

**Raffaele di Raimo**  
Giustizia e fondamento variabile  
dell'autonomia negoziale

**Sommario:** **1.** Il contratto borghese e la sua evoluzione proto-industriale: libertà e procedimento. **2.** Giustizia procedimentale e socializzazione del contratto. **3.** Costituzionalizzazione dell'autonomia negoziale e giustizia distributiva. **4.** Il secondo millennio. Ulteriori antefatti e inizio di svolgimento. **5.** Cambia il mezzo o cambiano i fini?

*1. Il contratto borghese e la sua evoluzione proto-industriale: libertà e procedimento*

“Il diritto è storia e niente altro che storia”, insegnava Riccardo Ostano e – al pari di tutti i fenomeni storici sostanziati da scelte inerenti all’organizzazione delle comunità umane – i suoi istituti e le sue categorie sono soltanto intelligibili in relazione a presupposti squisitamente ideologici.

Tra le categorie ordinanti dell’esperienza giuridica moderna, il contratto è quello che forse più limpidamente, nel corso del tempo, ha espresso i (differenti) fondamenti ideologici che ne hanno condizionato l’elaborazione. È perciò, invertendo la prospettiva, anche la categoria che a mezzo dei suoi sviluppi e della evoluzione del pensiero, non soltanto giuridico, su di essa testimonianza della storia politica sociale ed economica dei Paesi dell’Europa occidentale con maggiore dovizia di particolari. Di quest’ultima, la storia del contratto racconta le lente correnti profonde come pure i rapidi movimenti di superficie, la continuità, le discontinuità e le fratture<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L’ampiezza del tema trattato non consente di articolare una bibliografia con aspirazioni di completezza. Può essere tuttavia opportuno segnalare: le letture imprescindibili; quelle rispetto

L'istituto nasce con un contenuto fortemente politico. Il problema della giustizia gli è tuttavia, inizialmente, del tutto estraneo.

alle quali le pagine che seguono sono maggiormente debitorici; i lavori con i quali vi è stato un confronto maggiormente proficuo per chi scrive; un paio di lavori del medesimo autore di queste pagine dove taluni profili si trovano maggiormente approfonditi. L'elencazione, per essere unitaria, mette assieme opere eterogenee per epoca, taglio e punto di osservazione: essenziale sarà la tolleranza dei lettori.

Per la nascita dello Stato e del diritto privato moderno, anche con riguardo al contesto politico ed economico: DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, trad. it. a cura di Candeloro, 3a ed., Rizzoli, 2000; CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Bocca, 1918, ora in ID., *Opere*, I, Giuffrè, 1959, p. 130 ss.; VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, a cura di D'AGOSTINO, D'ETTORRE, Jaca Book, 1986; VON LEYDEN, *Hobbes e Locke. Libertà e obbligazione politica*, trad. it., il Mulino, 1984; HOBBSAWM, *Le rivoluzioni borghesi. 1789-1848*, trad. a cura di Nicotra, Il Saggiatore; HIRSCHMAN, *Felicità privata e felicità pubblica*, trad. it., il Mulino, 1991. Con più specifico riguardo al diritto privato e all'autonomia negoziale, POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, trad. it. a cura di Bernardi, Sonzogno, 1809; LAURENT, *Principii di diritto civile*, XV, trad. it., 2a ed., Vallardi, s.d. (ma 1900); FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Dottrine generali, Parte prima, Il diritto - I soggetti - Le cose*, Athenaeum, 1921 (rist. inalt., Camerino-Napoli, 1985); GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1955; BELLOMO, *Negoziio giuridico (dir. interm.)*, in ED, XXVII, Giuffrè, 1977, p. 929 ss.; ARNAUD, *Essay d'analyse structurale du code civil français. Le règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1973; TARELLO, *A proposito del "Code Napoléon"*, II, "Code civil" e regola del gioco borghese, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, 1988, p. 136 ss.; BIROCCHI, *Notazioni sul contratto (A proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, in QF, 1990, p. 638 ss.; WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, nonché *La lotta per i codici nazionali nell'ottocento*, entrambi in ID., *Diritto privato e società industriale*, trad. it. a cura di Liberati, ESI, 1983; GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di L. Saleilles*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, 2008, p. 282 ss.

Per l'evoluzione del contratto a far capo dai codici di commercio, alla disciplina dei contratti di lavoro fino agli ultimi decenni del XX secolo: BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, 3a ed., Società Editrice Librari, 1914, p. 460 ss.; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, 4a ed., Vallardi, 1916; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, 1901; MESSINA, *I contratti collettivi ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, Unione cattolica tipografica, 1905; ID., *I concordati di tariffa*, in RDCom, 1904, I, p. 438 ss.; RAVA, *Dal Codice civile al Codice del lavoro: discorso letto per la inaugurazione dell'anno scolastico 1912-1913 nella Regia Università di Bologna dal prof. Luigi Rava*, Zanichelli, 1913, p. 1 ss.; WIEACKER, *Diritto civile e mutamento sociale*, nonché *Pandettistica e rivoluzione industriale*, entrambi in ID., *Diritto privato e società industriale*, cit.; LEED, *Class and Disillusionment in World War I*, in JMH, 1978, 50, p. 67 ss.; VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in RDC, 1931, ora in *Studi giuridici*, II, Giuffrè, 1960, p. 399 ss.; ID., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in RISC, I, 1947, ora in *Studi giuridici*, III, 2, Giuffrè, 1960, p. 605 ss.; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in RDCom, 1942, I, p. 358 ss.; ID., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in RGL, 1950, I, p. 189 ss.; PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in DL, 1953, I, p. 99 ss.; GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960; TREU, *sub art. 36*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, 1979; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tr. Vassalli*, XV, 2, 2a ed., Utet, 1950; ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in Jus, 1960, ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*,

L'ideologia del contratto quale espressione di potere privato di autoregolamentazione, (significativamente) assieme a quella del contratto sociale

il Mulino, 1978, p. 115 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, 1987; BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, 1973; GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *RTDPC*, 1976, I, p. 449 ss.; ID., *Negozio giuridico*, II, *Diritto privato: a) Premesse problematiche e dottrine generali*, in *ED*, XXVII, Giuffrè, 1977, p. 946 ss.; FERRI, *Ordine pubblico a) diritto privato*, in *ED*, XXX, Giuffrè, 1980, p. 1038 ss.; RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, 7a ed., Laterza, 2001; RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *FP*, 1964, I, c. 1283 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1984; FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, 1999; GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, 2000; DI RAIMO, *Economia mista e modelli di sviluppo: lo Stato imprenditore nell'opera cinquantenaria del Giudice delle leggi*, in DI RAIMO, RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, p. XI ss.

Sul *revirement* neoliberale: FRISCH, *On Welfare Theory and Pareto Regions*, in *IEP*, 1959, 9, p. 39 ss.; SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *CLR*, 1987, 87, p. 873 ss.; BUCHANAN, *La rilevanza dell'ottimalità paretiana*, in ID., *Stato, mercato e libertà*, trad. it., il Mulino, 1989, p. 123 ss.; LE GRAND, *Equity versus Efficiency. The Elusive Trade-off*, in *Ethics*, 1990, 100, p. 554 ss.; K. MATHIS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, trad. ingl. a cura di Shannon, Springer, 2009; POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press (Mass.), 1981; COLEMAN, *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice"*, in *SLR*, 1982, 34, p. 1105 ss.; MATTEI, *The Rise and Fall of Law and Economics: an Essay for Judge Guido Calabresi*, in *MaLR*, 2005, 64, p. 220 ss.; O'HANLON, *Equality, Entitlement, and Efficiency: Dworkin, Nozick, Posner, and Implications for Legal Theory*, in *CPLPEJ*, 2009, 8, p. 31 ss. Per il diritto del mercato europeo: OPPO, *Principi*, in *Ti. Buonocore*, I, 1, Giappichelli, 2001; PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato - problemi del diritto civile*, ESI, 2003; ID., *Il "diritto privato europeo" fra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *EDP*, 2010, 2, p. 356 ss.; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, ESI, 2003; BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *EDP*, 2011, 2, p. 329 ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2011; BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *ED, Annali*, V, 2012, p. 1 ss. Infine, come contributi per la discussione successiva alla crisi: STIGLITZ, SEN, FITOUSSI, *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, trad. it. *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale*, ETAS, 2010; MATTEI, *Civiltà e benessere: Stato, Stato minimo, collettività organizzate*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, ESI, 2015, p. 106 ss.; CAPRA, MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, 2015; LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2011, 22 ss.; ZOPPOLI L., *La corresponsività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991; ID., *La retribuzione tra contratto, mercato e diritti sociali*, in *SI*, I, 1992, p. 90 ss.; MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2000, p. 181 ss.; PROSPERETTI, *Nuove politiche per il Welfare State*, Giappichelli, 2013; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015; GRISI, *Diritti e coesione sociale*, in *RDpriv*, 2012, p. 486; ID., *L'inadempimento di necessità*, in GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, 2014, p. 281 ss.

come giustificazione del potere dello Stato, raggiunge una sua prima maturazione nella montante crisi della sovranità che segna il tramonto *dell'ancien régime* e poi la nascita dello Stato moderno. L'una ideologia e l'altra, entrambe si affermano nel passaggio dal Diciottesimo al Diciannovesimo secolo, là dove l'emersione e l'affermazione della borghesia sono frutto di una profonda frattura storica: di nette discontinuità economica e politica e, a monte, etica. Discontinuità economica per l'effetto travolgente della rivoluzione industriale sugli equilibri sociali, demografici e territoriali. Discontinuità politica, per ciò che di per sé implica la costruzione di uno Stato nuovo, fondato sull'unità nazionale e sulla libertà privata, nel quale la stessa borghesia integralmente si immedesima.

Libertà, dunque, non giustizia.

L'etica della quale si fa carico il contratto è quella fondante le “due rivoluzioni”. Presupposto ne è il trasferimento dei valori della vita attiva dall'arena pubblica alla sfera privata. Centrale ne è l'affermazione che “il perseguimento dei propri privati interessi materiali è una forma perfettamente legittima di condotta umana, la quale può di fatto essere preferibile, *dal punto di vista della società*, ad una vita di coinvolgimento intenso negli affari pubblici” (il virgolettato riproduce un passaggio della nota quanto mirabile ricostruzione di Albert Hirshman).

Il contratto, avente a epicentro il consenso, costituisce dunque, da un lato, il mezzo per tradurre in principio politico la conquista del potere da parte della classe emergente; dall'altro lato, è strumento parimenti essenziale di espansione della prima economia industriale.

Il libero consenso in sé è perciò stesso il criterio di legittimazione di una nuova sovranità e, al contempo, il fondamento necessario e sufficiente della vincolatività delle fonti autonome di regolamentazione dei rapporti economici privati: “Il contratto ha forza di legge” (ovvero, nella matrice costituita dall'art. 1134, primo comma, del codice di Napoleone, “Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte”). L'enfaticizzazione è voluta, se è vero, come osservava Gino Gorla, che ben oltre la regola inerente all'efficacia, si tratta della “proclamazione” del principio del nudo consenso quale generale principio ispiratore delle codificazioni del XIX secolo. Coerentemente con ciò è assente una regolamentazione del consenso: è necessario affermare l'efficacia e salvaguardare l'autonomia della volontà. Predisponendo mezzi per controllarlo si andrebbe in direzione opposta poiché, sintetizza Laurent qualche anno più tardi, “co-

ercizione e convenzione sono incompatibili”. Certo, proclamato il potere formativo della libera volontà, la tematica della causa invade la teoria del negozio. È tuttavia, in un primo momento, un fatto di mera giustificazione formale dell'efficacia delle regole prodotte dall'autonomia privata ridotto, in tale prospettiva, alla individuazione di limiti esterni che assicurino il rispetto dell'ordine pubblico quale nucleo essenziale delle norme cogenti che salvaguardano l'assetto istituzionale dello Stato liberale; di uno Stato autodefinitosi neutrale per sua propria vocazione nei confronti delle finalità perseguite dai privati nell'ambito della loro propria sfera di autonomia.

Il più ampio quadro entro il quale si inserisce il nostro istituto è quello delineato da una pagina classica di Franz Wieacker: “dal punto di vista della politica economica, la libertà di costituire rapporti giuridici, che si esprimeva nelle tre figure fondamentali dell'autonomia privata – nella libertà contrattuale, nella proprietà e nella trasmissione ereditaria – corrispondeva esattamente alle aspettative della società imprenditoriale del primo e del più maturo capitalismo, che era in continua espansione, e per le sue attività pionieristiche dipendeva soprattutto da liberi vincoli contrattuali, investimenti di capitali e trasmissioni ereditarie”.

Connaturata con il contratto proto-liberale è una funzione strettamente retributiva, rappresentabile a mezzo della valutazione delle prestazioni secondo il criterio marginalista.

La prospettiva muta, già nel corso del Diciannovesimo secolo, quando la maturazione dell'economia industriale produce un importante allargamento dei mercati oltre a una accelerazione dei traffici. Allora, l'epicentro dell'attività d'impresa si sposta dall'acquisto dei mezzi di produzione alla distribuzione dei prodotti e la necessità di certezza nella contrattazione profila una diversa funzione della disciplina dei procedimenti formativi. Allargamento dei mercati, si diceva, sviluppo dei mezzi di comunicazione e di trasporto e contrattazione a distanza.

I codici di commercio – al margine dei disegni e delle proclamazioni dei codici civili – dettano regole per la soluzione di problemi pratici. Non muta invece il contesto ideologico.

Non si pone problema di giustizia. La funzione resta strettamente retributiva.

La separazione tra codici, civili e di commercio, risponde all'emersione di una doppia anima della borghesia ottocentesca. L'affermazione del dominio della volontà da un lato; la necessità della sicurezza offerta dai proce-

dimenti regolamentati, dall'altro. Da un lato la borghesia media e quella fondiaria, l'aspirazione a un ordine statico e la difesa dei diritti acquisiti con la rivoluzione francese, anzitutto quelli proprietari; dall'altro lato i ceti industriale e del commercio e la necessità di sostenere l'allargamento dei mercati con una disciplina idonea a garantire certezza agli scambi. Due differenti e contrapposte espressioni dell'individualismo borghese, fondate su due differenti concezioni della stessa finalità del diritto e della ragione delle tutele da questo apprestate: la conservazione (e la certezza c.d. statica); la circolazione (e la certezza c.d. dinamica). La specialità dei codici di commercio consente comunque di rappresentare la complessiva disciplina dell'attività negoziale come l'espressione – sia pure articolata e non omogenea in tutte le sue componenti – di una società mono-classe.

## 2. Giustizia procedimentale e socializzazione del contratto

Affinché si cominci a parlare di giustizia nelle contrattazioni sono necessarie nuove tensioni ideologiche. Avviene già alla fine del XIX secolo, in una società divenuta insofferente rispetto all'ordine borghese; in uno Stato che non riesce più a identificarsi nelle aspirazioni di una sola classe.

Si fa chiara in questa fase la consapevolezza che la strumentalità del diritto proto-liberale, con la pretesa neutralità delle codificazioni ottocentesche, rispetto allo sviluppo del primo capitalismo porta in realtà con sé la prevaricazione dell'impresa sul (e lo sfruttamento del) lavoratore, quella del borghese, per definizione proprietario, sul proletario, per definizione nullatenente.

La giustizia del contratto diviene un tema rilevante già nelle discussioni precedenti la codificazione tedesca del 1900. Si guarda specificamente al profilo della formazione. La libertà è reputata la principale ragione di sopraffazione dei contraenti più avveduti, in quanto forti economicamente o istruiti, sugli altri. La disciplina dei procedimenti è al contrario reputata garanzia di giustizia.

Giustizia, dunque, che oggi diremmo *procedimentale*.

Il BGB reca qualche primo chiaro segnale di un montante orientamento alla tutela della effettività del consenso ma è fin dai primi commenti reputato, sul punto, deludente. Si ricorre tuttavia nuovamente all'introduzione di statuti speciali, primo fra tutti quello dei contratti di lavoro.

È questa volta un bivio importante. Negli statuti speciali confluiscono

istanze forti, non compatibili con il modello recato dai codici. Dal tronco centrale si cominciano a distaccare rami la cui diversa direzione si coglie sul piano funzionale e dei principi, ma ancora prima su quello della legittimazione politica dell'autonomia.

La figura generale del contratto continua a evolversi nei primi decenni del XX secolo, sulla scorta della nuova inversione etica tra pubblico e privato prodotta dall'affermazione dell'idealismo filosofico, delle ideologie collettiviste e, per altri versi, delle derive nazionaliste. La presentazione del progetto di riscrittura del codice civile al Senato da parte del guardasigilli fascista Alfredo Rocco, "architetto dello Stato nuovo", è accompagnata da un'invettiva contro l'individualismo borghese e contro l'individualismo liberale nonché dall'affermazione della superiorità della dimensione pubblicistica anche nel diritto privato.

Il codice civile del 1942: disciplina i procedimenti formativi e – primo tra i codici europei – contiene altresì una disciplina dei contratti *standard*, delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie (disciplina orientata a una giustizia ancora di tipo procedimentale); ridetermina il fondamento volontaristico del contratto circoscrivendo, a mezzo degli artt. 1428 ss., il ruolo legittimante del consenso e profilando un'ampia area di rilevanza oggettiva fondata su elementi estrinseci totalmente indipendenti dalla volontà del titolare del diritto disposto; introduce gli istituti della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Si tratta di una evoluzione intelligibile certamente nella logica della giustizia contrattuale – *sub specie* di tutela del consenso, anche qualora espresso in caso di bisogno, ancora in chiave procedimentale – ma altresì, almeno in piccola parte in una logica di giustizia commutativa se è vero che, come anche la relazione del guardasigilli induce a credere, queste disposizioni aprono per la prima volta la porta del sistema a un principio di proporzionalità. Non sembra tuttavia che questa chiave di lettura sia in grado da sé sola di spiegare il nuovo disegno complessivo, orientato più verso obiettivi di socializzazione che di tutela delle parti deboli.

In definitiva, è vero che il contratto liberale muta i propri caratteri e che la forza creatrice della libera volontà, manifesto della rivoluzione borghese, appare sovrastata da un sistema normativo che spesso e volentieri risolve i conflitti (riconosce la produzione di effetti e attribuisce beni e diritti) prescindendo dalla medesima volontà dei titolari delle situazioni interessate. Tuttavia, ciò sembra essere in parte maggiore conseguenza della maturazione

del capitalismo e di una correlativa necessità di rafforzare la certezza dinamica del diritto, nella già segnalata dialettica tra tutela della conservazione e tutela della circolazione.

### 3. *Costituzionalizzazione dell'autonomia negoziale e giustizia distributiva*

Nel nostro Paese, nel secondo dopoguerra, l'evoluzione anche del tema dalle giustizia contrattuale si innesta, come ovvio, sulla discontinuità sistemica determinata dalla promulgazione della Costituzione repubblicana. Da un punto di vista ideologico, l'evoluzione esprime il carattere dell'esperienza dell'economia mista che caratterizza in quegli anni tutte le democrazie occidentali. Esprime altresì, in Italia, la politica di crescita e di pacificazione sociale realizzata attraverso il finanziamento pubblico del lavoro, della sicurezza sociale e del *welfare*, sostenuto, tale finanziamento, grazie a misure di politica monetaria fondate sul circuito inflazione/svalutazione. La funzione retributiva del contratto è, in tale contesto, messa per la prima volta radicalmente in dubbio. Ciò avviene nella disciplina dei contratti agrari. Avviene con i contratti di lavoro. È particolarmente visibile nella disciplina delle locazioni, regolate dal c.d. equo canone.

Il fine di giustizia distributiva è differente per ognuno dei menzionati settori, regolati da discipline speciali. Guardando *a posteriori*, la coerenza delle rispettive misure dipendeva dall'esistenza di principi a monte idonei a fondare una specifica modalità di esplicazione dell'autonomia oltre che dalla loro collocazione in un quadro politico compatibile. Così era per i rapporti agrari come pure per il lavoro, gli uni e gli altri dotati di un proprio solido riferimento costituzionale nonché parti di un complessivo disegno idoneo a socializzare (ossia a trasferire sulla collettività) almeno parte considerevole del peso economico delle misure adottate. Non era così per le locazioni: il meccanismo risultava irrazionale e, diremmo, cieco poiché *collocava in toto* il peso delle politiche abitative in capo ai proprietari quale che fosse la loro condizione economica anche in confronto con i singoli conduttori. Mentre gli altri statuti erano impiegati quali esempi di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, l'equo canone fu reputato una prova della vocazione (giammai redistributiva e invece) necessariamente retributiva del contratto.

Troppa grazia, si potrebbe chiosare.

Sul piano della disciplina generale dei contratti si fa strada l'idea della

penetrazione dell'interesse pubblico nella causa e dell'integrazione degli statuti operata in concreto a mezzo delle clausole generali riempite di senso con i principi costituzionali.

La seconda metà del XX secolo e in particolare gli anni Sessanta, Settanta e Ottanta dettano le premesse, anche teoriche, per il superamento del mito della neutralità del contratto e della sua insensibilità rispetto ai temi della giustizia distributiva. Attraverso la causa, si diceva, e il controllo di conformità a un ordine pubblico non più soltanto di polizia e invece permeato dai principi di solidarietà ed eguaglianza; attraverso il controllo di meritevolezza dell'assetto di interessi programmato.

### *Il secondo millennio. Ulteriori antefatti e inizio di svolgimento*

Con la fine degli anni Ottanta del XX secolo termina l'esperienza giuridica caratterizzata dalla centralità del codice civile, sia pure reinterpretato alla luce della Carta costituzionale. Parallelamente alla storia che, per sommi capi, si è tentato di rievocare, si sono svolte altre vicende. Quella dello sviluppo economico, delle istituzioni dell'economia reale, caratterizzata dal primo liberismo statunitense – il *laissez faire* della c.d. *Lochner's era*, sintetizzato dall'affermazione della *Supreme Court* statunitense che il mercato è uno stato di natura – infrantosi nella crisi del 1929 e, poi, dalle politiche keynesiane e, infine, dalla riemersione pervasiva del liberismo attraverso l'economia neoclassica e una importante fetta degli studi di analisi economica del diritto. Quella dello sviluppo della finanza internazionale. Altre vicende, si diceva, entro le quali il contratto gioca un ruolo centrale ma non nella prospettiva della giustizia, semmai in quella dell'efficienza economica elevata a fine ultimo.

Il primo millennio consegna al secondo millennio una teoria e una pratica del contratto largamente dominate dalla dimensione mercantile. Punto di partenza e punto di arrivo è il mercato. Oggetto di intervento sono i suoi "fallimenti", imputati in gran parte alle asimmetrie informative dalle quali è fisiologicamente caratterizzato. Tutto il diritto europeo dei contratti come pure i progetti di codificazione europea del medesimo diritto dei contratti sono orientati alla ricerca di un nuovo libero consenso da perseguire tramite l'adempimento di obblighi informativi i quali – riequilibrati gli squilibri – consentano alla mano invisibile di definire le regole più efficienti nell'interesse di tutti gli operatori.

Giustizia dunque anzitutto procedimentale. Ma, poi, anche commutativa nell'affermazione di un principio generale di proporzionalità e nei parimenti generale disfavore verso regolamenti eccessivamente squilibrati.

Nell'arco di pochi decenni queste tesi, accompagnate da un cospicuo ventaglio di corollari, hanno conquistato la scena – quella, in particolare, del diritto europeo – dimostrando tuttavia la loro inadeguatezza dinanzi alla crisi economica. La giustizia procedimentale, ovvero il riequilibrio della capacità e della forza dei contraenti, non è sempre perseguibile e non è perseguibile sempre allo stesso modo. La giustizia commutativa implica l'impiego di *standard* valutativi la cui selezione è frutto di una scelta ideologica operata a monte: scelta ideologica qual è anche l'adozione di un modello di mercato.

Per impostare un discorso sulla giustizia contrattuale nel contesto attuale si mostra anzitutto utile fissare quattro punti, per taluno scontati ma forse non per tutti.

Primo: nel nostro sistema – dove un'esigenza democratica fondamentale induce a reputare che la validazione di qualsiasi norma debba essere riferibile (in via diretta o tramite rappresentanza) a tutti i destinatari dei suoi effetti – che il contratto in quanto norma deve essere liberamente voluto dalle parti esprime una condizione di validità, non già un criterio di giustizia. Altra cosa è la modalità di evidenziazione dell'interesse e conseguentemente la definizione del contenuto. Ma questo implica valutazioni più specifiche relative all'ambito della contrattazione, alle parti, all'oggetto e implica, in fin dei conti, che si varchi il confine del procedimento e che si acceda al terreno della giustizia del regolamento.

Secondo: non è disponibile un concetto astratto di giustizia nei contenuti ma è necessario un parametro di riferimento per predicare in concreto cosa è giusto e cosa non lo è.

Terzo: il contratto può essere guardato come latore di un assetto di interessi giusto tra le parti o, diversamente, come elemento costitutivo di una rete nella quale si sostanzia uno specifico mercato il quale a sua volta può essere giudicato in termini di giustizia. Sono tuttavia sempre, rispettivamente, necessari parametri e modelli di riferimento.

Quarto: contratto non è necessariamente libertà piena di autoregolamentazione. Anzi non lo è quasi mai. Vi è invece sempre una combinazione di auto ed etero regolamentazione, con meccanismi ed equilibri differenti a seconda delle materie della contrattazione.

Per farla breve, vi è a monte una posizione da assumere in ordine al fon-

damento dell'autonomia negoziale: se sia unitario, costituito da una libertà originaria recepita e garantita – seppure circoscritta dal limite meramente esterno della utilità sociale, della sicurezza, libertà e dignità umana – dall'art. 41 Cost.; se sia invece variabile in ragione del concorso di altri principi, i quali volta per volta si combinano con la mera enunciazione dell'art. 41 determinando un diverso assetto funzionale e, così, una differente forma di iniziativa. La prima conta numerosi appassionati sostenitori. L'esperienza storica e la struttura del sistema costituzionale inducono tuttavia a reputare preferibile la seconda, alla cui stregua si rintraccia una significativa indicazione in termini di giustizia nei principi che integrano l'art. 41: quelli degli artt. 2 e 3 ove si tratti di iniziativa a contenuto non patrimoniale; quelli degli artt. 2, 3, 29 ss. ove si tratti di autonomia in ambito familiare; quelli degli artt. 35 ss. quando si tratta di lavoro; quello dell'art. 47 in ambito bancario e finanziario; quelli dell'art. 97 ss. nella iniziativa contrattuale della Pubblica Amministrazione. Ciascuno di questi principi – e l'elenco non è certamente esaustivo – esprime una finalità rispetto alla quale l'iniziativa non può non essere reputata strumentale, giacché si tratta delle finalità ultime del sistema.

Il contratto di lavoro è stato il primo ramo, dopo il quale molti altri si sono staccati dal tronco in diverse direzioni trasformando l'immagine dell'autonomia negoziale nel segno di una pluralità di statuti irriducibili a unità. Ciascuno con la sua propria giustizia procedimentale e, se del caso, sostanziale, talora riferita ai singoli rapporti altre volte mirata a conformare settori di attività.

Chiariti i presupposti, la prospettiva, da un lato, è il ritorno dei rapporti di lavoro a una contrattazione puramente individuale; dall'altro lato, è l'introduzione di forme di regolamentazione non contrattuale, ma diremmo, forse più esattamente, contrattuali ma *non contrattate* dei rapporti (i civilisti sono ben usi alla tematica dei c.dd. “contratti senza accordo”, seppure confinati ai distributori di bevande o tra le mura di grandi magazzini).

Sorge spontanea una domanda: cambia soltanto lo strumento o cambiano i fini?

#### 4. *Cambia il mezzo o cambiano i fini?*

Il contratto è strumento duttile. Poco più di due secoli di storia del diritto moderno e contemporaneo ne hanno mostrato attitudini molteplici.

L'attitudine a servire la libertà senza se e senza ma. Libertà anche di sfruttare il lavoro in un assetto post-rivoluzionario dove l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge era quella stigmatizzata da Anatole France nel *Giglio Rosso*: quella del ricco e del povero parimenti sottoposti al divieto di fare l'elemosina e di dormire sotto i ponti. L'attitudine però anche a perseguire una giustizia di tipo procedimentale o una commutativa e finanche una giustizia redistributiva.

L'iniziativa contrattuale è fonte di regole che, inserite nel tessuto ordinamentale costituzionale, possono contribuire a perseguire modelli di giustizia coerenti con il medesimo tessuto ossia – come si è ampiamente detto – tarati sui principi fondanti dell'ordinamento. Questo è però soltanto vero finché si conservi la consapevolezza della variabilità del fondamento normativo dell'autonomia negoziale e conseguentemente della specificità del fondamento di ciascuna forma di autonomia. È meno vero se invece si decide di eliminare tali specificità e di tagliare i rami con l'illusione che un tronco comune del contratto libero e consapevole possa realizzare assetti giusti per qualsivoglia tipologia di rapporto.

Cambia il mezzo o cambiano i fini?

Per rispondere occorre ancora contestualizzare. V'è certamente, nel sistema di fine millennio, una spinta al mutamento dei fini nel senso della riconduzione dello stesso fondamento politico della forza normativa del contratto di lavoro al libero mercato e alla libertà d'impresa. È, tutto sommato, una delle tante manifestazioni dell'aspirazione neo liberista (o anche neo liberale, magari nella più ipocrita versione ordoliberal) alla quale si è fatto più sopra cenno, comune anche alla disciplina europea dei contratti; un corollario dell'aspirazione alla restaurazione di un'etica meramente privata, liberata da finalità pubblicistiche o eteroimposte, a mezzo di un approccio regolatorio asetticamente correttivo. La privatizzazione oltre che dei mercati anche degli interessi perseguiti dallo stesso diritto generale rende infine chiaramente prospettabile una prevalenza di tutela dell'offerta rispetto alla domanda ovvero della produzione rispetto ai salari.

Questo prima della crisi.

Con la crisi, qualche entusiasmo nelle sorti magnifiche e progressive del libero mercato si è certamente raffreddato. La tendenza alla fuga dai principi costituzionali fondanti la contrattazione di lavoro (individuale e collettiva) non è però cessata. Il quadro è assai più complesso e si ricompone anzitutto con le discipline della crisi d'impresa e del sovraindebitamento nonché con

le politiche punitive del risparmio, soprattutto piccolo e non speculativo, e con l'incentivazione del credito al consumo. In tale quadro non è neanche più attuale la rappresentazione della politica di sostegno salariale quale incentivo (nella specie, mancato) alla domanda, giacché questo incentivo è semplicemente sganciato dalla capacità reddituale ed è invece sistematicamente agganciato all'indebitamento del lavoratore. Si genera così una forma di precariato economico e sociale che, aggiungendosi a quella tradizionale, prospetta l'emersione di un nuovo proletariato capace di ricomprendere in sé quella che un tempo era definita classe media.

Vi è dunque, certamente, una spinta al mutamento dei fini. Vi è e vi deve essere però, esattamente per questo o, meglio, a fronte di questo, anche la spinta contraria, a riaffermare i medesimi fini nelle linee di una riflessione critica che riprenda l'avvio dall'istanza di fondo, posta dall'art. 36 Cost., di una "vita libera e dignitosa" del lavoratore: in questa direzione, se è vero che il contratto può realizzare una giustizia commutativa tramite la proporzionalità delle prestazioni, è anche chiaro però che la *ratio* della proporzione non è mai oggettiva ma sempre relativa e la sua valutazione dipende da criteri che, in positivo o in negativo, si collocano sul piano della giustizia distributiva. Allargando la prospettiva, è chiaro che la giustizia contrattuale è essenzialmente problema di fondamento ideologico e di legittimazione politica dell'autonomia.

Soprattutto per riordinare il quadro attuale – dove senza mezzi termini sono in crisi la vita e il benessere collettivi come progettati dalla Costituzione repubblicana nonché l'ambiente sociale, naturale e artificiale entro il quale tale progetto deve trovare attuazione – è perciò importante non rinunciare a uno strumento normativo duttile qual è il contratto, in particolare ove esso sia frutto di contrattazione e di accordo. Ma questo a condizione che sia il diritto dei contratti a cercare, settore per settore, il proprio fondamento assiologico e i propri (variabili) principi di riferimento anziché il diritto del lavoro a obliterare i propri principi per mimare una figura generale di contratto assiologicamente neutro.

