

# MERCATO, LIBERTÀ, GIUSTIZIA. A PROPOSITO DI DUE LIBRI RECENTI

Di Giuseppe Vettori

*Il mercato delle libertà di Enrico Diciotti, Il Mulino 2006 e Il Terzo contratto a cura di Gregorio Gitti e Gianroberto Villa, Il Mulino, 2008.*

*SOMMARIO: 1. Il mercato delle libertà - 2. La diagnosi dell'attualità - 3. Il terzo contratto. Le analisi e gli strumenti - 4. Il terzo contratto. I limiti e le critiche - 5. Due parole sul metodo dei civilisti oggi - 5.1 Sul piano dell'atto - 5.2. Sul piano del rapporto - 6. Il civilista fra identità e meticcio.*

## 1. Il Mercato delle Libertà.

Gli incontri pisani<sup>1</sup>, da sempre, ci invitano a riflettere sui grandi temi del presente ma questa occasione isola un oggetto scandito da tre parole forti, capaci di coinvolgere, più di ogni altra, le conoscenze e le attese.

Il libro di Enrico Diciotti<sup>2</sup> muove da un'idea precisa. Per «garantire eguali libertà di agire è necessa-

rio assicurare eguaglianza nel possesso e nel godimento di beni materiali» Ciò perché «nessuna azione può essere compiuta senza far uso di beni materiali (uno spazio in cui eseguire l'azione; eventuali altri beni) e non è possibile garantire a qualcuno la libertà di compiere una qualsiasi azione senza garantirgli la libertà di usare determinati beni, cioè i beni necessari per compiere quell'azione»<sup>3</sup>.

Da ciò si trae che non è possibile garantire in una società di mercato eguali libertà negative perché nel mercato «la sola libertà garantita a tutti è quella di scambiare beni e servizi», tramite un potere giuridico di autonomia che è il potere necessario “ per sti-

<sup>1</sup> Si tratta della Introduzione alla presentazione dei due libri organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e in particolare da Emanuela Navarretta e Umberto Brecchia, il giorno 8 maggio 2009.

<sup>2</sup> E. DICCIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>3</sup> E.DICCIOTTI, *Il mercato delle Libertà*, op. cit., p. 7



| 4

pulare contratti con cui acquisire libertà di agire e privarsi di libertà di agire»<sup>4</sup>.

Ne seguono due conseguenze. La prima: «Una società radicalmente liberista, in cui il mercato non sia soggetto ad alcun limite non sarebbe altro che un *mercato di tutte le possibili libertà di agire*»; la seconda: «è impossibile garantire a tutti determinate libertà negative se a tutti è garantito il potere di scambiare tali libertà e di privarsene» perché «l'esperienza mostra come l'esercizio di questi poteri tenda a produrre disuguaglianze notevoli nella distribuzione delle libertà negative» che non possono essere garantite nello stesso modo in una società di mercato<sup>5</sup>.

L'autore dialoga con tutta la grande tradizione liberale ed osserva che il più recente liberalismo non radicale, ispirato a ideali egualitari più o meno spinti<sup>6</sup> e il costituzionalismo del novecento<sup>7</sup> sono uniti da un convincimento comune. L'idea che possano essere riconosciute nelle odierne società occidentali un nucleo di libertà fondamentali di circolazione, di riunione, di associazione, di culto di manifestazione del pensiero<sup>8</sup>. Tutte queste teorie secondo l'autore «tendono a tenere distinte le questioni del conferimento di eguali libertà fondamentali da quelle dell'eguaglianza nel godimento dei beni o nelle opportunità», instaurando un rapporto fra libertà individuali e mezzi economici solo sul piano delle «condizioni dell'effettivo esercizio»<sup>9</sup> o su quello del valore delle libertà<sup>10</sup>. E sta in questa conclusione il limite di questo filone di pensiero posto in luce nel libro.

«Poiché nel mercato, scambiando beni e servizi, ci si priva di libertà e si scambiano libertà, un mercato senza limiti.... è un mercato in cui è possibile scambiare tutte le possibili libertà e in cui è quindi possibile restare privi di ogni libertà»<sup>11</sup>.

Preso atto di ciò non appaiono condivisibili all'autore due tesi contrapposte: l'idea che alcune libertà fondamentali siano compatibili con ogni modello di società e l'idea che i limiti al mercato siano sempre e comunque limiti alla libertà di agire. La sua tesi è un'altra. «Ogni libertà negativa dipende

dalla organizzazione economica della società e in ogni società di mercato non vi è alcuna libertà negativa che possa essere garantita senza una limitazione adeguata della sfera del mercato». Si analizzano così gli «errori» delle concezioni liberali e libertarie e si considera infondata la distinzione fra i diritti di libertà e i diritti sociali per almeno due motivi. Da un lato perché la struttura di essi, nella gran parte dei casi, non sarebbe diversa dato che entrambe le situazioni sono «diritti di far uso di beni, cioè libertà negative». Dall'altro perché la garanzia per entrambe è possibile «solo in presenza di beni e risorse comuni, cioè sottratti alla sfera del mercato»<sup>12</sup>.

Il che porta ad analizzare «gli effetti che differenti forme di proprietà e di organizzazione economica avrebbero sulla distribuzione delle libertà negative» e si distinguono tre forme pure di proprietà di beni e di società: a) la proprietà e la società dei beni comuni (anarco comunista), b) la proprietà collettiva e la società corrispondente basata su di una «democrazia comunista», c) la proprietà privata e la società radicalmente liberista fondata su di un anarco capitalismo ove lo Stato ha la sola funzione di garantire la proprietà privata e la regolarità degli scambi di mercato.

Tutti i confronti portano ad una conclusione netta.

Per la garanzia e l'estensione delle libertà non vi è «alcuna soluzione semplice, rappresentata dalle forme «pure» di società, ma solo soluzioni complesse». Sicché la società migliore deve combinare i caratteri delle forme pure, basate su tratti di collettivismo e di mercato, ma in essa non potrebbero «manca- re beni e risorse di proprietà comune, cioè beni e risorse destinate alla garanzia delle libertà individuali e quindi sottratte sia alle deliberazioni dei poteri pubblici sia alla contrattazione privata»<sup>13</sup>.

## 2. La diagnosi dell'attualità.

Il libro ha molti meriti ma uno è particolarmente evidente per il giurista positivo. Oggi più che in passato per la velocità delle trasformazioni tecniche e scientifiche occorre una diagnosi del presente come premessa conoscitiva necessaria per un'indagine sulla rilevanza giuridica che deve tener conto di novità significative. Siamo tutti consapevoli del mutamento profondo nel sistema delle fonti e non starò a ricordare questa complessità in modo affrettato. Voglio sottolineare qualcosa di più e di diverso.

I sociologi e i filosofi parlano di una modernità liquida<sup>14</sup> ove la coesistenza di troppi modelli confon-

<sup>4</sup> E. DICIOTTI, *Il Mercato delle Libertà*, op. cit., p. 7

<sup>5</sup> E. DICIOTTI, op. cit., p. 60.

<sup>6</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il mulino 1982; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1995; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.

<sup>7</sup> in particolare con A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, 1997; N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in Id., *Lo stato moderno*, Bologna, 1997; FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

<sup>8</sup> E. DICIOTTI, op. cit., p. 63.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, p. 259

<sup>10</sup> J. RAWLS, p. 271-276

<sup>11</sup> E. DICIOTTI, *Il mercato delle Libertà*, op. cit., p. 71.

<sup>12</sup> E. DICIOTTI, op. cit., p. 73 ss.

<sup>13</sup> E. DICIOTTI, op. ult. cit.

<sup>14</sup> Z. BAUMAN, Roma-Bari, 2002

de ogni riferimento certo e «tutto appare fluido, giustificato o giustificabile, in rapporto all'onda che passa»<sup>15</sup>. La differenza fra la crisi del 1929 e l'attuale è evidente. «Allora il mondo delle certezze ideologiche si presentava come possibilità alternativa, rampante, come un sole nascente». Oggi dopo la crisi delle ideologie non è più così: «siamo come dei marinai che devono ricostruire la loro nave in mare aperto» con i resti del proprio e dei precedenti naufragi<sup>16</sup>. Resta da precisare a quali tavole o scialuppe possiamo aggrapparci. Ancora i filosofi ci indicano alcune alternative possibili: l'assemblaggio di tavole diverse come forme disparate del passato verso una condizione di "meticcio" che valorizzi visioni molteplici, plurali, meticce, appunto, come alternativa alla "barbarie dissolvitrice" della purezza, dell'identità, della razza<sup>17</sup>. L'abbandono di una modernità che non si appoggi al bastone della conoscenza e della saggezza. «Una politica e un'economia che si faccia carico di proteggere e di promuovere il senso di coappartenenza»<sup>18</sup>. Un invito esplicito alla riscoperta di valori condivisi.

D'altra parte i cultori delle scienze sociali hanno molto da riflettere su ciò che è accaduto dal 1990 ad oggi.

Si era in quegli anni affermata l'idea che l'economia non ha bisogno del diritto e della politica (viste da diverse ideologie come sovrastrutture), perché esprime un proprio ordine guidato da tecnici capaci di trasformare le esigenze e i bisogni individuali e collettivi in modelli costanti. Che cosa è accaduto è spiegato già da una serie di analisi acute.

La finanza è da due decenni una fonte di reddito essenziale in America e nel Mondo solo che lo Stato ha rinunciato progressivamente ad una delle sue funzioni sovrane. Ha rinunciato al monopolio nel battere moneta perché «anche le banche private hanno potuto battere una moneta» addizionale che prendeva forma nei più incredibili strumenti finanziari. Una moneta fondata sul nulla e perciò stampata sul nulla» sicché è accaduto che la moneta cattiva ha sovrastato la moneta buona e l'implosione è stata distruttiva. Nessuno ha resistito pochi hanno saputo prevedere<sup>19</sup>.

Gli esiti sono noti. Da un lato fallimenti delle banche, crisi dell'economia reale, licenziamenti e disoccupazione, povertà dei paesi più deboli. Dall'altro il ritorno della politica e del denaro pub-

blico con una serie di espedienti impensabili qualche anno fa. Nazionalizzazioni, acquisto di titoli tossici ad un prezzo più alto del loro valore per rivenderli a un prezzo più basso di quello iscritto nei bilanci delle banche, aiuti di ogni genere.

Tornano centrali dunque la politica e il diritto a cui si chiedono regole nuove e mutano le consapevolezze del passato recente perché l'alternativa non è più, a destra come a sinistra, fra lo Stato e il mercato, ma all'interno dello Stato fra mercato e sociale. Il mercato non è più inteso da nessuno come forza spontanea ma come motore di sviluppo da regolare entro le strutture dello Stato di diritto<sup>20</sup>.

Ma c'è di più. Per una corretta regolazione dell'azione umana non si può ignorare ciò che avviene in altre scienze (come la fisica, l'ingegneria, la genetica). La profonda evoluzione di queste scienze si allarga alla cultura generale e alla trasformazione della società, dei valori umani e dello stesso tipo di vita delle persone. La rilevanza di questa evoluzione si deve trasformare «al più presto possibile ed il più intensamente possibile, in rilevanza giuridica e nei conseguenti atteggiamenti del diritto». «Si è in presenza, dunque, di una dimensione originale della giuridicità nel suo complesso adattamento ai valori umani, tanto da rendere necessaria una metodologia conoscitiva ben altrimenti estesa»<sup>21</sup>.

Quali riflessi abbia tutto ciò sulla forma giuridica non è facile prevedere ma è certo che incide profondamente sul ruolo e l'identità del civilista.

### 3. Il terzo contratto. Le analisi e gli strumenti.

Non a caso il volume sul terzo contratto nasce sulla scia della constatazione di un'identità perduta, di uno smarrimento dovuto alla perdita di un «ordine sottratto alle contingenze» e «alla contaminazione

<sup>20</sup> Ma la maggiore attenzione al sociale, a destra come a sinistra, nelle logiche locali o globali, riporta al centro dell'analisi il problema dell'eguaglianza. Nei vertici internazionali recenti è apparsa concretamente l'esigenza di una politica redistributiva capace di coniugare il principio della giustizia sociale con interessi molto concreti. Un nesso reso evidente dalla crisi attuale. «Non ci sarà crescita senza redistribuzione del reddito e della ricchezza non fosse altro perché il nocciolo della attuale recessione mondiale.. e lo spettro dei 25 milioni di disoccupati nel primo mondo, risiede nel crollo della domanda globale. ... E il rilancio della domanda passa inevitabilmente per il suo finanziamento di massa. La necessità della redistribuzione è dunque la condizione primaria per il rilancio della crescita... (e ciò porta con sé) una specifica domanda di beni e servizi pubblici: etere, acqua, energia e anche giustizia». (E. SCALFARI, in *La Repubblica*, 5 aprile 09)

<sup>21</sup> v. per questa analisi A.FALZEA, Relazione...

<sup>15</sup> B. FORTE, *La torre di Babele del nostro tempo*, in *Sole 24 ore*, 18 aprile 2009

<sup>16</sup> B.FORTE, *op. cit.*

<sup>17</sup> R.DALBOUX, *Métissage ou Barbarie*, Paris,1994; A. MAALOUF, *Identità, Bompiani*, Milano, 2007, p.7.

<sup>18</sup> P. GOMARASCA, *Meticcio: convivenza o confusione?*, Venezia, 2009, p. 183.

<sup>19</sup> v. questa analisi in G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano 2008.

che rende indistinti obiettivi e linguaggi»<sup>22</sup>. Si avverte il disagio di fronte «alla modificazione della materia indagata» e al «ripensamento di ordine metodologico» che ciò sembra determinare. L'obiettivo della collana (Nuovi itinerari di del diritto privato) è preciso<sup>23</sup>.

6 Si vuole operare una «valutazione di compatibilità del nuovo con l'esistente» attraverso un'istanza di razionalizzazione «capace di affrontare i nuovi problemi e di tracciare itinerari di ricerca su temi collocati in zone di ombra o di confine» sì da richiedere l'uso di strumenti anche non usuali per il civilista<sup>24</sup>.

La scelta dei contratti fra impresa viene spontanea per una serie di motivi. Fra il contratto di diritto comune disciplinato nel codice civile e il contratto del consumatore, oggetto di una disciplina speciale, l'attività dei «protagonisti nel processo economico» si ispira a modalità peculiari di esercizio dell'autonomia contrattuale sottratta alle regole consumeristiche e ispirata all'effettività della contrattazione controllata da norme di settore e dalla disciplina generale del mercato. Lo slogan del terzo contratto è assunto come formula per «configurare una fattispecie», «individuare una disciplina» e indicare un metodo capace di allontanarsi da strumenti dogmatici inutilizzabili e da tentazioni neoesegetiche. Le prospettive e le analisi sono diverse ma si intravede una linea omogenea<sup>25</sup>.

Si intendono sottoporre a verifica alcuni modelli di configurazione o rimediali e si pone in guardia da strumenti e metodi indesiderati. In primo luogo il paradigma della proporzionalità e della giustizia contrattuale che estenderebbero alla contrattazione fra imprese *ratio* ispirate alla tutela della persona e in secondo luogo l'impiego delle clausole generali che affiderebbero al giudice la scelta dei valori e la loro gerarchia e con ciò sarebbero espressione di una «crisi del sistema o dell'incoerenza del legislatore»<sup>26</sup>.

Nell'indagare la fase di formazione si rifiuta la fuga nei principi generali e si «reputa ineludibile il recupero della fattispecie (da parte dell'interprete) come condizione indispensabile per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della ragionevolezza e della possibilità di comunicazione intersoggettiva»<sup>27</sup>.

Nella determinazione del contenuto si assegna valore, più che ad un generico richiamo alla buona fede «l'intervento esterno di fattispecie speciali (abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante) che rendono il contratto adeguato ad obiettivi di sistema (concorrenza regolazione del mercato) e ispirato ai fini della tutela dell'equilibrio sostanziale del rapporto e pertanto di giustizia contrattuale»<sup>28</sup>.

Per quanto concerne l'invalidità e il contratto si sottopongono ad analisi critica le combinazioni *Nulità parziale + rideterminazione* (che emerge dalla disciplina dei ritardi di pagamento) e *validità + risarcimento* che emerge da parte della dottrina e dalla recente giurisprudenza di legittimità. E il problema di fondo è se sia estensibile il primo modello a «fattispecie analoghe ma nelle quali il potere di riequilibrio non è stato previsto dalla legge ed in particolare alla situazione generale dell'abuso di dipendenza economica»<sup>29</sup>.

La risposta appare ad alcuno sostanzialmente negativa<sup>30</sup>.

Anche il ripensamento della esecuzione del contratto e delle tecniche di gestione del rischio è connesso al problema del terzo contratto inteso come

<sup>28</sup> G.GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il Terzo contratto*, op. cit. p. 110.

<sup>29</sup> G.VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il Terzo contratto*, op. cit. p. 134.

<sup>30</sup> G.VILLA, *op. cit.*, p. 135 ss. Per imporre una rideterminazione al soggetto che ha commesso l'abuso si può di far leva sulle regole che disciplinano il concreto tipo contrattuale che lega l'imprenditore abusato con quello dominante ... sicchè «venuta meno la determinazione convenzionale del prezzo il contratto sarebbe privo di oggetto determinato e vi si potrebbe ovviare ricorrendo alle determinazioni giudiziali». (1474, 1561, 1657) «Oppure ... eliminata la pattuizione potrebbe essere chiamata ad intervenire un'integrazione del contratto operante attraverso l'equità integrativa prevista dall'art. 1374 c.c.» Si osserva che in entrambi «le soluzioni che affidano al giudice un margine di discrezionalità significativo e che espongono la decisione a non trascurabili margini di errore» (p.135). D'altra parte si esamina se tale difficoltà e tale margine di errore siano presenti anche nelle soluzioni che passano attraverso il risarcimento o la ripetizione. Alcuno osserva di sì (MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina nei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699) perché «si tratta di operare quantificazioni di beni e attività». Altri (G.VILLA, *op. cit.*, p.135-136) osserva che tale obiezione «presuppone che l'impatto di una valutazione erronea sia sostanzialmente analogo sia quando, cessato il rapporto, si richieda a posteriori un riequilibrio della relazione, sia quando tale valutazione sia destinata a vincolare le parti per il futuro, reiterando così i suoi effetti negativi per l'avvenire» (G.VILLA, *op. cit.*, p.136). La conclusione è che un intervento di riequilibrio sul rapporto può più facilmente ammettersi «quando si tratti di un rapporto di lunga durata e quindi esposto a sopravvenienze poco prevedibili» (contratto incompleto). Dubbio è invece un tale rimedio «quando il contratto è completo, la prestazione è determinata ma la pattuizione non resiste a causa dell'abuso». (G.VILLA, *op. cit.*, p. 136)

<sup>22</sup> G.GITTI E G.VILLA (a cura di), *Il Terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p.

<sup>23</sup> v.G.GITTI, *Introduzione*, in *Il Terzo contratto*, op. cit.

<sup>24</sup> v.G.GITTI E G.VILLA, *op. ult. cit.*

<sup>25</sup> G.GITTI E G.VILLA, *op. ult. cit.*, p.

<sup>26</sup> G.AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p.29.

<sup>27</sup> G.D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p.82.



«modello che tende a seguire una graduale ... trasposizione del concetto di sproporzione ... e della valutazione delle ambiguità della condotta dal piano di mero fatto al piano della rilevanza normativa». In particolare la dinamica delle sopravvenienze consente di fissare il punto di partenza per ripensare l'intero apparato dei rimedi contro l'asimmetria di potere non governabile (interamente) con le regole di validità poste dal legislatore «e assieme di verifica della razionalità delle regole contro l'abuso visto che è proprio nella fase di esecuzione che si avvertono le conseguenze di tale pratica»<sup>31</sup>. La volontà è quella di «riconciliare la fase di formazione con le vicende del rapporto e delle sopravvenienze, poco gestibile con l'alternativa validità, invalidità». Il metodo induce a «superare il modello del contratto in generale per valorizzare l'aspetto relazionale e il valore che il tempo ha nella rilevanza giuridica di determinate relazioni»<sup>32</sup>.

Altri delinea con rigore i diritti dell'impresa deboli tratti dai divieti posti dalla legge per definire la illiceità dei contegni e l'oggetto del contratto<sup>33</sup>

<sup>31</sup> F.MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il Terzo contratto*, op. cit., p. 181-216.

<sup>32</sup> F.MACARIO, *op. cit.*, p. 201 ss. Si tende così a isolare quella che viene definita (da ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1044) una sorta di «macro ratio rispondente all'esigenza dell'ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell'atto di autonomia» originariamente programmati. Si isolano così alcuni gruppi di norme (1474, 1657, 1560 – 1661, 1664) per ricavare l'esistenza di «un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti», raffigurabile con le tendenze sulla proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede.( F.MACARIO, *op. cit.*, p. 201-202) Da qui la ricostruzione di « un obbligo di ricostruzione di fonte legale» non in contrasto con l'art. 1467 e sorretto dalla buona fede (1366, 1375) e dall'equità (1374). Essenziali sono al riguardo le osservazioni premonitrici di Sacco sulle sopravvenienze atipiche (*Il contratto*, Torino, 1975, p. 722) che aprono la via ad «una ricerca volta ad individuare il sistema dei rimedi correttivi e manutentivi del contratto non potendosi l'ordinamento affidare soltanto alla prescrizione della nullità delle pattuizioni con le quali si consuma *ex ante* l'abuso di un contraente nei confronti dell'altro...», ma di qui anche la difficoltà di individuare i criteri (generali) per l'esercizio della discrezionalità del giudice» (F. MACARIO, p. 212) Decisive sono ancora le prospettive dei Principi (Unidroit, Lando, CFR) e le prospettive di comparazione con il recente codice olandese (art. 258 BW), la giurisprudenza francese sul recesso dovuto a sopravvenuti squilibri che «avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto» (F.MACARIO, p. 216) e l'analisi economica in particolare sui contratti relazionali.

<sup>33</sup> M. ORLANDI, *Dominanza relativa ed illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, op. cit., p. Anche chi si sofferma sul controllo giudiziario del terzo contratto rifiuta sia il valore logico immutabile alle categorie dogmatiche del codice civile (che comporta di abdicare al compito di verifica e costruzione del sistema) sia il paradigma assiologico che ricostruisce in base alla proporzionalità o la giustizia o la debolezza del contraente ( che non chiarisce adeguatamente termini e criteri). Entrambe le

#### 4. Il terzo contratto. I limiti e le critiche.

Non mancano osservazioni critiche.

Alcuno muove dalla convinzione che se «il contratto è l'unica categoria per pensare l'interazione umana (assunta come paritaria) allora la categoria contrattuale soggiace ad un invalicabile limite cognitivo»<sup>34</sup>. «E' un non senso tentare di qualificare il contratto senza tener conto delle conseguenze esterne. L'impatto del contratto sul mercato è la funzione del contratto, la sua validità e disciplina dipende dagli «effetti esterni», la sua dimensione cognitiva è intrinsecamente metacontrattuale». «Il significato economico diviene significato giuridico quando si abbandona il lessico dell'efficacia e si cerca quello della regolazione». Il limite interno è dunque limite interno della categoria ed è insuperabile. «E' possibile invece soltanto introdurre una categoria ulteriore per selezionare ciò che il contratto percepisce a prezzo di troppe distorsioni. Questa categoria è la contrattazione»<sup>35</sup>. «Non c'è alcuna ragione di forzare ancora una volta entro la fattispecie contrattuale i problemi della contrattazione, postulando nuovi vizi del contratto». «I rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativi della legislazione sulla contrattazione: si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Hanno legittimazione regolativi e non dogmatica. Il danno da contrattazione è risarcito dall'invalidità, dalle restituzioni, dalle tutele specifiche e per equivalente. Nessuna tecnica è esclusiva, nessuna è pregiudiziale; tutte vanno consi-

prospettive scontano il costo grave di non «offrire criteri di lettura e verifica delle scelte del giudice» e di «determinare una incapacità comunicativa con il sistema di diritto europeo».( A.ZOPPINI, p. 234 ss.) Egualmente criticato è il fondamento della categoria del contratto con asimmetria del potere contrattuale perché il problema della parità e della repressione dell'abuso «non rispondono a finalità coerenti e suscettibili di essere tra loro elevate a categoria dogmatica unificante» (p. 236). La proposta è diversa. Sia la dominazione relativa che l'iniquità dei termini gravosi di pagamento traggono origine da un dato esterno al singolo contratto che «implica per il giudice la necessità di accertare ... il complesso dei rapporti delle parti, l'attività, il mercato di riferimento che sfuggono del tutto ai termini della fattispecie produttiva di effetti» (p. 244). Da qui la convinzione che il controllo della discrezionalità del giudice e dell'uso delle clausole generali impone «un'analisi in ordine all'effettivo assetto del mercato in cui opera l'impresa e all'impossibilità di trovare alternative, che deve trovare riscontro nella motivazione» (p.247).

<sup>34</sup> P.FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto*, op.cit., p. 275.

<sup>35</sup> P.FEMIA, *op. cit.*, p. 280.



derate per la capacità in concreto di riparare il danno»<sup>36</sup>.

Altri suggeriscono che «l'unità di analisi più significativa è costituita piuttosto che dalla singola relazione contrattuale dal sistema in cui queste operano si esso di mercato, di gruppo o di natura reticolare. Dunque il paradigma di analisi dovrebbe essere relazionale guardando al contratto nel contesto di mercato, di rete, di gruppo»<sup>37</sup>.

Altri ancora<sup>38</sup> sottolineano pregi e difetti di questa analisi. Positivo è l'aver individuato con chiarezza i limiti di facili generalizzazioni (Giustizia, proporzionalità, debolezza, asimmetria) e di aver perseguito l'obiettivo di un coordinamento sistematico con la disciplina del mercato e della concorrenza. Negativo è l'affidarsi ad una forma di eccessiva tipicità con il ricorso a categorie isolate trascurando di «declinare al plurale l'istituto del contratto e di considerare la dimensione generale del sistema e l'attitudine delle clausole generali ad aggregare e a conferire uno spirito coerente ed unitario alla molteplicità dei singoli sottosistemi». L'esempio più significativo è quello del rimedio di tipo correttivo che spesso è più vantaggioso di quello invalidante per l'imprenditore. «L'approccio che emerge nell'ottica del terzo contratto sembra rifiutare» sia l'uso delle clausole generali sia il ricorso all'analogia dell'art. 7 della legge sui ritardi di pagamento sul presupposto della eccezionalità di tale norma. L'alternativa è il ricorso alla normativa dei tipi (1474,1561,1657) o direttamente all'integrazione ex art. 1374. Secondo l'a. è invece più convincente un percorso che coordini «la clausola generale di buona fede oggettiva con un principio correttivo ricavato implicitamente- tramite l'analogia iuris- da indici interpretativi sia interni al contratto B2b... sia dedotti da altri contratti asimmetrici». Certo la norma può essere richiamata, non nella prospettiva dell'analogia legis ma iuris «come supporto ad un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo»<sup>39</sup>. Ciò esclude la sua eccezionalità ed è un «indizio ermeneutica.. per la costruzione di un rimedio correttivo che, in assenza di una specifica previsione di legge sulla rilevanza d'ufficio, rileva solo come strumento di tutela di una parte»<sup>40</sup>.

## 5. Due parole sul metodo dei civilisti oggi.

<sup>36</sup> P.FEMIA, *op. cit.*, p. 287.

<sup>37</sup> F.CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, *op. cit.*, p. 302.

<sup>38</sup> E.NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, *op. cit.*, p. 329 ss.

<sup>39</sup> E.NAVARRETTA, *op. cit.*, p.325.

<sup>40</sup> E.NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 326.

La critica accomuna, a ben vedere, metodi e riflessioni diverse: la proporzionalità, sostenuta da pochissimi, l'uso delle clausole generali e dei principi che è fondata su dati positivi, la giustizia contrattuale che va affrancata dalle banalizzazioni che ne sono state fatte.

Cominciamo da questa ultima parola che non sottende né un elemento alternativo alla causa, né una clausola generale basata su istanze morali.

La giustizia nel diritto dei privati ha evocato e sollecitato un problema di ripensamento e di adeguamento dell'ordinamento giuridico. 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>41</sup> nell'attribuire a ciascuno quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità<sup>42</sup>.

Ciò deve avvenire con l'uso di strumenti sul diritto qual è e non su quello che si vorrebbe che fosse: il richiamo è all'analogia *legis* e *iuris*, quindi regole e principi, e alle clausole generali previste nel codice civile. Proviamo a proporre qualche esempio.

### 5.1. Sul piano dell'atto.

Al di là delle formule sull'asimmetria e la debolezza dei contraenti non è dubbio che le relazioni fra privati sono ispirate al canone della parità in base a due fondamentali norme costituzionali. L'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti.

La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, come si chiarisce in modo limpido in un

<sup>41</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>42</sup> G.VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.



bel libro recente<sup>43</sup>, la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza<sup>44</sup>.

Ciò significa che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto ma anche sul piano delle dinamiche dell'«iniziativa processuale e dell'onere della prova» e ne segue una conclusione di grande interesse<sup>45</sup>. Nel ricostruire la fattispecie asimmetrica non è utile e opportuno il parametro della congruità delle prestazioni. È spesso poco significativa, al di fuori di ipotesi tipizzate, la misura del potere. Mentre deve essere potenziata la rilevanza delle circostanze soggettive e il piano delle azioni e delle tutele ipotizzabili<sup>46</sup>.

Tutto questo esige di tener conto non solo del codice civile ma della complessità delle fonti a partire dall'art. 41 cost, sino all'articolo 117 che innovano sostanzialmente anche l'art. 12 e i criteri interpretativi. Il riferimento nell'art. 12 all'ordinamento positivo dello Stato è superato dall'art. 11 e 117 cost. sicchè regole e principi debbono ricavarsi da quel quadro più vasto. L'art. 14 nel definire l'eccezionalità di una regola ha un contesto più ampio del solo codice e deve precisare generalità e deroghe in un ordine più vasto.

Sulla base di questi criteri, di fronte ad un abuso e uno svantaggio si deve rivedere i due modelli della nullità + rideterminazione e della validità + risarcimento.

L'utilizzo della responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite valorizza in modo del tutto convincente il secondo modello e rafforza l'idea che la buona fede sia una regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto.

Sull'equità mi sento ancora di condividere la posizione di Sacco<sup>47</sup>. Essa non ha rilievo generale sulla struttura. Il contratto iniquo non ha un trattamento generalizzato né una sanzione generale. Ha rilievo solo in presenza di una norma e l'art. 1374 ha il senso di richiamare in via riassuntiva tutte le indicazioni specifiche che trattano di equità correttiva. Ma

queste norme vanno valutate in merito alla loro eccezionalità, caso per caso. Spesso non sono affatto eccezionali ma estensibili per *analogia iuris* tutte le volte che emerge dalle fonti un "principio ordinatore della materia. ( v. art. 7 legge sui ritardi di pagamento ma anche art. 5 legge sul divorzio)

## 5.2. Sul piano del rapporto

E' sempre più avvertita l'idea che ne «contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, (l'equità esige che) si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno». In tale opera costruttiva «gli italiani partono favoriti in virtù degli articoli 1366, 1375 e soprattutto in virtù dell'art. 1374»<sup>48</sup>.

Gioca qui il rilievo della categoria dei contratti relazionali e di durata che trova ora un riferimento normativo nella legge di pochi giorni fa sul contratto di rete ove si richiede necessariamente un riferimento alla durata del contratto e alle relative ipotesi di recesso.

## 6. Il civilista fra identità e meticcio.

La verità è che il civilista è oggi stretto fra la ricerca di *un'identità perduta* con il tramonto degli strumenti di analisi del reale costruiti dalla modernità (assolutismo, codice, fonti certe), *il confronto con la politica e l'economia* sempre più stretto, la *riscoverta o il rifiuto dei valori*.

Credo che sia impossibile pensare al ritorno al passato. La complessità del presente rende impossibile il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono. D'altra parte i disordine delle fonti scandito da una serie di eventi precisi non giustifica né legittima una forma di nichilismo giuridico non fosse altro perchè l'intreccio fa fatti e valori nato con il costituzionalismo del novecento si è consolidato nei Trattati e nell'opera delle Corti Supreme che traducono il diritto vivente in "diritto formale e ufficiale". Si afferma la consapevolezza che la giuridicità non nasca o sia funzionale al solo conflitto ma sia piuttosto strumento che ordina e regola la società in ogni suo momento ed esigenza.

D'altra parte è lucida ma discutibile l'idea che il diritto e la politica, accerchiate dalla tenaglia della tecno-economia e delle fedi religiose, debbano ab-

<sup>43</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 116.

<sup>44</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 117-118

<sup>45</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 121-122.

<sup>46</sup> È questa la conclusione che emerge anche dal sistema inglese su cui si veda il bel saggio di M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Uncoscionability*, Padova, 2005, in part. p. 32.

<sup>47</sup> R.SACCO, *Il contratto*, in R. Sacco- G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004.

<sup>48</sup> R.SACCO, *op. cit.*, p. 204.



bandonare queste pretese di verità e rivalutare le ideologia<sup>49</sup>. Ciò è fondato sulla convinzione che la lotta politica faccia emergere «visioni della vita e forme di pensiero..frutto del prevalere nello scontro politico e non condizionate da fondamenti assoluti (storia, natura, assoluto, sacralità)». Ma a ben vedere non è così perchè il legame fra valori e ideologia è strettissimo. Non si può demonizzare gli uni e osannare l'altra. Il valore è un vettore di ideologia. Se l'uno conduce al «fondamentalismo, al fanatismo e al terrorismo della virtù»<sup>50</sup>. Se il pensare per valori «consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, m l'inferno in un paradiso di valori», il rimedio non è l'ideologia che sui valori si fonda ma casomai quello jus pubblico a cui Schmitt si affida «per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico»<sup>51</sup>.

Sono convinto che la dimensione del civilista sia la contemporaneità e ciò comporta anzitutto la necessità di «adeguare le proprie categorie concettuali –sistematiche all'evoluzione normativa della società», «abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati», diffidare dell'astrazione per guardare da sotto in su, partendo dalle cose e dai fatti. Ciò non significa abbracciare «un 'arcana impenetrabile sapienza quotidiana»<sup>52</sup>, non significa abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina non è oggi giustificata. Quella idea è frutto del pregiudizio illuminista che sia riservato solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negato al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda ora la *common law*<sup>53</sup>.

Come ci ha ricordato Paolo Grossi, «il legalismo e il formalismo allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente diritto e giustizia, essendo questa, misura di uomini carnali e di fatti carnali ... Se i giuristi all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse procederemo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia»<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> N.IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008.

<sup>50</sup> C.SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, a cura di G. Giusatti, p. 94.

<sup>51</sup> VOLPI, *Introduzione*, in C. Schmitt, *op. cit.*

<sup>52</sup> M.ORLANDI, *op. cit.*, p.175.

<sup>53</sup> P.GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 73.

<sup>54</sup> P.GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 73.

