

IL CONTRATTO DEL TERZO MILLENNIO*

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Introduzione - 1.1 Disciplina generale e discipline di settore - 2. Il dialogo con le altre scienze - 3. Carta dei diritti e Costituzione europea - 3.1 La Dignità della persona - 3.2 La libertà economica.

1. Introduzione

Una riflessione sulle prospettive della parte generale del contratto nel nuovo sistema delle fonti non può che muovere dall'interrogativo sul grado di effettività e sul ruolo di queste regole in questo momento storico.

È noto come muta l'attenzione al soggetto e al contratto nell'ultimo decennio del secolo scorso. La disciplina per i consumatori e per le imprese è oggetto di interventi minuziosi e innovativi¹. La normativa sull'usura e la rilevanza della diversità di potere negoziale interessa ogni contratto². La legisla-

zione antitrust impone di conciliare la teoria classica basata su regole generali conosciute in precedenza da tutti, con norme sui comportamenti determinate caso per caso³. Il ruolo delle Autorità Garanti espande l'area dei rapporti eterodiretti, secondo le necessità dei vari mercati⁴.

Tutto ciò frantuma il diritto dei contratti. Accentua il ruolo della negoziazione associativa, delle categorie, degli ordini in un contesto che evoca aspetti

* Il saggio destinato al Trattato de contrados a cura di J. Leyva (Lima) approfondisce quanto già espresso in G. VETTORI, *La teoria generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004 p. e in *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano 2005.

¹ V. in particolare G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 1999, e G. VETTORI, (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999. ID., *Commentario al Codice del consumo*, Padova, 2008.

² G. VETTORI, (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.

³ L. RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in *Il compito del diritto privato*, trad. it., Milano, 1990, p. 101 ss; B. OPPETIT, *La liberté contractuelle à la l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241; E. BROUSSEAU, *L'économiste, le juriste e le contrat*, in *Le contrat au debut du XXI siècle*, Etude offert a J. Ghestin, Paris, 2001, p. 601 ss.; V.B. FAGES e J. MESTRE, *L'emprise du droit de la concurrence sul le contrat*, in *RTD com.*, 1998, p. 71 ss.

⁴ G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* a cura di G. Gitti, Bologna, 2006; M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, ivi; F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, ivi.

di neocorporativismo⁵. In ogni fase dell'atto di autonomia, dalla formazione all'efficacia, dalla validità ai rimedi, emerge l'esigenza di un ordine⁶. Non foss'altro perché l'evoluzione tumultuosa di questi anni impone di riformulare il rapporto fra i sistemi di base delle relazioni fra privati (la comunicazione, il linguaggio, le azioni) con il diritto⁷.

Tale sistemazione evoca la necessità di principi, di regole generali e necessita di un chiarimento sul metodo.

Anzitutto la collocazione della norma non è un elemento ermeneutico rilevante per la ricerca di regole generali e la riflessione va ben oltre il dibattito, utilissimo⁸ sulla preminenza della parte generale o di quella speciale all'interno del codice. Il passato non torna: dalla crisi dei codici nascerà una legalità nuova e diversa, dai volti ancora incerti.

1.1 Disciplina generale e disciplina di settore

Se la dialettica fra diritto comune e diritto speciale attraversa ,con significati diversi, tutta la modernità, il diritto del consumo domina il presente ed è facile capire il perché.

Dalla metà del secolo passato in Europa quelle regole sono state al centro della riflessione sul contratto, prima negli Stati nazionali e poi nel processo di uniformazione. Oggi sia in Italia che nel diritto comunitario quel diritto speciale è oggetto di un ripensamento radicale. E non si può non muovere da qui per a) fissare le linee di evoluzione di questa vicenda, b) individuare i tratti del presente, c) riflettere sui segni che indicano una stagione diversa e ulteriore che già si intravede.

a) La linea di evoluzione. Persona e Mercato.

La dottrina italiana segue linee diverse nella ricerca di una disciplina del contratto in Italia e in Europa.

Da un lato si segmentano e frantumano le regole a seconda delle figure soggettive rilevanti e dei relativi regimi giuridici di protezione ed emergono così in particolare gli statuti del consumatore e dell'impresa debole⁹, con spunti diversi in ordine alla possibile estensione della disciplina all'interno della relativa classe ed anche oltre¹⁰.

Altri delimitano, per recuperare linearità e coerenza del sistema, una categoria di contratto asimmetrico riferibile ad ogni cliente protetto per una diversità di potere dovuta non al rapporto di consumo, ma ad una "prestazione caratteristica" o alla posizione di mercato occupata.¹¹ Ciò ponendo in luce la perdita di centralità della figura del commentatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo (vizi della volontà, rescissione).

La proposta è suggestiva perché individua una linea di evoluzione in atto nella normativa, ma teorizza una categoria (quella del cliente) di difficile delimitazione e si sofferma sullo *status* e le qualità soggettive come unica prospettiva possibile, senza indagare l'ambito dei rimedi generali da ripensare nel loro ambito di applicazione.

Altri al contrario¹² individua nella prospettiva rimediale lo strumento di politica legislativa più efficace sulla base di alcune considerazioni. Il consumatore e l'impresa debole appaiono in questa analisi, non tanto figure di contraente debole oggetto di una politica redistributiva, quanto "agenti di razionalità", protetti per finalità inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo. Ne segue che disciplina speciale e disciplina generale assumono peculiari contorni mentre il diritto privato

⁵ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, *ivi*.

⁶ V. R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 4, p. 418 ss.

⁷ A. FALZEA, *Note introduttive*, in *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1993, p. 46.

⁸ G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. I, 662 ss., ora in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 32 ss.; G. DE NOVA, *Dal titolo terzo del libro quarto del codice alla disciplina attuale*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 321 ss.; *Id.*, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 327 ss.; P. VITUCCI, *Parte generate e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ivi*, p. 804 ss.

⁹ v. in particolare C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss.; *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e M. Villa, Bologna 2008 e il contributo di G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, p. 16 e C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406.

¹⁰ per una sintesi G. VETTORI, *Diritto privato ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 133 ss.

¹¹ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 267 ss.

¹² V. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in corso di pubblicazione in *Eur. dir. priv.*, 2010.



generale è tutto da costruire attraverso una comunicazione continua fra i due ambiti¹³.

Di fronte a queste ipotesi si vuole in questo scritto riproporre un metodo diverso che non privilegia una qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) o la prospettiva rimediabile (priva di un riferimento ad interessi sostanziali protetti) ma assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi e del mercato, come istituto giuridico al cui interno si determinano le posizioni di potere dei contraenti e i relativi correttivi¹⁴.

Ciò per precisare nel sistema attuale delle fonti, obblighi e doveri contenuti in norme ma anche in principi di cui si dovranno precisare i contorni e le basi di disciplina attraverso la predisposizione di nuove tecniche applicative estranee alla norma e alla fattispecie e attente invece alla definizione di nuovi rimedi di carattere generale.

Ciò che sta accadendo in Europa sembra indicare questa direzione.

Dopo l'Action Plan del 2003 la Commissione si era proposta un duplice obiettivo. Migliorare l'acquis in tema di consumo e definire un Quadro comune di riferimento contenente principi e modelli di regole comuni. Le due proposte di Direttiva del 2008 hanno avuto un'accoglienza molto tiepida. Da qui la pubblicazione del libro verde del 2010 che rilancia il tema di una disciplina generale del contratto per una serie di motivi chiari.

- b) Il documento della Commissione sul diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese.

Dopo molte incertezze la commissione dell'Unione ha chiamato a raccolta giuristi e studiosi¹⁵. Su di un obiettivo chiaro. Potenziare il mercato interno e utilizzare il diritto dei contratti come

strumento di attuazione e potenziamento di questo obiettivo fondamentale per la vita dell'Unione.

Le ragioni tecniche sono del resto evidenti.

La diversità dei diritti nazionali crea dei costi di transazione supplementari e insicurezza giuridica per le imprese, indebolisce la confidenza del consumatore per il mercato interno, ostacola l'adattamento delle condizioni contrattuali. D'altra parte la diversità delle lingue e la difficoltà di reperire facilmente traduzioni delle legislazioni nazionali impone di consultare esperti con rilevanti costi e ciò scoraggia consumatori e imprese, in particolare dei paesi più piccoli, a sviluppare relazioni transfrontaliere, con danni elevatissimi per l'economia europea e per il benessere sociale nell'Unione.

Da qui la necessità di consolidare il mercato interno tramite anche il potenziamento del diritto europeo dei contratti e l'idea di lanciare una consultazione pubblica capace di indicare le azioni da intraprendere.

Il testo dovrebbe riprendere le regole imperative del diritto dei consumatori, basarsi sull'acquis dell'Unione, formulare regole per la parte generale del contratto e per alcuni tipi più rilevanti come la vendita i contratti di servizi il contratto di assicurazione di cui esistono alcuni principi generali a livello europeo.

- c) Oltre la figura del consumatore

Certo è insomma che nel diritto interno e comunitario emerge l'insufficienza della sola attenzione al consumatore e la necessità di affiancare alla disciplina di settore nuovi strumenti e nuovi rimedi di carattere generale.

L'obiettivo è condivisibile per molte ragioni.

La disciplina di settore non esprime principi generali ed è estensibile solo in base all'analogia *legis* e *non juris*. Non è consentito un passaggio diretto di regole fra diritti speciali senza una «verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale» Il diritto del consumo esige sempre un confronto con la disciplina generale del contratto nei diritti nazionali e nel mercato unico¹⁶.

Resta da precisare come si debba procedere perché la politica ha i suoi luoghi e i suoi tempi, difficili da prevedere, ma la scienza giuridica ha una responsabilità grande.

Da alcuni decenni Dworkin ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse¹⁷. La risposta dopo trenta anni ai suoi critici è del tutto convincente. La derivazio-

¹³ V. S. MAZZAMUTO, *op. cit.* La comunicazione fra diritto primo e diritti secondi può porre le basi per affermare l'esistenza di nuovi istituti come il diritto alla ri-negoziazione nei contratti a lungo termine, una nuova estensione dell'adempimento specifico, una più chiara emersione dell'*exceptio doli generalis*. D'altra parte la gravità e novità della crisi economica mondiale giustifica, secondo tale linea di pensiero, un mutamento netto. L'attenuazione di una regolazione basata solo sulla trasparenza e su rimedi *ex post* di natura risarcitoria e la ripresa di rimedi di carattere preventivo con il ritorno di divieti normativi sanzionabili con la nullità radicale dell'atto contro degenerazioni dell'autonomia che non possono essere altrimenti sanzionate.

¹⁴ V. G. VETTORI, *Persona e mercato, lezioni*, Padova, 1996. ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005.

¹⁵ Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables in vue de la création d'un droit européen des contrats por les consommateurs et les entreprises, Bruxelles, COM (2010) 348/3.

¹⁶ V. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, *op. cit.*, p. 152 ss.

¹⁷ R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed. Paolina, Bologna, 2010, p. 37 ss.

ne del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità di una regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo¹⁸.

Una conferma si trae dal presente.

La priorità di un'interpretazione e attuazione dei precetti in modo costituzionalmente orientato è ormai indiscusso in Italia e in Europa. Ebbene quelle norme sono spesso prive di fattispecie e indicano principi diversi da quelli contenuti nell'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile. La Carta è un *primum* e non un *posterius*. I suoi principi non riassumono o astraggono da dati conosciuti ma indicano un nuovo ordine da realizzare.

Negli anni 60 e 70 del secolo scorso i civilisti italiani divennero i sostenitori del valore solo programmatico delle norme costituzionali, in ossequio al positivismo imperante che esigeva di dare unico rilievo alle norme scritte contenute nel codice civile. Quell'errore non può essere ripetuto.

Occorre abbandonare la sola ricerca di conformità alla regola e la logica della fattispecie prendendo definitivamente coscienza di alcuni dati acquisiti¹⁹.

Sbiadisce la dicotomia fra fatto e diritto e fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede di misurarsi con un determinato precetto ma ha in sé, nella complessità delle fonti, elementi per acquisire rilevanza giuridica²⁰. Certo il fatto affiora nel diritto tramite l'interpretazione e attraverso tecniche nuove. Spesso sarà utile l'intreccio fra legislazione speciale e norme generali, altre volte si dovranno concretizzare i principi sulla base di altri principi regole o clausole generali.

Qualche esempio può chiarire questo procedimento.

Il ruolo della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto è profondamente mutato. Basta leggere un repertorio. Comportamenti delle parti e circostanze di fatto assumono un rilievo impensabile solo qualche anno fa. Uno studioso o un avvocato che ignorasse questo elemento di novità farebbe male il suo lavoro.

L'autonoma determinazione delle parti assume un contorno diverso dal passato. Basta pensare alla giurisprudenza di legittimità che esalta un principio generale in tal senso, alla profonda novità introdotta nel codice civile italiano con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno e di un nuovo titolo

(il XII) sulle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia. E' sufficiente ricordare la giurisprudenza penale in tema di convenzione di incapaci che considera nullo per violazione della norma penale un contratto concluso con menomazione «del potere di critica» o con un «indebolimento della funzione volitiva o affettiva che agevolino la suggestionabilità e diminuiscano i poteri di difesa del soggetto». Tutto ciò esige un nuovo ordine sulla autodeterminazione delle parti.

Per quanto attiene all'adempimento specifico e in particolare alla rinegoziazione la norma pur esistente (1467) non è più l'unico possibile regolatore del fenomeno. Si è posto in luce che nei contratti di lunga durata (relazionari) emerge un dato di fatto che acquista rilievo giuridico. L'impossibilità, a differenza dei contratti di semplice scambio, di prevedere il futuro e di fissare con precisione l'oggetto dell'obbligo determina la ricerca di una regolazione adeguata, che può derivare da una previsione delle parti o dal ricorso alla clausola generale di buona fede. Certo è che le norme del codice non danno risposte sufficienti e non sono più gli unici elementi di valutazione e di applicazione della regola.

Il vero è che la complessità attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuovi. Si tratta solo di non smarrirsi nel dubbio e di non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi. Con un orientamento.

I problemi non saranno mai risolti dalla stessa cultura che li ha generati ma occorre un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi.

2. Il dialogo con le altre scienze.

L'esigenza di una grande cornice di principi indicata dagli storici come necessaria evoluzione delle codificazioni implica una riflessione sulle fonti di produzione²¹, ma anche sull'essenza del contratto oggetto di tale generalizzazione.

Sul punto sono molto diverse le opinioni.

Si è posto l'accento sulle radici storiche, ma lo storicismo può appiattire l'analisi sui fatti che hanno anch'essi una loro tirannia²². Si è esaltata la sacralità

¹⁸ R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

¹⁹ V. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, op. cit., p. 173 ss.

²⁰ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 38 ss.

²¹ P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro in Codici: Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002, p. 579 ss.; G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. priv.*, 2002, p. 673 ss.

²² E. TROELTSCH, *Lo storicismo e i suoi problemi*, Napoli, 1985-93, I, p. 237; F. MEINECKE, *L'origine dello storicismo*, Firenze, 1954, ss. «Lo storicismo coincide con la storicizzazione di ogni realtà e di ogni valore, ovvero con il disciogliersi nel flusso del divenire eracleo di tutte le creazioni umane: Stato,



della norma, ma con ciò si affida la soluzione di ogni problema di senso alla contingenza storica²³. Si è riproposta la priorità dei valori²⁴, ma tale teoria divide e richiama il monito di Berlin²⁵ sulla opinabile credenza che esista un tesoro nascosto o che vi sia, da qualche parte, qualcosa o qualcuno che sia depositario della soluzione finale.

Per una buona teoria generale occorre superare l'alternativa fra natura e storia prestando attenzione al contratto, come entità sociale che ha una sua oggettività rispetto alla legge e alla natura delle cose²⁶.

L'ontologia sociale ci richiama particolari tipi di fatti che occupano uno spazio fisico (come quelli materiali) e sono soggetti al tempo (a differenza di quelli ideali)²⁷. Fra questi c'è il contratto come atto sociale che deve essere valutato e disciplinato in ba-

se alle necessità e alle percezioni del tempo. Per tale attività non si può che procedere all'astrazione, ma occorrono una serie di concetti che superino la rarefazione del passato e che risultino più astratti di un resoconto descrittivo di ciò che accade giorno per giorno o legge per legge²⁸.

Da qui la necessità di un dialogo forte con le altre scienze.

La filosofia politica del novecento ha fornito categorie di analisi lucidissime. Rawls e la teoria della giustizia²⁹, Dworkin³⁰ e la riflessione sui diritti «presi sul serio», il dibattito fra Comunitarismo e liberalismo³¹ sono essenziali per affrontare problemi cruciali del contratto e dell'autonomia privata oggi.

L'antropologia³² è utilissima nella sua ricerca di strutture che hanno acquisito oggettività, perché dotate di autonomia e indipendenza. L'etologia³³ ci guida allo studio dei comportamenti isolando i dati della realtà indispensabili per una moderna teoria delle clausole generali. Le teorie economiche³⁴ ci forniscono, da sempre, modelli per la elaborazione delle nostre categorie e sono oggi determinanti nello studio dei rapporti fra contratto e concorrenza.

3. Carta dei diritti e Costituzione europea.

Ma il giurista ha bisogno di dati positivi e in una stagione dell'esperienza giuridica «in cui per molti versi si va perdendo la dimensione sistematica del sapere, la prospettiva europea assume un ruolo innovativo perché aiuta a saldare le cose nuove con quel quadro sistematico che è il dato qualificante di qualsiasi ordinamento»³⁵. Si comprende così, l'attenzione che da qualche tempo si sta dedicando alla Carta dei diritti fondamentali e ora al Trattato di Lisbona.

diritto, morale, religione, arte.» Così G. FORNERO - S. TASSINARI, *Le filosofie del novecento*, Milano, 1997, p. 137.

²³ V. la lucidissima analisi di N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1160 ss.

²⁴ Altrettanto lucida e convincente la risposta di L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2001., p. 1 ss.

²⁵ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000, p. 11 ss; ID., *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, p. 189; ma soprattutto ID., *Il riccio e la volpe*, Milano, 1998, p. 71-72 ove la metafora evoca il contrasto fra monismo e pluralismo. «Fra chi riferisce tutto ad una visione centrale e chi persegue molti fini, spesso disgiunti e contraddittori... non unificati da un principio morale o estetico.» «Una credenza in particolare, più di ogni altra, è responsabile della strage di individui sull'altare dei grandi ideali storici - giustizia, progresso, felicità È la credenza che da qualche parte, nel passato o nel futuro, nella rivelazione divina o nella mente di un singolo pensatore, nelle solenni dichiarazioni della storia o della scienza o nel cuore di un uomo buono e integro, ci sia una soluzione finale» (*Quattro saggi*, op. cit., p. 231-232).

²⁶ V.A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto*, in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, Milano, 2002, p. 17 ss. in particolare p. 21 «Le entità giuridiche...hanno il loro essere indipendente, come case e alberi: possiedono un essere, allo stesso modo dei numeri, degli alberi o delle case; questo essere è indipendente dall'eventualità che gli uomini lo colgano oppure no, e ..., in modo particolare è indipendente da ogni diritto positivo. Per le entità giuridiche valgono proposizioni a priori. Questa apriorità non deve voler dire alcunchè di oscuro o di mistico, essa è orientata ai meri fatti cui abbiamo accennato: ogni stato di cose, che, nel senso indicato, è generale ed esiste necessariamente, è qualificato da noi come a priori.» Ma si veda in particolare J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1995, p. 7ss ID., *La razionalità dell'azione*, Milano, 2003; e ancora ID., *Gli enti della realtà sociale*, stralcio tradotto in italiano della lectio magistralis letta all'Università Cattolica di Milano il 19 maggio 2003 sul tema «The future of Philosophy», in *Sole 24 Ore*, 18 maggio 2003, p. 34: «la mia proposta è di avere una filosofia della società autonoma, che stia alle scienze sociali come la filosofia della mente sta alla psicologia e alle scienze cognitive; un'ontologia della realtà sociale che ci consenta di comprendere come è possibile che gli esseri umani, grazie alle loro interazioni sociali, riescano a creare una obbiettiva realtà sociale composta e regolata da fattori come il denaro, la proprietà, il matrimonio, le forme di governo ecc.»

²⁷ M. FERRARIS, *Né relativismo né diritto divino*, in *Sole24Ore*, 18 maggio 2003, p. 34.

²⁸ J.R. SEARLE, *Gli «enti» della realtà sociale*, op. cit., p. 34.

²⁹ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1991, p. 21; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2001, 11 ss.

³⁰ R. DWORIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 284; ID., *Virtù sovrana, Teoria dell'eguaglianza*, Milano, 2002.

³¹ A. FERRARA, (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Roma, 1992, p. 80 ss.

³² Vedi A. TOYNBEE, *Il racconto dell'uomo*, Milano 1992; e da ultimo E. MORIN, *L'identità umana. Il metodo*, Milano 2002; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

³³ I. EIBL-EIBENSFELDT, *Etologia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Roma, 1993, p. 685ss.

³⁴ F. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, p. 136 ss. ma per una lettura piacevole e lineare sul liberalismo economico e sui suoi limiti, I.M. KIRZNER, *Come funzionano i mercati*, Armando editore, Roma 2002; J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire e altri scritti economici-politici*, Torino, 2002.

³⁵ N. LIPARI, (a cura di), *Trattato di Diritto Privato Europeo*, II ed., Padova, 2003, ed ivi l'introduzione, p. 2.

Come è stato osservato³⁶, con quel testo non nascerà ancora un'Europa politica ma un'Unione debole sul piano istituzionale e forte sul piano dei diritti. I principi sono stati, già adesso, stratonati nelle direzioni più diverse e sono stati oggetto di modifiche anche nella trasposizione della Carta nel Trattato, ove gli articoli 51 e 52 attenuano l'ambito di estensione e l'efficacia delle situazioni fondamentali³⁷. Esistono però indicazioni sistematiche di grande rilievo.

Nel Trattato si ribadiscono le libertà economiche che hanno costruito il mercato unico e si attribuisce piena efficacia giuridica alla Carta dei diritti.

Ciò è sufficiente per ribadire che quelle norme sono in grado di completare il passaggio da un'Europa dei mercati ad un'Europa dei diritti e al di là dello slogan, efficacissimo, occorre interrogarsi, sin d'ora, sull'incidenza di quel complesso di regole e di principi sulla disciplina generale del contratto³⁸.

Mi soffermerò su due aspetti. La dignità della persona e la libertà economica disciplinate nel testo del Trattato.

3.1 La Dignità della persona

L'art. 1 della Carta di Nizza afferma che la Dignità è inviolabile, deve essere rispettata e tutelata, ma il problema più delicato concerne proprio le modalità di precisazione del suo contenuto e della sua incidenza attuale sull'autonomia contrattuale negli ordinamenti degli Stati europei.

Per fondare un discorso rigoroso occorre evitare mere declamazioni, che favoriscono soluzioni aprioristiche, e aggirare speculazioni astratte che hanno sempre diviso. Il diritto non ha titolo per imporre valori non condivisi ma, ha il compito, questo sì, di individuare e difendere posizioni soggettive e forme di protezione che hanno acquisito oggettività e invarianza³⁹. Si tratta, allora, di comprendere quale nucleo precettivo sia, già oggi, dotato di effettività.

Nel Trattato di Lisbona la dignità e i diritti fondamentali della persona sono qualificati l'uno come valore su cui si fonda l'Unione (art. 2) gli altri come principi generali che fanno parte del suo diritto (art.

5.3) e questo orientamento deve essere verificato per comprendere il significato impegnativo di entrambi.

Un valore, nell'accezione filosofica, richiama il carattere desiderabile di aspettative attinenti alla vita personale e di relazione che variano in base alla evoluzione sociale e alla necessaria inventiva personale di ognuno, da garantire contro ogni tirannia oggettiva⁴⁰. Il suo significato giuridico pone «un problema logico, di fondazione conoscitiva» delle «idee che si formano nello spirito umano e si manifestano in forme sociali tipiche di comportamento o di valutazione»⁴¹. Ebbene pochi ideali hanno lo spessore oggettivo della dignità della persona perché sono percepibili da tutti le tragiche negazioni da cui è scaturita l'affermazione della sua tutela, nelle Costituzioni del novecento⁴².

Basta ricordare che la rilevanza del soggetto e delle sue prerogative non era stata sminuita, pur con profonde diversità, dal «giusnaturalismo settecentesco fino alla prima guerra mondiale»), mentre nei decenni successivi del ventesimo secolo la centralità dell'individuo è stata attaccata dalle ideologie e finalità, diverse fra loro, della rivoluzione leninista, del fascismo e del nazismo. La classe sociale, lo stato nazione, e il popolo-razza sono alla base di tragiche negazioni della dignità umana così gravi da dar impulso ad una «rifondazione della soggettività» iniziata subito dopo la seconda guerra mondiale ed affidata a fonti diverse⁴³.

a) Nei documenti sovranazionali si parla di fede⁴⁴ nei diritti dell'uomo e di necessaria diffusione della cultura per promuovere la dignità⁴⁵. Di essa si parla come principio che fonda valori⁴⁶ e che deve conformare i provvedimenti normativi⁴⁷, che non tollera gradazioni⁴⁸ e pone un limite alla scienza e alla tecnica⁴⁹, ma la nozione è recepita con forza

⁴⁰ Per alcune opinioni v.: P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli 1989; B. WILLIAMS, *La moralità. Un'introduzione all'etica*, Torino, 2000, p. 73 ss.

⁴¹ Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 40 ss. e 75 ss.

⁴² P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Bioetica e tutela della persona*, Roma, 2000, p. 117 ss.

⁴³ V. la limpida analisi di P. COSTA, *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, p. 56 ss.

⁴⁴ Cfr. il Preambolo allo Statuto delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945.

⁴⁵ V. l'Atto costitutivo dell'Unesco del 16 novembre 1945.

⁴⁶ V. il Preambolo della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948.

⁴⁷ V. la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1959.

⁴⁸ V. la Risoluzione del Parlamento europeo concernente la fecondazione artificiale in vivo e in vitro doc. A 2-372/1988.

⁴⁹ Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina, Oviedo 4 aprile 1997. Si veda su tali testi A.



anche dalle Costituzioni della seconda metà del novecento⁵⁰ ed entra a far parte delle tradizioni comuni dei paesi e dei popoli europei, con un significato sempre più utilizzato nelle pronunzie dei giudici nazionali e comunitari.

La letteratura recente sul tema testimonia con rigore la diffusione della nozione nei vari ambienti nazionali ed è sufficiente fissare solo alcuni aspetti essenziali di questa recezione che ha solide radici nella normativa e giurisprudenza tedesca e francese, ma anche recenti e insospettite simpatie nel mondo anglosassone.

Emergeranno, vedremo, alcuni tratti del rilievo e dei limiti di tale valore in questo momento.

La legge fondamentale tedesca del 1949 sancisce nell'art. 1 l'intangibilità della persona umana che assieme al principio dello Stato federale democratico e sociale, espresso nell'art. 20, sono considerati come valori costituzionali superiori a «tutti gli altri, non comprimibili, sottratti anche alla revisione costituzionale (dall'art. 79, comma 3)»⁵¹ e la dottrina si è impegnata, da tempo, nel precisare le possibili condizioni del suo impiego e le «operazioni che con il suo ausilio l'interprete può concretamente porre in essere»⁵².

GORGONI, *Rassegna sul principio della dignità umana nei documenti europei internazionali*, in *Carta europea e diritti dei privati*, op. cit., n.13 su CD Rom.

⁵⁰ V. per un'ottima visione d'insieme, *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. Palici di Suni Prat, F. Casella, M. Comba, Padova 2001 e in particolare *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, a cura di M.E. Comba; ove si trovano le parti delle Costituzioni europee e della Costituzione Americana relative ai dritti fondamentali con le indicazioni anche delle norme relative al sistema giudiziario e al controllo di costituzionalità. Si veda anche *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, 2001; *Diritto, Diritti, Giurisprudenza*, a cura di R. Toniatti, Padova; G. MORBIDELLI, *Lezioni di diritto Pubblico Comparato. Costituzioni e Costituzionalismo*, Bologna, 2000.

⁵¹ V. *Diritti e confini*, op. cit, 107- 108.

⁵² Sul punto è di grande utilità lo studio approfondito di G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 801 ss. In particolare nella nota 64 a p. 823 e 824 si riportano opinioni diverse espresse dalla dottrina: «una concezione tradizionale, vicina alle suggestioni giusnaturalistiche» che considera la dignità come valore preesistente (G. DURIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art.1 Abs.*, in *AoR*, 1956, p. 117 ss., una teoria che la intende come prestazione da realizzare prodotto dell'azione di soggetti autonomi e responsabili (N. Luhman), una teoria che insiste invece su un concetto relazionale o reciproco fondato sulla solidarietà (H.Hofmann), una teoria infine che individua cinque elementi essenziali del concetto 1) condizioni di sicurezza sociale, 2) uguaglianza sostanziale, 3) garanzia dell'autonomia individuale, 4) limitazione del potere pubblico e Stato di diritto, 5) rispetto assoluto dell'autonomia individuale con riguardo alla dimensione della corporeità (A. Podlech).

Nell'applicazione pratica sono emersi i problemi reali sottesi all'impiego di formule così impegnative: si è dovuto fare i conti con un significato oggettivo o soggettivo della dignità; porre un raffronto fra la sua tutela e la libertà del soggetto, individuare il valore del consenso dell'interessato nei confronti di limitazioni della sua sfera privata e addirittura intima⁵³. E si è posta subito la questione, delicatissima, del punto di equilibrio fra una affermazione forte della identità individuale e i pericoli di una «religione della persona umana» che rischia di asfissiare l'individuo⁵⁴.

La risposta della giurisprudenza propende inizialmente per un valore oggettivo e non disponibile della dignità che consente di vietare, nonostante il consenso degli interessati, spettacoli degradanti come il «lancio dei nani»⁵⁵ o riprovati come il Peep-Show⁵⁶, ma la dottrina assume orientamenti assai più problematici nei confronti di trasmissioni televisive, ove il raffronto fra l'autonomia negoziale dei partecipanti e il limite della dignità vanificata dall'intromissione totale nella vita quotidiana, è assai più delicata, tanto da giustificare opinioni diverse⁵⁷.

b) L'esperienza francese e inglese. La giurisprudenza teorica e pratica in Francia ha da tempo studiato e deciso questioni assai delicate⁵⁸ la "questione dei nani" è l'occasione per ribadire l'indisponibi-

⁵³ V. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, op. cit., p. 832 ove si riportano le diverse opinioni e i diversi risultati concettuali di chi considera la dignità come un attributo della libertà e sarà portato a elaborare un modello «procedurale e soggettivo» di dignità, e chi viceversa considera la libertà come uno degli attributi della dignità e propenderà per un modello «sostanziale ed oggettivo».

⁵⁴ B. JORION, *La dignité de la personne- humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Justices*, Dalloz, mai 2001, p. 90 ss.

⁵⁵ Si tratta di uno spettacolo, noto alla giurisprudenza francese e tedesca, con cui la persona affetta da nanismo si presta, in un locale predisposto, ad essere lanciata come una palla. Sulla liceità di tale pratica degradante si veda la decisione citata da G. RESTA in *VG Neustadt* del 21 maggio 1992, in *NVwZ*, 1993, p. 98 e le decisioni del Consiglio di Stato in Francia che saranno citate in seguito.

⁵⁶ Si tratta di uno spettacolo di spogliarello a cui il cliente assiste da apposite cabine fornite di sportelli azionati da gettoni o monete. V. per una rassegna delle decisioni sul punto T. DISCHER, *Die Peep-Shop-Urteile des BveruG*, in *JuS*, 1991, p. 642 ss. e ancora G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, op. cit., p. 831 ss.

⁵⁷ v. B. EDELMAN, *Quatre pattes, oui; Deux pattes non, Loft Story - une nouvelle fonction-auteur*, in *D.*, 2001, chr., p. 2763 ss. e per una rassegna delle opinioni nella dottrina tedesca, ancora G. Resta, op. cit., p. 836 ss.

⁵⁸ M. L. PAVIA e T. REVET, (a cura di), *La Dignité de la Personne Humaine*, Paris, 1999 ed ivi M. L. PAVIA, *L'affirmation du principe de sauvegarde de la dignité de la Personne Humaine*, p. 4 ss.

lità di tale valore⁵⁹ e la pubblicazione di immagini degradanti relative a persone malate di Aids, consente di distinguere fra il rispetto della intimità della vita privata e l'intangibilità delle condizioni di appartenenza al consorzio umano⁶⁰. Ciò al fine di una precisa scelta di metodo fra due corni di un'alternativa. Isolare la dignità in una dimensione astratta che non tollera raffronti con altri concetti, oppure affermare il suo contenuto di valore che si precisa e individua nel confronto con altri principi fondamentali.

La prima posizione ha dei rischi evidenti. La pura declamazione di un valore che esprime la sostanza stessa della persona umana⁶¹ esonera da una riflessione sulle regole che ne possono derivare, sterilizza il concetto, favorisce soluzioni dogmatiche su buone e cattive applicazioni che sottendono, spesso, una scelta di alcune priorità nella regolamentazione delle fasi anteriori alla nascita, della fine della vita o di alcuni comportamenti sociali⁶². Nè giova a tale costruzione la riconduzione della dignità nel novero dei diritti soggettivi relativi o assoluti, disponibili o indisponibili che diviene un esercizio di scarsa utilità se non ci si pone in concreto il problema del contenuto della regola⁶³.

La seconda soluzione muove da un concetto forte di dignità⁶⁴, ma ne mostra anche alcuni lati oscuri resi evidenti dalla diversità di una moralità Pubblica «qui vien d'en bas et constitue un facteur dei paix social, dans la mesure ou elle impose un certain conformisme dans la conduite publique» e un ordine morale «qui vien d'en haut et opprime les consciences»⁶⁵.

Da qui viene l'invito a non muovere da speculazioni astratte, ma da esperienze concrete di violazioni subite o ipotizzate in concreto⁶⁶, e ciò consente di ripensare settori rilevanti del diritto delle obbligazioni⁶⁷.

Le ipotesi più significative concernono i contrats déshumanisant, fra cui oltre alle ipotesi già ricordate⁶⁸, si può citare l'esibizione di mostruosità o difformità gravi in spettacoli e feste⁶⁹, l'accettazione di un'ispezione personale pubblica al fine di un controllo contro i furti⁷⁰, l'esibizione della vita privata in Internet o dans les émissions de télé-réalité⁷¹, la promessa di farsi eseguire un tatuaggio, in una nascosta parte del corpo, al fine di eseguire una riproduzione venduta poi all'incanto⁷².

Di sicuro rilievo sono l'aiuto al suicidio⁷³, la surroga di maternità⁷⁴, alcuni interventi in occasione di una prestazione medica, il prelievo di organi⁷⁵, le clausole di non responsabilità per danni corporali, le clausole che restringono la libertà nuziale, le immissioni illecite nella vita privata di una parte del contratto, le limitazioni relative al nome, al domicilio e alla libertà di espressione o di associazione di un contraente⁷⁶.

Discussa è stata l'ipotesi di distacco delle forniture d'acqua, elettricità o gas nei confronti di persone particolarmente bisognose ma la Corte di Giustizia ha ritenuto che tale comportamento non superi il grado di riprovazione richiesto per integrare un trattamento inumano o degradante⁷⁷ e la giurisprudenza teorica e pratica in Francia non è intervenuta⁷⁸ sul contratto di somministrazione d'energia.

Si sono invece giudicate illecite le clausole di un contratto di locazione che escludono il godimento

⁵⁹ CE, ass., 27 ottobre 1995. Ville d'Aix-en-Provence, RFD adm. 1995.1204. Concl. Frydman (note 20).

⁶⁰ CA, Paris, 28 maggio 1996, D. 1996 jur. P.617. con nota di B. EDELMAN e dello stesso autore, *La dignité de la Personne Humane, un concept nouveau*, in *La Dignité de la Personne Humaine*, cit., p. 32.

⁶¹ B. MATHIEU, *Pour une reconnaissance de «principes matriciels» en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, in D., 1995, Chr.p. 211, Id., *La dignité de la personne humaine: du bon (et du mauvais?) usage en droit positif français d'un principe universelle*, in *Le Droit, fa Médecine et l'Etre humain*, Press Universitaire d'Aix-Marseille, 1996, p. 245 ss., p. 230 ss.

⁶² Cosl B. EDELMANN, *La dignité de la personne humaine. Un concept nouveau*, op. cit. p. 26, Id., *Le concept juridique d'Humanité*, in *Le Droit, fa Médecine et l'Etre humain*, op. cit., p. 245 ss.

⁶³ B. JORION, *La dignité de la personne humaine, ou la difficile insertion d'une règle moral dans le droit positif*, in *Rev. Dr. Pub.*, 1999, p. 197 ss., H. MOUTOUH, *La dignité de l'homme en droit*, ivi, 1999, p. 159 ss.

⁶⁴ Sul problema della imprescrittibilità dei crimini contro il genere umano, Crim. 26 janvier 1984, in JCP 1984, II, 20197.

⁶⁵ Cosl B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine. Un concept nouveau*, op cit., p. 31.

⁶⁶ V. L.E. PETTITI, *La dignité de la personne humaine en droit européen*, in *La dignité de la personne Humaine*, op. cit., p. 53 ss. e contro la riconduzione della dignità nella teoria del diritto soggettivo che non è né pertinente né opponuna N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, ivi, p. 127 ss.

⁶⁷ I. P. MARGUÉNAUD, *L'influence de la Convention européenne des droit de l'homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1996, p. 45.

⁶⁸ Sul c.d. "lancio dei nani" v. ancora CE: 7 ottobre 1995, n. 143.578 e n. 136.727, in D., 1996, II, jur., p. 177, con note di G. LEBRETON e F. HAMON.

⁶⁹ I. MOINE, *Les choses hors du commerce*, in *LGD*, 1997, n. 418.

⁷⁰ Cass. Civ., 1 aprile 1999, no97-17.951, in *JCP*, 2000, I, p. 989 con osservazioni di E. GARAUD e D. MAYER.

⁷¹ V. LAMY, *Droit du contrat*, 2001, 245-79.

⁷² TGI, Paris, 3 giugno 1969, in D.1970, p. 136 con nota di J. P. GAZ.

⁷³ V. DIJON, *Droit naturel*, I, PUF, 1998, p. 121.

⁷⁴ Cass. Ass. plen., 31 maggio 1991, n° 90-20.105, D. 1991, jur., p. 417 con nota di D. THOU-VENIN.

⁷⁵ LAMY, *Droit du contrat*, op. cit., 245-35, 37, 39, 41, 43, 45.

⁷⁶ LAMY, *op. cit.*, 245-45, 49, 51, 53, 59.

⁷⁷ Comm. EDH, 9 maggio 1990, RUDH 1990, p. 384.

⁷⁸ L n° 98-657, 29 luglio 1998, art. 43-5.



dei luoghi a persone diverse dal locatario⁷⁹, invocando l'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo per censurare lesioni alla vita affettiva o familiare che in tal modo si realizza⁸⁰.

È sufficiente questo breve elenco per comprendere l'affermazione forte del Conseil constitutionnel che ha descritto la dignità come un principio di rilevanza costituzionale posto a base del sistema e capace di innovarlo profondamente dall'interno⁸¹.

D'altra parte l'esperienza inglese è significativa sotto due profili diversi. In primo luogo si è posto in luce la grande importanza dell'emanazione dello Human Rights Act del 1998 con cui si è incorporata nel diritto interno la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Si è sottolineato che essa rappresenta «la più importante redistribuzione di potere politico in Inghilterra dal 1688» e «una rottura assai pronunciata rispetto alle tradizionali concezioni... del ruolo del giudice nella sua interpretazione.» Ciò perché si affaccia «fra le pieghe dell'ordinamento inglese un'idea di lex superior domestica alla quale le altre leggi dovrebbero ispirarsi» e perché i giudici si sono adeguati con prontezza «ai nuovi canoni interpretativi» e a «un ragionamento per valori «con cui rileggere le proprie norme e i propri principi»⁸².

Significativo peraltro è l'interesse che ha suscitato nella dottrina più avveduta il concetto di dignità su cui si è attentamente riflettuto per cogliere la sua possibile incidenza, attraverso l'Human Rights Act, nel sistema giuridico inglese⁸³. Ancora una volta, dopo aver isolato il concetto nel novero delle fonti interne e internazionali⁸⁴, è il metodo casistico che induce ad isolare ipotesi di indiretta protezione della dignità e specifiche ipotesi di violazione nelle varie forme di persecuzione, discriminazione, lesioni all'integrità, trattamenti medici illegali, invasioni della vita privata e della sfera della sessualità, odio razziale, diffamazione⁸⁵.

La prima valutazione di tale processo, appena iniziato, non può che rimarcare il carattere rivoluzionario «che stanno attraversando non solo l'amministrazione della giustizia, ma l'ordinamento inglese nel suo complesso»⁸⁶ e l'attenzione al concetto di dignità rappresenta un aspetto di questo iter evolutivo.

c) L'esperienza italiana. In Italia la riflessione ha assunto spessore nella dialettica serrata sui temi bioetici. Si è posto in luce come si tratti di uno dei termini più usati e abusati nella letteratura filosofica moderna, perché ad esso è affidata la risposta all'interrogativo sul limite di liceità delle innovazioni scientifiche e tecnologiche, anche se il concetto esige di essere costantemente ridefinito⁸⁷, stante le sue radici millenarie nella storia del pensiero. Di esso si dice che non può essere né «banalizzato né minimizzato»⁸⁸ e che ha un nucleo forte nella impossibilità di reificare il soggetto⁸⁹.

Chi ricerca una sua rilevanza giuridica ne sottolinea il carattere di principio, di clausola generale e di valore, contenuto nelle fonti comunitarie e nelle Costituzioni del novecento, per definire «una qualità della persona inerente allo status ricoperto nella vita politica e sociale»⁹⁰.

⁷⁹ V. V. VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, op. cit., p. 763 ss.

⁸⁰ F. D'AGOSTINO, *Bioetica e dignità dell'essere umano*, in *Un quadro europeo per la bioetica?*, a cura di C. M. Mazzoni, Firenze 1998, p. 153.

⁸¹ Pico della Mirandola parlava della dignità come percorso, «attraverso la riforma di se stessi e la piena espansione della conoscenza» che può seguire una pluralità di strade perché «le forme...per quanto varie e molteplici, per diversa via, si incontrano tutte nello stesso unico fine». Un esito mistico che è incontro con l'Assoluto senza guide precostituite da un dogma, una fede, una cultura. Ciò che conta è l'ascesa grazie ad un modello di vita fondato sulla priorità della contemplazione e della ricerca. (V sul punto P. C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Feltrinelli, Milano, 2000, p. 93 ss.) Al discorso dinamico di Pico può contrapporsi la constatazione disincantata del filosofo esistenzialista proteso ad affermare il valore della «fiamma pura della vita» «che basta all'uomo per il solo fatto che sia vissuta, in qualsiasi modo, anche solo nella sua essenzialità e nudità cinica». Il valore dell'esistenza, del vivere e del sentire, integra la «pienezza della soddisfazione purché sensazioni e pulsioni gonfino l'animo» (v. A. CAMUS, *Il mito di Sisifo*, Bompiani, 1998, con prefazione di C. Rosso, p. XIX) Sisifo ai piedi della montagna insegna la fedeltà superiore che nega gli dei e solleva macigni, esalta la dignità umana di ogni essere quale che sia la sua condizione ed afferma come valore pienamente positivo anche la semplice lotta per raggiungere la cima (A. CAMUS, op. cit., p. 121).

⁸² v. ancora F. D'AGOSTINO, op. cit., p. 157, ma v. anche E. LE CALDANO, *Dizionario di Bioetica*, Roma-Bari, 2002, p. 83 ss; G. PIANA, *Bioetica. Alla ricerca di nuovi modelli*, Garzanti, 2002, p. 91ss.

⁸³ V. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, part I, in *Public Law*, 1999, p. 682 ss. Id., *Human Dignity as a Legal Value*, Part II, in *Public Law*, 2000, p. 61 ss. e G. NEUMANN, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in D. Simon-M. Weiss, a cura di, *Zur Autonomie des Individuums. Liber amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden. 2000, p. 249.

⁷⁹ Cass. 3 civ, 6 marzo 1996, no93-11.113, in RTD civ. 1996, p. 580.

⁸⁰ Cass. 3 civ, 6 marzo 1996, cit. con osservazione di J. MESTRE.

⁸¹ V. Cons.const. 94-343.344. DC del 27 luglio 1994, in D.1995.jur., p. 237 ma v. anche per le pronunzie successive L.FAVOREU-L.PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, II ed., Paris, 2001. p. 854 ss.

⁸² Così V. VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 763 ss.

⁸³ V. D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, part I, in *Public Law*, 1999, p. 682 ss. Id., *Human Dignity as a Legal Value*, Part II, in *Public Law*, 2000, p. 61 ss. e G. NEUMANN, *Human Dignity in United States Constitutional Law*, in D. Simon-M. Weiss, a cura di, *Zur Autonomie des Individuums. Liber amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden. 2000, p. 249.

⁸⁴ V.D. FELDMAN, op. cit., Part I; p. 683 ss.

⁸⁵ V. l'elenco di tali ipotesi in D. FELDMAN, op. cit., Part. II, p. 63 ss.

Un'analisi attenta pone in luce gli aspetti della dignità emersi nella giurisprudenza italiana in tema di rapporti familiari, di libertà e convinzioni personali, di salute e integrità fisica, di circolazione delle informazioni e soprattutto in tema di rapporto di lavoro⁹¹, ma l'esame analitico delle motivazioni pone in luce un metodo e un approccio diverso che non dà risposta all'interrogativo, essenziale, se la formula vada precisata contemperando valori diversi o classificando in ordine gerarchico alcuni di essi.

Dalla Carta dei diritti fondamentali e dal suo commento ufficiale emerge un'indicazione concreta. La Dignità è limite interno che configura ogni situazione soggettiva. Testata d'angolo nella costruzione di un modello europeo di società e di mercato, diverso e contrapposto sotto vari profili ai modelli d'oltreoceano⁹².

La sua violazione può essere causa di nullità, di inadempimento, di recesso illegittimo, di risarcimento del danno e sul punto è tutta da scrivere un'attenta serie di regole e di concetti generali. D'altra parte il testo normativo, nella sua insistenza sul rispetto e la tutela, elimina ogni dubbio sulla possibilità di un risarcimento, in area contrattuale, di un danno non patrimoniale la cui liquidazione aveva in passato sollevato alcuni dubbi⁹³.

3.2 La libertà economica.

Sulla libertà economica il Trattato europeo e l'art.16 della Carta dei diritti non riconoscono direttamente valore costituzionale all'autonomia privata ma esiste, in quest'ultimo testo, un richiamo alla libertà di impresa nei limiti derivanti dalle legislazioni interne e dal diritto comunitario⁹⁴.

Una riformulazione attenta della teoria generale del contratto, coerente con il contesto comunitario, non può che muovere da tali indicazioni, ma dovrà

prendere atto, anche, delle acquisizioni più rilevanti del pensiero scientifico in tema di libertà economica e dei suoi limiti che sono espressi in forme e regole diverse.

Si può solo ricordare che le teorie del novecento hanno rivalutato e identificato, pur muovendo da posizioni ideologiche diverse, il ruolo e la funzione della scoperta imprenditoriale⁹⁵, dell'iniziativa inventrice⁹⁶, della creatività individuale⁹⁷ come atti, motivati dal profitto, che generano, nella libera gara, apprendimenti reciproci e determinano il funzionamento stesso dei mercati⁹⁸. Del resto la grande intuizione di Hayek sta nell'aver dimostrato che «tutte le argomentazioni a sostegno della libertà intellettuale valgono anche per la libertà di azione»⁹⁹. Sicchè uno studio delle regole generali del contratto e dell'autonomia dei privati non può non tener conto di tale acquisizione. Il problema più delicato è quello dei limiti e si farà riferimento, qui, solo ad alcuni aspetti fra i più rilevanti.

In primo luogo il rapporto fra contratto e disciplina della concorrenza avvertito da sempre, in modo diverso, nella storia dell'antitrust¹⁰⁰.

Lo Sherman act fu concepito in America come presidio contro la dilatazione del potere economico. Dopo il 1945 gli alleati indussero la Germania a dotarsi di una legge antitrust per «evitare la concentrazione di potere economico e per rompere il suo legame con il potere politico che tramite i cartelli aveva controllato la produzione e si era preparato al-

⁹⁵ Sul pensiero di F. Von Hayek, v. di recente AA. VV., *Friedrich von Hayek e la Scuola Austriaca di economia*, Rubbettino, 2003; e in particolare I.M. KIRZNER, *Come funzionano i mercati. Squilibrio, imprenditorialità e scoperta*, op. cit., p. 7 ss.; R. CUBEDDU, *Margini del liberalismo*, Rubbettino, 2003.

⁹⁶ L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, Roma, 1956.

⁹⁷ M. NOVAK, *L'etica cattolica e lo spirito del capitalismo*, Milano, 1999, p. 237 ss.

⁹⁸ I. M. KIRZNER, *Come funzionano i mercati*, op. cit. p. 70 «L'atto di scoperta non è un atto di produzione deliberata (frutto di ingredienti noti); non è neanche una mera reazione passiva ad un colpo di fortuna. L'atto di scoperta è un atto durante il quale si diventa consapevoli dell'esistenza di un guadagno disponibile senza costi. Il profitto imprenditoriale rappresenta l'altra faccia di questo guadagno disponibile senza costo, frutto della scoperta. Riconoscendo nella scoperta la forza motrice del mondo in equilibrio, l'approccio della scoperta imprenditoriale difende il profitto puro, sul piano della giustizia, su basi che, in un mondo che non lascia niente alla scoperta, non sarebbero rilevanti.

⁹⁹ V. così G. BEDESCHI, *Hayek contro Kelsen*, in *Sole240re* del 10 agosto 2003, p. 31. G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, IV, 2004, p. 765.

¹⁰⁰ V. da ultimo il bel saggio di B. SORDI, *Ordine e disordine del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in *Ordo Iuris*, Milano, 2003, p. 319 ss. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 13 ss.; ID., *Il gusto della libertà*, Roma-Bari, 1998, p. 3 ss.; S. PODESTÀ - F. GOLFETTO, *La nuova concorrenza*, Milano, 2000; F. GOBBO, *Il Mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001.

⁹¹ G. ALPA, *op. cit.*, p. 424 ss.

⁹² V. G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 115 ss.; di recente W. HUTTON., *Europa vs. America*, Fazi Editore, Roma, 2003.

⁹³ V. da ultimo sul tema M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 7ss. e inoltre M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127ss., V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 77 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 467ss.

⁹⁴ G. VETTORI, (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, op. cit., p. 18 ss., 57 ss. ID., *Contratto e costituzione in Europa*, in *Persona e mercato*, Monografie - 2, Cedam, Padova 2005, pp. V-365.



lo sforzo bellico». La CECA fu istituita in Europa con analoghi intenti: evitare concentrazioni di potere in settori vitali, come erano allora, il carbone e l'acciaio¹⁰¹.

Tutto ciò pone in luce un'esigenza di delimitazione comune ad ogni ordinamento democratico ove si avverte la difficoltà di marcare un confine oltre al quale «il potere dei privati assume una forza tale da divenire illegittimo e oltre il quale il potere pubblico sconfinava e non è più legittimo». Nell'individuare questa linea d'ombra si sono divise e si dividono forze e ideologie diverse in America e in Europa¹⁰² e si confrontano posizioni che orientano le scelte della dottrina e della giurisprudenza sui rapporti fra contratto e regole di mercato.

I seguaci della Scuola di Chicago, molto attivi anche in Italia¹⁰³, reputano che l'unico scopo delle regole antitrust sia il raggiungimento dell'efficienza economica e ciò determina una ricaduta essenziale sulla disciplina del contratto. Si reputano lecite tutte le pratiche da cui non deriva una restrizione della quantità di ricchezza prodotta e soprattutto si ipotizza una netta separazione fra i profili di giustizia dell'atto di autonomia e la tutela della concorrenza¹⁰⁴.

D'altra parte si nega l'esistenza di un'unica finalità delle regole di mercato e si configura il relativo statuto «in primo luogo come strumento di libertà: libertà di impresa, libertà dei consumatori e in una parola libertà dei cittadini». Sicché un tale insieme di norme non può che essere «un sistema che nasce dal basso e mira alla tutela dei diritti dei singoli» con un'incidenza diretta sulla disciplina degli atti di autonomia privata e le tutele¹⁰⁵.

Il diritto europeo è orientato nettamente verso questa seconda direzione. Basta qui ricordare gli articoli 2 e 3 del Trattato di Lisbona in cui i tratti di una economia sociale di mercato sono espressi con chiarezza¹⁰⁶. Ciò determina una connessione stretta fra la disciplina dei singoli mercati e la disciplina del contratto che comporta il superamento di alcune

tradizionali impostazioni, se non altro perché la disciplina della concorrenza precisa i criteri di liceità delle intese e dei contegni e la teoria del contratto deve ridefinire le azioni e i rimedi.

Un secondo aspetto dei limiti alla libertà economica deve prendere atto della debolezza dei diritti sociali, ma anche di alcune indicazioni positive che emergono dalle fonti comunitarie¹⁰⁷.

La Carta di Nizza ha ora pieno valore giuridico e il suo inserimento nei Trattati attribuisce piena efficacia a un insieme di principi tratti dalle norme interne e comunitarie, principi che possono essere invocati davanti ai giudici nazionali ed europei. Ne segue un preciso ruolo nel sistema delle fonti e una presa forte sul piano giurisdizionale e del metodo.

È noto che la Carta è da tempo richiamata dai Giudici e dalle Amministrazioni, ma è opportuno sottolineare le novità che essa indica ora all'interprete. In primo luogo l'utile prospettiva di attualizzare il contenuto dei diritti tradizionali per adeguarli ai nuovi interessi ha prodotto il risultato forte della indivisibilità, tratta dal diritto comunitario, dei diritti sociali, economici e di libertà che implica un risultato preciso¹⁰⁸. Il bilanciamento in caso di conflitto avviene nei confronti di situazioni soggettive di pari dignità e ciò ha un significato forte nell'attività del giudice, il quale ha un elemento in più per valutare le norme e i principi che emergono dai Trattati in modo coordinato e sistematico.

È bene ricordare che l'art. 6 par. 2 del Trattato dell'Unione esige già il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei diritti risultanti dagli ordinamenti e dalle tradizioni comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. La Carta di Nizza riafferma tali situazioni che non sono la somma dei diritti nazionali. Deve essere rispettato il livello più elevato nel rispettivo ambito di applicazione nazionale. Sicché spetterà alle Corti europee stabilire quale fra le diverse scelte normative potrà assumere il valore di principio generale¹⁰⁹. Nel caso Albany le finalità sociali dei Trattati sono state ritenute prevalenti sulla stessa normativa della concorrenza¹¹⁰. Un'analisi dei limiti alla libertà economica non può tacere che si sono individuate nella Carta di Nizza nuove situazioni soggettive sollecitando la predisposizione di azioni individuali e

¹⁰¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., p. 13 ss.

¹⁰² V. ancora G. AMATO, *Il potere dell'antitrust*, op. cit., 105 ss.

¹⁰³ V. per un'ottima sintesi di tale teoria, da ultimo F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; V. anche sul tema di recente R. PARDOLESI e B. TASSANE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003.

¹⁰⁴ Sull'autonomia dell'antitrust europeo dalle altre politiche comunitarie, v. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., p. 108 ss.

¹⁰⁵ V. G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1 ss; ID., *Prefazione al volume di W.Huttan, Europa vs. America*, op. cit., p. 7 ss.

¹⁰⁶ G. ROSSI, *Le regole del mercato fra Europa e America*, Relazione introduttiva al Convegno "Antitrust e globalizzazione" del 19 settembre 2003, pubblicata su *Repubblica* del 20 settembre 2003, p. 15.

¹⁰⁷ V. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in G. Vettori, (a cura di) *Carta europea e diritti privati*, op. cit., p. 169; e S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, p. 165 ss.

¹⁰⁸ G. VETTORI, op. cit., p. 51 ss.

¹⁰⁹ Così A. ADINOLFI, *Intervento (non pubblicato)*, in *Lavoro e diritti sociali nella Costituzione europea*, Seminario della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze del 22 ottobre 2003 organizzato da Silvana Sciarra.

¹¹⁰ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., 227.

collettive adatte ad assicurare la più intensa protezione¹¹¹. Ciò ha portato al riconoscimento di autonomi diritti non solo ai consumatori ma anche ai bambini, ai disabili, agli anziani e c'è in questa scelta un modello e ci sono utilissime indicazioni per l'elaborazione di una teoria generale.

| 226 Chiarissimo è anche il segnale.

Se la frantumazione del contratto richiama un ruolo forte delle categorie, delle corporazioni, degli ordini chiamati a dettare regole in una società priva di centro. Se la *lex mercatoria* diviene sempre più lo strumento di una dominazione culturale e giuridica. Se è fondato il timore di tornare ad un'organizzazione sociale in cui il gruppo o il modello dominante può prevalere su ogni aspetto di tutela dei singoli.

Se tutto ciò è vero «la logica dei diritti esorcizza in parte tali pericoli. Ci parla di eguaglianza e di libertà, di posizioni individuali e di legami sociali privi di costrizioni comunitarie»¹¹².

Tutto questo è sufficiente per individuare una base orientativa di principi e di limiti per avviare una profonda rilettura del diritto dei contratti, non più affidata alla virtù dei codici ma alla virtù di una fonte superiore che ci indica un obiettivo e un compito preciso.

L'istituzione dei diritti non è un «dono di Dio, nè un'antica credenza, nè uno sport nazionale ma una pratica complessa e problematica»¹¹³ a cui tutti in futuro dovremo prestare la massima attenzione.



¹¹¹ C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali*, «Amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti, in *Carta europea dei diritti dei privati*, op. cit., p. 255, ed ivi., G. PASSAGNOLI, *I diritti del bambino nella Carta Europea*, p. 327

¹¹² S. RODOTÀ, *Una Costituzione senza Stato il paradosso della nuova Europa*, op. cit., p. 15.

¹¹³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, (trad. Italiana) Bologna, 2010, p. 284.