

TUTELA DEI SOGGETTI “DEBOLI” E AUTONOMIA PRIVATA: DALLA FINE DEGLI ANNI '60 AL FISCAL COMPACT

Di Marisaria Maugeri

| 96

Tutela dei soggetti “deboli” e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al fiscal compact (Marisaria Maugeri)

SOMMARIO: 1. Note introduttive - 2. Le diverse fasi di politica economica ed evoluzione normativa. La prima fase: il Welfare State e gli interventi del legislatore a favore di categorie di soggetti deboli - 3. (segue) La seconda fase: lo smantellamento del Welfare State, l'affermarsi del neo-liberismo e gli interventi volti a risolvere il problema dei fallimenti di mercato - 4. (segue) La terza fase la fine degli anni novanta: le spinte protezionistiche e la reazione anti neo-liberale dell'accademia e delle Corti - 5. (segue) La quarta fase: il Trattato di Lisbona e alcune nuove Direttive dei primi anni di questo secolo: timida rinascita di un'Unione caratterizzata da un maggiore grado di solidarietà? - 6. Una battuta di arresto: la crisi e il fiscal compact - 7. Una fotografia del presente.

1. Note introduttive.

Per Virginia Woolf “Uno dei segni che cominciamo a non essere più giovani è il nascere di un senso di solidarietà con gli altri esseri umani”.

Ascrivo, dunque, all'avanzare dell'età la curiosità e il gusto di verificare se e in che termini oggi vi sia una reale tutela dei soggetti deboli ad opera dell'ordinamento e se e in che termini questa si realizzi attraverso la compressione dell'autonomia privata.

In questa sede mi chiederò se attualmente il nostro ordinamento abbia o non un'impronta di solidarietà e, se sì, come essa sia declinata; se si possano individuare dei trend *crescenti* o *decescenti* di tutela dei soggetti deboli; in che modo venga coinvolta l'autonomia privata¹; e da ultimo, se tutte le discipline che vengono iscritte all'interno del paradigma di solidarietà siano realmente tali.

¹ Sull'evoluzione dell'autonomia privata da ultimo E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in corso di pubblicazione.

Questo scritto ha, però, esclusivamente l'ambizione di avviare una riflessione e non certo di affrontare *funditus* un tema che necessiterebbe di ben altri spazi (e competenze). Chiedo, dunque, da subito scusa per le necessarie semplificazioni e approssimazioni che lo caratterizzeranno. Chiedo, inoltre, scusa perché i dati oggetto di osservazione saranno limitati e perché almeno uno di questi (quello relativo all'abrogazione di discipline volte a promuovere la solidarietà verticale) non sarà dimostrato.

Con queste precisazioni mi accingo ad elencare i dati che ho assunto come rilevanti per capire come oggi vengano protetti i soggetti deboli e, in particolare, come vengano protetti nelle relazioni contrattuali.

I dati sono i seguenti:

1. abrogazione di discipline volte a promuovere la solidarietà verticale;
2. mantenimento, seppur con alcuni interventi modificativi, di vecchie discipline a protezione del contraente debole (lavoratore subordinato, durata della locazione ..);



3. reazioni ai c.d. fallimenti del mercato (io iscrivo all'interno di queste le discipline a tutela del consumatore e alcuni interventi a tutela delle imprese, ad es. il caso degli obblighi di informazione previsti dalla disciplina in tema di affiliazione commerciale);

4. uso accentuato di clausole generali da parte della giurisprudenza (principalmente buona fede e abuso del diritto);

5. interventi protezionistici in materia di contratti fra imprese (segnatamente la disciplina di abuso di dipendenza economica e di imprese operanti nell'agroalimentare);

6. alcuni rapsodici nuovi interventi in tema di protezione di clienti disabili e vulnerabili (prezzi imposti);

7. il fiscal compact.

È evidente che vi sono altri dati di cui si potrebbe tener conto e che l'analisi che qui propongo si potrebbe, con molta generosità, definire embrionale. Credo, però, che quelli selezionati siano paradigmatici e, in quanto tali, possano essere considerati idonei a fungere da base di riflessione.

Prima di offrire la mia lettura sull'attuale protezione dei soggetti deboli, mi sia consentito di tentare di collocare i dati elencati all'interno di una cornice di evoluzione politico-istituzionale più generale che consentirà – spero - di comprendere meglio il senso e la *ratio* degli stessi.

2. Le diverse fasi di politica economica ed evoluzione normativa. La prima fase: il Welfare State e gli interventi del legislatore a favore di categorie di soggetti deboli.

Opererò una divisione in fasi precisando, però, che come ogni categorizzazione quella che segue non può che comportare una riduzione, a volte brutale, della complessità dell'oggetto analizzato. Nel caso in specie, per altro, il limite della netta distinzione è ancora più grave perché la caratteristica forte della fase precedente si riduce ma non scompare nella fase successiva. Si registrano, inoltre, palesi sovrapposizioni e nell'ultima fase, addirittura, l'accentuazione stessa della sovrapposizione di tipologie diverse di intervento diventa la cifra caratterizzante. Ciò non di meno mi sembra che fissare dei confini possa essere di una qualche utilità per cogliere i *trend* di mutamento.

La prima fase potrebbe essere definita come quella del *Welfare State* e degli interventi del legislatore a favore di *categorie* di soggetti deboli.

Su questa fase non spenderò molte parole perché ritengo che sia quella più nota e studiata². Basti solo ricordare che anche in Italia – così come, in diverso grado e con caratteri diversi, in tutti i sistemi economici dell'Occidente³ - vi è stata una fase di forte intervento a favore dei ceti “deboli” che si è espressa anche attraverso la limitazione dell'autonomia privata.

Fra le conquiste sociali si annovera certamente lo Statuto dei lavoratori (Legge n. 300 del 20 maggio 1970, recante “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*”), che interviene sul contratto di lavoro limitando in modo significativo l'autonomia privata del datore di lavoro.

Ricordo anche la disciplina in tema di locazione degli immobili adibiti a uso abitativo (Legge 27/7/1978 n° 392. Disciplina delle locazioni di immobili urbani).

Si tratta in entrambi i casi di discipline che proteggono *categorie* di soggetti ritenute tipicamente deboli nei confronti di controparte. I soggetti considerati vengono tutelati sia sotto il profilo dell'equilibrio economico dello scambio sia sotto il profilo della stabilità e durata del rapporto.

Parte di quel tipo di intervento, in vero ridotto, è giunto fino a noi (così è per quanto riguarda lo Statuto dei lavoratori, anche se – come è noto – è stato oggetto di contestatissima revisione ad opera della c.d. Legge Fornero, la n. 92 del 2012, e così è con riferimento, quanto meno alla durata ancorché non solo, del contratto di locazione).

In quella fase storica (o addirittura ancor prima⁴) comincia anche ad affermarsi la c.d. costituzionalizzazione del diritto privato⁵. Per quella via, parte della dottrina intendeva (quanto meno anche) accelerare il processo di protezione di interessi non ancora presi in considerazione dal legislatore (si pensi all'ambiente). Ha, infatti, ragione chi afferma che all'interno della corrente di pensiero che faceva allora riferimento ai valori costituzionali occorre distinguere fra chi si appellava, in via preferenziale al legislatore, e chi, invece, affidava in via preferen-

² Cfr., fra l'altro, i contributi contenuti in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008.

³ F. GALGANO, *Lex Mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Annali del Seminario giuridico*, 2001-2002/2003, 467.

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.



ziale al giudice un compito di mediazione sociale alla luce dei suddetti valori⁶.

Intervento del legislatore da una parte e spinta in chiave solidaristica di parte della dottrina erano, dunque, la cifra di quel periodo.

3. (segue) La seconda fase: lo smantellamento del Welfare State, l'affermarsi del neo-liberismo e gli interventi volti a risolvere il problema dei fallimenti di mercato.

La seconda fase è quella in cui si assiste allo smantellamento dello Stato sociale e all'affermarsi del neo-liberismo.

Alcuni imputano il suddetto processo alla globalizzazione. L'apertura totale dei mercati, le nuove tecnologie, i nuovi mezzi di trasporto, l'accelerazione dei processi di interdipendenza economica, avrebbero impedito ai singoli Stati di fare politiche di *Welfare*, pena la perdita totale di competitività delle imprese nazionali. Sempre alla globalizzazione viene, pressoché unanimemente, ricondotta anche la perdita di significato dello Stato nazione e la ri-dislocazione di parte del potere prima tipicamente esercitato da quest'ultimo ai mercati⁷.

Non solo, dunque, l'assenza di politiche di *Welfare* da parte dello Stato ma anche una più radicale perdita del significato stesso di Stato nazione. Decisioni che vengono sempre più, direttamente o indirettamente, prese non da organi politici ma dagli AD delle diverse società.

Ricordo, a questo proposito, quanta "impressione" mi fece leggere l'*incipit* del primo capitolo di

⁶ Così L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 11.

Un ruolo di decisa e forte mediazione sociale, che per certi versi va anche oltre il compromesso costituzionale come fonte di ispirazione, viene affidato ai giudici nel convegno sull'uso alternativo del diritto, svoltosi a Catania il 15-17 maggio 1973 (i cui lavori sono poi stati pubblicati in due volumi a cura di P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, 1973).

⁷ In un recente libro sulla "Storia della globalizzazione" di due storici (JÜRGEN OSTERHAMMEL E NIELS P. PETERSSON) edito da Il Mulino nel 2013, si afferma che, nonostante non esista affatto unanimità di vedute fra gli studiosi circa la portata e il senso dell'espressione "globalizzazione", su una cosa sembrano concordare tutti e cioè che il fenomeno che va sotto quel nome "revoca in dubbio il significato dello Stato nazionale e disloca il rapporto di potere tra gli Stati e i mercati a vantaggio di questi ultimi ... Le possibilità di intervento di politica economica da parte dei governi degli Stati nazionali ne risult[ano] pregiudicate, al pari del loro accesso alle risorse, soprattutto fiscali. Anche gli interventi assistenziali di politica sociale s[ono] smantellati e così ridotta nel contempo la legittimità dello Stato".

un libro di Guido Rossi del 2008⁸ in cui veniva riportato, fra l'altro, un dato: "All'inizio di questo secolo tra le cento maggiori economie mondiali compaiono cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati..."; e un commento: "Le corporation vanno ormai considerate i veri protagonisti della scena economica contemporanea: dominano in molti casi le entità statuali ai cui ordinamenti sarebbero in teoria assoggettati"⁹.

Stati nazione vincolati e dipendenti, dunque, da decisioni prese "altrove" e gruppi societari capaci di influenzare se non tutti i singoli Stati sicuramente quell'"altrove" da cui i singoli Stati risultano interdipendenti.

È in questo contesto che si afferma sempre più il c.d. neo liberismo¹⁰ secondo il quale il mercato alloca efficientemente le risorse e in tal modo garantisce anche l'interesse pubblico¹¹.

Il nucleo centrale del neoliberalismo si è formato nel corso degli anni Settanta con la forte spinta di Carter¹², si è consolidato sotto Reagan e Thatcher nel corso degli anni Ottanta, e ha raggiunto il suo acme con la caduta dei regimi comunisti, imperniandosi sulla fiducia nella capacità di regolazione spontanea dei mercati¹³.

Una delle peculiarità del neo-liberismo è l'attenzione per l'efficienza delle singole contrattazioni. "L'idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente"¹⁴.

A livello sovranazionale il neoliberalismo – sostiene un famoso politologo – "riuscì a radicarsi nel corso degli anni Ottanta e Novanta nelle principali organizzazioni internazionali (FMI, Banca Mondiale, OCSE: il cosiddetto Washington Consensus), la Commissione europea e l'Istituto Monetario Europeo, poi la Banca Centrale"¹⁵.

⁸ *Il mercato dell'azzardo*, Adelphi (il cui primo capitolo riprendeva un saggio *Dalla compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, apparso nella Rivista delle Società nel 2006).

⁹ G. ROSSI, *op. cit.*, 17 – 18.

¹⁰ O neo liberalismo (trattandosi della traduzione di Neo-Liberalism) secondo alcuni, ad es. F. DENOZZA, , *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in corso di pubblicazione.

¹¹ Non posso in questa sede per ovvi motivi neanche sfiorare la questione, oggetto di dibattito anche in questi giorni, relativa al rapporto, necessitato o non, fra politiche neoliberiste e processi di globalizzazione.

¹² F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., 468.

¹³ M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, 2/2013, 121. Vedi anche P. KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Garzanti, 2009, 16 ss.

¹⁴ F. DENOZZA, *op. cit.* L'autore sviluppa una tesi secondo la quale il neo-liberalismo avrebbe caratteri significativamente diversi da quelli del liberismo classico.

¹⁵ M. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, 2013, n. 97, 6.

Ovviamente non è questa la sede per discutere *funditus* di neoliberalismo, ho fatto questi pochi cenni al fenomeno perché mi sembra importante comprendere quale fosse il principale riferimento politico culturale di quella stessa Commissione (Europea) che tanto impulso ha dato all'elaborazione della nostra disciplina a tutela del consumatore¹⁶.

La scuola di pensiero che ha tradotto con maggiore fedeltà a livello di analisi giuridica le convinzioni del neo liberalismo è stata sicuramente quella di *Law and Economics*. Scuola che ha influenzato non solo l'interpretazione delle norme ma anche e soprattutto la redazione di queste.

“L'idea che “*in the beginnings there were markets*” (Williamson) interpretata nel senso che il mercato è l'archetipo di riferimento, e che il diritto deve favorire la nascita e il buon funzionamento dei mercati o, dove ciò sia impossibile, simularne gli esiti, ispira in fondo, e sia pure con diversa radicalità, tutto il movimento dell'EAL”¹⁷.

Per l'EAL “la transazione è l'unità elementare di analisi e i c.d. costi di transazione sono lo strumento teorico operativo che consente di classificare, distinguere, aggregare i vari tipi di transazioni e poi di progettare interventi relativi alle varie tipologie di transazioni, afflitte dall'uno o dall'altro tipo di costi”¹⁸

L'EAL dedica grande attenzione allo studio dei c.d. fallimenti del mercato, primo fra tutti quello derivante dall'asimmetria informativa, nei termini in cui ne discuteva Akerlof, e alla modalità per rendere efficiente una transazione pur in presenza di *market failure* (individuando, ad esempio, meccanismi di perequazione delle asimmetrie informative).

Secondo alcuni studiosi ad esempio, nei rapporti con i professionisti, i consumatori sono in una tipica situazione di asimmetria informativa.

I consumatori entrano razionalmente in una contrattazione solo se ritengono che i costi da affrontare per accedere all'informazione e per contrattare siano inferiori ai rischi cui vanno incontro. In una transazione occasionale tali costi tipicamente non vengono affrontati. Questo fa sì che molte clausole non

vengano controllate dai consumatori e non vengano assunte come dati rilevanti ai fini della valutazione comparativa fra prodotti.

Risulterebbe, dunque, razionale per i professionisti utilizzare le clausole meno vantaggiose per il consumatore, facendosi concorrenza solo sul prezzo e abbassando lo stesso.

Questo determinerebbe un orientarsi del mercato verso il basso (*race to the bottom*), dando luogo a un fenomeno del tipo di quello del c.d. *Market for Lemons* descritto da Akerlof¹⁹.

Ed è per evitare questo fenomeno, e non per proteggere il contraente in generale debole o solo meno informato, che il legislatore dovrebbe intervenire.

Ho spiegato altrove perché la soluzione sul piano dell'analisi economica non risulta convincente (secondo me, infatti, proprio tenendo conto dei costi transattivi, si potrebbe per un verso estendere la soluzione in alcuni casi anche ai professionisti e per un altro verso limitare la tutela dei consumatori in caso di transazioni con corrispettivi molto elevati) ma non è questo qui il punto²⁰.

In questa sede, infatti, ciò rileva è che – nonostante alcune ambiguità – la cultura neoliberista ha fortemente influenzato la redazione della disciplina contenuta Direttiva 93/13. La *ratio* di quest'ultima, infatti, è palesemente quella di perequare l'asimmetria informativa in quanto idonea a determinare un “fallimento del mercato”. Se si fosse, infatti, voluto perequare l'asimmetria di potere di mercato (monopolio, posizione dominante, etc..) o tener conto dello stato di minore potere economico del consumatore, coerenza avrebbe voluto che la valutazione in chiave di abusività investisse anche le condizioni economiche. Avrebbe, cioè, avuto più senso adottare una regola simile a quella contenuta nell' art. 36 del *Nordic Contracts Act*²¹. Ma così

¹⁹ G. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *Q. J. Econ.* 488, 1970.

²⁰ Sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in NGCC, 2013, II, 121 ss. Si rinvia a quello scritto anche per la ricostruzione del pensiero dei cultori dell'analisi economia del diritto sul punto (112 ss.). Per un approccio critico nei confronti di questa soluzione, seppur per ragioni in parte diverse da quelle da me accolte, vedi F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”*, in ODC, 2013, 4 ss. Sulla disciplina a tutela del consumatore come modo per affrontare uno dei fallimenti del mercato vedi da ultimo P. SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in ODCC, 2014, I, 1 ss.

²¹ L'art. 36 del *Contract Act*, dispone quanto segue: “(1) *An agreement may be amended or set aside, in whole or in part, if its enforcement would be unreasonable or contrary to principles of fair conduct. The same applies to other legal transactions.* (2) *In applying subsection 1 of this provision, consideration shall be given to the circumstances at the time of the con-*

¹⁶ Dico principale e non unico perché credo che abbia ragione chi sostiene che anche nella fase ascendente il neoliberalismo non sia riuscito a travolgere le fondamenta istituzionali dello stato sociale (con una battuta “smantellamento e picconate sì ma abbattimento totale ancora no”. Siamo ancora in una fase non definitiva della triste “dismissione”, per dirla con Ermanno Rea, e speriamo che quella dell'ILVA resti solo una metafora letteraria).

¹⁷ F. DENOZZA, *op. cit.*

¹⁸ F. DENOZZA, *op. cit.*. Secondo l'autore “La diffusione di questo orientamento spiega la ... sensazione di progressiva frammentazione dell'ordinamento e il moltiplicarsi di discipline sempre più speciali. In fondo ogni transazione presenta a suo modo qualche peculiarità e il gioco delle suddivisioni può svilupparsi praticamente all'infinito”.



non è stato²². E, d'altra parte, se il problema fosse stato quello della debolezza del consumatore perché fermarsi alla debolezza "informativa" e non andar oltre? In vero, il problema che assume rilievo per il legislatore europeo è solo quello del possibile cattivo funzionamento del mercato.

La disciplina va iscritta, dunque, all'interno di quel paradigma che si muove verso la massimizzazione e l'efficienza della transazione. Essa, cioè, al pari di altre (penso, solo ad es. a quella in tema di affiliazione commerciale), non ha nulla da dire sotto il profilo della solidarietà sociale.

Occorre, dunque, stare attenti quando si costruiscono paradigmi generali e si tratteggiano linee di unione fra le varie discipline. E questo vale sia quando si pretende di mettere insieme discipline con ispirazioni profondamente diverse (solidarietà sociale, protezionismo, efficienza ...) sia quando si pretende di mettere insieme discipline che intendono risolvere tipi di fallimento di mercato differenti (asimmetria informativa, *market power*,...) ²³.

4. (segue) La terza fase la fine degli anni novanta: le spinte protezionistiche e la reazione anti neo-liberale dell'accademia e delle Corti.

Negli anni novanta comincia a registrarsi la nascita e la crescita di movimenti contro la globalizzazione neoliberista.

In questa sede per noi rileva soprattutto un movimento, legato prevalentemente al mercato agroalimentare (soprattutto in Francia) e alle piccole e

clusion of the agreement, the content of the agreement, and later developments.' On the basis of this article even the price may be controlled".

²² Per una più compiuta argomentazione della tesi riportata nel testo sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *NGCC*, 2011, II, 256.

²³ In una pluralità di incontri pubblici sono stata annoverata fra le fautrici del terzo contratto. Non lo sono affatto. Secondo me la distinzione non deve assumere come punto di riferimento i tipi di soggetti bensì i tipi di conflitti o, se si vuole, i tipi di asimmetria, e il modo in cui il legislatore ha visto e disciplinato gli stessi. Ci si accorgerà in tal modo che a volte il conflitto riguarda nello stesso modo tanto i consumatori quanto i professionisti – si pensi ai contratti stipulati fra un soggetto in posizione dominante e il cliente – e il legislatore coerentemente non opera distinzione alcuna fra i soggetti. A volte astrattamente il tipo di conflitto riguarda tanto i consumatori quanto i professionisti ma il legislatore ha scelto di operare delle distinzioni fra categorie di soggetti, si pensi ai problemi di asimmetria informativa di cui ho appena parlato e al diverso modo in cui vengono affrontati nella disciplina in tema di affiliazione commerciale e in quella contenuta negli artt. 33 ss. cod. cons. Ciò significa che se non convince l'idea che esista un tipo unico di contratto asimmetrico non convince neanche la distinzione fra contratti *Btoc* e contratti *BtoB*.

medie imprese (in Italia rappresentate soprattutto dalla Lega, ma non solo).

I piccoli produttori dell'agroalimentare non riescono più a resistere all'apertura dei mercati e in Francia riescono ad ottenere prima (nel 1986, in controtendenza rispetto a quanto avveniva nel resto d'Europa) una disciplina in tema di "abuso di dipendenza economica", disciplina resa, però, ineffettuale dal richiamo all'attentato alla concorrenza, e nel 2001 la *Loi* n. 2001-420 del 15 maggio 2001 "*Nouvelles régulations économiques*" che estende la nozione di dipendenza rilevante fra imprese e che ha fatto parlare di risveglio del vecchio demone statalista e protezionista francese²⁴.

In Italia, con un asse politico di sostegno veramente singolare (Lega e Rifondazione comunista), alla fine degli anni '90 (1998) riesce a passare la disciplina in tema di subfornitura, che contiene al suo interno l'art. 9 in tema di abuso di dipendenza economica²⁵ che – come è noto – si ritiene applicabile a tutti i rapporti fra imprese²⁶.

Soprattutto quest'ultima disciplina, per come è formulata – nonostante alcuni tentativi in tal senso – non può in alcun modo essere letta come volta a raggiungere l'efficienza della transazione. Questa disciplina va oltre e deve – come ho spiegato in altra sede – essere letta come protezionistica. Desidero chiarire che io non uso quest'espressione in senso negativo ma esclusivamente descrittivo: norma che intende proteggere le piccole e medie imprese in quanto costituenti l'impalcatura fondamentale del paese. Norma, dunque, a protezione della produzione italiana. Si tratta, dunque, di una particolare forma di solidarietà sociale²⁷.

Disciplina frutto di una scelta politica. Scelta politica che trova il limite fra protezionismo e autonomia attraverso l'individuazione di specifici requisiti di applicazione (definizione di dipendenza economica).

Il quadro è stato di recente arricchito dalla Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Mi riferisco al secondo comma dell'art. 62 della L.27/2012, anche'esso, ma non posso qui approfondire, palesemente protezionistico.

Accanto alla reazione descritta, e un po' a cavallo con la fase che segue, ve ne è un'altra di più ampio raggio. Mi riferisco a quella che ha alla base la

²⁴ Sul punto vedi M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, 2003, 67 ss.

²⁵ Sulla genesi della disciplina sull'abuso di dipendenza economica sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 1 ss.

²⁶ Cass. S.U., ord. 25.11.2011, n. 24906, in *NGCC*, 2012, I, 298.

²⁷ M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 218 ss.



rivendicazione di un generale ruolo di giustizia distributiva per il diritto dei contratti.

Efficacissimo è quanto affermato, ad esempio, nel Manifesto sulla Giustizia sociale nel diritto contrattuale: “Nella misura in cui gli Stati nazionali riducono il loro uso dei diretti meccanismi redistributivi del welfare state, gli effetti distributivi del mercato diventano la forza determinante che governa le opportunità di vita delle persone. Una moderna dichiarazione dei principi del diritto privato dei contratti deve riconoscere il suo ruolo sempre più cardinale nello stabilire la giustizia distributiva nella società” (ma la tendenza si radica prima del Manifesto)²⁸.

Attraverso quali strumenti raggiungere quest’obiettivo? Nuovamente attraverso i valori Costituzionali (il Manifesto fa riferimento alla Carta di Nizza) e attraverso la rivalutazione delle clausole generali quali la buona fede, l’equità e l’abuso del diritto²⁹.

Anche in Italia si afferma questa corrente, a dire il vero molto articolata al suo interno³⁰.

A volte sono gli stessi protagonisti del movimento che si sviluppa negli anni ‘settanta’ – già descritto – a portare avanti il progetto di lettura “solidaristica” del diritto privato.

Ma il movimento non resta confinato all’interno dell’Accademia. Esso si afferma, seppur con ritardo, in giurisprudenza. Si ricorderà senz’altro, fra le altre, la decisione (commentata da diversi autori) della Corte di Cassazione n. 20106 del 18.9.2009 (il caso Renault) in cui la Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte di Appello in quanto quest’ultima non aveva tenuto conto della presenza nel nostro ordinamento di principi generali, quali quelli in temi di buona fede e abuso del diritto letti alla luce del principio di solidarietà di cui all’art. 2 della Cost.

Al di là delle condivisibili ragioni che hanno spinto accademia e corti verso questi esiti a me sembra che questa nasconda molte insidie e fra queste, prima fra tutte l’attribuzione di un compito di mediazione politica a soggetti che non rispondono politicamente delle scelte fatte (i giudici) e che esprimono esclusivamente il personale punto di vista sulla solidarietà sociale. In vero, tutti vogliono che il mondo vada meglio ma non tutti sono d’accordo

sul modo per raggiungere questo obiettivo, neanche i giudici³¹.

Oggi, come è stato efficacemente detto, ciò che si propone è un’etica senza principi condivisi la cui concretizzazione è affidata all’arbitrio dei giudici³². Cosa che rende la tutela realmente frammentaria e non prevedibile.

Si tratta di un tipo di tutela che fa perdere la visione di sistema e fa operare la selezione degli interessi cui tributare rilevanza prevalentemente a soggetti politicamente irresponsabili

5. (segue) La quarta fase: il Trattato di Lisbona e alcune nuove Direttive dei primi anni di questo secolo: timida rinascita di un’Unione caratterizzata da un maggiore grado di solidarietà?

Nel 2007, prima della grande crisi che stiamo ancora vivendo, viene firmato il Trattato di Lisbona. All’interno del Trattato viene inserito il riferimento all’*economia sociale di mercato*³³ *fortemente competitiva* (art. 3, comma 3, del Trattato sull’UE). Prima del Trattato di Lisbona, il Trattato Ce utilizzava la formula “economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (art. 4, comma 1, Trattato Ce).

La nozione di ESM è stata introdotta per la prima volta da un economista ordo-liberale, Alfred Muller-Armack. L’espressione è tradizionalmente ricondotta a quel filone di pensiero (preesistente alla definizione), per l’appunto ordo-liberale, che si sviluppa a Friburgo negli anni ‘30 del secolo scorso, e che annovera fra i suoi esponenti principali Röpke, Eucken, Rüstow, Böhm e lo stesso Ehrard. La teoria ordoliberal era inscritta dentro il paradigma liberale, seppur in un certo modo ibridato. Il termine “sociale” in quel contesto, derivava dal credere che la possibilità stessa per gli individui di partecipare al processo e di avere eguali opportunità aveva in sé (inglobava) un valore sociale³⁴.

³¹ L’auspicio – come dice S. RODOTÀ – (*Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 718) di potere avere «una costruzione consapevole» da parte degli interpreti che, rompendo con l’unicità di valori presente nel codice, riesca a «dar voce ad un pluralismo di valori, atteggiamenti, culture presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale» (auspicio che spiega bene, ripeto, la ragione per cui anche la migliore dottrina ha guardato con favore all’affermarsi delle clausole generali) sembra irrealizzabile.

³² F. DENOZZA, L’interesse sociale tra «coordinamento» e «cooperazione», in AAVV, *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, 2010, 16.

³³ Da ora in poi ESM nel testo e in nota.

³⁴ Sull’economia sociale di mercato vedi M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. Per le scienze giuridiche*, 2010, 66; Id., voce «Concorrenza», in *Enc. del dir.*, Annali

²⁸ In *Riv. crit.dir.priv.*, 2005, 99. I lavori che portano alla pubblicazione del Manifesto vengono avviati nel 2003 ma le idee in esso contenute erano già presenti negli scritti di alcuni dei redattori.

²⁹ Cfr. G. VETTORI, *I contratti per l’impresa fra tipi e clausole generali*, in GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa, I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, 2012, 97 ss.

³⁰ Per una sintesi delle diverse posizioni vedi G. VETTORI, *op.ult.cit.*



Come ha già sottolineato Francesco Forte nel 2008, però, "Molti di coloro che si pronunciano a favore dell'economia sociale di mercato non usano questo termine nel senso di Röpke o Einaudi, ma si riferiscono a una socialità che corregge il sistema di concorrenza"³⁵.

Di qui un certo entusiasmo per la svolta effettuata. Entusiasmo anche giustificato da alcune aperture che si registravano nei documenti legati alla strategia Europa 2020 (mi riferisco soprattutto ai punti 36 e 38 della Comunicazione della Commissione Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva – Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione in cui si fa riferimento ad esempio a "iniziative per l'imprenditoria sociale intese a sostenere e ad accompagnare lo sviluppo di progetti imprenditoriali innovativi sul piano sociale nell'ambito del mercato unico, utilizzando in particolare il rating sociale, l'etichettatura etica e ambientale, gli appalti pubblici, l'attuazione di un nuovo regime per i fondi di investimento e la raccolta del risparmio "dormiente"")

Accanto a queste indicazioni di programma si registravano nei primi anni di questo secolo alcune misure concrete in favore di soggetti deboli.

Penso ad esempio, a quanto previsto dal primo comma dell'art. 57 (Misure speciali destinate agli utenti disabili) del Codice delle Telecomunicazioni (Decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in recepimento della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica) secondo il quale: "1. L'Autorità adotta, ove opportuno, misure specifiche per garantire che gli utenti finali disabili fruiscano di un accesso, ad un prezzo accessibile, ai servizi telefonici accessibili al pubblico, compresi i servizi di emergenza ed i servizi relativi agli elenchi, che sia equivalente a quello degli altri utenti finali".

E ancora a quanto previsto dall' articolo 22 del decreto legislativo n. 164 del 2000, ora modificato dal Dlgs n. 93/2011, in recepimento dell'art. 36 della Direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che tutela e definisce i clienti vulnerabili. Protezione, però che aveva introdotto la Direttiva 2003/54/CE.

III, Giuffrè, 2011, 214 ss.; C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 2005, 40 ss. Sul punto sia consentito anche rinviare a M. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive*, cit., 122, n.59.

³⁵ F. FORTE lo scrive, criticando questa impostazione, in un articolo "Come evitar di far pasticci sull'economia sociale di mercato", pubblicato su *Il Foglio* il 26 agosto 2008. Intende l'ESM come legata ai doveri di solidarietà E. NAVARRETTA, *op. cit.*

6. Una battuta di arresto: la crisi e il fiscal compact.

Una cauta apertura verso profili di socialità sembrava, dunque, profilarsi nei primi anni del 2000.

Il grande crac del settembre 2008, con il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers, segna però l'avvio di una crisi mondiale da cui ancora non siamo usciti³⁶.

A ciò si aggiunga che nel 2009 la Grecia ha rivelato l'esistenza di un enorme buco di bilancio, nel 2010 sono scoppiate prima tensioni sul debito greco e successivamente preoccupazioni per l'Irlanda e il suo eccesso di debito nel settore immobiliare e per il Portogallo e il suo disavanzo. Nell'estate del 2011, da ultimo, anche la Spagna e l'Italia sono state lambite dal rischio di default. La situazione di crisi nell'Eurozona si è, dunque, accentuata³⁷.

Tutto ciò ha portata all'approvazione in Europa, il 2 marzo 2012, di un Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governante nell'Unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact*).

Tale Trattato impone, fra l'altro, (i) l'inserimento del "pareggio di bilancio" nella disciplina delle parti contraenti (in Italia è stato modificato l'art. 81 della Cost.), pareggio che si considera rispettato se il saldo strutturale (non legato ad emergenze) annuo è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; (ii) l'obbligo di mantenere il deficit di bilancio pubblico inferiore al 3% del PIL; (iii) obbligo di mantenere il debito pubblico inferiore al 60% del PIL, o in costante diminuzione verso questo limite di riferimento³⁸.

Con questi vincoli immaginare nuovi e stabili interventi in chiave di solidarietà orizzontale è arduo.

³⁶ In Italia sulla crisi del 2008 vedi, fra gli altri, F. VELLA, *Capitalismo e finanza. Il futuro fra rischio e fiducia*, Il Mulino, 2011.

³⁷ Sulla crisi dell'eurozona vedi L. BINI SMAGHI, *Morire di austerità. Democrazie europee con le spalle al muro*, Il Mulino, 2013.

³⁸ L'art. 4 del c.d. *Fiscal Compact* dispone quanto segue: Quando il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo di una parte contraente supera il valore di riferimento del 60% di cui all'articolo 1 del protocollo (n. 12) sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato ai trattati dell'Unione europea, tale parte contraente opera una riduzione a un ritmo medio di un ventesimo all'anno come parametro di riferimento secondo il disposto dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, come modificato dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011. L'esistenza di un disavanzo eccessivo dovuto all'inosservanza del criterio del debito sarà decisa in conformità della procedura di cui all'articolo 126 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.



Da più parti si sta chiedendo la rinegoziazione dei vincoli di bilancio. Allo stato non è prevedibile l'evoluzione sul punto.

7. Una fotografia del presente.

Cosa caratterizza allora il presente?

In primo luogo, il passaggio da una solidarietà verticale (ossia quella forma di trasferimento diretto dallo Stato ai cittadini in vario modo bisognosi) a una solidarietà prevalentemente orizzontale (ossia quella forma di redistribuzione della ricchezza che opera da cittadino a cittadino e che interviene attraverso la disciplina del contratto) ha fatto inevitabilmente sì che la soddisfazione di alcuni bisogni essenziali (un tetto, l'istruzione, la salute, ma anche un lavoro o un reddito minimo, un trattamento pensionistico adeguato e il sostegno durante la fase della vecchiaia, ecc.) sia rimasto in larga misura senza tutela. In altre parole, il passaggio in questione si è tradotto in un aumento significativo degli indigenti e, ovviamente, in una sottrazione di tutela a tutti i soggetti non in grado di operare transazioni (gli esclusi).

In secondo luogo, il deciso passaggio dalla solidarietà orizzontale indirizzata da scelte politiche (ancorché con l'eccezione derivante dalla debole inversione di tendenza della quarta fase) e operata per categoria sociale (intervento sul contratto di lavoro dipendente, equo canone nella locazione, ecc..) alla solidarietà orizzontale di tipo occasionale, la giustizia del singolo scambio, in larga misura slegata dalla scelta politica di tutela di categorie sociali di soggetti, ha fatto in modo significativo perdere di vista la visione di sistema. Si aggiunga a ciò che la selezione degli interessi cui tributare rilevanza è stata affidata anche a soggetti politicamente irresponsabili (i giudici).

In terzo luogo, l'incremento di interventi che in vero non sono di solidarietà orizzontale (cioè distributivi) bensì (almeno nelle intenzioni) meramente allocativi ha consentito, attraverso la retorica della tutela del consumatore/soggetto debole, di mascherare questa progressiva riduzione degli interventi in chiave di reale solidarietà. La tutela del funzionamento del mercato è stata presentata come una forma di attenzione nei confronti dei deboli.

In quarto luogo, la coesistenza di più spinte ha dato luogo a una decisa non unidirezionalità degli interventi e a distonie di sistema. Mentre in passato, infatti, i limiti all'autonomia privata erano prevalentemente (ancorché non solo) orientati a limitare in via politica il mercato (e i suoi esiti) al fine di redistribuire ricchezza a categorie di soggetti, oggi, accanto a questo tipo di regole (vecchie e nuove), co-

me si è detto, troviamo una pluralità di discipline che tendono più a ricreare condizioni di mercato efficienti (o, se si vuole, a risolvere i problemi di *market failure* inevitabili) che a proteggere "chi non ha". A ciò si aggiunga che si annoverano anche regole che devono essere iscritte più in un paradigma di neo-protezionismo economico che in quello di solidarietà sociale in senso stretto. La non unidirezionalità degli interventi ha portato in alcuni casi a vere e proprie distonie di sistema (concorrenza e protezionismo, ad es. sono antitetici, si può scegliere una via, se si vogliono proteggere alcuni interessi o l'altra via se si vuole tributare rilevanza ad altre esigenze, ma non ha senso alcuno sceglierle entrambe, per di più senza coordinamento, quanto meno rispetto agli ambiti di operatività dell'uno e dell'altro criterio ordinatore). La distonia di sistema non si può dire caratterizzi solo la fase che stiamo attraversando. Oggi si assiste solo a una accentuazione del fenomeno.

Aumento delle povertà e incertezze sulle direzioni politico-economiche da seguire per uscire dalla crisi nel presente. Non si può che sperare che il futuro sia migliore.

