



ELISA CONTU

Assegnista di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

POSSIBILI STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO NEL CONTRASTO DELLA POVERTÀ: ALCUNE RIFLESSIONI TRA MERCATO E ISTANZE SOCIALI¹

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni sul “ritorno” delle disuguaglianze e delle povertà. – 1.1. Quale ruolo per il diritto privato? – 2. Le politiche europee nella lotta alla povertà. – 2.1. Mercato europeo e appalti pubblici – 3. Correttezza professionale e codici di condotta quali possibili strumenti di contrasto di condotte imprenditoriali antisociali. – 4. Il contributo dei consumatori nella diffusione di comportamenti imprenditoriali etici. – 5. Riflessioni conclusive.

1. – La riflessione giuridica, politica ed economica degli ultimi tempi mostra una rinnovata attenzione per le disuguaglianze, un tema che, in particolare a seguito della crisi economica del 2008, sembra riproporsi con forme e caratteri che si pensavano ormai tipici del passato o almeno estranei al “mondo occidentale”.

Il concetto stesso di povertà, del resto, si presta ad essere diversamente declinato. La definizione più immediata potrebbe essere rintracciata nell'assenza o carenza dei mezzi essenziali di sussistenza, ma è evidente come tale accezione non possa ritenersi né esaustiva né univoca, mutando a seconda del settore d'analisi o del contesto sociale e storico di riferimento². Così, se tra la fine degli anni '70 e i primi anni Duemila l'attenzione si era concentrata su quelle forme di povertà che si potrebbero qualificare “sociali”, quali le povertà post-materiali dei tossicodipendenti, dei disabili, degli anziani soli³, in tempi più recenti sono le vere e proprie povertà “materiali” ad essere tornate centrali⁴, portando con sé la compro-

¹ Il presente articolo è pubblicato nell'ambito della ricerca “Povertà e disuguaglianza: analisi dei fenomeni di esclusione nell'ambito delle relazioni di diritto privato”, finanziato dal Sig. R. Giand'Oloni Masoni.

² Vengono in rilievo i diversi concetti di povertà relativa, povertà assoluta, esclusione sociale. Si veda per un'analisi definitiva la voce *Povertà*, in Enciclopedia Treccani online.

³ R. Spiazzi, *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1992, cit. in S. Rodotà, *Editoriale*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 3. Secondo alcuni, contestualmente alle politiche liberiste di Reagan e Thatcher si sarebbe delineata una generale disattenzione per le disuguaglianze, relegate ad aspetti “collaterali” del progresso economico, tanto da determinare il “progressivo ritiro dello Stato dalle sue responsabilità egualitarie”, cfr. *Rapporto sulle disuguaglianze*, Fondazione Basso, settembre 2016, cit., in F. Ippolito, *Le nuove disuguaglianze*, Quest. giust., 2/2017, 9.

⁴ I dati ISTAT rivelano che il 30% delle persone residenti in Italia è a rischio di povertà o esclusione sociale, con il raggiungimento nel 2016 di quasi 5 milioni di persone a rischio di povertà assoluta. Con tale espressione si indica la situazione di chi dispone di un ammontare di risorse inferiore a quello necessario per acquistare un paniere di beni e servizi fondamentali. Su scala globale, secondo quanto stimato dall'Oxfam, il fenomeno ha assunto grande rilevanza anche in una diversa prospettiva, registrandosi una disparità sempre più accentuata tra ricchi e poveri: oggi l'1% più ricco della popolazione mondiale possiede una ricchezza pari a quella del resto dell'umanità. ISTAT, *Condizioni di*



missione di diritti fondamentali e nuove forme di esclusione sociale⁵.

La povertà, del resto, può essere considerata come una delle espressioni per eccellenza della disuguaglianza, essendo stata e confermandosi uno dei presupposti dell'articolazione gerarchica della società. Senza necessariamente richiamare la schiavitù e con essa la negazione per alcuni soggetti della stessa capacità giuridica, è sufficiente ricordare come fino alla riforma del 1912 in Italia il diritto di voto, già limitato ai soli uomini, era riconosciuto secondo criteri censitari. Più in generale e ancora oggi, i modelli culturali più comuni tendono a descrivere i meno abbienti come una categoria in condizione di inferiorità rispetto al resto della società, che può quindi essere soggetta più facilmente a discriminazioni o che certamente lo è se correlata ad altre forme di disuguaglianza, dovute al genere, all'orientamento sessuale, alla razza, alla disabilità, le quali, come è stato opportunamente osservato, non sono mere "differenze", ma definiscono specifiche identità, in relazione alle quali cambiano le esperienze, le capacità, le opportunità dei singoli⁶. Emerge una duplice prospettiva del fenomeno, quella per cui il soggetto discriminato, socialmente escluso, non beneficia di alcune opportunità ed è conseguentemente esposto al rischio di povertà e quella per cui la stessa povertà diviene fattore discriminatorio e fonte di esclusione sociale.

Non si tratta, o almeno non solo, di situazioni in cui le caratteristiche personali dei soggetti vengono in rilievo nelle forme della discriminazione diretta o indiretta, ma degli effetti che la combinazione di una molteplicità di circostanze determina rispetto al ruolo e al potere che ciascuno assume nell'ambito delle dinamiche di mercato e, per tale via, all'interno delle relazioni sociali. Un possibile esempio di questa ricostruzione può essere offerto dalla differenza tra donne e uomini in termini di reddito da lavoro, che non può essere imputata tanto, o soltanto, a una tendenza a pagare meno le donne in quanto tali, ma alla presenza di fattori che fin dall'infanzia influenzano l'approccio del genere femminile al mondo del mercato e che coinvolgono l'educazione, la distribuzione dei ruoli nel lavoro domestico e di cura, la predilezione di determinate carriere o anche esigenze di sicurezza rispetto a luoghi e orari di lavoro⁷. Discorso analogo po-

vita, reddito e carico fiscale delle famiglie, Report anno 2016, disponibile online a: <https://www.istat.it/it/files//2017/12/Report-Reddito-e-Condizioni-di-vita-Anno-2016.pdf>; ISTAT, *La povertà in Italia*, Comunicato stampa, disponibile online a: <https://www.istat.it/it/archivio/202338>; OXFAM, *An Economy For the 1%: How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 210 OXFAM Briefing Paper, 18 January 2016; cfr. E. Granaglia, *La povertà oggi in Italia. Recenti tendenze e quattro nodi critici*, in *Quest. giust.*, 2017, 19 ss.

⁵ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2011.

⁶ Du. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in 1 *Eur. Rev. Private L.* 7, 2001; Id., *Distributive and Paternalism Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 *Md. L. Rev.* 563, 1982.

⁷ Du. Kennedy, *Distributive and Paternalism Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, cit.; M.R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. Rojas Elgueta e N. Vardi (cur.), *Oltre il soggetto razionale*, Roma TrE-Press, 163-189 (on-line <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/oltre/article/view/206>); M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia, appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57 ss.; K. Rittich *Recharacterizing Restructuring: Law, Distribution and Gender in Market Reform*, Dordrecht NE,

JUS CIVILE



trebbe essere fatto per tutte le altre ipotesi nelle quali il conflitto tra gruppi sociali comporta una relazione di potere tale per cui l'uno appare "svantaggiato" rispetto all'altro, senza tener conto poi tutti i casi di sovrapposizione di due o più fattori di potenziale debolezza.

Nel momento in cui si considera la povertà in tale prospettiva, non è solo la dimensione più strettamente economica a venire in rilievo e quindi la condizione di materiale privazione di risorse, ma sono gli effetti che il fenomeno determina sul piano delle relazioni sociali a divenire centrali e a interrogare il giurista. Presupposto per un'analisi giuridica della povertà è la considerazione della stessa come un fattore tutt'altro che contingente, ma anzi come la conseguenza diretta della costruzione e regolazione delle strutture giuridiche, sociali ed economiche, nella consapevolezza che ciascuna previsione normativa produce effetti immediati in termini di distribuzione di ricchezza e potere⁸.

In questa prospettiva, la questione si pone in primo luogo nei termini della "dignità sociale", che deve partire dai diritti fondamentali, dalle condizioni di lavoro⁹ e dagli strumenti di redistribuzione di ricchezza e potere.

1.1. – Fino a tempi recenti la povertà è stata considerata una materia di stretta competenza pubblicistica; i suoi tradizionali campi d'elezione sono stati il diritto penale – nel quale si passa dal contrasto della povertà a quello del povero, nelle forme di una criminalizzazione di tale categoria sociale¹⁰ – e il diritto amministrativo e tributario, che tentano di arginare le disuguaglianze economiche e di perseguire risultati redistributivi attraverso il meccanismo fiscale e l'erogazione di servizi assistenziali minimi.

La tesi che si intende sostenere in questo scritto è che nell'attuale contesto sociale, politico ed economico, la lotta alla povertà e alle disuguaglianze non possa più essere demandata solo ai rapporti tra Stato e cittadini, ma coinvolga appieno il sistema delle relazioni di diritto privato, le quali possono anzi divenire prioritarie.

2002, 34 ss; G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Jovene, 2018, 311 ss.; V. Cagnin, *Diritto del lavoro e Sviluppo Sostenibile*, Milano, Cedam, 2018, 146 ss.

⁸ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 361 ss.

⁹ S. Rodotà, *Editoriale*, in Riv. crit. dir. priv., 2012, 3; Id. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 232 ss.

¹⁰ La correlazione tra povertà e sistema carcerario è attentamente descritta da Loïc Wacquant in *Punire i poveri. Governare l'insicurezza sociale*, Roma, Derive Approdi, 2006 e *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre corte, 2013. Un'ulteriore analisi della criminalizzazione della povertà incentrata sulla situazione statunitense, ma nella convinzione di una progressiva estensione al contesto nazionale, è offerta da Elisabetta Grande in *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Gruppo Abele, 2017. A livello normativo è interessante osservare come in Italia solo nel 1999 è stato abrogato l'art. 670 c.p., che puniva con l'arresto fino a tre mesi il reato di mendicizia, prevedendo anche l'ipotesi aggravata del fatto commesso in modo "ripugnante". Se già la Corte costituzionale aveva osservato come non potesse essere considerata un illecito la mendicizia non invasiva, che si esplica nella semplice richiesta di aiuto (Corte Cost., sent. 28.12.1995 n. 519), non può trascurarsi l'analogia con le numerose ordinanze, come quella firmata a dicembre del 2017 dal comune di Como o quella proposta dal comune di Trento, volte ad ostacolare, in nome del decoro pubblico, la presenza di poveri (mendicanti, senzatetto) negli spazi urbani.



Alla base di tale convinzione vi è in primo luogo la constatazione delle difficoltà sempre maggiori che le politiche pubbliche incontrano nell'offrire soluzioni effettive e durature. Da un punto di vista strutturale, occorre rilevare come le varie forme di sussidi, ausili o benefici fiscali, benché fondamentali, possono evitare un incremento delle condizioni di debolezza, arginarne la diffusione, ma appaiono insufficienti rispetto alla possibilità di intaccarne le basi¹¹. Negli ultimi decenni, poi, occorre fare i conti con una loro progressiva riduzione: l'attuazione di politiche neoliberali, l'affermazione dell'economia sociale di mercato e il principio del pareggio di bilancio hanno imposto un incremento delle entrate, attraverso privatizzazioni e liberalizzazioni, e una riduzione delle uscite che, soprattutto nei paesi del sud Europa, si sono concretizzate in tagli alla spesa pubblica destinata ai servizi essenziali¹². Tutto ciò ha causato un progressivo indebolimento dei diritti sociali¹³ e il parallelo aumento della disparità tra un numero esiguo di persone molto abbienti e una cerchia pian piano più ampia di nuovi poveri¹⁴. D'altro canto, la contrazione delle politiche di *welfare*¹⁵ e l'esigenza di selezionare i destinatari di quest'ultime, spesso secondo criteri che sono a loro volta fattori di debolezza¹⁶, comporta il rischio che tali soluzioni risultino meno efficaci proprio nei confronti delle fasce

¹¹ Cfr. Du. Kennedy, *African Poverty*, 87 Wash. L. Rev. 2012, 205.

¹² A. Somma, *Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*, in Dir. pubbl. comp. Eur., 2013, 451 ss.; Id. *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in Contr. impr., 1/2016, 124 ss. La compromissione di diritti sociali come risposta alle esigenze di stabilità è un fenomeno che ha riguardato in modo particolarmente evidente i Paesi interessati da programmi di assistenza finanziaria, nei confronti dei quali si può affermare si sia realizzato uno scambio di "soldi contro riforme".

¹³ Sulla recente compromissione e riduzione dei diritti sociali e la necessità di una loro analisi in termini di effettività e in una prospettiva europea si veda M.R. Marella, *I diritti civili tra laicità e giustizia sociale*, in S. Anastasia (cur.), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2011, 45 ss. spec. 50 ss. Con riferimento al rapporto tra risorse e diritti, merita di essere richiamato il tema, mai esaurito, della indivisibilità dei diritti umani, principio affermato dalla Dichiarazione adottata dalla Conferenza mondiale sui diritti umani di Vienna del 25 giugno 1993, in cui si è riconosciuta altresì l'interdipendenza e il rafforzamento reciproco della democrazia, dello sviluppo e del rispetto dei diritti umani. Si determina in ciò il superamento della tesi dei diritti sociali come "diritti che costano", solo per i quali sarebbero necessarie risorse finanziarie. Cfr. C. Pinelli, *Le clause sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell'Unione*, in Riv. crit. dir. priv., 2006, 39 ss.

¹⁴ La riconducibilità dei tagli delle risorse destinate ai diritti sociali a un generale assetto politico economico e non solo alla recente crisi economica è dimostrata dal fatto che anche laddove si registrano importanti aumenti di capitale, non si avverte una crescita parallela in termini di tutela dei diritti e delle condizioni dei lavoratori, come confermano i recenti scioperi dei lavoratori di Amazon.

¹⁵ Si veda sul punto l'ampia ricostruzione di A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.

¹⁶ La giurisprudenza italiana ed europea è stata spesso chiamata ad intervenire nei confronti di provvedimenti che definiscono l'accesso a sussidi, ausili o benefici economici sulla base delle caratteristiche personali dei destinatari, spesso con l'intento dichiarato o mal celato di riprodurre determinate gerarchie sociali in virtù della tutela di un'identità culturale. Numerosi sono gli Autori che si sono espressi sul tema, con riferimento ad esempio ai c.d. *bonus bebè*, tra gli altri, G. Tucci, *Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: "bonus bebè" e razzismo "padano"*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 677 ss.; E. Giovanardi, *Bonus bebè, disparità di trattamento e "singolare" rimozione degli effetti discriminatori*, in Corr. mer., 2009, 627 ss.; D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in Nuove leg. civ. comm., 2015, 161 ss.



più svantaggiate, che spesso non riescono ad usufruirne o a trarne un vantaggio effettivo¹⁷.

Il rischio è che vengano minate le basi di una società democratica e che sia compromesso il “diritto all’esistenza” o almeno a quella “libera e dignitosa”¹⁸ tutelata dalla nostra Costituzione all’art. 36 e, in termini analoghi, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (art. 23 c. 3) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 34 c. 3)¹⁹.

Il superamento delle disuguaglianze e il perseguimento di obiettivi di solidarietà non devono tuttavia ritenersi esclusivamente vincolati ai diritti sociali, secondo una ricostruzione che li vorrebbe in contrapposizione alle libertà e ai diritti individuali²⁰: il riconoscimento di questi ultimi può contribuire in modo significativo al conseguimento di obiettivi di giustizia sociale attraverso la redistribuzione, questa volta non solo delle risorse o dei redditi, ma dei poteri che ciascun soggetto può esercitare nell’ambito delle relazioni socioeconomiche, in una prospettiva di auto-realizzazione²¹. Ecco allora che viene in rilievo il ruolo del diritto privato, a patto di superare la concezione tradizionale per cui lo stesso si esplicherebbe in norme neutre, rivolte ad un soggetto

¹⁷ Nel momento in cui si considerano gli effetti che il riconoscimento di determinati diritti può produrre occorre considerare anche le condizioni e le capacità di ciascun gruppo sociale di beneficiarne, non essendo possibile un’astrazione degli stessi dal contesto di riferimento. Cfr. M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit. Con specifico riferimento all’accesso ai servizi educativi per chi presenta delle disabilità si veda D. Caruso, *Bargaining and Distribution in Special Education*, in 14 Cornell J. L. & Public Policy 171, 2005.

¹⁸ Come ricorda Rodotà – *Editoriale* 2011, cit. – questa situazione permette di comprendere il vero significato del primo articolo della nostra Costituzione, laddove si afferma che “L’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro”. Di qui poi l’art. 3 della Costituzione, che affida alla Repubblica il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. L’A. sottolinea come, sebbene si tratti di norme specificamente riferite alla disciplina del lavoro, coinvolgono la condizione umana nella sua interezza. Torna allora pienamente attuale il discorso che Calamandrei svolse il 26 gennaio 1955, rilevando in particolare, a proposito dell’art. 3 Cost. che: “dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell’articolo primo (L’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro) corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c’è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica perché una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società”, cit. in F. Ippolito, *Le nuove disuguaglianze*, cit., 12-13.

¹⁹ Merita sottolineare come quest’ultima disposizione ponga esplicitamente il tema della dignità nel contesto della lotta contro l’esclusione sociale e la povertà.

²⁰ *Supra* nota 12.

²¹ Sulla rilevanza dei diritti individuali in una prospettiva di giustizia sociale M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit.; L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.; con riferimento alla dimensione pubblicistica della libertà e dei diritti individuali si veda anche P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969, secondo il quale anche la volontà individuale e l’iniziativa privata possono essere configurate in senso pubblicistico. Ciascun interesse giuridicamente rilevante, sostiene l’A., può essere analizzato tanto in termini individualistici quanto sociali, così come le norme che li tutelano possono essere apprezzate sia in una prospettiva pubblicistica che privatistica, a seconda che si prenda in considerazione il modo in cui il rapporto si articola o la *ratio* che vi è alla base.

JUS CIVILE



universale e si configurerebbe come il diritto degli eguali, dei pari, nell'ambito del quale vi sarebbe spazio solo per il perseguimento di interessi individuali, salvo poi conseguire risultati di portata più generale grazie al libero esercizio delle libertà di iniziativa economica e contrattuale e quindi all'incontro di eguali sfere di autonomia²².

Del resto, l'uno e l'altro assunto – quello della eguaglianza (puramente formale) e quello della propensione eminentemente egoistica degli attori di diritto privato – si sono tuttavia progressivamente sgretolati alla luce della Costituzione prima e del diritto comunitario poi.

Sul primo versante, occorre constatare come già con le costituzioni occidentali del dopoguerra²³ si sia registrata una fondamentale trasformazione del soggetto di diritto, il quale si è progressivamente distaccato da quell'astrazione tipica dell'egualitarismo in senso formale, in favore di un individuo sempre più socialmente caratterizzato. Non più un soggetto adimensionale o, al più, lavoratore, quale principale profilo di caratterizzazione ereditato dalle norme corporative e specificamente tutelato dalla Costituzione, ma una persona con le proprie caratteristiche sessuali, razziali, di lingua, credo, opinione politica, di condizioni personali e sociali²⁴.

Un passaggio, dall'individuo alla persona, che è stato poi portato avanti da quelle teorie²⁵ che, proprio nel tentativo di contrastare i fenomeni di esclusione sociale, hanno imposto una riflessione ancora maggiore sull'identità, mettendo in luce come il soggetto preso a modello dalle norme di diritto privato sia tutt'altro che astratto, ma sia anzi ben caratterizzato e identificabile nel maschio, bianco, eterosessuale e possidente. Da tale consapevolezza si è ricavata l'esigenza di una normativa capace di tener conto e di modellarsi secondo le caratteristiche personali dei vari destinatari²⁶.

²² Tale approccio esprime la correlazione tra eguaglianza formale e libertà contrattuale: “l'attribuzione a tutti della libertà di contrarre è il mezzo attraverso cui si realizza l'eguaglianza davanti alla legge e, viceversa, l'eguaglianza davanti alla legge è il presupposto della libertà contrattuale”. Così il contratto diviene il presupposto per l'imputazione di situazioni giuridiche soggettive, garantendo a ciascuno, in quanto titolare della libertà contrattuale, di poter divenire astrattamente “destinatario dell'intero sistema di regole sull'acquisto e la circolazione dei diritti”. Un'impostazione questa che può trasformarsi in una “mera formula” nelle ipotesi di disparità di potere contrattuale. Tutta la disciplina della libertà contrattuale e dei suoi limiti implica una continua ponderazione tra il principio normativo e la realtà empirica. P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, in Enc. dir., vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.

²³ Secondo il modello delle tre globalizzazioni tracciate da Duncan Kennedy, si tratta del periodo maturo della seconda globalizzazione, quella definita “Social”. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. Trubek A. Santos (cur.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006, 19.

²⁴ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 63 ss.; G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in Riv. dir. priv., 4/2005, 743 ss.; A. Nicolussi, *I consumatori*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni '70 del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 397 ss.

²⁵ Il riferimento è alle teorie diffuse in primo luogo Oltreoceano come *critical race theory*, *feminist legal theory* e, più di recente *queer theory*. Cfr. M.R. Marella, *Le donne*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni '70 del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 341 ss.

²⁶ È tipica della c.d. terza globalizzazione del diritto un'attenzione per le specifiche identità del soggetto, considerato nella sua concretezza e socialità. Non viene più in considerazione il soggetto astratto, protagonista della prima globalizzazione, né il lavoratore cui è stata dedicata l'attenzione dei giuristi della seconda globalizzazione, ma vengono in rilievo il genere, l'età, l'orientamento sessuale, le disabilità, le condizioni economiche e tutte le altre specifiche caratteristiche soggettive che sono alla base dei diritti umani. Cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and*

JUS CIVILE



Nell'abito delle dinamiche contrattuali, una contestualizzazione sempre maggiore del soggetto si è avuta, soprattutto sulla spinta del diritto europeo, con l'elaborazione legislativa e dottrina che, a partire dalla disciplina del consumatore²⁷, ha tracciato i contorni della figura del contraente debole, ricavata, secondo una prospettiva relazionale, in contrapposizione ad una parte riconosciuta come forte²⁸.

Quanto alla presunta propensione egoistica del diritto privato, è soprattutto con le Costituzioni del '900 che si è registrato il superamento di una concezione esclusivamente *individualista*, in virtù di quel principio di solidarietà sancito all'art. 2 della nostra Costituzione, che deve ritenersi caratterizzante tanto le relazioni tra Stato e individui, quanto quelle tra privati²⁹. Anche a livello sovranazionale, nonostante l'impostazione eminentemente economica e neoliberale che ha contraddistinto l'istituzione dell'Unione europea, un percorso analogo sembra essersi avviato a partire dal Trattato di Lisbona, con il quale è stata attribuita efficacia giuridicamente vincolate alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁰.

A fronte di tali "rivoluzioni", è possibile allora tornare a chiedersi quale sia il ruolo del diritto privato nel contrasto della povertà e delle diseguaglianze³¹, un'analisi che può essere condot-

Legal Thought: 1850-2000, in D.M. Trubek e A. Santos (cur.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 2006, 19-73. In proposito si vedano S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit.; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; Id. "Globalizzazione attraverso i diritti" e *metamorfosi del diritto comparato*, in G. Alpa, V. Roppo (cur.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Bari 2013, 349 ss.

²⁷ Una tutela del consumatore era già presente *in nuce* nel codice civile, senza affrancarsi tuttavia dalla figura del contraente "di massa", come nel caso in particolare delle condizioni generali di contratto (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.). Cfr. C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 831 ss.; A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., pp.405 ss.

²⁸ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 205 ss.; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; A. Nicolussi, *I consumatori*, cit.

²⁹ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, cit., 220-222; A. Somma, *Introduzione critica del diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007. Il principio di solidarietà è declinato dall'art. 2 della Costituzione italiana in senso politico, economico e sociale e connesso all'adempimento di "doveri inderogabili". In tale disposizione emerge una stretta correlazione con il riconoscimento dei "diritti inviolabili dell'uomo", da cui si deduce un impianto relazionale, per cui la cittadinanza del singolo e la stessa realizzazione del programma costituzionale non sono affidati esclusivamente alle istituzioni della Repubblica, ma presuppongono una fitta rete di legami sociali. Tale approccio appare confermato dal successivo art. 3, legato al precedente in virtù del richiamo agli "ostacoli di ordine economico e sociale" che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: sebbene la loro rimozione sia affidata alla Repubblica, è stata autorevolmente sostenuta la possibilità di ravvisare un parallelismo con quei doveri di solidarietà "economica e sociale" di cui all'art. 2 e quindi la necessaria continuità tra compiti istituzionali e dei privati. Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, La Terza, 2014, spec. 67.

³⁰ Si veda G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 479 ss.; critico, A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.

³¹ Per una critica all'idea di coerenza del diritto privato si veda Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, cit., 210, ad avviso dell'A. sarebbe il sociale il principale "colpevole o eroe" di un generale cambiamento rispetto alla prospettiva di un diritto privato "dotato di principi sostanziali coerenti per ogni campo e di meta principi coerenti capaci di operare una selezione dei casi fra i vari campi".

JUS CIVILE



ta sia sul piano interpretativo che su quello degli interventi positivi e, quest'ultimo, tanto nelle forme dell'*hard law* che della *soft law*.

Nella prima prospettiva viene in rilievo l'attività delle Corti, nazionali e sovranazionali, tesa a superare le distorsioni delle dinamiche contrattuali attraverso il ricorso a principi generali, quali la correttezza e la buona fede, o riconoscendo un'efficacia diretta ai diritti fondamentali nei rapporti privati secondo la prospettiva della c.d. *drittwirkung*. Del resto, in linea con quanto si è da ultimo affermato, è possibile tracciare una lettura dei tradizionali strumenti del diritto civile capace di includervi e di veicolare i diritti affermati dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali, quindi non solo come apparato esterno di limiti al libero agire dei singoli, ma anche come insieme di valori di cui gli stessi devono farsi portatori.

Quanto al diritto positivo, la possibilità di conseguire risultati sociali nell'ambito delle relazioni di diritto privato può essere ottenuta in modo diretto, intervenendo sulle c.d. *background rules*, su quelle regole che definiscono la posizione contrattuale di una parte rispetto all'altra e che consentono di perseguire un maggiore bilanciamento dei poteri reciproci, oppure indirettamente, attraverso la regolamentazione di quelle situazioni che presuppongono o incentivano condizioni di debolezza di una delle parti contrattuali, determinando la diffusione o l'acuirsi delle disuguaglianze.

In quest'ultima prospettiva, come si è detto, vari sono gli strumenti privatistici che nel tempo hanno dato prova della necessità di superare l'assunto dell'uguaglianza formale dei contraenti a vantaggio della tutela della libertà contrattuale o dell'equilibrio del regolamento privato su un piano di maggiore effettività. Esemplificativa è la disciplina dei vizi della volontà o quella della rescissione del contratto, nei quali il legislatore, tenendo conto della situazione di svantaggio di una parte, ha predisposto strumenti idonei a liberarlo da un vincolo assunto senza una reale consapevolezza o in presenza di circostanze soggettive e oggettive che lo hanno reso una scelta necessitata e potenzialmente pregiudizievole. Si tratta di ipotesi in cui, tuttavia, l'intervento legislativo assume carattere prettamente rimediabile, assume come principale parametro di riferimento l'integrità della volontà e la debolezza viene in rilievo in un contesto ben circostanziato, occasionale e in una prospettiva strettamente individuale³².

La possibilità per il diritto privato di affrontare in modo più incisivo la sfida delle disuguaglianze presuppone un approccio che si sposti dalla regolazione del singolo rapporto contrattuale a una dimensione più ampia, alla luce, in particolare, della sempre maggiore correlazione tra la disciplina del contratto e quella del mercato.

Il riferimento non può che essere, in primo luogo, alla già richiamata normativa a tutela del consumatore; la sua rilevanza rispetto allo studio in esame deriva dalla forza "destrutturante"³³

³² C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, in Id. (cur.) *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002.

³³ C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit. Per un'analisi degli elementi di frattura del contratto del consumatore rispetto al contratto di diritto comune si veda V.

JUS CIVILE



che ha assunto, dalla riflessione che ne è conseguita sia rispetto al concetto di *debolezza*³⁴ che con riferimento all'esigenza di prendere in esame il contraente come attore del mercato con un proprio potere economico e contrattuale, un approccio da cui è derivata una riconsiderazione del diritto privato in generale e del diritto dei contratti in particolare³⁵.

A differenza dei principali strumenti già previsti dal codice civile per bilanciare le posizioni delle parti contrattuali, nella disciplina a tutela del consumatore il singolo contratto non è preso in esame come atto isolato, ma come un elemento che contribuisce alla determinazione, ed è a sua volta condizionato, dal contesto in cui si esplica e il consumatore non viene in rilievo come il contraente svantaggiato nella specifica relazione contrattuale, ma come categoria contrapposta a quella dell'imprenditore³⁶. Significativo è che la Carta europea di protezione dei consumatori del 1973³⁷ definisca il consumatore come "ogni persona, fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi *per uso privato*", che agisce cioè per interessi estranei a quelli del professionista³⁸.

La rinnovata attenzione per la persona e per il contesto in cui concretamente opera ha spinto il legislatore civile a individuare anche strumenti che tengano specificamente conto della debolezza economica, strutturale o derivata, di una delle parti contrattuali. Sebbene in questa sede non sia possibile analizzarle nel dettaglio, merita richiamare in particolare la disciplina dell'usura e quella del sovraindebitamento. Si tratta certamente di soluzioni non esaustive ri-

Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2002, 65 ss.

³⁴ *Inter alios*, A. Nicolussi, *I consumatori*, cit.; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale, genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Dir. priv.*, 2001; P. Perlingieri, *La tutela del contraente debole*, *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, fasc. 2, 93 ss.; A. Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Argomenti dir. lav.*, 2008, 705 ss.; F. Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. contr.*, 2006, 872 ss.

³⁵ V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale, genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, op.cit.; M. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *Rivista ODC*, 3/2015.

³⁶ A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., 720 ss.

³⁷ Si tratta di una definizione costantemente richiamata nell'elaborazione normativa successiva. L'art. 3 lett. a) del codice del consumo definisce il consumatore: "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, o professionale eventualmente svolta".

³⁸ A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., secondo il quale tale contrapposizione deve essere rinvenuta nel fatto di nutrire un interesse personale, diretto per il bene o servizio e non un mero interesse economico nel senso di strumento di guadagno. La stessa idea per cui la definizione di consumatore si ricavi dal confronto con quella del professionista o comunque di chi presta il bene o servizio è ampiamente sviluppata anche da Roppo. A suo avviso, tuttavia, il consumatore è tutelato in quanto "outsider della prestazione" e dunque non in ragione della sua qualifica soggettiva, ma neppure per le ragioni del suo ruolo nel mercato, con la conseguenza che la relativa disciplina potrà avere come destinatario un più generico cliente, che potrà essere tanto una persona fisica, quanto un'impresa. L'elemento caratterizzante della disciplina in esame sarà dato allora dall'asimmetria di potere contrattuale. V. Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in Id., *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2002, 125 ss.



spetto all'obiettivo di fronteggiare condizioni di grave difficoltà economica, quando non di vera e propria povertà, ma che certamente contribuiscono a riflettere sulla possibilità per il diritto privato di farsi carico di interessi generali, anche a costo di dover riconsiderare alcune categorie ritenute acquisite.

La normativa sull'usura³⁹ merita specifica attenzione in relazione e contrapposizione alla rescissione: sebbene entrambe facciano riferimento ad uno squilibrio contrattuale, nell'usura questo assume una connotazione oggettiva, perché correlato alla fissazione legislativa di un tasso soglia o, se associato alla difficoltà economica o finanziaria della vittima, ricavato dalle “concrete modalità del fatto” e in relazione al tasso applicato ad operazioni simili. Si ampliano le maglie degli artt. 1447 e 1448 c.c., spostando la tutela dal piano individuale a quello più generale della coerenza delle contrattazioni con l'ordine pubblico economico, come dimostrato dall'adozione del rimedio della nullità e dall'esclusione della possibilità di evitare la rescissione attraverso la mera riconduzione ad equità del contratto⁴⁰.

Mossa da un'analogha aspirazione superindividuale deve ritenersi la disciplina del sovraindebitamento⁴¹, frutto della riflessione giuridica imposta dalla crisi economia. In essa può essere ravvisato sia un animo più liberale, espresso dall'obiettivo di risanamento dei mercati e di tutela dei rapporti economici, che una potenziale aspirazione sociale⁴², da rintracciare in una lettura del diritto delle obbligazioni che si affranca dall'approccio *favor creditoris*, tipico dell'impostazione del codice civile, per offrire strumenti a tutela della posizione del debitore civile – non fallibile⁴³ – e proteggerlo contro possibili rischi sociali⁴⁴.

³⁹ Con la legge n. 108 del 7 marzo 1996, il legislatore ha modificato il secondo comma dell'art. 1815 c.c. sulla disciplina degli interessi nel contratto di mutuo, stabilendo la nullità degli interessi usurari e ha modificato l'art. 644 c.p. distinguendo due ipotesi di usura: il caso in cui venga superata una determinata soglia legale e il caso in cui, anche laddove gli interessi siano inferiori a tale limite, vi sia comunque una sproporzione tra le due prestazioni e la parte pregiudicata si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

⁴⁰ C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit.

⁴¹ Il sovraindebitamento è definito come la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente (art. 6, comma 2, lett. a) l. n. 3/2012.

⁴² Sulle possibilità di leggere la normativa in esame secondo un paradigma liberale o sociale, si veda E. Pellicchia, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2012, 224 ss.; Id., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in Riv. crit. dir. priv., 2012, 427 ss.

⁴³ Sotto il profilo soggettivo, alcuni dubbi sono emersi in ragione del richiamo alla figura del consumatore, definito all'art. 6, comma 2, lett. b come “il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. Al di là delle difficoltà esegetiche, devono ricomprendersi tra i destinatari della normativa gli enti non commerciali, i professionisti intellettuali, nonché gli imprenditori commerciali non fallibili e gli imprenditori agricoli. Cfr. D. Manente, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. “Decreto crescita-bis”*, in Dir. fall., 2013, 563 ss. La legge delega n. 155 del 2017 sembra prevedere poi un ampliamento a favore dei soci illimitatamente responsabili.

⁴⁴ Per una puntuale analisi del rapporto debito-credito e di quello debito-patrimonio nello specifico contesto della

JUS CIVILE



Senza arrivare a considerare la crisi economica come un “fattore di impunità generalizzata”⁴⁵, con la legge n. 3 del 27 gennaio 2012⁴⁶, il legislatore ha introdotto tre procedure che, in modi diversi, pongono al centro dell’attenzione il debitore come persona, per offrirgli una nuova *chance*, dando rilievo alle circostanze nell’ambito delle quali si configura l’inadempimento.

I tre modelli sono: 1) l’accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, che si esplica in una proposta, elaborata con l’ausilio di un organismo di composizione della crisi e volta a definire, a fronte del regolare pagamento dei crediti impignorabili, le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori (anche se suddivisi in classi), le eventuali garanzie per l’adempimento dei debiti e le modalità di liquidazione dei beni⁴⁷; l’accordo è omologato se viene raggiunta un’intesa con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti complessivi⁴⁸. 2) Vi è poi il piano del consumatore, che prescinde dal raggiungimento di un accordo e si impone a tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del decreto di omologazione, purché sia garantito il pagamento dei crediti impignorabili e dei tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea, dell’imposta sul valore aggiunto e delle ritenute operate e non versate; in questo istituto assumono rilevanza centrale l’idoneità del piano a risanare lo stato di sovraindebitamento⁴⁹ e la meritevolezza⁵⁰ della condotta del debitore, con riferimento da un lato alle ragioni per cui si è con-

crisi economica, si vedano A. Di Majo, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, in G. Grisi (cur.), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, Jovene, 2014, 23 ss. e, nello stesso volume, G. Grisi, *L’inadempimento di necessità*, 281 ss.

⁴⁵ G. Grisi, *L’inadempimento di necessità*, cit., 296.

⁴⁶ Legge modificata dall’art. 18 del D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito in L.n. 221 del 17 dicembre 2012. Ulteriori modifiche potrebbero intervenire in attuazione della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza, n. 155 del 19 ottobre 2017.

⁴⁷ È previsto all’art. 7 che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possano non essere soddisfatti integralmente, purché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella conseguibile mediante la liquidazione dei beni. Per quanto riguarda i tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea, l’imposta sul valore aggiunto e le ritenute operate e non versate, può essere stabilita solamente una dilazione del pagamento. Inoltre, il piano può prevedere l’affidamento del patrimonio del debitore a un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

⁴⁸ Non sono computati e non hanno diritto di esprimersi sulla proposta i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per i quali la proposta prevede l’integrale soddisfazione, salvo non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione, nonché il coniuge del debitore, i parenti o affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da almeno un anno prima della proposta (art. 11, comma 2).

⁴⁹ Ai fini dell’omologazione è necessario che il piano soddisfi il credito in misura non inferiore all’alternativa liquidatoria.

⁵⁰ Il giudice omologa il piano quando esclude che il consumatore abbia “*assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali*”, art. 12-bis c. 3. Occorre in proposito richiamare la distinzione tra sovraindebitamento “attivo” e “passivo”, a seconda che lo stesso sia l’esito di un comportamento consapevole del soggetto nell’assunzione di obbligazioni sproporzionate rispetto alle proprie capacità o, comunque, di una cattiva gestione delle dei propri redditi, ovvero sia il risultato di eventi estranei alla sua sfera di controllo che vanno ad incidere sull’amministrazione del patrimonio. Cfr. E. Pellicchia, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento*, cit., 226 ss.; Id., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, cit. Nella legge delega n. 155 del 2017 la meritevolezza del debitore è richiamata solo con riferimento all’esdebitazione (art. 9



figurata la condizione debitoria e, dall'altro, alla diligenza nell'assunzione delle obbligazioni⁵¹.
3) Infine, in alternativa alla proposta per la composizione della crisi o quando l'accordo o il piano non siano possibili, il Decreto Crescita-bis ha introdotto la liquidazione del patrimonio del debitore che, al ricorrere di alcuni elementi⁵², consente al debitore persona fisica l'esdebitazione nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti.

Nonostante persistano alcune perplessità sulla loro efficacia concreta⁵³, occorre sottolineare come dette procedure, che si attivano solo su richiesta del debitore, introducano una lettura del diritto delle obbligazioni che si scardina dalla rigida alternativa tra adempimento e inadempimento per lasciare spazio a un più equo bilanciamento tra interessi debitori e creditori, anche alla luce del rispetto della dignità e dei principi di solidarietà e buona fede⁵⁴.

Nella presente analisi, tenendo conto dell'interferenza sempre maggiore tra la disciplina del mercato e quella del contratto⁵⁵ e del consolidamento, soprattutto a livello europeo, di una mediazione costante tra politica ed economia⁵⁶, l'attenzione si concentrerà su ulteriori strumenti applicativi del diritto privato che, almeno nelle intenzioni, vorrebbero porsi in linea con una configurazione etica/sociale del mercato.

lett. c), mentre per l'ammissione al piano del consumatore si ritiene sufficiente che la crisi o l'insolvenza non derivino da colpa grave, malafede o frode del creditore. Sul punto cfr. L. Modica, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in Eur. dir. priv., 2016, 617 ss.; R. Bocchini, S. De Matteis, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Corr. giur., 2018, 649 ss.

⁵¹ Si tratta di un istituto che impone una riconsiderazione di alcuni dei principi più consolidati del diritto delle obbligazioni, L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, Jovene, 2012; Id., *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit.

⁵² Il debitore è ammesso all'esdebitazione purché:

- abbia cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura;
- non abbia ritardato o contribuito a ritardare il regolare svolgimento delle operazioni;
- non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti;
- non sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno degli specifici reati previsti dall'art. 16;
- abbia svolto, nei quattro anni di durata della liquidazione, attività produttiva di reddito adeguata alle proprie competenze o abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego;
- siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione.

L'esdebitazione è esclusa se:

- il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali;
- il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri.

⁵³ Cfr. L. Modica, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit.

⁵⁴ Cfr. R. Bocchini, S. De Matteis, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; E. Pellicchia, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, cit.

⁵⁵ F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit.

⁵⁶ A. Somma, *Introduzione critica del diritto europeo dei contratti*, cit.

JUS CIVILE



Si colloca in tale prospettiva la previsione di clausole sociali negli appalti pubblici, la responsabilità sociale d'impresa, la diffusione dei codici di condotta, nonché una lettura degli obblighi informativi posti a tutela del consumatore nella prospettiva di un orientamento etico dei consumi.

Sebbene nessuna di queste discipline affronti in modo diretto il problema della povertà, le stesse appaiono rilevanti nella misura in cui cercano di contrastare alcuni dei fenomeni che, sfruttando la debolezza sociale ed economica di determinate categorie di soggetti, divengono una delle cause della diffusione o dell'acuirsi delle disuguaglianze. Pur nella consapevolezza della parzialità della prospettiva, si è scelto di concentrarsi su una lettura di tali strumenti strettamente legata alla figura del lavoratore⁵⁷. L'importanza delle relazioni di lavoro va rintracciata nel carattere essenziale che le stesse assumono rispetto al concetto di dignità fatto proprio dalla nostra Costituzione (art. 36), ma trova ulteriore giustificazione nell'impatto che la crisi economica ha sul lavoro e in ragione delle conseguenze che determinati meccanismi di mercato determinano per la tutela dei diritti sociali dei lavoratori. In tale contesto, secondo quanto anticipato nella parte introduttiva, la povertà viene in rilievo come causa e conseguenza: il soggetto (lavoratore) che accetta determinate condizioni di lavoro si trova generalmente in una condizione di debolezza sociale e/o economica ma, al tempo stesso, il fatto di non beneficiare di alcune opportunità e garanzie ne inficia la possibilità di conseguire, attraverso il lavoro, migliori condizioni sociali e/o economiche.

2. – Il tema della povertà è spesso accompagnato dalla convinzione per cui un livello minimo di disuguaglianza sia endemico e necessario in ogni società, quale presupposto per creare incentivi al progresso. Eppure, non solo nella povertà non c'è nulla di naturale⁵⁸, ma le sue conseguenze rischiano di avere effetti pregiudizievole tanto sul piano sociale, quanto su quello giuridico ed economico. In tempi recenti, le ricerche dei maggiori esperti di economia⁵⁹ hanno cer-

⁵⁷ Appare opportuno precisare che con tale scelta non si intende in alcun modo suffragare una distinzione tra lavoratore e non lavoratore che rinvii a quella retorica dell'etica del lavoro da cui si fa discendere una sorta di colpevolizzazione del povero, di una responsabilità dello stesso rispetto alla propria condizione, che sarebbe cioè la conseguenza della mancanza di impegno, del rifiuto o dell'incapacità di adeguarsi a determinati valori della società e dell'economia. Ricostruzione quest'ultima sulla base della quale si fonda altresì un'analisi negativa di alcune politiche di welfare, cfr. L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit., spec. 369.

⁵⁸ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.

⁵⁹ Molti economisti, alcuni dei quali premi Nobel, hanno dedicato particolare attenzione al tema della disuguaglianza e dei rischi connessi all'incremento della povertà. F. Bourguignon, *The Globalization of Inequality*, T. Scott-railton (trad.), Princeton University Press, 2015; R.H. Wade, *Global Growth, Inequality, and Poverty: the Globalization Argument and the "Political" Science of Economics*, in J. Ravenhill (cur.), *Global political economy*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2017, 319-355; J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York, W.W. Norton, 2012; Id., *The Origins of Inequality, and Policies to Contain It*,



cato di fare luce sui rischi che potrebbe comportare un incremento eccessivo delle disuguaglianze, mentre continuano a moltiplicarsi gli interventi di varie istituzioni economiche, come il Fondo monetario internazionale⁶⁰ o l'Ocse⁶¹, ma soprattutto della Banca mondiale⁶², volti ad individuare i possibili ambiti di intervento e le strategie necessarie per far fronte alla crescita del fenomeno.

Sulla scia delle Nazioni Unite, che hanno posto la lotta alla povertà come primo obiettivo per il raggiungimento di uno Sviluppo Sostenibile⁶³, anche l'Unione europea ha individuato nella riduzione della povertà⁶⁴ uno di quei traguardi⁶⁵ che dovrebbero condurre l'Europa, entro il 2020, fuori dalla crisi economica e finanziaria, avviando una "crescita intelligente, sostenibile e solidale", caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.

Nell'ambito della strategia "Europa 2020" è stata specificamente elaborata una "Piattaforma

Natl. Tax J., 68(2), 2015, 425-448; A. Deaton, *Inevitable Inequality?* Science, 2014, 783 ss.; Id. *Measuring and Understanding Behavior, Welfare, and Poverty*, Prize Lecture, December 8, 2015, disponibile online alla pagina web https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2015/deaton-lecture.pdf; P.R. Krugman, *La coscienza di un liberal*, Laterza, 2008; B. Milanović, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (MA), London, Harvard University Press, 2016.

⁶⁰ Cfr. J.D. Ostry, A. Berg, C.G. Tsangarides, *Redistribution, Inequality, and Growth*, *International Monetary Fund*, April 2014, disponibile online a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2014/sdn1402.pdf>.

⁶¹ In un report dell'Ocse del 2014 si legge: "New OECD research shows that when income inequality rises, economic growth falls", OECD, *Focus on Inequality and Growth*, Dicembre 2014, disponibile online a: <https://www.oecd.org/els/soc/Focus-Inequality-and-Growth-2014.pdf>.

⁶² Cfr. The World Bank, *Poverty and Shared Prosperity 2016. Taking on Inequality*, disponibile online a: <http://www.worldbank.org/en/publication/poverty-and-shared-prosperity>

⁶³ Cfr. Sustainable Development Goals (SDGs) dell'ONU.

⁶⁴ Uno degli obiettivi cui mira la strategia "Europa 2020" è la riduzione del 25% del numero di europei che vivono al di sotto della soglia di povertà nazionale, individuata nel 60 % del reddito disponibile mediano equivalente nazionale (*Eurostat, Statistics Explained*, Statistiche sulla distribuzione del reddito). Tale traguardo, al momento ancora lontano da raggiungere (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. "Bilancio della Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM (2014) 130 def), dovrebbe determinare la sottrazione di almeno 20 milioni di persone dal rischio di povertà. Il riferimento è alle persone colpite da uno dei tre tipi di povertà: 1) povertà da reddito: persone con un reddito disponibile equivalente inferiore alla soglia di povertà, fissata al 60% del reddito disponibile equivalente mediano nazionale (al netto dei trasferimenti sociali). 2) Povertà materiale: persone che hanno condizioni di vita gravemente compromesse dalla mancanza di risorse e si trovano in almeno 4 delle 9 situazioni seguenti: impossibilità i) di pagare l'affitto o le fatture di consumo corrente, ii) di riscaldare in modo adeguato la loro abitazione, iii) di affrontare spese impreviste, iv) di consumare carne, pesce o altri alimenti proteinati equivalenti ogni due giorni, v) di prendere una settimana di vacanza al di fuori del domicilio, vi) di acquistare un'automobile, vii) di acquistare una lavatrice, viii) di acquistare un televisore a colori o ix) di acquistare un telefono. 3) Persone che vivono in famiglie a intensità di lavoro molto bassa: persone di età compresa tra 0 e 59 anni, diverse dagli studenti, che vivono in una famiglia nella quale gli adulti hanno lavorato meno del 20% del loro potenziale di lavoro totale durante l'anno precedente. Fonte Commissione europea, cit. in ALLEGATI della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato Delle Regioni. Bilancio della Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2014) 130 final.

⁶⁵ a) investimenti in R&S; b) istruzione; c) energia/cambiamento climatico; d) tasso di occupazione; e) riduzione della povertà.

JUS CIVILE



europea contro la povertà”⁶⁶, pensata nella prospettiva della giustizia sociale e della tutela dei diritti fondamentali, con l’intento di garantire coesione sociale e territoriale, un’equa distribuzione dei benefici della crescita e dei posti di lavoro, dignità e partecipazione attiva in società delle persone vittime di povertà ed esclusione sociale.

L’intento è quello di delineare un programma capace di volgere lo sguardo “oltre il breve termine”⁶⁷ e di coinvolgere anche le “regioni ultraperiferiche” dell’Unione⁶⁸, nella convinzione che la lotta alla povertà richieda la composizione di azioni a livello nazionale, europeo e mondiale⁶⁹.

Tale prospettiva è particolarmente importante se si considera che, tra i fenomeni che contribuiscono alla diffusione o all’incremento delle diseguaglianze e della povertà vengono in rilievo alcune dinamiche commerciali che, sfruttando l’espansione e la liberalizzazione dei mercati, la mobilità di persone e capitali, la delocalizzazione di imprese o impianti produttivi, finiscono per pregiudicare i diritti fondamentali delle persone coinvolte, in primo luogo dei lavoratori. Si tratta di fattispecie nelle quali, proprio a causa della deterritorializzazione dell’attività, l’intervento pubblico appare particolarmente complicato e risulta sempre più difficile considerare le politiche sociali come un fenomeno riconducibile esclusivamente alle prerogative dello Stato-nazione o comunque di stretta rilevanza pubblica.

Il rafforzamento della dimensione economica delle relazioni contrattuali determina una loro tendenziale capacità di sottrarsi ai vincoli giuridici o al controllo pubblico⁷⁰. Un esempio di tale discorso è rappresentato dal *dumping* sociale⁷¹, un fenomeno che assume sicura importanza

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. La Piattaforma europea contro la povertà e l’esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale, COM(2010) 758 def.

⁶⁷ Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, cit.

⁶⁸ Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, cit., 19 ss.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione, Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM (2010) 2020 final, disponibile online a: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=it>.

⁷⁰ G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell’attività d’impresa*, in *Contr. impr.*, 3/2009, 679 ss.

⁷¹ Con tale espressione, ripresa dal concetto di *dumping* economico, si fa riferimento a una molteplicità di fenomeni accumulati dallo sfruttamento della discriminazione regolatoria esistente tra due o più ordinamenti in termini di tutele sociali: l’importazione di prodotti provenienti da Stati in cui gli standard di tutela dei lavoratori e di rispetto della dignità sono particolarmente bassi; la produzione di beni nei Paesi in cui il costo del lavoro è inferiore; le prestazioni di servizi transfrontalieri in cui le imprese utilizzano manodopera meno costosa di quella locale; la delocalizzazione delle attività produttive in zone con livelli remunerativi e regimi normativi più favorevoli. Per quanto riguarda il *dumping* economico, l’articolo IV del GATT – General Agreement on Tariff and Trade, 1947/1994 – rubricato “Anti-dumping and Countervailing Duties”, disciplina espressamente e sanziona il commercio di prodotti provenienti da un altro Paese con un valore inferiore al normale, laddove ciò causi o rischi di causare un pregiudizio ad un’impresa già stabilita in quel territorio o ritardi l’affermazione di un’impresa domestica; al contrario, il *dumping* sociale ad oggi non ha ricevuto alcuno specifico riconoscimento normativo. Sul tema si vedano i contributi di R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 617-632; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, 26-27.



nell'analisi in esame perché sfrutta le condizioni di disparità di potere contrattuale tra i soggetti coinvolti, dovute in primo luogo alla debolezza economica dei lavoratori, con l'effetto di causare un peggioramento delle loro condizioni⁷². L'articolazione su scala globale della produzione e del commercio dei prodotti, se da un lato può determinare un incremento della ricchezza, dall'altro rischia di provocare un inasprimento delle diseguaglianze tra i vari Paesi del mondo e tra le diverse classi sociali⁷³, ammettendo la diffusione di quelle che potrebbero definirsi come nuove forme di schiavitù⁷⁴, in ragione dei bassissimi standard di tutela a livello infrastrutturale e della minima protezione legale e sindacale dei lavoratori⁷⁵, con inevitabili effetti sul piano sociale e della dignità.

2.1. – Nel tentativo di considerare una possibile azione europea per la lotta alla povertà, merita ribadire il significato sia politico che giuridico del riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore dei trattati. Nonostante alcuni Autori siano molto critici sul punto⁷⁶, può ritenersi che con tale atto l'Unione europea abbia assunto una dimensione non più riducibile alle sole logiche di mercato e si sia progressivamente allontanata dall'impostazione propria di una comunità economica, volta esclusivamente a realizzare un mercato comune di libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Con la dichiarazione, contenuta nel Preambolo della Carta, per cui la persona viene posta al centro dell'azione dell'Unione Euro-

⁷² Effetti indiretti del fenomeno sono rappresentati da vicende tragiche, come quella di Dacca, in Bangladesh, che nel 2013 è finita al centro della cronaca per il crollo del Rana Plaza, un edificio commerciale di otto piani che ospitava una grande industria tessile e che ha sepolto sotto le proprie macerie oltre mille persone; l'anno prima, un incendio di grandi dimensioni aveva devastato la fabbrica Ali Enterprises, in Pakistan, uccidendo oltre 250 persone: in entrambi i casi si trattava di aziende fornitrici dei più grandi marchi "occidentali" di moda *low cost*, in cui venivano poste in essere condizioni di lavoro che nei Paesi importatori sarebbero state "impensabili".

⁷³ Cfr. N. Klein, *No Logo*, Milano, Rizzoli, 2016; S. Mezzadra, B. Neilson, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, Il Mulino, 2014; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, Quest. Giust., 2015.

⁷⁴ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. In un report del 2017, l'ILO ha tracciato un quadro delle schiavitù moderne, all'interno delle quali vengono ricondotti i matrimoni forzati e il lavoro forzato. Quest'ultimo, che coinvolge 24,9 milioni di persone, è definito dalla Convenzione dell'ILO sul lavoro forzato 1930 (No. 29) come "all work or service that is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily". Si stima che, nel 2016, 16 milioni di uomini e donne ne siano stati vittime nell'ambito dell'economia privata (dai lavori domestici, al settore dell'edilizia, a quello manifatturiero, dell'agricoltura o della pesca). Nel report del 2017 si sottolinea come la coercizione possa assumere diverse forme, dalla violenza fisica o sessuale, alla minaccia nei confronti dei propri familiari, a forme più subdole, quali la trattenuta del salario, la sottrazione dei documenti di identità, la minaccia di licenziamento o di denuncia alle autorità. ILO, *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*, Genova, 2017.

⁷⁵ Agli elevati rischi sul piano della sicurezza, si affiancano le ricadute sociali e le condizioni di estrema povertà strettamente correlate alle condizioni di lavoro, spesso sottopagato, anche in considerazione del fatto che i salari minimi legali sembrerebbero significativamente al di sotto di quello che dovrebbe essere un "salario dignitoso", idoneo a garantire livelli minimi di sussistenza. Tali dati emergono dal Report della Campagna Abiti Puliti, *L'Europa dello sfruttamento*, 15 novembre 2017, disponibile online a: <http://www.abitipuliti.org/report/2017-report-europes-sweatshop-leuropa-dello-sfruttamento/>.

⁷⁶ A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit., 12.

JUS CIVILE



pea⁷⁷ sembra delinearci una dimensione sociale dell'attività europea, secondo quei principi di dignità, eguaglianza e solidarietà⁷⁸ che non erano invece contemplati dal Trattato di Maastricht⁷⁹.

Tuttavia, non può trascurarsi il contesto eminentemente mercantile su cui si struttura l'Unione e che rende problematica la previsione di un'effettiva tutela dei diritti sociali, almeno secondo la concezione che ci consegna la nostra tradizione giuridica, e ciò per l'assenza di un sistema di *welfare* comunitario. In un contesto che resta definito dall'affermazione delle libertà economiche, è proprio la dimensione delle relazioni private che può assumere rilievo centrale rispetto ad istanze ultra-individuali, nella prospettiva di una socializzazione dell'economia e quindi del passaggio dal *free trade* al *fair trade*⁸⁰.

Uno dei principali riferimenti di questa impostazione va ravvisato nell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, che al terzo comma pone il mercato interno in stretta correlazione con lo sviluppo sostenibile⁸¹, il quale si basa tanto sulla crescita economica equilibrata, quanto su un'economia sociale di mercato, secondo quell'approccio neoliberale proprio delle politiche europee⁸². Così, l'economia sociale di mercato si propone come possibile strategia per conseguire interessi pubblici, quali la piena occupazione o il progresso sociale, combattendo l'esclusione, le discriminazioni e promuovendo giustizia e protezione sociale; al tempo stesso, tuttavia, non può trascurarsi la sua qualificazione come "fortemente competitiva"⁸³, ciò che giustifica il sospetto di una preminente funzionalizzazione alla tutela del meccanismo concorrenziale, che prescinde da un intento di risocializzazione dell'economia, quando non si esplica

⁷⁷ M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit.

⁷⁸ In tema di dignità e diritto europeo M.R. Marella, *A New Perspective on Human Dignity: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S. Grundmann (cur.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 123-147, 2008; Id. *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 67 ss. Quanto alla configurabilità di una dimensione sociale dell'Unione europea, critica è l'analisi di A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit. L'A. sottolinea come la Carta di Nizza si limiti a riconoscere un'eguaglianza formale che non appare pienamente completata dal divieto di discriminazione e ciò per l'assenza di un dovere pubblico di rimuovere le cause di diversità, come previsto dalla Costituzione italiana. Si tratterebbe, a suo avviso, di un costituzionalismo liberale, che cela una scarsa considerazione per quello sociale.

⁷⁹ Al Trattato di Maastricht era tuttavia allegato il Protocollo sulla politica sociale.

⁸⁰ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, in Riv. dir. priv., 2014; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 22.

⁸¹ Quello di "sviluppo sostenibile" è un concetto certamente fluido, suscettibile di varie declinazioni e interpretazioni. In proposito, si è soliti richiamare la definizione offerta dal Rapporto Brundtland, *Our common future*, secondo la quale lo Sviluppo Sostenibile "soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri". Si tratta del rapporto elaborato nel 1983 dalla Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo delle Nazioni Unite, presieduta da Madame Gro Harlem Brundtland.

⁸² Lo sviluppo viene adottato come un elemento cardine di tali politiche, idoneo a garantire l'incremento di transazioni efficienti e, attraverso queste, il benessere generale, cfr. F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli, *Regole e mercato*, Giappichelli, 2017, XXV.

⁸³ Cfr. G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in C. Salvi (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, Giappichelli, 2012, 135-153

JUS CIVILE



in una strumentalizzazione della dimensione sociale a favore delle istanze del mercato⁸⁴.

Nel quinto comma dell'articolo 3 emerge poi l'attenzione per le relazioni dell'Unione con il resto del mondo e si afferma l'impegno a contribuire alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco dei popoli, ma anche "al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani".

Proprio il concetto di sviluppo sostenibile, che si ripete sia nel terzo che nel quinto comma, merita una specifica riflessione. Nella Comunicazione della Commissione del 2001 lo stesso è esplicitato in un obiettivo di coerenza tra crescita economica, coesione sociale e tutela ambientale, le quali debbono procedere di pari passo, così come la politica sociale deve essere posta alla base delle prestazioni economiche⁸⁵.

Tale approccio, si ritiene, dovrebbe leggersi anche nell'individuazione degli appalti pubblici quali possibili strumenti d'azione della Strategia Europa 2020; gli stessi sono descritti come "strumenti basati sul mercato, necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici"⁸⁶. Uno strumento che si colloca nell'ambito del c.d. modello sociale unico europeo e che, attraverso una *partnership* pubblico-privato, consente di coniugare obiettivi sociali ed economici⁸⁷ nella prospettiva dello "sviluppo sostenibile"⁸⁸.

Già da tempo, dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato l'importanza dei *public procurement*⁸⁹ per il perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli strettamente economici o di ef-

⁸⁴ A. Somma, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale, – Versione ampliata della Relazione al Seminario internazionale "Social Justice in European Contract Law", Parigi, 22-23 settembre 2005*, disponibile online a http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Somma/Somma_Buona-fede_Astrid_27102005.pdf; Id., *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit. Si tratterebbe, del resto, di un approccio coerente con l'impianto tradizionale dell'Unione europea e di cui deve ritenersi un esempio emblematico, seppur appartenente a un diverso periodo storico e normativo, l'obbligo di parità salariale tra uomini e donne, sancito dal Trattato di Roma con il chiaro intento di porre un freno ad uno dei fattori distorsivi della concorrenza tra mercati territoriali e settori produttivi.

⁸⁵ Con specifico riferimento alla rilevanza di tale concetto nel diritto del lavoro, si veda V. Cagnin, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, cit.

⁸⁶ Considerando n. 2, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, GUUE L 94/65.

⁸⁷ Commissione europea, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, 9.

⁸⁸ Di qui l'introduzione del concetto di "Sustainable Public Procurement (SPP)", definiti dalla Commissione europea come: "a process by which public authorities seek to achieve the appropriate balance between the three pillars of sustainable development – economic, social and environmental – when procuring goods, services or works at all stages of the project", consultabile alla pagina web http://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm.

⁸⁹ La Corte di Giustizia ha assunto un ruolo fondamentale per l'affermazione di una dimensione sociale degli appalti pubblici. Una delle prime pronunce si è avuta nel caso *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, C-31/87, del 20 settembre 1988, in cui è stata affrontata la questione relativa all'introduzione di un criterio concernente l'impiego di disoccupati di lunga durata. La Corte ha precisato che tale criterio non è classificabile né come criterio per l'accertamento dell'idoneità degli offerenti, né come criterio per l'aggiudicazione, ma si tratta di una condizione specifica e supplementare che deve ritenersi legittima se non ne derivino effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità. Disponibile online a: <http://curia.europa.eu/>



ficienza della pubblica amministrazione⁹⁰. Tale fiducia deriva, da un lato, dalla rilevanza e dal potere di acquisto degli attori pubblici, considerati operatori economici responsabili e lungimiranti, in grado di tener conto di una pluralità di interessi⁹¹ e, dall'altro, dalla possibilità che la contrattazione pubblica si ponga come esempio positivo, come modello capace di influire sul mercato e di avviare un progressivo adeguamento delle imprese a standard sociali⁹².

Dopo una prima elaborazione nell'ambito della tutela ambientale⁹³, nel 2011 la Commissione europea ha pubblicato il documento "Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", in cui emerge la convinzione che la presenza di acquisti responsabili da parte degli enti pubblici possa promuovere opportunità di occupazione⁹⁴, dignità del lavoro⁹⁵, inclusione sociale, accessibilità, progettazione per tutti, commercio etico⁹⁶ e una

juris/celex.jsf?celex=61987CJ0031&lang1=it&type=TXT&ancre=. Più di recente, la Corte ha riconosciuto la possibilità di introdurre criteri di aggiudicazione di natura sociale non necessariamente legati all'oggetto del contratto sotto il profilo delle caratteristiche del prodotto, ma concernenti il metodo di produzione, quale ad esempio la derivazione da un commercio equo e solidale, Corte di Giustizia, Commissione c. Paesi Bassi, C-368/10 del 10 maggio 2012, disponibile online a: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6066da3be4c704511b10ceb45447c25fb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahv0?text=&docid=122644&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=33148>. Ulteriori esempi in cui vengono in rilievo gli appalti pubblici sono i *Government procurement Agreement* e il *Model Law on Procurement* dell'Uncitarkl, la *Labour Clauses (Public Contracts) Convention* dell'Oil n. 94, nonché strumenti analoghi previsti da altre istituzioni internazionali, come la Banca Mondiale.

⁹⁰ Numerosi sono gli autori che hanno offerto una puntuale analisi della normativa europea e italiana con riferimento alla tutela di interessi socio-ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Cfr. S. Montaldo, *La dimensione sociale degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione europea*, in *Politiche soc.*, 2015, 347-360; S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (curr.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 7-25; G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 255.

⁹¹ Le autorità pubbliche esercitano il controllo di un'ampia quota del mercato relativo ad alcuni beni, servizi e lavori, come ad esempio nel settore delle costruzioni, e più in generale la loro spesa rappresenta circa il 17% del prodotto interno lordo dell'Unione europea. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹² Commissione europea, "Supporting Social Responsibility in the Economy through Public Procurement", cit. Cfr. O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in *amministrativamente*, 5-6/2017 www.amministrativamente.com.

⁹³ Ne sono esempio le direttive n. 17 e 18 del 2004, poi sostituite dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e la direttiva 2014/23/UE, con le quali si è consolidata la disciplina dei c.d. *Green Public Procurement*. Cfr. C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. Eur.*, 2017, 183-210; S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, fasc. 3, 2017, 101 ss.

⁹⁴ Si fa riferimento all'equilibrio di genere (ad esempio il bilanciamento tra vita privata e lavoro, lotta alla segregazione settoriale), nonché all'occupazione giovanile, dei disoccupati di lunga durata e dei lavoratori anziani, dei soggetti appartenenti a gruppi svantaggiati (lavoratori migranti) e delle persone con disabilità. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹⁵ Il riferimento al lavoro dignitoso viene declinato come: diritto ad un lavoro produttivo e liberamente scelto, rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, retribuzione dignitosa e garanzia della protezione sociale e del dialogo sociale. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹⁶ Il riferimento è alla scelta di prodotti che contribuiscano ad uno sviluppo sostenibile.



maggiore conformità agli standard sociali, quelli cioè che dovrebbero essere anche i presupposti per il progressivo contrasto della povertà.

In questo senso si muove la Direttiva n. 24 del 2014 che, collocandosi espressamente nell'ambito della Strategia Europa 2020, ha condotto alla riformulazione e all'aggiornamento della normativa europea in tema di appalti pubblici e alla predisposizione in Italia del Nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)⁹⁷.

All'interno di tale disciplina vengono tracciate due principali linee di azione: da un lato la previsione di "appalti riservati" e, dall'altro, l'introduzione di clausole sociali, ovvero di "previsioni mandatorie a contenuto sociale", nelle diverse fasi della procedura.

Nel primo caso si tratta della possibilità di riservare il diritto di accedere alle procedure di aggiudicazione solo ad alcune organizzazioni in ragione del contenuto del contratto e cioè nel caso di servizi sanitari, sociali o culturali⁹⁸, oppure in ragione della missione dei partecipanti, laddove cioè si tratti di "laboratori protetti e operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate". Le amministrazioni possono altresì riservare l'esecuzione dell'appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti se "almeno il 30 % dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati"⁹⁹.

Per quanto riguarda le clausole sociali, il riferimento è a quelle "disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie"¹⁰⁰. Si tratta di previsioni pattizie o legislative, in virtù delle quali il normale esplicarsi delle regole della concorrenza e libertà di iniziativa economica subisce delle limitazioni a vantaggio del perseguimento di interessi collettivi. Le stesse possono intervenire sulla configurazione dell'oggetto del contratto, sui criteri di valutazione dell'offerta, sulla definizione delle tecniche e modalità di esecuzione e controllo¹⁰¹, sulla previsione di parametri di selezione o esclusione dei candidati, purché i criteri individuati siano collegati all'oggetto del contratto, siano proporzionati e i vari operatori economici siano trattati su un piano di parità e in modo non discriminatorio.

A tal fine, gli Stati sono chiamati ad adottare le misure opportune affinché "gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto

⁹⁷ G.U. 19 aprile 2016, n. 91, oggi in vigore nel testo modificato con il d.l. n. 56 del 19 aprile 2017, in vigore dal 20 maggio 2017.

⁹⁸ Art. 77 Direttiva 2014/24/UE.

⁹⁹ Art. 20 Direttiva 2014/24/UE e art. 112 d.lgs.n. 50 del 2016. Con riferimento a questa categoria di imprese e solo laddove sussistano alcune condizioni, quali ad esempio i requisiti di necessità e proporzionalità rispetto al conseguimento di determinati obiettivi, è ammessa una parziale deroga al principio di parità di trattamento sancito dal diritto dell'UE.

¹⁰⁰ Art. 3 l. qq) del d.lgs.n. 50 del 2016.

¹⁰¹ Art. 70 Direttiva 2014/24/UE e art. 30 c. 3 d.lgs.n. 50 del 2016.

JUS CIVILE



to ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X"¹⁰², tra cui le principali Convenzioni ILO¹⁰³. Attraverso questo sistema, si ritiene che le amministrazioni pubbliche dispongano di uno strumento per veicolare prescrizioni sociali e gli operatori economici siano indotti ad assumere comportamenti responsabili¹⁰⁴.

Si delinea uno scenario in cui mutano anche i criteri alla base della procedura di aggiudicazione e così, in luogo del prezzo più basso, si attribuisce prevalenza a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il quale, ad eccezione dei casi in cui la stessa sia individuata sulla base del solo prezzo, dovrebbe essere necessaria la ponderazione di tutti i criteri stabiliti. Nella normativa italiana si prevede ancor più esplicitamente la possibilità, entro determinati limiti, di subordinare il principio di economicità ai "criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico"¹⁰⁵. Significative in proposito sono le previsioni che impongono alla stazione appaltante di attivare delle procedure di verifica in caso di "offerte anormalmente basse" e di escludere le relative imprese laddove si dimostri che tali costi o prezzi siano la conseguenza della mancata conformazione al "diritto vincolante dell'Unione o [al] diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro"¹⁰⁶. Il codice italiano precisa in proposito che "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge", né in relazione agli "oneri di sicurezza"¹⁰⁷. Al fine di conseguire un maggior grado di effettività, inoltre, viene preso in considerazione tutto il sistema di produzione del bene o servizio, stabilendo che i requisiti ambientali e sociali debbano essere rispettati anche dai subappaltatori e riconoscendo la possibilità di introdurre criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto di lavori, forniture o servizi che tengano conto di "ogni aspetto e [di] ciascuna fase

¹⁰² Art. 18 Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰³ In tema di giustizia sociale e tutela dei diritti umani nel lavoro, rivestono certamente un ruolo fondamentale le iniziative adottate dall'International Labour Organization, strutturata in modo tale da garantire la rappresentanza di lavoratori, imprenditori e governi. I principali punti di intervento sono stati: libertà di associazione e riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva (convenzioni nn. 87 e 98); abolizione di tutte le forme di lavoro forzato o obbligatorio (convenzioni nn. 29 e 105); abolizione del lavoro minorile (convenzioni nn. 138 e 182); eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione (convenzioni nn. 100 e 111). Cfr. G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit.

¹⁰⁴ R. Proietti, *Contratti della p.a. – le c.d. 'clausole sociali' ed il contenimento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Giur. it.*, 2017, 2715.

¹⁰⁵ Art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁰⁶ Considerando 103 Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰⁷ Art. 97 c. 6 d.lgs. n. 50 del 2016. In proposito merita richiamare il Disegno di legge, presentato al Senato il 13 ottobre 2010 e ancora non assegnato alle commissioni, concernente "Disposizioni concernenti il divieto di produzione, importazione e commercio di merci prodotte mediante l'impiego di manodopera forzata e in schiavitù".

JUS CIVILE



dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercio e relative condizioni, di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale”¹⁰⁸.

Nel disegno tracciato dalla *Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*¹⁰⁹, tale normativa dovrebbe consentire di perseguire un equilibrio tra progresso economico e sociale e di fronteggiare i rischi conseguenti alla dimensione globale dei mercati. Nel documento si fa riferimento agli aspetti sociali connessi alla promozione del “lavoro dignitoso”¹¹⁰, con particolare attenzione al “grado di rischio” di violazione dei diritti umani che possono verificarsi lungo l'intera catena merceologica oggetto dell'appalto. Si sottolinea la complessità di tali strutture, nonché la frequente frammentazione e localizzazione della produzione in Paesi in cui non vi sono garanzie sufficienti circa il rispetto dei diritti fondamentali. Per questo, viene proposto un “dialogo strutturato” tra Pubblica amministrazione e fornitori, con l'obiettivo di offrire conoscenze più approfondite in merito alle condizioni di lavoro lungo tutta la catena di produzione, con la possibilità di individuare gli strumenti e i rimedi opportuni.

Nella prospettiva della diffusione di istanze sociali nell'ambito delle dinamiche dei mercati, non possono tuttavia non rilevarsi ambiguità sottese a tale normativa, in primo luogo in ragione del necessario collegamento delle clausole sociali con l'oggetto dell'appalto, con la conseguenza di escludere criteri e condizioni riguardanti “la politica aziendale generale” e dunque

¹⁰⁸ Considerando n. 97 e 107, Direttiva 2014/24/UE. Un riferimento ancor più chiaro vi è nel decreto dell'11 ottobre 2017 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (in Gazz. Uff., 6 novembre 2017, n. 259). Pur essendo dedicato alla fissazione dei “Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici”, in esso vi è una specifica disposizione in materia di “Diritti umani e condizioni di lavoro”. In particolare, si sottolinea la responsabilità sociale dell'appaltatore, chiamato ad assumere impegni relativi alla conformità a standard sociali minimi e al monitoraggio degli stessi. Oltre alle Convenzioni già richiamate nella Direttiva del 2014 e nel decreto legislativo del 2016, si fa riferimento alle Convenzioni ILO n. 155, 131, 1 e 102, rispettivamente in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; definizione del «salario minimo»; durata del lavoro (industria); sicurezza sociale (norma minima); oltre che alla «Dichiarazione universale dei diritti umani»; e all'art. n. 32 della «Convenzione sui diritti del fanciullo». Ancor più rilevante è il passaggio successivo, in cui si precisa che: “con riferimento ai paesi dove si svolgono le fasi della lavorazione, anche nei vari livelli della propria catena di fornitura (fornitori, subfornitori), l'appaltatore deve dimostrare il rispetto della legislazione nazionale o, se appartenente ad altro stato membro, la legislazione nazionale conforme alle norme comunitarie vigenti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, salario minimo vitale, adeguato orario di lavoro e sicurezza sociale (previdenza e assistenza). L'appaltatore deve anche avere efficacemente attuato *modelli organizzativi e gestionali adeguati a prevenire condotte irresponsabili contro la personalità individuale e condotte di intermediazione illecita o sfruttamento del lavoro*” (corsivo aggiunto).

¹⁰⁹ La guida è stata adottata con il Decreto del Ministero dell'Ambiente del 6 giugno 2012, GURI n. 159/2012 ed è stata formulata sulla scia di alcuni documenti del Consiglio delle Nazioni Unite volti a garantire la tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività d'impresa: “*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*” e “*Principi guida su imprese e diritti umani*”, si veda infra, nt. 118.

¹¹⁰ Merita in proposito richiamare, tra gli altri, il IV Report OIL, *Decent Work in Global Supply Chains*, disponibile online a: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468097.pdf.



l'impossibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di imporre agli offerenti una "politica aziendale di responsabilità sociale"¹¹¹. Un limite di tali politiche deve poi ravvisarsi nel tentativo di articolare il problema sociale e redistributivo secondo il meccanismo di domanda e offerta, che esprime una prospettiva meramente "mercantile" del commercio equo¹¹², senza considerare poi che la disciplina della contrattazione pubblica, per quanto strategica, non può da sola determinare la diffusione di un mercato etico, la cui affermazione richiederebbe il coinvolgimento necessario di tutti gli attori economici, imprese e consumatori.

3. – Passando dalla contrattazione pubblica a quella privata, diviene essenziale comprendere se siano configurabili degli oneri o una responsabilità in capo alle imprese che si avvalgono di meccanismi di produzione tali da implicare la compromissione delle tutele minime di diritto del lavoro, dell'ambiente o relative alla sicurezza, alla dignità e ai diritti della persona.

Se le ipotesi di violazioni dirette sono oggetto di discipline più o meno dettagliate¹¹³, più problematici sono i casi in cui le stesse derivano da condotte riconducibili a quel processo "market oriented" che ha visto la progressiva accettazione di limitazioni dei diritti fondamentali in ragione di un vero e proprio "culto del mercato"¹¹⁴: il riferimento è, ancora una volta, ai meccanismi di esternalizzazione, delocalizzazione, *outsourcing* e a tutte quelle fattispecie in cui le imprese si servono, in particolare mediante contratti di subappalto, di soggetti di Paesi terzi, sfruttando le differenze tra i diversi sistemi normativi e giurisprudenziali.

Sebbene alcune recenti pronunce non abbiano mancato di dare rilievo alla "mirata strategia aziendale" sottesa a tali pratiche¹¹⁵, non può trascurarsi come "la globalizzazione – in seguito

¹¹¹ Considerando n. 97, Direttiva 2014/24/UE. Si vedano sul punto G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012, 819-875; B. Fenni, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in www.AmbienteDiritto.it – Rivista Giuridica, 2014 disponibile online a: <https://www.ambientediritto.it/home/sites/default/files/GREEN%20PUBLIC%20PROCUREMENT%20COME%20STRUMENTO%20DI%20SVILUPPO%20SOSTENIBILE%20Barbara%20Fenni.pdf>.

¹¹² A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.

¹¹³ Nell'ambito della disciplina penalistica è recentemente intervenuto il d.lgs. n. 24 del 4 marzo 2014, in attuazione della Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. In particolare, sono stati espressamente previsti i reati di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta delle persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

¹¹⁴ F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in Riv. dir. civ., 2009, 291. Un significativo antecedente di tale processo può essere ravvisato nelle note pronunce della Corte di Giustizia che, mediante una sorta di concorrenza regolatoria tra ordinamenti, hanno di fatto sancito una standardizzazione a ribasso. Il riferimento è alle pronunce Viking (C-438/05), Laval (C-341/05), Rüffert (C-346/06), Commissione c. Lussemburgo (C-319/06), cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 16. Per un'analisi generale del fenomeno "market oriented" si veda G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; Id. "Globalizzazione attraverso i diritti" e metamorfosi del diritto comparato, cit.; A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹¹⁵ Si segnala in proposito la pronuncia del Tribunale di Forlì n. 933 del 10 luglio 2012, in Dir. Comm. Int., 2014,



all'articolazione di mercati mondiali riguardanti i capitali, i prodotti, il lavoro, (in gran parte) i servizi e in seguito all'informatizzazione di molteplici comportamenti economici – produce una discrasia strutturale e profonda fra i tempi e gli spazi delle attività imprenditoriali e quelle del potere politico, della regolazione e del controllo giuridico. Ciò comporta un arretramento o, comunque, una crescente inefficacia del diritto, specialmente di quello di origine statale nello stabilire regole del mercato e nel far valere (tempestivamente) i relativi controlli”, lasciando così intravedere una “crisi della sovranità (statale)”¹¹⁶.

La difficoltà di fronteggiare questi fenomeni o gli effetti che ne derivano non dipende, o comunque non solo, dalla mancanza di riferimenti normativi, ma dalla presenza di un insieme di fattori che rendono debole o inefficace l'intervento pubblico¹¹⁷. Tali scenari si realizzano attraverso una serie di relazioni di diritto privato che, grazie alla disarticolazione dell'attività d'impresa, mirano a conseguire l'obiettivo economico di abbassare i costi di produzione e quello giuridico di diluire i profili di responsabilità.

Occorre considerare che se la normativa in materia di sicurezza infrastrutturale e di diritto del lavoro è quella nazionale, con riferimento alle relazioni commerciali e quindi anche alle dinamiche della concorrenza assumono particolare importanza i contratti di diritto privato, che finiscono per esercitare vincoli e pressioni maggiori della stessa legislazione interna, soprattutto in ragione della tendenziale debolezza dei Paesi e delle imprese coinvolti¹¹⁸. Si assiste poi talvolta alla complicità degli stessi Governi locali, incapaci di reagire o incoraggiati a conservare lo *status quo*, poiché il mantenimento di bassi costi di produzione rappresenta uno dei principali fattori attrattivi per le multinazionali e uno strumento strategico per richiamare capitali, lascian-

1, 177, con nota di F. Buccellato, *Verso “Roma 9 maggio 2014 – Impresa e forced labour”*. *Linee Guida per una rinnovata azione di contrasto nel solo della EU Strategy Towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012-2016*. Il caso riguardava la completa inottemperanza di norme antinfortunistiche da parte dell'impresa appaltatrice terzista. Ad avviso del Tribunale, “in caso di ingerenza del committente nell'impresa appaltatrice terzista, il disinteresse alla sicurezza del lavoro nelle aziende terziste da parte dei titolari dei poteri di gestione delle ditte committenti è sufficiente a qualificare l'elemento psicologico assunto da quest'ultimi in termini di dolo eventuale e cioè di consapevole accettazione dei rischi derivanti dal lavoro svolto nelle aziende terziste”. È evidente per il Tribunale di Forlì la sussistenza di “una *precisa strategia aziendale* protesa all'abbattimento dei costi di produzione ed alla massimizzazione dei profitti attraverso il ricorso all'appalto di prestazioni d'opera *sovradimensionate* in quanto tali da essere effettuate ed evase da aziende gestite da titolari di nazionalità cinese *solo a costo* di una *sistematica e ben conosciuta* mancata assunzione da parte di quest'ultimi dei costi e delle cautele inerenti agli adeguamenti per la sicurezza del lavoro (oltre che alla regolarizzazione contributiva di manodopera assunta in nero)”. Nella pronuncia si parla di “stabile contributo volontariamente offerto dalle committenti italiane al mantenimento nell'ambito delle aziende terziste delle condizioni di pericolo punite dall'art. 437 c.p.”. Tale condotta viene ritenuta rilevante sia come concorso proprio dell'*intraneus* ex art. 110 c.p. nel reato omissivo imputabile anche all'impresa terzista, sia come concorso morale nel reato di cui all'art. 437 c.p., come “rafforzamento e sostegno all'altrui piano criminoso oggettivamente derivanti dagli stabili e prolungati rapporti di committenza strategicamente protesi a garantire la massimizzazione dei profitti”.

¹¹⁶ G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, ESI, 2013, 16 ss.

¹¹⁷ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli “esclusi” nelle attività di impresa*, cit.; Id., *Pratiche commerciali scorrette e forced labour*, in *Contr.*, 2016, 1135 ss.

¹¹⁸ Cfr. D. Danielsen, *Beyond Corporate Governance: Why a New Approach to the Study of Corporate Law Is Needed to Address Global Inequality and Economic Development*, in J. Haskell e U. Mattei (curr.), *Research Handbook on Political Economy and Law*, 1st ed., 2015, Edward Elgar; Du. Kennedy, *African Poverty*, cit.

JUS CIVILE



do così che le esigenze dei mercati finiscano per prevalere e giustificare una compromissione dei diritti sociali.

Accanto ad una fondamentale regolazione di diritto internazionale¹¹⁹, viene allora in rilievo il ruolo del diritto privato che, grazie alla sua flessibilità, può rappresentare lo strumento più idoneo per far fronte alla complessità delle relazioni che si articolano su scala globale, facendosi carico anche dell'esigenza di contrastare condotte *antisociali* e favorire il perseguimento di interessi non solo individuali ma anche generali¹²⁰.

Si tratta di una ricostruzione che potrebbe apparire in contrasto con due preconcetti costanti della riflessione giuridica: da un lato l'idea per cui il diritto privato sarebbe "legal, rational, scientific and individualist", mentre quello pubblico si caratterizzerebbe come "political, arational, arbitrary, and altruist"¹²¹; dall'altro la presunta contrapposizione tra un diritto civile, a tutela della persona, e un diritto della concorrenza, ad esclusivo presidio del mercato¹²².

L'analisi può essere svolta a partire dalla disciplina della concorrenza sleale e, in particolare, dall'art. 2598 c.c. che, in linea con quanto previsto dalla Convenzione d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, individua alcune fattispecie tipiche e al n. 3 una disposizione residuale, in virtù della quale deve qualificarsi come atto di concorrenza sleale l'utilizzo diretto o indiretto di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale e che sia al tempo stesso idoneo¹²³ a danneggiare l'altrui azienda. Ad essere presa in considerazione è sì

¹¹⁹ In proposito, occorre richiamare l'intensa attività svolta dal Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, che nel 2008 ha approvato all'unanimità il quadro operativo elaborato dal Prof. Ruggie, in qualità di Rappresentante speciale per le questioni riguardanti i diritti dell'uomo, le società transnazionali e le altre imprese commerciali. Il *framework*, intitolato "Protect, Respect and Remedy", si basa su tre pilastri: a) *the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business*; b) *the corporate responsibility to respect human rights*; c) *greater access by victims to effective remedy, both judicial and non-judicial*. A questo ha fatto seguito nel 2011 un ulteriore documento, sempre a firma del Prof. Ruggie, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework", adottato all'unanimità dal Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti umani nel 2011. Si tratta di 31 principi generali, che fissano regole standard di comportamento in materia di diritti umani, rivolgendosi sia alle imprese che agli Stati. La Commissione europea ha invitato tutti gli Stati Membri a predisporre un Piano d'Azione Nazionale per dare attuazione a tali principi. Con riferimento alla responsabilità delle imprese in materia di diritti umani, si veda F. Marrella, *International Protection of Human Rights and Activities of Transnational Corporations/Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, Leiden-Boston, Massachussets (USA), Brill-Nijhoff, 2017, pp.188 ss.

¹²⁰ P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. Sul ruolo del diritto contrattuale nello spazio globale, si vedano G. Teubner (cur.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1996; G. Alpa, "Europeizzazione" e "globalizzazione" del diritto contrattuale, in ID., *La nobiltà della professione forense*, Bari, Cacucci, 2004, 166 ss.

¹²¹ Du. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in Eur. Rev. Private L., 2001, 26. Sul punto cfr. P.G. Monateri, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007; Id., *Geopolitica del diritto*, cit.; G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in Pölemos, 2010, 31 ss.; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, 2005.

¹²² Cfr. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹²³ La Corte di Cassazione ha precisato che non è necessario che il danno sia concreto, purché sussista un'idoneità a produrlo, Cassazione civile, sez. I, 2 aprile 1982, n. 2020.



l'attività d'impresa, ma nella sua dimensione relazionale, tenuto conto degli effetti esterni che ne conseguono.

Dato il ruolo dell'interprete nella declinazione delle clausole generali, particolare attenzione merita il concetto di correttezza professionale¹²⁴, sul quale si sono delineate numerose linee interpretative in relazione ai diversi parametri che dovrebbero riempirla di contenuto e che sono stati alternativamente individuati nella legge, nella prassi, nella morale, nell'ordine economico e giuridico, fino a proporre una declinazione etica dei comportamenti degli imprenditori¹²⁵.

La scorrettezza è ravvisata nell'introduzione "di elementi distorsivi del corretto funzionamento del meccanismo selettivo dell'economia di mercato: meccanismo che postula l'osservanza da parte di tutti i concorrenti delle stesse regole che direttamente o indirettamente influiscono sulle condizioni di gara" e che vanno quindi a minare il "*principio di uguaglianza* nella disciplina della lotta concorrenziale"¹²⁶. In tale prospettiva, si ritiene assumano rilievo quelle violazioni che determinano "una diminuzione di costi a beneficio del concorrente che di tale violazione si renda responsabile ed a scapito di quello che invece operi osservando la norma, quelle che impongono dei limiti che gli esercizi commerciali e le attività imprenditoriali in generale devono osservare; e quelle che impongono degli oneri come il munirsi di licenze ed autorizzazioni che di solito hanno un costo in termini di denaro o, comunque, di tempo e di fatica"¹²⁷. Si è sottolineato come il riferimento alla clausola generale di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. sia particolarmente importante per il fatto di consentire al giudice di introdurre nelle dinamiche concorrenziali un giudizio di valore dotato di una certa autonomia, la cui applicazione, pur poggiando su principi costituzionali, non presuppone la violazione di specifiche norme dell'ordinamento¹²⁸.

Un'analisi della correttezza professionale nella prospettiva dei principi generali dell'ordina-

¹²⁴ La definizione di correttezza professionale viene ricostruita come "morale comune professionale condivisa" e come "fatto consuetudinario nato dalla prassi dell'attività commerciale", da cui si evince "un'etica propria (degli affari), se pure non in contrasto con quella comune, certamente si atteggia in maniera autonoma, legata come è alle dinamiche economiche", P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in Riv. dir. ind., 1966, 215; M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in Eur. dir. priv., 1999, 509 ss.; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in G. Alpa, G. Conte (cur.), *La responsabilità d'impresa*, Milano Giuffrè, 2015, 204 ss., 232 ss.

¹²⁵ L.C. Ubertazzi, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in Riv. dir. ind., 1975, I, 105 ss.; G. Auletta, *Della concorrenza sleale*, in Scialoja-Branca (cur.), *Commentario al codice civile*, Libro V, artt. 2555-2642, Bologna, 1956; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit.

¹²⁶ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, 365-366.

¹²⁷ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 365-366.

¹²⁸ Rilevante in proposito l'osservazione di Mengoni per cui "il riferimento ai principi costituzionali come parametri interpretativi della clausola della correttezza e della buona fede ha più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante. La norma dell'art. 1175 c.c. esprime già per sé, come proprio "fondamento etico" un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto – nel senso specifico di «dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico» – senza bisogno di integrarla col dovere sociale di solidarietà umana previsto dalla Costituzione (artt. 2 e 41 comma 2). Cfr. L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca borsa, 1997, 9.

JUS CIVILE



mento, tale da rendere la disciplina della concorrenza coerente con la tutela di interessi generali, può essere ricavata dall'art. 41 della Costituzione, quale specifico paradigma di una interpretazione costituzionalmente orientata¹²⁹. Quest'ultimo, se al primo comma afferma che l'iniziativa economica privata è libera, al secondo esclude che la stessa possa "svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" e stabilisce altresì, al terzo comma, la possibilità per la legge di indirizzare e coordinare l'attività economica, sia pubblica che privata, a fini sociali¹³⁰. Tale disposizione può essere assunta come "valore guida da considerare lesa ogni qualvolta l'equilibrio delle condizioni del mercato venga compromesso fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, o fuori delle funzioni alle quali le eccezioni stesse debbono rispondere"¹³¹. La sua lettura in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione rappresenta la base del concetto generale di "responsabilità sociale d'impresa"¹³² e può costituire un caposaldo essenziale per contrastare condotte contrarie alla dignità e ai diritti fondamentali¹³³.

Secondo questa ricostruzione, si può riflettere sulla possibilità di qualificare come ipotesi di scorrettezza professionale anche il *dumping* sociale o le altre pratiche di deterritorializzazione dell'impresa, con cui l'imprenditore mira a ridurre i costi di produzione, cercando di sottrarsi a quelle "regole che nei paesi più sviluppati garantiscono condizioni di civiltà e di superiore qualità di vita per la collettività (ad es. norme antinquinamento) oppure per i lavoratori (divieto del lavoro minorile, condizioni di sicurezza nei luoghi di lavoro, contributi previdenziali, ecc.), ancorché tali norme si traducano in costi superiori di non lieve entità"¹³⁴.

La questione sembrerebbe porsi nei termini della configurabilità di un illecito ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c., come conseguenza della violazione di norme pubblicistiche che, sebbene

¹²⁹ Si veda nota precedente, nonché L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit.

¹³⁰ Si vedano R. Niro, *Art. 41 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 846 ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011; S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in Eur. dir. priv., 2011, 365 ss.; E. Gliozzi, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 767 ss.

¹³¹ Cassazione civ., sez. I, 26 novembre 1997, n. 11859. Più in generale, sul rapporto tra libertà economiche e principi costituzionali si veda P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, cit.; Id. *Intervento statale e autonomia privata*, cit.

¹³² Une delle prime puntuali affermazioni della responsabilità sociale d'impresa è quella del Libro Verde del 2001 della Commissione, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001) 366 def., reperibile on line [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_it.pdf). In tale documento viene offerta anche una definizione della responsabilità sociali d'impresa come "integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate". Sebbene la stessa venga declinata nella tendenza ad andare oltre l'adempimento di obblighi giuridici formali emerge dalle sue prime articolazioni una stretta correlazione con il contesto normativo esistente e la sussistenza di un pieno coordinamento con gli obiettivi di profitto. Si veda G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit., 692 ss.; A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, ESI, 2012.

¹³³ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969; F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978, 39.

¹³⁴ G. Floridaia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 367.

JUS CIVILE



non siano esplicitamente poste a tutela della concorrenza, la coinvolgono indirettamente attraverso l'imposizione agli operatori del mercato dei costi necessari per il rispetto di determinati standard sociali o ambientali¹³⁵. Tuttavia, se la fattispecie appare sufficientemente chiara nel caso di violazione di norme destinate a regolare direttamente il comportamento delle imprese nel mercato o a disciplinare la concorrenza, sembra doversi ritenere necessaria una valutazione del caso concreto a fronte di norme che perseguono scopi estranei al mercato. In questa seconda ipotesi, occorrerà verificare se la violazione della norma pubblicistica sia qualificabile come atto di concorrenza e se risulti contraria ai principi di correttezza professionale¹³⁶.

Sebbene possa ritenersi intuitivo il carattere anticoncorrenziale di chi, attraverso meccanismi di *dumping* sociale, riesce a sottrarsi all'operatività di determinate norme per poi commercializzare i propri prodotti e servizi là dove le stesse sono operative, non può trascurarsi un esame dell'ulteriore presupposto stabilito dal n. 3 dell'art. 2598 c.c. e cioè l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda.

Qualsiasi atto di concorrenza sleale deve ritenersi astrattamente idoneo a determinare un danno, da rintracciare in primo luogo nello sviamento della clientela, che tuttavia è al tempo stesso il fine ultimo dell'attività concorrenziale. Affinché si realizzi un'ipotesi di concorrenza sleale è richiesta pertanto una qualificazione più intensa, un'idoneità a pregiudicare il concorrente che deve essere valutata *ex ante* e in concreto¹³⁷.

La difficoltà di dimostrare la connessione tra l'inottemperanza della norma, il vantaggio con-

¹³⁵ A tal proposito, risulta ormai consolidato il principio per cui in ordine alla configurazione di un atto nell'ambito della concorrenza sleale, occorre "distinguere tra norme che pongono dei limiti all'attività imprenditoriale la cui violazione implica un atto contrario ai principi di correttezza professionale e quindi di concorrenza sleale e norme che imponendo dei costi alle imprese operanti sul mercato (quali le disposizioni fiscali, le prescrizioni igienico-sanitarie e quelle norme che subordinano l'esercizio di determinate attività imprenditoriali all'ottenimento di licenze o di autorizzazioni) la cui violazione può essere l'antecedente di un atto di concorrenza o servire a sostenere un ribasso dei prezzi o misure equivalenti, diventando così, la norma di diritto pubblico la fonte di un illecito concorrenziale. L'imprenditore che si duole della condotta del concorrente deve avere la dimostrazione non tanto della violazione di norme amministrative quanto anche del compimento di atti di concorrenza che siano potenzialmente lesivi dei propri diritti, attraverso il malizioso ed artificioso squilibrio delle condizioni di mercato", Tribunale Roma, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 11 luglio 2007, in Sez. Spec. P.I. 2008, 1, 262. Emblematico in proposito è il caso UBER, con particolare riferimento al vantaggio competitivo ottenuto nei confronti dei tassisti in ragione della possibilità di non sostenere determinati costi. In proposito, il Tribunale di Torino ha precisato che: "Seppure è vero che la violazione delle norme pubblicistiche non basta da sola a determinare un comportamento di concorrenza sleale, né quest'ultima può essere individuata semplicemente a fronte della determinazione di una diminuzione dell'avviamento altrui o a fronte dell'applicazione di prezzi inferiori da parte del concorrente per il medesimo servizio, è altrettanto vero che la violazione di norme pubblicistiche può avere un effetto distorsivo sul mercato quando è proprio l'omesso rispetto della normativa vincolante di settore che consente al competitor di realizzare risparmi di costo, di semplificare in maniera sostanziale la propria attività organizzativa e di vigilanza e di proporsi sul mercato con prezzi più bassi. Tribunale Torino, Sez. spec. Impresa, 01/03/2017, n. 1553, Massima redazionale, Giuffrè 2017.

¹³⁶ Cfr. P. Auteri, *La concorrenza sleale*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1983, 416 ss. L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., 244 ss.; L.C. Ubertazzi, *Regole pubblicistiche e concorrenza sleale*, in Riv. dir. ind., 2003, 301 ss.

¹³⁷ Cfr. P. Auteri, *La concorrenza sleale*, cit., 367 ss.; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., 208 ss.

JUS CIVILE



seguito e il pregiudizio subito dagli altri operatori economici rischia di rendere particolarmente problematica l'applicazione della disposizione¹³⁸. Non sorprende infatti che ad oggi non si registrino significative pronunce giurisprudenziali in cui fenomeni diretti o indiretti di sfruttamento del lavoro o lesione dei diritti fondamentali e della dignità dei dipendenti siano configurati come ipotesi di concorrenza sleale.

Come è stato autorevolmente osservato, laddove tale impostazione si affermasse “un ruolo particolarmente significativo dovrebbe essere attribuito al rilievo dei principi costituzionali, e non solo di quello di uguaglianza, ma anche di quelli in funzione dei quali non deve essere consentito uno svolgimento dell'attività d'impresa che sia in contrasto con l'utilità sociale o che possa mettere in pericolo libertà, dignità e sicurezza degli individui”¹³⁹.

Accanto ai tradizionali strumenti di regolazione, occorre poi riflettere sulla diffusione di fonti di *soft law*¹⁴⁰, cui è ormai affidata una parte consistente della disciplina delle attività d'impresa. Il riferimento è, in particolare, ai codici di condotta¹⁴¹ che contribuiscono, da un lato, ad evitare il ricorso ad azioni giudiziarie o amministrative e, dall'altro, a favorire in via preventiva la diffusione di pratiche imprenditoriali “responsabili”, stabilendo parametri ispirati a valori sociali, in linea con il solco tracciato dall'art. 41 della Costituzione. Si tratta di regole a carattere deontologico, che si esplicano in una “dichiarazione ufficiale dei valori e delle prassi commerciali di un'impresa e, a volte, dei suoi fornitori. Un codice enuncia norme minime e attesta l'impegno preso dall'impresa di osservarle e di farle osservare dai suoi appaltatori, subappaltatori, fornitori e concessionari”¹⁴².

Sempre più incoraggiati anche a livello europeo, i codici di condotta offrono una risposta all'esigenza di prendere in considerazione nell'attività d'impresa non solo le istanze degli *shareholder*, cioè degli azionisti, ma anche quelle dei vari *stakeholder*, e quindi consumatori, società civile, istituzioni pubbliche, potendo tener conto così anche delle conseguenze sociali e ambientali dell'attività d'impresa¹⁴³.

¹³⁸ Con la pronuncia n. 8012 del 2004, la Corte di Cassazione ha precisato che “la violazione delle norme pubblicistiche è sufficiente ad integrare la fattispecie illecita quando essa è stata causa diretta della diminuzione dell'altrui avviamento ovvero quando essa, di per stessa, anche senza un comportamento di mercato, abbia prodotto il vantaggio concorrenziale che non si sarebbe avuto se la norma fosse stata osservata”; in *Dir. ind.*, 2005, 203.

¹³⁹ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 367.

¹⁴⁰ Per un'ampia analisi di tali strumenti di regolazione si vedano i saggi raccolti in A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, in particolare, cfr. M.R. Marella, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*, 101 ss.

¹⁴¹ G. Alpa, *Autodisciplina e codici di condotta*, in *Soc. dir.*, 1995, 127 ss.; R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 565 ss.; E. Bargelli, *I codici di condotta*, in G. De Cristofaro (cur.), *Le “particelle commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli, 2007, 26 ss.; F. Criscuolo, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, ESI, 2000; F. Marrella, *International Protection of Human Rights and Activities of Transnational Corporations/Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, cit., 224 ss.

¹⁴² Definizione contenuta nell'Allegato A al Libro Verde del 2001 della Commissione.

¹⁴³ G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit.; Id. *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 791 ss., spec. 812 ss.; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabi-*



I codici di condotta si configurano come strumenti volontari, elaborati da soggetti, organismi esterni all'impresa o su base negoziata e che dovrebbero porsi in posizione complementare e integrativa dell'impianto normativo esistente, con l'intento di completare o potenziare le tutele in esso previste.

La loro struttura elastica, idonea a modellarsi sulla singola impresa, li rende uno strumento sostenibile, capace di far emergere le esigenze specifiche delle singole sezioni di mercato¹⁴⁴, così come delle relazioni transnazionali e di consentire un costante adeguamento anche in ragione del confronto con altri modelli sociali, a prescindere dai canali istituzionali.

I profili problematici non sono tuttavia pochi e vanno dal rischio che gli stessi assumano una funzione alternativa alle "regole pubbliche"¹⁴⁵, in una prospettiva deregolatoria, alla carenza di effettività, per insufficienza o inidoneità dei meccanismi di controllo e sanzionatori. Anche la direttiva 2005/29/CE¹⁴⁶, che contribuisce in modo significativo ad incentivare tali strumenti, nonostante adotti un approccio di massima armonizzazione, lascia gli Stati membri liberi di decidere se incoraggiare o meno un controllo da parte degli organismi di autodisciplina circa i comportamenti abusivi degli imprenditori. Ciò determina non solo il rischio che i codici si esauriscano in mere declamazioni di principio, ma anche un potenziale disincentivo per le imprese, soprattutto per quelle più piccole, che, in ragione dei costi conseguenti all'adozione di determinati standard, potrebbero temere danni sul piano concorrenziale¹⁴⁷.

Si tratta poi di aspetti che appaiono particolarmente importanti proprio in ragione della natura negoziale di tali strumenti. I codici di condotta si configurano come "un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici"¹⁴⁸. Gli stessi sono quindi atti di autonomia privata, che per venire in rilievo come fonti di obbligazioni devono essere opportunamente pubblicizzati e corredati da adeguati meccanismi di controllo e implementazione dei principi e delle norme in essi stabiliti¹⁴⁹.

lità sociale dell'impresa, in Orizzonti dir. comm., 2013; K. Rittich, *The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social*, 26 Mich. J. Int'l L. 2004, 199.

¹⁴⁴ Al considerando n. 20 della direttiva 2005/29/CE si fa esplicito riferimento alla specificità dei settori economici in cui i principi della disciplina devono trovare applicazione.

¹⁴⁵ Cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 37.

¹⁴⁶ Relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

¹⁴⁷ Cfr. M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in Riv. società, 2009, 1 ss.; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, in G. Alpa, G. Conte (curr.), *La responsabilità d'impresa*, cit., 791 ss.

¹⁴⁸ Art. 2, lett. f), Direttiva 2005/29/CE.

¹⁴⁹ R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.; A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit.



Dal punto di vista contenutistico, poi, sebbene inizino a diffondersi previsioni normative che richiamano le regole dei codici di condotta¹⁵⁰, non è generalmente prescritto un contenuto minimo, neppure con riferimento alle principali Dichiarazioni internazionali.

Le imprese, d'altro canto, saranno per lo più interessate all'adozione di tali strumenti nella prospettiva di ottenere un vantaggio rispetto agli strumenti di *hard law* e di guadagno in termini reputazionali¹⁵¹, con il rischio che l'interesse economico-individualistico dell'impresa finisca per forzare il perseguimento degli obiettivi sociali, che finiscono così per essere inseriti in una visione neoliberista dell'economia e della società, perdendo il proprio potenziale democratico. Per evitare tale situazione, sarebbe necessario rafforzare la loro collocazione all'interno di una cornice più ampia e, in particolare, nell'ambito dei sistemi regolatori elaborati dall'Ocse (Organisation for Economic Co-operation and Development – Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e dall'Oil (International Labour Organization – Organizzazione internazionale del Lavoro), che hanno avuto un ruolo fondamentale nella diffusione di condotte imprenditoriali responsabili¹⁵².

4. – Dopo aver considerato la possibilità di veicolare istanze sociali nel mercato attraverso la disciplina degli appalti pubblici e dell'attività d'impresa, merita riflettere sul ruolo dei consumatori nella diffusione di condotte commerciali coerenti con i valori fondamentali fin qui richiamati, quali la tutela dell'ambiente, i diritti dei lavoratori, il rispetto della loro dignità e la sicurezza nei posti di lavoro¹⁵³.

¹⁵⁰ In alcuni casi sono le stesse norme di *hard law* che stabiliscono l'adozione di codici di deontologia o di condotta, come l'art. 12 del d.lgs. n. 196/2003, codice in materia di protezione dei dati personali.

¹⁵¹ Si è sottolineato come l'adozione e l'adeguamento ad un codice etico consentano all'impresa di riscuotere fiducia nel mercato, di ottenere un guadagno sul piano relazionale, tale per cui lo stesso costituirebbe “un valore economico stimabile, un fattore di competitività”, suscettibile di contabilizzazione. Cfr. C. Camardi, *A proposito di impresa ed etica, spunti di riflessione su diritto, etica ed economia*, in Cives, 2006, 30; R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.; G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in Eur. dir. priv., 2016, 199 ss.; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 791 ss., spec. 803. Ricorda quest'ultimo che “gli analisti hanno intrapreso ad attribuire uno specifico valore ai comportamenti virtuosi, posti in essere da un'impresa nel contesto sociale ed economico in cui opera, ritenendo che le relazioni positive eventualmente instaurate con gli *stakeholders* costituiscono beni destinati a integrare il patrimonio c.d. “intangibile” dell'azienda”.

¹⁵² Cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 38; Id., *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in A. Perulli (cur.), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, Il Mulino, 2013; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 804 ss.; K. Rittich, *The ILO, Challenges in times of crises*, in Int. lab. rev., 2015, 85 ss. Merita in particolare richiamare le Linee Guida OCSE destinate alle imprese Multinazionali (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition*) che dedicano particolare attenzione alla trasparenza e divulgazione di informazioni, ai diritti umani, alla tutela dell'ambiente, alla lotta contro la corruzione, alla tutela del consumatore, al trasferimento di tecnologie. Fondamentale è altresì l'impegno dell'OIL, in particolare, la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Ufficio internazionale del Lavoro nel 1977 e poi aggiornata nel 2000 e nel 2006; tale documento dedica particolare attenzione ai rapporti con i Paesi terzi, soprattutto quelli in via di sviluppo e mira a guidare le imprese, i governi e i lavoratori con riferimento all'occupazione, alle condizioni di lavoro e di vita e alle relazioni industriali.

¹⁵³ L'attenzione per il ruolo dei consumatori emerge anche dal Messaggio di Papa Francesco, pronunciato in oc-

JUS CIVILE



Non si tratta ovviamente di imporre al consumatore un dovere di comportarsi come acquirente equo e solidale¹⁵⁴, il che risulterebbe totalmente in contrasto con il rispetto della sua libertà contrattuale. La questione si pone piuttosto nei termini di una libertà di scelta del consumatore, di un agire consapevole nel mercato che trascende la mera sfera individuale per divenire espressione di interessi generali e limite della libertà economica dell'imprenditore¹⁵⁵.

La possibilità di intraprendere tale percorso argomentativo presuppone il superamento di alcuni concetti o assunti dell'economia classica, primo fra tutti quello del consumatore come *homo oeconomicus*, in quanto tale soggetto razionale ed egoista, portato a compiere scelte di mercato mosso esclusivamente dall'obiettivo di massimizzare il proprio interesse individuale¹⁵⁶. Laddove si volesse declinare la questione in termini di esternalità negative dell'attività commerciale, quell'approccio condurrebbe a concludere che il consumatore sia concentrato solo sulle conseguenze che possono avere una ricaduta diretta su di lui, dedicando ad esempio maggiore attenzione agli effetti del mercato sull'ambiente, piuttosto che a quelli che incidono sul piano dei diritti sociali, soprattutto laddove riguardino soggetti "lontani", sia dal punto di vista relazionale che geografico¹⁵⁷. La globalizzazione dei mercati, del resto, ha determinato un allontanamento del singolo dalle dinamiche di produzione dei beni e dei servizi, trasmettendo l'idea di

casione della XLVIII Giornata mondiale della pace del 2015, intitolato "Non più schiavi ma fratelli". In esso vi è una riflessione sullo "sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo", che si esplica nei "molteplici volti della schiavitù ieri e oggi" e di cui sono esempio, tra gli altri, "lavoratori e lavoratrici, anche minori, asserviti nei diversi settori, a livello formale e informale, dal lavoro domestico a quello agricolo, da quello nell'industria manifatturiera a quello minerario, tanto nei Paesi in cui la legislazione del lavoro non è conforme alle norme e agli standard minimi internazionali, quanto, sia pure illegalmente, in quelli la cui legislazione tutela il lavoratore". L'approccio è quello di "un impegno comune per sconfiggere la schiavitù" a fronte di una situazione di "indifferenza generale". Il Pontefice sollecita una partecipazione attiva da parte degli Stati, delle organizzazioni intergovernative, delle organizzazioni della società civile e delle imprese che "hanno il dovere di garantire ai loro impiegati condizioni di lavoro dignitose e stipendi adeguati, ma anche di vigilare affinché forme di asservimento o traffico di persone umane non abbiano luogo nelle catene di distribuzione". Accanto alla responsabilità sociale dell'impresa ravvisa poi una "responsabilità sociale del consumatore" e, richiamando l'Enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, del 29 giugno 2009, ricorda come "ciascuna persona dovrebbe avere la consapevolezza che «acquistare è sempre un atto morale, oltre che economico»". Il testo può essere consultato online a: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20141208_messaggio-xlviii-giornata-mondiale-pace-2015.html, cit. in G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.

¹⁵⁴ N. Reich, *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in NGCC, 2004, 355; A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. Quest'ultimo A. richiama la Direttiva europea 2011/36/UE in materia di prevenzione e repressione della tratta degli esseri umani, la quale, con riferimento a condotte configurabili come vere e proprie forme di sostegno della schiavitù, ha stabilito all'art. 18 n. 4 la possibilità di punire penalmente non solo la condotta di chi materialmente realizza la tratta di esseri umani, ma anche quella di chi consapevolmente ricorre ai servizi prestati da una persona vittima della stessa.

¹⁵⁵ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., 476.

¹⁵⁶ Sottolinea la tendenza ancora diffusa a ridurre la persona "alla sola dimensione della produzione e del consumo, dunque al mercato", nella prospettiva dell'*homo oeconomicus*, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 151-152; A. Somma, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in Pol. dir., 1998, 679 ss.

¹⁵⁷ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., 475.

JUS CIVILE



un'irrelevanza dei processi che vi sono alla base e alimentando indifferenza/ignoranza rispetto ai salari o alle condizioni dei lavoratori.

Detta prospettiva sembrerebbe condurre alla conclusione inevitabile dell'impossibilità di individuare strumenti di contrasto al *dumping* sociale nell'ambito del diritto dei consumi, posto che lo stesso non solo non determina per il consumatore ordinario delle conseguenze negative dirette, ma gli garantisce anzi un risparmio economico¹⁵⁸.

A partire da riflessioni come quelle di Karl Polanyi¹⁵⁹ o, in termini differenti, di Elinor Ostrom¹⁶⁰, sembra ormai pacificamente accolta l'idea che il singolo, al contrario dell'impresa, non agisca sulla base di spinte esclusivamente economiche e che ciascun comportamento sia piuttosto determinato da una pluralità di condizioni e dal sovrapporsi di molteplici istanze, tra le quali non necessariamente devono ritenersi ultime quelle altruistiche e cooperative¹⁶¹.

Anche alla luce delle analisi di mercato e di alcune vicende, come la lotta contro il lavoro infantile nelle produzioni di cacao, si è avuta prova del fatto che il consumatore sia mosso anche da valori etici/sociali che esulano da interessi strettamente economici e, al tempo stesso, del ruolo fondamentale che la società civile può svolgere nel condizionare processi produttivi e strategie d'impresa¹⁶². Non è un caso allora che di recente gli operai tessili di un *brand* di successo, che distribuisce abiti *low cost* in tutta Europa, abbiano deciso di denunciare la propria condizione di lavoro sottopagato affidando il loro messaggio ad etichette cucite all'interno dei vestiti,

¹⁵⁸ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.

¹⁵⁹ K. Polanyi, *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo dell'economia nelle società antiche*, a cura di H.W. Pearson, Torino, Einaudi, 1983; Id., *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. Resta e M. Catanzariti, Milano, Il Saggiatore, 2013.

¹⁶⁰ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006).

¹⁶¹ M.R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, cit. Per un'analisi generale nell'ambito dei *critical legal studies*, Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, cit.; Id., *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in P. Newman (cur.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Macmillan, 1998, 465-474. Nell'analisi economica, A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1987 (trad. it., *Etica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2002); B.S. Frey, *Not Just, for the Money. An economic Theory of Personal Motivation*, Cheltenham, UK-Brookfield, US, 1997 (trad. it. *Non solo per denaro. Le motivazioni disinteressate dell'agire economico*, Milano, Mondadori, 2005).

¹⁶² I dati più rilevanti attengono ai profili ambientali. Secondo il 9° Rapporto dell'Osservatorio sull'Innovazione a Sostenibilità della produzione agricola realizzato da Agri2000 nel 2015, le scelte dei consumatori italiani non si basano più solamente sui parametri della qualità e del prezzo, ma tengono conto anche degli aspetti ambientali e di quelli socioeconomici, come la salvaguardia dell'ambiente, la tutela della biodiversità, del paesaggio, dei lavoratori e delle comunità rurali. Non sembrano esservi ragioni di particolare rilievo per escludere che una corretta conoscenza delle condizioni di lavoro e salariali di chi si trova alle basi della catena di produzione possa influire in modo determinante sulle scelte d'acquisto. Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, op cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.; F. Buccellato, *Verso "Roma, 9 maggio 2014 – Impresa e Forced Labour"*, cit., 204. L'idea della società civile come "contro-potere al capitale" e del consumatore informato, posto nella condizione di poter dire "no", come potenziale "arma letale" è espressa nel manifesto sul cosmopolitismo di U. Beck, *Ein neuer Kosmopolitismus liegt in der Luft*, in *Literaturen*, 11, 2007 (trad. it. *Sette tesi contro l'uomo globale*, in *Corriere della Sera*, 7 dicembre 2007).



confidando evidentemente nel potere d'influenza dei consumatori, se solo opportunamente informati¹⁶³.

Un'ulteriore analisi potrebbe allora essere condotta a partire dalla riconsiderazione del consumatore, non più come mero destinatario di un prodotto, ma come parte attiva dei processi che vi sono alla base¹⁶⁴. Ciò significa porlo non solo nella condizione di rifiutare l'acquisto dei beni che derivano da una catena di produzione o distribuzione che presuppone implicazioni negative sotto il profilo etico, ma consentirgli di operare una vera e propria valutazione economica, di compiere scelte d'acquisto basate su una piena consapevolezza del costo effettivo di beni e servizi, comprensivo delle esternalità negative, relative all'impatto sociale o ambientale della produzione¹⁶⁵. In tal modo, il consumatore avrebbe la possibilità di compiere scelte coerenti con i propri valori, la propria etica e di agire come soggetto socialmente responsabile¹⁶⁶, fino a divenire un potenziale agente di esportazione della democrazia economica¹⁶⁷. La concezione dei consumatori come soggetti relazionali, mossi anche da uno spirito di socialità e di solidarietà, consente di ipotizzare che gli stessi siano disposti a sostenere costi ulteriori, purché destinati a compensare gli effetti negativi connessi alla produzione e diffusione di beni o servizi¹⁶⁸.

In posizione di complementarità rispetto alla responsabilità sociale d'impresa può essere utile allora richiamare la normativa consumeristica, con specifico riferimento agli obblighi di informazione e trasparenza, alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori¹⁶⁹ e alla pubblicità ingannevole¹⁷⁰.

Del resto, in dottrina è diffusa la tesi per cui la *ratio* sottesa alla tutela del consumatore e alla previsione di obblighi informativi debba essere rintracciata nella volontà di operare un controllo sulla produzione e sulla selezione degli attori economici¹⁷¹.

¹⁶³ Il riferimento è alla notizia riportata il 3 novembre 2017 di alcuni acquirenti di noti marchi low cost, che avrebbero trovato all'interno dei capi d'abbigliamento delle etichette con scritto: "I made this item you are going to buy, but I didn't get paid for it". La notizia è stata diffusa dall'Associated Press e poi ampiamente riportata dalla stampa nazionale e internazionale, <https://apnews.com/e41d4976b67f4616be772b118a9cb947>.

¹⁶⁴ E. Rosser, *Poverty Offsetting*, in 6 Harv. L. & Pol'y Rev., 2012.

¹⁶⁵ Si tratterebbe ad esempio della possibilità di tener conto, in modo virtuale o effettivo, del salario che sarebbe dovuto al lavoratore e non quello "di povertà" effettivamente corrisposto e rendere quindi possibile una compensazione tra i consumi e gli effetti che gli stessi hanno prodotto rispetto alla condizione di povertà del lavoratore. Cfr. E. Rosser, *Poverty Offsetting*, cit.; F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit. XXXVIII ss.

¹⁶⁶ F. Gesuadi, *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale*, Feltrinelli 2002; L. Becchetti, *Il consumo socialmente responsabile nei mercati globalizzati*, in Cons. dir. e merc., 2006, 119.

¹⁶⁷ A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit., 101 ss.

¹⁶⁸ E. Rosser, *Poverty Offsetting*, cit.

¹⁶⁹ Il codice del consumo è stato modificato in tal senso dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, intitolato *Attuazione della direttiva 05/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 02/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 06/2004*.

¹⁷⁰ Sul punto, il codice del consumo è stato modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, intitolato *Attuazione dell'art. 14 della direttiva 05/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*.

¹⁷¹ C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in Eur. dir. priv., 2001, 725 ss.

JUS CIVILE



A tal fine, viene in rilievo in primo luogo il codice del consumo, che fissa all'art. 2 c. 2, lett. c) il diritto dei consumatori a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità.

Come è noto, il legislatore europeo e, sulla sua scia, quello italiano hanno dedicato molta attenzione all'esigenza di far fronte allo strutturale *gap* informativo tra consumatore e professionista, considerato come uno degli aspetti maggiormente rilevanti in termini di disparità di potere contrattuale e da cui deriva l'accezione del consumatore come "contraente debole"¹⁷².

Così, man mano che i mercati hanno assunto una dimensione globale e si è imposto in modo preponderante l'utilizzo delle nuove tecnologie, sempre più dettagliata è divenuta la normativa in tema di oneri informativi, il cui contenuto essenziale viene individuato dal codice del consumo nella sicurezza, nella composizione e qualità dei prodotti e dei servizi¹⁷³, profili, come è evidente, strettamente inerenti alla valutazione economica degli stessi.

Particolarmente dettagliata sul punto è la Direttiva 2011/83/UE¹⁷⁴, che elenca le informazioni¹⁷⁵ che devono essere necessariamente fornite al consumatore affinché possa avere una visione completa, trasparente e comprensibile, in funzione della libera formazione del consenso e della corretta gestione del rapporto contrattuale.

Se non vi è ragione per ritenere che la tutela informativa debba assumere esclusivamente una dimensione economica¹⁷⁶, è però vero che nessuna disposizione impone ad oggi precisi oneri con riferimento ai metodi di produzione, tali da consentire una valutazione in termini di sostenibilità sociale o ambientale.

Questi elementi possono tuttavia venire in rilievo come pratica commerciale scorretta in relazione alla completezza o alla veridicità dell'informazione.

¹⁷² Con riferimento agli interventi normativi volti a riequilibrare le posizioni contrattuali nella prospettiva di un esercizio effettivo delle libertà individuali, si veda F. Santoro-Passarelli, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961; P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata*, cit.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit. Sostiene invece Roppo che le asimmetrie su cui si basa la debolezza del consumatore non siano quelle informative, ma quelle di potere contrattuale determinate dalla differente posizione nel mercato, V. Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, cit., 142. In proposito svolge un'ulteriore distinzione Denozza, il quale contrappone un'interpretazione efficientistica della disciplina a una moralistica. La prima si incentrerebbe soprattutto sulla nozione di asimmetrie informative e sull'esigenza di far fronte alle *market failures*, mentre la seconda sulla condizione di debolezza e quindi sull'obiettivo di neutralizzare la disparità di potere a tutela della libertà e dell'eguaglianza dei soggetti. F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit.

¹⁷³ Art. 5 c. 2 codice del consumo.

¹⁷⁴ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 "sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio".

¹⁷⁵ All'art. 5 c. 1, vengono prese in considerazione a) le caratteristiche principali dei beni e dei servizi, b) identità del professionista, c) prezzo, comprensivo tutti i possibili costi accessori, d) modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, e) garanzia, f) durata del contratto e condizioni di risoluzione, g) contenuto digitale, h) interoperabilità pertinente al contenuto digitale. Tali indicazioni risultano ulteriormente arricchite dall'art. 6 con riferimento ai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

¹⁷⁶ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.



In proposito, la direttiva 2005/29/CE e poi il codice del consumo¹⁷⁷ hanno previsto un generale divieto di pratiche commerciali sleali, definite come “contrari[e] alle norme di diligenza professionale”, e che falsano o sono idonee a falsare “in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio”¹⁷⁸, idonee cioè “ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”¹⁷⁹. Si tratta di condotte significative per i condizionamenti che producono rispetto alla libera scelta del consumatore, a prescindere dal carattere intenzionale o meno di chi le pone in essere.

Le pratiche sleali sono in quanto tali illecite, con conseguente possibilità di ottenere un ordine di cessazione e rimozione degli effetti¹⁸⁰. La “tutela amministrativa e giurisdizionale” si incentra in primo luogo sui poteri che l’art. 27 cod. cons. attribuisce all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale può intervenire, sia d’ufficio che su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, al fine di inibire le pratiche commerciali scorrette e rimuoverne gli effetti, oltre alla possibilità di comminare sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterata inottemperanza ai provvedimenti autoritativi, disporre la sospensione dell’attività d’impresa; ciò senza pregiudizio delle azioni civili, penali o amministrative¹⁸¹.

Sebbene la maggior parte delle ipotesi contemplate dalla normativa in esame e, in particolare, l’ottavo considerando della direttiva del 2005¹⁸² attribuiscano rilevanza prevalente agli interessi prettamente economici dei consumatori e alle informazioni inerenti al nucleo essenziale

¹⁷⁷ Recependo la direttiva 2005/29/CE, il d.lgs. n. 146 del 2007 ha riformato il capo II, artt. 20-27 del codice del consumo. Si veda G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa*, cit., 253 ss.

¹⁷⁸ Art. 5 direttiva 2005/29/CE e art. 20 cod. cons.

¹⁷⁹ Definizione offerta dall’art. 2 lett e) della direttiva 2005/29 CE e dall’art. 18 lett. e) cod. cons.

¹⁸⁰ E. Minervini, L. Rossi Carleo (cur.), *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova 2010, 357-381; G. De Cristofaro (cur.), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007. Si tratta di una tutela che comunque lascia dei profili di incertezza e contraddizione rispetto all’obiettivo dichiarato di tutela del consumatore in considerazione dell’assenza di una posizione chiara circa le sorti del contratto concluso a fronte di pratiche commerciali scorrette e di un tendenziale favor per la conservazione del vincolo contrattuale cfr. G. D’Amico, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contr.*, 2012, 977 ss.; A. Fachechi, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, ESI, 2014, 81 ss.; G.A. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 2016, 268 ss.

¹⁸¹ Cfr. G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit., 41-42; G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa*, cit., 308 ss.; A. Genovese, *L’enforcement e le tutele*, in A. Genovese (cur.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, Cedam, 2008, 209 ss.

¹⁸² “La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale. Resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti”.



dell'obbligazione, occorre chiedersi se vi sia la possibilità di attribuire una valenza ingannevole anche all'informazione diretta a nascondere o alterare indicazioni relative alla correlazione tra la produzione di beni e servizi e la perpetrazione di gravi violazioni sul piano dei diritti sociali¹⁸³.

Perché una determinata condotta sia configurata come sleale, posta la possibilità per il giudice di considerarla tale in ragione del carattere ingannevole (artt. 6 e 7 dir. 2005/29/CE e artt. 21-23 cod. cons.)¹⁸⁴ o in quanto aggressiva (artt. 8 e 9 dir. 2005/29/CE e artt. 24-26 cod. cons.)¹⁸⁵, è stato predisposto un elenco di pratiche commerciali ritenute in ogni caso sleali. Tra queste, ai fini della presente analisi è sicuramente degna di nota la previsione di affermazioni non corrispondenti al vero in merito all'adesione ad un codice di condotta, l'esibizione non autorizzata di un marchio di fiducia, di qualità o equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione o la falsa dichiarazione che il codice di condotta abbia ricevuto l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura¹⁸⁶.

Quanto all'inottemperanza del codice di condotta, perché si configuri una pratica commerciale sleale è essenziale che lo stesso sia stato idoneamente pubblicizzato, che sia stato delineato un impegno "fermo e verificabile" e che vi sia una chiara manifestazione dell'intento di vincolarsi al rispetto dello stesso¹⁸⁷.

Come emerge dalle disposizioni richiamate, tuttavia, viene preso in considerazione l'uso ingannevole dei codici, ma non vi è una specifica previsione in termini di pratiche commerciali sleali con riferimento al contenuto degli stessi e quindi in caso di violazione o mancata corrispondenza al vero delle norme che ne fanno parte¹⁸⁸.

¹⁸³ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit.; Id., *Pratiche commerciali scorrette e forced labour*, cit.

¹⁸⁴ L'art. 21, comma 1 cod. cons. definisce ingannevole "una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più [elementi essenziali dell'operazione economica] e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso". Ai sensi dell'art. 22 commi 1 e 2 è considerata altresì ingannevole "una pratica commerciale che [...] omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale" nonché "quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti [...] o non indica l'intento commerciale della pratica stessa" e, in entrambi i casi se "induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso"; cfr. R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli, il problema della loro sistemazione del diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. eur.*, 2007, 74 ss.

¹⁸⁵ L'art. 24 comma 1 cod. cons. definisce aggressiva "una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

¹⁸⁶ Art. 21 comma 2, lett. a), b) e c) d.lgs. 206/2005. Sempre più spesso le imprese ricorrono alla menzione del marchio "fair trade", con frequenti casi di utilizzo abusivo dello stesso. Noto è il caso di Victoria's Secret, nei confronti della quale è stata sporta denuncia nel 2008 per accertata violazione dei diritti umani e sfruttamento del lavoro minorile in Burkina Faso. Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., nt. 65.

¹⁸⁷ Art. 21 comma 2 lett b) cod. cons. cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit.

¹⁸⁸ L. Bussoli, *Responsabilità sociale, codici di condotta e pratiche commerciali sleali*, in A Perulli (cur.), cit., 162.



Benché non sia di immediata percezione, l'inserimento falso o incompleto di clausole sociali nei codici di condotta potrebbe essere fatto valere in termini di pratiche commerciali sleali a partire dall'art. 6 comma 1, lett. b) della direttiva 2005/29/CE¹⁸⁹ e quindi in relazione alle informazioni concernenti le caratteristiche principali del prodotto, tra le quali, tra l'altro, è espressamente contemplato il metodo di fabbricazione.

Discorso analogo potrebbe essere condotto con riferimento all'adozione di tecniche pubblicitarie che richiamano un comportamento etico dell'impresa senza che vi sia alcun impegno formale in tal senso e, in particolare, ai sistemi di etichettatura dei prodotti, soprattutto a fronte del crescente ricorso a marchi sociali o a diciture come *slave free* o *fair trade*.

L'etichettatura rappresenta del resto uno dei principali strumenti attraverso i quali garantire una maggiore consapevolezza dei consumatori; una disciplina specifica in tal senso è stata dettata sia nell'ambito della normativa sugli appalti pubblici¹⁹⁰, sia nel Libro Verde del 2001 sulla responsabilità sociale d'impresa¹⁹¹, in cui si è sottolineata la crescente richiesta da parte dei consumatori di prodotti non solo corretti e sicuri, ma anche fabbricati secondo criteri socialmente responsabili¹⁹². Tuttavia, si ravvisa la carenza di trasparenza e di verifiche indipendenti, accentuata tra l'altro dall'impossibilità di avere un riscontro diretto di tali caratteristiche attraverso il prodotto stesso, nonché il rischio di una scarsa efficacia in ragione della pluralità dei criteri utilizzati. Perché i sistemi di etichettatura costituiscano un incentivo in senso sociale e non perdano di significato, viene ravvisata allora la necessità di assicurare sistemi di informazione e sensibilizzazione sui temi delle condizioni di lavoro, promuovere le migliori prassi attraverso la sponsorizzazione di premi alle imprese, facilitare lo sviluppo delle *partnership* coinvolgenti tutti i soggetti che hanno un interesse nell'impresa, lo sviluppo di standard di etichettatura sociale e il ricorso a forniture pubbliche e a incentivi fiscali nella promozione di prodotti etichettati.

Anche l'Oil ha ravvisato nelle etichettature un importante strumento in senso sociale, sollecitando a tal fine la creazione di un sistema di certificazione idoneo a garantire il rispetto dei principi affermati nella Dichiarazione sui diritti sociali fondamentali del 1998¹⁹³.

¹⁸⁹ Analogamente, l'art. 21 comma 2 lettera b, cod. cons., da considerare in relazione all'art. 27 *bis*.

¹⁹⁰ Art. 43 Direttiva 2014/24/UE e art. 69 d.lgs.n. 50/2016. Le etichettature vengono disciplinate quali mezzi di prova della conformità a determinate caratteristiche richieste. È necessario che le stesse rispettino tuttavia determinate condizioni: a) i requisiti per l'etichettatura riguardino soltanto i criteri connessi all'oggetto del contratto e siano idonei a definire le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; c) le etichettature siano stabilite nel quadro di un processo aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti governativi, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative; d) le etichettature siano accessibili a tutte le parti interessate; e) i requisiti per l'etichettatura siano stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

¹⁹¹ Libro Verde, COM (2001) 366 def.

¹⁹² Fonte: MORI 2000, cit. in Libro Verde COM (2001) 366 def.

¹⁹³ Cfr. A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit., 67 ss.; Id., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 36 ss.

JUS CIVILE



A fronte di una crescente attenzione del pubblico e di una conseguente diffusione di indicazioni relative al rispetto di criteri sociali e ambientali, sarebbe allora auspicabile una loro regolamentazione anche nell'ambito della contrattazione privata, al fine di prevenire abusi e di poterle annoverare in modo chiaro tra quelle rilevanti ai fini della corretta informazione del consumatore¹⁹⁴.

Anche in questo caso, non mancano tuttavia delle criticità. Se la diffusione di informazioni può divenire il veicolo per l'affermazione di comportamenti etici all'interno del mercato, occorre considerare chi subisce il conseguente incremento dei costi dei prodotti: certamente saranno coinvolti i consumatori, i quali se da un lato, come si è detto, saranno posti nella condizione di operare scelte consapevoli, rischieranno al tempo stesso di essere estromessi dal mercato laddove ragioni di debolezza economica non consentano loro di operare in senso etico¹⁹⁵. Come è stato puntualmente sottolineato, al fine di evitare che la parte forte trasferisca su quella debole i costi delle politiche sociali, è essenziale che il perseguimento di tali obiettivi attraverso il diritto privato sia accompagnato da una regolamentazione dei prezzi¹⁹⁶. Al tempo stesso e con tratti ben più allarmanti, il rischio è che si realizzino fenomeni di *cross-subsidy* e che a subirne i maggiori pregiudizi siano gli stessi lavoratori che si vorrebbero tutelare, o almeno, tra di essi, quelli che compongono le fasce più deboli. L'incremento dei costi dell'impresa o della responsabilità del venditore tenderà a favorire il progressivo rafforzamento della grande distribuzione a scapito della piccola, l'esclusione di ogni protezione per chi svolge la propria attività nel lavoro "nero" e una generale riduzione di tutele per chi ha maggiore difficoltà ad inserirsi nei circuiti lavorativi convenzionali, senza rientrare quindi appieno nelle vesti del lavoratore salariato¹⁹⁷. Si tratta di profili complessi, la soluzione dei quali presuppone una riflessione che dal punto di vista giuridico si avvii in primo luogo al superamento della dicotomia pubblico/privato¹⁹⁸.

5. – Dall'analisi svolta emerge l'importanza fondamentale di una maggiore consapevolezza da parte degli attori commerciali, imprenditori e consumatori, circa la loro responsabilità sociale e la necessità di tener conto delle conseguenze delle loro scelte economiche, da diffondere attraverso i diversi strumenti che il diritto può mettere in campo in questi casi.

Sia la disciplina della responsabilità sociale d'impresa, che quella in materia di obblighi informativi a favore dei consumatori si prestano ad una duplice lettura. Da un lato, può certo riscontrarsi un tipo di normativa capace di superare gli interessi strettamente individuali, di farsi

¹⁹⁴ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit.

¹⁹⁵ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.

¹⁹⁶ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, cit., 222 ss.

¹⁹⁷ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, cit., 222 ss.; L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione politiche di welfare negli USA*, cit.; A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.

¹⁹⁸ Du. Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pa L. Rev, 1982, 1349.

JUS CIVILE



carico di istanze altre rispetto alla tutela dell'autonomia privata e della libertà contrattuale dei singoli individui, di offrire una visione complessa delle relazioni del mercato globale; dall'altro, però, non può trascurarsi un approccio fortemente incentrato sul piano economico e concorrenziale, nell'ambito del quale, come si è detto, il perseguimento di istanze sociali finisce per assumere una rilevanza meramente strumentale. Anche l'adozione dei codici di condotta o il rispetto delle clausole sociali si prestano a divenire elementi di natura meramente patrimoniale¹⁹⁹, con il rischio di restare confinati a scelte estemporanee dei singoli imprenditori e di rinunciare alla loro potenziale aspirazione democratica e all'opportunità per l'impresa di porsi non solo come attore del mercato ma anche come soggetto politico²⁰⁰.

Il discorso è analogo a quello già ampiamente svolto in dottrina con riferimento alla disciplina a tutela del consumatore: sebbene numerosi autori non abbiano mancato di sottolineare l'importanza che con essa ha assunto il concetto di debolezza e l'idea di una normativa posta a difesa della parte svantaggiata, nella prassi la stessa si è rivelata ben lontana dal conseguimento di una tutela del consumatore come persona, secondo una prospettiva redistributiva o di giustizia sociale²⁰¹. La sua elaborazione nell'ambito delle coordinate dell'economia sociale di mercato, del resto, non poteva che determinarne una funzionalizzazione (se non strumentalizzazione) rispetto alle esigenze del mercato e ai meccanismi della concorrenza, i principali obiettivi su cui si è strutturato il diritto privato europeo²⁰².

Ciò non esclude che in un caso come nell'altro possano aversi effetti positivi più generali e, eventualmente, anche sociali, ma si tratterà per lo più di esiti indiretti, senza considerare altresì che il tentativo di ricondurre istanze sociali e, in particolare, la lotta alla povertà nell'ambito delle dinamiche della concorrenza e del libero mercato rischia di riprodurre quell'appiattimento del soggetto di cui si è parlato in apertura, trascurando le diseguaglianze di classe, di razza, di genere che impongono in primo luogo una riflessione in termini di potere e di opportunità²⁰³.

¹⁹⁹ R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.

²⁰⁰ A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit.

²⁰¹ Cfr. M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma, C. Amadio (cur.) *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007, 67 ss.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; Id. *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit. Riconosce invece la rilevanza del consumatore come persona, tutelato anche sotto il profilo della dignità A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in Riv. dir. civ., 2008, 515 ss.

²⁰² C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit., 703 ss. Sottolinea l'A. come gli obblighi conoscitivi a favore del consumatore, così come la peculiare disciplina del recesso finiscano certamente per porsi come prerogative del "contraente debole", ma finalizzate a una selezione premiale delle imprese e quindi strumentale al pieno esplicarsi delle dinamiche della concorrenza. Per questo un'attenzione del legislatore diretta più alla procedura di formazione che al contenuto del contratto. Analoga la posizione di R. Alessi, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in Id. (cur.), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 157 ss. e, nello stesso testo, C. Castronovo, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*

²⁰³ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit., 388-390.

JUS CIVILE



Come rilevato da Rodotà, il timore è quello dell'affermazione di un rapporto sempre più ambiguo tra libertà economiche da un lato e principi e diritti fondamentali dall'altro. Nel richiamare i decreti legge n. 138 del 13 agosto 2011 e n. 1 del 24 gennaio 2012 in materia di spesa pubblica, l'uno relativo a "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo" e l'altro inerente "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", Egli sottolineava come entrambi siano volti ad affermare la più elevata tutela della libertà di iniziativa economica, con il rischio di degradare "a meri ed eventuali limiti quelli che, invece, sono principi davvero fondativi, che nell'art. 41 si chiamano sicurezza, libertà, dignità umana [...] quei principi che definiscono il contesto all'interno del quale l'iniziativa economica privata può svolgersi legittimamente, connettendo inoltre le disposizioni della seconda parte della Costituzione sui rapporti economici con quanto detto nella prima, quella dei principi fondamentali e dei rapporti civili"²⁰⁴.

A fronte degli attuali processi economici e sociali sorge l'interrogativo e la sfida che qualche anno fa poneva lo stesso Autore in una sua dichiarata "apologia dei diritti": "*Globalizzazione attraverso il mercato o attraverso i diritti?*"²⁰⁵. La crisi economica ha confermato, qualora ve ne fosse ancora bisogno, l'evidente incapacità dei meccanismi del mercato di autoregolarsi, di perseguire l'interesse individuale garantendo al tempo stesso la tutela di quelli generali e il raggiungimento di uno sviluppo sostenibile. Spostando la prospettiva d'analisi dal mercato alla persona, può realizzarsi il passaggio da una globalizzazione fondata sull'efficienza economica, sul valore regolatorio della concorrenza, a una globalizzazione basata sul riconoscimento dell'uguaglianza, della dignità, della solidarietà²⁰⁶.

In tale prospettiva, la possibilità di analizzare la povertà e le disuguaglianze nell'ambito del diritto privato, oltre una prospettiva settoriale e/o rimediabile, presuppone la necessità di guardare alle sue regole come strumenti non puramente tecnici da applicare acriticamente al caso di specie, ma dotati di una valenza politica, idonei ad incidere sulla distribuzione non solo o non tanto delle risorse, ma in primo luogo dei poteri, a partire dagli interessi coinvolti e dal modo in cui gli stessi risulteranno composti alla luce del loro intervento²⁰⁷. A venire in rilievo sono in primo

²⁰⁴ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 5.

²⁰⁵ S. Rodotà, I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo, *La Repubblica*, 26.10.2004.

²⁰⁶ Si veda A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 18; K. Rittich, *The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social*, 26 Mich. J. Int'l L. 199, 2004; E. Gliozzi, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, cit.; G. Marini, *"Globalizzazione attraverso i diritti" e metamorfosi del diritto comparato*, cit.; G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, cit., 333 ss. il quale sottolinea come non possano tuttavia trascurarsi alcune criticità del discorso sui diritti umani, soprattutto nel momento in cui viene presa in considerazione la prospettiva transnazionale, con il coinvolgimento di Paesi lontani dalla tradizione giuridica occidentale. Il riferimento è alla possibilità degli stessi di assumere una valenza ideologica e di divenire il parametro di una valutazione etica degli ordinamenti.

²⁰⁷ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.

JUS CIVILE



luogo le *background rules*, quelle in grado di incidere sulle posizioni reciproche delle parti contrattuali a partire dalle loro caratteristiche concrete, configurando anche il contratto come uno strumento idoneo a veicolare valori sociali e a perseguire effetti redistributivi.

Occorre focalizzare l'attenzione sulle regole generali del diritto dei contratti, quelle che disciplinano il comportamento delle parti nella fase della contrattazione e il rapporto tra le stesse una volta che l'accordo è stato raggiunto, come ad esempio quelle inerenti alla risoluzione del contratto o agli obblighi delle parti o ai poteri conseguenti al trasferimento di diritti, tenendo conto, secondo le tesi di Hale e degli altri giusrealisti statunitensi, che attraverso la definizione di diritti, responsabilità, immunità e privilegi si operano delle scelte non meramente tecniche, ma si definisce il potere di alcuni a scapito di altri²⁰⁸.

È per questo allora che una rilettura di tali discipline alla luce dei principi costituzionali può condurre ad una ridefinizione delle posizioni di forza e delle relazioni economiche²⁰⁹. Emergono così le profonde implicazioni pubblicistiche del diritto dei contratti: dall'accesso alle risorse, alla implementazione di condizioni di dignità ed eguaglianza, fino alla garanzia della piena e attiva partecipazione alla vita sociale. Come ha ricordato Rodotà, del resto, il compito degli studiosi di diritto civile dovrebbe essere proprio quello di “incidere sulla interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che disciplinano istituti fondamentali, come la proprietà e il contratto”, senza limitarsi a constatare “l'espansione della normativa infracostituzionale di tipo privatistico”²¹⁰.

²⁰⁸ R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 Pol. Sci. Quar., 1923, 470-478.

²⁰⁹ Essenziale in tale prospettiva è stato, già a partire dagli anni '70, il contributo di Stefano Rodotà, che in tempi recenti era tornato a sollecitare una maggiore consapevolezza degli studiosi del diritto civile, affinché prestino “adeguata attenzione al nuovo contesto delineato dalla «rilettura» della Costituzione in materia economica e dai nuovi rapporti tra contratto e legge che emergono dalla legislazione recente”, S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 3.

²¹⁰ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 5 e 3.