

MASSIMO FRANZONI

VECCHI E NUOVI DIRITTI NELLA SOCIETÀ CHE CAMBIA

ABSTRACT - The essay consider globalization from a jurist's point of view. In order to describe the changes happened, it makes the connection between the actual situation and that one existing 30 years ago. It comes out that right now the society hold very dissimilar culture and institutions compared to the past. The main issue concerns the decline of the state's role as maker of legal regulations: orders and provisions to which the citizens have to comply with. It stands also out that the jurist's role changed becoming more and more as mediator on settlement of disputes.

KEY WORDS - Legal regulation. State. Globalization. Jurist's role.

RIASSUNTO - Il saggio esamina la globalizzazione con gli occhi di un giurista. Per descrivere i mutamenti accaduti, pone in relazione lo stato attuale con quello esistente trent'anni fa. Il quadro che risulta è quello di una società molto diversa nella cultura delle persone e nelle sue istituzioni. Il dato più significativo è il ridimensionamento del ruolo dello Stato nella produzione della norma giuridica: dei comandi e degli ordini ai quali i cittadini devono osservare. Emerge anche il cambiamento del ruolo del giurista che diventa sempre più mediatore nella soluzione dei conflitti.

PAROLE CHIAVE - Produzione giuridica. Stato. Globalizzazione. Ruolo del giurista.

1. IL VECCHIO E IL NUOVO DEL GIURISTA

Parleremo di vecchi e nuovi diritti, intendendo per diritto ciò che un privato può pretendere nei confronti di un altro o nei confronti dello Stato. Quando un giurista esamina i diritti, li osserva a tutto tondo: indaga il modo in cui vengono ad esistenza, il loro grado di effettività, il modo in cui l'ordinamento giuridico appresta loro tutela. Poiché i diritti sono tali se in concreto possono essere fatti valere, inevitabilmente parleremo anche del modo in cui è cambiato il sistema della giustizia.

Ognuno di questi aspetti assume una importanza autonoma, poiché il grado di vetustà o di novità di un diritto può dipendere anche soltan-

to dal grado di effettività o di protezione ad esso accordato. Così possono esservi diritti che nascono già vecchi e, corrispondentemente, possono esservi diritti vecchi che ringiovaniscono per via di un mutato rilievo sociale o di un nuovo sistema di protezione. Il rinnovamento del sistema, dunque, non è determinato soltanto dalla creazione di nuovi diritti, ma anche dalla riconsiderazione di quelli esistenti, attraverso l'attività creativa dell'interprete.

Compiuta questa indagine, il giurista ha la presunzione di conoscere non solo un certo ordinamento giuridico, ma anche la società che impiega quello stesso ordinamento giuridico, sul presupposto che, secondo l'antico adagio, *ubi societas ibi ius* ed *ubi ius ibi societas*. Probabilmente questa presunzione può essere accettata, a condizione di stabilire un punto iniziale ed uno finale di osservazione, ossia a condizione di storicizzare l'indagine. È proprio la prospettiva storica che consente di mostrare i cambiamenti e le continuità che contraddistinguono lo sviluppo di tutte le scienze, tra le quali c'è anche il diritto.

2. COME ERAVAMO

Convenzionalmente assumiamo come arco temporale di indagine l'ultimo trentennio: eravamo nel 1973. I primi anni settanta vedevano una società italiana ed un sistema giuridico molto diversi da quelli attuali. I temi di maggiore interesse all'epoca erano il processo di decentramento politico-amministrativo, che incominciava a delinarsi con l'attuazione della Costituzione nella parte relativa alle regioni: lo stesso Titolo V oggetto della più recente riforma sul c.d. federalismo ⁽¹⁾. In questo contesto si può inserire anche la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali ⁽²⁾.

Dalla società civile emergeva una grande esigenza di partecipazione nella formazione delle decisioni ad ogni livello, che si sarebbe tradotta, ad esempio, nei decreti di riforma della scuola con i quali sono stati previsti gli organi collegiali partecipati da studenti e genitori ⁽³⁾. L'epoca delle nazionalizzazioni aveva portato ad un importante ruolo dello Stato nell'economia. Lo Stato realizzava gli obiettivi di politica economica o di politica sociale, secondo un modello di sviluppo pensato in

⁽¹⁾ Per la verità la c.d. legge Scelba era la l. 10 febbraio 1953, n. 62, ma non fu attuata prima del 1970.

⁽²⁾ L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁽³⁾ D.p.r. 31 maggio 1974, n. 416.

sede politica con la mediazione dei partiti. I temi del dibattito riguardavano la programmazione e spesso la pianificazione economica, di fatto concretizzata con le nomine dei vertici di banche, assicurazioni, imprese dello Stato o del parastato, da parte dell'esecutivo. In sostanza, si trattava di una programmazione effettuata con atti amministrativi e non con atti politici trasfusi in legge del parlamento.

Da poco tempo era stato varato lo statuto dei lavoratori, cui era seguita la riforma del processo del lavoro e la istituzione della competenza funzionale del Pretore ⁽⁴⁾. C'era il divorzio ed in preparazione il *referendum* abrogativo: il primo *referendum* celebrato in Italia dopo quello istituzionale del 1946, secondo la l. 11 marzo 1953, n. 87. Se si fa eccezione per la legge sull'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore per il rischio della responsabilità civile ⁽⁵⁾, la legge sull'affitto dei fondi rustici ⁽⁶⁾, il legislatore civile era abbastanza assente dalla vita della società civile. Si consideri che la riforma del diritto di famiglia è del 1975 ⁽⁷⁾, così come la legge che ha portato la maggiore età al compimento del diciottesimo anno d'età ⁽⁸⁾, e che la legge sull'equo canone è del 1978 ⁽⁹⁾. Quanto ai rapporti fra cittadino e Stato, le leggi di riforma del servizio sanitario nazionale, dell'aborto e della edificabilità dei suoli, sono della seconda metà degli anni settanta ⁽¹⁰⁾; per la riforma organica dell'adozione occorre attendere gli anni ottanta ⁽¹¹⁾.

Nel 1974 si incomincia a prendere atto dei costi della politica, la prima legge sul finanziamento pubblico ai partiti è di quell'epoca ⁽¹²⁾. Nel 1975 sono emanati anche i primi provvedimenti in materia di ordine pubblico ⁽¹³⁾, che proseguiranno con quelli del 1978 ⁽¹⁴⁾ e con la legge Cossiga di qualche tempo dopo ⁽¹⁵⁾.

C'era ancora una tendenza a concepire una marcata separazione tra

⁽⁴⁾ Rispettivamente l. 20 maggio 1970, n. 300; e l. 11 agosto 1973, n. 533.

⁽⁵⁾ L. 24 dicembre 1969, n. 990; con il relativo regolamento, d.p.r. 24 novembre 1970, n. 973.

⁽⁶⁾ L. 11 febbraio 1971, n. 11, in seguito quasi integralmente modificata.

⁽⁷⁾ L. 19 maggio 1975, n. 151.

⁽⁸⁾ L. 8 marzo 1975, n. 39.

⁽⁹⁾ L. 27 luglio 1978, n. 392.

⁽¹⁰⁾ Rispettivamente: l. 23 dicembre 1978, n. 833; l. 22 maggio 1978, n. 194; l. 28 gennaio 1977, n. 10. Il quadro si completa con la l. 13 maggio 1978, n. 180, che ha abrogato la vecchia legge manicomiale del 1904.

⁽¹¹⁾ L. 4 maggio 1983, n. 184.

⁽¹²⁾ L. 2 maggio 1974, n. 195.

⁽¹³⁾ L. 22 maggio 1975, n. 152, la c.d. legge Reale.

⁽¹⁴⁾ D.lg. 21 marzo 1978, n. 59, convertito con l. 18 maggio 1978, n. 191.

⁽¹⁵⁾ D.lg. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito in l. 6 febbraio 1980, n. 15.

la cosa della società civile e la cosa pubblica, espressa nell'orientamento giurisprudenziale, pacifico fino a quegli anni, nel ritenere che le controversie tra associati ed associazioni non potevano trovare soluzione davanti ad un tribunale. La vicenda presenta un certo interesse ai nostri fini, poiché i partiti ed i sindacati sono associazioni non riconosciute. Ciò comportava che per qualsiasi controversia interna tra gli organi e gli associati nessun giudice avrebbe avuto competenza a decidere, ad eccezione naturalmente dei fatti di rilievo penale ⁽¹⁶⁾.

Qualche anno dopo l'orientamento sarebbe cambiato, ma era estremamente significativo di come veniva recepito l'importante ruolo di mediazione riservato in via esclusiva ai partiti ed ai sindacati, non per caso definiti le «società intermedie».

3. *SEGUE*: CON QUALE CULTURA GIURIDICA

L'esistenza di un diritto dipende dal modo in cui questo viene inteso, ciò ne determina la effettività; e dal modo in cui viene protetto, anche questo ne influenza la effettività. Entrambe le circostanze sono fortemente condizionate dalla cultura giuridica del tempo, poiché proprio questa consente di apprezzare il sistema dei diritti.

La classe dei giuristi di allora si era formata su una manualistica della fine degli anni cinquanta, la quale aveva subito una forte influenza da parte della dottrina tedesca, addirittura anteriore alla grande guerra. L'operazione culturale era consistita nel riprendere l'antica e dotta pandettistica tedesca, rileggerla con le lenti del codice civile tedesco, e ripresentarla in Italia come modello da seguire per interpretare o per forzare le norme del codice civile italiano, varato nel 1942. A nulla erano valse le critiche di un filone di matrice laico e liberale che denunciava: *a)* l'influenza francese e non tedesca del codice italiano; *b)* un'auto-referenzialità della pandettistica, ormai fuori dal tempo; *c)* l'inutilità della dogmatica in un sistema codificato, il quale vede nella norma giuridica e non nel dogma, inteso come *a priori* logico, il dato dal quale ricavare la regola per risolvere un certo conflitto.

Accanto a questa concezione largamente seguita all'epoca, altre due vanno segnalate. La prima, storicamente datata, è andata sotto il nome di «uso alternativo del diritto». È stata una corrente di pensiero nata sulla scia dello statuto dei lavoratori ed estesa a settori del diritto diversi da

⁽¹⁶⁾ Ripercorre quel dibattito GALGANO, *Associazioni non riconosciute*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 161 ss.

quello propriamente lavoristico. L'idea centrale che questa concezione aveva era quella di poter utilizzare le norme giuridiche per realizzare un certo risultato politicamente predeterminato. Erano i tempi in cui si affermava un primato indiscusso della politica su qualsiasi scienza, dunque anche sul diritto; erano i tempi in cui si studiavano i giuristi russi del periodo successivo alla rivoluzione d'ottobre, spesso ignorati dalla cultura ufficiale. L'impatto di questa concezione negli anni futuri sarebbe stato pressoché inesistente e non avrebbe trovato seguito alcuno.

La seconda concezione culturale trovava radici negli anni sessanta ed avrebbe contraddistinto la storia successiva del sapere giuridico in Italia. Essa muoveva dal presupposto incontestabile che, nella gerarchia delle fonti, la Costituzione si colloca al vertice. A questa premessa faceva seguire la logica conseguenza che l'interprete deve ricostruire tutto il sistema giuridico proprio muovendo dalle norme costituzionali e dai principi costituzionali. Questa idea ha visto come antesignani gli studi di Stefano Rodotà, sulla proprietà, sulla responsabilità civile e sul contratto; di Franco Bricola, sulla teoria generale del reato, e successivamente di Franco Cordero, sul processo penale. All'epoca questa concezione aveva un carattere prettamente accademico ed uno scarsissimo impatto operativo. Il dibattito sul rilievo delle norme costituzionali era ingessato dalle autorevoli opinioni di chi attribuiva un valore soltanto programmatico e non direttamente precettivo alla carta costituzionale ed in particolare alle prime norme raccolte nei «Principi fondamentali» ed a tutta la Parte I, sui «Diritti e doveri dei cittadini».

Le critiche che sollevavano i giuristi tradizionali a questa concezione erano così riassumibili: le costituzioni non sono parte della storia del diritto civile, nato dal diritto romano, vissuto nelle consuetudini e trasformatosi nella stagione delle codificazioni ottocentesche. Pertanto le carte costituzionali sono di interesse esclusivo dei pubblicisti e dei costituzionalisti, secondo la migliore tradizione nata con la rivoluzione francese. Le critiche che sollevavano molti giuristi di sinistra erano così riassumibili: la Costituzione e le sue norme furono il risultato di un compromesso necessario per giungere alle prime elezioni politiche del 1948, a suffragio universale. Ma i termini di quel compromesso disegnano uno scenario politicamente arretrato, sul quale neppure con l'interpretazione evolutiva o creatrice sarebbe stato possibile costruire 'un nuovo mondo'. Per ragioni diverse, alla destra ed alla sinistra la Costituzione non piaceva: alla destra appariva un corpo estraneo, alla sinistra un testo non affidabile.

4. LA RIFLESSIONE SU COME ERAVAMO

Nei primi anni settanta si registra il primato della legge, dunque del diritto statale, per alcuni inteso come tappa intermedia, foriera di ulteriori sviluppi da promuovere in sede politica. L'esempio tipico è dato dallo statuto dei diritti dei lavoratori del 1970. Oltre ad attribuire un ruolo sociale nuovo al sindacato, autonomo da quello dei partiti, precorre la nuova disciplina sulla cassa integrazione, sulla mobilità, sulla tutela delle lavoratrici madri e sulla parità uomo donna, ed afferma la nascita del diritto del lavoro come disciplina autonoma dal diritto civile.

La Costituzione non era molto considerata, l'Europa ed il diritto comunitario erano pressoché assenti dai temi del dibattito. I giudici interpretavano le norme con il tecnicismo tipico della logica sillogistica e diffidavano delle norme redatte per clausole generali, ossia di quelle a fattispecie indeterminata, delle quali non facevano uso alcuno: si pensi alla correttezza ed alla buona fede in ambito contrattuale. C'era ancora l'idea che soltanto le norme per fattispecie analitica avrebbero garantito un precetto libero dalle contaminazioni di una codificazione fascista, mentre quelle per clausole generali sarebbero restate attaccate ai principi corporativi, seppure soppressi da decenni. Mancava completamente l'idea che proprio le norme redatte per clausole generali fossero l'anticamera per introdurre nel codice civile i nuovi principi costituzionali della solidarietà (art. 2 cost.), della famiglia (art. 29 cost.), della salute (art. 32 cost.), della dignità del lavoro (art. 36 cost.), della utilità sociale e della sicurezza (art. 41 cost.).

Nonostante un filosofo del livello di Giovanni Tarello avesse dimostrato che l'ordinamento giuridico è il risultato di una costante attività di ricostruzione effettuata dall'interprete giorno per giorno e che, proprio per questo, l'interpretazione è creazione del diritto, prevaleva una concezione affatto diversa. Come ho già ricordato, l'interpretazione consentiva di collegare il fatto materiale al fatto astratto della norma con la tecnica sillogistica. Al primato assoluto della legge, meglio se con norme redatte per fattispecie analitiche, corrispondeva una scarsa considerazione dei giudici negli ambienti accademici, tutti compresi nel ruolo di garanti di un certo sistema consolidato, da preservare dalle alterne vicende storiche e ideologiche.

Incominciava invece a manifestarsi un interesse vero per l'area del *Common law*. Schiere di giuristi hanno incominciato a parlare l'inglese ed a recarsi oltre l'oceano per studiare l'altro diritto del mondo. In quel momento il fenomeno presentava un interesse prevalentemente culturale, ma preannunciava l'impiego di una tecnica comparativa che, qual-

che anno dopo, si sarebbe tradotto in un nuovo progetto culturale che sposta l'attenzione dello studioso dalla norma astratta alla sentenza che la ha già applicata. Nel frattempo si scoprono gli studi americani di Guido Calabresi, i quali dimostrano che l'esclusione della colpa dall'imputazione della responsabilità negli incidenti stradali comporta un costo sociale minore nella soluzione delle liti⁽¹⁷⁾. Con l'analisi economica del diritto si scopre che anche il diritto civile ha un costo sociale e non soltanto il diritto tributario.

5. COME SIAMO ORA: CHI PRODUCE IL DIRITTO?

Se ci spostiamo improvvisamente dal 1973 al 2003 subiamo un certo disorientamento. Certo le linee portanti del sistema sono rimaste ferme: non c'è stata la presa della Bastiglia, l'unica vera rivoluzione epocale nella storia degli ultimi secoli. Ciononostante l'«edificio» ha mutato i profili e la sagoma, l'impatto visivo è diverso e certi ambienti hanno cambiato funzione. Passiamo dalla metafora alle cose concrete.

5.1. *Il diritto di fonte comunitaria*

Il dato più evidente è che buona parte del diritto vigente non è più di fonte esclusivamente statale. I regolamenti e certe direttive comunitarie sono direttamente applicabili senza necessità di alcuna ratifica con legge dello Stato. Addirittura della eventuale incostituzionalità di un regolamento comunitario non va investita la Corte costituzionale, come accadrebbe per qualsiasi legge ordinaria, bensì la Corte di giustizia europea⁽¹⁸⁾. L'avvento del diritto comunitario assume rilievo sotto un duplice profilo: rappresenta una limitazione del potere sovrano di ogni singolo Stato aderente; inoltre modifica i principi e la cultura giuridica di ogni Paese, per consentire l'uniformità del diritto, dunque un migliore funzionamento delle regole della concorrenza.

Su questo secondo aspetto occorre indugiare, poiché proprio con questo si entra nel vivo dei nuovi diritti. A parte gli interventi comunitari sul punto della trasparenza nella redazione dei bilanci e del sistema

⁽¹⁷⁾ Cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, con introduzione di Stefano Rodotà, trad. it., Milano, 1975.

⁽¹⁸⁾ Cfr. già Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2662; poi confermata da Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, *ivi*, 1984, I, c. 2062, con nota di TIZZANO; e da Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1992, I, c. 660, con nota di DANIELE.

dei controlli societari, della trasparenza nella circolazione delle informazioni di rilievo ai fini del buon funzionamento dei mercati azionari (la c.d. *insider trading*)⁽¹⁹⁾, proprio per effetto del diritto comunitario compare sulla scena la figura del consumatore⁽²⁰⁾, al quale può essere assimilata quella del subfornitore⁽²¹⁾. Anche il diritto alla *privacy* trae fonte dal diritto comunitario, seppure sia stato recepito con legge nazionale⁽²²⁾. Ma è soprattutto la disciplina sul consumatore a destare l'interesse, poiché, agli occhi di un giurista tradizionale, si presenta come la reintroduzione di un diritto singolare, in contrasto con il carattere generale ed astratto di tutte le norme del diritto moderno. Ma di questo dirò fra breve.

Il diritto comunitario, dunque, compare sulla scena creando diritti nuovi e piegando i singoli ordinamenti ai suoi principi. Penso all'art. 1, ult. comma, l. 10 ottobre 1990, n. 287, meglio nota come legge *antitrust*, il quale dispone: «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Ciò comporta che, qualora il principio dell'ordinamento interno dovesse contrastare con un principio comunitario, il giudice nazionale deve applicare il secondo a discapito del primo. Il confronto non riguarda soltanto le singole regole tra loro in contrasto, ma i principi, qualora tra questi vi possa essere un vero e proprio contrasto.

5.2. *Il diritto dei nuovi contratti: alle origini della nuova lex mercatoria*

La globalizzazione dei mercati produce la globalizzazione del diritto. Il fenomeno non è nuovo agli occhi di uno storico: il diritto comune di fonte consuetudinaria si è formato proprio sulla base di una prassi costantemente ripetuta, alla quale molto hanno concorso i notai che rogavano gli atti. L'uso nasceva da una prassi, la prassi normalmente dipendeva da un comportamento contrattuale ripetuto dagli operatori economici. Sembra quasi che la storia si ripeta, ma questa volta il diritto

⁽¹⁹⁾ Su tutti questi profili rinvio al mio *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2002.

⁽²⁰⁾ Tra gli ultimi provvedimenti ricordo il d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, che ha introdotto la dopo l'art. 1519 c.c. § 1 *bis*, rubricato «della vendita dei beni di consumo»; in precedenza il capo aggiunto dall'art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva 93/13/CEE, a proposito delle clausole abusive. Ormai la disciplina sul consumatore è diventata talmente ampia da non poter essere riportata compiutamente.

⁽²¹⁾ L. 18 giugno 1998, n. 192.

⁽²²⁾ L. 31 dicembre 1996, n. 675, successivamente modificata.

del contratto segue il bene in un mercato che si è globalizzato; non è il singolo mercato a creare il diritto in un dato luogo, per lo scambio di un dato bene. In concreto questo significa che molti prodotti fabbricati negli Stati Uniti circolano con il diritto del contratto del Paese nel quale sono stati costruiti o assemblati. Ricordava Galgano che spesso le multinazionali vincolano le società distributrici a tradurre letteralmente i testi contrattuali redatti secondo un diritto diverso rispetto a quello del Paese nel quale il bene deve essere venduto ⁽²³⁾. In questo modo il diritto del Paese del primo venditore diventa impropriamente fonte del diritto per il Paese acquirente, mediante la circolazione della modulistica contrattuale. La questione si pone in termini anche più generali, basti pensare che i nuovi contratti atipici sono tutti denominati prevalentemente in inglese: il *leasing*, il *lease back*, il *factoring*, il *franchising*, il *performance bond*, il *leverage buy out*, la clausola *put and call*, la clausola *if and when*, senza voler ricordare quelli impiegati nel diritto della navigazione, e quelli sulle operazioni in prodotti finanziari.

È questa vicenda all'origine di quel fenomeno andato sotto il nome di nuova *lex mercatoria*. Rispetto alla *lex mercatoria* della economia mercantile questa nuova *lex mercatoria* soddisfa una funzione esattamente contraria. La prima nasceva per derogare alle regole del diritto comune, sostanzialmente al diritto romano di fonte consuetudinaria, e creava un particolarismo giuridico nell'interesse dei commercianti; la seconda nasce per derogare al particolarismo dei singoli diritti nazionali, per creare una uniformità nell'interesse di chi opera nel mercato globale.

In questo processo lo Stato è quasi spettatore, salvo riconoscere per mezzo dei suoi giudici che esiste un ordinamento giuridico internazionale, il quale, pur non essendo cogente, in mancanza di organi propri, tuttavia si avvale dei singoli ordinamenti interni per ottenere effettività ⁽²⁴⁾. Ciò presuppone che i giudici nazionali possano riconoscere un diritto comune sovranazionale e, ricorrendo certi presupposti, lo possano applicare. Questo diritto di fonte sovranazionale, espressivo della nuova *lex mercatoria* da qualche tempo è stato anche raccolto nei c.d. principi *Unidroit*, per opera di giuristi di chiara fama internazionale che hanno steso una serie di regole comuni a tutti i sistemi. È chiaro che, nel sistema delle fonti del diritto, questi principi non possono neppure essere equiparati agli usi tradizionalmente intesi (art. 1 disp. prel. c.c.). Tutta-

⁽²³⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impr.*, 2000, p. 189 ss.

⁽²⁴⁾ Così ha motivato la Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, chiamata a decidere della delibazione di un lodo, privo di motivazione.

via la loro presenza influenza l'interprete il quale verosimilmente sarà portato a farne una indiretta applicazione, attraverso l'attività creativa dell'ermeneutica, quando la dimensione del conflitto in decisione supera l'ambito della patria municipalità ⁽²⁵⁾.

Altre volte lo Stato è stato parzialmente spettatore. Così è accaduto che nell'interpretazione dell'art. 16 disp. prel. c.c., il quale fissa il principio secondo il quale «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali», per effetto di numerosi precedenti giurisprudenziali, la portata della regola è stata limitata soltanto ai diritti patrimoniali, non invece ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 cost.). Così quando lo straniero agisca per ottenere il riconoscimento della proprietà di una cosa, occorre che la proprietà sia riconosciuta anche al cittadino italiano nel suo Paese. Quando invece, lo straniero faccia valere un suo diritto della personalità, come ad esempio la sua integrità psicofisica o il suo diritto al nome, il riconoscimento vale a prescindere dalla sua esistenza nel Paese di origine, poiché i diritti inviolabili esistono nella comunità internazionale e fanno parte dell'ordinamento giuridico internazionale. Questa regola è stata poi trasfusa in numerosi provvedimenti legislativi nazionali ⁽²⁶⁾, il cui senso è quello di impiegare i diritti nazionali per dare attuazione a regole cogenti di un ordinamento sovranazionale, privo di propri organi, come ho ricordato in precedenza.

Inoltre è stato codificato il principio secondo il quale *iura novit curia* non vale più soltanto per il diritto delle fonti interne, dunque per il diritto nazionale, ma vale anche per il diritto straniero. L'art. 14, comma 1°, l. 31 maggio 1995, n. 218, ha stabilito la regola secondo la quale «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice». Il diritto straniero, dunque, non è più un fatto che entra nel processo per effetto dell'attività probatoria della parte interessata, ma è norma al pari di quella di fonte interna, come tale deve essere conosciuta dal giudice.

5.3. *Il contratto che crea nuovi beni*

Abbiamo appena notato che il contratto crea il diritto, altre volte lo stesso contratto crea nuovi beni. I beni, per definizione (art. 810 c.c.), sono le cose che possono formare oggetto di diritti. Comunemente si

⁽²⁵⁾ Ho segnalato questi aspetti in *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto - Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, sub art. 1374, cap. II, § 5.

ritiene che il concetto di bene sia il modo impiegato dal diritto per giuridificare lo stato della natura. Raramente si è pensato che la giuridificazione avrebbe potuto avvenire con l'impiego combinato di più istituti giuridici. Orbene, chi acquista un bene in multiproprietà o un pronti contro termine ha l'impressione di comperare quel certo bene. Senonché non esiste il diritto reale di multiproprietà e neppure esiste nel mondo fisico quella cosa che si chiama pronti contro termine. Qui il punto è che mediante il collegamento di più contratti si crea un nuovo bene.

Nel caso della multiproprietà il primo contratto è la compravendita in comunione di un certo complesso edilizio, al quale si accompagna un regolamento in forza del quale è regolato l'uso di quel bene fra tutti i comproprietari. Vendita e regolamento fanno nascere il nuovo bene limitato nel tempo e nello spazio: la multiproprietà.

Nel caso di pronti contro termine, inteso come prodotto finanziario, come valore mobiliare, c'è un contratto di garanzia a prima richiesta, che si unisce ad un contratto di mutuo con restituzione in un certo termine. Naturalmente chi investe in pronti contro termine non pensa all'unione di contratti, ma ad un bene d'investimento, come se si trattasse di un Bot, di un Cct, di un'obbligazione di società o di un altro valore mobiliare. Anche in questo caso l'autonomia privata ha sostanzialmente creato un nuovo bene in senso giuridico, frutto del collegamento contrattuale e non della scoperta di una nuova cosa nel mondo della natura.

L'importanza di questa nuova funzione del contratto non va sottovalutata, così come non va sottovalutato quel processo andato sotto il nome della dematerializzazione dei beni. L'aumento del Pil non è più una variabile dipendente dall'aumento della produzione industriale, come osserva il presidente della Federal Reserve. L'aumento dei componenti non fisici del Pil è in grado di spiegare la maggior parte del suo incremento in tutti i Paesi industrializzati ⁽²⁷⁾.

5.4. *Il diritto delle Autorità garanti*

Ad un certo momento sono comparse sulla scena le autorità garanti. La prima in ordine di tempo è stata la Banca d'Italia, ma questa non aveva destato affatto clamore, per via delle sue origini storiche ⁽²⁸⁾. Suc-

⁽²⁶⁾ Art. 2 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, T.U. sull'immigrazione.

⁽²⁷⁾ Lo osserva anche GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impr.*, 2000, § 5, riprendendo la notizia dal volume collettaneo *Dalle res alle new properties*, Milano, 1990, p. 4.

cessivamente è stata la volta della Consob ⁽²⁹⁾, poi hanno fatto la loro comparsa moltissime altre autorità: l'Isvap ⁽³⁰⁾, il Garante dell'editoria ⁽³¹⁾, il Giurì di autodisciplina pubblicitaria ⁽³²⁾, il Garante della concorrenza ⁽³³⁾, il Garante delle telecomunicazioni ⁽³⁴⁾, il Garante dei servizi di pubblica utilità ⁽³⁵⁾, il Garante della privacy ⁽³⁶⁾, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ⁽³⁷⁾ e così via. Queste autorità svolgono diverse funzioni: talvolta si sostituiscono ai giudici, nella decisione su determinate controversie; altre volte si pongono come veri e propri organismi di controllo dell'attività economica, con precisi poteri sanzionatori per le imprese sottoposte; altre volte determinano (o concorrono a determinare) norme giuridiche di portata generale. È il caso del Garante della privacy, il quale può predisporre codici deontologici per certe categorie di operatori, i quali dovranno essere osservati al pari della legge dello Stato: l'esempio tipico è il codice dei giornalisti.

Il dato caratteristico di tutte queste autorità è che esse sono autonome tanto dai poteri tradizionali dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario), quanto dalla mediazione tradizionalmente assegnata ai partiti. C'è chi addirittura sostiene che la loro nascita, in Italia, sia dipesa proprio dalla difficoltà dei partiti di riuscire a svolgere con efficacia la mediazione necessaria e presupposta alle decisioni da prendere in certi settori dell'economia. Per garantire pienamente l'autonomia di queste autorità, oltre al sistema di incompatibilità previste legislativamente una volta assunta la carica, è stabilita una durata dell'incarico, normalmente più lunga di quella dell'organo che ha eletto il Garante.

In questo modo il Garante, che spesso crea norme giuridiche, diventa

⁽²⁸⁾ La Banca d'Italia nasce il 18 gennaio 1893 dalla fusione tra la Banca Nazionale del Regno d'Italia, la Banca Nazionale toscana e la Banca Toscana di credito, per consentire il salvataggio della Banca romana. Successivamente la l. 10 agosto 1893, n. 449, le attribuisce il ruolo conosciuto di Istituto di emissione della moneta.

⁽²⁹⁾ D.lg. 8 aprile 1974, n. 95.

⁽³⁰⁾ L. 12 agosto 1982, n. 576.

⁽³¹⁾ L. 25 febbraio 1987, n. 67.

⁽³²⁾ Il primo codice italiano di autodisciplina pubblicitaria risale al 1966 ed aveva un'impostazione prevalentemente deontologica. La versione del 1971 (il Codice di Lealtà) presentava una tecnica più analitica nella formulazione delle regole di comportamento, pur conservando una finalità essenzialmente anticoncorrenziale. Nel Codice di autodisciplina del 1975 vi sono regole di chiara protezione dei consumatori, poi riprese ed ampliate nella versioni più recenti. La 29ª edizione è in vigore dal 13 dicembre 1999.

⁽³³⁾ L. 10 ottobre 1990, n. 287.

⁽³⁴⁾ L. 31 luglio 1997, n. 249.

⁽³⁵⁾ L. 14 novembre 1995, n. 481.

⁽³⁶⁾ L. 31 dicembre 1996, n. 675.

⁽³⁷⁾ L. 11 febbraio 1994, n. 109.

un'autorità indipendente anche dal voto espresso dai cittadini. Il suo potere è più vicino a quello di un despota illuminato, più che a quello di un politico. Sicché, in alcuni settori dell'economia, la produzione del diritto e la nascita di nuovi diritti sembra il frutto della tecnocrazia e non della politica tradizionalmente intesa. L'esempio macroscopico è dato dal potere che esercitano i presidenti delle Autorità di vigilanza delle banche che fissano il tasso di sconto (per l'Europa il tasso di riferimento giuridico per i mercati indicizzati), capace di influire sulle sorti dei bilanci dei singoli Stati ed anche sugli indirizzi dell'economia mondiale. In scala più ridotta, si pensi anche al potere della Banca d'Italia di autorizzare o di negare le fusioni fra banche. Certamente tra le persone più potenti del mondo, ancorché meno appariscenti, deve essere catalogato il Presidente della Federal Reserve, ma costui non è soggetto al giudizio del voto di alcun cittadino. Se ha compiuto scelte sbagliate, probabilmente sarà sostituito, ma con una procedura molto prossima alla cooptazione, non alla verifica elettorale. Ragionamento analogo vale anche per i vertici della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale.

Anche tutto questo è un nuovo diritto, un nuovo modo di essere della società, del quale solo in tempi molto recenti si incomincia ad avere coscienza.

6. L'EFFICACIA DEI NUOVI DIRITTI SULLE CATEGORIE GIURIDICHE TRADIZIONALI

Questo mutato stato di cose porta con sé un diverso modo di concepire i rapporti ed introduce nuove categorie. Uno degli esempi da ricordare riguarda la figura del consumatore, in contrapposizione a quella del professionista. Questi soggetti non appartengono alla tradizione giuridica continentale, abituata all'idea astratta di parte contrattuale: il venditore, l'appaltatore, l'assicuratore e così via. Rispetto al nostro diritto, l'unico strappo all'idea di uguaglianza riportata nell'ambito dei rapporti economici era dato dalla contrapposizione fra il privato ed il commerciante, che legittimava una speciale disciplina di favore per il secondo. Questa disarmonia era stata superata con il codice civile del 1942, che ha dettato una regola comune, a prescindere dalla qualità personale dei soggetti che la invocano, superando così la distinzione fra codice civile e codice di commercio, quanto alle fonti.

Sembra di tornare indietro nel tempo, ma non è così. In passato la *lex mercatoria*, poi trasfusa nei codici di commercio, è stata funzionale alla creazione di privilegi per i commercianti nella contrattazione con i privati: questo era stato il senso di quel diritto singolare. Ora la creazio-

ne della figura del consumatore è funzionale ad accordare tutela ad un soggetto, che, altrimenti, dovrebbe soccombere alla volontà del più forte. Qui c'è del nuovo e c'è del vecchio. Per dare attuazione piena all'art. 3, comma 2°, cost., secondo il quale «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», occorre mutuare da altri ordinamenti l'idea di un diritto singolare.

6.1. *Un nuovo rapporto fra cittadino e Stato*

Durante il governo Ciampi, sono stati emanati decreti che prevedono l'obbligo per le imprese o gli enti operanti nel settore dei servizi pubblici di emanare Carte dei servizi ⁽³⁸⁾. Si tratta di provvedimenti con i quali lo Stato erogatore di servizi ha inteso considerare gli utenti al pari di qualsiasi altra impresa di servizi. Ciò vale tanto per le imprese che erogano l'acqua o il gas, tanto per gli enti ospedalieri, quanto per gli istituti scolastici.

La condizione del fruitore di un servizio è passata idealmente da quella di 'suddito' a quella di chi, 'pagando le tasse', ha diritto di essere soddisfatto per ciò che riceve. Non è certa la cogenza di queste Carte rispetto al vero e proprio contratto di servizio, quando questo vi sia, tuttavia il nuovo corso ha già segnato una prima svolta nel diritto vivente. Secondo la giurisprudenza, il rapporto che si instaura tra il medico ospedaliero ed il paziente è di tipo contrattuale, poiché si fonda sul contatto sociale stabilito con la struttura pubblica. Non è, invece, un rapporto interamente governato da regole pubblicistiche che lascerebbero privo di tutela alcuna il cittadino, sul presupposto della supremazia dell'ente pubblico che pone il privato in stato di soggezione ⁽³⁹⁾. È dello stesso anno un'altra

⁽³⁸⁾ Ad es.: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 dicembre 1995, n. 7700; Id. 18 settembre 1995, nn. 910200, 910100.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332; e lo stesso vale per la responsabilità dell'insegnante e della scuola verso l'allievo che si sia procurato autolesioni, nel periodo in cui era sottoposto alla vigilanza del precettore, Cass., sez. un., 27 giugno in *Resp. civ.*, 2002, p. 1012, con nota di FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*: «nel caso di danno cagionato dall'allievo a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che – quanto all'istituto scolastico – l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui que-

importante sentenza nella quale è affermato il principio secondo il quale anche l'interesse legittimo leso comporta l'obbligo del risarcimento del danno a carico della pubblica amministrazione⁽⁴⁰⁾.

L'idea di un nuovo rapporto fra cittadino e Stato, suggerita da ordinamenti diversi dal nostro, è precorritrice dell'idea che chi sbaglia paga, anche se a sbagliare sia stata una Pubblica Amministrazione, nell'esercizio del potere d'imperio, ed a prescindere dal titolo della responsabilità⁽⁴¹⁾. Questa nuova condizione è frutto prevalentemente di una rinnovata considerazione di situazioni già esistenti, attraverso la mediazione giudiziale, dalla quale esce un diritto nuovo.

7. LA NUOVA FRONTIERA: DALLA MACRO ALLA MICROECONOMIA

Non vi è più traccia dell'idea di nazionalizzazione e con essa di pianificazione economica; anzi, viviamo in un'epoca di privatizzazione e di asserito neo liberismo. Del resto la globalizzazione dei mercati rende difficile prendere decisioni localistiche. Dopo lo statuto dei lavoratori, i c.d. Pretori d'assalto avevano censurato la scelta di quegli imprenditori che, per evitare vincoli normativi derivanti dall'assunzione di un certo numero di dipendenti, avevano frazionato le loro imprese in una pluralità di società con pochi addetti. Anche ora il decentramento produttivo è praticato, ma si svolge nell'ambito di società multinazionali che hanno

sti fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che – quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico – tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona; ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487.

⁽⁴¹⁾ Non è escluso che anche la lesione di un interesse legittimo comporti una responsabilità contrattuale, dopo l'*obiter dictum* della Cass., 10 gennaio 2003, n. 157 (nella motivazione letta in *Cd-rom InfoUtet, La Cassazione per esteso*), che segue il Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, c. 1, con nota di MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*; CASSETTA e FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*; ed il T.a.r. Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, *ibidem*, c. 3, che sembra propendere per un fondamento precontrattuale della responsabilità.

sede spesso in continenti diversi da quello della casa madre, sicché poco efficace potrebbe essere la sentenza inibitoria di un giudice nazionale.

I contatti fra le persone in *Internet* avvengono in tempo reale, azzerano qualsiasi distanza e valicano qualsiasi frontiera. Com'è possibile tutelare lo sventurato che subisce una diffamazione, se il responsabile risiede nell'altro capo del mondo, oppure, come spesso accade, se questi riceve l'anonimato dalla rete?

Qualche decennio fa, in conseguenza di un *referendum*, l'Italia ha scelto di non impiegare l'energia nucleare per scopi pacifici. Il risultato concreto è che il nostro Paese importa l'energia elettrica da altri che la producono con il nucleare a poca distanza dai confini nazionali. In termini pressoché identici si pongono tutte le vicende collegate alla tutela dell'ambiente, sulle quali anche il legislatore nazionale è stato sensibile⁽⁴²⁾. I grandi disastri ambientali non coinvolgono quasi mai cittadini appartenenti ad un solo Stato, sicché la regola per questi sinistri può essere dettata soltanto di concerto fra tutti i Paesi della comunità internazionale. Altrimenti, paradossalmente, il rischio economico maggiore è corso dagli Stati che unilateralmente adottano le regole più restrittive, poiché sul piano della concorrenza le imprese nazionali risultano penalizzate in termini di costo per affrontare il confronto con le altre.

Ora certe scelte di programmazione non trovano utilità alcuna, se valutate nella logica del territorio nazionale, al punto che sono state abbandonate. Lo Stato sta dismettendo il ruolo di programmatore e di interventore nell'economia, per assumere quello di regolatore e di garante dei processi: è quanto accade con l'impiego delle Autorità costituite per assicurare la trasparenza nel trapasso dalle situazioni di monopolio a quelle di mercato.

Per contro, assistiamo ad un fenomeno nuovo. Il giudice civile entra sempre più nell'economia del singolo contratto, corregge le storture provocate dal mercato o censura le astuzie di una parte in danno dell'altra. Sembra quasi rompersi la sacralità della 'stretta di mano' che già i romani conoscevano: *pacta sunt servanda*. L'impiego della buona fede consente al giudice di dichiarare l'inadempimento del contratto anche se, in apparenza, nessuna clausola sia stata violata. Così è accaduto che una società fosse tenuta a corrispondere al Comune di Fiuggi i diritti di sfruttamento di una sorgente, in percentuale sul prezzo di vendita delle bottiglie di acqua minerale. Il senso era che, con l'aumento del prezzo di rivendita, sarebbe corrispondentemente aumentato anche il corrispettivo da versare al Comune. La società di produzione, per evitare di

⁽⁴²⁾ L. 8 luglio 1986, n. 349.

pagare un canone superiore al Comune, ha costituito una società di commercializzazione alla quale per anni ha venduto le bottiglie d'acqua al medesimo prezzo, mentre la società di commercializzazione ha rivenduto quelle bottiglie ad un prezzo di mercato, molto superiore. Il giudice ha ritenuto che la società di produzione, la sola vincolata contrattualmente al Comune di Fiuggi, fosse inadempiente al patto originario, poiché la costituzione della nuova società e la conclusione con questa del nuovo contratto costituivano inadempimento al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). Il giudice ha valutato che lo scambio realizzato con l'originario contratto non fosse congruo per effetto del comportamento contrario a buona fede assunto da una delle parti, dunque ha condannato a pagare al Comune il corrispettivo pari all'effettivo utile maturato dal gruppo di imprese ⁽⁴³⁾. Sullo sfondo c'è l'idea che la esecuzione di quel contratto non sia stata conforme ai canoni di buona fede, dunque che sia mancato il rispetto del dovere costituzionale di solidarietà.

Un altro caso pertinente al riguardo è dato dalla decisione del giudice che ha modificato d'ufficio la penale contrattuale, giudicandola manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.) ⁽⁴⁴⁾. L'idea liberistica della intangibilità dell'accordo considera eccezionale la possibilità di intervenire *a posteriori* su un contratto perfezionato alle condizioni date, sul presupposto della mancata congruità dello scambio. Tradizionalmente per l'applicazione della norma che consente di ridurre la penale contrattuale manifestamente eccessiva è sempre stata richiesta una specifica domanda della parte interessata. Ciò in omaggio al principio dispositivo ed al principio della corrispondenza tra il richiesto ed il pronunciato, che regolano il funzionamento del processo civile. Con una decisione molto criticabile questa volta il giudice ha ritenuto di potere d'ufficio regolare diversamente i doveri ed i diritti nascenti dal contratto, sul presupposto di una mancanza di congruità nello scambio ⁽⁴⁵⁾.

Si tratta di un esempio da non imitare, ma che è sintomatico della tendenza di intervenire giudiziariamente nella micro economia. Dopo la stagione delle nazionalizzazioni e della programmazione economica con la partecipazione diretta dello Stato imprenditore, ne è seguita un'altra nella quale l'attenzione si è spostata dalla macro alla micro econo-

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, con nota di BARONE.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929, con nota di PALMIERI.

⁽⁴⁵⁾ È ritornata sulle posizioni originarie, in contrasto con la sentenza riportata alla nota prec.: Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924.

mia. Qui è prevalentemente il giudice a svolgere un'attenta attività di mediazione degli interessi, senza che sia stato necessario una vera e propria innovazione legislativa: è stato sufficiente riscoprire il valore delle clausole generali.

Talvolta è il legislatore nazionale, ispirato da quello comunitario, che si è occupato proprio della congruità dello scambio, sanzionando con l'inefficacia il contenuto delle clausole vessatorie, che, a discapito della buona fede, abbiano come risultato quello di rendere squilibrati i diritti ed i doveri nascenti dal contratto fra un professionista ed un consumatore ⁽⁴⁶⁾. Analoga regola è stata seguita anche per disciplinare i rapporti fra un grande imprenditore ed un subfornitore.

8. L'AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLA SOCIETÀ CIVILE

C'è un altro fenomeno nuovo che si è manifestato soprattutto come un diverso modo di esercizio dei diritti. Certe categorie di privati tendono ad autoregolare i propri interessi, senza il diretto intervento dello Stato, nella persona del giudice o di un'autorità amministrativa. Assistiamo sempre più frequentemente alla nascita di codici di autodisciplina: dal più noto, quello di autodisciplina pubblicitaria; a quello dell'autodisciplina urbanistica; ai codici deontologici di molte categorie professionali.

Le imprese che operano o che impiegano la pubblicità si sono date pattiziamente una regola di comportamento vincolante, ed a tal fine hanno creato organismi ai quali rivolgersi per ottenere tutela: il Giurì di autodisciplina ⁽⁴⁷⁾. Salvo che le parti non chiedano espressamente al Giurì di costituirsi in collegio arbitrale, ai sensi dell'art. 32 del codice di autoregolamento pubblicitario, le decisioni di questo organo non hanno la natura di lodo arbitrale, neppure irrituale, ma costituiscono un atto di accertamento, vincolante per coloro che vi si sono sottoposti ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Così va letto l'art. 1469 *bis*, comma 1°, c.c.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ZORZI, *Autodisciplina pubblicitaria*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 549 ss., la quale ricorda che la forza vincolante del Codice e del Giurì di autodisciplina pubblicitaria ha fonte contrattuale. Nei confronti dei mezzi pubblicitari, il vincolo deriva dall'adesione dei singoli operatori o dei loro organismi rappresentativi all'associazione che ha dettato il codice: la Confederazione Generale Italiana della Pubblicità. Nei confronti degli utenti dei mezzi pubblicitari, il vincolo deriva dalla apposita clausola di accettazione del codice di autodisciplina che gli associati sono tenuti ad inserire nei singoli contratti di pubblicità. In via esemplificativa, alla Confederazione Generale Italiana della Pubblicità aderiscono fra l'altro la Federazione professionale della Pubblicità (Federpro), la Federazione italiana editori giornali (Fieg), la Federazione italiana della pubblicità (Fip), la Rai-Radiotelevisione italiana, l'Unione televisioni private (Utepa), gli Utenti Pubblicità Associati (Upa).

La sanzione applicabile per l'inosservanza può giungere all'esclusione dall'associazione, dunque può provocare un grave discredito per avere impiegato scorrettamente il mezzo pubblicitario. La funzione di questo Regolamento è di risolvere la controversia nata dallo specifico mezzo pubblicitario sottoposto all'esame, così eliminando l'incertezza sulla conformità dei messaggi alle astratte regole previste dal codice di regolamento. Proprio in questa funzione i giudici hanno ravvisato che il Codice soddisfa l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, richiesto dall'art. 1322, comma 2°, c.c. ⁽⁴⁸⁾.

I proprietari di fondi edilizi ubicati in certi comparti urbanistici di particolare pregio (ad esempio in Costa Smeralda), convenzionalmente, hanno stabilito regole di comportamento da impiegare in sede di costruzione degli edifici, spesso più rigorose rispetto a quelle pubblicistiche previste dal diritto urbanistico. Per l'attuazione di queste regole hanno previsto la composizione di comitati tecnici, quali organi interni dei consorzi fra proprietari, deputati all'approvazione o al rigetto dei progetti edilizi presentati dai singoli, a prescindere dal fatto che questi abbiano già ottenuto la concessione edilizia.

È sempre più frequente l'approvazione di codici deontologici professionali, a garanzia dell'affidabilità e della correttezza di avvocati, commercialisti, giornalisti, medici, e così via.

8.1. *L'autoregolamentazione ed il limite del potere disciplinare*

È anche accaduto che le parti che si sono autoregolamentate abbiano assunto molto seriamente il loro ruolo, ed abbiano trasfuso in clausole una serie di previsioni sanzionatorie di alquanto dubbia legittimità. Così è frequente trovare nei codici comportamentali pene private, dal contenuto atipico, come ad esempio quelle che prevedono il rimprovero in forma privata o pubblica, la pubblicazione sui quotidiani dei provvedimenti sanzionatori comminati contro gli inadempienti. Come è già stato osservato, la predisposizione di certe clausole di natura indiscutibilmente pattizia sembra quasi che abbia avuto come modello i regola-

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Giurì codice autodisciplina pubblicitaria 21 dicembre 1987, n. 140, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, p. 375: «l'intervento del giurì ha non solo la funzione di prevenire ogni possibile ripetizione della pubblicità scorretta, ma anche quella di ristabilire le regole violate anche a scopo di orientamento degli operatori; funzione quest'ultima assicurata anche dalla sia pure limitata pubblicità di cui tutte le decisioni del giurì sono oggetto».

⁽⁴⁹⁾ Ampiamente, per ogni ulteriore riferimento, DI CATALDO, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del codice di autodisciplina*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 111 ss.

menti amministrativi, i quali non di rado prevedono sanzioni disciplinari di carattere non pecuniario; ma la diversa fonte ne non autorizza la meccanica trasposizione in regolamenti contrattuali ⁽⁵⁰⁾.

Il contratto non può occupare lo stesso spazio riservato alla legge o, comunque, ad una norma giuridica di rango inferiore. Il contratto può regolare soltanto, come del resto prevede la definizione data dall'art. 1321 c.c., tuttavia la regolamentazione è finalizzata alla nascita di un rapporto giuridico patrimoniale. Così del resto dispone l'art. 1384 c.c. che, nel disciplinare la penale contrattuale, richiede che questa abbia ad oggetto una prestazione, per la quale è richiesta la valutazione patrimoniale agli effetti dell'art. 1174 c.c.; e per la quale è richiesta la disponibilità del diritto.

In definitiva il potere di autoregolamentazione dei privati subisce il limite dello strumento impiegato: il contratto. Sicché la previsione di pene private è legittima se il loro oggetto sia suscettibile di valutazione economica e se riguardi diritti disponibili, poiché entro questi limiti può essere impiegato il contratto. Orbene, il rimprovero, quando non sia espressamente consentito da una norma, come accade nell'ambito del rapporto di lavoro, è dubbio che possa trovare fonte in una clausola contrattuale che prevede una penale c.d. «morale», poiché incide sulla sfera giuridica di una persona e sui suoi diritti della personalità. I genitori possono punire i figli nell'esercizio del diritto dovere dello *ius corrigendi*, ma questo potere è impiegato in esecuzione di una norma, la quale giammai potrebbe essere surrogata da un contratto.

Lo stesso vale per le clausole che dispongono la pubblicazione sui quotidiani dei provvedimenti sanzionatori a carico di taluni associati. L'art. 120 c.p.c. e l'art. 186 c.p., a titolo di specifica misura risarcitoria, dispongono la misura della pubblicazione della sentenza di condanna di una parte del processo. Si tratta di disposizioni eccezionali, poiché la regola è che la parte vittoriosa nel giudizio non possa dare pubblicità della sentenza a suo piacimento, altrimenti lederebbe il diritto alla reputazione o alla riservatezza dell'altra. Qui il contratto non si può sostituire alla legge, poiché l'oggetto della clausola riguarda un diritto della personalità per sua natura indisponibile.

Tutto ciò per segnalare che la ritrovata funzione del contratto sconta il limite dello strumento impiegato. Sicché dal contratto possono nascere nuovi diritti, a condizione che questi siano compatibili con la fonte pattizia.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contratto e impr.*, 2001, p. 509, le riflessioni dell'a. prendono spunto dal Regolamento predisposto dalla società di gestione di un mercato regolamentato, in esecuzione dell'art. 62 del Testo unico sull'intermediazione finanziaria d.lgs. 24 febbraio 1999, n. 58.

8.2. *La rilevanza e l'efficacia dell'autodisciplina rispetto ai terzi*

La singolarità del fenomeno dell'autodisciplina non è data solo dal fatto che contrattualmente le parti (i componenti delle singole categorie professionali) possano autodeterminarsi limitando il proprio personale potere, ma dal fatto che queste autodiscipline possano favorire o vincolare anche i terzi. Il codice di autoregolamentazione pubblicitaria è stato considerato un contratto a favore di terzi, pertanto anche chi ha subito lesione dalla pubblicità ingannevole, pur non essendo parte del Regolamento, può adire il Giurì per ottenere una pronuncia di condanna dell'operatore scorretto. Già negli anni settanta, la giurisprudenza milanese ha ravvisato nel codice di autoregolamento la natura di un contratto a favore di terzi, al quale non è essenziale la preventiva individuazione del beneficiario⁽⁵¹⁾. Di modo che il committente la pubblicità è il promittente (televisioni, giornali, imprese), il creatore del mezzo pubblicitario lo stipulante (agenzia, professionista, produttore), il consumatore diviene terzo determinato al momento in cui, con la denuncia, lamenta la lesività di quel messaggio. Com'è stato osservato, il Giurì assume il ruolo di «organo costituito per l'attuazione del contratto», ai sensi dell'art. 1332 c.c.⁽⁵²⁾, eliminando l'incertezza che i singoli messaggi possano essere o non essere conformi alle norme astratte del Codice.

In altro ambito la trascrizione dello statuto dell'associazione di autodisciplina urbanistica è stata ritenuta idonea a far nascere un sistema di servitù reciproche fra gli associati, proprietari dei fondi. Pertanto, in caso di vendita dell'immobile, anche l'acquirente è vincolato, pur non essendo stato parte dell'associazione dalla quale è nata quella speciale autoregolamentazione urbanistica autolimitatrice.

Ancora: i codici deontologici dei professionisti vincolano la categoria degli appartenenti, ma anche i clienti possono invocare quelle regole, se l'avvocato, l'ingegnere o il giornalista, violando quelle stesse disposizioni, abbiano pregiudicato la propria posizione giuridica. Anche in questo caso questi codici (contratti) finiscono per assumere un'efficacia esterna alle parti contraenti.

8.3. *L'autoregolamentazione provocata dalla legge*

In altri settori è la legge che provoca l'intervento dei privati per regolare i rapporti nella società civile. In materia di affitto di fondi rusti-

⁽⁵¹⁾ Cfr. Trib. Milano 22 gennaio 1976, in *Foro pad.*, 1976, I, c. 128; App. Milano 9 gennaio 1981, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, 1391/1.

⁽⁵²⁾ Cfr. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1993, *sub* art. 1372, p. 56.

ci la legge fissa un termine minimo di durata, ma questo termine può essere derogato se alla formazione ed alla conclusione del contratto partecipano le associazioni di categoria delle parti. Stessa sorte hanno avuto i contratti di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di civile abitazione, fino ad un certo periodo⁽⁵³⁾. Qui la presenza delle associazioni di categoria è sufficiente per consentire una deroga che la legge altrimenti vieterebbe, sul presupposto che la loro presenza garantisce la salvaguardia della parte debole.

In tutti questi casi, la riconsiderazione del contratto è funzionale al raggiungimento di uno scopo organizzativo che ben difficilmente potrebbe trovare una esplicita descrizione nella definizione codicistica dell'art. 1321 c.c. È questo un altro caso in cui il nuovo si ottiene riconsiderando il vecchio diritto.

Nell'ambito della sicurezza negli ambienti di lavoro, il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (reso in attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE e 90/679/CEE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro), ripartisce le funzioni di controllo dell'attività tra più soggetti, i quali svolgono una funzione che altrimenti dovrebbe essere assolta da un pubblico funzionario⁽⁵⁴⁾. Qui è la legge che chiama la società civile ad autoregolamentarsi ed a controllarsi, nell'interesse generale. Se escludiamo il notaio, che in base alla legge professionale non può rogare atti nulli, pena la sua responsabilità civile, normalmente la funzione di controllo delle attività umane è demandata ad organi interni allo Stato apparato. Nei casi appena esaminati, siamo alla presenza di un fenomeno nuovo: certi privati sono chiamati a svolgere una funzione di controllo nell'interesse generale, al di fuori della figura nota del privato incaricato di pubblico servizio. Sicché da un lato è la società civile che tende ad auto organizzarsi con il contratto, dall'altro è la legge che chiama la società civile ad auto organizzarsi, indicando le figure sulle quali viene rimesso il controllo istituzionale delle attività umane.

⁽⁵³⁾ Cfr. Corte cost., 25 luglio 1996, n. 309, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2601: «è incostituzionale l'art. 11, comma 2°, d.lg. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge con modificazioni con l. 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui prevede come obbligatoria, per la validità degli accordi in deroga alla l. 27 luglio 1978, n. 392, l'assistenza delle organizzazioni della proprietà edilizia e dei conduttori maggiormente rappresentative a livello nazionale».

⁽⁵⁴⁾ Analoga disciplina è dettata dal D. lgs. 14 agosto 1996, n. 494 reso in attuazione della direttiva 92/57/CEE concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili.

Qualche volta è la mancanza della legge che obbliga un privato a dover esercitare un controllo sulle attività di altri. È il caso dell'*host service provider*, il quale ospita soltanto dati immessi da un *content provider* per conto del titolare di un sito *web*. Questi non risponde della illiceità dei dati immessi da altri, tuttavia, una volta venuto a conoscenza del fatto, è tenuto a controllarli ed a rivelare alla vittima le identità dei responsabili. Se non esercita questo controllo o se non rivela le identità dei responsabili, egli risponde personalmente per non avere impedito il fatto, nel primo caso, o per aver impedito il risarcimento, nel secondo caso. Qui è la funzione svolta che impone di esercitare un controllo sulle attività altrui, prima ancora che subentri il vaglio di un giudice sulla liceità di certi comportamenti. Non è la legge ad istituire questo controllo, bensì il rischio di subire le conseguenze della responsabilità civile, per l'iniziativa della vittima.

9. I NUOVI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

Negli ultimi trent'anni è cambiata la considerazione che il diritto ha della persona umana. Accanto ad un diritto patrimoniale che tende a globalizzarsi oggettivamente, o meglio che segue i movimenti di un mercato diventato planetario, i diritti della personalità, già globalizzati, stando al tenore dei proclami contenuti negli atti normativi internazionali, incominciano a trovare una tutela effettiva. Il processo si svolge sia per via legislativa sia in conseguenza delle applicazioni giurisprudenziali.

Quanto all'attività del legislatore, ricordo la legge sulla *privacy*, che è sintomatica di un nuovo modo di concepire la persona in rapporto alle possibili lesioni derivanti dall'impiego di dati raccolti in banche dati. Ricordo anche la legge sulla illegittima durata dei processi l. 24 marzo 2001, n. 89, la c.d. l. Pinto: il mezzo per la tutela dei diritti può a sua volta trasformarsi in uno strumento di offesa del diritto della persona. Del resto il «giusto processo» dell'art. 111 cost., nel testo recentemente modificato, non è tale soltanto quando sia stato rispettoso delle norme che lo regolano, ma anche quando si sia concluso in un tempo ragionevole. In sede comunitaria tradizionalmente è stato privilegiato l'aspetto del mercato su quello dei diritti inviolabili della persona, ma da qualche tempo è in atto un ripensamento, sul quale a breve dovranno attendersi cambiamenti. È stato riportato con una certa enfasi il dibattito apertosi con la Carta europea dei diritti dell'uomo; questo documento non nasce tecnicamente come testo di fonte comunitaria, ma ragionevolmente comporrà una parte importante della Costituzione europea. In quel

documento è dato ampio rilievo ai diritti civili e politici delle persone, anche di nuova concezione quali ad esempio il divieto di discriminazione in base alle «tendenze sessuali» (art. 21, comma 1°).

Quanto all'attività giurisdizionale, il dibattito aperto con l'invenzione del danno alla salute ed ora proseguito con il danno esistenziale, con il danno da lutto e così via dimostra una rinnovata attenzione per i problemi della persona, senza che questo mutato atteggiamento sia stato direttamente provocato da un intervento legislativo. Qui il punto nodale è la rinnovata consapevolezza che una vera e propria tutela della persona può essere attuata soltanto garantendo il risarcimento del danno in caso di lesione di un diritto della personalità. Attraverso l'impiego di un'altra clausola generale, quella del danno ingiusto dell'art. 2043 c.c., si ammette il risarcimento del danno, anche qualora le conseguenze della lesione alla persona non abbiano direttamente causato una diminuzione del suo patrimonio. In altri termini si ritiene che il dovere di solidarietà sociale debba comprendere anche la giustificazione di un risarcimento, dato in assenza di una perdita economica apprezzabile con i consueti strumenti che dovrebbero essere impiegati ove di diritto patrimoniale si trattasse.

Qui la mediazione del giudice civile è funzionale alla riscrittura di un istituto ben consolidato nella tradizione giuridica, quello della responsabilità civile, per realizzare la tutela della persona e non della proprietà. È proprio questo il punto: la responsabilità civile nasce come forma di tutela della proprietà e degli altri diritti patrimoniali, di fronte all'aggressione dei terzi. Proprio perché la sua funzione consisteva nella tutela del diritto di proprietà è chiaro che il risarcimento del danno doveva essere concepito come perdita patrimoniale stimabile e misurabile con i comuni criteri del mercato. Quando invece la lesione cada su diritti della personalità, nessun criterio patrimoniale può davvero soddisfare le esigenze di uno strumento tarato su valori diversi da quelli propriamente economici.

La conclusione avrebbe dovuto essere che lo strumento impiegato non è adatto a regolare questo tipo di conflitto interpersonale. Senonché, questa ragionevole conclusione, avrebbe comportato un incolmabile vuoto di tutela: non c'è un altro strumento nell'ordinamento giuridico, dunque, nessuna conseguenza civile potrebbe seguire alla lesione dei diritti della personalità. Questa *impasse*, astrattamente insuperabile, ha trovato soluzione nell'impiego della responsabilità civile con una finalità diversa da quella tradizionalmente assegnata. Il giudice ha impiegato uno strumento per un fine diverso da quello che lo ha visto nascere: il risarcimento del danno può assolvere anche una finalità solidaristica e non soltanto compensativa di una perdita patrimoniale.

10. LA CULTURA GIURIDICA DI OGGI

La cultura giuridica è molto cambiata sia per i temi di indagine, sia per il metodo seguito nella ricerca. La Costituzione ed il diritto europeo sono diventati ormai fonti trasversali che influenzano tanto i temi di ricerca, quanto il metodo di indagine. La rilettura dei rapporti privati mediante l'impiego delle norme costituzionali ha portato a riconsiderare la gerarchia dei valori presenti nell'ordinamento giuridico. All'antico dogma di fonte dottrinal-convenzionale si è sostituito il precetto del costituente da tradurre in regola cogente mediante il collegamento con le norme giuridiche di rango inferiore. L'operazione non è soltanto metodologica, se si considera che i valori della solidarietà (art. 2 cost.), della utilità sociale e della sicurezza (art. 41 cost.) non sono tipici dell'economia liberale che ha visto nascere le codificazioni ottocentesche. È vero che nei proclami della rivoluzione francese alla libertà e all'uguaglianza si accompagnava la fratellanza, ma è altrettanto vero che nell'impianto istituzionale nato da quella rivoluzione quest'ultimo concetto non ha mai trovato soluzione concreta. Le norme aperte della Costituzione consentono di introdurre precetti e diritti di fonte sovranazionale, contemporaneamente rendono più concreto e meno concettuale il ragionare degli operatori sui singoli conflitti interindividuali. Il risultato è che, nei rapporti economici, il soggetto giuridico del terzo millennio è sempre più cittadino del mondo e sempre meno parte di una comunità ristretta, soggetto a regole particolari.

La prospettiva offerta da Rodotà negli anni sessanta non deve essere letta come la fondazione di un neo giusnaturalismo, che ha sostituito la Costituzione all'ordine naturale delle cose, per legittimare la regola da applicare al caso in decisione. Deve invece essere intesa nel senso che la società globale non deve perdere di vista i valori fondamentali della vita, di modo che i proclami dei trattati internazionali non segnino il passo di fronte alla stringente regola della domanda e dell'offerta. La mediazione giuridica svolta dai giuristi con l'impiego di clausole generali e con la scoperta di principi generali comuni a tutti i sistemi giuridici assolve proprio questa funzione.

Quanto al metodo seguito, si attenuano le differenze di impostazioni tra i giuristi di *common law* ed i giuristi di *civil law*. Gli operatori si rivolgono sempre meno ai dogmatici e sempre di più agli altri interpreti della legge per trovare la soluzione dei conflitti, dunque studiano sempre di più le sentenze già rese su casi simili anche negli ordinamenti di area continentale. I nuovi diritti sono sempre più il risultato di un dialo-

go serrato fra studiosi e giudici, che in questo modo modificano il loro ruolo ⁽⁵⁵⁾.

L'operatore confida sempre più in se stesso e sempre meno nell'intervento di una nuova norma per trovare la decisione più confacente alla mutata realtà delle cose. Salvo qualche caso seppure qualitativamente importante, penso alla recente riforma del diritto societario, tutti gli operatori diffidano dell'attività di un legislatore, ingessato da un dibattito politico che non premia la creazione di un buon diritto. È sempre più radicata l'idea che l'attività interpretativa sia più confacente alle esigenze di una società che cambia, dunque che la mediazione giuridica debba essere svolta dagli operatori giuridici e non dalla creazione di un nuovo diritto statutale. Proprio in questa logica si spiegano le decisioni su temi delicatissimi del nostro tempo quali il contratto atipico di maternità surrogata a titolo gratuito ⁽⁵⁶⁾, la fecondazione assistita eterologa e la revoca del consenso prestato dal padre, mediante l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ⁽⁵⁷⁾. Nei precedenti già editi si trovano decisioni motivate in applicazione di principi generali espressione di un diritto fuori dagli angusti spazi dei confini nazionali. Non si avverte il dramma di una legge che manca, poiché l'interprete è in grado di dare effettività a norme esistenti, sulla base di un ricostruito sistema di valori.

⁽⁵⁵⁾ Questo processo è bene descritto nelle pagine della rivista *Contratto e impresa*, diretta da Galgano, nata nel 1985.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298: «è nullo il contratto con cui una donna consente, verso compenso, a ricevere il seme di un uomo e a portare a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre (sulla base di tale principio, è stata respinta l'istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata)»; in senso contrario Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 972: si trattava di un contratto a titolo gratuito, ma, in sede di reclamo, questo provvedimento autorizzativo è stato integralmente modificato.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1834: «il marito, dopo aver validamente prestato il proprio consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito per effetto di tale inseminazione».