ego alter nel diritto delle persone*, cit., 152 s.

²³ E' vero, potrebbe obiettarsi, che chi necessita dell'organo da trapiantare ha come prospettiva il più delle volte la non sopravvivenza, ma il bilanciamento va operato tenendo conto del fatto che chi dona versa in una situazione di salute, il cui sacrificio non può non essere opportunamente ponderato. Ciò non significa, è chiaro, che l'attenzione del legislatore sia rivolta esclusivamente a chi dona. Basti pensare che la donazione "non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente".

²⁴ Cui è strettamente commessa la possibilità di revocare il consenso all'espianto.

²⁵ Principio richiamato peraltro anche nel Regolamento del Ministero della Salute sullo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente (Decreto n. 116 del 16.4.2010).

²⁶ D'ADDIO SERRAVALLE, *Intervento, in La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, (a cura di) BISCONTINI, Napoli, 1994, 75. Basti pensare che la normativa sul trapianto di rene prevede che il donatore acquisisca la consapevolezza "delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta" (art. 2 L. 458/67).

²⁷ Sul significato del concetto di menomazione, nonché di malattia, invalidità e lesione, cfr. CARNEVALE-COLAGRECO, *Non solo una questione semantica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2000, 95 ss.

²⁸ Non a caso è previsto che venga assistito, nella fase degli accertamenti, da un proprio medico di fiducia nella logica di una verifica puntuale del consenso all'espianto. Quello del consenso informato in campo medico è ormai argomento ampiamente dibattuto per le molteplici implicazioni che ne derivano. Non sempre però purtroppo la realtà corrisponde all'intento del legislatore. Basti pensare alle ipotesi in cui soggetti "tecnici" (ad esempio gli esercenti una professione sanitaria) forniscono "fiumi" di informazioni a ridosso di un intervento a chi, per carenza (inevitabile) di cognizioni tec-



diverse sfere soggettive⁵ – compito naturalmente delegato all'ordinamento giuridico; la consapevolezza che non sempre chi dona conosce il ricevente⁶, in tali circostanze lo spirito di solidarietà⁷ regge le sue più alte vette. Non a caso, con riguardo alla tematica che ci occupa, si è soliti fare riferimento alle c.d. prestazioni supererchie. Le donazioni tra estranei – a differenza di quelle tra persone legate da vincolo di consanguineità – sarebbero pertanto improntate a canoni di solidarietà "pura".

Sotto altro profilo, l'ordinamento non può non assumere le vesti di garante della dignità della persona assicurando una soglia di vivibilità al di sotto della quale non è consentito scendere⁸. Se infatti

⁵ LA TORRE, Ego e alter nel trapianto di organi, in *Giust. civ.*, 2011, 3 ss.

⁶ Sebbene infatti le normative di settore prediligano le donazioni tra soggetti legati tra loro da un vincolo di consanguineità, ciononostante vanno aumentando, in ragione della penuria di organi, le donazioni tra estranei. Cfr. sul punto, GUIDI, NOCCO, DI PAOLO, *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 593 ss. Con riferimento alle donazioni in cui chi dona non conosce il ricevente, definite "donazioni samaritaniche", cfr. CICORIA, *Il dono*, cit., 82 ss.; l'A. evidenzia le implicazioni connesse alle donazioni tra soggetti "emotionally no related", ivi compresa la ratio della previsione dell'anonimato, nonché le perplessità sollevate da chi ritiene improprio fare riferimento alla categoria del dono se i soggetti coinvolti non si conoscono neppure.

⁷ Una solidarietà che non si pone solo in termini di limite ma "si proietta piuttosto nei rapporti interpretati anche in una dimensione positiva". La solidarietà è "concetto relazionale per eccellenza". CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, 182. Sullo spirito di solidarietà cfr. LIPARI, <Spirito di liberalità> e <spirito di solidarietà>, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.; MOROZZO, DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, 121 ss. e, con specifico riferimento alla tematica che ci occupa, ZINNO, *Trapianto di organi e principio costituzionale di solidarietà sociale*, in *Dir. fam.*, 2000, 1409 ss.

⁸ Parla di una dimensione relazionale del corpo RODOTÀ, *Il corpo*, in *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 95. "per sé, il corpo è un oggetto sociale, e la società della comunicazione ne esalta proprio le possibilità comunicative, dunque la sua dimensione relazionale. Ma un grado più intenso di socializzazione si ha quando l'attitudine distributiva del corpo si traduce in una esplicita destinazione sociale, nella messa a disposizione di altri di sue parti o suoi prodotti". E' quel che accade, per esempio, quando lo spirito di solidarietà fa crescere la propensione a consentire la donazione di organi per i trapianti. Sotto altro profilo non può non cogliersi la suggestione di ZAVATI, *Il corpo e la nebulosa dell'apparenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 7, allorché afferma che "ogni parte del corpo è un luogo in cui io sono me" e che "quando accetto un intervento chirurgico sul mio rene, io non dispongo di un oggetto corporeo, dispongo di me in un luogo in cui sono me, e che è il mio rene".

⁹ Cfr. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 211.

¹⁰ Cfr. DADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 245. "l'atto di disposizione per essere lecito, oltre che non concretare un

l'art. 2 della Costituzione ci guida lungo il sentiero della solidarietà sociale"¹¹, l'art. 32 nel tutelare la salute¹² e, di riflesso, l'art. 5 c.c.¹³, nel vietare gli atti di disposizione che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, pur senza prescindere dall'attenzione per chi riceve, sembrano offrire garanzia a chi dona¹⁴.

Avere marcato la differenza tra solidarietà e dono, lungi dall'assumere la valenza di una contrapposizione¹⁵ tra due poli entro cui collocare la materia che ci occupa, ha diversamente il senso del riconoscimento di una identità specifica del dono¹⁶, che, pur dai contorni sfuggenti¹⁷, sembra assumere al rango di istituto a sé stante¹⁸. Esso invero evoca l'idea di innocenza e disinteresse¹⁹ abbattendo quel-

danno irrimediabile alla salute del disponente, deve perseguire un interesse meritevole di tutela". Tale interesse è individuato nel perseguimento della salute altrui, sul fondamento di un dovere di solidarietà.

¹¹ BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 237 ss.

¹² Ritiene che la tutela della persona attraverso il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali qualifichi il sistema ordinamentale delineato dalla Costituzione, GIACOBBI, *voce Trapianti*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 901.

¹³ Articolo la cui genesi va ricondotta ad un caso avvenuto a Napoli a metà degli anni '30 (Cass. Pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.), noto come innesco Voronoff, che ha evidenziato un vuoto normativo e l'esigenza di una regolamentazione: l'art. 5 costituisce infatti una novità rispetto al codice del 1865. Occorre individuare la portata semantica della diminuzione permanente all'integrità fisica di cui parla l'art. 5 c.c., articolo che pone dei limiti alla possibilità di disporre di parti del proprio corpo e che va oggi (in un contesto diverso rispetto a quello in cui ha avuto origine) letto e interpretato alla luce del dettato costituzionale, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 85. Su ragioni e limiti alle deroghe ammesse all'art. 5 dalle normative sui trapianti, GIACOBBI, cit., 896.

¹⁴ RUSCELLO, *La vita oltre la vita. Note a margine dei trapianti di organi*, in *Vita not.*, 2001, 62.

¹⁵ Parla anzi di "dono solidaristico". RESTA, *Doni non paritronomi*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, 2011, 518.

¹⁶ Sulla portata antropologica del dono, con riferimento al dono della vita ed anche della morte, cfr. GORASSINI, *Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 41 ss.

¹⁷ In realtà sono rari i casi in cui il legislatore adoperi il termine "dono"; un esempio è quello della normativa sulla donazione di sangue di cui alla L. 219/2005, ove all'art. 2 si legge: "La presente legge disciplina le attività trasfusionali ovvero le attività riguardanti la promozione del dono del sangue...".

¹⁸ CICORIA, *Profilo del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, 279; ID. *Il dono*, cit., 171 ss. evidenzia i tratti distintivi di una fattispecie che si differenzia sia dalla donazione che dall'obbligazione naturale.

¹⁹ CICORIA, cit., loco cit., afferma "il dato che più interessa è la purezza, il disinteresse; l'atto dell'offerta si connota di assoluta innocenza che sfugge alla logica dello scambio, meglio, delle regole del mercato: nasce la contrapposizione netta tra spirito egoista e solidarietà sociale, tra individualismo e altruismo, tra profitto e gratuità".

5. Gli attacchi contro il primato della sfera pubblica: l'egemonia liberistica della fine del XX secolo.

Questa risposta, tuttavia, non ha mai acquisito (fatte salve, forse, poche eccezioni in alcuni contesti europei) una posizione socioculturale di piena e generale accettazione da parte degli individui. Non mi riferisco solo all'inevitabile permanere di fatto, nel costume e nelle consuetudini, di forme di solidarietà premoderne. La difficoltà di conseguimento di una posizione egemonica si coglie chiaramente anche nella storia delle idee. La dicotomia pubblico/co/privato e la supremazia dell'etica pubblica e del diritto pubblico sono stati, da prima, contrastati dai nostalgici delle società intermedie e dei valori comunitari tradizionali, nonché del primato della religione; poi ha subito l'attacco del pensiero marxista, volto ad affermare il primato etico-politico della società di classe internazionale, contro l'ideologia statalistica "borghese". Nell'ultimo mezzo secolo l'ideologia liberale ha anche subito l'attacco delle filosofie politiche neocomunitarie (queste ultime, peraltro, di scarso seguito in Italia¹⁰).

Tutte queste critiche sono accomunate dall'avversione all'individualismo liberale, visto da un lato come distruttivo di valori profondi della vita collettiva, dall'altro come astrazione ideologica, atta a nascondere le reali dinamiche della vita sociale.

Nell'ultimo quarto di secolo, il più penetrante attacco all'etica pubblica liberale e alla dimensione centrale del "pubblico", che in essa è stata strutturata portante, è venuto però proprio "dall'interno", cioè dall'egemonia liberistica che ha seguito la caduta dei regimi comunisti ed ha creato un diffuso atteggiamento antistatalistico, accompagnata dalla fiducia nelle capacità di autoregolazione spontanea dei mercati. Sullo sfondo di questa ondata neolibertistica (che ha visto il liberismo economico conquistare, per la prima volta nella storia, posizioni egemoniche nella cultura politica del mondo occidentale¹¹) sta una sorta di individualismo ontologico:

⁹ Cfr. *Comunitarismo o liberalismo?*, a cura di E. Camiglia e A. Spreafico, Luiss University Press, Roma, 2003.

¹⁰ Un collegamento con queste idee può forse vedersi nel movimento a favore dei "beni comuni" (cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari-Roma, 2011; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi ed., Viareggio, 2011), che è tuttavia permeato da atteggiamenti antistatalistici di radice marxista e tende a porsi come movimento di contrasto verso tutte le forme di privatizzazione di beni già in proprietà pubblica.

Per una conflittualità di queste idee (meritevole di adesione, per chi segua l'orientamento di idee espresso nel testo), v. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Bari-Roma, 2013.

¹¹ Il liberismo declamato da diversi regimi politici nel corso del XIX e (meno) del XX secolo era sempre temperato

l'individuo è visto come unica realtà e unico valore, la funzione della sfera pubblica dovrebbe essere solo quella di garantire l'esplicazione delle libertà individuali, la stessa coesione sociale diviene un fatto privato, normativamente irrilevante (e comunque vista come risultato dell'ordine spontaneo di coesistenza delle scelte individuali).

La crisi del 2008 (ancora in corso) ha scosso le fondamenta di questa costruzione, senza aver dato luogo, tuttavia, alla costruzione di una nuova sintesi, sul piano delle idee politiche correnti.

6. La società globalizzata e l'idea di indebolimento strutturale e irreversibile della sfera pubblica.

Volendo avviare una *pars construens*, e quindi tentare una definizione di "coesione sociale" come bene e valore giuridicamente tutelato, non è oggi soltanto necessario compiere temerarie incursioni sul terreno della filosofia politica, ma è anche necessario muoversi su un terreno in cui l'evoluzione della storia delle idee non sembra offrirci alcun punto fermo.

Con questo caveat mi cimento tuttavia in un percorso che si concluderà con una difesa della concezione liberale della coesione sociale fondata sul rispetto della dicotomia pubblico/privato.

Alla base del ragionamento sta un assunto valutativo, che peraltro non richiede particolari dimostrazioni, perché appartiene ai fondamenti della cultura occidentale: l'ordine politico è preferibile all'anarchia ed è necessario per l'esistenza stessa della civiltà umana¹².

Una volta accettato questo primo punto, un secondo passaggio basilare sta nella scelta tra due fondamentali visoni del mondo, che pur sono presenti nella civiltà occidentale.

Da un lato c'è il mito di un'età dell'oro, perduta ma in qualche modo ricostruibile. Questo mito porta alla costruzione mentale di società ideali viventi in perfetto equilibrio e questa costruzione mentale porta con sé, almeno *in nuce*, proposte ideologiche politiche totalitarie o comunque integraliste: di solito anche al riconoscimento di capi carismatici e alla (necessaria) demonizzazione di un nemico (il tipo di regime economico).

Dall'esistenza di forti strumenti di protezione delle imprese nazionali da parte degli Stati sovrani (G. Amato, a suo tempo, ha coniato il termine "protezionismo liberale", per definire questo tipo di regime economico).

L'affermazione fatta nel testo è forse troppo ottimistica (basti leggere A. MINGARDI, *Testi anarchiche di buon senso*, ne *Il Sole* / 24 Ore, 4 agosto 2013, che recensisce, in modo sostanzialmente favorevole, un libro del filosofo americano Michael Huemer, che teorizza la preferibilità di una società amareocapitalista).



struttore di quell'ordine spontaneo perfetto, che si potrebbe costruire nel mondo e che solo oscure forze del male impediscono di invadere). Pur con rilevanti differenze strutturali (da un lato la mancanza di capi carismatici, dall'altro l'illusione di un possibile equilibrio spontaneo delle vite individuali) il liberismo economico estremistico (anarcocapitalismo) può ascrivere a questa serie di ideologie politiche integraliste e assolutizzanti.

Dall'altro lato c'è il relativismo costruttivo, che vede nell'ordine sociale e politico una costruzione artificiale, imperfetta e sempre modificabile, della civiltà umana: dalla cultura greca al liberalismo è questo il filo rosso che lega la corrente principale di idee politiche della civiltà occidentale. In questa prospettiva, la costruzione dell'ordine politico è vista come un compito fondamentale dell'uomo civilizzato, ma l'ordine politico costituito sarà sempre imperfetto e perfezionabile.

Una volta accettato questo assunto di base, si impone un percorso evolutivo che può portare in direzioni diverse: in esso si inseriscono le grandi conquiste della sovranità, del primato della legge, della divisione dei poteri, del riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone, dei controlli di legittimità sull'esercizio del potere, etc.¹³ In questo quadro si inserisce poi il perenne dialogo sulla costruzione di regole costituzionali atte a migliorare l'organizzazione politica (p.e. il dibattito sui diversi modelli di regole elettorali etc.).

A questo punto è opportuno fare un salto, e dare per accettabili valori e principi che stanno alla base dei documenti costituzionali su cui si regge il nostro ordinamento (la Costituzione della Repubblica, i trattati europei, le altre norme internazionali a cui la Repubblica aderisce): lasciando invece da parte quei problemi, sempre aperti, di organizzazione costituzionale, che ci porterebbero lontano dal punto centrale del discorso.

Questo punto è che l'accettazione di un ordine politico così complesso come quello che caratterizza le società contemporanee, con il contorno delle scelte di educazione civica, richiede una condizione di recettività di base, da parte di una società civile disponibile a riconoscere quello spirito di civiltà, di solidarietà ancora più allargata, che nell'ordinamento politico viene formalmente proposto come valore da rispettare.

Sorge quindi un dubbio radicale: se il tipo di ordine politico liberaldemocratico, che la civiltà occi-

¹³ Mi permetto di richiamare, per qualche sviluppo di questo ragionamento, M. LIBERTINI, *Attualità dello stato sociale di diritto*, in *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di B. Montanari, Giappichelli, Torino, 1992, 205 ss. (fermo restando che il ragionamento allora svolto dovrebbe essere proiettato oggi nella prospettiva di un ordine politico globalizzato).

dentale ha costruito, con i suoi punti di principio e con le sue prospettive continue di riforma, possa trovare ancora accettazione e rispondenza in una società civile ormai abituata a vivere in un mondo globalizzato e (tendenzialmente) "opulento". Questo tipo di società è ancora disposta a riconoscere da un lato il valore preminente della legalità pubblicistica, dall'altro quegli orizzonti di solidarietà allargata che l'ordinamento dichiara di fare propri? o piuttosto si deve pensare che le idee divenute dominanti in un mondo globalizzato consentano di costruire forme più avanzate di coesione sociale o, al contrario, condannino i vigenti testi costituzionali che prospettano forme di solidarietà avanzate e universalistica a divenire (o rimanere) lettera morta?

7. L'idea di irreversibile disgregazione sociale nel mondo globalizzato. Critica.

Sono numerosissime le denunce avvenute ad oggi l'individualismo e la disgregazione sociale nella società contemporanea. Dalla "folla solitaria" del sociologo D. Riesman (metà del XX secolo)¹⁴ alla "morte del prossimo" dello psicologo L. Zoja (2009)¹⁵. Numerosissime sono poi le descrizioni dei fenomeni di "disgregazione sociale", che caratterizzano il nostro tempo: bande giovanili, sette religiose fanatiche, "ultras" del calcio, violenza urbana in genere. Anche al di fuori dei fenomeni più gravi, è frequente (ed anche tendenzialmente fondata) l'analisi che descrive il mondo post-'68 (i.e. dopo la venuta anarchica che ha scosso i paesi occidentali nel decennio iniziato nel 1968) come un'affermazione generalizzata di "individualismo desiderante", nutrito di illusioni ma atto a minare alla radice ogni coesione sociale più allargata.¹⁶

Appare anche indebolita quella che, per lungo tempo, era stata vista come la contropartita fondamentale alla supposta disgregazione sociale contemporanea, cioè l'associazionismo e, più in generale, la tutela delle società intermedie.¹⁷ Per i marxisti, poi, l'associazionismo operaio era l'embrione della futura società comunista (e per qualche aspetto lo è stato veramente). Ma l'associazionismo tradizionale - a parte il fatto che non esprime sempre e necessariamente idee di solidarietà, ma spesso riproduce strutture di separazione (nonché fenomeni di autori-

¹⁴ D. RIESMAN, *La folla solitaria* [1950], trad. it., Il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁵ L. ZOJA, *La morte del prossimo*, Einaudi, Torino, 2009.

¹⁶ V. p.e., con riferimento all'esperienza italiana recente, G. AMATO - A. GRAZIOSI, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.

SOLIDARIETA' E "DONO" NEI TRAPIANTI TRA VIVENTI*.

Di **Domenica Pirilli**

SOMMARIO: 1. Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi. - 2. L'esigenza di tutelare chi dona. - 3. La gratuità.

1. Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi.

La tematica relativa ai trapianti di organi¹ assume le sembianze di un Giano bifronte, attratta per

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹ Quello dei trapianti di organi è un tema fortemente dibattuto che si colloca nella sfumata linea di demarcazione tra diritto ed etica e che suscita reazioni contrastanti. Evidentemente occorre fare riferimento ai valori posti a fondamento dell'ordinamento giuridico tenendo però altresì presente, come autorevolmente sottolineato, che il fenomeno giuridico è comunque sempre in debito di conoscenza verso l'etica e che, sotto altro profilo, qualunque risposta va cercata e coordinata con un sistema giuridico che, comunque, pone al suo centro la dignità della persona e da essa non può prescindere. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 71. Sulla distinzione tra trapianti terapeutici, sperimentali, ma, più in generale, sull'evoluzione normativa e dottrinale in tema di trapianti, cfr. SCALISI, *Gli aspetti giuridici della chirurgia sostitutiva*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 258 ss.

Sulla individuazione dei profili caratterizzanti i vari tipi di trapianti, CCORRA, *Il dono, Gratuità e difficoltà negli atti di destinazione solidaristica*, Napoli, 2012, 69 ss. Sul punto, con riferimento alla distinzione tra chirurgia sostitutiva con organi o parti di organi artificiali e chirurgia del trapianto, MANTOVANI, *voce Trapianti*, in *Nss. Dig. It. App. VII*, 1987, 793.

un verso dall'esigenza di prestare attenzione a chi dona², per l'altro dal desiderio di fornire una chance, spesso di sopravvivenza, a chi riceve, in una contrapposizione che, lungi dall'essere circoscritta all'esclusivo alveo degli atti di disposizione del corpo, permea di sé diversi settori del diritto privato³.

La correlazione tra il momento dell'espianto e quello dell'impianto⁴ consente una lettura unitaria del fenomeno, sia pure con una duplice avvertenza: l'esigenza di tracciare una linea di confine tra le due

² Tenendo ovviamente presente che non di donazioni in senso tecnico è dato parlare nel contesto di cui trattasi, dovendosi diversamente la locuzione ricondurre a terminologia non prettamente giuridica. Sulle differenze specifiche tra donazione ex art. 769 c.c. e donazioni di organi cfr. DI ROSA, *Biodiritto, itinerari di ricerca*, Torino, 2009, 158.

³ Il riferimento è alla dicotomia *ego/alter* che emerge principalmente nella dimensione dell'Essere ma che non manca di interessare anche il diritto patrimoniale. LA TORRE, *Ego e alter nel diritto delle persone*, Milano, 2011, 1 ss.

⁴ CCORRA, *Il dono*, cit., 39, parla di "un sottile filo di legame sociale tra gli attori dell'intera operazione". L'organo donato non fa più parte del corpo del disponente e diventa, diversamente, un tutt'uno con quello del ricevente, rendendo peraltro inimmaginabile una qualsiasi forma di restituzione. Cfr. MESSINETTI, *Persone e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 523 s.



Materiali e commenti

tarismo all'interno delle varie organizzazioni private) - è entrato in crisi, perfino negli Stati Uniti. E non solo per quanto riguarda i partiti e i sindacati di massa.

È importante però considerare che oggi la comunicazione interpersonale è divenuta soprattutto comunicazione in rete. Molti ritengono che ciò porti ad un isolamento crescente degli individui. In realtà, credo che la rete presenti, su dimensione amplificata, anche fenomeni di portata più generale, già prima presenti, che vanno in direzioni opposte. Da un lato, ci sono fenomeni di comunicazione di gruppo tendenzialmente chiusa (anche se, bisogna aggiungere, quasi sempre pacifica). Questi fenomeni portano effettivamente alla ricostituzione di forme di coesione di prossimità, se pure su base telematica, con una carica potenziale di separazione dal resto del mondo. Dall'altro, tuttavia, ci sono fenomeni di solidarietà universalistica, fra cui spicca la formazione spontanea di banche dati che socializzano conoscenza (Wikipedia e simili) senza soddisfare interessi egoistici dei contributori. Fenomeni, questi ultimi, da cui traspare quella stessa visione del mondo relativistica e costruttiva (ma anche fiduciosa in un progresso generale frutto di una miriade di sforzi individuali), che ha fatto grande la civiltà occidentale.

Inoltre, non si può negare che la sensibilità solidaristica avanzata sia in aumento nel mondo contemporaneo: le sofferenze degli uomini e degli animali - un tempo accettate come componente ineluttabile della realtà - diventano sempre più intollerabili, nel sentire diffuso e nelle norme giuridiche vigenti. La sensibilità ambientale cresce. Le attività di volontariato e di "terzo settore" pure. Così ancora, sembra ormai irrefrenabile l'affermazione - sia pure non sempre sincera - di un'idea in controtendenza rispetto al liberismo e alla finanziarizzazione dell'economia, qual è quella della "responsabilità sociale dell'impresa"¹⁸.

¹⁸ Per un quadro abbastanza aggiornato (fino a metà del 2012) delle contrastanti posizioni sul tema della responsabilità sociale d'impresa mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale d'impresa*, in *La responsabilità sociale dell'impresa - In memoria di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P. Sanfilippo, Giappichelli, Torino, 2013, 9 ss.

Successivamente, il tema si è ulteriormente sviluppato sul piano istituzionale, sia a livello nazionale (v. il *Piano d'azione nazionale sulla responsabilità sociale d'impresa 2012/2014*, adottato congiuntamente dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dal Ministero dello Sviluppo economico) sia a livello europeo (v. la *Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e responsabile e crescita sostenibile*, del 28 gennaio 2013).

Anche sul piano dottrinale il dibattito continua ad essere molto vivace (anche se non molto costruttivo). Per limitarsi alla pro-

In sostanza, non credo che la coesione sociale, nel tempo presente, sia minata irrimediabilmente dall'evoluzione delle idee e del costume: alcuni vincoli si indeboliscono, altri si rafforzano, ma la disponibilità a sentire come propri orizzonti di solidarietà allargata è, a mio avviso, più forte, e non più debole che in passato¹⁹ (anche se poi i mezzi offerti dalla società globalizzata consentono di dare facilmente forza ed efficienza anche ai fenomeni regressivi, che abbiamo sopra ricordato).

Questo spontaneo orientamento del senso comune rischia però di essere vanificato dall'indebolimento di quello che è stato il fondamento dell'ordine politico moderno, cioè il rispetto del "pubblico" (coi suoi simboli, con le sue regole, con i suoi ruoli istituzionali) e la sua distinzione/supremazia rispetto al "privato". Se questa viene recuperata come un punto fermo, i movimenti e le formazioni sociali appariranno come mere situazioni di fatto, fra loro equivalenti a prescindere dai valori professati (un'associazione di difesa dei diritti degli animali o di assistenza volontaria ai carcerati conterà meno di un'associazione di tifosi ultra che tiene sotto controllo mafioso un club calcistico).

Un recupero di centralità della dimensione pubblica istituzionale riporterebbe i fenomeni sociali nella giusta (e differenziata) dimensione, fornirebbe un quadro di certezze alle persone, nell'orientare i propri comportamenti, rafforzerebbe il senso di appartenenza ad una comune dimensione civica (oggi tendenzialmente universalistica).

In altri termini, il punto critico non sta oggi - a mio avviso - nell'evoluzione negativa delle idee e del costume, in quanto tali, quanto nella debolezza crescente dell'ordine politico. Vi è oggi un progressivo peggioramento nella selezione delle élites politiche e nell'efficienza delle organizzazioni pubbli-

cazione italiana, successivamente al mio scritto sopra segnalato sono state pubblicate alcune insignificanti monografie che tentano di descrivere la rilevanza della CSR a livello di diritto positivo; nel dibattito politico generale può essere segnalato (ma non in positivo) S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013, che - nel tentativo di teorizzare una pretesa realtà avanzante di imprese "civilmente" (e non solo "socialmente") responsabili - mi sembra fornire un esempio spunto di *wishful thinking*.

¹⁹ Come è sostenuto da tempo in un filone di studi, il cui esponente principale è R. Inglehart, i c.d. valori postmoderni: incentrati sull'autorealizzazione e sulla qualità della vita individuale, comportano anche un'esaltazione del profilo relazionale, come componente essenziale di una vita individuale soddisfacente. Ciò di per sé è compatibile con l'accettazione di un'etica civile avanzata e di orizzonti di solidarietà ampi. Occorre però che il contesto socio-culturale complessivo eredi aspettative e incentivi adatti alla realizzazione di questa potenzialità.



che²⁰. L'evoluzione delle idee e del costume non ha portato – come spesso si ritiene – ad una crisi generale di valori di solidarietà, bensì ad uno squilibrio fra sfera pubblica e sfera privata, con un sistema di incentivi che orienta i migliori talenti individuali verso il settore privato, impoverendo quello pubblico, e con il diffondersi di sentimenti antistatalistici ed antiburocratici, che riduce a sua volta gli incentivi e delle istituzioni pubbliche.

Penso, riprendendo in modo speculare la celebre ipotesi weberiana sulla decadenza dell'impero cinese, che, mentre in quella esperienza una prevalenza massiccia di incentivi indirizzava tutti i migliori talenti verso la carriera burocratica imperiale (il "mandarinato"), mentre non esistevano sufficienti incentivi per il formarsi di un'imprenditoria industriale moderna, nell'esperienza contemporanea delle democrazie occidentali si sta verificando il fenomeno opposto.

Ad aggravare la situazione sta il fatto che molti di coloro che avvertono questa crisi poi pensano di superarla proponendo ingenuamente palingenesi in termini al "mondo della politica" o impossibili e antistoriche resurrezioni dei vecchi partiti di massa. Il punto cruciale della crisi delle democrazie andrebbe affrontato con i criteri propri dell'elitismo democratico (Schumpeter etc.)²¹. L'insoddisfazione generale verso le attuali élites governanti non si supera chiedendo "più democrazia", bensì puntando a un diverso sistema di regole e di incentivi per la selezione delle élites governanti.

Credo che il problema centrale del nostro tempo sia quello della ri-costruzione di una funzione pubblica forte e indipendente, sia nella sua componente politica sia nella sua componente amministrativa. Ciò richiede una ricostruzione (talora un restauro) di un sistema di incentivi virtuosi per gli individui, nonché di una cultura e di un'educazione civica volte a riconoscere ed esaltare il ruolo delle funzioni pubbliche istituzionali, come momenti indispensabili di equilibrio della vita sociale.

Questa affermazione rischia di rimanere a livello di pensiero desiderante, perché le idee viaggiano sulle gambe degli uomini, e oggi non si vedono all'orizzonte movimenti culturali (e gruppi di interessi) orientati in questo senso.

Quello enunciato appare dunque oggi un obiettivo lontano (almeno in apparenza), ma rimane co-

²⁰ Sul tema (immenso) mi limito a citare il recente *pamphlet* di S. ROMANO, *Morire di democrazia. Tra derive autoritarie e populismo*, Longanesi, Milano, 2013.

²¹ In tal senso è anche la conclusione del libro di Amato e Grazioli, *supra cit.* (nt. 16).

munque un'aspettativa razionale, sulla quale sarebbe auspicabile un più ampio dialogo.

8. Possibilità di ricostruzione di un'etica pubblica liberale in un mondo globalizzato.

In conclusione, direi che la "coesione sociale", come bene giuridicamente tutelato, dovrebbe intendersi come una condizione socioculturale che ha come suo perno il rispetto della sfera pubblica e del valore della legalità e come suo contenuto il riconoscimento di doveri di solidarietà universalistica allargata, anche nella sua dimensione altruistica, sopra indicata nell'elenco di cui al § 4.

* * *

9. La concorrenza come bene giuridicamente tutelato: dall'idea di concorrenza come equilibrio negli scambi e garante del giusto prezzo a quella di concorrenza come processo di distruzione creatrice.

Mi propongo ora di fare lo stesso tentativo di esercizio analitico per quanto riguarda il termine "concorrenza", o meglio le ideologie economiche e il riconoscimento corrente della concorrenza (fra imprese) come valore, o comunque come bene giuridicamente tutelato.

In proposito si dovrebbe muovere dal convincimento che c'è stata nella storia, e permane tuttora, una profonda differenza nel modo di intendere la nozione stessa di "concorrenza". Sul punto ho cercato, da qualche tempo, di stimolare un dibattito²², che purtroppo non mi sembra ancora sviluppato in tutta la sua importanza.

La concezione più tradizionale (che ho chiamato "concorrenza degli antichi"), identifica la concorrenza con la libertà di scambio (o "di commercio"), cioè con la libertà individuale di comprare e vendere, e vede l'utilità sociale del regime di concorrenza (idealmente coincidente con "libertà di concorrenza") nel contributo che tale regime dà alla formazione del "giusto prezzo" e quindi di un giusto equilibrio nel mercato. [N.B.: la teoria neoclassica della concorrenza perfetta e tutta l'analisi economica del diritto "tradizionale"²³ sono idealmente discendenti

²² V., in particolare, M. LIBERTINI (nt. 1).

A livello internazionale v., p.e., i saggi raccolti in *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, ed. by J.Dexl, W.Kerber, R.Podszus, Elgar, Cheltenham (U.K.), 2011.

²³ Uso il termine per distinguere l'approccio analitico fondato sull'ipotesi di scelte economiche compiute da individui razionali

2. Solidarietà e contratto sociale.

Al primo si deve l'elaborazione dei fondamenti filosofici su cui il secondo costruirà il movimento Solidarista. All'influenza di queste due figure, oggi quasi completamente dimenticate fuori dalla Francia, si deve l'introduzione di riforme significative nel campo dell'educazione pubblica, della previdenza sociale e della tassazione.

Di particolare interesse, dal nostro punto di vista, è il ruolo che Fouillée attribuisce al contratto come istituzione che favorisce la cooperazione e, attraverso la divisione del lavoro, facilita lo sviluppo e la produzione della ricchezza. C'è in questo una somiglianza con l'anarchismo di Proudhon. Tuttavia, Fouillée non si accontenta dell'eguaglianza formale tra le parti. La giustizia sociale richiede un intervento positivo per impedire che i forti approfittino dei deboli. Da questo punto di vista, come hanno osservato diversi studiosi, la posizione di Fouillée è molto più vicina a quella del liberalismo sociale degli idealisti britannici⁷. Argomenti analoghi sulla necessità di correggere le storture provocate dall'interpretazione dominante della libertà di contratto si trovano infatti nel famoso saggio di T.H. Green su "Liberal Legislation and Freedom of Contract" o negli scritti di L.T. Hobhouse sul liberalismo. Una parentela che probabilmente lo stesso Fouillée non avrebbe trovato fuori luogo in considerazione della vicinanza che egli sentiva al socialismo liberale di Renouvier⁸. Vale la pena di sottolineare che per Fouillée, e per i solidaristi che nei suoi lavori troveranno ispirazione, gli avversari non sono soltanto coloro che si oppongono alle riforme necessarie per realizzare la giustizia, ma anche quei socialisti che escludono la praticabilità di tali politiche e sostengono invece la necessità di forme di lotta più energica, fino a giungere alla rivoluzione invocata da Marx.

Fouillée insiste sulla necessità di trasformare attraverso il contratto la socievolezza spontanea degli esseri umani per realizzare una forma di associazione volontaria che esprima in pieno la loro natura razionale. Da questo punto di vista egli ammette persino un ruolo per l'idea di contratto sociale, sottolineando che le costituzioni democratiche potrebbero essere rilette, alla luce di questa idea, come la manifestazione di un impegno collettivo. C'è in questo una traccia dell'interpretazione kantiana del contratto sociale. Una suggestione che Léon Bourgeois ri-

⁷ James T. KLOPPENBERG, *Uncertain Victory: Social Democracy and Progressivism in European and American Thought 1870-1920*, Oxford University Press, New York 1988.

⁸ J.E.S. HAYWARD, "Solidarity" and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée, cit., p. 215.

prenderà nei suoi scritti sulla solidarietà attraverso le nozioni di quasi-contratto e di debito sociale⁹.

3. Solidarietà e giustizia sociale.

Secondo Marie-Claude Blais, l'uso della nozione di quasi-contratto da parte di Bourgeois è un'anticipazione di un'idea che, nei lavori di John Rawls, avrà un ruolo centrale nella formulazione di una teoria della giustizia: "Le point important, et étrangement précurseur, est le fait que ce quasi-contrat, qui n'a jamais été formulé, consiste à placer les associés dans une espèce de «position originelle» d'équivalence. C'est, dit Bourgeois, une sorte de «contrat idéal» qui respecterait la juste volonté des associés, s'ils étaient capables de se mettre chacun à la place de l'autre. Quelles que soient les inégalités de condition, le quasi-contrat social postule une «égalité de valeur» entre tous les individus. Il suppose des êtres conscients et libres, qui auraient été capables de «discuter» et de donner leur consentement"¹⁰.

In effetti, l'interpretazione della Blais trova riscontro in Rawls stesso, quando egli afferma che uno dei pregi del principio di differenza che costituisce parte del secondo principio di giustizia è di fornire un'interpretazione del principio di fraternità legandolo all'eguaglianza di stima sociale, all'amicizia civile e alla solidarietà. In una società giusta i cittadini non dovrebbero desiderare vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno peggio¹¹.

⁹ Marie-Claude BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, cit., pp. 19-45.

¹⁰ Marie-Claude BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, cit., p. 39.

¹¹ JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999, pp. 90-91



forme legislative che istituirono il Welfare State francese².

In una prima fase che riprendendo l'espressione di J.E.S. Hayward-chiameremo della "mistica della solidarietà", ciò avviene attraverso la valorizzazione di legami spontanei, e quindi in larga misura involontari, di cui si afferma l'importanza per rispondere alla sfida intellettuale e morale posta ai francesi dalla dissoluzione della società di "antico regime" in seguito alla rivoluzione del 1789. Conservatori e progressisti sono sollecitati a interrogarsi sulle origini e sul fondamento del legame sociale anche dalle esperienze inedite, e per molti versi sconcertanti, della rivoluzione industriale e dell'emersione di un'economia di mercato moderna. Un esempio di questa prima fase di sviluppo della solidarietà come concetto politico si trova nel suggestivo affresco del "popolo" delineato da Jules Michelet. Lo storico francese descrive una società che sembra aver perso il senso del legame sociale, in cui i diversi ceti sono oppressi da varie forme di servizi morali e materiali, che spingono le persone a ritirarsi in sé stesse. La capacità di interagire con il prossimo si inaridisce progressivamente. Emblematica è l'esperienza della fabbrica: "[l]a testa gira e il cuore si stringe quando per la prima volta ci si aggira in queste dimore strette dove il ferro e il rame incandescenti e splendenti sembrano vivere di vita propria mentre l'uomo debole e pallido fa da servitore a questi giganti d'acciaio. [...] Ammiravo, ma tristemente: non riuscivo a non guardare, nello stesso tempo, i pietosi visi d'uomini, le ragazze precocemente sfiorite, i bambini rachitici e deformi"³.

Michelet non è certo cieco ai vantaggi che derivano dalla rivoluzione tecnologica. Ciò nonostante, ne ritiene insopportabili i costi umani: "[m]a questo progresso di tutti, l'evidente vantaggio che ne viene alle masse non può farci accettare la dura condizione che ci viene imposta per conquistarlo, quella di avere, in mezzo a un popolo di uomini, un piccolo popolo miserabile di uomini-macchina che vivono a metà, che producono cose meravigliose e non si riproducono essi stessi, che generano solo per la morte e si perpetuano solo assumendo incessantemente altre popolazioni che vi si perdono per sempre. Annuano invariabilmente a ripetere il lavoro che fu loro imposto una volta per tutte è certo una grande tentazione di orgoglio. Ma insieme, che umiliazione, vedere, rispetto alla macchina, l'uomo caduto così in basso!"⁴.

² J.E.S. HAYWARD, "Solidarity" and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée, American Journal of Economics and Sociology, vol. XXII (1963), p. 205.

³ Jules MICHELET, *Le peuple*, Flammarion, Paris 1974, p. 98.

⁴ Jules MICHELET, *Le peuple*, cit., pp. 97-98.

Siamo nel 1846, due anni prima che Marx e Engels pubblichino il loro manifesto. Calandosi nel popolo, il professore del Collège de France va alla ricerca di una risorsa morale cui attingere per contrastare gli effetti devastanti del progresso. Crede di averlo trovato nelle passioni dell'amor patrio e coniugale, nelle antiche forme di associazione dove: "[u]n fondo immutabile, inalterabile di socievolezza giace nelle profondità e costituisce un'intera riserva; lo sento dovunque nelle masse quando vi discendo, ascolto e osservo"⁵.

Se il tono di questa prima fase del discorso sulla solidarietà è indiscutibilmente quello della "mistica della solidarietà" di cui parla Hayward — che in autori come Pierre Leroux rimanda a una sensibilità religiosa — le esperienze che lo ispirano sono invece mondane. L'affievolirsi dei legami sociali e la perdita del senso di comunità hanno cause diverse nelle profonde trasformazioni subite dalla società francese dopo la rivoluzione. Tuttavia non si può fare a meno di notare che alcune manifestazioni macroscopiche di ingiustizia sociale e di sfruttamento sono in primo piano. Un vantaggio collettivo non è sufficiente a giustificare un mutamento istituzionale, bisogna prendere in considerazione anche la dimensione distributiva del cambiamento sociale. Solo curando le ferite che il capitalismo ha inferto alla fratellanza si può recuperare la speranza⁶.

Nella seconda metà del diciannovesimo secolo l'inquietudine espressa da Michelet non si placa affatto. Nelle generazioni seguenti il richiamo alla solidarietà come modo per restituire vigore al legame sociale trova però nuova ispirazione nei lavori di autori come che si sforzano di dare a questa idea un contenuto più preciso. Una fonte di ispirazione molto importante sono gli studi di biologia e medicina, che conoscono uno straordinario sviluppo in questi anni, che sembra avvalorare la convinzione che le società umane sono caratterizzate da un'interdipendenza che, non a caso, viene descritta da diversi autori come "organica". Le parti sono distinte, ma da sole non sono in grado di funzionare. Dietro e oltre la competizione si scopre la cooperazione.

Due figure hanno un ruolo centrale in questa nuova fase della genealogia della solidarietà. Si tratta di Alfred Fouillée e Leon Bourgeois.

⁵ Jules MICHELET, *Le peuple*, cit., p. 214.

⁶ Maïte-Claude BIAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, cit., pp. 71-73.

da questa concezione antica, anche se traducono l'antica nozione di "giustizia" dei prezzi in quella, idealmente neutrale, di "efficienza allocativa".

Questo ideale di equilibrio viene messo in crisi allorché, ad un certo punto della storia economica europea, l'obiettivo politico dominante è divenuto non più quello della difesa di un "ordine naturale delle cose" (che comprendeva anche il "giusto prezzo" concorrenziale e l'equilibrio dei mercati, ma prima ancora la stabilità sociale), bensì quello dello sviluppo economico. Dall'età mercantile in poi, questo obiettivo dello sviluppo è divenuto realtà politico-economica, e la concorrenza è stata sempre più concepita in un modo differente rispetto al passato: non più libero gioco di scambi fra individui, bensì competizione (dura) fra imprese, in cui il vincitore è anche il più efficiente e il più innovatore; ma la concorrenza fatta di efficienza e di innovazione è, per definizione, un processo in cui soccombe chi non riesce a "tenere il passo".

E' nato così quel gioco di "distruzione creatrice", che ha caratterizzato il capitalismo e il suo successo storico. La concorrenza non è più libero incontro di volontà di scambio, bensì gara caratterizzata da tensione continua. K.Marx, che per primo reale dell'economia capitalistica, scopri questa situazione in alcune frasi lapidarie (che meriterebbero di essere citate più spesso): "la logica dell'impresa è la logica della necessità", "per l'imprenditore ogni giorno è il giorno del giudizio".

Marx, almeno in questo, aveva ragione. Non esiste alcuna tendenza all'equilibrio di lungo periodo, nell'economia capitalistica. Inoltre, la competizione fra imprese non è uno spontaneo componimento di interessi di uomini liberi che si scambiano beni e servizi, bensì una gara impietosa fra organizzazioni produttive vocate al profitto, in cui i perdenti non possono sperare in premi di consolazione, ma vengono semplicemente distrutti, cioè falliscono e scompaiono dal mercato (Proudhon, da bravo socialista utopista, definiva la concorrenza economica come una guerra in cui non si fanno prigionieri).

E' questa la concorrenza "dei moderni", cioè la concorrenza effettiva e dinamica fra imprese, che costituisce bene giuridicamente tutelato nell'ordinamento europeo e italiano (anzi, possiamo dire, praticamente in tutto il mondo).

li e informati, dall'approccio "post-Chicago" che ipotizza un mondo fatto di individui forniti di razionalità limitata e utilizza come strumento analitico principale la teoria dei giochi ripetuti. Sul punto v. ora la fine indagine di A. CUCINOTTA, *Mercato Regole Conoscenza. L'analisi giuridico-economica tra neoinstituzionalismo e market process*, Giuffrè, Milano, 2009 (pur sempre orientato all'interno dell'orizzonte culturale dell'EAL).

10. La legittimazione della concorrenza dinamica: sostegno dello sviluppo e del benessere, in un quadro di sovranità del consumatore. La concorrenza fra imprese è uno strumento e non un valore in sé.

Riflettendo sul sistema economico che abbiamo costruito e che apprezziamo come migliore rispetto a tutti gli altri sperimentati nella storia, dobbiamo chiederci: perché consideriamo equo e degno di tutela un risultato così duro, e a prima vista anche iniquo, come l'espulsione di certe imprese dal mercato, la fine di certe produzioni (anche a scapito della nostalgia di qualche consumatore), talora la scomparsa di intere realtà territoriali (è di questi giorni lo *shock* risultante dallo spopolamento di Detroit, che era stata una delle capitali dell'industria mondiale), e che, in ogni caso, comporta anche alterazioni ambientali irreversibili?

La risposta è intuitivamente nel senso che questi risultati appaiono eticamente e politicamente giustificati solo per il fatto che essi non provengono dalla volontà di un singolo despota, e neanche da quella di un decisore politico collettivo, bensì dall'operare di una "giuria" di consumatori anonimi (e non consapevoli, al momento della loro scelta, dei risultati complessivi a cui questa scelta contribuirà); è dunque un risultato che viene intuitivamente percepito come "democratico", e come tale giustificato.

In altri termini, la legittimazione della tutela della concorrenza è pur sempre utilitaristica (in senso lato): il sacrificio di certi interessi (di produttori, ma anche di lavoratori e di consumatori) è giustificato dall'incremento del benessere collettivo; e quest'ultimo assume, a sua volta, un valore positivo sul piano dell'etica collettiva, in quanto "benessere" è la somma di bisogni delle persone soddisfatte, e pertanto maggior benessere significa maggiore quantità di persone che vedono i loro bisogni soddisfatti.

A questo punto credo che tutti possiamo convenire con l'assunto secondo cui la concorrenza non è un valore in sé, ma uno strumento che dev'essere governato²⁴, affinché dia il massimo di benessere alle persone e non si traduca nel suo contrario. Dev'essere governato perché la libera concorrenza, affidata ai soli strumenti giuridicistici, può svilupparsi (e normalmente si sviluppa) nella formazione di cartelli e monopoli. Ma dev'essere governata

²⁴ Con ciò ci si riferisce alla "concorrenza effettiva" fra imprese, come modo di funzionamento del mercato e bene giuridicamente tutelato. Per contro, la vecchia "libertà di concorrenza", intesa come libertà professionale e libertà di iniziativa economica riconosciuta in capo agli individui, permane come "valore" e come diritto fondamentale delle persone, ma è un'altra cosa.



nato anche perché non si deve pensare che la concorrenza fra imprese, e l'offerta sul mercato di beni e servizi, possa offrire la soluzione a tutti i problemi dell'umanità.

Vi è stato un lungo periodo della storia del diritto europeo (*grasso modo* 1850/1950) in cui questa peculiarità della "concorrenza dei moderni" è stata chiaramente avvertita dalla cultura prevalente (nelle scienze sociali e nel diritto): ciò ha portato ad affermare l'idea secondo cui l'obiettivo centrale della politica economica dovesse essere non tanto la libera concorrenza fra imprese, bensì il progresso complessivo dell'economia nazionale e della direzione pubblica del processo economico (in funzione di crescita economica, ma anche di redistribuzione della ricchezza e di giustizia sociale). In questa prospettiva gli "eccessi di concorrenza" apparivano come un fattore di disgregazione sociale e di perdita di benessere economico.

In questo orientamento si collocano varie correnti del pensiero europeo dei secc. XIX e XX: dalle scuole economiche istituzionalistiche, soccombenti di fronte al trionfo dell'economia neoclassica, fino al pensiero cattolico (dal corporativismo teorizzato da G. Toniolo un secolo fa, sino alle ultime encicliche papali: ancora nella primavera del 2012 Benedetto XVI stigmatizzava, nella sua visita a Milano, la "concorrenza esasperata", che caratterizza l'attuale economia).

Questo orientamento di pensiero era, a sua volta, fortemente influenzato dall'espandersi della sfida lanciata dall'ideologia socialista marxista, che vedeva la concorrenza fra imprese come "disordine capitalistico" (o "anarchia capitalistica") e vedeva nell'associazionismo operaio il germe di una nuova società e di un nuovo Stato (di transizione verso l'obiettivo finale, che rimaneva, effettivamente, anarchico).

In tale contesto, la concorrenza fra imprese appariva fino agli anni Ottanta del secolo scorso – almeno in Italia – come un dato di fatto residuale, non meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento, il cui obiettivo rimaneva quello di dirigere attivamente il processo economico per orientarlo verso risultati di benessere collettivo e di giustizia sociale.

11. Le critiche radicali alla concorrenza come valore: la concorrenza economica come fattore di disgregazione sociale.

Più in generale, sul piano della storia delle idee esiste anche una lunga linea di pensiero ottocentesco e del primo Novecento, che sottolinea la "immoralità" della concorrenza economica e i suoi ef-

fetti di disgregazione sociale²⁵. Su questa linea si è innestato un piccolo filone di pensiero, oggi sopravvissuto soprattutto nell'ambito della corrente di idee ecologista (o meglio: anarco-ecologista), che collega idealmente il principio di libera concorrenza ad una pulsione di morte, che pervaderebbe la civiltà contemporanea²⁶.

Ma queste sono correnti di pensiero assolutamente minoritarie. Il *mainstream* è completamente diverso: il principio di tutela della concorrenza si è oggi affermato, praticamente, in tutto il mondo. Determinante è stata l'emulazione dell'esperienza americana. Ma ancor più determinante è stata, al fondo, l'idea per cui la concorrenza fra imprese porta sviluppo e lo sviluppo economico porta maggior benessere alle persone e il maggior benessere comporta, in linea di massima, anche maggiore libertà per le persone²⁷ (idea che sarebbe sciocco denunciarne come priva di fondamento).

Con ciò si è spesso dimenticato che la prima affermazione del principio di libertà di concorrenza era legata alla scoperta che i vizi privati potevano divenire pubbliche virtù, e quindi era strutturalmente collegata all'idea della tutela dei "vizi privati" e alla fiducia nella "mano invisibile". Poi, com'è noto, A. Smith teorizzava che gli egoismi sarebbero stati temperati dalla naturale inclinazione all'empatia fra gli uomini. Ma questo non toglie nulla all'aporia di fondo del sistema economico che si è costruito su queste fondamenta.

In ciò vi è una ambiguità diversa, che riguarda la stessa impostazione concettuale del problema: la tutela della "concorrenza" è divenuta un principio fondamentale dell'ordinamento, ma pochi si chiedono come debba costruirsi il bene giuridico "concorrenza", e molti hanno gli occhi rivolti al passato (e magari continuano a identificare semplicisticamente concorrenza capitalistica e libertà negoziale).

²⁵ Questa linea di pensiero è ripercorsa bene da J. WOLFF, *The Ethics of Competition*, in *The Legal and Moral Aspects of International Trade - Freedom and Trade*, Vol. 3, eds. G. Parry, A. Qureshi and H. Stemer, Routledge, New York, 1998, 82 ss., il quale conclude proprio nel senso che, in una persuasiva teoria della giustizia, il principio di concorrenza dovrebbe essere temperato dal principio di solidarietà, con misure di sostegno agli sconfitti nella lotta concorrenziale.

²⁶ P. THUREAU-DANGIN, *La concurrence et la mort*, Syros, Paris, 1995; R. KURZ, *La pulsione di morte della concorrenza. Assassini furiosi e suicidi come soggetti della crisi*, in *Ozio produttivo* (rivista telematica), maggio 2002; G. DOSTALER - B. MARIS, *Capitalismo e pulsione di morte* [2009], trad. it., La Lettera, Roma, 2009.

²⁷ Mi piace qui ricordare, per l'influenza che a suo tempo ha avuto, per la diffusione di queste idee in una cultura permeata da orientamenti anticapitalistici, come quella italiana, F. ALBERONI, *Consumi e società*, Il Mulino, Bologna, 1964.

SOLIDARIETA', CONTRATTO E GIUSTIZIA

Di Mario Riccardi

SOMMARIO: 1. Genealogia della solidarietà. – 2. Solidarietà e contratto sociale. – 3. Solidarietà e giustizia sociale.

1. Genealogia della solidarietà.

Nietzsche ha scritto che soltanto ciò che non ha storia è definibile. Un'affermazione che trova conferma nelle riflessioni di diversi filosofi contemporanei, da H.L.A. Hart a Isaiah Berlin, che hanno sottolineato quanto sia fuorviante, per la chiarificazione di un concetto, assumere che se ne possa catturare e poi trasmetterne il "significato" attraverso una breve formula che indichi le condizioni necessarie e congiuntamente sufficienti per l'uso corretto della parola corrispondente. L'ammonimento di Nietzsche è particolarmente rilevante per chi studia la storia e per gli studiosi di diritto.

Anche se spesso legati da rapporti di comune origine o di analogia, gli usi del termine "solidarietà" mutano nel corso del tempo, subendo talvolta vere e proprie distorsioni, che suggeriscono di volta in volta ai parlanti sfumature di significato molto distanti. Risulta arduo ricondurre all'unità della definizione tanta varietà¹. In casi del genere, la chiarificazione richiede un lavoro preliminare che – per riprendere un'espressione in voga – chiameremo "genealogico". Dopo averne ricostruito la genealogia concettuale, faremo alcune brevi considerazioni su solidarietà e giustizia sociale.

Non c'è bisogno di soffermarsi sull'origine della nozione di solidarietà nel diritto romano delle ob-

bligazioni. Mi limito a ricordare che, in entrambe le sue dimensioni – sia quella di solidarietà passiva (tra debitori) sia quella di solidarietà attiva (tra creditori) – l'espressione suggerisce l'esistenza di un legame che tiene insieme esseri umani. Per quel che riguarda il fondamento di tale legame, esso può dipendere da un impegno esplicito delle persone che si legano, ma anche essere disposto dal diritto vigente (come avveniva, ad esempio, nel caso di un gruppo di persone che avevano compiuto congiuntamente un atto illecito).

Attraverso l'elaborazione dei giuristi medievali e del giusnaturalismo, l'idea romana di solidarietà entra a far parte del patrimonio intellettuale cui attingono gli estensori del Codice Civile francese del 1804, che la caratterizzano, nell'art. 1202, come «un engagement par lequel les personnes s'obligent les unes pour les autres et chacune pour tous». L'esempio e la sua origine geografica non sono scelti a caso. Nella cultura di lingua francese dell'Ottocento l'espressione "solidarité" acquisisce un ruolo sempre più significativo nel discorso pubblico. Fino a dare, negli ultimi anni del secolo, il nome a un movimento politico, il Solidarismo, che avrà un ruolo centrale nella realizzazione delle ri-

¹ MARIE-CLAUDE BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Gallimard, Paris 2007, pp. 9-10.



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 inadempimento, 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 ciò "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.). E' anche l'indirizzo del *Common Frame europeo*, che recita *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 *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 le "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 *virtù 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 cioè *in senso contrario ed opposto alla "irranzia" delle procedure*.

Quanto invece alla risposta alla alternativa *giustizia individuale o sociale*, è da ritenere che sarebbe, cede, 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 imagna.

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 Caermerer).

12. Il problema insoluto del controllo dello sviluppo capitalistico.

In questo senso può essere illuminante una riflessione storica. L'antitrust americano è nato come disciplina penale antimonopolio e - soprattutto - come disciplina atta a difendere le piccole imprese contro la prepotenza delle grandi. Nella sua lunga storia, l'antitrust ha avuto molte evoluzioni, ma da qualche decennio vede prevalere, se pure fra molti contrasti, l'approccio economico-analitico, che pretende di fondare le proprie soluzioni su un'analisi scientifica dei fatti economici. E, soprattutto, ripropone sostanzialmente il mito della "mano invisibile": la fiducia in un ordine spontaneo salvifico che porta al massimo benessere collettivo.

In realtà, l'analisi economica neoclassica è fondata su un'ipotesi irrealistica (un "individualismo ontologico": l'idea di un mondo fatto da individui che calcolano razionalmente il proprio benessere decidendo se compiere o meno certi atti di scambio); l'analisi economica più sofisticata, fondata sulla teoria dei giochi, presenta complicazioni tali da renderne scongiabile l'impiego diretto sul piano giuridico. L'approccio economico dominante alla politica di concorrenza è, in realtà, in un' *impasse*. I giuristi non sono stati all'altezza della sfida degli economisti (o ne hanno speso opportunisticamente le ragioni, in una prospettiva di rafforzamento dello specialismo professionale e accademico in materia).

Oggi un approccio razionale alle politiche di tutela della concorrenza deve muovere dal riconoscimento che la concorrenza va tutelata come strumento e non come valore in sé, e va tutelata proprio in quanto processo dinamico di distruzione creatrice. Ma proprio per questo la tutela della concorrenza deve incontrare dei correttivi e dei limiti. Il problema è quello di "governare lo sviluppo capitalistico"; ma l'individuazione di un modello di equilibrio, all'interno di questo sistema, è un problema insoluto. Più volte è stata usata, in proposito, una felice metafora: "afferrare Proteo"²⁸.

Negli ultimi trent'anni Proteo è cresciuto a dismisura, e per qualche tempo è stato anche oggetto di adorazione acritica. Negli ultimi anni l'adorazione è generalmente cessata, ma continuano a mancare gli strumenti e le idee necessari per guidare i processi economici. Le vicende finanziarie degli ultimi anni e di oggi stanno a confermare questa tesi.

²⁸ A mia conoscenza, la metafora è stata usata per la prima volta, da un gruppo di economisti (A. Botaini, C. De Vincenzi, G. Rodano e aa.), nel costruire un numero monografico della "Rivista trimestrale" (n. 62-63, gennaio-giugno 1980). Poi è stata riutilizzata tante volte, in pubblicazioni successive.

Per riflettere sull'importanza di quest'ultimo assunto si deve riflettere sull'aporia fondamentale delle ideologie economiche contemporanee. Queste pongono al centro della loro visione del mondo l'obiettivo dello sviluppo economico (in termini meramente quantitativi: "crescita"). La crescita economica è vista come il solo strumento possibile per migliorare le condizioni di vita di tutti (anche se si riconosce che ciò avverrà sempre in modo diseguale). E così è stato, storicamente. La tutela della concorrenza si inserisce in questa prospettiva, come uno strumento fondamentale per sostenere un permanente sviluppo economico.

Il problema è che l'obiettivo di una crescita economica permanente e illimitata è contraddittorio e insostenibile: l'economia non può espandersi all'infinito tutte le sue grandezze, in un sistema finito, qual è il pianeta Terra. Nel 2012 si è celebrato il quarantennale del celebre (a suo tempo: oggi è pressoché dimenticato) rapporto del M.I.T. sui "limiti dello sviluppo". Tutte le previsioni di quel rapporto si sono rivelate - sul piano analitico - sbagliate. Ciò che rimane però inconfutabile è la premessa dell'analisi: l'impossibilità di una crescita illimitata ed eterna dell'economia, come oggi la conosciamo. Ciò significa che verrà, ad un certo momento, un punto di rottura: la quantità di popolazione, le trasformazioni energetiche, i rifiuti tossici, non potranno aumentare all'infinito. Allo stato attuale questi rischi sono sostanzialmente lasciati in eredità alle generazioni future.

Peraltro, le tesi favorevoli alla "decrescita" (Lautouche *et sim.*) sono utopistiche, e in senso deteriore: non solo non hanno la minima idea di quelli che dovrebbero essere gli interessi e le organizzazioni che dovrebbero sostenere questa trasformazione radicale dell'economia e della società; ma non hanno neanche idea di come dovrebbero funzionare quella società e quell'economia stazionaria, che vengono baldanzosamente auspicati.

Il principio (normativamente vigente, e non puramente utopistico) dello sviluppo sostenibile offre solo una soluzione parziale: esso può essere immediatamente tradotto in regole tecniche ed operative solo quando ci si riferisca all'impiego delle risorse rinnovabili (in tal senso il principio è solo una traduzione ammodernata del tradizionale principio di "uso razionale delle risorse", presente anche nell'art. 44 Cost.; un principio che ha tradizionalmente ispirato le legislazioni forestali, venatorie, sulle acque etc.); lo stesso principio non può essere, invece, tradotto immediatamente in regole tecniche e giuridiche quando venga riferito all'impiego di risorse non rinnovabili (p.e. petrolio, uranio, spazi territoriali). In quest'ultima prospettiva il principio può essere (tendenzialmente) attuato mediante scel-



te politiche discrezionali, relative all'impiego limitato della risorsa e alla ricerca di risorse alternative: in realtà il principio si traduce nell'esigenza di una programmazione pubblica nell'uso di queste risorse e in scelte pubbliche di politica industriale (cioè che l'ideologia liberistica, dominante negli ultimi decenni, ha ritenuto di potere porre al bando).

Il problema di "afferrare Proteo" rimane dunque teoricamente insoluto.

Quando si pensa a questo problema riaffiora alla mente Rosa Luxemburg ("socialismo o barbarie"). Ma questo slogan è improponibile, nel suo significato di un tempo, dopo il crollo inglorioso - politico e culturale - del "socialismo reale" e del pensiero marxista, che lo aveva sostenuto.

Altrettanto improponibile è la riproposizione, che qualche volta serpeggia, del "capitalismo di Stato", come soluzione del problema. Cioè di un sistema capitalistico caratterizzato da un forte dirigismo pubblico, con relativa protezione delle imprese esistenti e stabilizzazione di assetti economici costituiti (e magari senza più antitrust, o con pochissima tutela della concorrenza). Questa idea serpeggia anche in forma di antieuropeismo, di destra o di sinistra.

Si tratta, a mio avviso, di un'idea intanto inattuabile, in un mondo già globalizzato. E comunque contrastante con un orizzonte vasto di solidarietà: il ritorno a capitalismi di stato in competizione fra loro non potrebbe che accentuare le disuguaglianze fra le diverse comunità nazionali.

13. La migliore risposta oggi presente sta nei principi costituzionali dell'ordinamento europeo: sussidiarietà (anche orizzontale) ed economia sociale di mercato.

Personalmente sono convinto che la sola, grande sfida alternativa al pensiero liberista sia già presente nelle scelte di principio ("costituzionali") compiute nell'ordinamento europeo, ed ancora solo in parte attuate. Da un lato il principio di sussidiarietà, con la carica universalistica che in esso è presente e che ha come sbocco logicamente necessario anche la costruzione di un ordine politico globale. Dall'altro, per ciò che attiene ai rapporti fra mercato concorrenziale e potere politico, l'eredità del pensiero ordoliberal e la dottrina dell'economia sociale di mercato.

L'idea, che sta alla base della dottrina dell'ESM, è quella per cui l'economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese, selezionata dalla libera scelta dei consumatori, costituisce il sistema migliore che l'umanità abbia mai sperimentato, sulla via del benessere economico e della libertà delle persone. Tuttavia, l'economia di mercato concor-

renziale, presenta - secondo l'ESM - due limiti strutturali e funzionali:

(i) il primo limite è dato dal fatto che la concorrenza fra imprese è un meccanismo che tende ad essere autodistruttivo, nel senso che i meccanismi di mercato, lasciati alle libere negoziazioni, tendono ad irrigidire le posizioni acquisite, sfociando nella creazione di cartelli e monopoli: nel momento in cui la concorrenza si irrigidisce ed il potere di mercato si rafforza con le sue alleanze sociali, la macchina "meravigliosa" del mercato perde la sua funzione essenziale di progresso ed anche la sua legittimazione democratica: da qui la necessità che il potere pubblico riesca a porre in essere una efficace politica antitrust, volta a garantire il buon funzionamento dei mercati nel tempo e il controllo del potere economico privato;

(ii) il secondo limite è dato dal fatto che, pur essendo il mercato lo strumento principale per assicurare alle persone i beni e i servizi di cui esse sentono effettivamente il bisogno, tuttavia esso non è in grado di assicurare alle persone tutti i beni necessari per una elevata qualità della vita: alcuni di questi beni (compresi in un elenco che può andare dall'aria pulita alla sicurezza materiale e sociale, o magari anche alla sanità e all'istruzione di base, e che non potrà essere mai definito in modo tassativo) dovranno essere pur sempre assicurati dal potere pubblico, in forma di beni o di servizi pubblici, perché il mercato non è in grado di produrli sotto forma di merce acquistabile individualmente da tutti a prezzo equo.

Da qui l'altra idea fondamentale dell'ESM, che riguarda il ruolo dello Stato (*rectius*, oggi: del potere pubblico istituzionale in un mondo globalizzato): l'ESM postula l'esistenza di un potere pubblico forte ed efficiente, e non condizionato dagli interessi privati organizzati, anzi da essi indipendente e neutrale. In altri termini, l'ESM postula sì un ruolo forte dello Stato, ma anche un ruolo completamente diverso da quello degli Stati dirigisti: compito dello Stato non è quello di proteggere e di guidare questa o quell'impresa (anzi deve astenersi del tutto dal fare ciò), bensì quello di far funzionare bene i mercati e di garantire un alto livello di offerta di beni e di servizi pubblici, secondo un criterio di sussidiarietà orizzontale.

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 *de la 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 cassetista, 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 prospettiva di qualche Autore (Castro-novo) gli obblighi "di protezione" possono finire col 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 "obbligato", 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 economico - 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 obbligazione, ha condotto ad allargare l'area del venditore o fornitore, così da esigere da esso comportamenti che hanno riguardo non già al puro *dare* - *trasferire* (la priorità) 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 redditività e della *quantum 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).



del rispetto, di "una etica materiale ispirata a responsabilità sociale", così come insegnato da Wicksler quale *Sozialmodell der classici codici di diritto privato* (1952).

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 presidono 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 prospettiva 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 (BVerfGE 89, 214, 231) che tanto dibattito 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 "decisionaria", derivante dalla condizione soggettiva del garante, ebbe a rimproverare al *Bundesgerichtshof* di non aver preso in considerazione la *reale ed effettiva libertà decisionaria 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 "astrattizzante" 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 ciò 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 presidi 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 azione 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.

Adeguata 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-

14. Ritorno al punto centrale della necessità di ricostruzione di un potere pubblico forte e indipendente.

Ritorna quindi il tema centrale, che avevo cercato di evidenziare di porre al centro della precedente riflessione su solidarietà e coesione sociale. Il problema centrale del nostro tempo è - a mio avviso - quello di reagire alla mitologia dell'ordine spontaneo e di ricostituire un ordine politico in grado di mantenere e sostenere, per quanto possibile, l'economia di mercato concorrenziale, ma anche di governare i processi economici, nei momenti e nei punti di crisi che questi inevitabilmente manifestano.

Il ragionamento sopra svolto riconduce però nuovamente al punto centrale della necessità di costruzione di un ordine politico forte, in grado di assumere decisioni di portata strutturale, quando se ne presenti il bisogno. Tutto il contrario della tesi della "competizione fra ordinamenti", che ha avuto un effimero successo una decina di anni fa, e che riduceva la funzione del potere pubblico in materia economica a quella di strumento ausiliario rispetto al libero dispiegarsi del funzionamento dei mercati finanziari.

Ci sarebbe dunque da ricostruire una democrazia, caratteristica ovviamente sempre da una scelta dei governanti mediante libere elezioni, ma con un rafforzamento delle funzioni di governo (ai vari livelli), con garanzia di indipendenza e con parlamenti di piccole dimensioni e con funzioni primarie di controllo.

Non voglio proseguire in un discorso che potrebbe facilmente cadere nelle nebbie del pensiero desiderante, e ci porterebbe anche lontano dal tema principale.

Aggiungo però due considerazioni finali. La prima è che il principio di concorrenza, come strumento di selezione di persone, gruppi, organizzazioni migliori, non dovrebbe valere solo per il livello della concorrenza fra imprese (che è un tipo di concorrenza, come abbiamo visto, che presenta anche profili di rischio per il mantenimento di elevati livelli di coesione sociale). Dovrebbe valere anche per quanto riguarda la concorrenza di merito fra individui all'interno delle organizzazioni pubbliche (scuole, uffici) e per quanto riguarda la concorrenza fra organizzazioni non imprenditoriali (p.e. le università²⁹). E' questo un tipo di selezione competitiva

²⁹ Per le quali una concorrenza efficiente dovrebbe essere regolata dall'esterno, mediante un razionale sistema di incentivi, e non può essere affidata ai meccanismi di prezzo e di innovazione di prodotto (mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *Competizione fra università e valore legale del titolo*, in *Federalismi.it* [rivista telematica], 11 febbraio 2009).

non escludente, che può produrre effetti di coesione sociale, se in essa viene garantita l'egualianza dei punti di partenza e una effettiva *competition on the merits* a livello generale, con il superamento di quelle costume feudale che, oggi, governa gran parte delle selezioni di persone e organizzazioni³⁰.

La seconda considerazione finale consiste nel richiamo al ruolo fondante che, al fine della costruzione e del mantenimento di elevati livelli di coesione sociale, ha il valore della legalità, e quindi del rispetto dei principi e delle regole poste dalle autorità legittime nell'organizzazione politica in cui si vive e di cui ci si riconosce cittadini. Sul punto devo anche esprimere un'osservazione di amichevole, se pur radicale, dissenso nei confronti delle tesi anti-giuridicistiche sostenute, nella relazione introduttiva di questo convegno, dal prof. Vettori. Il problema attuale del nostro tempo, per come ho finora detto, è quello di costruire un ordine politico più forte, in grado di affrontare le sfide di un'economia di mercato ormai globalizzata. La tesi oggi più diffusa, secondo cui il diritto globale dev'essere anche un diritto "spontaneo", porta diritto al primato del mercato sulla politica e all'impossibilità di contrastare le spinte dei mercati, anche quando queste sono ingiuste o inefficienti.

Se si vuole costruire un ordine politico migliore, la giurisprudenza deve tornare a porsi come strumento di costruzione e difesa di un ordine politico costituito ad accettato (il celebre "approccio interno" di Hart) e non come attività di scoperta di archetipi o essenze o anche di scoperta e razionalizzazione di un ordine spontaneo. Comprendo bene che gran parte del giuridismo del passato, con la preferenza per interpretazioni formalistiche delle leggi e con l'affermazione ideologica della neutralità del giurista, è oggi inaccettabile. Ma l'ideale giuridicistico più elevato (Scarpelli), che vede il giurista positivo come costruttore di regole giuste ed efficienti all'interno di un ordinamento dato ed accettato, va difeso con decisione, di fronte ai miti ricorrenti, che propongono una giurisprudenza autoreferenziale (ma in realtà funzionale alla razionalizzazione di equilibri "spontanei")³¹.

³⁰ Incidentalmente, deve segnalarsi che la regressione verso costumi feudali si è affermata largamente, almeno in Italia, anche nel campo universitario, con effetti deleteri sull'etica e sull'efficienza della ricerca scientifica.

³¹ Questo orientamento trova la sua espressione più nota e autorevole (ed anche affascinante, per tanti aspetti) nella *Prima lezione di diritto* di Paolo Grossi, che tanto ha influenzato il pensiero giuridico italiano degli ultimi tempi (e quello dell'accademia fiorentina in particolare).



GIUSTIZIA INDIVIDUALE O SOCIALE: FORSE UNA FALSA ALTERNATIVA?

Di Adolfo Di Majo

| 130

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 medioevo.

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

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 *status quo* e il suo equivalente, che è il nucleo della giustizia tra individui, è, secondo taluno (Honore), 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 *anticorrottiva* tra imprese petrolifere e/o assicuratrici danneggi solo il singolo imprenditore che ne è fuori e non anche i consumatori od utenti, a tal punto da esporti 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 l'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 *laestio 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

