



**BIPOLARITÀ DELL'ATTO DI CONSUMO:
NEUTRALITÀ, OGGETTIVAZIONE DELLO SCAMBIO E RILIEVO DEI
PROFILI SOGGETTIVI.
IDEOLOGIA E DOGMATICA DEL CODICE DEL CONSUMO**

CARLO MAZZÙ

PROFESSORE ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO DELLA FACOLTÀ DI
GIURISPRUDENZA DI MESSINA

La dottrina sta riflettendo sulla portata del fenomeno della c. d. “*consumerizzazione del diritto civile*”,¹ il cui significato sostanziale è ancora da approfondire e da esplorare in tutte le sue implicazioni, metodologiche e pratiche, perché non resti un’espressione “*ad effetto*”, prigioniera del fascino dell’assonanza con la formula, ormai famosa, coniata per descrivere il fenomeno – per tanti aspetti parallelo – della “*commercializzazione del diritto civile*”.²

* Il presente lavoro costituisce lo sviluppo della relazione tenuta a Napoli il 16 settembre 2010 nell’ambito del convegno “*Il codice del consumo a cinque anni dall’entrata in vigore: bilanci nazionali e prospettive europee*”, organizzato dal Dipartimento giuridico della Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento giuridico-economico e dell’impresa della Facoltà di Economia dell’Università Parthenope

¹ La ricostruzione dell’evoluzione storica della figura del consumatore è fatta da NICOLUSSI A., *I consumatori*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 397 ss. In questi termini, SIRENA P., *La categoria dei contratti d’impresa e la categoria della buona fede* in *Riv. dir. civ.*, 2006, 4, 2, p.426.

² NICOLÒ R., voce *Codice civile* in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 249: “*Ma vi è ancora un profilo da considerare. Lo sviluppo dell’economia e delle sue strutture ha relegato in secondo piano, sotto il profilo sociale, l’attività di godimento del proprietario di fronte all’attività produttiva dell’imprenditore, che organizza a tale scopo i beni e i servizi che a quel fine possono essere destinati. Da questa constatazione che a taluno aveva fatto avanzare la idea, assai discutibile per la verità, di un codice dell’economia o di qualche cosa di simile, è sorta la categoria giuridica della impresa che il codice civile nostro ha messo al centro del libro quinto. La disciplina può non essere completa e forse non sempre aderente alla realtà economica, manca una adeguata considerazione della impresa pubblica, che nella nostra economia cosiddetta mista assume una varietà di forme che vanno dall’azienda di Stato alla società privata nella quale lo Stato ha una partecipazione «di controllo», non si è avuta la sensazione che la disciplina normativa dell’impresa avrebbe dovuto costituire il diritto comune della impresa pubblica e privata, non si è sufficientemente tenuto presente che l’aspetto soggettivo della grande impresa meritava, specie per gli imprenditori collettivi in forma di società per azioni, più attenta considerazione, per la difesa degli azionisti, piccoli e grandi, per la tutela del risparmio e della fede pubblica, per la posizione dominante che potevano acquistare in un settore del mercato; tutto questo è indubbiamente vero, ma quel che conta è che per la prima volta l’istituto giuridico della impresa, come situazione oggettiva che fa capo all’imprenditore, si pone al centro del sistema del diritto privato. Proprietà e impresa, come categorie parallele, costituiscono, insieme alla categoria complementare del lavoro, i filoni fondamentali del nostro codice, e sotto questo profilo rappresentano esattamente gli aspetti primari della nostra organizzazione sociale e della nostra struttura economica. Non si tratta di un punto di arrivo, ma di un punto di partenza, ma è già molto che il codice contenga gli spunti essenziali per avviare nella direzione giusta il corso futuro della*



La prima considerazione è che allora si riassumeva felicemente in uno *slogan* il fenomeno della conquistata centralità dell'impresa nel sistema, a discapito della proprietà statica; ora si è collocato il consumatore al centro e si è costruita una soggettività nuova e funzionale allo scopo: si è razionalizzato e sintetizzato il fenomeno, nel modello ideale sublimato, perciò tendente all'assoluto, della metafora cartesiana: "*consumo ergo sum*".³

La fase successiva è quella del passaggio dalla soggettività consumeristica alla capacità (giuridica e di agire) del consumatore, definita secondo i parametri nazionali.

La sostanziale indifferenza soggettiva ha relegato il soggetto a presupposto logico della proposizione normativa, sterilizzandolo di tutte le componenti situazionali, astraendolo dal suo ruolo di protagonista storico del singolo fatto che si materializza nello scambio. In altri termini, si è verificato un cambio paradigmatico nella costruzione della fattispecie, fino all'iperbole dell'anonimato sociologico: il "**Chi**" del "**Si**" è "**Nessuno**".⁴

La spinta verso l'oggettivazione dello scambio, attenuando le specificità dell'attore sociale, ha accentuato il rilievo dell'atto di consumo, così come nel sistema "*dominocentrico*" la

nostra esperienza giuridica. Il motivo vero e fecondo della unificazione del diritto privato sta tutto qui, come sta in questa impostazione la reale importanza del nostro codice civile." Queste considerazioni erano già state esposte dall'A. in *Riflessioni sul tema dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 181-195 ora in *Il diritto privato nella società moderna* (a cura di S. Rodotà), Bologna, 1971, p.386: "*L'ordinamento giuridico dell'impresa nei suoi aspetti, soggettivo e oggettivo, strumentale e finale, che assorbe la più gran parte dell'attività economica, non può non essere oggi al centro di una codificazione che pretenda di essere moderna, e considerare tale ordinamento come un diritto speciale sarebbe davvero anacronistico e antistorico.*" Lo stesso A., successivamente, nella voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 906, ribadisce il concetto: "*La unificazione della disciplina della cosiddetta materia civile e della cosiddetta materia commerciale e l'assorbimento del codice di commercio nel codice civile, operati presso di noi con il codice attualmente vigente, pur con molte critiche, spesso del tutto ingiustificate, hanno molto contribuito al superamento di quelle posizioni, di guisa che oggi la nostra dottrina è sicuramente orientata a riconoscere il carattere unitario e comprensivo del diritto civile.*"

³ In questi termini, già nel nostro *Riflessioni sullo status tra passato e futuro* in *Riv. notariato*, 2009, 5, p. 1135 ss., spec. p. 1148. Significativo e provocatorio è il titolo scelto da Juliet B. SCHOR, *Nati per comprare. Salviamo i nostri figli, ostaggi della pubblicità*, Milano, 2005. Altri usi della metafora cartesiana in RIFKIN J., *La civiltà dell'empatia. La corsa verso la coscienza globale nel mondo in crisi*, trad. it. P. Canton, Milano, 2009, p. 529: "*sono connesso, dunque esisto.*"

⁴ In questi stessi termini si evidenziava il fenomeno nel nostro *Status del soggetto, ordinamento democratico e fruizione dei beni* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1980, 968 ss., successivamente ricompreso e rielaborato in *Proprietà e società pluralista*, Giuffrè, Milano, 1983, parte III, p. 156 ss. sotto il titolo: "*Incidenza della qualità del soggetto nei processi di qualificazione giuridica: proprietà e proprietari?*" "*L'esigenza logico-giuridica di enucleare nel fatto la componente soggettiva non può ritenersi soddisfatta da una generica imputazione del fatto stesso ad un soggetto ipotetico, presupposto logico più che protagonista storico, sommerso nel grigiore anonimo di una categoria dogmatica. Se si restasse a questo livello di genericità, il "si deve" o "si può", in cui si sintetizzano le categorie modali del dovere e del potere, resterebbero proposizioni inerti: l'astrazione sarebbe così assoluta, che il <chi> del <si> sarebbe <Nessuno>*"; ed ivi il richiamo a ZATTI P. (*Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 5), che parla di "*perplesso nominalismo*" e mette in guardia dall'eccesso di costruire sul vuoto; e ad IRTI N. (*Sul concetto di titolarità - Persona fisica e obbligo giuridico* - in *Riv. dir. civ.*, 1970, 501 ss.), il quale afferma: "*Il rischio di scambiare i simboli ellittici del linguaggio e le formule riassuntive della dottrina per corpose realtà è intrinseco alla nostra esperienza...*" (p. 530).



costruzione del modello proprietario era stata imperniata sulla cosa o sul bene immateriale in godimento: il parallelismo è più significativo, perché anche ora si ripropongono le medesime questioni metodologiche, da affrontare nel nuovo contesto.

La bipolarità tra soggetto ed oggetto, che tanto ha impegnato la dottrina in tema di proprietà nella ricerca dell'assetto equilibrato dei rapporti reciproci, si ripropone oggi con incredibile attualità ed ampiezza di implicazioni.

L'impostazione pragmatica della normativa di derivazione comunitaria ha accentuato il distacco dai profili dogmatici, sottolineando quelli tecnici, ma non sembra possibile prescindere dalla dimensione valoriale dei fatti.

L'oggettivazione del fenomeno, incentrato sulla preminenza dell'atto di consumo, cela il retroterra culturale ed ideologico della enfattizzazione del momento economico, ma attenua fortemente, fino a cancellare, le peculiarità del soggetto-consumatore.⁵

Il centro gravitazionale del Codice del consumo è il modello generale del contratto, che deve integrarsi con i singoli contratti speciali, ma sarebbe inadeguata la convinzione che ciò si limiti a quelli compresi e non si estenda anche a quelli ancora estranei alla sistematica del Codice del consumo.

La natura consumeristica del singolo contratto speciale è un connotato intrinseco e deriva dalla materia trattata, al di là del riconoscimento formale e del suo inserimento nel Codice del consumo: se non si vuole mummificarlo, occorre esprimere fortemente la convinzione che esso è un catalogo aperto ad accogliere nuove fattispecie contrattuali. Infatti, il loro inserimento è frutto di una scelta del legislatore nazionale, il cui obbligo comunitario si limita al recepimento con legge, ma non implica l'inclusione del Codice del consumo.

L'adozione del modello codicistico è stata una scelta sistematica, frutto di un'opzione autonoma del nostro legislatore, sicché anche con riferimento alla normativa consumeristica si pone la questione della discriminazione e selezione in relazione alla diversità di "pregevolezza normativa"⁶ delle singole leggi da codificare. L'inclusione o l'esclusione dal codice non sono fatti meramente tecnici ed ermeneuticamente indifferenti, ove si pensi che la "promozione" dalla legislazione speciale al codice è stata ritenuta – e non a torto – come un "salto qualitativo" nella transizione dalle regole ordinarie a quelle sovraordinate, sul

⁵ Su questi problemi di inquadramento della figura del consumatore, con riguardo alla "categoria della persona" e sull'esigenza della transizione dal "consumatore" alla "persona-consumatore", con i connessi riferimenti costituzionali, v. STANZIONE P.-MUSIO A., *Introduzione a La tutela del consumatore in Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XXX, Torino, 2009, p. 12 ss.

⁶ L'espressione è di RUGGERI A. (*Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 240 ss.), il quale (p.327) afferma che "... una metodologia autenticamente ispirata ai valori dell'ordinamento si orienta, invece, verso la più ampia e profonda visione tridimensionale della realtà giuridica e delle sue forme, riproponendo...un distinguo tra norma e norma...correttamente fondato nei limiti in cui assuma a propria giustificazione una oggettiva causa assiologica (qualità di pregevolezza normativa).



presupposto generalmente percepito, se non manifestato, della funzione “*costituzionale*” dei codici civili fin dal 1865.⁷

Se si coglie il senso di questo “*ricorso storico*” e si attribuisce al Codice del consumo una funzione razionalizzatrice, ben più qualificata di quella di contenitore occasionale di leggi, allora si comprende meglio che l’evidenziazione dei profili soggettivi è essenziale per la nascita di uno “*statuto del consumatore*”, che è – al tempo stesso – la ragion d’essere e l’effetto ineluttabile della nuova codificazione non conclusa, perché sempre *in itinere* ed aperta all’implementazione con nuove regole.

Il nostro sistema conosce la proliferazione di “*statuti*” e “*carte dei servizi*”, attributivi di diritti pubblici soggettivi o di interessi legittimi, in settori diversi e spesso con eccessive enfattizzazioni e fatali cadute. Proprio la diversa intensità della protezione, in termini di situazioni giuridiche azionabili, denuncia il bisogno di interlocuzioni certe tra il potere, istituzionale e/o economico, che eroga le prestazioni, e i cittadini che le esigono o aspirano ad ottenerle.⁸

Ma il giurista contemporaneo ha bisogno di “*riconduurre a sistema*” i frammenti normativi esistenti in maniera disorganica, sicché la codificazione consumeristica merita una riflessione, nell’ottica della costruzione del “*consumatore modello*”, per irrobustirne l’immagine e la funzione aggregante.⁹

L’estrpolazione dal codice civile delle norme sul contratto (1469-*bis* ss., ora inserite agli art. 33 ss. Cod. cons.) ha segnato un’inversione di tendenza di grande rilievo, rispetto al fenomeno tradizionale della codificazione civilistica, quando l’inclusione nel codice civile segnava la promozione giuridico-sociale non tanto e solo delle norme codificate, quanto soprattutto dei relativi attori e dei loro interessi.¹⁰

⁷ SANTORO PASSARELLI F., *Dai codici preunitari al codice civile del 1865* in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 13 ss., spec. p. 16.

⁸ Il profilo relazionale dell’interesse legittimo (una situazione giuridica che “*dialoga col potere*”: così SCOCA F. G., voce *Interessi protetti* in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XVII, p. 9) introduce significative limitazioni all’idea di potere. Si evidenzia una logica comunitaria, se, come s’è detto, nel processo amministrativo non si contrappongono il “*miò*” e il “*tuò*”, ma il “*miò*” e il “*nostro*”: così ABBAMONTE-LASCHENA, *Giustizia amministrativa* in SANTANIELLO G. (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, XX, CEDAM, Padova, 1997, p.87-88.

⁹ L’esigenza è condivisa da ROSSI CARLEO L., *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e “codici di settore”* in *Riv. notariato*, 2009, p. 22: “... potremmo porci il problema se, in ragione di una frammentazione sempre più ricorrente della figura del consumatore ... si debba privilegiare il criterio della specialità della tutela di volta in volta predisposta dal legislatore o si debba ricercare il principio e, ancor prima, il valore sottostante, al fine di verificare se ed entro quali limiti si possa arrivare a quella unificazione che il legislatore, anche europeo, non riesce ad attuare.” La polisemia del termine è segnalata anche da ALPA G., *Gli usi del termine “consumatore” nella giurisprudenza* in *NGCC*, 1999, 1, p. 4-11.

¹⁰ Sul significato e sulla ragione di questa scelta ed, in genere, della “*ricodificazione di settore*”, v. ROSSI CARLEO L., *op. ult. cit.*, 11 ss., spec. p. 19-20.



Oggi, rispetto alla precedente formulazione di regole “*in ordine sparso*”, la creazione di un minisistema tendenzialmente autosufficiente e ruotante attorno a regole, che individuano gli elementi di struttura stabile (soggetto e oggetto), delinea un itinerario non concluso e assegna un obiettivo strategico al sistema: si tratta di verificare l’idoneità del primo a conseguire il secondo; ma, prima ancora, di sapere quale sia il livello di condivisione sociale di quest’ultimo.

Questo rilievo non è secondario e deve far riflettere sulla ragione che ha motivato la redazione del Codice, anche alla luce delle pertinenti considerazioni metodologiche fatte nel parere emesso dalla V Sezione del Consiglio di Stato.¹¹ Il riferimento, contenuto nel parere, alla concomitante attività di codificazione in diversi ambiti dell’ordinamento, contraddice la regola tradizionale sulle codificazioni europee dell’Ottocento: esso ne persegue, per un verso, l’ambizione sistematica; mentre ne rafforza la struttura policentrica intorno a microsistemi concorrenti tra loro.

In passato e fino al codice del 1942, si aveva la netta percezione che il fenomeno della codificazione sanzionasse la stabilizzazione del sistema attorno ad assetti politico-sociali consolidati.

Viceversa, la codificazione consumeristica si connota per la sua mobilità e non definitività di regolamentazione, quasi un modello di *work in progress*: più che un inventario sistematico delle discipline di settore, il Codice del consumo si candida a diventare la sede privilegiata delle discipline di rapporti in corso di formazione nelle società occidentali neocapitalistiche.¹²

La codificazione consumeristica è un procedimento normativo di secondo livello, che attua un meccanismo interno, cioè una norma sulla produzione, che ribalta il tradizionale processo di tipizzazione sociale all’interno dei singoli Stati, che sfocia nella tipizzazione legale; ora, invece, si prendono le mosse dalla disciplina uniforme decisa in sede comunitaria.

La domanda sorge spontanea: non si rischia di dover subire una “*tipizzazione forzata, d’importazione*”, se – nel confronto tra modelli nazionali (di prassi e di regole formali) contrattuali – uno di essi appaia prevalente e s’imponga sugli altri, che diventano o già erano “*survalenti*”?

L’intreccio dei profili tecnici ed ideologici qui diventa più stretto e difficile da dipanare, ove si pensi al lamentato *deficit* di democraticità delle istituzioni comunitarie, non adeguatamente supplito in fase di recepimento con l’intervento dei parlamenti nazionali.

La tipizzazione dei contratti di derivazione comunitaria è avvenuta anche con l’omologazione delle formule, grazie all’impiego massiccio di norme definitorie, giustificato

¹¹ Sul quale v. le considerazioni favorevoli di ROSSI CARLEO L., *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e “codici di settore”*, cit. p. 23, p. 23, dove si afferma che “*la disciplina organica del procedimento che accompagna l’atto di consumo*” costituisce “*il paradigma per qualsiasi forma di consumo...*”.

¹² “*...il sistema è un punto di arrivo, un posterius. Ne discende ... la necessità di superare una visione di sistema inteso in senso statico o l’esigenza di guardare ad esso come un fenomeno inteso in senso dinamico*” (ROSSI CARLEO L., *op. ult. cit.*, p. 15).



dall'esigenza di garantire l'uniformità del lessico giuridico, pur nella varietà delle lingue nazionali: ma ciò è avvenuto a netto discapito dell'ermeneutica tradizionale, che era frutto della sedimentazione di una dottrina elaborata nel tempo.

Lo “*s-radicalamento*”¹³ normativo si è verificato anche grazie all'imposizione dall'alto di regole obbedienti ad esigenze di “*mercati unici*” (o, meglio, globali), ampliando il vuoto tra la base sociale e gli organi (formalmente o materialmente legislativi) produttivi delle regole.

Il giurista contemporaneo deve attrezzarsi a comprendere il fenomeno nuovo ed a maneggiare strumenti concepiti in altri contesti, da adattare al nostro in sede di recepimento, nei ristretti margini consentiti dalle norme comunitarie.

Tutto ciò restringe progressivamente non solo l'area dei rapporti atipici, ma spinge verso l'omologazione dei modelli, funzionale alla celerità degli scambi, connotata dall'indifferenza e dall'astrazione degli elementi del contratto: il soggetto e l'oggetto.

Proprio in questa conclamata indifferenza dei due termini logici della fattispecie contrattuale risiede il rischio che si consumi il *vulnus* più grave al sistema di valori.

La globalizzazione ha collocato il profitto al livello più alto nella gerarchia dei valori, in un quadro di relazioni connotate dalla logica del capitalismo anarchico e corsaro, senza patria né bandiera, che ha sciolto i vincoli e travolto i confini delle appartenenze territoriali ed ha privato gli ordinamenti dei punti di riferimento consolidati.

I “*confini di sabbia*” denunciano plasticamente la “*liquefazione*” dei rapporti sociali, resi idonei ad assumere le forme di contenitori costruiti in funzione di interessi estrinseci, calati dall'alto e non elaborati e spinti dal basso: è la vittoria ineluttabile della tecnocrazia sulla democrazia, sancita dal formalismo imperante, contrabbandato come strumento privilegiato di tutela del soggetto contraente.

Le stesse regole fondative sono mutate e il rapporto tra l'ordinamento e i suoi componenti è da ridefinire alla luce delle novità, imposte dal nuovo corso degli eventi.

Questo quadro complessivo spiega anche la ragione della prevalenza nella legislazione comunitaria dei contratti ad effetti obbligatori rispetto alla disciplina di quelli traslativi della proprietà e dei diritti reali: nulla avrebbe impedito, né impedisce al legislatore comunitario di regolare le forme di proprietà e di diritti reali in maniera uniforme, come si è fatto, invece, per le forme di proprietà di beni immateriali o della proprietà industriale.¹⁴

La verità è che, mentre i contratti ad effetti obbligatori sono strettamente funzionali allo sviluppo dell'economia moderna e contemporanea, connotata da accentuata mobilità della ricchezza “*liquida*”; la proprietà immobiliare, “*visibile*” era ed è perdente nel confronto

¹³ Questo originale neologismo, giocato sull'evidenziazione della perdita di nesso col substrato materiale del concetto normativo è in IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p.14: “*Sta dinanzi la tecnocrazia, il regno s-radicalato e s-confinato, del produrre e scambiare merci.*”

¹⁴ Rispettivamente, col d. lgs. del 16 marzo 2006, n. 140, che recepisce la Direttiva Comunitaria 2004/48; e col d. lgs. 13 agosto 2010, n. 131, recante modifiche al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30.



politico-sociale e si presta poco a rappresentare lo strumento del potere economico dei gruppi vincenti.¹⁵

Il paradosso più grave è che incombe sul Codice del consumo, come sulla legislazione comunitaria in genere, il dubbio che essi solo apparentemente definiscano lo statuto di un soggetto protetto; mentre – in effetti – costituiscano un subdolo inganno dei poteri forti, che semplificano ed omogeneizzano i termini della relazione contrattuale e celebrano il trionfo del profitto grazie alla capacità replicativa della contrattazione di massa.

Sembra opportuna una riflessione sull'impianto del contratto di consumo. La lettura corrente sembra evidenziare le implicazioni economicistiche, ma non è opera ardua tentarne una in chiave personalistica, rispetto alla quale il dato economico è strumentale, specie se collocato in un'ottica – spesso invocata in sede comunitaria – cioè quella della compatibilità economica o della sostenibilità economica. Ambedue le espressioni assumono connotati talora totalizzanti, ma servono ad offrire la ricostruzione del concetto, funzionale alla lettura coerente del sistema.

Il passaggio - grazie all'interpretazione sistematica - dalla fase della mediazione sociale al ruolo di fattore attivo delle scelte d'indirizzo determina il mutamento genetico del concetto di compatibilità economica, facendogli assumere una funzione categoriale tanto più delicata, quanto più devono essere percepiti e contrastati i segni di processi degenerativi dello Stato, esposto al rischio della regressione dal modello pluralista a quello particolarista.¹⁶

La funzione unificante della categoria della compatibilità economica si esplica sulla base della tendenziale razionalità delle scelte, che dà sostanza e valore allo sforzo di sintesi sociale e giuridica, svolto dal giurista moderno.

Il concetto stesso di compatibilità reca in sé il connotato della dialettica tra entità diverse, aventi proprie ragioni d'essere; impegna a ricercare le modalità della coesistenza possibile; evoca il carattere della relatività della tutela. Ma ciò impone di individuare limiti certi, sulla scorta di dati oggettivamente verificabili, fondati su una *ratio* riconoscibile e condivisibile dalla comunità, per non essere esposti all'alea del pendolarismo dal nulla all'arbitrio.

Si tratta di un metodo e non di un obiettivo, per vivere senza traumi irreversibili i momenti di confronto tra valori disomogenei e non omologabili, ma necessariamente coesistenti; per superarli con la ricerca di nuovi e più avanzati equilibri all'interno del

¹⁵ Questa caduta di rilievo politico-sociale della proprietà immobiliare è rilevante anche nella fase patologica del rapporto, specie se si riflette sulla vicenda tormentata della disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità, come da noi evidenziato fin dal nostro *Espropriazione e baratto sociale: il soggetto-proprietario nella morsa delle contraddizioni tra le formule astratte e i bisogni concreti del sistema* in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni* (a cura di C. A. Graziani), Napoli, 2007, p. 729 ss.; e poi ribadito nel nostro *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, spec. p. 70 ss.

¹⁶ Più ampiamente nel nostro *Compatibilità economica*, cit.



modello relazionale possibile nel nostro sistema, senza pretesa di definitività, proprio perché questa ricerca è per definizione esposta all'alea del cambiamento sociale.

L'approccio con metodo casistico, nel tentativo di individuare aree tematiche omogenee, al cui interno ricercare la presenza aggregante del ruolo della compatibilità economica, ha determinato almeno tre risultati:

- A) L'esigenza di delinearne i tratti concettuali con sempre maggiore precisione, visto il crescente significato normativo acquisito nel tempo, con le dovute distinzioni, da concetti operanti in aree adiacenti di interessi, da individuare per fissare i reciproci ambiti.
- B) La progressione del fenomeno, determinata dal mutamento di funzione: da concetto di uso sporadico e frammentario a principio generale dell'ordinamento interno e comunitario, quale "*principio sistematico organizzatore*". L'espressione è di PUGLIATTI ed è collocata nella sua ricostruzione della proprietà, ma il suo significato si apprezza anche in relazione al tema della compatibilità economica, se si coglie il nesso strumentale, che la lega all'affermazione progressiva del concetto di funzione sociale.¹⁷
- C) Il sistema non è un ordine compiuto, ma *in fieri*, del quale ogni elemento aspira a essere perfettamente parte, subendone la forza centripeta che li tiene inglobati in sé. Il concetto di sistema diventa problematico, se contempla la precarietà e l'imperfezione come propri connotati: è preferibile, allora, una sua concezione articolata o, piuttosto, plurale.

La flessibilità e relatività del concetto di compatibilità economica lasciano intravedere significative analogie e differenze con quello di proporzionalità. Ambedue sono ampiamente presenti nella legislazione e nella giurisprudenza comunitaria ed operano sul piano della comparazione di fattori economici: il primo denota la consapevolezza della scarsità dei mezzi rispetto ai fini, ma non si rassegna e si orienta verso la ricerca della soluzione possibile nel dato momento storico; mentre il secondo sembra più rigorosamente orientato verso la verifica di simmetrie tra le posizioni poste a confronto.

Ambedue i concetti, comunque, mostrano i segni di una comune radice in chiave personalistica: il diritto è *proportio hominis ad hominem*. La loro contiguità si conferma anche nel riferimento sottinteso all'esistenza di un nesso di continuità-discontinuità tra proporzionalità e compatibilità all'interno di un persistente fenomeno di circolarità concettuale attorno al cardine dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al fine.

L'idea tradizionale di "*proportio*" muove da un concetto relazionale di stampo economicistico tra persone-soggetti (economici) di diritto e giunge al compimento del suo ciclo emancipatorio nella relazione tra persone *tout court*.

¹⁷ *La proprietà nel nuovo diritto*, (ristampa) Milano, 1964, p. 278.



Tappa essenziale di questo percorso catartico è la definizione dei modelli comportamentali coerenti con la funzione inclusiva del principio di solidarietà, del quale si coglie talvolta il richiamo esplicito o l'eco più lontana.

La relatività della tutela delle istanze, individuali e collettive, trova nella solidarietà la giustificazione per la modulazione della reciproca capacità di sacrificio, che il legislatore ha dovuto imporre a ciascuno nella vicenda quotidiana del riparto di risorse finite.

La vera solidarietà è donazione di sé senza aspettative di ricambio, nel passaggio dal conflitto individualistico all'abbraccio empatico, inteso come “*dono incondizionato, offerto gratuitamente, senza aspettativa di reciprocità, né nell'immediato né in futuro.*”¹⁸

Forse ci si è accorti con un certo ritardo della forza espansiva ed aggregante del concetto di compatibilità, intesa come *adeguatezza oggettiva*, la cui mutazione genetica è conseguenza del passaggio dalla concezione economicistica a quella personalistica del diritto.

Una lettura attenta delle norme in materia di tutela del (contraente) consumatore offre spunti significativi, per confermare l'esigenza della transizione verso il modello personalistico anche nell'area dei contratti, che più di ogni altra sembra caratterizzata e condizionata da valenze economicistiche delle relazioni intersoggettive.

In tema di clausole vessatorie, la loro abusività si coglie oltre il piano economico e induce alla tutela prioritaria delle libertà individuali in concreto lese, prevedendo sanzioni di varia intensità per le clausole produttive di un “*significativo squilibrio*”, “*malgrado la buona fede*”, “*dei diritti e degli obblighi*”.

Il termine di paragone è in chiave di libertà ed il giudizio è compiuto in concreto e *a posteriori*, il che giustifica la sanzione di inefficacia e non di nullità, per conciliare il principio di conservazione dei contratti con quello di proporzionalità, quale equilibrio razionale delle posizioni giuridiche delle parti. Non si è pervenuti alla sanzione della nullità virtuale, perché il difetto non riguarda (uno o più de)gli elementi strutturali indefettibili del contratto, ma s'intende attribuire rilievo negativo alla sua inidoneità a conseguire un risultato non iniquo, sulla scorta di una valutazione e constatazione postuma.

Dietro l'apparente esclusività della variante soggettiva, che giustifica la tutela differenziata, si staglia la ragione fondante del diverso criterio assiologico: nel minisistema delle norme generali sui contratti si evidenzia il solo profilo economico; mentre negli artt.1469 bis e ss. del c.c. (ora art. 33 cod. cons.) si valorizza l'equilibrio delle libertà giuridiche dei contraenti, a prescindere dal rilievo delle conseguenze economiche dell'atto.

Il criterio della simmetria informativa diventa lo strumento di verifica preliminare della giustizia dello scambio, perché attiene alla libertà contrattuale consapevole, che deve preesistere alla stipula, senza attenuarsi sensibilmente (“*significativo squilibrio*”) sul piano degli effetti giuridici (*diritti ed obblighi delle parti*).

¹⁸ RIFKIN J., *La civiltà dell'empatia*, cit., p. 397.



La dimensione della disciplina consumeristica “*sub specie subjecti*” scolpisce l’essenza di un modo di essere che si struttura e si consolida, fino al punto di costituire un contrappeso adeguato ad affermare il primato dei valori personalistici, adeguatamente protetti con regole articolate secondo il modulatore flessibile delle specifiche “*qualità del soggetto*”.

Se la monetizzazione e omologazione dello scambio contrattuale sono state segnalate per le loro funzionalità a logiche neocapitalistiche, non si può sottacere che – se nella fattispecie prevalesse l’opacità, derivante dall’indifferenza soggettiva dello scambio – l’operazione culturale ed ideologica di obliterazione della persona sarebbe portata a termine. La conseguenza dogmatica sarebbe la costruzione di un modello monovalente di consumatore, funzionale allo scopo, come se quella figura fosse “*monotona e monocroma*”,¹⁹ arroccata in un “*sè unidimensionale*”.²⁰ Ma così si dimentica che l’ordinamento deve evidenziare “*una nuova idea di esclusività*” in cui si colloca un “*sè multidimensionale*”,²¹ quale esito delle sue espressioni, variegata e non occasionali, sintetizzate in specifiche “*qualità del soggetto*”, perché rappresentative di assetti di interessi rilevanti e meritevoli di tutela in misura variabile.²²

Nel nostro sistema si evidenziano elementi significativi anche in settori apparentemente specialistici e in norme gerarchicamente sottordinate: questo fenomeno si è arricchito a seguito del processo di “*delegificazione*”²³ attuativo di procedure di semplificazione e/o, più realisticamente, conseguente alla crisi dello strumento legislativo, inteso – in senso ampio – come legge in senso formale ed atti aventi forza di legge.

¹⁹ L’endiadi è usata da PUGLIATTI S. (*Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell’interesse pubblico nella proprietà in La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 121) con riferimento alla proprietà nei primi tentativi di ricostruirla in chiave pluralista, ma la stessa tecnica d’indagine volta a valorizzare la legislazione speciale porta al medesimo risultato anche per quanto attiene alla figura del “*consumatore*”.

²⁰ RIFKIN J., *La civiltà dell’empatia*, cit., p. 529.

²¹ RIFKIN J., *op. loc. ult. cit.*

²² In quest’ottica si evidenzia l’importanza di invertire la rotta della concezione tradizionale dello *status*, secondo una impostazione promozionale in chiave di uguaglianza e libertà, come da noi proposto fin da *Status del soggetto, ordinamento democratico*, cit.. L’esperienza degli ultimi trent’anni ha collaudato e corroborato quelle idee. Se così non fosse, non resterebbe che affidarsi all’ “*empatia*,” che “*è comunione di spiriti simili e si manifesta in una zona dello spazio e del tempo che trascende le distinzioni basate sullo status sociale*.” Ma “*questo non significa che gli scambi empatici annullino status e distinzioni*”, perché “*le gerarchie di status, naturalmente, sono pensate per creare disuguaglianze: lo status ha a che fare con una distinzione in gradi e con la rivendicazione di autorità sugli altri*”; con la conclusione sconsolante che “*una società molto stratificata è carente di coscienza empatica, perché è segmentata in tali e tanti gradi di status da limitare la capacità del singolo di empatizzare al di fuori del proprio gruppo di appartenenza, sia verso l’alto sia verso il basso della gerarchia*.” (RIFKIN J., *op. ult. cit.*, p. 149).

²³ Il fenomeno ha ormai assunto enorme rilievo ed ha dato adito a numerosi contrasti, tanto da impegnare la Corte Costituzionale in diverse circostanze, per dirimere il dubbio circa l’uso legittimo dello strumento tecnico del “*regolamento di delegificazione*”:



Le fonti regolamentari delle diverse Autorità indipendenti stanno delineando altrettanti minisistemi²⁴ con propri stereotipi soggettivi, che non costituiscono affatto un “*prodotto minore*”, ma concorrono alla definizione del modello variegato di soggetto contraente.

Come è stato rilevato, spesso le novità più rilevanti provengono da settori marginali dell’ordinamento, perché esprimono una carica innovativa presente nel tessuto sociale.²⁵ E’ questo il caso, per esempio, della MIFID, che è stata introdotta con direttive 2004/39/CE, 2006/73/CE e col regolamento 1287/2006, che all’art. 19 introduce una classificazione e descrive un modello soggettivo diversificato (cliente *retail* o *professional*), ai soli fini della responsabilità del soggetto proponente l’operazione, con riferimento al livello di consapevolezza del cliente circa i suoi rischi.²⁶

La dottrina e la giurisprudenza hanno aperto un confronto, ancora lunghi dal concludersi, circa l’esatta definizione della figura e la sua rilevanza, ma è significativo che ciò si verifichi fuori dall’alveo codicistico e con riferimento a contratti di natura finanziaria. Questa categoria è più ampia di quella in cui i contratti si caratterizzano per il fatto che riguardano la “*commercializzazione a distanza di servizi finanziari*” (art. 67-*bis* cod. cons.): l’elemento distintivo e qualificante sta nell’essere negoziati al di fuori dai locali della banca o dell’istituto finanziario, sicché il luogo diventa elemento essenziale qualificante dell’atto, mentre la specificità del soggetto storico resta nella penombra della quasi irrilevanza.

Non sembra un caso da sottovalutare che neppure nelle c. d. “*lenzuolate Bersani*” si sia andati oltre nella delimitazione del modello soggettivo del consumatore; che neppure nella fase dell’integrazione e modifica del Codice del consumo (d. lgs. 23 ottobre 2007 n.221), avvenuta nella stessa stagione politica, si sia sviluppata una tecnica di individuazione di modelli soggettivi articolati; che neppure nella imminente riforma del credito al consumo

²⁴ DE MINICO G., *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004: “*La nuova giuridicità si caratterizza per una complessità non sempre lineare, e la destrutturazione-ristrutturazione delle fonti impone nuove tecniche di coesistenza delle diversità. Un sistema reticolare di governi di interessi: spazi di autonomia distribuiti su più piani, reciprocamente complementari, con riserva allo Stato del ruolo di responsabile ultimo del nuovo ordine giuridico.*”

²⁵ Per questa scelta di metodo, v. i nostri *La soggettività contrattata*, Milano, 2005, p. 115 ss. e *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, p. 15 ss.

²⁶ “*Il dovere dell’intermediario finanziario di fornire informazioni appropriate, e l’obbligo di astenersi dall’effettuare operazioni non adeguate se non sulla base di ordine scritto del cliente, ricorrono in tutti i rapporti con operatore non qualificato, tale dovendosi intendere anche l’investitore che abbia in precedenza occasionalmente investito in titoli a rischio, e perciò anche nell’ipotesi di esecuzione di ordini dell’investitore.*” (Cass. Civ., sez. I, 25 giugno 2008, n. 17340 in *Foro it.*, 2009, 1, 189 con nota di SCODITTI E., *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo* p. 190-193 ,e LA ROCCA G., *Sezione prima vs. sezioni unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in cassazione?*, *ivi*, fasc. 6, p. 1851-1854). Secondo ROSSI CARLEO L., *op. ult. cit.*, p. 17, la MIFID sarebbe una dimostrazione del fatto che “*la tutela si riferisce oggettivamente a una qualità soggettiva, in quanto essa mira a ridurre non solo una serie di asimmetrie informative contingenti, ma anche asimmetrie valutative strutturali...*”.



operi una distinzione opportuna, ma si accomuni nella figura unitaria del debitore ipotecario tanto il consumatore che l'imprenditore quanto alla portabilità dei mutui.²⁷

La sede propria delle norme che regolano la fattispecie è il Testo Unico Bancario (art. 38-41 del TUB, che modifica l'art. 8 del d. l. n. 7/2007, conv. con l. n. 40/2007), ma resta un fatto non secondario che si continui con questa legislazione schizofrenica, che ignora le altre norme naturalmente confluenti verso la formazione di fattispecie simili e implicanti possibilmente modelli affini; ovvero, che non si scelga consapevolmente di differenziarli, per evidenziarne specifiche ragioni da tutelare.²⁸

Ma, soprattutto, si è persa l'occasione di elevare il tasso di valore sistematico delle norme, contenute nel d. l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006 e n.7/2007, conv. in l. n.40/2007, che della tutela del consumatore erano state l'applicazione tanto sbandierata all'indomani delle elezioni politiche del 2006, lasciandole ancora fuori dal Codice del consumo.

Non vale neppure a giustificare questa omissione il fatto che nel Codice del consumo trovano collocazione le norme di recepimento di direttive comunitarie, perché l'art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229 indica un adempimento minimo di un obbligo comunitario, ma non contempla un autolimita al potere normativo interno.

Così ridimensionato e disperso nei meandri dell'ordinamento, il “consumatore” resta un “concetto-bandiera”, utile per declamazioni di principio; esso non assurge ad autentico cardine

²⁷ BUSANI A., (*Mutui portabili per l'azienda* in *Il sole 24 Ore* del 03 agosto 2010: “La normativa in vigore (finora regolata principalmente dall'art. 8 del d. l. 7/2007, convertito nella legge 40/2007) pare riferita infatti solo alla tipologia di mutui stipulati dalle banche con i consumatori, mentre la collocazione della nuova norma sulla portabilità (che dovrebbe essere posizionata nell'art. 120-quater del TUB) induce a pensare che essa divenga di portata ‘universale’, quindi applicabile anche ai mutui stipulati dagli imprenditori e dai professionisti.” Poi l'A. soggiunge: “Se alla collocazione delle nuove norme occorre, come pare, dare il giusto peso, occorre notare cheè abbastanza difficile pensare che una norma che va ad appartenere strettamente alla disciplina del credito fondiario sia estensibile oltre tale ambito; con la conseguenza che per la cancellazione delle ipoteche diverse da quelle fondiarie potrebbe tornarsi alle origini, e cioè alla necessità dell'atto autenticato.” Si tratta di osservazioni condivisibili, a conferma dell'esigenza di superare la parzialità degli interventi che si sono susseguiti, nei quali è rimasto irrisolto il nodo del destinatario, cioè, se si tratta del “consumatore” e/o del “professionista” e dell’”imprenditore”. Ciò induce l'A. a concludere a favore della natura generalista della disciplina, che appare più conforme allo spirito della riforma, che deve essere interpretata all'insegna della tutela dell'acquirente.

²⁸ Questo rilievo è ancor più significativo, ove si rifletta che la garanzia ipotecaria è concessa a fronte di un credito erogato per esigenze di consumo e non di investimento, come tradizionalmente è inteso l'acquisto immobiliare. Nel contempo, va sottolineato il dato che l'inclusione della multiproprietà tra i contratti speciali del Codice del consumo attrae tra di loro – rendendone importante lo studio di analogie e differenze – la disciplina del credito fondiario e quella del credito al consumo, dal momento che si profila la configurazione del modello generico di multiproprietà come (bene di consumo, perciò) servizio, anziché come diritto reale. La relativizzazione del diritto del multiproprietario e la sua “consumerizzazione”, se non sono stati un incidente di percorso del legislatore, devono avere conseguenze sistematiche anche in materia di garanzie per il relativo credito.



sistematico, idoneo a coprire tutta l'area delle transazioni microeconomiche, quali quelle che si attagliano alla figura del consumatore, che opera per soddisfare i bisogni della vita e non per intervenire con scelte imprenditoriali sulla dinamica del mercato.

Nasce da questa considerazione negativa il bisogno di repertare e ricomporre i frammenti normativi reperibili, quali "*disiecta membra*",²⁹ su tutti i piani, anche nelle fonti poste più in basso nella collocazione gerarchica, perché talvolta "*i detriti potranno fare / povere cose miracolose*"³⁰.

La norma regolamentare sulla MIFID delinea una pluralità (che non è un catalogo chiuso) di modelli di contraenti in funzione della diversa capacità di valutazione della propensione al rischio, quale esimente dalla responsabilità per l'investimento mobiliare effettuato: quasi una costruzione a gradi della capacità di agire del contraente investitore.

E' significativo il fatto che il Codice del consumo, pur contemplando i contratti di investimento (art. 67-bis-67-*vicies bis*, introdotti dall'art.9 del d. lgs. 23 ottobre 2007 n.221), non abbia recepito alcun elemento costitutivo dell'articolazione interna della componente soggettiva del modello contrattuale.

In tutte le norme che riguardano il contraente investitore si fa riferimento ad un "*modello unico*" astratto e si fa un rinvio generico e quasi di circostanza a "*disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa, dei sistemi di pagamento e di previdenza individuale, nonché le competenze delle autorità indipendenti di settore.*" (art. 67 *bis*, comma 3).

Al di là della *sedes materiae*, resta il fatto inconfutabile della norma, che pone l'interprete di fronte all'esigenza di ricondurla a sistema, tenendo nel debito conto la sua capacità di espandere il raggio di azione al di là della sua originaria area di competenza normativa, integrando lo schema codicistico dei contratti di natura finanziaria.

Ma la prima e più cospicua conseguenza è la rottura anche formale del modello (presunto unitario) di soggetto contraente, che apre la strada alla ricostruzione in chiave pluralista del sistema consumeristico.

A tutto ciò deve aggiungersi il rischio di una deriva economicistica, a discapito degli sforzi compiuti per guadagnare spazi di tutela in chiave personalistica, con un evidente arretramento della linea del confronto sociale.

Entro questi poli si sviluppa la tensione dialettica dello schema contrattuale e si svolge la vicenda dell'atto di consumo, che le norme disciplinano, ma la cui sostanza muove da realtà antagoniste e tende verso l'auspicabile ricomposizione nell'equilibrio dello scambio.

La concezione tradizionale dell'atto di autonomia privata, celebrata come strumento di emancipazione ed espressione della creatività del soggetto, aveva mostrato i suoi limiti nell'attuazione pratica, rendendo necessari incisivi interventi correttivi e/o integrativi, per scongiurare il rischio della prepotenza del contraente forte.

²⁹ QUINTO ORAZIO FLACCO, *Sermones*, 1.4, libro I, "*Satira del seccatore*", a cura di E. Piccolo, Napoli, 2009.

³⁰ "*E sembra un sogno*" da "*I quaderni di Villa Nuccia*" in G. A. MARTINO, *Itinerario poetico di Lorenzo Calogero*, Ed. Qualecultura, Vibo Valentia, 2003, p.212



La legislazione consumeristica non può abdicare alla funzione protettiva e promozionale della persona, sicché la codificazione non può neppure ricostruire il modello soggettivo senza evidenziarne le articolazioni derivanti dalle diverse “*qualità*” meritevoli di protezione, perché costituenti elementi esponenziali, che evidenziano condizioni di “*minorità sociale*”, incidenti sulla libertà contrattuale effettiva e potenzialmente produttive di effetti distorsivi dell’atto di autonomia.

A ciò si aggiunga che l’accentuazione della rilevanza dell’“*atto di consumo*”, inteso atomisticamente, quasi come espressione casuale di scelte individuali estemporanee del “*consumatore*”, appare cedevole e regressiva rispetto alla stabilità del riferimento all’“*attività*” costante nel tempo del “*professionista*”.

Inoltre, sembra prevalere la sintesi opaca dell’“*atto unico*” sull’analisi trasparente delle singole fasi della negoziazione, che contraddice lo schema normativo, che appare sempre più articolato e procedimentalizzato.

Il formalismo della fase precontrattuale si presta a vivisezionare la formazione graduale del consenso, ma ciò resterebbe un inutile appesantimento della regola, se non sortisse l’effetto concreto di consentire la diagnosi del disagio del consumatore, la prevenzione e/o la terapia del danno attraverso la restaurazione del suo interesse, patrimoniale e non, leso dalla stipula del contratto in violazione delle regole di formazione del consenso.

Il formalismo negoziale non è un incentivo all’astrazione dello scambio, non rende astratto l’esercizio del potere negoziale, non deve oscurare il fine della trattativa, che è la trasmissione effettiva al consumatore del vantaggio connesso all’accesso al bene o al servizio alle condizioni promesse e/o implicite nel contratto.

Lo spostamento del momento valutativo alla fase funzionale, postuma rispetto alla trattativa, ha spostato il baricentro oltre il momento strutturale, che si assume perfetto nella sua composizione; ha posto il rimedio dell’inefficacia al servizio dell’interesse all’effettività del mantenimento dell’equilibrio dei reciproci poteri delle parti, che dev’essere indefettibile e parallelo rispetto al momento dell’erogazione del servizio e/o della disposizione del bene.

Proprio la segmentazione del contratto nelle varie fasi del procedimento consente di operare in termini di “*conservazione per fasi*”, secondo le regole del procedimento amministrativo; giustificando così il ricorso alla categoria dell’inefficacia, quale sanzione della carenza del presupposto procedurale legittimante la fase successiva.

Ragioni ovvie di economia giuridica e di propensione all’attuazione del principio generale di conservazione dell’attività negoziale motivano il rilievo delle fasi prodromiche dell’accordo e l’individuazione ed enucleazione delle fasi affette dalla patologia, per ricostituire le basi possibili della trattativa tra le parti.

La nullità virtuale è un istituto strettamente connesso alla struttura classica del contratto, inteso ancora secondo il principio della poetica aristotelica dell’unità di tempo, luogo e azione. Il fenomeno del contratto procedimentalizzato ha “*spalmato*” la tempistica negoziale, diluita nelle diverse fasi, tutte coesenziali, produttive di effetti orientati a conseguire l’effetto finale.



Inoltre, la nullità virtuale travolgerebbe l'intero atto e costringerebbe a ricorrere al rimedio della conversione sostanziale, soggetta alle condizioni dell'art. 1424 c. c. e orientata all'esito della ricerca di una "*causa contigua*" del negozio da convertire.

Viceversa, la sanzione minore dell'inefficacia fa salve le fasi legittime della procedura negoziale e consente la ripartenza delle parti verso l'obiettivo finale dell'accordo, impedendo -nel contempo- l'intrusione dell'ordinamento col meccanismo invasivo della conversione sostanziale.

Ciò consente di collocare meglio nel sistema la categoria della nullità di protezione, attribuendo alla stessa parte la legittimazione all'invalidazione del contratto sulla scorta di un'autonoma valutazione dell'interesse alla sua conservazione, anche sopravvenuto rispetto alla stipula.

Se non fosse così, s'indebolirebbe la figura del consumatore e la si farebbe apparire come un'espressione di "*soggettività contingente*".³¹

Viceversa, la vera tutela del contraente "*consumatore*" si estrinseca attraverso la valorizzazione di attributi tendenzialmente stabili (appunto, le "*qualità del soggetto*"), che poggiano su un substrato di condizioni di vita, che denunciano il *deficit* di effettività dei valori enunciati nelle norme generali ed astratte e ne reclamano adeguato riscontro, quale attestazione dell'avvenuta emancipazione, che si invera nella concretezza della singola vicenda contrattuale.

Non sembra che l'opera fin qui compiuta sia stata assistita dalla consapevolezza dell'esigenza che la nuova codificazione debba avere finalità promozionale; anzi, sembra che manchi nell'ordito normativo l'afflato solidaristico, che dovrebbe costituire il principio di individuazione ("*la terza dimensione, teleologica o funzionale*"³²) coerente con l'impianto costituzionale del nostro ordinamento.³³

Questo sembra il compito del legislatore interno e l'oggetto della ricerca del futuro prossimo venturo, cioè il compito storico di una generazione di giuristi moderni e consapevoli.

³¹ Per questa espressione e per l'uso di modelli diversi di soggettività, v. il nostro *La pubblicità immobiliare tra regole formali e pratica illuminata*, in corso di pubblicazione. Altre tipologie di soggettività sono individuate e proposte da BUSNELLI F. D. (*Soggetto e persona di fronte ai problemi della bioetica*, in Convegno internazionale di studio a Messina 28-30 settembre 2005 su *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 420), il quale rileva che "*il diritto positivo può ... introdurre dilatazioni, specificazioni, rifrazioni, prefigurazioni, del <concetto primitivo>, fermo restando che esso attribuisce, non riconosce la soggettività*"; ed *ivi* le esemplificazioni di diverse tipologie di soggettività.

³² PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica* in R.I.S.G., 1950, ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 120

³³ "*Il problema del consumatore ... rimane una delle questioni nelle quali si ripresenta il problema generale di ogni ordinamento fondato sulla persona: quello di realizzare il difficile equilibrio tra libertà e solidarietà*": così NICOLUSSI A., *I consumatori*, cit., p. 442.