



STEFANO ROSSI*

IL MERCATO E I DIRITTI SOCIALI

SOMMARIO: 1. I diritti sociali nel mercato. – 2. Mercato e diritto. – 3. Il mercato come formazione sociale (ovvero dall'essere al dover essere). – 4. Diritti sociali e dignità.

1. I DIRITTI SOCIALI NEL MERCATO.

L'attuale crisi economica, i fallimenti del mercato e degli Stati stanno scuotendo e trasformando il tessuto normativo delle nostre società: si tratta di cambiamenti che incidono sull'impalcatura istituzionale, sulle basi cognitive e assiologiche delle istituzioni, sulle grammatiche di giustizia e sui modi in cui le norme sociali sono istituite e praticate; e che inevitabilmente incidono anche sul diritto nel suo insieme.

Nel secolo scorso la capacità di rendere coerenti i principi organizzativi dell'istituzione economica mercato con quelli delle istituzioni democratiche è stata resa possibile dalla nascita e dallo sviluppo degli Stati costituzionali di diritto, che hanno controbilanciato le tendenze all'aumento delle diseguaglianze sociali, prodotte dal mercato, con politiche sociali volte a redistribuire i frutti della crescita tra tutti i partecipanti al processo produttivo e, in misura seppur minore, tra i cittadini che ne erano esclusi. In questa prospettiva una serie di servizi di base sono stati almeno parzialmente sottratti alla sfera d'azione del capitalismo e alle logiche di mercato, perché considerati parte integrante della dotazione di ogni di cittadino¹.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

Nel corso degli ultimi trent'anni, in controtendenza, il processo di globalizzazione e l'affermazione del 'fondamentalismo del mercato'² hanno indebolito le possibilità degli Stati nazionali di governare gli eccessi dei mercati, senza peraltro generare o strutturare sistemi efficienti di *governance* sovranazionale che fossero in grado di evitare, o almeno attenuare, i 'fallimenti' del mercato e le loro ricadute sociali.

A tale contesto si è accompagnata una trasformazione profonda nel *welfare state*: così se obiettivi come la piena occupazione, la redistribuzione delle risorse e i servizi universalistici non appaiono più realizzabili, il 'nuovo *welfare*' si limita a erogare spesa sociale soltanto nei termini di investimento nel capitale umano o di un rafforzamento delle opportunità individuali. I sistemi di *welfare* nazionali sono quindi spinti, tutti nella medesima direzione dall'imperativo della competizione internazionale³, verso una logica di commercializzazione dei diritti di cittadinanza, primi fra tutti i diritti sociali, con effetti distorsivi non solo sulla natura del pubblico, ma anche sulla logica e sulla pratica di funzionamento dei servizi stessi⁴.

Ne è dimostrazione la riorganizzazione dei servizi di *welfare* (sanità, assistenza, educazione, lotta alla povertà, inserimento lavorativo ecc.) su basi contrattuali, di solito

¹ Come autorevolmente sostenuto, la gente ha acquisito il diritto a questi beni e servizi, in virtù del proprio *status* di cittadini, e non perché non potesse comprarli sul mercato (Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976).

² J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2000.

³ P. TAYLOR GOOBY, *In defence of second-best theory: state, class and capital in social policy*, in *Journal of Social Policy*, 26, 2, 1997, 171 ss.; sullo scenario europeo M. FERRERA, *Le trappole del welfare*, Bologna, 1998, 70 ss.

⁴ In tal senso la residualità dei servizi forniti dal pubblico, come effetto delle scelte attribuite alla fornitura privata, ha come riflesso il peggioramento qualitativo degli stessi, la perdita di professionalità del personale che vi opera e, infine, una caduta della fiducia dei cittadini nei confronti della capacità dei servizi pubblici e, di riflesso, del governo (ai suoi vari livelli), di predisporre un'offerta adeguata ed efficiente nel campo del sociale (Cfr. A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge, 1970).



associate a forme di esternalizzazione o privatizzazione di beni e prestazioni corrispondenti. L'analisi di tali forme contrattuali instaurate tra fornitori e clienti del *welfare* rivela – analogamente a quanto accade nel mercato del lavoro – che esse non configurano semplicemente uno scambio di beni, bensì determinano una relazione, o più precisamente un vincolo di dipendenza⁵.

Certo un osservatore smaliziato potrebbe eccepire come anche i sistemi pubblici di protezione sociale, storicamente sviluppati come manifestazione di quella ‘libertà dal bisogno’ di roosveltiana memoria, vengano a creare una ‘dipendenza istituzionale’, la quale, tuttavia, si instaura con un'autorità pubblica, democraticamente eletta, attraverso la mediazione data dalla titolarità in capo ai singoli dei diritti sociali. Oggi, invece, con l'indebolimento dei sistemi tradizionali, la cornice privatistica in cui è inquadrata la fornitura dei servizi e la natura relazionale dei beni trattati conferiscono all' ‘adesione’ dell'utente i tratti di un legame di dipendenza che richiama alla mente i *contrat d'allégeance*, di fedeltà, di sudditanza, là dove cioè il contratto istituisce un vincolo di sottomissione ad un potere⁶.

Ed è proprio il tratto relazionale, oltre spesso all'assenza di alternative, a far sì che la ‘lealtà’ divenga condizione necessaria, di fatto, per ottenere aiuto. Viceversa, il fornitore di

⁵ Le analisi condotte sul dispositivo del *voucher socio-sanitario*, che conferisce al cittadino titolare la facoltà di acquistare il servizio di cui ha bisogno, esercitando la sua ‘libertà di scelta’, forniscono indizi significativi in questa direzione, confermando un'asimmetria di potere intrinseca alle relazioni di servizio nel *welfare*. Sul punto O. DE LEONARDIS, *Verso un diritti dei legami sociali ? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 1, 20 ss.; R. MONTELEONE, *La contrattualizzazione delle politiche sociali: il caso dei voucher e dei budget*, in L. BIFULCO (a cura di), *Le politiche sociali. Temi e prospettive emergenti*, Roma, 2005, 106 ss.

⁶ A. SUPLOT, *Les deux visages de la contractualisation: déconstruction du droit et renaissance féodale*, in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (a cura di), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, 2007, 19 ss.; ID., *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006.



prestazioni sociali è soggetto ad esili obblighi normativi, rappresentati da contratti di servizio, linee guida, *standard* di qualità, che non gli impediscono di recedere dal rapporto se la situazione o le esigenze dell'utente divengono complesse o costose. Sicchè nel mondo del *welfare* è facile, nel nostro presente, diventare clienti indesiderati.

In sintesi si può asserire che le trasformazioni della legislazione sul lavoro (tra precarizzazione e *flexicurity*), il ritrarsi dei sistemi pensionistici pubblici, sostituiti dai meccanismi assicurativi privati a capitalizzazione, gli svariati processi di individualizzazione⁷ della protezione sociale stiano mutando gli scenari democratici e il concetto stesso di cittadinanza, e forse vanificando quella poderosa spinta alla partecipazione politica di massa che aveva animato la fase storica di affermazione e di difesa dei diritti sociali.

2. MERCATO E DIRITTO.

Si deve constatare come «il quadro dei diritti, di quelli sociali in specie, [sia] continuamente modificato dalle politiche quotidiane. Le difficoltà finanziarie [stanno] determinando una riduzione della 'dotazione' dei diritti, in generale o per determinate

⁷ M. PACI, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*², Bologna, 2007, 59 il quale a partire dall'innovazione osservata nelle politiche sociali ne delinea una connessione strutturale con il processo storico di individualizzazione, processo strutturale che dipende in gran parte dell'enorme aumento dei gruppi sociali, dalla specializzazione e dall'appartenenza degli individui a un numero illimitato di tali gruppi e, correlativamente, dalla diminuzione dell'estensione e dell'intensità con cui i gruppi stessi trattengono i loro membri; il che, aumentando in astratto i margini di libertà dell'individuo nell'accesso a nuove forme di appartenenza sociale e a nuovi diritti, rimanda tutte le scelte al piano dell'agire dell'individuo. Sul punto anche O. DE LEONARDIS, *L'onda lunga della soggettivazione: una sfida per il welfare pubblico*, in *Riv. pol. soc.*, 2006, 2, 13 ss.



categorie di cittadini. Il risultato è il passaggio di una serie di situazioni dall'area dei diritti a quella del mercato»⁸.

A fronte di questo processo drammaticamente reale, appare indispensabile analizzare il fenomeno, ossia chiedersi cosa sia il mercato, in quali forme si manifesti il suo rapporto di (reciproca) influenza con il diritto e, infine, se vi sia spazio per una regolazione sociale dello stesso.

È preziosa, a tal fine, la lezione di Irti⁹, il quale, dopo aver smontato la mitologica immagine del mercato come luogo naturale, a-politico e a-giuridico, e della mano invisibile¹⁰ che lo guiderebbe, lo definisce quale *locus artificialis*, «unità giuridica delle relazioni di scambio di un dato bene o di una data categoria di beni»¹¹, laddove è la legge, in dipendenza di decisioni politiche, che ne governa e costituisce la forma e lo sviluppo. Il mercato, qualsiasi mercato, è infatti gremito e popolato di istituti giuridici, vive e si svolge con essi, e prende la fisionomia che così gli viene tracciata.

Tuttavia, riaffermato il principio della primazia del diritto, non si può disconoscere che questa prospettiva giuspositivista non riesca a rendere appieno la narrazione complessa delle

⁸ S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia dall'unità ai nostri giorni*, Roma, 1997, 131.

⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 10 ss., 29 ss. ove l'Autore afferma l'inconsistenza del naturalismo economico, onde il diritto appare come semplice immagine o riproduzione di un ordine che sta prima e fuori di esso, in quanto tale ricostruzione sottende tratti anti-politici e anti-giuridici, e quindi anti-democratici. Il naturalismo infatti, avendo dalla sua l'immutabilità delle leggi dell'economia, rifiuta la discordia della politica, il mutevole flusso delle opinioni e l'instabile divenire del diritto.

¹⁰ Sul tema le riflessioni critiche di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, 20 ss. in www.associazionedeicostituzionalisti.it/bg/c/relazione-luciani.

¹¹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 81, 99 e 34 per cui vi sarebbero «tanti mercati (...) quanti sono i nuclei di norme che regolano la produzione e lo scambio dei beni. I mercati sono *statuti normativi*, cioè non concepibili fuori dalle norme, che, provvedendo a disciplinarli, li fanno quali sono. Si spiega così la pluralità dei predicati, che, sempre più imprevedibili e numerosi, si aggiungono a 'mercato': finanziario, immobiliare, bancario e via discorrendo».



dinamiche instaurate nel mercato, che è «sede di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole»¹², sicchè anche le istituzioni e il diritto cessano di radicarsi esclusivamente nel linguaggio giuridico ed si conformano alla grammatica degli interessi e del mercato.

È in questo contesto che si situa la rinascita della *lex mercatoria*¹³ che delinea un complesso di regole a carattere consuetudinario (spesso formate sulla base di pratiche applicate in via convenzionale, o sulle quali si è venuto altrimenti a formare un *opinio necessitatis* tra i protagonisti del settore), le quali, osservate dagli operatori in un determinato campo dell'attività economica, sono applicate in relazione a rapporti non regolati dal diritto statale, la cui efficacia non è assicurata in modo rigido dagli organi statali o internazionali.

Assai spesso, del resto, la creazione e l'adattamento di nuovi strumenti giuridici corrispondenti alle possibilità e ai bisogni di scambio viene rimessa all'opera delle *law firms transnazionali*, dalle quali le *corporation* sono assistite e che costituiscono le principali protagoniste di queste procedure, ma anche degli stessi organi statali o internazionali, con il fine di assicurare ordine e prevedibilità delle transazioni economiche¹⁴.

Anche in ragione di questa sua genesi, il diritto del mercato si viene a strutturare secondo moduli essenzialmente procedimentali, che permettono un'immissione crescente di elementi e contenuti variabili, in virtù di spinte informali e privatistiche. E tale meccanismo investe anche i rapporti dialettici che si instaurano tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati, statali e sovranazionali), tra elementi formali ed informali (ad es. leggi, trattati, consuetudini

¹² G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 14 ss.

¹³ B. GOLDMAN, *Frontières du droit et la lex mercatoria*, in *Arch. Phil. Droit*, 1964, 177; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; ID., *La globalizzazione allo specchio del diritto*, Bologna, 2005, 43 ss.

¹⁴ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65 ss.



e schemi contrattuali) e nello stesso sistema delle fonti, il cui coordinamento in un tessuto di tipo reticolare, non più gerarchico, rappresenta in modo plastico la fase di un passaggio dal verticale all'orizzontale nella rappresentazione dell'ordine giuridico e sociale.

Così anche il rapporto tra il contratto e la legge tende a rovesciarsi e la logica del contrattare e della negoziazione viene a definire un nuovo stile di formazione e formulazione del diritto, in cui è il contratto ora ad essere fonte di norme legali (*soft law*), aderenti ai contesti e agli attori in funzione dei quali vengono forgiate. A tale processo non si sottrae nemmeno la produzione del diritto pubblico interno ed internazionale, alla cui funzione di *governance* partecipano, nella fase formativa, una pluralità di soggetti pubblici e privati, che operano per via negoziale¹⁵.

Non si può infine sottovalutare il ruolo di 'agenzie educative' che le imprese (e quindi il mercato con i suoi araldi) vengono ad esercitare sulla società e sulle sue istituzioni, proponendo modelli comportamentali, valori, modalità di comunicazione, universi normativi, identità, se pure in via meramente fattuale. «Via via che sempre più la vita e le aspirazioni di vita di centinaia di milioni di persone in tutto il mondo vengono influenzate e modellate da scelte e strategie di imprese, queste si impongono come istituzioni vincenti non solo nella sfera strettamente economica ma anche in altre sfere. Tuttavia, a differenza delle vecchie istituzioni politico-giuridiche, esse non appaiono né vogliono apparire al di là

¹⁵ Così alla contrattualizzazione si accompagnano spesso forme di 'giuridificazione privata' e l'istituzione di 'governi privati', là dove la negoziazione assume i tratti del *bargaining* politico-affaristico, le *lobby* siedono al governo e la regolazione delle politiche pubbliche è in capo a organismi semi-privati, sottratti alla visibilità e al controllo pubblico (Cfr. G. TEUBNER, *Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks*, in R.A. KAGAN, M. KRYGIER, K. WINSTON (a cura di), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Berkeley, 2002, 230 ss.).



dell'universo mercantile in cui il loro nome è noto, sfuggono al pubblico discorso e ridisegnano nell'ombra lo scenario della legittimità»¹⁶.

3. IL MERCATO COME FORMAZIONE SOCIALE (OVVERO DALL'ESSERE AL DOVER ESSERE).

Definire il mercato entro le categorie giuridiche tradizionali, come luogo «fatto con l'arte del legiferare», riflette una visione parziale, astratta e poco incline a fare i conti con la realtà contemporanea. Il mercato è molto più di un luogo, esso è uno degli ambiti privilegiati dell'analisi e dell'organizzazione sociale, in cui si sviluppa una dinamica di incontro, conflitto e mediazione tra culture, valori e attori diversi (imprese, Stati, associazioni, consumatori) in una logica di sperimentazione e di apprendimento reciproco¹⁷.

Questa funzione relazionale del mercato si può rintracciare anche nell'antica *αγορά* delle *πόλεις* greche, che era centro economico-commerciale, sede di culto, oltretutto luogo ove si esprimeva la politica, dato che vi si svolgevano le assemblee dei cittadini che si riunivano per discutere i problemi della comunità e decidere collegialmente sulle leggi. Per evitare incomprensioni, preciso subito che non ritengo che il mercato debba essere eretto a tempio della libertà di scelta dei cittadini, quale posticcio surrogato di una politica post-democratica¹⁸, ma, riconoscere l'importanza che esso viene a svolgere nelle scelte dei vari attori della vita sociale, consentirebbe – in sede di analisi – mediante l'integrazione tra i diversi piani (rappresentati da mercato, diritto e politica), di coglierne i limiti e le possibili connessioni virtuose.

¹⁶ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000, 84, 110 ss.

¹⁷ Interessante, in questo senso, una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in cui il mercato viene associato alle basi stesse della vita democratica e della formazione del pluralismo (BVerfG, 1 BvR n. 699/06 del 22 febbraio 2011) in connessione, in particolare, alla libertà di riunione.

¹⁸ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 25 ss.



In tal senso la riconduzione del mercato nell'universo delle formazioni sociali diviene strumento euristico, capace di porre in luce il carattere orizzontale e i correlati elementi reticolari, che sviluppano le virtù di un rinnovato spirito comunitario volto a valorizzare l'immediatezza delle relazioni di prossimità e dell'interdipendenza sociale, fornendo del mercato l'immagine di una comunità funzionalizzata che unisce una pluralità diversa di soggetti (imprese, lavoratori e cittadini consumatori).

La composizione di scelte e comportamenti individuali o collettivi entro una formazione sociale offre peraltro all'organizzazione pubblica una potenziale risorsa, poiché dà visibilità e cittadinanza ad interessi altrimenti impalpabili e frammentati, e, al contempo, apre i soggetti (persone fisiche o giuridiche) ad interessi più articolati nel contesto di un'opera dialogica di mediazione e collaborazione in vista dell'interesse generale¹⁹.

Così «dalla frammentazione delle libertà e alla pretesa autonomia-indipendenza degli ambiti di vita, per cui si pretende lo spazio economico distinto da quello politico, si è così ricondotti necessariamente alla complessità della persona, quale centro unificatore di una trama di relazioni, ed alla considerazione della sua libertà come incardinata in una ineludibile dimensione sociale di tipo comunitario»²⁰. Dimensione comunitaria che si condensa nel rapporto di fiducia instaurato nel mercato attraverso le relazioni tra imprese e

¹⁹ E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione*, Padova, 1989; ID., *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 52 secondo cui «la ratio che sta alla base del riconoscimento del pluralismo sociale nella Costituzione consiste nella finalità riconosciuta alle formazioni sociali di favorire la socialità della persona, il suo inserimento nel contesto sociale mediante una rete di relazioni che ne consenta la partecipazione alla vita collettiva e quindi la sua piena realizzazione».

²⁰ Sono debitore della tesi che figura il mercato come formazione sociale a F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, in *Impresa & Stato*, 2001, 55, 78 ss.; già G. OPPO, *Codice civile e mercato*, in *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, 227 notava come «mercato vuol dire gli uomini che lo animano nei loro bisogni e sentimenti»; in ambito economico L. BECCHETTI, *Il mercato siamo noi*, Milano, 2012.



gli *stakeholders*, intendendo con questo termine «fornitori, clienti, dipendenti, azionisti e la comunità locale, come pure il *management* nel suo ruolo di agente di questi gruppi», ossia quegli individui o gruppi che hanno «un interesse legittimo o una pretesa legittima sull'impresa, avendo essi investito tempo e risorse nella relazione con essa»²¹.

Al *vecchio contratto* tra Stato, società e mercato, basato sull'idea che lo sviluppo economico fosse la fonte del progresso economico e sociale e che motore di tale sviluppo fosse la ricerca del profitto

da parte di imprese private in concorrenza tra loro, si viene a sostituire un *nuovo contratto*, che, preso atto dell'esistenza di asimmetrie informative, tendenze oligopolistiche e allocazioni inefficienti delle risorse, impone al mercato di farsi carico dei costi delle esternalità negative in vista del progresso non solo economico ma anche sociale²².

Nel mercato non trova quindi tutela e realizzazione, in positivo, solo l'interesse o l'aspirazione materiale dell'*homo oeconomicus*, ma si impone come limite negativo quell'antropologia dell'*homo dignus*, quale punto di arrivo di un percorso che ha condotto il diritto ad eleggere a parametro un modello umano incentrato sulla relazione necessaria tra esistenza, libertà, dignità (che si vuole non solo individuale, ma “sociale”) e sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza). Seguendo questa traccia, il mercato non può essere ridotto alle sole dinamiche economiche, ma trova nello stesso lessico giuridico le parole che possono aiutare a coglierne il senso²³.

²¹ W.M. EVAN, R.E. FREEMAN, *A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: A Kantian Capitalism*, in T. BEAUCHAMP, N. BOWIE (a cura di), *Ethical Theory and Business*⁴, New York, 1993, 97 ss.

²² E. D'ORAZIO, *Gestione degli stakeholders, assets intangibili e leadership etica*, in *notizie di Politeia*, 2004, 74, 88 ss.

²³ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.; anche A. SUPLOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*, Milano, 2011; sul contesto costituzionale F.



Se dunque il mercato assume i caratteri di un luogo di socialità progettualmente solidale, «compito dello Stato, in chiave personalistica, non è violare questa trama di rapporti, espressione costituzionale della relazionalità umana, bensì garantire sussidiariamente che la libertà che si esprime nel mercato sia costitutiva di relazionalità responsabile, di fiducia, che sia cioè forza di costruzione della società e non di disgregazione e di supremazia di una parte sull'altra. Lo Stato, insomma, riconosce l'autonomia del mercato se ed in quanto "formazione sociale", in quanto cioè luogo di una socialità che è responsabile, per la parte che le compete, del bene comune»²⁴.

In queste mutate condizioni, la stessa istanza egualitaria non può fare a meno di comprendere la possibilità per tutti i cittadini, singoli o associati, di realizzare concretamente le proprie capacità o il proprio potenziale; e ciò investe anche le forme di intervento sociale dello Stato, che, non potendo fare a meno di confrontarsi, senza confondersi, con il mercato, sperimenta un nuovo linguaggio dei diritti attraverso l'emersione di forme di un *enabling welfare state*, ossia di uno stato sociale abilitante, volto ad accrescere l'effettiva esigibilità dei diritti sociali formalmente sanciti tramite politiche di attivazione e di *empowerment* del cittadino²⁵.

PIZZOLATO, *Il governo politico del potere economico nella dimensione costituzionale*, in ID. (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili giuspubblicistici*, Milano, 2010, 47 ss.

²⁴ F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, cit., 2001, 55, 79; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 98: l'economia «non trova in se stessa i criteri di valutazione del proprio funzionamento, ma viene giudicata in riferimento alla sua capacità di orientarsi sulla base dei valori sociali fondamentali»: il fine è legato alla scelta di funzionalizzazione alle esigenze della persona umana, il benessere che l'economia può produrre «non è il fine, ma il mezzo».

²⁵ In tal senso lo Stato non si può limitare a svolgere funzioni di «regolazione», quando, piuttosto, deve implementare quelle promozionali, come: presidiare la presenza riequilibratrice dei soggetti pubblici in economia, far valere gli interessi pubblici su quelli costituiti e delle *élites*, guidare attivamente ed efficientemente una estesa rete di rapporti e di istituzioni della società e dell'economia globalizzata,



4. DIRITTI SOCIALI E DIGNITÀ.

Il mercato è ‘naturalmente’ sospeso tra razionalità ed irrazionalità, tra efficienza ed inefficienza, tra tendenze all’innovazione e tendenze regressive, tra forme di capitalismo ben temperato e l’impulso a liberare gli *animal spirits*.

Questa ambivalenza ripropone il problema della garanzia dei diritti sociali, il che si può realizzare solo attraverso una limitazione o un’armonizzazione dell’azione del mercato tale da renderla compatibile con l’effettiva fruizione da parte dei cittadini non solo dei diritti sociali, ma anche degli stessi diritti di libertà²⁶.

Vi sono varie strategie attraverso le quali raggiungere l’obiettivo: una prima opzione può essere l’intervento legislativo attraverso la creazione di una classe di beni di proprietà pubblica o comune, ovvero sottratti alle dinamiche del mercato tramite un’apposita regolamentazione o un’amministrazione diretta da parte dei pubblici poteri²⁷. Meno radicale è la prospettiva dell’estensione dei diritti dei consumatori in vista di un superamento di tale figura a favore della condizione più complessa del cittadino: in tale quadro, infatti, autonomia contrattuale e giustizia (o equità) sociale vengono a comporsi, pur nella salvaguardia di una logica competitiva, la quale per risultare efficiente deve assoggettarsi a

progettare, promuovere, indirizzare e controllare le attività delle imprese. In questa prospettiva dovrebbe riemergere, specie in tempi di crisi, quell’ispirazione alla creatività istituzionale che fu propria del *New Deal* di Roosevelt, concretatasi nella capacità di mettere in gioco una pluralità di attori e di strumenti.

²⁶ E. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, 4, 67 ss., e, in modo più diffuso, ID., *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2009, 73 ss. L’Autore sostiene che non solo i diritti sociali, ma anche i diritti di libertà, sono minacciati da un mercato ed una concorrenza non regolamentati dai pubblici poteri. Sui beni comuni si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

²⁷ Questa opzione, tuttavia, viene proposta con scetticismo, data l’incapacità sin’ora dimostrata dal legislatore di far fronte alle sfide che il mercato ha posto con risposte rapide ed efficaci.



limitati controlli legali ancorati alle tutele costituzionali dei diritti costituzionali nelle aree di alta conflittualità²⁸. Ancora si è proposto di applicare alla disciplina generale del contratto le tecniche regolative del diritto del lavoro, come il principio di non discriminazione in veste di strumento di valutazione della giustizia dei rapporti contrattuali²⁹.

Ma, in questo contesto, si può sostenere che una concreta risposta possa pervenire specie dal diritto giurisprudenziale, prodotto sia dalle corti nazionali, sia da quelle sovranazionali in costante dialogo tra loro. La prossimità del giudiziario, il suo carattere ripartito, l'avversione ad esiti giuridici totalizzanti ne fanno infatti il vettore privilegiato delle istanze sociali emergenti e il garante di quelle già consolidate, in un contesto costituzionalmente orientato.

Ai giudici è quindi affidato il compito di difendere i diritti dell'*homo dignus*, le categorie antropologiche fondamentali, la stratificazione delle esperienze umane, senza per questo astrarsi o disconoscere il mondo. Proprio il principio di dignità³⁰ – integrando principi

²⁸ S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur dir. priv.*, 2011, 365. La dottrina del *social contract law* concepisce il diritto dei contratti come strumento di tutela del soggetto debole con costruzioni che rimarcano l'intento dell'ordinamento di prevalere sull'atto privato per interpretare interessi altrui e non per promuovere fini direttamente imputabili allo Stato e alla comunità: «social contract law compris[es] all the mandatory and non-mandatory rules and principles of contract law which as one of their aims have the protection of the assumed weaker party» (Cfr. T. WILHELMSSON, *Social contract law and European integration*, Brookfield, 1994, 177 ss.; C. SANDGREN, *A social law of contract ?*, *Scandinavian studies in law*, 1993, 37, 157 ss.; U. MATTEI, F. NICOLA, *A 'Social Dimension' in European Private Law ? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *New Eng. Law. Rev.*, 2006, 41, 28 ss. con ulteriori riferimenti di letteratura e rilievi critici).

²⁹ H. COLLINS, *European Social Policy and Contract Law*, in *European Rev. of Contract Law*, 2005, 1, 115 ove l'Autore suggerisce il ricorso a tale tecnica per controllare l'equità delle clausole concernenti il prezzo di beni e servizi di interesse generale o nella fissazione dei tassi d'interesse nel credito al consumo.

³⁰ In tal senso il canone della dignità può avere una forte carica emancipatoria, anche e soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui, ponendo limiti alla 'cultura del mercato', si veda BVerfG, 1 BvR n. 82/60 del 29 maggio 1990 che ha sancito, rifacendosi al principio di dignità, che non è assoggettabile ad imposizione fiscale il reddito minimo necessario al contribuente e alla sua famiglia per il fabbisogno vitale; BVerfG, 1 BvR n. 2557-2858/07 del 9 febbraio 2010, in cui, muovendo dal



fondamentali già consolidati (libertà, eguaglianza, solidarietà), facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità – consente infatti di seguirne i movimenti, di entrare nelle pieghe del mutamento, di esserne misura senza lasciarsene sopraffare³¹.

Nella fluida società globale³² i diritti sociali sono come la ‘coperta di Linus’³³, una scialuppa di salvataggio nel mare in tempesta, una zona franca necessaria per sentirsi cittadini alla pari degli altri. Non possiamo quindi farne a meno, in quanto tali diritti sono strumenti di una strategia di inclusione all’interno di un assetto costituzionale pluralistico e di una società aperta³⁴, tuttavia, emerge l’esigenza di andare oltre la loro grammatica stringente, privilegiandone la dimensione procedurale, per farne una sorta di *passé-partout* tra esigenze sociali e sfera giuridica, un repertorio di opportunità disponibile ad essere reinventato, riempito di nuovi contenuti, reso esigibile nelle sedi istituzionali.

«superprincipio» della dignità umana, si è dichiarato che – in merito alla disciplina dei sussidi di disoccupazione – il legislatore «deve organizzare un procedimento per determinare, in modo adeguato alla realtà dei bisogni, le prestazioni necessarie ad assicurare un minimo vitale dignitoso (...) e consacrare legislativamente il risultato come diritto prestazionale» (§ 211); per la giurisprudenza italiana si rinvia a F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011.

³¹ S. RODOTÀ, *Antropologia dell’*homo dignus**, cit., 563-564; sulla dignità appare ineludibile il riferimento ad A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

³² Sull’insicurezza e le paure nelle società contemporanee S. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, 15 ss.

³³ Personaggio patologicamente insicuro creato nel 1950 dalla penna di Charles Schulz nella serie di fumetti intitolati *Peanuts*. La famosa ‘coperta di Linus’ è una piccola parodia del bisogno di sicurezza e del percorso individuale che ciascuno fa per trovare la propria serenità e realizzazione esistenziale.

³⁴ Proprio l’ottenimento dei diritti sociali ha permesso l’esercizio delle altre categorie di diritti (civili e politici), dando colore alla cittadinanza quale strumento di attenuazione della tensione fra uguaglianza formale dei diritti e disuguaglianza sociale.

