

Mauro BERNARDINI
Straordinario di Diritto privato nell'Università di Bologna
Facoltà di Economia – Sede di Forlì

LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO
Una rivisitazione oggi

Sommario

1. Diritto e norma giuridica
2. A) La normazione primaria, in generale. La legge. La delega legislativa. Il decreto-legge. La recente legislazione delegata e decretata.
3. Il Codice Civile.
4. I Testi unici. La legge collegata alla “finanziaria” di fine anno. Altri testi collegati. Esperienze recenti.
5. B) La normazione primaria, le sue basi e i suoi limiti. La Costituzione e le leggi costituzionali. Il ruolo della Costituzione. La Costituzione e i rapporti privati.

1. Il **diritto** è un complesso di norme -e principi- che regola e protegge, su basi di giustizia e in modo vincolante per tutti, la vita di relazione e l'iniziativa pratica dell'uomo nella società organizzata; se norme e principi vengono violati è prevista (e generalmente si applica) una caratteristica sanzione (1).

Per i Romani il termine diritto era *jus*: da cui, anche moralmente connotate, allora come oggi, le parole **giusto** e, appunto, **giustizia**. Ma anche con un significato più ristretto e tecnico, **giuridico** e **giurisdizione**: letteralmente una cosa (ad es. un testo giuridico) e un procedimento (ad es. una pronuncia giurisdizionale dell'Autorità) che dice, cioè proclama, il diritto (2).

Nel linguaggio comune, com'è noto, si parla anche di **legge**; e il termine non è affatto abusivo, avendo, anzi, autorevoli corrispondenti stranieri, come, ad es., l'inglese *law*.

Da noi, tuttavia, e anzi in tutta l'Europa continentale, la legge costituisce **una** delle fonti del diritto; per quanto la più importante -la fonte per antonomasia- essa non è l'unica.

Con la legge coesistono anche altre fonti, come la Costituzione, il diritto della Comunità europea, i regolamenti e gli usi.

E' al complesso di tutte queste fonti che si riferisce, ampiamente e omnicomprensivamente, il termine diritto; equivalente, esso sì, nella sostanza e nella portata, ma non nella forma e nel suono, all'inglese *law*.

Per sottolineare, poi, che questo complesso di regole obbligatorie risulta da un insieme di norme e principi positivi, di carattere generale e astratto -e cioè diretti, in principio, ad ogni consociato, e non ad A o B in specifico-, si suole aggiungere al sostantivo **diritto** l'attributo **oggettivo**; le norme e i principi dettati dalla legge e dalle altre fonti, i loro imperativi, costituiscono il **diritto oggettivo**.

Il **diritto oggettivo**, o il **diritto tout court**, è dunque un complesso di norme obbligatorie, di imperativi, di comandi, che regolano (e proteggono) la vita dell'uomo come animale sociale. Questo complesso, per raggiungere il suo scopo, che è la protezione individuale e sociale, deve essere retto da principi di organicità, logicità e non contraddizione.

Esso deve costituire un insieme coerente o, come si dice, un ordinamento giuridico.

Anche i contratti, nel campo del diritto privato, come pure le sentenze del giudice o i provvedimenti della Pubblica Amministrazione, nel campo del diritto pubblico, contribuiscono al modo di essere dell'ordinamento giuridico. Ma essi pongono regole -*rectius* comandi- di carattere individuale e concreto, che, solo all'inizio di un procedimento deduttivo ed applicativo, s'inquadrano in una più ampia **regola**.

Quei comandi, in sé, hanno da valere solo per alcune persone, in situazioni date, di tempo e di luogo. Se, ad es., A, importatore italiano di prodotti alcolici, con sede a Bologna, si

accorda con B., produttore francese di vino “*Champagne*”, con sede a Reims, per l’acquisto di 1000 bottiglie della serie “*grand cuvée*”, anno 2000; e se la merce dovrà essere consegnata a Bologna, alla sede di A., entro 30 giorni e il prezzo, di € 25.000, dovrà essere pagato a Reims, nella banca domiciliataria di B., nei successivi 30 giorni; ebbene questi -di consegnare e pagare, nei modi e nei tempi detti- e questi soli sono gli imperativi che nascono dal contratto.

Certo essi ripetono e attualizzano regole e massime che riguardano, in generale, ogni contratto (cfr., ad es., l’art. 1372 C.c.) e, in specifico, il contratto di vendita (cfr., ad es. gli artt. 1476 e 1498 C.c.); e, anzi, senza quelle regole -che tante fattispecie contrattuali concrete hanno contribuito a formare- avrebbero ben meno valore o non ne avrebbero alcuno.

Peraltro, quando parliamo fonti del diritto, ci riferiamo anzitutto alle regole -o norme- di carattere ampio, e cioè generale ed astratto, da valere per tutti i consociati che si trovano, in ogni momento e in ogni luogo, nella situazione data; ad es., come sopra, parti di un contratto di vendita di beni mobili di genere (3).

2. Tecnicamente per “fonte del diritto” -e questo linguaggio figurato è comune anche all’estero; ingl. *sources of law*; ted. *Rechtsquellen*- intendiamo i modi di produzione delle norme giuridiche; cioè quei sistemi o procedimenti che pongono nuove regole, o comunque riformano, modificano o sopprimono (“abrogano”) regole del diritto esistenti.

Caratteristico è il procedimento legislativo presso le Camere del Parlamento; disciplinato dagli artt da 71 a 74 Cost..

Si tratta, appunto, della legge, o “legge in senso formale”, intesa sia come fonte di produzione (appunto nel suo meccanismo o procedimento), sia come fonte di cognizione, nel suo risultato finale: testo legislativo articolato, leggibile ad es. sulla Gazzetta Ufficiale, (ora anche in via telematica almeno per gli ultimi 60 giorni, sul sito www.GazzettaUfficiale.it)..

La legge -le leggi, nel loro complesso- costituiscono la normazione primaria. Alla legge in senso formale -cioè elaborata e comunque proveniente dall’organo costituzionale titolare della funzione legislativa, il Parlamento bicamerale (art. 70 Cost.)- si affiancano il decreto legislativo (o legge delegata) e il decreto-legge (d’urgenza). Queste fonti, pur articolate in termini generali ed astratti, e pur avendo forza di legge -possono innovare, modificare o abrogare leggi esistenti, o loro parti- tuttavia non hanno forma di legge (sono solo leggi sostanziali).

Provengono infatti da un altro organo costituzionale, il Governo, ordinariamente **non** titolare della funzione legislativa, ma di quella di direzione politica ed esecutiva.

A differenza della legge formale, i decreti legislativi non possono riguardare la generalità delle materie, ma solo “oggetti definiti” (art. 76 Cost.) e cioè singole, specifiche materie; tali che, per il loro tecnicismo e la loro vastità -si pensi a un nuovo codice della strada o a una nuova legge sul commercio o sulle società commerciali- mal si prestano ad una valutazione (puramente o prevalentemente) politica e ad un’elaborazione assembleare, com’è quella del Parlamento.

Legiferare in queste materie, al contrario, esige di poter disporre di supporti informativi, tecnici, scientifici di cui solo il Governo, tramite i suoi apparati ministeriali e i suoi consulenti, può disporre; e implica una redazione finale del testo legislativo organica e sistematica da parte di una commissione ristretta, se non di un unico autore, quale assai meglio il Governo del Parlamento può di norma attivare.

Peraltro l’ambito della materia specifica in cui il Governo, in via speciale, è abilitato o “delegato” a legiferare, viene definito, con una formale legge di “delega” dal Parlamento - titolare della funzione legislativa- il quale determina pure (metodologicamente) “principi e criteri direttivi”. Tra questi, ad es., obiettivi finali da raggiungere o particolari metodi selettivi, implicanti scelte politiche, per raggiungere obiettivi condivisi.

Infine la legge delega stabilisce un termine (“tempo limitato”, ancora art. 76 Cost.) per il suo esercizio (sei mesi, un anno, ad es.) scaduto inutilmente il quale il Governo si ritrova sfornito di ogni potere legislativo.

La materia è stata regolata dalla importante L. 23 agosto 1988, n. 400, disciplina dell’attività di Governo, nel capo III, sulla Potestà normativa del Governo stesso.

Tale legge, anzitutto, ribadisce e specifica alcune prescrizioni formali (art. 14, c. 1). “I decreti legislativi adottati dal Governo ai sensi dell’art. 76 della Costituzione sono emanati dal Presidente della Repubblica con la denominazione di 'decreto legislativo' e con l’indicazione, nel preambolo, della legge di delegazione, della deliberazione del Consiglio dei ministri e degli altri adempimenti del procedimento prescritti dalla legge di delegazione”. Poi ci si fa attenti alle esigenze di tempo e di controllo da parte del Capo dello Stato (art. 14, c. 2). “L’emanazione del decreto legislativo deve avvenire entro il termine fissato dalla legge di delegazione; il testo del decreto legislativo adottato dal Governo è trasmesso al Presidente della Repubblica, per l’emanazione, almeno venti giorni prima della scadenza”.

Inutile dire che oggi, dell'istituto della delega legislativa, si fa ampio uso; non solo per l'emanazione di nuovi codici o ampie leggi di settore, ma anche per riforme legislative che implicino un minimo di difficoltà e di tecnicismo.

Per limitarci ai tempi recenti, si è ricorsi alla delega legislativa, ad es., in materia di intermediazione finanziaria (D. L.vo n. 58/1998, c.d. legge Draghi, recante appunto il testo unico sui servizi d'investimento in strumenti finanziari, quali titoli ed azioni, resi al pubblico degli investitori, con la disciplina per i relativi intermediari, a cominciare dalle banche); in tema di firme elettroniche (D. L.vo n. 10/2002); con riguardo alla vendita dei beni di consumo e alle relative garanzie (D. L.vo n. 24/2002, recante nuovi artt. da 1519 *bis* a 1519 *nonies* C.c.); perfino nella delicata disciplina (ben nota alla cronaca politica italiana e non) del falso in bilancio e in altre comunicazioni sociali (D. L.vo n. 61/2002, recante nuovi artt. da 2621 a 2641 C.c.) e per la riforma organica delle società di capitali e cooperative, c.d. nuovo diritto societario (D.L.vo n. 6/2003, recante nuovi articoli da 2325 a 2548 C.c., destinati ad entrare in vigore dall'1 gennaio 2004).

Tornando alla L. n. 400/1988, particolare attenzione viene data alla legislazione delegata esercitabile con atti plurimi e ai necessari raccordi con il titolare del potere legislativo (art. 14, c. 3). "Se la delega legislativa si riferisce ad una pluralità di oggetti distinti, suscettibili di separata disciplina, il Governo può esercitarla mediante più atti successivi per uno o più degli oggetti predetti. In relazione al termine finale stabilito dalla legge di delegazione, il Governo informa periodicamente le Camere sui criteri che segue nell'organizzazione dell'esercizio della delega". Ed è appunto il caso degli ultimi due decreti legislativi citati (n. 61/2002 e n. 6/2003), entrambi in materia societaria, che hanno origine nella stessa legge di delega, la L. 3 ottobre 2001, n. 366.

Delicato, infine, è il raccordo del Governo col Parlamento nel caso di delega di lunga durata (legge cit., art. 14, u.c.). "In ogni caso, qualora il termine previsto per l'esercizio della delega ecceda i due anni, il Governo è tenuto a richiedere il parere delle Camere sugli schemi dei decreti delegati. Il parere è espresso dalle Commissioni permanenti delle due Camere competenti per materia entro sessanta giorni, indicando specificamente le eventuali disposizioni non ritenute corrispondenti alle direttive della legge di delegazione. Il Governo, nei trenta giorni successivi, esaminato il parere, ritrasmette, con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, i testi alle Commissioni per il parere definitivo che deve essere espresso entro trenta giorni".

Come si è accennato, l'altro caso di potestà normativa esercitata dal Governo è quella del decreto-legge. Esso presuppone che vi sia "straordinaria" necessità e urgenza di emanare (nuove) norme giuridiche, sempre con forza di legge; norme che, proprio per l'urgenza,

non possono attendere i normali (lunghi) tempi parlamentari. E allora la disciplina di legge -generalmente limitata e ristretta a pochi punti- è dettata dal Governo, sotto la propria responsabilità (art. 77 Cost.). Come razionalmente prescrive la L. n. 400/1988 (art.15, c. 3) “i decreti (legge) devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo”.

In questo caso, però, l'organo esecutivo (il Governo) non è delegato di quello legislativo, ma, per così dire, semplice mandatario senza rappresentanza. E dunque deve munirsi, *ex post*, della ratifica parlamentare.

Così il Governo deve presentare il decreto alle Camere, il giorno stesso della sua emanazione, perché sia “convertito” in legge, cioè approvato dal Parlamento, titolare della funzione legislativa, eventualmente con modifiche. La conversione deve seguire entro 60 giorni (dalla pubblicazione del decreto sulla Gazzetta Ufficiale, che deve essere immediata), senza di che esso decade, perdendo efficacia fin dall'inizio (v. ancora il dettagliato art. 77 Cost).

In un recente passato si era assistito ad un abuso, da parte del Governo, della decretazione d'urgenza, di per sé provvisoria ed eccezionale; sia ricorrendovi nelle più svariate materie, anche ampie ed organiche, sia reiterando, via via, talvolta anche per due anni di seguito, decreti inesorabilmente decaduti per l'inutile decorso dei 60 giorni.

E ciò nonostante la citata legge sulla potestà normativa del Governo avesse posto delle specifiche preclusioni tra cui, ad es., quelle di rinnovare i decreti di cui, anche solo una delle due Camere, avesse negato la conversione in legge o quelli dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale (art. 15, c. 2, lett. C) ed e)).

All'abuso -almeno il più grave, quello dell'iterazione- ha posto fine proprio la Corte costituzionale (sent. 24 ottobre 1996, n. 360), che ha pronunciato l'incostituzionalità di alcune norme (art. 6, c. 4) del d. l. 6 settembre 1996, n. 426 (in materia di rifiuti) a causa del loro contenuto identico a quello di altre norme di precedenti decreti e del fatto che il detto decreto veniva emanato “in assenza di nuovi presupposti di necessità e di urgenza” (4).

Con la conseguenza che, poco dopo, la materia dei rifiuti ha avuto la sua legislazione relativamente stabile (dettata con Decreto Legislativo, e non più decreto-legge, n. 22/1997, c.d. “decreto Ronchi”) e il Governo ha cessato di inflazionare, più in generale, i decreti-legge.

Questi vengono emanati oggi, più o meno, nei limiti “fisiologici”; anche se non si limitano certo a trarre le conseguenze, in termini normativi, di situazioni gravi o di emergenze, quali

alluvioni, terremoti o ripercussioni interne di grandi complicazioni nazionali e internazionali -guerra e terrorismo-, come si potrebbe pensare.

Ne costituisce un esempio il D. L. n. 138/2002, convertito, con modifiche, nella L. 8 agosto 2002, n. 178, recante -a pioggia!- ***Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate.***

Esso prevede, con il consueto disordine, in mezzo ad una miriade di altre disposizioni, la trasformazione dell'ANAS, Ente nazionale per le strade, in società per azioni (art. 7) e che, accanto al CONI, Comitato olimpico nazionale, si crei una società operativa, pure per azioni, denominata CONI servizi Spa (art. 8).

Che la scelta politico-istituzionale di creare queste due società -le cui azioni, comunque, sono attribuite, al momento, al Ministero dell'Economia e delle finanze- rientri nei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" indicati dalla Costituzione non appare punto evidente. La specificità e omogeneità voluta dalla legge del 1988 meno ancora. Ma tant'è!
(5)

Del resto, anche altre importanti scelte di politica economica e del diritto vengono attuate con decreti-legge, in contesti normativi dal contenuto più vario e composito. Si pensi alla creazione di Patrimonio dello Stato S.p.A. e Infrastrutture S.p.A., operato, poco prima, con D.L. n. 63/2002, convertito nella L. 15 giugno 2002, n. 112 (6).

La prima società, prevista dall'art. 7 del citato decreto, ha lo scopo di promuovere la "valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato", "nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici". A tale società, dotata di un capitale sociale di un miliardo di Euro e con azioni interamente in mano al Ministero dell'Economia e delle Finanze, mediante decreto del titolare dello stesso Ministero "possono essere trasferiti diritti pieni (proprietà) o parziali (diritti reali limitati) sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni" appartenenti allo Stato, suscettibili di utilizzazione economica (art. 7, c. 10) (7).

La seconda società, prevista dall'art. 8 del citato decreto, è una entità finanziaria, da costituirsi su iniziativa della Cassa depositi e prestiti. Essa (art. 8, c. 3) ha lo scopo: a) di finanziare "sotto qualsiasi forma le infrastrutture e le grandi opere pubbliche, purché suscettibili di utilizzazione economica"; b) di finanziare altre iniziative "finalizzate ad investimenti per lo sviluppo economico".

3. Speciale importanza hanno, nell'ambito delle leggi, i Codici; e, in specifico per il diritto privato, il **Codice civile**.

Questo testo normativo, di origine illuministica e connesso alle vicende della Rivoluzione francese -il primo Codice civile nel senso moderno del termine è il **Code civil français**, o **Code Napoléon**, del 1804, e tutti quelli degli altri paesi, incluso il nostro, che hanno inteso codificare il proprio diritto privato, gli sono, poco o tanto, debitori-; ebbene questo testo normativo cerca di realizzare il principio, appunto di ragione e di "buon governo", che ci debbono essere "poche leggi (nel senso di norme) semplici e chiare"; basate, altresì, sul principio di uguaglianza.

L'**ancien régime**, durato fino alla Rivoluzione francese, era caratterizzato invece da una pluralità disordinata ed eterogenea di fonti normative: diritto romano, statuti comunali, ordinanze del re, atti parlamentari, costituzioni imperiali, consuetudini, opinioni dei giureconsulti e altro ancora ed era connotato altresì da una pluralità di statuti **personali** a seconda dell'appartenenza delle persone alle diverse classi sociali o "stati" -nobiltà, clero, borghesia cittadina, ceto contadino, ecc-.

La legislazione rivoluzionaria, e il Codice civile, intendono stabilire l'unico "stato" dei cittadini, dotati, per nascita, degli stessi diritti -i famosi diritti dell'uomo e del cittadino, del 1789- e quindi fra loro uguali; nonché una regolazione, uniforme e paritaria, di carattere generale, fondata su basi di giustizia e di ragione, dei loro rapporti privati, a cominciare da quelli di proprietà.

Così il Codice, per sopperire a questi scopi, non si presenta più come una raccolta (privata e disorganica) di leggi, "bensì (come) una legge del tutto nuova", che si caratterizza "per le note della *organicità* (un intero settore dell'esperienza giuridica), della *sistematicità* (coordinamento logico della disciplina adottata, in modo da poter più agevolmente fronteggiare le fattispecie più difficili, ravvisabili nel *casus omissus* e nel *casus dubius*), della *semplicità* e *chiarezza*, della *abrogazione di tutto il diritto precedente* vigente nella materia codificata, dell'*accentramento* delle soluzioni nell'intero territorio contemplato, della *facilità* nel reperimento e nella consultazione" (8).

S'intende che questa novità ed efficacia si ricollega al fatto che il Codice è emanato, con forza di legge -e in forma di legge, quanto meno di legge/delega- dall'Autorità (legislativa), che ne assume la paternità. Ciò ne fa un testo del tutto nuovo, come detto, non più legato al valore originario dei materiali utilizzati; che ne costituiscono, più che altro, l'antefatto storico. Anche nel **Code civil** del 1804 c'è, saggiamente, molto diritto romano, ma rifuso con l'esperienza intermedia e riadattato alle esigenze moderne.

L'Italia si è data il suo Codice civile poco dopo l'unità, nel 1865; prendendo a modello, come tanti altri paesi, il **Code civil** francese e procedendo, con realismo, a tradurlo in modo fedele, per la generalità degli articoli.

Naturalmente le vicende successive hanno differenziato il Codice civile italiano e quello francese. La Francia ha operato la scelta di mantenere inalterata fino ad oggi l'architettura e la numerazione di quel testo, salvo parziali aggiornamenti di contenuto, via via introdotti con singole leggi di novellazione; l'Italia, invece, già all'indomani della prima guerra mondiale, ha preferito battere la via di una riforma generalizzata, con la creazione di un nuovo Codice civile; e cioè di un testo legislativo sempre e più che mai centrale e di facile consultazione, ma, proprio per questo, tale da recepire meglio le esigenze della sottentrata modernità, drammaticamente introdotta dalla guerra; tale, inoltre, da esprimere più a fondo un apporto originale e "nazionale" all'opera di codificazione.

Quest'ultima esigenza, anzi, con l'affermarsi del regime autoritario e -paradossalmente- con l'avvicinarsi della seconda guerra mondiale, cui si associò anche l'Italia, divenne l'esigenza primaria, almeno nella facciata; anche se, come si sa, l'apporto originale e "nazionale" consisté in gran parte nella recezione della dottrina tedesca e di alcuni principi del codice civile tedesco, B.G.B., nel frattempo entrato in vigore (1900).

L'opera di riforma, durata in pratica per tutto il periodo fra le due guerre e, anzi, nel 1940 non ancora conclusa, si orientò dapprima nel senso di mantenere la distinzione tra codice civile e codice di commercio, in essere nel nostro paese dall'ottocento (il Codice di commercio anteriore all'attuale Codice civile era del 1882) e perdurante anche oggi negli altri paesi d'Europa continentale (Francia, Germania, Spagna, ecc.). Ma poi, a guerra iniziata, la distinzione fu accantonata e maturò la scelta, certo sospinta anche dal regime del tempo, dell'unificazione dei codici (civile e commerciale) e, con essa, del diritto privato. Com'è ormai pacifico, risultato dell'unificazione fu la cosiddetta **commercializzazione del diritto privato**. "A soccombere fu, infatti, la disciplina civile delle obbligazioni e dei contratti; il nuovo Codice civile" –poi emanato, nel suo insieme, nel 1942, ed entrato in vigore il 21 aprile di quell'anno (Natale di Roma, XX era fascista)- "raccolse in gran parte, in queste materie, le soluzioni già proprie del codice di commercio che diverranno, quindi, norme di diritto 'comune' "(9).

Il Codice civile del 1942 è quello tutt'ora in vigore, e, com'è noto, si divide in sei libri. I primi tre sono dedicati rispettivamente alle persone e alla famiglia, alle successioni e alla proprietà; il quarto alle obbligazioni e ai contratti. Il libro V, poi, raccoglie il nucleo della materia trattata nel vecchio codice di commercio, ma non fa più perno sulla figura soggettiva del commerciante e sullo schema dell'atto oggettivo di commercio, bensì sulla

figura -diversa e più ampia- dell'imprenditore (in principio industriale) e sullo schema dell'impresa, intesa come attività continuativa (e, in tal senso, "professionale").

Esso disciplina altresì le società commerciali, nonché il lavoro autonomo -includendo le norme base concernenti i professionisti in senso stretto- e quello subordinato.

Come si sa, anzi, l'intero libro V è intitolato "del lavoro" (tale è, in senso lato, anche l'attività e l'iniziativa dell'imprenditore). Benché tale intitolazione sia un retaggio del regime del tempo, e della "Carta del lavoro" del 1927, tuttavia ha trovato un riscontro in varie norme della successiva Carta costituzionale.

In conclusione, con la riforma, del 1942 -che solo nel seguito, dati i problemi della guerra e del dopoguerra, è stata compresa e assimilata- "l'universo del codice ha subito una specie di rivoluzione copernicana: il pianeta -La Proprietà- attorno a cui ruotavano certe stelle come il Contratto e l'Obbligazione, non è più al centro del cosmo privatistico. Il posto dell'astro centrale è ora forse il Contratto; ma per una rappresentazione più fedele, si dovrebbe paragonare il Codice a un sistema binario con due stelle -Impresa e Contratto- di cui la seconda è sempre più l'ancella della prima" (10).

Il nuovo ordine, del resto, non è casuale. "In realtà, il Codice nel suo insieme era tutt'altro che un'improvvisazione di regime. Era il risultato di una gestazione ventennale compiuta da una generazione di giuristi che non ha forse avuto eguali nel pensiero giuridico italiano del novecento. Il Codice era innovativo, ed anzi rivoluzionario, nel portare una materia estranea ai codici civili tradizionali, e cioè l'impresa, al centro del suo disegno, facendone, con il contratto, il cuore e l'asse portante del Codice, al posto della proprietà. Ma manteneva e recuperava le grandi tradizioni giuridiche: la piattaforma romanistica e le due più vicine culture francese e tedesca; e il peso e l'autorità di questi strumenti culturali avevano offerto uno schermo tale da poter mantenere alla superficie, e non far scendere nelle strutture portanti del Codice, l'influenza politica di chi, come legislatore, lo aveva 'firmato' " [e cioè, oltre al Re, Mussolini e Grandi] (11).

Anche oggi il Codice civile -nei Paesi dell'Europa continentale, di diritto scritto o *civil law*, in contrapposizione a quelli di *common law* (quasi tutta l'Inghilterra), legati al precedente giudiziario- costituisce la struttura portante del diritto privato. Sebbene non ne esaurisca l'intera disciplina -sarebbe impossibile farlo!- "si pone come elemento di integrazione e supporto di qualsiasi altra legge (che, proprio per questo, si dice, rispetto al codice, 'speciale', ossia 'di specie', perché solo il codice è l'unica legge a carattere **generale**)" (12).

Naturalmente, dal 1942 a oggi, il testo legislativo non è rimasto immune da consistenti modifiche e notevoli riforme. Chi ne avesse una edizione di allora non riuscirebbe a

utilizzarla se non da storico; e potrebbe incontrare problemi anche ad usare un'edizione non aggiornata a quest'anno!

Tuttavia l'architettura delle parti e la numerazione degli articoli, oltre che il sistema generale di categorie e di concetti, sono rimasti pressoché gli stessi e le riforme hanno assunto il carattere di semplici "novelle"; cioè di intarsi parziali che non hanno sconvolto, ma solo ammodernato, il mosaico d'insieme. Così, ad es., la riforma del diritto di famiglia, 1975; le diverse riforme delle società commerciali; la stessa introduzione, nel 1996, sotto la disciplina generale del contratto, del titolo sui "contratti dei consumatori" (art. 1469 da *bis* a *sexies*); nonché, nel 2002, sotto la disciplina della vendita, del paragrafo sulla vendita dei beni di consumo (artt. 1519 *bis* a 1519 *nonies*), hanno modificato, arricchito, complicato il quadro, ma non lo hanno sconvolto.

Anzi, dopo che, negli anni passati, si è parlato, con molte ragioni, di una tendenziale "età della decodificazione", oggi, proprio in ambito comunitario -almeno fra i giuristi e come processo in divenire-, si pensa addirittura ad un Codice civile europeo (13).

Peraltro non è da credere che, nella moderna società complessa, si possa fare a meno di un diritto commerciale. Certo esso non può essere più inteso come diritto affiancato al diritto civile, e, soprattutto, "affrancato" da esso; con propri soggetti, ordinamenti, consuetudini e tribunali, tendente ad imporsi anche ai non commercianti nella particolare materia del commercio e dell'economia (14).

Esso resta, tuttavia, pur nell'ambito del diritto privato comune, come diritto speciale. La figura connotante del diritto commerciale, infatti, non è il *civis*, ma l'imprenditore; che è soggetto organizzato e dedito professionalmente all'attività economica; in linea di principio, in grado di imporre agli altri -oltre ai lavoratori, gli acquirenti, gli utenti, i risparmiatori, gli investitori, gli assicurati, nell'insieme considerati oggi quali "consumatori"- le proprie condizioni.

Resta, quindi, appunto nel libro V del Codice civile, ma anche in leggi speciali, uno "Statuto dell'impresa"; resta, all'Università, una particolare materia di insegnamento; restano anche, *de facto*, nei Tribunali maggiori, sezioni civili, ma con competenze prevalentemente commerciali e fallimentari. E nella citata riforma del diritto societario (Legge-delega 3 ottobre 2001, n. 366, art. 12; attuata, sotto questo profilo, dal D.L.vo n. 5/2002), se non sono più previste "sezioni speciali" per il giudizio in materia commerciale, si prevede tuttavia l'introduzione di un "rito speciale", più concentrato e più aperto alla conciliazione, appunto in materia societaria, di intermediazione finanziaria e nei rapporti bancari; nonché, nelle liti fra soci e società, l'introduzione di un nuovissimo arbitrato anche su diritti indisponibili (in tal caso secondo diritto, non secondo equità) (15).

La stessa protezione del consumatore, un po' come lo Statuto dei Lavoratori (L. n. 300/1970) specularmente allo Statuto delle Imprese, si applica ai rapporti *business to consumer*, e non a quelli *business to business*; costituendo, sul fronte opposto del diritto dell'economia -opposto a quello dell'imprenditore, ma con esso collegato- un'ulteriore specialità (16).

Ma quando la forza economica dei soggetti è paragonabile -ed il rapporto è, appunto, *business to business*, o anche *consumer to consumer*- non c'è alcun bisogno un diritto speciale.

In altre parole non verranno in questione le norme del libro V, o delle leggi speciali, ma i **principi** del libro IV.

Non a caso è la normativa di questo libro ed anzi, esattamente, "*i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti*" (libro IV, appunto), che si applicano allorché tra Pubblica amministrazione e privati interviene un accordo, pur nell'ambito del diritto pubblico, "*per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di esso*" (L. n. 241/1990, sul procedimento amministrativo, art. 11).

4. Non va confuso con il Codice -che ha una propria, organica elaborazione e costituisce la quintessenza della legislazione- il testo unico; e cioè un insieme di norme, generalmente di rango legislativo, ma anche regolamentare, "sparse inizialmente in più leggi o regolamenti" (17), di diversa epoca e produzione.

Qui si tratta di una semplice raccolta, peraltro compilata non da un privato, ma dal Governo. Se semplicemente si riordina la materia, senza introdurre modificazioni alle norme (di legge esistenti), viene esercitata, in definitiva, una potestà regolamentare, autonomamente spettante al Governo. Ma se le norme devono essere modificate, aggiornate, integrate, per una migliore disciplina della materia, il Testo Unico finisce per costituire una sorta di decreto legislativo, e quindi postula, alla sua base, una legge di delega. Tra l'altro, la L. n. 400/1988, art. 5, c. 2, consente l'emanazione di importanti regolamenti, c.d. di delegazione, "per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari".

E' quanto accaduto, ad es., con la legge-quadro in materia di lavori pubblici, c.d. Merloni (L. 11 febbraio 1994, n. 109, successivamente modificata).

Tale legge -fortemente connessa al diritto privato per ciò che attiene al contenuto del contratto d'appalto, nonché all'adempimento/modifica/risoluzione del contratto stesso- dispone infatti che (art 2, c. 1) "la materia dei lavori pubblici...è demandata alla potestà regolamentare del Governo ai sensi dell'art. 17, c. 2, della L. 23 agosto 1988, n. 400 (con le modalità di cui allo stesso art. 2 e secondo le norme di cui all'intera legge)".

Il regolamento, poi effettivamente emanato con D.P.R. 1999, n. 554, insieme alla legge "costituisce l'ordinamento generale in materia di lavori pubblici" (art. 2, c. 2)

Conseguentemente sono abrogati, con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento, gli atti normativi indicati (dallo stesso) che disciplinano la materia (dei lavori pubblici) ad eccezione delle norme della legislazione antimafia (art. 2, c. 4).

Ma torniamo dai regolamenti di delegificazione ai testi unici.

Di recente, nel nostro panorama normativo, anche troppo complicato e farraginoso, hanno fatto la loro (ri)comparsa diversi atti normativi di questo tipo, contrassegnati dal lodevole intento di "disboscare" la selva legislativa.

Alcuni presentano un prevalente interesse per il diritto pubblico, ad es., il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D. L.vo n. 267/2000). Altri, invece, pur regolando sfere e potestà pubbliche, hanno, in sé, un accentuato interesse per il diritto privato, come, ad es., il T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (D. L.vo n. 490/1999); testo che finisce per disciplinare il contenuto della proprietà stessa di tali beni (nelle precedenti leggi, del 1939, denominati storico-artistici e paesaggistici).

Altri, infine, presentano un interesse misto, di grande rilievo; trattasi, ad es. del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, D.P.R. n. 380/2001, e del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, D.P.R. n. 327/2001.

Peraltro questi atti normativi, che, in sé, vorrebbero costituire un momento di unificazione e di razionalizzazione dell'ordinamento, in settori altrimenti farraginosi, esigono per la loro applicazione tante condizioni e pre-condizioni, che stentano poi ad affermarsi come quadro definitivo di riferimento; sicché si preferisce differirne l'entrata in vigore; già prevista per l'1 gennaio 2002, essa è attualmente rinviata al 30 giugno 2003 (D. L. n. 122/2002, conv. nella L. n. 185/2002, artt. 2 e 3) (18).

Va menzionata, a questo proposito, la legge "collegata" (al bilancio dello Stato, e, anzi) alla legge finanziaria d'accompagnamento, generalmente approvata dal Parlamento nel mese di dicembre.

Con tale atto normativo, purtroppo disorganico e, dal punto di vista della materia, assolutamente casuale, si finisce per ritoccare, a pioggia e in singoli punti, tutta la

legislazione vigente allo scopo -in sé lodevole, ma da attuarsi con organiche riforme- di diminuire le uscite e di aumentare le entrate pubbliche.

L'assetto delle norme, spesso note e collaudate, ne risulta perturbato; aggiungendo difficoltà a difficoltà per l'interprete e l'operatore; che anche delle novità del "collegato", deve tener conto, nel ricostruire il testo vigente di una legge.

Da qualche anno, anzi, non c'è solo la legge collegata alla finanziaria di fine anno; ma diversi "collegati", durante l'anno, attinenti a singole materie; ad es. il "collegato-lavoro", il "collegato-infrastrutture", il "collegato-mercati" (di questi ultimi due si è fatto cenno in nota) e così via.

5. Con l'avvento della Carta costituzionale -elaborata, dopo le vicende belliche, nel 1946-47, dall'apposita Assemblea costituente, ed entrata in vigore l'1 gennaio 1948- il nostro ordinamento viene ad assumere una "costituzione" rigida.

La legislazione di cui si è finora parlato, in altre parole, e lo stesso Codice civile, non sono più liberi di dettare norme a piacimento ("liberi nei fini"), senz'altro limite che quello, generico, della giustizia e della razionalità, ma devono sottostare alle regole e ai principi della Carta; la quale, a tutti gli effetti, costituisce una fonte legislativa di rango superiore alle altre, dette leggi "ordinarie".

La Carta costituzionale, certo, non è immodificabile; tuttavia, essendo "rigida", le modifiche -o le integrazioni- possono essere apportate solo con apposita legge costituzionale, avente una procedura, più gravosa di quella ordinaria, caratterizzata dalla "doppia lettura"; e cioè dalla doppia approvazione dello stesso testo da parte di ciascuna Camera, a distanza non minore di tre mesi dalla prima e, la seconda volta, a maggioranza assoluta dei suoi membri (art. 138 Cost.). Ciò per scongiurare il rischio sia di modifiche affrettate, sia approvate da maggioranze occasionali.

Una legge ordinaria non può modificare la Costituzione o altra legge costituzionale, né contenere norme in contrasto con la Costituzione o con leggi costituzionali -come avveniva invece per il vecchio Statuto albertino (emanato da re Carlo Alberto nel 1848, per il regno sabauda, e poi esteso all'Italia)- che era una costituzione "flessibile".

A difesa della rigidità della Carta anche solo sotto il secondo profilo -emanazione di norme in contrasto con la Costituzione- è dato un concreto ed efficace strumento di garanzia, che non preesisteva alla Costituzione stessa: la Corte costituzionale (effettivamente introdotta nel 1955).

Se ad un cittadino si vuole applicare una norma legislativa che egli ritiene lesiva di un suo diritto riconosciuto dalla Carta fondamentale -ad es. alla giusta tassazione e non più (art.

53 Cost.) o ad un'equa indennità di espropriazione e non di meno (art. 42, c. 3) o all'ottenimento di uguali prerogative, ad es. stipendiali, a parità di condizioni di lavoro (art. 3 e 36)- egli può difendere il suo diritto in giudizio e, nell'ambito del processo, sollevare "eccezione di costituzionalità"; cioè indicare espressamente e porre a raffronto le norme di legge ordinaria) lesive e la norma o il principio costituzionale leso. Se il giudice (ad es. il Tribunale civile, come pure quello amministrativo, o la Commissione tributaria) ritiene l'eccezione non manifestamente infondata, sospende il processo con ordinanza -che ha funzione di filtro ed esprime ancora e solo un dubbio di possibile incostituzionalità, non una certezza- e rimette gli atti alla Corte costituzionale.

Quest'ultima esamina la questione assumendone cognizione piena, al fine di decidere, con carattere di certezza, se la norma contestata è o non è incostituzionale. Nel primo caso emana sentenza dichiarativa di incostituzionalità di quella norma; e la norma stessa, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, cessa di avere vigore (art. 136 Cost.), con effetto per tutti (c.d. *erga omnes*) e non solo per le parti del processo nel quale era stata inizialmente contestata.

In questo modo ogni cittadino, con la mediazione del giudice, e, naturalmente, col vaglio della Corte, si fa in qualche modo co-autore dell'ordinamento giuridico, alla luce della Costituzione; contribuendo così ad eliminare, dal livello della legislazione ordinaria, storture, disuguaglianze e difformità da principi costituzionalmente sanciti (ma in gran parte di giustizia e di ragione).

L'eccezione individuale di costituzionalità, infatti, stante l'efficacia *erga omnes* della sentenza della Corte che la accoglie, produce effetti collettivi e pubblici; e quindi si rivela, *quad effectum*, una azione collettiva (19).

La Costituzione repubblicana del 1948 -a differenza dello Statuto albertino del secolo precedente, che era la classica carta *octroyée*, cioè "concessa" dal sovrano al popolo, piuttosto breve, individuante alcuni diritti fondamentali del cittadino **verso** lo Stato, e le prerogative del Parlamento verso il sovrano, in una prospettiva acquisitamene "verticale"- la Costituzione, invece, è una carta "lunga", e contiene numerose norme nella parte I (artt.13-54) che riguardano i diritti della persona (e non solo del cittadino), i rapporti familiari, ma anche il lavoro, l'iniziativa economica, la proprietà e l'impresa (c.d. costituzione economica, artt. 35-47), oltre che i rapporti politici, in una prospettiva, all'opposto, squisitamente orizzontale, cioè destinata a regolare i rapporti fra singoli e quindi assai rilevante per il diritto privato.

La rilevanza oggi riconosciuta alle norme costituzionali nell'informare il diritto privato, oltre all'efficacia vincolante sulle leggi ordinarie di cui si è appena detto, è molteplice.

Anzitutto la regola costituzionale può considerarsi non meramente programmatica, o, comunque, non solo come limite (negativo) al potere del legislatore ordinario, ma direttamente applicabile ad un rapporto privato, come norma positiva.

E' il caso dell'art. 32 Cost., che protegge il diritto alla salute definito, con felice formula, sia "come fondamentale diritto dell'individuo", sia come "interesse della collettività".

Facendo applicazione della norma in termini generali e preventivi (il diritto alla salute **non** deve essere **leso**) la giurisprudenza ha inibito immissioni dannose, ad es. di fumo, nei diretti rapporti privati, proprietari e non; ha posto limiti alla libertà di iniziativa economica e alla stessa discrezionalità amministrativa di enti pubblici in materia di inquinamento (20); da ultimo, ad es., a proposito di propagazione di onde elettromagnetiche nei rapporti privati/ENEL (c.d. inquinamento elettromagnetico) ha inibito all'ente pubblico la costruzione di centrali a distanza ritenuta pericolosa (21).

Inoltre la regola costituzionale illumina e informa l'intero ordinamento; così, se si tratta di interpretare una norma di legge, o un complesso di norme di legge, tra due diversi significati dovrà preferirsi quello che è più conforme all'indirizzo costituzionale (22). In generale, i fondamenti di un diritto soggettivo complesso, in presenza di una normativa di legge solo parziale, saranno quelli desumibili dalla Costituzione (23).

La Carta costituzionale, dopo diversi ritocchi parziali, ma nell'insieme modesti, succedutisi negli anni, ha conosciuto di recente una cospicua riforma; quella apportata all'intero titolo V della parte II, dedicato alle Regioni e alle autonomie locali (artt. 114-133) dalla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, c.d. sul "federalismo".

Nel testo riformato si cerca di partire "dal basso" e così si enuncia (art. 114 Cost, nuova formulazione) che la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. "Tutti questi "sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione".

Una delle norme (teoricamente) più importanti è il nuovo art. 117 Cost., che ridefinisce il riparto della funzione legislativa fra Stato e Regioni.

Fin'ora, come noto, la competenza legislativa delle Regioni era speciale -ristretta appunto alle singole materie di prevalente interesse locale, appositamente elencate nell'art. 117 Cost. (vecchia formulazione)-; la competenza a legiferare in generale era riservata allo Stato.

Con la riforma la prospettiva si inverte, poiché è lo Stato che ha la "legislazione esclusiva" (solo) sulle "seguenti materie". E segue un ampio elenco (artt. 117 nuovo, c.2) che, partendo dalla lettera a) (politica estera e rapporti internazionali) giunge fino alla lettera s) (tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Inutile dire che l'elenco è molto ampio e riserva incisivamente interi settori alla potestà normativa statale. Tra questi la lettera e) (moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema tributario e contabile dello Stato) e la lettera l) (giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa). In principio quindi, l'intero diritto privato (ordinamento civile) comprensivo espressamente oltre che, ad es., della concorrenza, come si è visto, anche delle opere dell'ingegno (lettera r)), è sottratto alla potestà normativa delle Regioni.

Altre materie (ad es. la tutela e sicurezza sul lavoro, le professioni, la stessa tutela della salute; la valorizzazione dei beni culturali e ambientali; art. 117 nuovo, c. 3) sono di "legislazione concorrente"; in esse "spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato".

Infine, ecco la più cospicua novità, "spetta alle Regioni la potestà legislativa (residuale) in riferimento a ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato" (c.d. "clausola federale")

Le Regioni si configurano quindi come entità dotate ormai di competenza (legislativa) generale (per quanto residuale e, necessariamente limitata) e non più speciale (24).

In coerenza con questa visione "dal basso" la riforma sancisce espressamente il principio di "sussidiarietà"; cioè quello per cui, in spirito di partecipazione ed economicità, le diverse attività, anche di interesse generale, possono essere svolte dalla autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati (art 118 nuovo, c. 4, Cost.); gli enti pubblici interverranno solo se ed in quanto possono essere di aiuto (c.d. sussidiarietà orizzontale o fra enti pubblici e privati).

Per lo stesso principio le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (c.d. sussidiarietà verticale o **fra** enti pubblici).

Quest'ultimo principio è ribadito dall'art. 120 (nuovo), c. 2, che prevede un'assi, com'è tradizionale, potestà sostitutiva (generale) del Governo, peraltro nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (25).

NOTE

(1) Cfr. IUDICA e ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 3° ed, Cedam, Padova, 2002, p.1: "La parola '**diritto**' deriva dal latino medievale *directus*. La radice che troviamo al centro della parola (di-*rec*-tus) è la stessa di altre parole latine come *rex* (re), *regere* (governare) e *regula* (regola). E' l'antica radice indoeuropea *reg*, che si trova nello spagnolo *derecho*, nel francese *droit*, nel tedesco *recht* e nell'inglese *right*. Essa sottolinea

il legame tra l'idea di 'diritto', la funzione di *governare* o *indirizzare* i comportamenti umani, di '*regere*' un gruppo sociale, e le '*regole*' di cui il diritto consiste. Il latino *regula* consentiva di distinguere ciò che è lineare, dritto, *diritto*, da ciò che è contorto, irregolare, non in linea con la *regula*.

La combinazione di significati propria di *regola* si trova nella parola *norma*, che i giuristi italiani e tedeschi preferiscono a *regola*. *Norma* significa regola di comportamento, ma anche norma-lità, regola-rità".

(2) Cfr. *op. cit.*, p. 2: "Nel latino classico, invece, il termine per 'diritto' era *ius*. Secondo la sua radice, che era la stessa del verbo *iurare*, *ius* indicava all'inizio un pronunciamento sacro, con cui si interpretava il volere degli Dei e dunque la giustizia (*iustitia*). Ritroviamo la radice di *ius* in *giudizio*, *giudice*, *giudicare*; in *giure* (parola antiquata che significa il diritto) e nei suoi derivati *giuris-dizione*, *giuris-prudenza*, *giure-consulto*, e insieme, appunto, *gius-to* e *gius-tizia*. Termini consimili si trovano in francese (*jurisprudence*, *justice*) e in spagnolo (*jurisprudencia*, *justicia*) e nelle espressioni di origine latina come la tedesca *Jurisprudenz* o l'inglese *jurisprudence* (che però in inglese significa teoria del diritto) *justice*, ecc."

(3) V. ancora *op. cit.*, p. 4: "Possiamo distinguere i diversi tipi di *regola* o *prescrizione*:

- a) **individuale**: riguarda il comportamento di un individuo o di più individui determinati (es.: Mario, chiudi quella porta);
- b) **concreta**: la prescrizione vale in una o più situazioni concretamente determinate (es.: Mario, se esci per ultimo, chiudi la porta);
- c) **generale**: riguarda il comportamento di chiunque si trovi in una determinata situazione (es.: l'ultimo che esce chiuda la porta!);
- d) **astratta**: la prescrizione vale in ogni situazione che sia uguale a quella prevista (es.: ogni volta che la lezione è finita, situazione-tipo, l'ultimo che esce, chiuda la porta!).

Nel mondo del diritto esistono tutti i tipi di prescrizione".

(4) La fondamentale sentenza, che costituisce un precedente di carattere generale, ben al di là della materia specifica, è leggibile, ad es. in *Corr. Giur.*, 1996, 1355, con commento di PIZZORUSSO. In essa si è notato, fra l'altro, che l'abuso della decretazione d'urgenza "incide sugli equilibri istituzionali" e "altera i caratteri della stessa forma di governo". L'Esecutivo, secondo l'orientamento della Corte, potrà riproporre un decreto decaduto solo con sostanziali modifiche di contenuto o se, nel frattempo, siano cambiati i presupposti di fatto che lo giustificano.

(5) Per qualche primo rilievo in materia v. FORLENZA, *L'assenza di omogeneità fra le norme fa saltare l'ordinato assetto delle fonti*, in *Guida al diritto*, n. 29/2002, p. 36.

Giustamente osserva l'A. che "con il decreto legge n. 138 del 2002, il Governo riapre la stagione dei cosiddetti 'decreti *omnibus*', contenenti, cioè, una pluralità differenziata di disposizioni, non chiaramente tenute insieme da un filo logico.

Si tratta, infatti, di un provvedimento dal contenuto eterogeneo, per il quale la stessa relazione al decreto non nega tale aspetto, allorché dichiara che vengono toccati diversi settori dell'economia con misure di particolare rilievo; misure "che, oltre ad alcuni interventi necessari per la proroga di termini, attengono alla materia tributaria, a quella della trasformazione e del riassetto degli enti pubblici, a quella della spesa farmaceutica e del sostegno dell'economia nelle aree svantaggiate".

A tale osservazione, continua l'A., "potrebbe aggiungersi una qualche perplessità in ordine all'effettiva ricorrenza dei presupposti di necessità e urgenza (si pensi, a tal fine, proprio alle disposizioni ordinamentali in materia di associazioni sportive dilettantistiche), anche se questo tipo di valutazione compete squisitamente al Parlamento e (forse) ha natura più politica che non giuridica. Tale aspetto, congiunto, peraltro, a un'impressione relativa a una 'sovrapposizione' di norme, trova ulteriore conferma con riferimento alla trasformazione di enti pubblici, per i quali, com'è noto, già esiste una recente disposizione (l'art. 28 della legge 448/2001), i cui termini di attuazione sono stati di recente prorogati dalla legge 137/2002".

(6) Il titolo è "*Disposizioni finanziarie e fiscali in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema, di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ad adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture*".

(7) Come si vede si tratta di un vastissimo compendio di beni che include non solo quelli del patrimonio disponibile, ma, passando per tutte le altre categorie, giunge fino ai beni demaniali veri e propri (art. 822 C.c.), inclusi, al limite, quelli di uso generale o facenti parte del demanio necessario (art. 822, c. 1). Non mancano, naturalmente, norme di salvaguardia -in fine all'art. 7, c. 10, ad es., si accenna, per i beni culturali, all'intesa con il Ministro competente e, in genere, per i beni demaniali, alla permanenza del regime di indisponibilità loro riservato dall'art. 823 C.c.- ; tuttavia la nuova normativa non ha mancato di suscitare perplessità e dissensi e, comunque, di accentuare le difficoltà della dialettica pubblico-privato.

In proposito, cfr., ad es., OPPO, *Patrimonio dello Stato e Società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 495 e ivi una serie di interessanti rilievi. Di particolare interesse, sia a proposito di questa società, sia dell'altra, Infrastrutture s.p.a., la notazione conclusiva (p. 505): "Società di diritto singolare, se vuoi: ma in realtà troppo singolare per essere

società. Ente azionario, tuttavia, e comunque, privato, perché questa è la volontà normativa che emerge dalla scelta del *nomen iuris* di società per azioni, se ad esso non si accompagna, come talvolta è avvenuto, l'espressa attribuzione della 'personalità di diritto pubblico'.

Resta conclusivamente da chiedersi, per entrambe le Società, delle quali si è discusso, se -ferma l'adozione dell'agile strumento azionario per l'articolazione e disposizione patrimoniale- non convenga, per gli impieghi più legati a interessi pubblici, studiare la creazione di un modello, sempre caratterizzato da economicità oggettiva, ma meno legato causalmente all'interesse lucrativo e alla struttura che ne discende".

(8) Così TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Milano, 1999, p. 224.

(9) Così IUDICA e ZATTI, *op. cit.*, pp. 39-40. Cfr. pure Galgano, *Diritto privato* XI ed., Cedam, Padova, 2001, p. 48.

(10) Così, ancora, IUDICA e ZATTI, *op. cit.*, p. 41.

(11) Tolta la parentesi quadra, sono ancora parole di IUDICA e ZATTI, *op. cit.*, p. 40.

(12) Così TORRENTE e SCLESINGER, *op. loc. cit.*.

(13) Di esso una parte importante, e già discretamente elaborata (da una commissione coordinata dal giurista danese O. LANDO) è costituita dai *Principles of european Contract Law*. Per un'ampia notizia dei lavori, con il testo attuale dei *Principles* in appendice, v. CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Il codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 1999-2000, raccolti da Alpa e Buccico, Milano, 2001; per lo stesso testo dei *Principles* v. pure COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. it. a cura di Castronovo, Milano, 2001.

Né si può trascurare la c.d. Commissione GANDOLFI, e cioè il gruppo operativo dell'accademia dei giusprivatisti europei presso l'Università di Pavia, che ha dato vita, a sua volta, ad un *Code européen des contracts*, coordinateur Gandolfi, Milano, 2001. Su questo altro testo, la sua elaborazione e presentazione, e anche i suoi rapporti con i *Principles* v. la chiara recensione di BIANCA, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 309.

Ivi opportunamente ricorda come la commissione GANDOLFI ha tenuto particolarmente presente sia il modello italiano sia, per l'area di *common law*, il *Contract Code* del giurista inglese McGregor.

Si parla anche, com'è noto, di un diritto europeo dei contratti come disciplina di diritto vigente; ciò a seguito delle iniziative già prese dalla Comunità e recepite dagli Stati membri o di prossima recezione (si pensi, per tutte, alla tutela del consumatore e, da ultimo, alla vendita dei beni di consumo).

Per un'interessante rassegna in proposito, partendo dal versante tedesco, v., di recente, GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365. Per un approccio simile, ma partendo da una base romanistica, v. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi* (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche), in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 703; in particolare, per un richiamo del principio di buona fede come esposto nei *Principles*, p. 749 (e ivi a nota 326). Un notevole contributo nazionale al diritto europeo dei contratti è, infine, il nuovo Diritto delle obbligazioni tedesco (*Schuldrecht*) e cioè il testo attuale del libro II del B.G.B., quasi interamente riformato e aggiornato mediante la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht*, del 2001, entrata in vigore l'1 gennaio 2002.

(14) “La distinzione fra diritto civile e diritto commerciale, come settori distinti del diritto privato, risale alle origini stesse del diritto moderno. Nella rinascita civile ed economica del mondo medievale, l'economia dei nuovi ceti cittadini, ‘borghesi’ (del borgo) -il commercio, l'artigianato, la banca- formò un proprio sistema di regole attorno ai due pilastri fondamentali: il valore normativo dell'**uso** e la funzione giurisdizionale della **corporazione**. Ciascuna categoria di commercianti e artigiani era infatti organizzata in una specie di associazione professionale, la **corporazione** (o **arte**), alla quale si riconosceva il potere di disciplinare quel certo tipo di attività; l'esclusione dalla corporazione significava l'impossibilità di praticare il commercio o l'artigianato nella città, e la difficoltà estrema di poterlo fare altrove. Le decisioni degli organi di governo della corporazione erano perciò considerate con il massimo rispetto da tutti gli associati, i quali riconoscevano nella corporazione anche la sede naturale di soluzione delle proprie controversie. Il giudizio si svolgeva alla luce degli usi, degli Statuti della corporazione -che in genere raccoglievano ed enunciavano regole nate dalla consuetudine- e delle decisioni precedenti, che a loro volta contribuivano alla formazione di regole tradizionali.

Il diritto mercantile era quindi il diritto della categoria dei mercanti, adatto alle loro esigenze e nato dalla pratica dei loro rapporti. Ma la potenza delle corporazioni faceva sì che spesso queste regole avessero una più ampia applicazione: in certi comuni, ad esempio, si riconosceva ai mercanti il '**privilegio del foro**' -cioè la possibilità di essere chiamati in giudizio solo davanti ai giudici della Mercatura- anche quando fossero in lite tra loro, ma non mercanti”, così IUDICA e ZATTI, *op. cit.*, pp. 38 e 39.

Osserva GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 46-47, con riguardo all'esperienza inglese e nordamericana. “Il diritto privato di questi Paesi è, già alla fine del Settecento, un diritto privato unitario, che disconosce la distinzione fra diritto civile e diritto commerciale; le medesime norme, consuetudinarie o giurisprudenziali, valgono per ogni sorta di rapporti

privati. Il fenomeno si era, tecnicamente, attuato mediante l'unificazione delle giurisdizioni civile e commerciale in capo ad un'unica corte di *Common Law*; le antiche consuetudini commerciali si erano allora incorporate nella *Common Law* ed erano diventate vincolanti per tutti i cittadini; fossero essi commercianti o non commercianti; dando vita ad un unico diritto delle obbligazioni e dei contratti, in antitesi con la duplicità dei sistemi di diritto privato propria dei sistemi giuridici continentali”.

Anche da noi, del resto, già nel 1888, era scomparso il Tribunale di commercio e cioè l'organo di giurisdizione (ormai statale, ma) in qualche modo erede dell'antica tradizione di privilegio mercantile.

(15) E' appunto la speciale procedura prevista dal D.L.vo 17 gennaio 2003, n. 5. Su tale nuovo rito, come configurato nel testo del provvedimento delegato precedente quello finale -e sui suoi limiti, specie nella presente stagione del processo civile- cfr., ad es., CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.; metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, n. 12/2002, pp. 1542 e ss.. Pur volendo essere speciale e “liberista”, il nuovo processo potrebbe impantanarsi nelle secche della cavillosità e della deconcentrazione; specie se fosse governato dallo sperimentalismo -imitante, ad es., la tecnica inglese dei *pleadings*, cioè delle memorie scambiate *ad libitum* prima della causa vera e propria (*pre-trial*)- anziché da un robusto buon senso. Dello stesso CONSOLO v. pure *Le liti societarie e finanziarie; progetti processuali e tipologia di tutele al di là del “favoloso” art. 11* (della legge delega), in *Corr. Giur.*, n. 5/2002, p. 684.

Comunque l'innovazione delle sezioni specializzate, cacciata dalla porta, rientra dalla finestra. E' il caso della più recente L. 12 dicembre 2002, n. 273, *Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza*, c.d. “collegato mercati”. Ivi, all'art. 15, si attribuisce una delega al governo per riordinare le disposizioni vigenti in materia di proprietà industriale (brevetti per invenzioni, modelli e marchi, nonché diritti d'autore su disegni e modelli), con la facoltà di “istituire presso i tribunali e le Corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia sezioni specializzate a composizione collegiale per la trattazione delle controversie riguardanti le materie indicate, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche”. Per un primo commento in materia cfr. BARBUTO, in *Guida al diritto*, n. 49/2002, p. 38.

(16) Per l'art. 1469 *bis* c.c., la disciplina delle “clausole vessatorie” -invalide, se idonee a produrre “un significativo squilibrio” rispetto alla posizione ‘normale’ delle parti- si applica “al contratto concluso tra il consumatore e il professionista”. Il primo è una persona fisica estranea all'attività professionale d'impresa. Il secondo è, appunto, “persona fisica o

giuridica, pubblica o privata, che utilizza il contratto stesso nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale”. In buona sostanza si tratta di un imprenditore, sicuramente non piccolo. Emerge, in tal caso, e connota la fattispecie una categoria “asimmetrica di potere contrattuale” (ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, pp. 53-54), per cui il legislatore interviene con norme imperative, che attribuiscono alla parte più debole poteri *ad hoc* -in questo caso di impugnativa-, in funzione di riequilibrio economico.

Per l’art. 5 del D. L.vo n. 1985/1999, *Protezione dei consumatori in materia di contratto a distanza*, poi, “il consumatore ha diritto di recedere da qualunque contratto a distanza, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro dieci giorni lavorativi”, decorrenti, per regola, dal giorno di ricevimento delle informazioni relative al contratto; per eccezione, ove tali informazioni siano mancate, nel termine di tre mesi decorrente, per i beni, dal giorno del loro ricevimento e, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto”. In questo caso si tratta di un potere di recesso, o meglio di pentimento.

(17) Così LANDI, POTENZA e ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Milano, 1999, p. 37.

(18) Fino alla stessa data, e non più fino al 31 dicembre 2002, il Governo dispone della delega per raccordare le norme del testo unico sull’edilizia alle norme di accelerazione contenute nella c.d. “legge-obiettivo” 21 dicembre 2001, n. 443 (art. 1, commi da 6 al 13), nel frattempo emanata; e per quelle del testo unico in materia di espropriazione per p.u. alle altre norme della stessa legge-obiettivo -(sul punto legge di delega)- e a quelle del D. L.vo 20 agosto 2002, n. 190 (che costituisce l’attuazione della delega) -destinate alla realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale- anche in delega alla legge Merloni.

Nel primo caso, infatti, è prorogato il termine previsto dell’art. 1, c. 14, L. n. 443/2001; nel secondo caso quello previsto dell’art. 5, c.4, L. n. 166/2002 (c.d. collegato infrastrutture).

La proroga è contenuta nel D. L. n. 236/2002, convertito nella L. n. 284/2002, art. 7 *bis* (Sulla L. n. 443/2001, per primi ragguagli, *Guida al diritto* n. 1/2002; sulla L. n. 166/2002 *ivi*, n. 35/2002; sul D. L. vo n. 190/2002 *ivi*, n. 39/2002).

(19) Previsioni di azioni collettive vere e proprie non mancano, nemmeno nel nostro ordinamento. Sulla scorta degli artt. 2601 e 2907, c. 2, C.c., ne costituisce esempio recente quella, inibitoria, prevista dall’art. 1469 *sexies* C.c. -l’ultima norma del Capo XIV *bis, dei contratti dei consumatori*- introdotto, come già accennato, in attuazione di direttiva comunitaria.

Per esso “Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti (operatori economici professionali) e le Camere di commercio...possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l’uso delle condizioni di cui sia accertata l’abusività ai sensi del presente Capo”.

(20) Cfr IUDICA e ZATTI, *op. cit.*, p. 42.

(21) Si tratta di una “tutela preventiva”; cfr. ad es., Cass. N. 9893/2000 (*Foro it.*, 2001, I, c. 141) dalla quale, e dai cui precedenti, ha preso impulso la nuova Legge-quadro sulla protezione delle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, L. n. 36/2001.

(22) E’ il caso del danno biologico -cioè, com’è noto, della lesione dell’integrità psico/fisica in sé considerata, nell’ambito del c.d. danno-evento- ad es. a seguito di incidenti stradali.

Il problema tradizionale era dato da ciò: che, quante volte il fatto causativo del danno non costituisse anche illecito penale, ciò che rende risarcibili pure i pregiudizi non patrimoniali e addirittura i patimenti morali (art. 2059 C.c.), casalinghe, studenti, anziani, pensionati e altre consimili categorie di persone, non direttamente produttrici di reddito, restavano sforniti di ogni risarcimento; ciò malgrado il netto peggioramento della qualità della loro vita e, più in generale, della loro “salute”.

Infatti, non potendo allegare una perdita o una diminuzione del reddito stesso (nell’ambito del c.d. danno-conseguenza, inteso in senso strettamente patrimoniale), non erano in grado né di vantare né di dimostrare di aver subito un pregiudizio legalmente rilevante, un danno ingiusto ex art. 2043 C.c.

Ma questa interpretazione restrittiva, negli ultimi decenni, ha ceduto in quanto ingiusta e difforme, tra l’altro, dall’art. 32 Cost. già citato, per cui la salute è un bene in sé e come tale, ove messo a repentaglio, va risarcito, malgrado il limite posto dalla legge al risarcimento del danno “non patrimoniale”. Cfr. anche IUDICA e ZATTI, *op. loc. cit.*

(23) E’ il caso, ad es., del diritto alla *privacy*, e cioè all’intimità della vita privata intesa in generale. Per esso la legge detta solo norme di dettaglio relative al ritratto (art. 10 c.c., 96 legge diritto d’autore); ma questo diritto può trovare fondamenti per una tutela più vasta negli artt. 2, 14 e 15 Cost..

Diverso è il discorso per quanto riguarda la più recente tutela della persona nel trattamento dei dati personali, dettata dalla L. 31 dicembre 1996, n. 675. Qui non mancano le norme specifiche, anche di estremo dettaglio; che cercano di reagire all’invasione indiretta nella sfera personale, che si realizza con la “banca dati”, realizzata con supporti informatici e telematici.

Anche per queste norme, tuttavia, le finalità risultano chiare fino in fondo -si pensi, ad es., alle regole dell'art. 9, per cui i dati devono essere "trattati in modo lecito" e "raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi"- solo alla luce delle norme costituzionali.

(24) Sull'impatto concreto delle nuove norme v., ad es., OLIVETTI, *Federalismo: si diradano le nubi sulla attuazione della riforma*, in *Guida al diritto*, n. 33/2002, p. 10.

(25) Il principio di sussidiarietà, consono alle società liberal-democratiche e, nei fatti, praticato nei paesi anglosassoni -che vedono potenti fondazioni private farsi carico di compiti pubblici, ad es. nel campo dell'arte e dell'istruzione universitaria, ancor più che da noi- ha una sua definizione espressa nella dottrina sociale della Chiesa, con la nota enciclica di Pio XI, del 1931, *Quadragesimo anno*.

Esso è poi ripreso nel Trattato istitutivo della Comunità europea (art. 5, c. 2), ivi inserito dal Trattato di Maastricht (7 febbraio 1992). "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario" Per il richiamo di altre norme (del trattato) ispirate al principio e per una sottolineatura dell'importanza dello stesso, non più solo come principio politico, v., ad es. LAURIA, *L'Unione europea*, IV ed., Torino, 1996, p. 39.