

**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\*

| 147

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 recensione<sup>1</sup>.**

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,

<sup>1</sup> 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*.



analizza 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 traendo spunto dalla tradizione del *common law*. Non solo. La peculiarità dell'Unione europea sul punto è evidente.

Le sue istituzioni non possono essere inquadrare 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)<sup>2</sup> 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 stessi 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 sociale<sup>3</sup> 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-

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 recensione 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 distinzione concettuale fra giustizia commutativa e procedurale.

**Wojciek Sadurski**<sup>4</sup> nega l'autonoma 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 un contratto può essere vincolante ma ingiusto o squi-

<sup>2</sup> 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 *EUI Working Papers*, Departement of Law, 2010/09.

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

<sup>4</sup> Le schede di lettura dei cap. 2, 3, 4, 5 sono del dr. Federico Della Negra



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 autonoma 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 Chwaszcza**. In estrema sintesi, la sua visione propone la coesistenza tra i principi sottesi alla giustizia commutativa/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 espone 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 inconoscibile) 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. Diverse 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 Chwaszcza** 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 foriere 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



certa controversia. È proprio tale tratto distintivo ad evidenziarne 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 Petermann*<sup>5</sup> 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 calpestare". 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.<sup>6</sup> Da qui, la costruzione di un'idea di giusti-

<sup>5</sup> La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.

<sup>6</sup> 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 una durata lunga nel tempo, 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 giustificate solo se: legate agli incarichi, ai posti di lavoro disponibili, in condizioni imparziali di pari opportunità.





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 impone 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 altre Corti internazionali 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 privato 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**<sup>7</sup> 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 beni. L’ambizione del Manifesto è stata quella di promuovere una società più giusta nell’UE, attraverso nuove leggi sul contratto, sull’illecito, 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 accontenti 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 nelle giurisdizioni 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 fundamenta-

<sup>7</sup> La scheda di lettura è del dr. Antonio Gorgoni.



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 "recepire i valori costituzionali nel diritto privato" europeo (p. 146) ed esamina le differenze tra le Corti costituzionali dei diversi Paesi<sup>8</sup>. 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-Strarburgo. Esamina criticamente il caso Viking

Importanti sono le considerazioni sugli "Effetti orizzontali indiretti nel sistema di diritto privato eu-

<sup>8</sup> Alla luce 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 autodeterminazione. 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-



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 Mattei**<sup>9</sup> 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 dell'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.

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

**Alessandro Somma**<sup>10</sup> 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 redistribuzione.

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 capitalista 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

<sup>9</sup> La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.

<sup>10</sup> La scheda di lettura è della dr.ssa Serena Meucci.



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 come effetto solo indiretto di misure volte invece a 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 del 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 tra 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 sul diritto privato. Il *code civil* esprime tale modello 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 coincidenti 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 onnipotente 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





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 ordoliberalista 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 ordoliberalista 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-

prietario 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 statutario significa dare rilevanza al collegamento tra diritti e doveri, poteri e funzioni. La tradizionale cultura liberale aveva rifiutato tale collegamento spinta 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 che sta a fondamento del Costituzionalismo italiano 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, rimuovendone gli ostacoli economici e sociali. Si è parlato 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



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 Torp**<sup>11</sup> svolge un'analisi comparata della idea di giustizia e dello stato sociale nelle istituzioni pubbliche. Anche questo autore muove 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 è stata riproposta nel 1971 da Rawls e dal suo "Theory of Justice". Dall'altra parte, gli ultimi venti 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 redistribuzione apportano; 2. quali idee di giustizia siano percepiti oggi nella popolazione e quali variabili 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-

<sup>11</sup> La scheda di lettura è della dr.ssa Serena Meucci.



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 trattergiato 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 delineare 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 equivalenza: 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 equivalenza 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 equivalenza 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-



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-Green**<sup>12</sup> 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 inidoneo 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 connota 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, incentrato 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 che 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 codi-

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 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 pari, gli interventi riconducibili al paternalismo intuitivo *ad hoc* si connotano per una totale imprevedibilità dei contenuti. Esempi significativi vengono individuati 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 tratti 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

<sup>12</sup> La scheda di lettura è del dr. Davide Scaffidi.





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. E' possibile soltanto rilevare che il giudice non ha strumenti idonei per

realizzare questo tipo di giustizia nell'ambito contrattuale. Alla luce di tutto ciò, Sefton Green esprime l'idea che il concetto di solidarietà contrattuale sia in certa misura riduttivo e che la solidarietà abbia ancora del potenziale inespresso 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.

E' 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-



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-Varano**<sup>13</sup> (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 dell'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 coscienza 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'ingiustizia 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 un'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

<sup>13</sup> La scheda di lettura è del dr. Alessandro Errante Parrino.



analizzandone 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 microsistemi 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 legittima. 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 legata 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 Dyeve<sup>14</sup> 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, Luxembourg*), 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

<sup>14</sup> La scheda di lettura è del dr. Antonio Gorgoni.





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 giudicare 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 va 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 riempire 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).

Dyevre 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, aggiunge 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 euroscettiche su vari temi, a seconda delle tendenze culturali di quel paese. Ad esempio, afferma Devre, “il giudice francese, mediamente, 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 giudiziale. 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*”), Dyevre indica i seguenti: a) i costi di reazione ad un determinato pronunciamento 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).





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 Moreau**<sup>15</sup> 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 quelle 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

ciò non ha eliminato il conflitto tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. E l'idea di giustizia sociale continua ad uscirne 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 centrale. Sebbene abbia una funzione solamente 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

<sup>15</sup> La scheda di lettura è del dr. Mario Mauro.



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 connesso 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 secondo conflitto 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**<sup>16</sup> 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 giustizia del diritto positivo. Ciò ha comportato un riadattamento e una rivalutazione del diritto. Questo processo è stato fortemente facilitato dalla soluzione delle controversie dinanzi 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 divenuto 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

<sup>16</sup> La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.



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 Willet**<sup>17</sup> 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 informazioni 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 convinti 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 commutativa e giustizia sociale. Mentre nella giustizia commutativa 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 Suprema Corte all'Office of Fair Trading. In Inghilterra, infatti, il diritto europeo ha comportato uno spostamento da una posizione tipicamente di giustizia commutativa ('*piecemeal rule*' + *enforcement post*) ad una posizione di giustizia sociale (*general principles* + *preventive enforcement*). Per '*piecemeal rule*' Willet intende riferirsi

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 pregiudizio e che è, appunto, avanzata 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 chiavi della direttiva consumatori (93/13/CEE) è rappresentato dalla sua applicabilità prima, durante e dopo la transazione. Per contro, il regime previgente 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 concreta 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'OFT, la Suprema Corte inglese sia ancora orientata ad un'idea di giustizia commutativa.

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'OFT

<sup>17</sup> La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.



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 OTF. Il secondo percorso intende suggerire una argomentazione più rigorosa per l'OTF, magari, anche con riguardo a ricerche empiriche circa i bisogni e gli interessi delle parti.

**Bastian Schuller**<sup>18</sup> analizza il modello sociale scandinavo caratterizzato dall'avvento del c.d. *Legal Realism*. I 'realisti' negano una qualunque nozione di giuridica che argomenti 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 piccoli 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 sul 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 facciano 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 riconnessi 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 suo componenti. Rapportati 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.

<sup>18</sup> La scheda di lettura è del dr. Daniele Imbruglia.





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 un approccio pragmatico e 'civil rights', possa essere in contrasto con alcune ideologie del *welfare* pubblico e di un sistema economico co-operativo.

**K.J. Cseres**<sup>19</sup> 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 configgenti 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. Cseres 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. Cseres 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.

<sup>19</sup> La scheda di lettura è del dr. Giovanni Taddei Elmi.



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 fondamentale 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 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 solamente 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



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'odierno 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 riassunti 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 traducano 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-costi) 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 migliorarne 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 rientrando 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.



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 incentivare 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 fautori 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 interessa 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 contegni che ostacolano 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





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 debole<sup>20</sup>. 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"<sup>21</sup> ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi giurisprudenziali in tema di clausole vessatorie, di patti sproporzionatamente 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 *pacta 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 sensibilità<sup>22</sup>, il tema della eguaglianza e dell'equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale<sup>23</sup> che atte-

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 saggio<sup>24</sup> famoso, anche nel titolo, e in Germania in un'opera<sup>25</sup> 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 riemerso, in un contesto normativo profondamente mutato, ma le posizioni in dottrina e giurisprudenza restano ancora distanti<sup>26</sup>. Si è criticato il significato non giuridico del termine<sup>27</sup>, 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 "coordinare il rispetto dei patti contrattuali con i canoni della buona fede, dell'equità del buon costume... in un tutto organico ed armonico", p. XXXVIII

<sup>24</sup> J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans les contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

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

<sup>26</sup> mi permetto di richiamare, 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 ordinanti*, Milano, 2005, p. 83ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss., ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. 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 *Riv. 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. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 337 ed ivi 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.

<sup>27</sup> 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 *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, p. 33 ss., e in part. 50 "con i controlli sul contenuto del contratti del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto ma ha voluto, piuttosto, mercantilizzare lo cambio"; Tali considerazioni terminano con la conclusione, scontata, che nella disciplina comunitaria "L'istanza etico-politica può giocare come un "motivo" tra gli altri di una disciplina che ha la sua causa innanzi 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 incentra 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 accezione non interseca neppure l'idea di giustizia sociale che esige un bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva

<sup>20</sup> G. VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERCL*, 9, 2013, pp. 221 ss.

<sup>21</sup> G. CHIODI, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss.

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

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



trolli comunitari sul contenuto del contratto del consumatore e delle imprese non è inteso affatto a moralizzare il contratto, 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<sup>28</sup>. 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"<sup>29</sup> nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità<sup>30</sup>.

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 sistematica, 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 rinvio 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.

<sup>28</sup> H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit. p. 659 ss.

<sup>29</sup> 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)

<sup>30</sup> 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 atti<sup>31</sup>. 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 congegni 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 Giustizia<sup>32</sup>. Spetterà alla legge nazionale e comunitaria segnare i criteri direttivi.

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

---

<sup>31</sup> S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709.

<sup>32</sup> S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 290 ss.

