

LORENZO SCARANO
Università di Bari "Aldo Moro"

RAPPORTI DI POTERE E GIUSTIZIA CONTRATTUALE: MODELLI REGOLATIVI A CONFRONTO

*"Il mercato non è più - se mai lo è stato - il luogo nel quale si incontrano una miriade di soggetti tutti eguali, non solo formalmente, ma anche sostanzialmente che, una volta effettuato il loro scambio, non si incontreranno più; il mercato è organizzato, intessuto, come ogni organizzazione, di relazioni di potere e subordinazione"**

SOMMARIO: 1.1. *Analisi*: attuali linee di tendenza del sistema privatistico; 1.2. Il codice dei consumatori; 1.3. Le prospettive del diritto contrattuale europeo; 1.4. La negoziazione squilibrata fra imprese; 2.1. *Sintesi*: giuridificazione del potere ed esigenze di giustizia; 2.2. Tecniche e finalità regolative; 3. La conferma di una *tesi*: l'alterità del diritto del lavoro.

1.1. Il sistema giuridico privatistico è attualmente interessato da profondi cambiamenti, spesso di fonte comunitaria. Uno dei campi di elezione di tali trasformazioni è il diritto dei contratti, ove la presenza di tratti di affinità con il diritto del lavoro ha sollecitato diversi Autori¹ a rimeditarne la *specialità*.

Il confronto spesso conduce a constatare un progressivo avvicinamento in quanto le nuove prospettive regolative del diritto privato tendono ad attribuire rilevanza ad elementi che appaiono distanti dalla sua impostazione tradizionale e che, viceversa, risultano strutturali nella disciplina giuslavoristica.

* La citazione è di M.G. GAROFALO, 2008, 1867, alla cui memoria è dedicato il contributo.

¹ Con diversi accenti, Perulli, 2007; Plaia, 2008; Nogler, 2008; Vettori, 2008; Lo Faro, 2008; Liebman, 2010; Genovese, 2010. Vallebona, 2009, 7, ha auspicato un approfondimento interdisciplinare di quest'importante evoluzione dell'ordinamento, per indagare analogie e differenze su fini e tecniche protettive contro il contratto "ingiusto".

1.2. Il cd. “diritto dei consumatori” si caratterizza per interventi orientati al controllo dell'autonomia negoziale con l'utilizzo di tecniche normative in passato avulse dalla logica degli scambi di mercato, se non «sdegnosamente» respinte all'esterno - perché estranee allo statuto epistemologico - del diritto dei contratti².

Il d.lgs. 206/2005 ha riordinato la normativa (d'ispirazione comunitaria) a tutela dei consumatori adottando il *Codice del consumo* (c.cons.). L'apparato protettivo - da ultimo aggiornato con il d.lgs. 79/2011, cd. “Codice del turismo” - si connota per la previsione di diritti «irrinunciabili»³ e, nello specifico, la parte (III) che si occupa di disciplinare i rapporti fra professionisti e consumatori (*b2c*) ruota attorno ad una dettagliata regolamentazione delle clausole contrattuali (*vessatorie* ed *abusivae*) per concludersi con l'art. 36, dedicato alla *nullità di protezione*. Il rimedio eteronomo predisposto dal legislatore, azionabile unicamente su impulso della parte protetta, opera mantenendo in piedi il rapporto contrattuale con l'espulsione della sola clausola viziata; una rilevante novità, già collaudata nel settore della tutela dei consumatori/utenti⁴, rispetto alla tradizionale categoria della nullità (ed agli strumenti di cui agli artt. 1419 e 1339 c.c.)⁵.

Invero, l'intervento riequilibratore non può prevaricare l'autonomia privata; anzi, se costituisce esito di una trattativa, l'accettazione di clausole squilibrate a favore del professionista non tollera alcuna reazione paternalistica⁶. Fermo restando il valore - non negato ma riaffermato - dell'autonomia individuale, la disciplina protettiva si spiega su un piano diverso: occorre stabilire in via eteronoma un equilibrio negoziale espungendo dal regolamento quelle clausole causate dall'asimmetria informativa insita nel rapporto *b2c*.

1.3. Per rinvenire (progetti di) testi normativi che pongono il tema dell'equilibrio contrattuale in generale (non limitato a categorie di rapporti) bisogna superare i confini nazionali e lo *ius conditum*: all'interno dell'Ue è in atto un dibattito sulla (possibile) armonizzazione delle discipline nazionali in materia negoziale. Al momento, il processo

² Breccia, 2008, 400; in termini, Pardolesi, 2008, 345.

³ In uno al divieto di patti in deroga (art. 143 d.lgs. 206/2005; v. pure l'attuale formulazione dell'art. 78 c.cons.).

⁴ Basti pensare (oltre al 'sibillino' rimedio dell'*inefficacia* originariamente previsto all'art. 1469 *quinquies* c.c., poi abrogato dall'art. 142 c.cons.: v. Roppo, 2007, spec. 777), all'art. 127 d.lgs. 385/1993 (*T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*), ove si prevede che le disposizioni riguardanti le operazioni ed i servizi bancari e finanziari «sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente» e che le nullità operano solo a suo vantaggio.

⁵ Scalisi, 2007, 284 s. *Ex multis*, cfr. Di Marzio 2002, 735; Plaia, 2008, 710, nt. 11.

⁶ Se si escludono le cd. “clausole abusive” (elencate nell'art. 36 c. 2, nulle in quanto palesemente inaccettabili in una relazione negoziale ‘civile’), le pattuizioni comportanti un «significativo squilibrio» (art. 33 c. 1) possono essere espunte dal contratto di consumo a meno che non siano state «oggetto di trattativa individuale» (art. 34 c. 4).

si trova in una fase cruciale: è stato elaborato un progetto di “Quadro Comune di Riferimento” (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*) da parte del gruppo di studiosi incaricati dalla Commissione⁷. Si tratta dell'ultimo *step* di un disegno pluridecennale, mirante alla predisposizione di una disciplina (tendenzialmente) uniforme⁸.

Si tratta, invero, di un percorso impervio. Il piano di azione della Commissione ha dovuto fare i conti con la pubblicazione di un “Manifesto” *on Social Justice in European Contract Law*⁹ che ha posto all'attenzione della comunità scientifica e delle istituzioni questioni nodali su cui l'ampio progetto riformatore taceva. Il documento, infatti, ha sollevato aspetti obliterati nel percorso di uniformazione, fra cui il mancato perseguimento del valore della giustizia sociale, frutto di un disegno orientato esclusivamente alla predisposizione di strumenti funzionali alle esigenze del mercato¹⁰, senza considerare che la libertà contrattuale individuale non riveste più «una posizione di primissimo piano negli ordinamenti nazionali»¹¹.

Il DCFR sembra aver accolto alcune delle critiche mosse; nell'elencazione dei principi fondamentali si legge che gli stessi, oltre a «correggere i fallimenti del mercato», promuovono il valore della «giustizia sociale» e la «redistribuzione della ricchezza». Per verificare quanto delle enunciazioni programmatiche del DCFR sia stato tradotto in articoli specifici e, conseguentemente, per avere un quadro delle prospettive che *de iure condendo* alimentano il dibattito sul nuovo diritto contrattuale europeo, è sufficiente richiamare alcune (future?) disposizioni che regolamentano relazioni negoziali caratterizzate da potenziale squilibrio fra contraenti¹². È possibile, cioè, isolare alcune norme dei PECL (*Principles of European Contract Law*, il progetto maggiormente accreditato nella comunità scientifica ed assunto a base del DCFR) che sottolineano bene i tratti di continuità con la legislazione di fonte comunitaria emanata in materia consumeristica¹³ e l'approccio riservato ai rapporti negoziali squilibrati.

Paradigmatica in quest'ottica è la disposizione dell'art. 4:109 (*Ingiusto profitto o vantaggio iniquo*)¹⁴ che contempla una fattispecie unitaria in cui il contraente che abbia

⁷ È l'edizione del 2009 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, preparato dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Reserch Group on EC Private Law (Acquis Group)*.

⁸ Nello specifico, lo *Study Group* che ha elaborato la prima bozza sui “principi di diritto europeo” è l'erede della cd. Commissione Lando, il gruppo di giusprivatisti che nel 2000 predispose i noti PECL. Cfr. Nogler, Reifner, 2010; Caruso, 2010, § 5; Nogler, 2008, § 2; Vettori, 2008, § 1.

⁹ *RCDP*, 2005, 99 ss.

¹⁰ Barcellona, 2006, 295.

¹¹ *Manifesto*, 101. V. anche C. cost. 15.5.1990 n. 241, *GCos*, 1990, 1467. Sottolinea, viceversa, l'importante costituzionalizzazione (interna e comunitaria) dell'autonomia collettiva, Castronovo, 2005, 37.

¹² Occorre precisare che, mentre la sez. I PECL ha un ambito di applicazione generale, l'art. I-1:101(2) lett. e DCFR esclude espressamente le *employment relationships*.

¹³ V. artt. 4:110 PECL e II.-9:408 DCFR.

¹⁴ Per il DCFR, art. II.-7:207 (*Unfair Exploitation*).

subìto l'abuso della posizione forte della controparte, concretizzatasi in un regolamento gravemente sproporzionato in relazione allo scambio contrattuale, può chiedere al giudice un intervento correttivo per riequilibrare le prestazioni corrispettive¹⁵. Trattasi di una norma ad applicazione generale che attribuisce al giudice il potere di riscrivere il regolamento alterato da situazioni in cui l'autonomia negoziale mostra segni di patologia.

A tal proposito, si deve evidenziare come la norma inderogabile perda la connotazione di strumento operativo per la tutela di particolari (categorie di) soggetti: le parti «sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto» anche escludendo «l'applicazione di una qualsiasi norma contenuta nei Principi» (art. 1:102-*Autonomia contrattuale*); ebbene, l'attribuzione del potere correttivo-conformativo dell'autonomia negoziale assegnato al giudice è «rivolto a compensare l'espulsione dal diritto privato della dimensione politico-pubblica, tradizionalmente rappresentata dalle *mandatory rules*»¹⁶.

1.4. Fra i segnali di un'evoluzione del diritto privato, menzione particolare merita il fenomeno della contrattazione diseguale fra imprese (*b2b*): fattispecie in cui tra imprenditori che operano sul mercato in posizione di parità si strutturano rapporti che, a dispetto dell'anodina forma della relazione negoziale, sono caratterizzati da legami di autorità-subordinazione istituiti dal contratto. L'ordinamento italiano conosce da tempo tali forme di organizzazione del ciclo produttivo; si va dalle classiche catene di appalti e subappalti all'impresa-rete, passando per l'integrazione verticale realizzata con la costituzione di gruppi di imprese¹⁷.

In ipotesi, dunque, può esservi una posizione di *dominanza assoluta* di un'impresa sul suo mercato di riferimento (e quindi nei confronti di tutti gli altri operatori economici¹⁸) come può verificarsi l'eventualità in cui ad essere dominato non è l'intero settore del mercato, ma solo alcune imprese, giuridicamente partecipi dell'intrapresa economica della società capogruppo perché integrati verticalmente nella sua organizzazione. Fra le polarità dell'integrazione verticale e del ricorso al libero mercato è possibile poi rilevare l'esistenza di relazioni commerciali caratterizzate da *dominanza relativa*, con imprese *economicamente dipendenti* in forza di un contratto che consente di «estendere ad una

¹⁵ Breccia, 2008, 393.

¹⁶ Barcellona, 2006, 334 s.

¹⁷ Carabelli, 2009, anche per i necessari riferimenti dottrinali. Più di recente, la l. 129/2004 ha regolamentato il *franchising*, già ampiamente diffuso nella prassi (v. Sciarra, 1994), col *nomen* di "contratto di affiliazione commerciale"; gli esempi in tal senso potrebbero continuare: v. il reg. 1400/2000/Ce sugli accordi verticali per le concessioni di vendita di autoveicoli.

¹⁸ Qui soccorre la l. (*antitrust*) 287/1990.

relazione esterna la stessa gerarchia» caratterizzante i rapporti di produzione interni all'azienda¹⁹.

Il *quid novi* che ha destato l'attenzione della dottrina è la presenza di discipline *speciali* riservate a relazioni negoziali contrassegnate da disequaglianze giuridificate, funzionali a de-limitare l'(ab)uso del potere insito nel rapporto (e non solo sul mercato) e tutelare la parte 'debole' dello stesso. In questa prospettiva dev'essere letta la regolamentazione del rapporto di subfornitura industriale dettata dalla l. 192/1998, finalizzata a vietare «l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova (...) un'impresa cliente o fornitrice»²⁰. Ciò attesta bene la presa d'atto del legislatore dell'esistenza di posizioni di potere (non solo di tipo informativo) strutturalmente insite nella dinamica fisiologica delle relazioni negoziali formalmente paritarie²¹, al fine di predisporre una disciplina applicabile a tutti i rapporti caratterizzati da quello squilibrio²².

Un ulteriore tassello di comprensione delle recenti prospettive regolative può essere desunto dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali introdotta dal d.lgs. 231/2002 (in attuazione della dir. 2000/35/Ce, abrogata dal 16.3.2013 *ex dir.* "di rifusione" 2011/7/Ue), nell'ottica di predisporre forme di tutela del creditore di prestazioni pecuniarie in presenza di accordi gravemente iniqui²³. Anche in questo caso, la tecnica normativa non è nuova (e solo per aspetti di dettaglio si distacca dal regime utilizzato nei dd.lgs. 206/2005 e 192/1998): previsione di norme che fissano i termini del pagamento e la misura degli interessi di mora (art. 4) e solito rimedio della nullità, pronunciabile dal giudice a seguito dell'accertamento della presenza di clausole risultanti gravemente inique, con applicazione delle condizioni legali o riconduzione ad equità degli accordi (art. 7 c. 1-3).

2.1. Emerge da queste tendenze l'avvento di una parziale *laborizzazione* del diritto che disciplina le relazioni economiche, ormai consapevole di non poter più ignorare quell'asimmetria di potere fra gli operatori occultata dalle neutre costruzioni

¹⁹ Lo Faro, 2008, 231; ivi ulteriori richiami bibliografici.

²⁰ Art. 9 co. 1, che si preoccupa di dare una definizione normativa di "dipendenza economica", di individuarne alcuni indici sintomatici (cc. 1-2) e di regolare l'apparato rimediabile (c. 3).

²¹ A differenza della disciplina consumeristica, peraltro, l'eventuale presenza di una trattativa individuale non vale ad escludere l'abuso.

²² Nonostante alcune voci discordi espresse anche in giurisprudenza, la dottrina considera la subfornitura industriale, così come tipizzata nell'art. 1 l. 192/1998, una fattispecie trasversale che non dà vita ad un nuovo tipo contrattuale, risultando applicabile a qualsiasi relazione negoziale fra imprese caratterizzata da dipendenza economica.

²³ Non a caso, il 'naturale' campo di applicazione del d.lgs. 231/2002 coincide con il raggio di operatività della disciplina della subfornitura (v. art. 3 l. 192/1998); lo si desume altresì dai *considerando* della dir. 2011/7/Ue.

dogmatiche sotto l'effigie della libertà negoziale; il tessuto normativo, infatti, è sempre più permeabile alle istanze di protezione di particolari interessi sui quali s'innervano i rapporti produttivi²⁴.

Alcune espressioni presenti nella l. 192/1998 (come *squilibrio di diritti ed obblighi*) suggeriscono all'interprete di verificare se l'assonanza lessicale con altre disposizioni (per es. del c.cons.: *significativo squilibrio di diritti ed obblighi*) sia meramente casuale oppure determinata dalla scelta di regolare in maniera sostanzialmente unitaria rapporti eterogenei ma accomunati da ruoli contrattuali asimmetrici.

Su queste premesse la civilistica ha iniziato a chiedersi se dagli elementi sparsi nella legislazione possa ricavarsi un'unitaria tendenza suscettibile di essere ordinata. La dottrina ha così proposto nuove categorie classificatorie, capaci di riassumere fattispecie negoziali e tecniche normative con caratteristiche simili, partendo dalla constatazione che l'idea "romantica" del contratto è ormai tramontata²⁵. Le relazioni negoziali sono sempre meno espressione di scambi istantanei (*discrete transaction*)²⁶, dando invece vita a vincoli duraturi, contraddistinti da una diseguale allocazione di diritti ed obblighi, spesso disciplinati da regole eteronome. La posizione di residualità del fenotipo tradizionale di contratto come approdo conclusivo di una trattativa condotta da soggetti in reale posizione di parità ha portato la dottrina ad isolarlo in un limbo non eteroregolato (perché auto-normato appunto), denominato "primo contratto" o "contratto di diritto comune"²⁷, per concentrare l'attenzione sui negozi squilibrati.

In questa direzione è orientata la proposta ricostruttiva di Roppo, che raggruppa in un «nuovo paradigma contrattuale» l'insieme delle regole che, divergendo dal "genere" tipizzato negli artt. 1321 ss. c.c., si caratterizza per una «significativa asimmetria contrattuale»: è il *contratto asimmetrico*. Questa categoria si «proietta al futuro», riassumendo tanto i contratti *b2c* quanto i prodotti della negoziazione squilibrata *b2b*, fattispecie che condividono un denominatore comune, l'asimmetria di potere contrattuale²⁸; viene così legittimata una disciplina unitaria della categoria (che consente, per es., l'applicazione di norme poste in materia di subfornitura ad un rapporto di consumo).

In posizione speculare può essere collocata l'ipotesi di Pardolesi, anch'essa avanzata al fine di superare un approccio monolitico legato all'idea tradizionale di un (*primo*)

²⁴ Lo Faro, 2008, 227.

²⁵ Di Marzio, 2002, 727; Barba, 1998, 36. Cfr. pure *BVerfG* 19.10.1993, *RassDC*, 1994, 594, cui *adde* Cherednychenko, 2004.

²⁶ Pardolesi, 2008, 337; Lo Faro, 2008, 229 ss.

²⁷ Rispettivamente, Pardolesi, 2008 e Roppo, 2007.

²⁸ Roppo, 2007, 694 ss.

“contratto” che riesce a sfuggire ad una morte preannunciata (*rectius*, già celebrata²⁹) sfruttando la sua potenziale polisemia³⁰. Al polo opposto rispetto a quello occupato dal primo contratto si colloca il «vasto continente del contratto dei consumatori», che si caratterizza per un’impostazione paternalistica (è il “secondo contratto”). Le polarità, tuttavia, «non catturano l’universo»: il *terzo contratto* si colloca nella «terra di mezzo», è il luogo della contrattazione *b2b* in contesti di asimmetria di potere negoziale e poggia su una triplice base normativa (l. 192/1998; d.lgs. 231/2002; l. 129/2004)³¹.

I tre modelli di contratto riflettono i diversi atteggiamenti del legislatore nei confronti delle manifestazioni della libertà negoziale: si va dal regno dell’autonomia privata (nel *primo* contratto, con regole tese a garantire «la coattività degli impegni assunti») alle ipotesi in cui l’ordinamento «intende supplire all’insanabile miopia di chi popola i mercati senza poterne essere protagonista» (nel *secondo*), transitando per quella terra di mezzo ancora alla ricerca d’identità, «rimessa a regolazione amorfa»; la discreta figura del *terzo* contratto «alligna» su un *fil rouge* che collega disposizioni tese ad evitare la prevaricazione su un imprenditore che economicamente dipende da un altro³².

Al di là dei problemi di classificazione categoriale (contratto primo, secondo, terzo, asimmetrico *et similia*), un dato affiora dagli indici normativi passati in rassegna: la progressiva generalizzazione della prospettiva della giustizia contrattuale³³. Circostanza non secondaria, perché potrebbe porre le premesse per una radicale trasformazione della funzione dell’intero diritto dei contratti, che da mero strumento di circolazione delle utilità economiche diverrebbe terreno di elezione del controllo eteronomo degli affari, in vista del perseguimento di scopi che trascendono l’interesse dei singoli³⁴.

È vero che l’ordinamento non interviene ‘di fronte a qualunque ingiustizia’, richiedendo che lo squilibrio giuridico sia *significativo* (art. 33 c.cons.; art. 4:110 PECL) o *eccessivo* (art. 9 l. 192/1998) e l’iniquità *grave* (art. 7 d.lgs. 231/2002): l’intrusione esterna viene postulata solo nelle ipotesi in cui lo sfruttamento di una posizione di potere contrattuale (*ex se* irrilevante) assuma le sembianze di un abuso³⁵. Un dato, però, è incontestabile: il diritto dei contratti non è più il regno dell’anomia regolativa che spetta ai privati colmare con l’autonomia negoziale; sono sempre più frequenti ipotesi in

²⁹ Per tutti, Gilmore, 1999.

³⁰ Pardolesi, 2008.

³¹ Id.

³² Id., 346 s.

³³ Raiser, 1990, 90 ss.; Perfetti, 2005; Volpe, 2007.

³⁴ Cfr. Zweigert, Kötz, 1995, 8 ss.: la giustizia contrattuale e non più la libertà contrattuale «costituisce oggi ovunque in senso materiale il principio funzionale del diritto dei contratti»; il compito attuale del diritto privato è «di sviluppare criteri e metodi per realizzare un principio di *giustizia contrattuale*, è ciò proprio per la ragione che, nella realtà, la libertà contrattuale non esiste».

³⁵ Perfetti, 2005; Scalisi, 2007, 273: solo a queste condizioni «il diritto dei contratti è disposto a reagire». V. pure Cass. 18.9.2009 n. 20106, *C*, 2010, 5.

cui l'ordinamento interviene a riequilibrare situazioni asimmetriche giudicate intollerabili con strumenti di controllo non più reputati eccezionali³⁶.

Evidente è la distanza rispetto all'impostazione dei codici, ove sul contratto era escluso qualsiasi intervento eteronomo anche nelle ipotesi in cui costituiva la formalizzazione giuridica di una sproporzione manifesta fra le prestazioni. Espressione negoziale dell'autonomia privata, l'accordo (voluta) non poteva che essere giusto³⁷; non aveva tanto senso interrogarsi sul plusvalore marginale ottenuto dai contraenti perché il contratto era lo strumento per spuntare una prestazione ottimale cercando di limitare al minimo il controsacrificio patrimoniale. Cercare questo vantaggio era "legittimo"; ottenere tale risultato era "giusto". Solo raffrontando questi presupposti con le tendenze attuali si può constatare la profonda trasformazione che sta interessando il sistema privatistico.

2.2. Occorre, però, leggere più a fondo i mutamenti in atto.

V'è una costante nella regolazione richiamata: l'intervento micro-economico sul singolo contratto (magari squilibrato perché frutto di un abuso perpetrato dallo strapotere negoziale della parte forte) è lo strumento per perseguire la finalità macro-economica, rimediare ai fallimenti del mercato diversi dalla mera asimmetria informativa (monopoli e posizioni dominanti). È il controllo sull'*autofagia* del mercato: poiché «il mercato è un sistema che tende a dissolvere le condizioni della sua stessa esistenza»³⁸, l'ordinamento preserva la sua permanenza come istituzione fondativa dell'economia contemporanea, con imperativi correttivi degli affari, «volti a mantenere in vita coattivamente il mercato - per così dire - contro se stesso»³⁹. Infatti, se è vero che l'autodeterminazione individuale corrisponde al codice della modernità e che non c'è mercato senza signoria della volontà, «non ogni corollario della signoria della volontà è

³⁶ Volpe, 2007, 385; Perulli, 2007; Perfetti, 2005, cap. I; Di Marzio, 2002, 735. *Eccezionali*, com'è noto, sono i rimedi rescissori previsti dal c.c.; come i temperamenti dell'autonomia privata introdotti con la tecnica dei limiti esterni e l'utilizzo delle clausole generali; così pure le norme sui contratti imposti e quelle in materia di locazione abitative e di fondi rustici (sul punto, la dottrina privatistica è sterminata).

³⁷ *Qui dit contractuel dit juste*: Fouillée, 1897, 410.

³⁸ Barcellona, 2006, 307.

³⁹ Id., 280-284; «il controllo di merito dell'autonomia privata risulta così rivolto ad espungere i contratti impropri dal punto di vista del mercato», infrangendo la ragione volontaristica per subordinarla a quella mercantile: «è giusto ciò che è voluto ma solo a condizione che sia anche voluto dal mercato». Lo scambio fissato nel contratto è sostituito dallo scambio «che si sarebbe determinato in un mercato efficiente» (309). Cfr. Femia, 2008, 297 s.: «Nel vecchio diritto qualunque esito di contrattazione era valido, purché voluto; nella nuova giuseconomia soltanto un esito di contrattazione è consentito: quello razionale secondo l'efficienza allocativa; il resto è scarto, anomalia, retaggio dell'oscurità del passato, realtà da sradicare (...) la *necessità radicale* del contratto giuseconomico, l'inevitabile abbraccio mortale della razionalità», l'esigenza di fare «pulizia economica» (Somma, 2009, 151). Insomma, *il contratto-consenso scompare per far trionfare il contratto-scambio*: Sacco, De Nova, 2004, 47.

coerente con i corollari del mercato»: in simili casi l'ordinamento sostituisce alla figura 'simbolica' della volontà individuale la *ratio* 'funzionale' del mercato concorrenziale.

S'inquadrano in questa cornice quelle misure che legittimano un controllo su alcuni aspetti del regolamento negoziale al fine di correggere i risultati diseconomici indotti dall'abuso di una situazione di disparità di potere. Ne deriva una disciplina del rapporto che, informata a criteri 'ritenuti' di giustizia contrattuale, contempla un'elevata quantità di limitazioni alla libertà individuale nell'ottica di rendere più soddisfacente l'etica degli affari ed efficiente il funzionamento del mercato. Gli interventi eteronomi di correzione dei rapporti contrattuali squilibrati non rinnegano affatto il postulato del libero mercato; sono misure che investono il singolo scambio per cercare di adattarlo ad un mercato ideale⁴⁰ (perfettamente concorrenziale), nella realtà alterato da fattori disfunzionali.

Il diritto dei contratti realizza così una *crasi* con il problema della giustizia contrattuale: «l'equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato, le prestazioni sono proporzionate se la loro misura riflette il mercato»⁴¹. L'obiettivo dell'efficiente funzionamento del mercato, dunque, non è incompatibile con istanze di giustizia contrattuale da garantire nelle singole operazioni negoziali, essendo il rimedio giustiziale il *mezzo* piegato al *fine* concorrenziale.

Per chiarire meglio questo assunto occorre risolvere una questione preliminare: delineare il profilo del contratto giusto; è necessario cioè definire in cosa consista la giustizia contrattuale come attuata nelle ultime tendenze normative. A tale scopo è utile scomodare due celebri categorie aristoteliche, la giustizia *commutativa* (o *individuale*) e la giustizia *distributiva* (o *sociale*)⁴².

Mentre la seconda, applicata alle relazioni negoziali, consente di (re)distribuire utilità prescindendo dall'esatto valore delle singole prestazioni valorizzando il principio della solidarietà⁴³, la prima concerne un rapporto individuale fra due soggetti, sancendo che attraverso l'operazione contrattuale l'utilità marginale di ciò che si riceve deve sostanzialmente coincidere con l'utilità marginale di ciò che si perde, in maniera tale da

⁴⁰ Barcellona, 2006, 342 ss.: «questa giustizia non mette in discussione la filosofia che sta dietro al sistema del contratto, ma si limita ad abbreviare la distanza tra modello e realtà»; in senso adesivo, Plaia, 2008, 717 («il diritto qui non sovrappone affatto una *ratio* politica ad una *ratio* mercantile») e Liebman, 2010.

⁴¹ Sacco, De Nova, 2004, 26.

⁴² Nota distinzione elaborata nell'*Etica Nicomachea*, oggetto di recenti rimediazioni sul piano giuridico, svincolate dalla secca alternativa 'rapporto contrattuale/giustizia commutativa-rapporto non contrattuale/giustizia distributiva'.

⁴³ Barcellona, 2006, 306 e *passim*.

realizzare l'interesse dell'affare attraverso un bene diverso ma di ugual valore rispetto a quello scambiato.

Ebbene, nella direzione della giustizia commutativa è possibile collocare tutti quei rimedi che si muovono nell'ottica di stabilire un (più corretto) ordine economico, ma all'interno dell'indiscusso assetto mercantilistico del rapporto; nel rispetto delle precondizioni economiche dello scambio contrattuale, l'equilibrio commutativo indica la fissazione eteronoma dell'equivalenza tra le prestazioni, risolvendosi in un giudizio di congruità fra le stesse, celebratosi il quale il mercato - attraverso la sua riedita "mano invisibile" - condurrà «alla migliore ed equa distribuzione della ricchezza»⁴⁴. La giustizia contrattuale così 'positivizzata' non è nozione sovrapponibile con la giustizia sociale: una conclusione che consente di escludere la redistribuzione delle risorse (economiche e di potere), obiettivo specifico della giustizia sociale, dalle *rationes* fondative del nuovo approccio regolativo al settore dei contratti caratterizzati da squilibrio di potere negoziale.

3. Tratteggiate le finalità ispiratrici del nuovo diritto dei contratti, la riflessione deve tornare sul terreno del diritto del lavoro per verificare distanze ed eventuali convergenze. Si è già evidenziato, infatti, come nel dibattito dottrinale le tecniche normative impiegate e le esigenze di tutela (della riassuntiva figura) del contraente debole vengano abitualmente ascritte al modello regolativo giuslavorista.

Si pone, dunque, la necessità di riportare l'attenzione sul contratto che in maniera tipica si caratterizza per quella situazione di asimmetria contrattuale e personale che affonda le radici in una condizione sociale formalizzata dall'ordinamento, in una prospettiva che si vuol subito rendere manifesta: ribadire l'erroneità della tesi in virtù della quale «il principio generale di tutela del contraente debole, già presente nel diritto privato, assumerebbe nel diritto del lavoro soltanto una diversa configurazione o portata»⁴⁵.

Senza affrontare questioni di sistema (come quella relativa al paradigma scientifico della disciplina giuslavoristica, incomprensibile se non si valuta a fondo la funzione assoluta dall'interesse *collettivo* nella redistribuzione del potere nei gangli della società), basterà (ri)scoprire le finalità che orientano la regolamentazione *statuale* dei rapporti di lavoro per proporre una prospettiva interpretativa che rifiuta una secca assimilazione col nuovo diritto dei contratti.

⁴⁴ Id., 343; Smorto, 2007: è l'approdo ad una visione utilitarista e ordoliberalista dell'economia (cfr. art. 3 TUE), sostitutiva di quella (neo)liberista.

⁴⁵ Già Balzarini, 1965, 40 s. Ora v. Liebman, 2010, 584.

Il diritto del lavoro è il settore dove si constatano relazioni contrattuali individuali non regolate da (soli) criteri di efficienza economica; la disciplina giuridica del rapporto di lavoro subordinato, infatti, si segnala per una peculiarità che nelle recenti tendenze 'giustizialiste' non è dato riscontrare: la sospensione del campo di operatività della logica mercantile⁴⁶. Sfruttando la richiamata contrapposizione, si può dire che il diritto del lavoro abbia introdotto elementi di giustizia distributiva all'interno di una logica paritaria basata su presupposti di funzionamento di mercato, al più governata da istanze di giustizia commutativa, introducendo elementi estranei agli obiettivi di efficienza nello statuto delle norme che regolano accordi interpretativi⁴⁷. Nello specifico intento di contemperare la logica economica con la tutela di valori personalistici (per definizione extraeconomici), la regolazione del rapporto di lavoro subordinato pone un limite alla *ratio* mercantile quando la speciale considerazione dei beni coinvolti nello scambio negoziale suggerisce una disciplina *differenziata* (che con le regole comuni poste in materia di contratto risulterebbe invece sacrificata)⁴⁸.

Sotto il profilo degli scopi, la persistente *alterità* della regolazione statutale del rapporto di lavoro è nella declinazione distributiva della giustizia, componente del tutto assente dalle 'mappe di rotta' del nuovo diritto dei contratti⁴⁹.

Sul piano della tecnica dell'inderogabilità, inoltre, rigore ermeneutico impone che di fronte al comune impiego della norma imperativa debba seguire l'esame delle diverse funzioni realizzate pur con l'utilizzo dal medesimo strumento. Infatti, non è detto che l'emulazione obliteri la *specialità* del modello; differenti sono le prospettive con cui si attua l'intervento eteronomo nel diritto dei consumatori rispetto alla 'nostra' disciplina.

Mentre nel c.cons. la nullità di protezione opera *a valle* dell'operazione economica, «eliminando quella parte del regolamento contrattuale che risulti in concreto abusiva»⁵⁰, il diritto del lavoro si struttura su norme inderogabili che pongono *a monte* le regole del rapporto. Laddove il d.lgs. 206/2005 prevede un intervento *ex post*, eventualmente correttivo di quanto voluto dalle parti ma violando la norma, la disciplina giuslavoristica risolve *a priori* il verificarsi di possibili condotte lesive degli interessi della parte protetta, predeterminando il concreto assetto giuridico da osservare⁵¹. Nella prima ipotesi si ha potenziale correzione *a posteriori* di effetti negativi del mercato, che *medio*

⁴⁶ Plaia, 2008, 711; Lo Faro, 2008, § 5.

⁴⁷ Zoppoli, 2011, 183 s.; Plaia, 2008, 713 s.; Moscarini, 2006, 627 s.

⁴⁸ Albanese, 2008, 178; Plaia, 2008, 714; Genovese, 2010. Si vuol cioè dire che nel diritto del lavoro la decisione sull'*an* dell'intervento regolativo non è mossa esclusivamente dal giudizio prognostico sull'efficienza dello stesso; l'interrogativo è risolto anche alla luce di altre considerazioni valoriali.

⁴⁹ Si pone, anzi, in una situazione d'insanabile contrapposizione. «Contractual justice as envisaged by the DCFR is essentially justice *without* regard to the person»: Nogler, Reifner, 2010, 32.

⁵⁰ Albanese, 2008, 175.

⁵¹ Id.; Plaia, 2008, 717.

tempore ha legittima esplicazione⁵²; nella seconda v'è un intervento sostitutivo della contrattazione privata, che si risolve *ex ante* nella sottrazione del rapporto all'operare delle regole di mercato.

In riferimento ai contratti *b2c*, inoltre, la diseguale forza negoziale rileva solo se non influisce sul contenuto economico dello scambio (la dottrina parla a ragione di controllo "normativo") e nell'ipotesi in cui il potere privato di fatto si attualizzi nella (pre)determinazione di condizioni inique. Parallelamente, nei rapporti *b2b* con disparità di potere la disciplina eteronoma sanziona l'abuso concretamente verificatosi a danno dell'impresa economicamente dipendente, non interferendo nella relazione interprivata se la stessa rimane nell'ambito dell'esercizio legittimo di una posizione di 'superiorità' consentita. Ed analoghe considerazioni valgono per PECL e DCFR.

La regolazione statuale del contratto di lavoro, invece, investe il contenuto della prestazione principale dedotta nel rapporto negoziale senza attendere che la situazione di superiorità (giuridica, ma prima ancora economico-sociale) di uno dei contraenti possa concretarsi nella (im)posizione di una disciplina "ingiusta"⁵³.

Per concludere: dalla riflessione sul tendenziale accostamento al diritto dei contratti è emerso come un approccio disincantato (dall'abusata figura del contraente debole) al problema sia in grado di rivelare persistenti distanze fra modelli regolativi, alla luce del proposito del diritto del lavoro di correggere il mercato perseguendo finalità redistributive⁵⁴, scopo del tutto avulso dalla logica che regola le altre relazioni negoziali. L'intervento imperativo sul contratto, infatti, è la manifestazione della scelta dell'ordinamento di perseguire scopi di giustizia sociale⁵⁵, sottraendo alla volontà dei singoli la decisione sull'equilibrio del rapporto.

Insomma, se nell'ottica della regolamentazione delle relazioni economiche *tout court* l'intervento eteronomo (in veste spesso sostitutiva dell'autonomia privata) è preso in considerazione perché fonte di efficienza, nel diritto del lavoro le regole possono essere congeniate per perseguire obiettivi (anche non efficienti ma) di giustizia sociale, al fine di dare attuazione ai valori positivizzati nel testo costituzionale o, comunque, in nome di interessi che trascendono la sfera dei singoli operatori economici.

⁵² V. il 'salvagente' della trattativa individuale.

⁵³ Una conferma: nel fissare la nozione di licenziamento illegittimo, la l. 604/1966 impone in via eteronoma gli elementi per reputarlo "giustificato", così sottraendo alle parti individuali (e alla logica di mercato) la delimitazione del suo significato. Un'altra conferma - se si vuole - è nell'art. 36 Cost., su cui (per ragioni di spazio) rinvio a Scarano, 2011.

⁵⁴ Cfr. Barbieri, 2001, 4.

⁵⁵ Sullo sfondo, l'art. 8 l. 148/2011 mette in crisi questa impostazione, prospettando un nuovo assetto regolativo. Il confronto con le attuali tendenze, però, avrebbe meritato una riflessione *ad hoc*: v. Zoppoli, 2011, 202 s.

Bibliografia essenziale

- Albanese A. (2008). La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona. *RGL*, I, 165 ss.
- Balzarini G. (1965). *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- Barba A. (1998). Libertà e giustizia contrattuale. In: *Studi in onore di Pietro Rescigno*. 2. Milano: Giuffrè, 11 ss.
- Barbieri M. (2001). Lavoro e diritto tra mercati e poteri, testo disponibile al sito: www.fondazionemalagugini.it, consultato il 10.8.2011.
- Barcellona M. (2006). *Clausole generali e giustizia contrattuale*. Torino: Giappichelli.
- Breccia U. (2008). La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione. *RCDP*, 347 ss.
- Carabelli U. (2009). La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse. *DRI*, 91 ss.
- Caruso B. (2010). Il contratto di lavoro come istituzione europea. *WP CSDLE.Int.*, n. 84.
- Castronovo C. (2005). Autonomia privata e costituzione europea. *EDP*, 29 ss.
- Cherednychenko O. (2004). The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 8.1 (March 2004), testo disponibile sul sito: www.ejcl.org, consultato il 10.8.2011.
- Di Marzio F. (2002). Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale). *RDP*, 721 ss.
- Femia P. (2008). Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione. In: Gitti G., Villa G., a cura di, *Il terzo contratto*. Bologna: Il Mulino, 265 ss.
- Fouillée A. (1897). *La Science sociale contemporaine*. Paris: Hachette.
- Garofalo M.G. (2008). Libertà, lavoro e imprese. In: *Scritti in onore di Vincenzo Starace*. 3. Napoli: Jovene, 1855 ss.
- Genovese A. (2010). Nuovo diritto dei contratti e tutela del contraente debole. Note a margine di un recente seminario sui rapporti di dipendenza economica. *ADL*, 150 ss.
- Gilmore G. (1999). *La morte del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Liebman S. (2010). Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia. *DLRI*, 571 ss.
- Lo Faro A. (2008). Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler. *DLRI*, 225 ss.

- Moscarini L.V. (2006). Riflessioni sul tema del «contratto giusto». In: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. 3. Milano: Giuffrè, 617 ss.
- Nogler L. (2008). Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile. *DLRI*, 171 ss.
- Nogler L., Reifner U. (2010). Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Law. *WP CSDLE.Int.*, n. 80.
- Pardolesi R. (2008). Conclusioni. In: Gitti G., Villa G., a cura di, *Il terzo contratto* Bologna: Il Mulino, 331 ss.
- Perfetti U. (2005). *L'ingiustizia del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Perulli A. (2007). Diritto del lavoro e diritto dei contratti. *RIDL*, I, 427 ss.
- Plaia A. (2008). Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale. *ADL*, 705 ss.
- Raiser L. (1990). *Il compito del diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Roppo V. (2007). Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»). *RDP*, 669 ss.
- Sacco R., De Nova G. (2004), *Il contratto*. I. Torino: Utet.
- Scalisi V. (2007). Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio. In Navarretta E., a cura di, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano: Giuffrè, 253 ss.
- Scarano L. (2011). Il contributo della dottrina sociale cattolica al meta-principio della «giusta retribuzione». *Jus*, 179 ss.
- Sciarra S. (1994). *Franchising* e contratto di lavoro subordinato. Note su una (ancora) impossibile assimilazione. *RDC*, I, 491 ss.
- Smorto G. (2007). Autonomia contrattuale e diritto europeo. *EDP*, 325 ss.
- Somma A. (2009). Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoristico nell'economia sociale di mercato. In: Balandi G.G., Cazzetta G., a cura di, *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio-Ferrara, 24 ottobre 2008*. Milano: Giuffrè, 131 ss.
- Vallebona A. (2009). Fini e tecniche del diritto del lavoro. In Id., a cura di, *I contratti di lavoro*. Trattato dei contratti, diretto da Rescigno P., Gabrielli E., I, Torino: Utet, 3 ss.
- Vettori G. (2008). Diritto contrattuale europeo, rimedi di terza generazione e diritto del lavoro. *DLRI*, 207 ss.
- Volpe F. (2007). Contratto giusto. *DDP, sez. civ., Agg.* I. Torino: Utet, 384 ss.
- Zoppoli L. (2011). Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro. *RIDL*, I, 175 ss.
- Zweigert K., Kötz H. (1995). *Introduzione al diritto comparato*. 2. *Istituti*. Milano: Giuffrè.