

3 gennaio 2009

## Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica\*

di Francesco Bilancia

Sommario: 1. *Considerazioni introduttive.* - 2. *Società civile, codice civile e forma di Stato.* - 2a. *La codificazione del 1865.* - 2b. *Il codice civile del 1942.* - 2c. *Codice civile e Costituzione.* - 2d. *Causa, tipo contrattuale ed interessi meritevoli di tutela.* - 3. *Diritto dei consumatori e forma di Stato.* - 3a. *Consumatore, mercato e diritti di cittadinanza.* - 3b. *L'autonomia ed il potere dei privati nella dimensione macroeconomica.* - 3c. *Gli spazi normativi affidati alla cura dei privati.* - 4. *A mo' di conclusione: diritti dei consumatori e manipolazione dei loro bisogni.*

### 1. *Considerazioni introduttive*

Nel richiamare la essenziale relazione, storico-politica prima ancora che concettuale, tra evoluzione delle forme di Stato e riconoscimento di nuove categorie di diritti, come pure il riferimento alle necessità individuali – ai bisogni – che i continui mutamenti sociali e l'incessante progresso tecnologico promuovono quali matrici delle pretese dei consociati nei confronti dell'ordinamento giuridico, questa proposta di riflessione muove in particolare dagli sviluppi della disciplina dei diritti dei consumatori nel contesto comunitario e nazionale. L'analisi cerca, quindi, di spingersi fino alla elaborazione di un vero e proprio statuto del consumatore quale riflesso e sintesi dei più recenti interventi normativi in materia e dal rilievo di tale fenomeno in relazione alla tutela della personalità dell'individuo ed alla “sua effettiva partecipazione alla vita del Paese”.

Sulla base di queste premesse e tenuto conto dei riflessi della più recente evoluzione legislativa in materia la riflessione che proverò a proporre ha quindi per oggetto quel complesso intreccio problematico che può, in prima approssimazione, qualificarsi come la risultante dei rapporti esistenti tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico nella evoluzione della forma di Stato. Procederò assumendo la normativa a tutela dei diritti dei consumatori quale paradigma degli importanti mutamenti di sistema in atto a seguito delle recenti rilevanti incursioni del legislatore, comunitario e nazionale, nel diritto dei privati al fine di proporre l'avvio di qualche riflessione in merito alle conseguenze di regime che i nuovi rapporti tra diritto legislativo statale ed autonomia privata dovessero in proposito consentirci di rilevare.

Questa premessa, che potrebbe essere assunta come un imperdonabile atto di presunzione, è in realtà funzionale ad esprimere tutte le cautele del caso in ordine alla difficoltà del tema prescelto sì da consentirmi di giustificare le ragioni della parzialità dei risultati che sarò in grado di produrre e del valore, piuttosto, di programma della mia relazione, progetto per ulteriori approfondimenti e riflessioni piuttosto che non presentazione di conclusioni apprezzabili.

Nel definire un possibile percorso di indagine, anche se a costo di inevitabili riduzioni e semplificazioni, direi che le tematiche connesse all'argomento di fondo ora richiamato ruotano intorno ai seguenti luoghi problematici:

il tema centrale può specificarsi come indagine rivolta a riflettere sul nuovo rapporto tra diritto statale (e, oggi, comunitario) ed autonomia privata, sull'evoluzione della struttura normativa del nuovo diritto privato e sul conseguente ruolo del giudice nel processo di correzione e compensazione del sinallagma; sulla evoluzione quantitativa nel rapporto tra norme dispositive e norme imperative, verso l'apparente cedimento della tradizionale "forza di legge tra le parti" propria del contratto (art. 1372, c.c.) – almeno per alcuni tipi di contratto, quelli conclusi da un consumatore - al fine di valutare l'ipotesi di una nuova concezione dell'autonomia privata. Dall'analisi del regime espressione del nuovo diritto dei privati, dall'attuale ordine giuridico del mercato la riflessione si sposterà quindi sui caratteri e la politicità del nuovo assetto normativo.

Guardando, ad esempio, alla disciplina del credito al consumo non può non considerarsi come la normativa di riferimento oltre che in prospettiva privatistica - tutela del consumatore, del contraente debole nella disciplina contrattuale dei rapporti con il venditore ed il terzo finanziatore – assuma una rilevante dimensione pubblicistica, connessa alla gestione dei problemi di solvibilità dei debitori e della tenuta complessiva del sistema finanziario, tema oggi quanto mai attuale.

Il processo di sostanziale privatizzazione del diritto legislativo dei privati comporta, in alcuni contesti normativi, l'assunzione da parte dei privati di un rilevante ruolo nella cura delle relazioni tra individui, come nel caso della funzione di "polizia" dei contratti di massa affidata alle Camere di commercio (C.C.I.A.A.); o ancora per l'ipotesi di affidamento alla responsabilità dell'*Internet Service Provider* della gestione di spazi normativi e di vigilanza nell'ambito delle relazioni tra privati nei rapporti costruiti mediante comunicazione informatica.

Ancora collegata al tema oggetto della presente indagine è la funzione del c.d. "diritto privato europeo"<sup>[1]</sup>, qualora lo si ritenga in via di formazione<sup>[2]</sup>, per la costruzione del mercato interno. Il diritto comunitario procedeva in origine in via di sostanziale omologazione tra cittadini e imprese, laddove più di recente viene assumendo sempre più rilievo il consumatore quale soggetto debole destinatario di specifiche politiche di protezione (art. 153 del trattato CE). Anche in tale contesto, pertanto, muta il rapporto tra diritto di matrice legislativa e soggetti privati concorrendo a conformare in nuove forme la stessa nozione comunitaria di legalità, con evidenti conseguenze anche sulla relazione tra diritto comunitario e diritti politici dei cittadini europei. In questo contesto, infatti, la dottrina procede a confrontare tra loro una nozione di cittadinanza in senso, per così dire, giuspolitico ed una concezione della stessa in senso economico-sociale, declinando i diritti di cittadinanza in una presunta dimensione economica, non più (o non più soltanto) civile, sociale e politica. Potrebbe, ad esempio, ipotizzarsi l'evoluzione materiale del *consumerismo* quale nuova forma di esercizio della sovranità popolare in un nuovo contesto di democrazia deliberativa?

Nel riprendere, poi, l'analisi della declinazione delle forme di partecipazione individuale agli sviluppi dell'ordinamento giuridico nella nuova società finanziaria privatizzata, importanti spunti di riflessione emergono dalla qualificazione sostanziale delle facoltà connesse con l'esercizio dei diritti di proprietà mobiliare, proiettando il singolo individuo nel sistema dei mercati finanziari, nuova società politica privatizzata. Anche in tale ambito sarà opportuno valutare i riflessi e le reciproche interconnessioni degli

strumenti di tutela del risparmiatore tra diritto privato e diritto pubblico. Se da un lato, infatti, non può non riconoscersi un accresciuto ruolo dei pubblici poteri nel conformare l'autonomia privata nelle relazioni tra c.d. emittenti e singoli risparmiatori nella costruzione dei relativi rapporti contrattuali (si pensi all'ambito materiale oggetto di disciplina del T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria del 1998) dall'altro lato continua a crescere anche la forte asimmetria nei rapporti tra privati e la sostanziale assenza delle autorità pubbliche nella corrispondente dimensione delle dinamiche macroeconomiche, conseguenza dell'esercizio dei poteri privati in un contesto aperto ai più gravi rischi dovuti alle forme di abuso dell'autonomia privata. Scontato, in tale ambito, il riferimento alla creazione e distribuzione, - entrambe per via contrattuale o, comunque, in forma di esercizio di autonomia privata - di strumenti finanziari derivati ed agli effetti, a titolo esemplare, di tale fenomenologia sull'attuale crisi c.d. dei "mutui *subprime*", con le gravi conseguenze prodotte in termini di contrazione della ricchezza circolante, sotto forma di crisi di liquidità nelle relazioni interbancarie e, per tale tramite, sui bilanci delle imprese e delle famiglie indebitate con il sistema creditizio.

Assumendo quale contesto di riferimento l'evoluzione normativa in materia di tutela del consumatore, l'emersione nella dimensione politica dei diritti di cittadinanza sostanziale - processo scontato ove non si voglia accedere alle teoriche fondanti una concezione, come dire?, frazionata dell'individuo, del soggetto privato nei suoi rapporti con l'ordinamento giuridico - l'indagine dovrebbe altresì condurre ad un approfondimento della relazione tra consumi materiali, diritti dei consumatori e teoria dei bisogni, fino a ragionare intorno alle forme di partecipazione al nuovo sistema di diritto privato da parte di coloro che consumatori non sono, anche per comprendere quali siano oggi le nuove dimensioni della politica contemporanea. Per esprimere in forma brutale il pensiero giuspolitico sottostante mi verrebbe da tematizzare i riflessi del passaggio dalla "Repubblica democratica fondata sul lavoro" al nuovo ordine giuridico dei consumatori, riflettendo sul significato storico-politico del passaggio dallo Statuto dei lavoratori allo statuto del consumatore, termine non a caso declinato al singolare. In tale contesto si comprende il senso del disgregarsi dei vincoli sociali...e politici, della crisi sia dell'unitarietà dell'individuo che della coerenza unitaria delle leggi che ne disciplinano lo statuto. Corollario potrebbe essere l'analisi delle nuove dimensioni del principio di eguaglianza in senso sostanziale...declinabili secondo la pretesa di costruire, arricchire e riequilibrare la capacità di ciascuno di consumare, in ciò eterodiretto dalle contemporanee forme del marketing politico. Non è difficile, infatti, constatare quanto la dimensione del pieno sviluppo della persona umana e della effettiva capacità di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese sia oggi percepita dagli individui, dai privati cittadini come molto meno importante rispetto alla garanzia di una stabile, se non crescente, capacità di affermazione personale nella società dei consumi. Costatazione alla quale si aggiunge la rilevazione di una differente percezione di ciascuno in relazione alla propria collocazione nella dimensione sociale, con conseguente valutazione delle proprie preferenze politiche spesso esclusivamente costruite intorno ad una sorta di lotta tra classi di contribuenti, funzionale alla difesa del proprio potere di acquisto e del mantenimento della propria capacità nei consumi.

## *2. Società civile, codice civile e forma di Stato*

In occasione del convegno che la Società italiana degli studiosi di diritto civile ha dedicato al cinquantenario della Corte costituzionale<sup>[3]</sup> Massimo Luciani, nel formulare le conclusioni della sessione dedicata ai rapporti tra "Autonomia privata e Costituzione" ha proposto una suggestiva riflessione sul fondamento storico-culturale dell'autonomia privata. Comparando il pensiero di due celebri studiosi, Hobbes e Locke, Luciani ha proposto di ricostruire il fondamento della autonomia privata attraverso il confronto tra due diverse prospettive culturali: "ancorata alla libertà" nel pensiero di Locke; "agganciata all'eguaglianza" nel sistema hobbesiano. Risalendo alle origini, osserva Luciani, "l'autonomia può essere radicata tanto nella libertà, quanto nell'eguaglianza", così procedendo dai due distinti "filoni di pensiero (nonché di azione politica): uno che potremmo dire democratico, che è quello hobbesiano (...), e l'altro che potremmo dire liberale, che ovviamente è quello lockeano". Se il pensiero

di Esposito e Crisafulli aveva consentito di collegare il concetto di autonomia alla sovranità popolare[4], l'altra prospettiva "vede l'autonomia privata come lo strumento espressione della libertà individuale". La riflessione di Luciani si sposta quindi a considerare il ruolo avuto dalla Costituzione repubblicana nel tentativo continuo di conciliare, nel sistema del diritto dei privati, la libertà con l'eguaglianza per concludere però, anche sulla base delle risultanze emergenti dalla riflessione dei giusprivatisti in quello stesso convegno, che "oggi come oggi, il primo modello, il modello democratico di ascendenza hobbesiana, è in grave crisi e, anzi, è stato (...) pressoché del tutto dimenticato...mentre è l'altro modello, il modello Coke-Locke, il modello liberale, che ha conquistato il proscenio" fino a cogliere, almeno quale impressione di fondo, "la fine della lunga e fruttuosa stagione dell'irruzione della Costituzione nel dominio del diritto civile...vera e propria crisi nel rapporto tra il diritto civile e le categorie ordinanti della Costituzione".

Ma senza poter qui approfondire ulteriormente l'analisi dei pur assai importanti influssi del pensiero filosofico politico sugli sviluppi dell'ordinamento dei privati, la definizione del quadro storico e giuspolitico che fa da sfondo alla presente riflessione mi impone, ora, una breve e spero non troppo maldestra incursione *in munere alieno*, almeno per impostare l'indagine delle importanti interconnessioni tra la evoluzione del diritto dei privati, con tale espressione intendendo il diritto statale che disciplina i rapporti tra i privati, tradizionalmente i codici, ed il succedersi nella storia recente delle diverse forme di Stato, alla ricerca del substrato politico del diritto privato. Sono ben note, infatti, le relazioni esistenti tra la prima codificazione e la nascita della società moderna, ed i successivi influssi che sulla codificazione civile sono stati esercitati dallo sviluppo industriale prima, e dall'irrompere nel diritto statale del conflitto sociale in funzione del perseguimento di un più avanzato rilievo dell'eguaglianza, poi. L'utilità di questa ricostruzione, di fatto per noi meramente ricognitiva della riflessione che già da tempo la dottrina ha dedicato a questi luoghi problematici[5], potrebbe consentirci, infatti, di valutare oggi, quali legami sussistano tra la più recente evoluzione dell'economia post-industriale, la profonda trasformazione della realtà sociale ed economica dell'era contemporanea e la forma, la struttura ed i contenuti attuali degli stessi fondamenti del diritto dei privati, per ovvie ragioni oggi non più esclusivamente statali, ma anche di derivazione comunitaria e sempre di più il prodotto dell'esercizio delle nuove forme dell'autonomia privata che in prima battuta qualificherei *transnazionale, professionale* e, quindi, *asimmetrica*[6], cioè asimmetrica in quanto professionale. L'*asimmetria* è, come è noto, una costante dei rapporti costruiti dall'autonomia privata, se però si guarda alla *sostanza* dei rapporti di forza tra le parti. Qui ora per *asimmetria*, invece, intendo riferirmi ad un dato che diviene addirittura *formale*, laddove l'autonomia privata si declina, oramai, come svolgimento di un diritto anche formalmente riconosciuto dall'ordinamento ad una sola delle parti del rapporto, quella che viene qualificata appunto come *professionale*.

In prima approssimazione vedremo come gli sviluppi della normativa statale sul diritto dei privati abbia comportato, già nel passaggio dal codice civile del 1865 al codice del 1942, e poi a seguito dell'avvento della Costituzione repubblicana e della legislazione speciale conseguente, ed ancora per gli odierni sviluppi del c.d. diritto privato europeo e, per quanto di maggiore interesse oggi, del diritto dei consumatori, dicevo come tali sviluppi abbiano comportato enormi conseguenze circa il differente rilievo di volta in volta assunto nella legislazione dell'individuo prima, e dell'impresa poi in una prima affermazione del fenomeno del mercato; quindi del lavoro dipendente e poi di una nuova e del tutto differente affermazione dei principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza. Più nel dettaglio concentrando l'attenzione su quella parte del diritto dei privati connesso con la definizione dei margini dell'autonomia individuale, la sua funzionalizzazione, i suoi limiti interpretati secondo categorie giuspubblicistiche in un'ottica di forma di Stato.

## 2a. La codificazione del 1865

Sono note le origini ed il fondamento politico della codificazione rivoluzionaria francese[7], matrice storica e culturale del codice dell'Unità figlio a sua volta della società italiana contemporanea[8],

“caratterizzata...dall’ascesa della borghesia e dal nuovo atteggiamento dei rapporti tra lo Stato e il cittadino, tra il principio di autorità e il principio di libertà”[9]. Il sistema, improntato ai valori dell’individualismo, era costruito intorno all’assolutezza del diritto di proprietà e per via di declinazione di un principio di libertà riconosciuto, pressoché senza limiti, ai soli proprietari ed in regime di eguaglianza di questi dinanzi alla legge[10].

La democrazia omogenea della classe borghese dell’Ottocento era molto più facile da governare della democrazia di tutti i cittadini nel sistema pluralistico contemporaneo. Basti il confronto tra il significato della “riserva di legge” nelle Costituzioni liberali ed in quelle democratiche, a partire dalla Costituzione di Weimar del 1919. La legge assume, infatti, il ruolo di strumento di protezione della proprietà borghese contro il rischio di espropriazioni arbitrarie. Soltanto a far data dal secondo Dopoguerra essa non sarà più lo strumento mediante il quale il Parlamento difende la classe dei proprietari, l’unica in esso rappresentata, contro le aggressioni ai propri beni. Dall’art. 153 della Costituzione di Weimar la legge è infatti chiamata a disciplinare lo stesso contenuto del diritto di proprietà. Deve garantire, nel diritto di proprietà, gli *interessi* pubblico e di altri soggetti *insieme* all’*interesse* del proprietario del bene. Il legislatore non protegge più, nella proprietà, esclusivamente l’interesse del proprietario, ma deve costruire la *sintesi* di più interessi in un’unica norma. La legge cambia, così, il suo ruolo politico e la sua struttura formale. Non più solo condizione di legittimità per la espropriazione dell’*inviolabile* diritto di proprietà; non più riserva di competenza in favore della classe borghese; ma strumento per la disciplina del *contenuto* del diritto e dei suoi limiti[11]. La conseguenza politica di questo dato storico sarà, perciò, la trasformazione della legge da strumento per la protezione degli interessi della classe borghese[12] in strumento per la composizione del conflitto sociale, del conflitto di classe.

Osserva, infatti, Nicolò come nello Stato liberale “la volontà statale non tanto creasse l’autonomia dei soggetti privati quanto semplicemente prendesse atto di una siffatta posizione...limitandosi da un canto a reprimerne gli abusi e dall’altro a predisporre le necessarie situazioni strumentali per la concreta realizzazione degli interessi dei singoli e dei fini dell’attività dei medesimi”[13].

L’autonomia privata aveva confini materiali amplissimi, ma il sistema produttivo era centrato sulla proprietà della terra, sulla proprietà immobiliare in genere e sulla libertà dei commerci ed i valori dell’individualismo erano protetti anche dall’avversione per le forme associative ed i corpi intermedi. Inutile dire che il rapporto di lavoro non aveva pressoché alcuna considerazione[14].

Il diritto statale non aveva alcun ruolo nella selezione dei fini, riservati all’autonomia dei privati; predisponeva “gli strumenti necessari affinché ciascuno (potesse) conseguire gli scopi desiderati”[15]. Nella declinazione giuridica delle regole della convivenza tra i privati cittadini il codice definiva, così, implicitamente anche quale dovesse essere il ruolo del legislatore statale nella composizione del regime giuspolitico, dei rapporti tra autorità e libertà, della forma di Stato, concorrendo attraverso la individuazione del posto del diritto statale nella sfera degli individui privati, cioè dei cittadini, a definire altresì il rapporto tra “Codice civile e società politica”[16], vale a dire la dimensione politica dei diritti dei privati. Questa realtà viene spesso qualificata attraverso la definizione del “carattere costituzionale” dei codici ottocenteschi[17]. Osserva Natalino Irti che nel codice civile italiano del 1865 l’autonomia privata viene garantita come “libera scelta dei fini: circa i requisiti essenziali per la validità di contratti, il codice (art. 1104) si limita a menzionare «una causa lecita per obbligarsi», e, poi, a chiarire (art. 1122) che «la causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all’ordine pubblico»...Rimane ignota al codice italiano del 1865...l’idea di un controllo sulle scelte dei privati: la legge riconosce ai singoli un potere, che sfugge, nelle modalità di esercizio e nelle fasi di svolgimento, a qualsiasi sindacato”[18].

In ciò il codice è rivelatore dei caratteri propri della forma di Stato vigente, nella definizione dei rapporti tra la legge, il diritto statale, e la sfera di libertà individuale[19]: nella qualificazione del principio di legalità. “La legge si ferma al di fuori”[20] della sfera di libertà individuale, dell’autonomia privata, “né

indica né valuta gli scopi” di questa autonomia. Tra gli effetti di tali scelte di sistema c’è inoltre l’opzione per una tecnica redazionale che riduca al minimo “le clausole generali ed i concetti fluidi”, limitando di conseguenza anche i poteri del giudice di interferire nelle scelte dei privati[21].

## 2b. *Il codice civile del 1942*

Se è vero che “i codici...dovrebbero dare forma giuridica a un certo ordinamento della società, nella sua configurazione presente e nelle sue prospettive di evoluzione” è pur vero che “arriva il momento in cui le strutture formali del codice si rivelano inadeguate alle strutture sociali ed economiche della collettività”[22] e forse anche, aggiungo io, alla nuova declinazione dei principi deducibili dalla forma di Stato. La crisi del codice civile del 1865 cominciò a manifestare i propri sintomi sul piano sociale già verso la fine del secolo, investendo tanto la concezione dell’individuo e della sua libertà, quanto la nozione di proprietà per via dell’avvento della rivoluzione industriale e dei conseguenti rivolgimenti tanto sul piano degli sviluppi economici, con l’avvento della grande impresa, quanto su quello del conflitto sociale, per via della formazione del proletariato industriale[23].

Mutano la forma di Stato ed il regime politico ed inizia a svilupparsi l’intervento pubblico nell’economia[24]. Il legislatore pretende di limitare l’autonomia dei privati e, soprattutto, di funzionalizzarla[25] agli interessi della produzione nazionale. Siamo al Codice civile italiano del 1942[26]. Anche in questo caso mi limito a richiamare le principali caratteristiche del nuovo sistema, soprattutto con riferimento alla dimensione giuspolitica che fa da sfondo alla presente riflessione, peraltro ricordando da subito come queste tracce di novità debbano necessariamente essere collocate in un contesto generale di sostanziale continuità con l’esperienza liberale, come ribadito pressoché unanimemente dalla dottrina civilistica qui richiamata. Guardando, allora, alle categorie problematiche più rilevanti, proprietà, impresa ed autonomia privata si comprende come, posta al centro del sistema codicistico l’attività economica dei privati le più rilevanti scelte consistessero nell’unificazione tra codice civile e codice di commercio, nell’assunzione della figura dell’imprenditore e della disciplina dell’impresa[27] come nuovo paradigma politico, “nella maggiore rilevanza del lavoro subordinato”[28], ecc. Il legislatore statale era stato, infatti, costretto a misurarsi con gli effetti della rivoluzione industriale e dello sviluppo economico, nel cui quadro andavano ora declinate le nuove forme di intervento pubblico, anche in forma di più accentuata limitazione dell’autonomia privata per via della rilevanza che andavano assumendo “lo sviluppo delle forme di associazione economica, la mobilitazione della ricchezza, la circolazione fiduciaria dei beni, la organizzazione del risparmio e del credito, ecc.”[29].

Le tracce della nuova forma di Stato sono qui rinvenibili fin dalla “nuova serie di limitazioni all’autonomia individuale...(con) l’incremento delle norme imperative e inderogabili”[30]. Ma è con la conformazione del diritto individuale attraverso una disciplina legale che *possa* condizionarne “l’esercizio e l’attuazione alla realizzazione di una finalità di carattere superindividuale”[31], con il mutamento quindi del ruolo del diritto statale[32] - che da mero strumento di protezione dell’autonomia privata diviene mezzo attraverso il quale la legge può intervenire in positivo nella disciplina di tale autonomia per funzionalizzarla[33], quando occorra, al perseguimento dell’interesse generale - che si consuma la sostanziale trasformazione del regime liberale in qualche cosa di diverso[34]. Il superamento del codice del 1865 conseguiva, insomma, al tramonto della società borghese costruita intorno agli interessi materiali di una sola classe, era conseguenza della necessità politica di superare il carattere neutrale del diritto statale dell’autonomia dei privati quale strumento di assorbimento di ogni rischio di instabilità e di insicurezza[35] nei rapporti civili dovuto all’emergere del conflitto sociale[36]. “L’interesse del legislatore è potenziare lo Stato, aumentare la produttività sino a fare del produttivismo la caratteristica precipua dell’ordinamento”[37]. Ma in ciò assorbendo il conflitto sociale in una dimensione “strettamente economicistica” nella quale gli interessi individuali, dei lavoratori e dei datori di lavoro, dei produttori e dei consumatori vengono funzionalizzati all’«interesse superiore della

produzione» (v., ad es., l'art. 2104 c.c., che a tale interesse funzionalizza la “diligenza del prestatore di lavoro”)[38].

## 2c. Codice civile e Costituzione

Qui mi limito a pochi cenni, dando per scontati gli sviluppi della legislazione statale come conseguenza dell'avvento della Costituzione repubblicana, tanto in termini di modifiche al codice civile del '42, quanto per via dello sviluppo della legislazione speciale, per tacere del rilevante contributo della giurisprudenza costituzionale. Intanto è ovvia la necessità di riconsiderare la posizione del codice nel sistema delle fonti del diritto statale, non potendo più predicarsi per esso la natura materialmente costituzionale[39]. In secondo luogo la declinazione normativa del principio personalista tra i fondamenti dell'ordinamento costituzionale condusse alla necessità di ridisegnare ruolo e confini del diritto privato[40]. Vedremo come, infatti, il ruolo del diritto statale – tanto della legislazione speciale quanto della giurisprudenza costituzionale – crescerà nella pretesa interferenza con il diritto dei privati prodotto dall'autonomia in funzione della rottura delle disuguaglianze di fatto, sottaciute dal sistema codicistico. La sopravvivenza del codice del 1942 all'avvento del regime repubblicano, frutto della particolare pregevolezza del suo disegno sistematico e della qualità del contributo scientifico a fondamento della sua elaborazione, giustifica le numerose incursioni del legislatore ordinario e della Corte costituzionale in funzione di riequilibrio dell'eguaglianza[41], anche a costo di sacrificare in parte gli spazi già propri dell'autonomia privata[42]. Sul punto mi sembra esemplare la vicenda del nuovo diritto del lavoro, a partire dallo Statuto del 1970. Ma si pensi anche alla disciplina dei contatti di locazione degli immobili urbani, l. n. 392 del 1978, ecc.

Natalino Irti ha giustamente osservato come la presenza nella Costituzione di importantissime “*norme di scopo*” abbia profondamente inciso sul ruolo della legge nel sistema giusprivatistico proprio nel sottrarre alla disponibilità dei privati la scelta e la valutazione dei fini della propria azione, con incidenza relativamente forte quanto alla selezione degli interessi meritevoli di tutela. “L'ordine economico e giuridico non nasce più dal libero giuoco delle iniziative private, ma è, per così dire, progettato e precostituito dalla legge”[43]. Riprendendo quanto più sopra ricordato a proposito della trasformazione della funzione legislativa nel trapasso di forma di Stato, rilevante appare la considerazione per cui i singoli, gli individui, soprattutto i deboli ed i “diseguali” cerchino nella legge e non più certo nel contratto[44] la protezione dei propri diritti e la realizzazione dei propri interessi, in funzione dei nuovi bisogni[45], declinazione del catalogo dei diritti iscritto nella Costituzione.

Nel quadro del percorso di analisi qui proposto tenterò, ora, di avviare una riflessione per me non molto semplice, perché svolta in ambiti materiali estranei al mio tradizionale percorso di studio. Per giustificare i miei limiti culturali manifesterò quindi da subito la mia ambiziosa proposta di ricerca, che si svolge nel tentativo di cogliere le tracce della forma di Stato, fondamento del regime del diritto statale del diritto dei privati, indagando sulla causa del contratto, sui tipi legali, sul concetto e la selezione degli interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico, e sulla qualità della disciplina legale, per quanto a carattere dispositivo, dei contratti medesimi. Sullo sfondo i nuovi poteri normativi dei privati – siano essi, o meno, qualificabili come di natura contrattuale, stante la disparità di ruolo e di forza delle “parti” - ed i correttivi giuspubblicistici all'autonomia privata, in funzione di contenimento degli abusi perpetrati in danno dei soggetti deboli, e di riequilibrio normativo dei contratti; oltre al ruolo del giudice[46] in tale ambito, sempre guardando alla possibilità di interferenza dei poteri statali (e, oggi, comunitari) negli spazi tradizionalmente riservati all'autonomia privata. Per chiudere, infine, con alcune considerazioni, queste sì meramente allusive, circa il ruolo delle nuove forme di manifestazione dell'autonomia privata nella dimensione macroeconomica.

## 2d. Causa, tipo contrattuale ed interessi meritevoli di tutela

Gli argomenti selezionati per il prosieguo di questa riflessione dovrebbero consentire, se riuscirò a non

essere trascinato da fraintendimenti, a cogliere le tappe dello sviluppo dei rapporti tra ordinamento giuridico statale e comunitario ed autonomia dei privati[47] nel succedersi delle forme di Stato, percorso che qui sarà limitato all'obiettivo di porre le basi per una declinazione di questo approccio allo studio del nuovo diritto dei consumatori.

Dirò subito che la tesi presupposta è che causa, tipo e meritevolezza degli interessi siano altrettante finestre per il cui tramite il diritto statale può entrare nello spazio dell'autonomia privata[48], vuoi consolidandone le scelte tradizionali, anche per via di cristallizzazione del sistema di attività e relazioni tra i privati, espressione della realtà socio-economica del momento; vuoi anche, però, indirizzando i futuri sviluppi della stessa autonomia dei privati, a seconda del disegno di politica del diritto perseguito[49]. Mi rendo conto della indistinguibilità dei ruoli in virtù della costante reciproca contaminazione tra le due forze, la libertà in chiave di autonomia – ove la forma di Stato la contempra e la tutela -, da un parte, ed il diritto statale dall'altra, ma è pur vero che la riflessione storico-politica dovrebbe poter illuminare volta a volta la capacità di emersione dell'una o dell'altro in funzione di misurazione dei rispettivi ruoli al fine di comprendere gli elementi qualificanti il disegno istituzionale complessivo del diritto dei privati posto in essere dall'ordinamento.

Partendo dalla causa, ad esempio, e dichiarando da subito che per semplicità si dovrà prescindere dalla genesi storica e dalla collocazione sistematica del concetto nei diversi contesti giuspolitici[50], è già di immediata evidenza la rilevanza che viene ad assumere la scelta tra la sua riconducibilità a) alla volontà del soggetto, della parte privata nella selezione dello scopo che giustifica l'assunzione del vincolo contrattuale (concezione subiettiva), oppure b) “alla «funzione», allo «scopo», ovvero alla «ragione economico-giuridica» del negozio” (concezione obiettiva)[51]. Nel primo caso il principio politico sullo sfondo è dato, infatti, dalla “esaltazione della volontà individuale e della onnipotenza del «consenso»”[52] dello stesso individuo *particolare* nella costruzione del diritto dei privati che, come tale, risulterà intriso dei valori del volontarismo e funzionalizzato al perseguimento dei soli interessi individuali. Anche in tale contesto, naturalmente, la forza neutralizzante del formalismo produrrà la riconducibilità della causa allo “scopo *tipico*” concorrendo alla definizione di uno schema legale di rapporto contrattuale[53]. Nel secondo caso, invece, “la causa viene sottratta ad ogni legame con la «volontà» e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento”[54]. Scontando le dovute semplificazioni, la prima concezione può ricondursi al modello liberale di diritto dei privati; la seconda può già cominciare a predicarsi in relazione alle novità introdotte dal codice civile del 1942, instauratore di un diritto dei privati funzionalizzato agli interessi generali dell'ordinamento (della produzione). Nella riflessione della dottrina, quindi, la causa ha cominciato ad astrarsi dalla “funzione economico-sociale” del contratto – o, a seconda dell'impostazione teorica, del negozio - per precipitare nel dato giuspositivo rappresentato dalla «sintesi degli effetti giuridici essenziali»[55] del negozio, fino a coincidere, nella formulazione di parte della dottrina civilistica, con il tipo negoziale[56].

Qui, almeno nella ricostruzione di parte della dottrina, l'evoluzione della riflessione teorica conduce a sintetizzare il percorso tematico nella coincidenza tra causa del contratto e tipo normativamente predisposto dall'ordinamento giuridico statale ad indicare proprio “i rapporti tra la volontà (individuale) e l'ordinamento, ovvero sia il problema dei limiti (legali) dell'autonomia privata”[57]. E' l'ordinamento giuridico statale a qualificare l'assetto oggettivo degli interessi meritevoli di tutela, al fine di offrire protezione all'autonomia dei privati che venga a manifestarsi in quelle *forme*, in quei tipi predefiniti, seppur guardando al sistema economico-sociale, dal legislatore. In questo quadro interpretativo le norme contenute nell'art. 1322 intitolato, appunto, all'«autonomia contrattuale» costituiscono norme di chiusura: sia nel riconoscere ai privati la facoltà di determinare liberamente il contenuto del contratto, ma “nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]”; sia nel prevedere la possibilità che le parti concludano contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, “purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”. Non può sfuggire all'interprete la tentazione di ritenere che per i contratti formalmente tipizzati questa valutazione circa la

meritevolezza degli interessi per l'ordinamento giuridico sia già stata compiuta dal legislatore nel costruire la "disciplina particolare" di questi modelli contrattuali[58].

La ricostruzione, come dire, "semplificante" di questi controversi passaggi teorici sconta naturalmente l'accantonamento di molti problemi. Non consente, infatti, di valutare la reciproca influenza tra legge ed autonomia privata, a seconda che si ritenga che i contratti tipizzati siano il frutto della stessa autonomia privata, o piuttosto delle scelte del sistema economico-sociale (il che potrebbe essere lo stesso) poi *recepte* e consolidate dal legislatore nelle formule codicistiche[59]. Oppure laddove si osservi che tra causa e tipo non c'è una automatica ed esaustiva sovrapposibilità in relazione alla essenziale tensione tra gli interessi concretamente perseguiti dalle parti (causa) e lo schema formale del contratto disciplinato dal legislatore (tipo)[60] (ma di ciò *infra*). E che comunque, seppur con i limiti legali richiamati, gli stessi tipi legali sono pur sempre nella disponibilità delle scelte dei privati. Certo rimane il dato politico della scelta legislativa di condurre "un vigilante controllo dell'ordinamento" su causa, tipo e meritevolezza degli interessi, anche se "codesto controllo...non si esaurisce...nel preventivo controllo dei «tipi» negoziali"[61]. E seppur la funzione del negozio codificata come meritevole dall'ordinamento non sempre possa ritenersi coincidere con la sua causa, nella maggior parte dei casi, per dirla con Giorgianni, "la «funzione» riconosciuta degna di tutela dall'ordinamento giuridico...è sufficiente...a fornire contemporaneamente al negozio il suo fondamento causale"[62]. In tutte queste ipotesi il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati è già contenuto nelle soluzioni legislative preventivamente offerte all'autonomia dei privati, ed è certa la "rispondenza del regolamento concreto di interessi attuato dalle parti, ai fini perseguiti dall'ordinamento"[63]. Come si vede la concezione politica dell'autonomia privata contenuta nel codice del 1942 si conferma aperta alla concreta ipotesi di un secondamento dell'autonomia medesima in funzione dei fini dell'ordinamento giuridico stesso, che ha disegnato, costruito, consolidato un diritto dei privati giuspubblicisticamente orientato[64]. Per ragioni di economia evito di proseguire nell'analisi della riflessione di Giorgianni intorno alla funzione della causa contrattuale ed al rilievo della valutazione dell'ordinamento statale circa la meritevolezza delle scelte di autonomia che strumentalizzino la funzione del negozio, ad esempio assumendo una prestazione isolata, o adempiendo ad una obbligazione ma astraendo dalla sua collocazione codicistica in uno specifico negozio, in funzione di scopi altri da quelli ritenuti nella causa contrattuale, ipotesi per le quali faccio senz'altro rinvio allo studio qui più volte citato. Ma anche in tali casi emerge con forza la necessità legale di una valutazione *nel merito*, da parte dell'ordinamento statale, delle scelte operate nell'esercizio dell'autonomia privata, in considerazione degli scopi perseguiti dalle parti e degli interessi sottostanti la costruzione delle figure di collegamento reciproco tra prestazioni e/o contratti *concretamente* realizzata[65]. In linea di sintesi tali argomenti, che conducono a superare la ristretta prospettiva della mera sovrapposizione tra causa e tipo, confermano però il valore della causa come strumento di giustificazione legale "di fronte all'ordinamento d(e)i movimenti di beni da un individuo all'altro...punto di incontro della volontà individuale con l'ordinamento"[66].

In questa prospettiva ben si comprende la praticabilità dello spettro di indagine proposto che guarda alla codificazione civilistica, alla costruzione normativa della autonomia privata in funzione della rilevanza che in tale ambito assume la forma di Stato vigente. Nel caso di specie ciò si evidenzia nel potere del legislatore di intervenire nel merito delle scelte degli individui concorrendo a definire in concreto l'assetto degli interessi di cui la regolamentazione contrattuale rappresenta la sintesi, *conformando* dall'interno - e non solo, quindi, *limitando* dall'esterno - la libertà fondamento dell'autonomia medesima[67]. Questo schema teorico si è poi viepiù consolidato a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che ha generato forme ed occasioni di intervento legislativo, senz'altro più pervasive e generali, nello stesso assetto ordinamentale dell'autonomia privata disegnato dal legislatore del 1942[68], in particolare in funzione servente il principio di uguaglianza sostanziale e la tutela della parte debole[69]. Nonché per effetto del recepimento delle numerose direttive comunitarie intervenute nel disciplinare l'autonomia contrattuale, non tanto per limitarla quanto piuttosto per "«modularla» in funzione del progressivo perseguimento delle finalità" selezionate dall'ordinamento comunitario

medesimo[70].

Queste considerazioni per noi giuspubblicisti rappresentano, come è noto, la forza di un paradigma per la qualificazione della relazione tra diritto statale e libertà individuale, primo elemento per la valutazione della forma di Stato vigente.

### 3. *Diritto dei consumatori e forma di Stato*

E siamo al «diritto dei consumatori». Ai fini della delimitazione del mio campo di indagine chiarisco da subito che con tale formula intendo riferirmi proprio ai più recenti interventi normativi, spesso di derivazione comunitaria, prodotto della volontà di riequilibrare i rapporti contrattuali tra privati in tutte le ipotesi in cui l'esperienza abbia dimostrato la sussistenza di una forte disparità di capacità negoziale, un grave squilibrio di forza tra le parti, riferendomi espressamente alla contrapposizione, scelta dall'impostazione comunitaria, tra «professionisti» e «consumatori»[71]. In un certo senso, e poi ai fini che verranno posti in rilievo nella parte conclusiva del presente lavoro, al cittadino «consumatore» può essere assimilato, con riferimento alla corrispondente legislazione rilevante, il cittadino «risparmiatore»[72], per le ragioni che si spera verranno chiarite nel prosieguo dell'indagine.

La tutela del consumatore[73] è normativamente costruita attraverso il riconoscimento di alcuni diritti in capo agli individui, quali il diritto alla salute, alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti e servizi, all'informazione ed all'educazione al consumo, oltre ai diritti collettivi quale il diritto alla promozione ed allo sviluppo dell'associazionismo ed il diritto ad agire in giudizio delle associazioni[74], ed al diritto «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità dei rapporti contrattuali» a garanzia dei quali l'ordinamento predispone appositi strumenti di controllo[75]. Alla disciplina dei «contratti del consumatore» con disposizioni di carattere generale e con altre di carattere particolare per determinati settori o categorie di contratti si aggiungono infine le norme a garanzia della sicurezza e qualità dei prodotti e della responsabilità per danno da prodotti difettosi[76]. In ossequio all'impostazione di fondo della presente riflessione la nostra analisi sarà, però, concentrata sui profili inerenti agli effetti sull'autonomia contrattuale della citata normativa, alla ricerca di una possibile proposta ricostruttiva della relazione tra ordinamento giuridico statale-comunitario e diritto dei privati presupposta, o definita, dal nuovo diritto dei consumatori.

Il primo dato che emerge dalla lettura della disciplina dei contratti del consumatore è la rottura dell'unitarietà della categoria della autonomia contrattuale, in ragione delle qualità degli individui cui venga imputata. Per dirla con Perlingieri oggi «potrebbe distinguersi tra autonomia del «professionista» e autonomia del consumatore/utente»[77], quasi distinguendo «i soggetti dell'ordinamento per *status* in rapporto alla loro posizione nel ciclo produttivo»[78] dando senz'altro rilievo alle disparità di fatto tra gli uni e gli altri. Tra i principali effetti di questa impostazione di fondo, l'ordinamento contempla la necessità di intromettere nell'assetto regolatorio predisposto dalle parti un proprio giudizio di valore con conseguente qualificazione del regolamento contrattuale in termini di illiceità. E' il caso delle clausole vessatorie[79] che comportano un intervento legislativo nel merito degli assetti contrattuali con evidente compressione dell'autonomia privata, seppur dell'autonomia privata del solo professionista.

Giova riflettere sul dato storico-politico per cui la disciplina delle condizioni generali di contratto contenuta nel codice del 1942 agli artt. 1341-1342, per quanto in apparenza potrebbe sembrare posta anche al fine di proteggere il contraente debole a fronte della imposizione di uno schema contrattuale redatto da una sola delle parti e per lo più concluso mediante l'impiego di moduli o formulari, ebbe – almeno in origine - quale principale effetto quello di legittimarne l'uso. L'ordinamento giuridico, cioè, si indusse a consentire all'autonomia dei privati il ricorso a tale strumento in funzione «produttivistica ed autarchica»[80]. Fu uno degli effetti della riconfigurazione dei rapporti tra privati sulla base della assunzione della centralità dell'impresa commerciale nel sistema del codice, uno tra gli esiti più di frequente riconosciuti dagli interpreti in seguito alla scelta della riunificazione dei codici. L'esigenza di

“accelerare il ritmo della produzione e della distribuzione” comportò, pertanto, il parziale superamento della equivalenza formale tra le parti contrattuali, già di per sé non corrispondente come già ricordato alla struttura sostanziale dei rapporti civili[81], a favore del riconosciuto ruolo dell’impresa nel sistema produttivo nazionale[82]. A tal proposito Alpa richiama, tra gli effetti della disciplina codicistica, quello di aver “*sancito il potere normativo dell’impresa* di cui il consumatore deve subire, suo malgrado, gli effetti...Il sistema normativo delineato dal codice civile legittima l’impiego delle condizioni generali di contratto anche a danno del consumatore, facilita il loro uso” con ciò affidando all’autonomia delle parti – ma in realtà di una sola di esse – “ampia libertà...di negoziare...qualsiasi esonero o limitazione della responsabilità senza sindacare il *contenuto* e senza riguardo alcuno alla disparità di potere contrattuale”[83].

Laddove invece è, forse, possibile rinvenire un diverso atteggiamento del codice del 1942 in funzione della riduzione degli effetti di eventuali sproporzioni tra le parti nella costruzione del sinallagma, è negli istituti della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità, ai quali può aggiungersi l’introduzione per via giurisprudenziale del giudizio di proporzionalità dell’entità della clausola penale[84]. Ma l’esame di tali istituti esula dalla presente indagine.

Con l’avvento della normativa comunitaria in materia di condizioni generali di contratto ed, in particolare, di clausole vessatorie l’ordinamento inverte tale tendenza, contrastando in parte il potere normativo delle imprese al fine di impedire, almeno nei contratti con i consumatori, gli abusi frutto della sproporzione tra la forza contrattuale delle parti. Ma con ciò gli sviluppi dell’ordinamento giuridico di matrice politica (statale e comunitaria) rivelano come si sia data oramai per acquisita una diversa natura della originaria autonomia contrattuale, che si esprime nel sistema dei rapporti tra privati in forme che presuppongono oggi il carattere normativo del diritto di matrice contrattuale, a partire dalle condizioni generali di contratto[85]. Il contratto ed il diritto dei contratti sono oggi il prodotto, non più di un accordo tra le parti, ma della elaborazione unilaterale dell’impresa, per dirla nel linguaggio del legislatore comunitario del *professionista*, che di fatto si impone ai singoli individui. Questo dato materiale diviene allora il presupposto di fatto per l’intervento del legislatore comunitario, non più conformativo dell’assetto degli interessi regolati dal contratto, che sfugge alla sua disciplina, bensì correttivo *ab externo* degli effetti distorsivi di tale assetto regolativo unilateralmente predisposto[86], se del caso approfittando della debolezza di una delle parti del rapporto.

Il tradizionale diritto statale dei contratti forniva all’autonomia privata uno schema regolatorio per il cui tramite il legislatore predisponendo gli strumenti per la realizzazione degli scopi dei privati, strumenti contrattuali di cui erano già noti - in quanto preordinati - gli effetti, esito di un processo di valutazione giuspubblicistico. Il diritto dei contratti nella disponibilità dei privati, per quanto appunto *dispositivo* consentiva all’ordinamento giuridico di prevedere, ed in buona parte, preordinare gli sviluppi del diritto dei privati prodotto dell’autonomia. L’attuale sistema dei contratti dei consumatori è invece il frutto di un intervento del legislatore su assetti di rapporti già precostituiti dall’autonomia privata nella predisposizione unilaterale della offerta del prodotto “contratto”, il cui preteso carattere normativo necessita di correttivi successivi al fine di rompere i nefasti esiti della disparità di forza tra i soggetti dell’ordinamento[87]. In realtà oggi la legge, il diritto comunitario, sono costretti a disciplinare le forme di esercizio di un’autonomia privata *unilateralmente* imposta al sistema delle relazioni private, come tale non più frutto di accordi ed *asimmetrica*.

Mediante la disciplina dei contratti dei consumatori, insomma, l’ordinamento muove dall’“accertamento dell’uso che il contraente più forte ha fatto del suo potere”[88]. Di qui il venir meno della capacità descrittiva della nozione di autonomia privata. Nell’esercizio delle proprie facoltà negoziali l’individuo, infatti, non si misura più con i “propri pari” in un sistema ispirato dal principio di autonomia, di libertà, ma è costretto a confrontarsi con un “potere privato”[89] che rompe questa eguaglianza di ruolo, costringendolo ad invocare l’intervento protettivo dell’ordinamento giuridico. Osserva Mario Esposito che così facendo “il singolo, nell’esercizio della propria autonomia, giunge a mutare la libertà in potere

di imposizione, con ciò stesso egli si pone al di fuori della «comunità di pari»...e, ponendosi in concorrenza con essa ne minaccia i fondamenti”[90]. Quella che dovrebbe apparirci come norma di condotta, prodotto dell’autonomia privata, è in realtà un “imperativo privato” che costringe l’ordinamento ad intervenire a protezione della consapevolezza delle scelte dell’individuo isolato che, lui sì, pretenda, in una società di massa, di esercitare i propri diritti di autonomia. L’ordinamento giuridico non è più, quindi, artefice degli schemi di gioco nel cui ambito muove l’autonomia privata, né è più in grado di dirigerne i movimenti in funzione di interessi superiori. Oggi corregge gli effetti distorsivi di tale autonomia i cui caratteri si presentano, nei fatti, come sempre più recessivi a fronte dei poteri privati[91] che dominano il sistema dei contratti di massa, dei contratti dei consumatori.

Ispirato dall’intento di proteggere, nel consumatore, il soggetto debole – non più neanche consapevole *contraente* – il legislatore interviene nel sistema del diritto dei privati composto in via unilaterale dalle imprese attraverso strumenti successivi, si pensi alle sanzioni di nullità ed inefficacia, alla sostituzione automatica di clausole, al diritto di recesso, ai poteri correttivi del giudice, per effetto del venir meno del controllo esercitato *ex ante* ed una volta per tutte attraverso il consolidarsi di tipi legali di contratto. Il giudizio sulla meritevolezza degli interessi deve, oramai, svolgersi sul singolo *sistema di clausole* che in *concreto* le parti – o la parte - abbiano posto in essere utilizzando schemi di contratto del tutto estranei alla modellistica tradizionale[92]. “La disciplina dei contratti del consumatore, del contraente debole,...rafforza l’idea che il concreto assetto di interessi esige...una disciplina che si desume non già dalla mera riconduzione al tipo, ma dalle peculiarità del caso”[93]. Il diritto dei contratti dei consumatori di matrice pubblicistica, avendo perduto la concreta capacità di governare il sistema mediante la costruzione di tipi, procede allora per principi che consentano interventi nei singoli concreti assetti di interessi, tra l’altro elaborando una normativa di supporto e garanzia dei soggetti deboli che resista alla continua evoluzione del diritto dei contratti di matrice privata, ed unilaterale. Il giudizio di meritevolezza degli interessi non più presupposto nel tipo, né desumibile dalla causa che si compone di più elementi eterogenei ricondotti, poi, ad un unico assetto contrattuale deve quindi essere svolto in concreto: “ciò che rileva è individuare l’insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare determinato contratto”[94]. Così muta il ruolo del diritto statale nel nuovo sistema negoziale privatizzato.[95]

A tal proposito è, forse, interessante ricordare che tra le ipotesi che cominciarono a formularsi da parte della dottrina degli anni sessanta e settanta al fine di promuovere una riflessione circa la crisi ed il superamento dell’impianto codicistico quale strumento sui cui si fondava “il sistema di governo della società civile”, una delle più meditate sosteneva la promozione di una “legislazione per principi generali”[96]. A me sembra che oggi, almeno nel settore del diritto dei consumatori e prescindendo per il momento da ogni valutazione circa la capacità espansiva di questo sistema di protezione del contraente debole in seno all’ordinamento generale, l’articolazione del diritto dei privati - anzi diritto per i privati - di matrice pubblicistica sia costruito su questo paradigma[97]. Cosa tanto più necessaria ove solo si pensi alla rapidità della capacità di evoluzione ed adattamento del diritto prodotto dai privati anche al fine di resistere[98] alla pretesa di contenimento avanzata, nei suoi confronti, dalle istituzioni politiche. La mobilità dell’assetto regolativo di matrice privata[99] impone all’ordinamento di darsi una struttura idonea ad adattarsi a questo fenomeno fornendo agli individui strumenti capaci di mantenere i loro effetti benefici nel tempo. Il che determina, naturalmente, l’espansione dei poteri del giudice.

Si pensi, ad esempio, al nuovo ruolo del controllo giudiziale sul contenuto del contratto presupposto dagli obblighi di “correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali” di cui all’art. 2, comma 2, lett. e) del *Codice di consumo*. In estrema sintesi, allora, tra gli altri elementi utili ad identificare i termini generali dell’evoluzione del rapporto tra ordinamento giuridico statale-comunitario ed autonomia – e potere – dei privati, questo pure mi sembra di poter dire. Il legislatore ha via via abbandonato lo schema della tipizzazione contrattuale quale strumento di controllo e governo dell’autonomia privata e di giudizio a priori sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, mediante tale

autonomia, dagli individui; a fronte della perdita della capacità di direzione dei possibili sviluppi del diritto dei privati, ed al limitato fine di poter esercitare un controllo almeno sulle forme di abuso rese possibili dalla sfigurazione dell'autonomia privata in potere, l'ordinamento giuspubblicistico ha elaborato una normativa per principi affidando più spesso, quindi, al giudice del caso concreto la elaborazione di tale giudizio di meritevolezza[100] sulla base di clausole generali correttive, limitative delle nuove forme di manifestazione del potere dei privati. Il tenore problematico di queste riflessioni mi sembra, del resto, ben rappresentato dalle formule utilizzate da Galgano nel già citato volume dal titolo *La globalizzazione nello specchio del diritto* quali titoli di due importanti capitoli: "Il contratto al posto della legge"[101]; "Il giudice al posto del legislatore"[102], laddove si dà conto del ruolo contemporaneo del contratto quale strumento di governo della società civile e dell'accresciuto ruolo del giudice a fronte della fuga del diritto dei privati dallo spazio governato dalle autorità statali. Per tacere della funzionalizzazione della disciplina dell'autonomia privata, compresa la protezione del consumatore[103], a fini di profitto e della stessa perdita di valore dell'accordo tra le parti nella regolazione contrattuale degli interessi privati.

### 3a. Consumatore, mercato e diritti di cittadinanza

Da più tempo oramai la migliore dottrina ha segnalato l'affievolimento della dimensione politica dal patrimonio dei diritti dei cittadini nella sfera pubblica europea[104], deducendo dalla lettura degli stessi trattati – e dalla evoluzione del sistema istituzionale europeo – la neutralizzante definizione preventiva dei possibili sviluppi dell'ordinamento[105]. La politica, nel sistema europeo, definita volta a volta dai governi degli Stati in sede di Consiglio europeo, viene poi positivizzata e declinata normativamente in quella parte dei trattati – nel Trattato di Roma del 2004, ad esempio, riproposta nella famosa Parte III; analogamente, seppur in un diverso contesto formale, nel Trattato di Lisbona del 2007, Trattato sul Funzionamento dell'UE[106], nella lunga Parte Terza, artt. 26 ss. – intitolata, appunto, alle "politiche comunitarie". Gli obiettivi dell'Unione e gli strumenti per la loro realizzazione vengono irreggimentati così nelle "competenze" declinate nel dettaglio della disciplina normativa, privando qualunque soggetto politico, ed i cittadini europei in primo luogo, della possibilità giuridica di influenzarne in alcun modo la determinazione e lo sviluppo. Neutralizzazione della dimensione politica del sistema, quindi, depotenziamento della rappresentanza politica, qualificazione meramente nominalistica dei diritti politici, in una concezione della democrazia in senso soltanto formale. Questo fenomeno riceve, ora, conferma dall'esame delle nuove declinazioni delle forme e del ruolo del diritto dei privati.

Mentre il codice civile è espressione di una concezione della cittadinanza costruita sulla base della garanzia dei diritti civili, quali strumenti della libertà di autodeterminazione dell'individuo cui l'ordinamento giuridico offre protezione anche nei confronti degli stessi poteri pubblici, il diritto dei consumatori si presenta come corollario della definitiva affermazione della *lex mercatoria*[107] quale fondamento dell'ordinamento giuridico europeo contemporaneo. È noto che il diritto dei consumatori non guardi agli individui come comuni cittadini ma appunto come *consumatori*, in senso materiale. Laddove il codice civile presuppone l'individuo qualificato come "uomo integrale"[108] e la Costituzione repubblicana guarda alla dignità sociale del singolo fondandola sul lavoro, il diritto comunitario declina gli sviluppi normativi del mercato guardando indistintamente, quali destinatari delle proprie prescrizioni, ai cittadini comuni ed alle imprese. L'avvento dei consumi di massa, che hanno assorbito i conflitti sociali nella "medietà del benessere", ha contribuito al "dissolvimento" dell'individuo quale "parte" della relazione contrattuale, quale soggetto portatore di interessi particolari liberamente negoziabili in sede di accordo contrattuale, "nella massa, portatrice di bisogni omogenei e artificiali, suscitati od orientati dagli strumenti di pubblicità; e dove i beni sono offerti e venduti con modalità meccaniche e ripetitive...L'autonomia privata" osserva Irti "si restringe tutta nella scelta delle cose, nella *decisione di preferire un oggetto all'altro*"[109]. L'autonomia privata nell'era dei consumi di massa e nella concezione dell'individuo-consumatore professata dalla attuale legislazione di matrice comunitaria, perde il valore di espressione della volontà del cittadino consapevole che, attraverso la

libertà di scelta implicata dall'autonomia, partecipa alla elaborazione delle regole per la disciplina dei propri interessi. La immediatezza della relazione bisogni-cose dissolve la stessa libertà del singolo, sfigura l'autonomia privata di tutti i cittadini in indipendenza dal diritto dello Stato di una soltanto delle parti della relazione contrattuale, quella che coincide con gli attuali "professionisti", rincorsi oggi dall'ordinamento giuridico al fine di contenerne la capacità di abusare del proprio potere in funzione di parziale riequilibrio dei diritti dei "comuni privati".

Nel passaggio epocale dall'era dello Statuto dei lavoratori a quella dello Statuto del consumatore – termine, è bene ribadirlo, non a caso declinato al singolare – si manifestano i sintomi più evidenti delle trasformazioni in corso nelle forme di Stato contemporanee, impegnando peraltro ancora l'ordinamento giuridico nella difesa del singolo "contro lo strapotere planetario delle imprese...contro gli immani poteri della macchina economica"[\[110\]](#).

Al diritto dei privati fondato sul riconoscimento e la garanzia dell'autonomia degli individui, proprio delle forme di Stato costruite sulla base di società politiche omogenee o ispiratrici di formule di governo dirigiste si sostituisce oggi un nuovo diritto dei privati di carattere eteronomo, parzialmente prodotto da alcuni soggetti distinti tra gli stessi privati e corretto dalle nuove forme di intervento pubblico nella disciplina dei rapporti commerciali di massa. La più ampia libertà, non più autonomia ma indipendenza, frutto della privatizzazione e della deterritorializzazione del diritto dei contratti genera, infatti, fortissimi pericoli di abuso ai quali il diritto europeo dei contratti dei consumatori tenta oggi di porre un limite *ab externo*. Nuovi tipi di ricchezza stanno generando, insomma, un nuovo diritto dei privati[\[111\]](#).

Se il valore del *limite*, quale effetto della posizione di un diritto dei privati di matrice pubblicistica, statale o comunitaria, muta in seguito alle descritte trasformazioni del diritto dei privati nella rinnovata distinta relazione tra ordinamento giuridico ed autonomia privata - trasformata in potere privato – lo stesso principio di legalità perde il suo originario fondamento. Non più strumento legale di protezione dell'autonomia dei privati e degli interessi meritevoli di tutela costruito sullo schema del tipo contrattuale[\[112\]](#) ma, per via della trasformazione del modello di intervento normativo statale secondo lo schema delle clausole generali ai fini del contenimento dei rischi di abuso da parte dei poteri privati, processo dinamico governato con l'essenziale contributo della giurisprudenza[\[113\]](#). Il nuovo diritto dei consumatori è sempre più composto da un sistema di norme imperative, con una corrispondente riduzione delle norme di matrice statale-comunitaria a carattere dispositivo. A fronte della più ampia interferenza del diritto di matrice pubblicistica quale correttivo del diritto dei consumatori in questo settore dell'ordinamento cede conseguentemente anche il carattere di "forza di legge tra le parti"[\[114\]](#) tradizionalmente proprio del vincolo contrattuale, che in effetti non è più tale per il venire meno del libero accordo tra soggetti egualmente titolari di autonomia privata. Questa muta di valore, trasformandosi in potere privato addirittura indipendente dal diritto statale, per un verso, e tendendo del tutto a scomparire, dall'altro. Da un lato il potere del professionista, dall'altro le esigenze del consumatore, privo di autonomia di scelta sui contenuti degli obblighi che viene assumendo, ma bisognoso di protezione da parte dell'ordinamento.

Il nuovo diritto dei consumatori di matrice europea si origina, del resto, dai processi di integrazione del mercato interno, quale risultante dei rinnovati assetti tra le forze economiche ed i cittadini, tra gli individui e le imprese. In questa ottica non può negarsi, nella disciplina di tali rapporti, la prevalenza della dimensione economica su quella politica e sociale[\[115\]](#). Come ricordato dallo stesso Alpa, "il mercato interno esige che la circolazione di beni e di servizi non sia ostacolata da legislazioni nazionali che o ignorano il consumatore oppure presentano livelli di protezione troppo diversificati tra loro"[\[116\]](#), con ciò ribadendo il carattere funzionale del processo di integrazione europea anche nei settori di più accentuato rilievo per gli stessi diritti fondamentali[\[117\]](#). La nozione giuspolitica di cittadinanza è, in tale contesto normativo, sostituita da una versione economico-sociale del concetto[\[118\]](#), in funzione della caratterizzazione di quell'ordinamento sul piano materiale che non può non incidere nella qualificazione delle declinazioni normative della stessa forma di Stato, di cui i diritti fondamentali sono

elemento determinante.

In questo quadro problematico il riferimento alla nozione di cittadinanza nel contesto europeo, con evidente allusione alle categorie performative dei principi di una presunta “forma di Stato” dell’ordinamento comunitario[119], induce alla formulazione di qualche cauta riflessione critica anche sulla costituenda nozione di “diritto privato europeo”[120]. A me sembra, innanzi tutto, che la elaborazione di un apparato sistematico di norme e principi di diritto privato europeo[121] sconti le medesime difficoltà teoriche che, nel nostro ambito disciplinare, incontra la pretesa elaborazione di un’autonoma nozione di “costituzione europea”. Come avrò modo di precisare tra un momento, questa tensione mi pare si manifesti soprattutto in riferimento al tentativo di concepire un “codice” di diritto privato europeo[122], se per codice si debba intendere uno strumento di legislazione pubblica, contenente cioè una disciplina di “carattere legislativo” dell’autonomia privata, sulla falsariga, appunto, dei tradizionali codici di diritto statale.

In questa sede non è, naturalmente, possibile andare oltre alcune brevi considerazioni d’insieme, ma anche con queste cautele non sembra inutile nel contesto della riflessione qui condotta interrogarsi circa la possibile sussistenza, a fronte del tradizionale modello statale di diritto privato, pur nella sua evoluzione storico-politica, di un modello “europeo” di diritto privato comune. In prima approssimazione, però, sembrerebbe da escludersi la stessa pensabilità di un codice unitario di diritto privato europeo[123] a fronte degli stessi sviluppi della scienza giuridica giusprivatistica, alimentata dalla evidente tensione tra modello culturale di *civil law* e modello di *common law*[124], al pari di quanto riscontrato in relazione alle tematiche emerse intorno al concetto di “costituzione europea”[125]. E’ proprio l’ottica evolutiva del diritto privato al tramonto della centralità del diritto dei singoli Stati in funzione della uniformazione della legislazione europea a suggerire, infatti, la tesi che fonderebbe gli sviluppi di un autonomo diritto privato europeo su basi giuspolitiche proprie[126], non mutuabili cioè dai principi elaborati dalle forme giuridiche dei singoli Stati nel secondo Dopoguerra.

La difficoltà di rilevare un’ipotesi di “codificazione quale manifestazione, sul terreno delle leggi, dell’unità che si” andrebbe “costituendo a livello” europeo[127] porterebbe piuttosto a pensare alla opportunità di un coordinamento su base unitaria di discipline sostanziali differenti, seppur in fase di armonizzazione, preferendo la via della uniformazione delle norme di conflitto[128]. Come avremo modo di specificare nei paragrafi seguenti, peraltro, anche l’ipotesi di un diritto legislativo atto a contenere i possibili sviluppi di un’autonomia privata[129] diseguale, carattere tipico della disciplina legislativa statale del diritto dei privati del secondo Novecento è un elemento che nei progetti di codificazione europea appare recessivo, laddove l’elaborazione dottrinale di modelli di codificazione è invece a forte rischio di egemonia da parte dei grandi studi professionali. Non così, forse, in seno ai c.d. codici di settore[130], ma certamente in materia di “obbligazioni e contratti” una riflessione su tali basi sarebbe invece opportuna.

Le criticità di fondo di un tale percorso teorico dovrebbero, pertanto, condurre a ricercare direttamente nella prassi normativa e giurisprudenziale comunitaria il modello europeo proprio di diritto privato comune piuttosto che tentare l’improbabile trapianto nel sistema comunitario del modello statale di codice civile, per quanto *unificato* su basi comuni. Al pari di quanto accade per gli elementi del costituzionalismo europeo in corso di lento consolidamento - che andrebbero indagati nel proprio specifico contesto resistendo alla tentazione di trapiantare nominalmente in quel sistema la nozione di costituzione di matrice statale - infatti, un’analisi diretta alla sistemazione dei caratteri propri del nascente diritto europeo del diritto dei privati, secondo la sua propria natura, sembrerebbe assai più proficua. Per tacere, in questa sede, della vera e propria battaglia ideologica attualmente in corso intorno ai progetti di politica del diritto per la definizione del nuovo modello di intervento pubblico nell’economia dei privati, vale a dire del nuovo diritto privato europeo di matrice legislativa. Come è noto, infatti, si contrappongono diversi progetti di intervento legislativo europeo sul diritto dei privati,

nel fronteggiarsi di sistemi di principi e modelli tra loro distinti, figli di differenti prospettive astrattamente configuranti opposti tipi di “forma di Stato”[\[131\]](#).

### 3b. *L'autonomia ed il potere dei privati nella dimensione macroeconomica*

L'analisi degli effetti delle nuove forme di esercizio dell'autonomia privata sui diritti di quella particolare categoria di cittadini per i quali si rende rilevante, nel singolo specifico concreto rapporto, lo *status* di consumatore deve però proseguire fino a comprendere nella riflessione il fenomeno dei c.d. prodotti finanziari, tra le più importanti creazioni contemporanee delle nuove forme di manifestazione dell'autonomia di alcuni soggetti privati. Come da tempo posto in rilievo da Galgano[\[132\]](#), oggi il contratto non è più soltanto un mezzo utile ai fini della circolazione della ricchezza, ma diviene esso stesso strumento per la creazione di ricchezza immateriale. “La parola «prodotto» si è dematerializzata, viene impiegata per indicare i «prodotti finanziari»[\[133\]](#)”.

Sappiamo che il *Codice di consumo* dedica specifiche norme a protezione del consumatore che acceda a quelle forme di finanziamento qualificate come “credito al consumo” (artt. 40 ss.). Il Testo unico sull'intermediazione mobiliare del 1998 provvede, altresì, a declinare specifiche forme di tutela del privato che risponda alle sollecitazioni al pubblico risparmio[\[134\]](#), provandosi in qualche modo a compensare le scontate asimmetrie tra contraenti professionali e comuni risparmiatori[\[135\]](#). Oggi le nuove disposizioni integrative di tale Testo unico, esito del recepimento del gruppo di direttive c.d. MIFID[\[136\]](#) – Nuova disciplina degli intermediari e dei mercati - consentono al diritto dei risparmiatori di compiere ulteriori passi nell'implementarne gli strumenti di protezione giuridica.

Come è noto le nuove norme prescrivono importanti ulteriori cautele, soprattutto nei confronti dei risparmiatori privi di specifica cultura finanziaria, come tali maggiormente esposti ai rischi connessi a tali forme di investimento. Regole di *best execution*, con obbligo di eseguire l'ordine del cliente alle migliori condizioni possibili; maggiori obblighi informativi prima e dopo la negoziazione dei prodotti finanziari; nuova definizione e garanzia di pratica del “prezzo giusto” nella esecuzione dei relativi contratti di negoziazione. Ma soprattutto, come accennato, la differenziazione tra investitori qualificati, professionisti, operatori di borsa, gestori di fondi di investimento, da una parte, e semplici investitori al dettaglio, come tali non qualificati, dall'altra. Per questa categoria di risparmiatori si aprono specifiche forme di protezione quanto agli obblighi informativi sui prodotti finanziari, i relativi rischi, le forme di tutela ed i criteri di determinazione dei prezzi. In aggiunta sono previste nuove norme sui conflitti di interesse degli operatori professionisti e più ampi poteri di vigilanza ed intervento a vantaggio delle autorità di regolazione. In attuazione di tale normativa, che amplia la sfera di competenza della Consob nella elaborazione della disciplina di dettaglio, tale istituzione ha già predisposto due progetti di regolamento rispettivamente in materia di «intermediari» e di «mercati», con apertura dei riflettori soprattutto sulla commercializzazione dei c.d. titoli derivati, ultima frontiera finanziaria dell'autonomia privata. Ulteriori più ampie garanzie sono, inoltre, previste dalle norme di modifica dello stesso *Codice del consumo*[\[137\]](#) che ridefiniscono i poteri dell'Autorità *antitrust* in materia di pubblicità ingannevole e di concorrenza sleale, per contrastare le pratiche commerciali definite «aggressive» ed «ingannevoli» assunte in danno dei consumatori. Sono, inoltre, previste nuove norme sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[\[138\]](#).

Tutte le nuove misure sono destinate ad accrescere notevolmente gli strumenti a disposizione dei singoli risparmiatori al cospetto degli operatori professionali nelle contrattazioni aventi ad oggetto i prodotti finanziari, elevando in misura assai rilevante i livelli di protezione dei primi nelle relazioni contrattuali con i secondi, sempre al fine di rompere la disuguaglianza delle rispettive posizioni, la differenza di forza contrattuale e le asimmetrie informative a protezione dei soggetti più deboli.

Le nuove disposizioni, però, accentuano notevolmente anche il livello di liberalizzazione del settore[\[139\]](#), attribuendo ulteriori importanti spazi di manovra all'autonomia privata, con specifico

riferimento agli operatori professionali sui mercati dei prodotti finanziari. Le norme di recepimento delle direttive MIFID producono, infatti, la rottura della posizione centrale già occupata dai mercati regolamentati nel sistema degli scambi azionari, aprendo spazi a nuovi sistemi multilaterali di negoziazione e consentendo altresì che, a determinate condizioni, gli scambi si svolgano all'interno dello stesso portafoglio azionario detenuto dal singolo intermediario. Alla società di gestione del mercato regolamentato, alla borsa – già da tempo, peraltro, soggetto privatizzato – si affiancheranno quindi, sempre alle condizioni prescritte, anche singoli investitori ed imprese non finanziarie. Già da tempo operavano, infatti, sul mercato numerosi “Sistemi di scambi organizzati”<sup>[140]</sup> (SSO) gestiti da operatori bancari registrati; ora la nuova normativa li ha, in sostanza, legittimati affidando anche ad essi, a condizione che rispettino le stesse prescrizioni previste, *mutatis mutandis*, per i mercati regolamentati, la gestione della negoziazione dei titoli, così aumentando la flessibilità complessiva del sistema. Alla rottura della vecchia concentrazione delle negoziazioni all'interno dei mercati regolamentati consentita dalla legittimazione degli MTF si aggiunge, oggi, la possibilità che anche singoli intermediari possano utilizzare il proprio portafoglio titoli per concludere le transazioni al servizio dei propri clienti, così *internalizzandole*. In questo modo Borsa, MTF ed intermediari si porranno in concorrenza reciproca, incrementando l'efficienza del sistema complessivo degli scambi.

In questa seconda prospettiva, allora, viene posta in rilievo la necessità di assicurare il sistema Italia contro i rischi di svantaggi competitivi verso altri mercati già liberalizzati, confermando la prevalenza anche nel settore del risparmio dell'ottica funzionalista, per gli “effetti significativi sugli assetti strutturali e competitivi dell'industria”<sup>[141]</sup> dei prodotti finanziari. In un recente intervento sui processi di attuazione della direttiva Mifid, il Presidente della Consob Lamberto Cardia ha, infatti, più volte insistito sulla necessità di “evitare ostacoli alla libera prestazione dei servizi in altri Paesi dell'UE da parte delle imprese nazionali...(di)...realizzare effettivamente un mercato finanziario europeo integrato ed unico”, richiamando il divieto espresso dalla direttiva di “aggiungere regole vincolanti supplementari all'atto del recepimento e dell'applicazione delle disposizioni” in essa contenute (c.d. *gold plating*) a ulteriore tutela dei risparmiatori, ritenute comunque non opportune in vista dello “sfavore concorrenziale” che ne sarebbe conseguito<sup>[142]</sup>.

Ma tornando al ruolo dell'autonomia privata nei rapporti tra questi soggetti professionali ed i risparmiatori, abbiamo già ricordato come le nuove, importanti forme di tutela riconosciute dalla citata normativa a vantaggio di questi ultimi si muovano, essenzialmente, sul piano dei reciproci rapporti contrattuali tra collocatori degli strumenti finanziari ed investitori. In questa dimensione, come dire, interprivatistica si conferma la prospettiva di sviluppo della normativa a protezione dei consumatori e dei risparmiatori in un'ottica settoriale, al di fuori della considerazione degli sviluppi dei diritti di cittadinanza. Il sistema normativo procede guardando ad alcuni aspetti soltanto del complesso patrimonio dei diritti degli individui, al mero scopo di proteggerli al cospetto degli sviluppi ordinamentali *agiti* da altri, soggetti delle nuove forme di esercizio del potere privato, degenerazione delle nuove forme di *autonomia privata asimmetrica*, nei cui confronti i pubblici poteri, - il legislatore europeo e nazionale insieme – costruiscono ormai soltanto meri correttivi esterni.

Questo è, allora, il punto: la definizione dei nuovi rapporti tra ordinamento giuridico ed autonomia privata *nella nuova dimensione finanziaria globale*, esito dei processi di liberalizzazione della circolazione dei capitali che avviene oggi attraverso la negoziazione di prodotti finanziari, ricchezza immateriale frutto della *creazione della stessa autonomia privata*.

Ma in questa dimensione macroeconomica l'autonomia privata è in grado di compromettere la tenuta stessa del sistema finanziario internazionale, generando crisi di liquidità alle quali le banche centrali nazionali riescono a mala pena a porre provvisorio rimedio. Siamo, evidentemente, all'oggi, all'attuale crisi del sistema finanziario dovuto anche agli effetti della cartolarizzazione dei crediti<sup>[143]</sup> c.d. *subprime* originata in prima battuta dal sistema bancario statunitense. Il processo, ormai descritto abbastanza dettagliatamente dagli analisti finanziari, è stato più o meno questo. Importanti istituti

finanziari hanno sostenuto per anni una politica dei crediti piuttosto flessibile, concedendo mutui a soggetti a rischio soprattutto per l'acquisto di immobili – assunti peraltro a garanzia dei prestiti – compensando il pericolo dell'insolvenza dei clienti con gli alti tassi di interesse concordati, spesso in misure variabili e crescenti nel tempo. Il flusso finanziario così immobilizzato è stato, poi, riprodotto scontando i crediti attraverso la loro cartolarizzazione. Gli istituti di credito, cioè, hanno istituito dei fondi di investimento garantiti dai crediti *subprime* vantati verso il sistema, offrendo un'alta redditività per invogliare il mercato – i risparmiatori – a sottoscriverne le quote. Quote che sono state così immesse sul mercato del risparmio. Tutto questo fino a quando le insolvenze a catena degli originari debitori *subprime* non si sono riversate sui fondi di investimento e sui loro sottoscrittori, coinvolgendo gli stessi istituti di credito che li avevano creati ed immessi sul mercato.

Il sistema era alimentato dalla immensa liquidità circolante, via via accresciuta mediante la creazione di ricchezza virtuale attraverso la produzione di contratti derivati sui titoli in circolazione. La crisi di fiducia generata dalle insolvenze ha rotto la catena finanziaria, sorta di catena di Sant'Antonio, contraendo fortemente la quantità di denaro circolante e generando un'impennata del costo dei finanziamenti che gli stessi istituti di credito sono soliti concedersi reciprocamente[144]. Quest'ultimo passaggio ha, tra l'altro, consentito la esportazione a livello planetario della crisi finanziaria. A seguire si sono prodotti i seguenti effetti: perdita esponenziale di valore dei fondi *subprime*, creati cartolarizzando i crediti per i mutui concessi a soggetti a rischio che ormai nessuno vuole più comprare; gravi perdite di bilancio degli istituti di credito[145]; aumento dei saggi di interesse interbancari che gli istituti di credito sono costretti a corrispondersi reciprocamente per fare fronte all'improvvisa crisi di liquidità e comunque al crollo di *fiducia* nel sistema; conseguente aumento del costo dei mutui a tasso variabile già stipulati dai singoli risparmiatori che nei tassi interbancari hanno uno dei coefficienti di misurazione del saggio di interesse dovuto alle banche per il servizio dei mutui sottoscritti. E il cerchio si chiude. La crisi finanziaria di molti singoli risparmiatori che avevano sottoscritto mutui ipotecari per l'acquisto della propria casa è così generata non dall'aumento del costo del denaro deciso dall'istituto di emissione per ragioni di politica monetaria, ma dalla crescita dei tassi interbancari causata dalla crisi del mercato dei titoli derivati, prodotti contrattuali dell'autonomia privata[146].

Ma c'è di più. Le pratiche speculative, attraverso la creazione e collocazione sul mercato dei prodotti derivati ha generato anche l'impennata dei prezzi del petrolio, altra importante voce del bilancio familiare, capace quindi di incidere sull'assetto patrimoniale dei consumatori, sul loro sistema dei diritti patrimoniali. I più avvertiti analisti hanno, infatti, da tempo scoperto che i fondi di investimento più liberi da vincoli finalistici, i c.d. *hedge funds*, hanno cominciato ad investire su prodotti finanziari, derivati dei contratti di compravendita di partite petrolifere, i c.d. *futures*, scontandone in anticipo la variazione dei prezzi. Scommettendo sul rialzo dei prezzi si può “comprare petrolio ai prezzi di oggi per rivenderlo alle quotazioni che raggiungerà fra mesi o fra anni”[147]. Le previsioni di crescita di questi ultimi hanno così determinato una crescita di valore di tali titoli derivati, che hanno anticipato la salita dei prezzi del petrolio incorporandola nel proprio valore attuale. Il mercato ha così dovuto pagare per lungo tempo il prezzo che il petrolio avrebbe avuto in futuro, in previsione della esplosione dei consumi in Asia nei prossimi venti anni e della conseguente crisi dell'offerta[148]. Gli effetti dell'azione di questa nuova forma di autonomia contrattuale asimmetrica, creativa di ricchezza immateriale, così, si riversano sotto forma di imposizione occulta sui bilanci dei risparmiatori inconsapevoli che, pur non essendo controparti contrattuali dei nuovi poteri finanziari privati, come tali non protetti neanche dalle versioni più recenti della disciplina a tutela del consumatore e del risparmiatore, insomma della parte debole comunque la si voglia chiamare, sono in balia dei “professionisti” e dei loro affari, subendo danni incalcolabili anzi, il che è peggio, imprevedibili. Fino al punto da generare, a seguito del consolidarsi della crisi di liquidità e di fiducia su scala globale, la attuale gravissima fase di recessione economica, foriera di un'attesa drammatica conseguente crisi di occupazione su base planetaria.

E siamo di nuovo al punto di partenza. Diritti dei consumatori, diritti dei risparmiatori, mercati

liberalizzati e diritti di cittadinanza. Le forme attuali di contenimento dell'autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico sono del tutto inefficienti nel quadro macroeconomico, a causa della assoluta mancanza di competenza della legislazione nazionale nel regolare i rapporti tra privati, mediati in quel contesto dalla sfera finanziaria globale. Gli strumenti di protezione dei singoli individui predisposti dal legislatore attraverso la disciplina dello statuto del consumatore e di quello del risparmiatore possono incidere soltanto sul terreno dei rapporti privati, come dire?, a tu per tu nella predisposizione di singoli contratti, ma non possono incidere sull'autonomia privata, limitandone gli effetti e correggendone gli abusi, quando questa agisca nel sistema finanziario globale, abbandonando il singolo consumatore in un regime di solitaria impotenza.

### 3c. *Gli spazi normativi affidati alla cura dei privati*

Gli artt. 61 e seguenti del Testo unico sull'intermediazione mobiliare del 1998 ponevano già la nuova disciplina dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (come la borsa), attribuendone la responsabilità a società di gestione di natura privatistica[149] sotto la vigilanza della Consob. Sorta di attività di *polizia*[150] del mercato, la società di gestione adotta tutti gli atti necessari per il buon funzionamento dello stesso, verificando il rispetto del regolamento. Si tratta, a bene vedere, di un importante caso di affidamento da parte dell'ordinamento giuridico statale all'autonomia dei soggetti privati della cura di un intero settore del sistema dei mercati, a tal punto esaltando il ruolo della autonomia contrattuale da cedere ad essa, in esclusiva, le declinazione normativa della disciplina di attuazione dell'impianto dei principi stabiliti dalla legge. L'apertura dei mercati ed i processi di liberalizzazione fanno, quindi, da sfondo al dominio dell'autonomia privata anche nello svolgimento della funzione di "polizia dei mercati". La stessa Borsa, un tempo organismo pubblico, è oggi una struttura regolativa di matrice privatistica alla quale l'ordinamento affida il governo degli scambi degli strumenti finanziari, avendo privatizzato la stessa funzione di ammissione dei singoli strumenti alla negoziazione.

I processi di liberalizzazione nella allocazione e nella distribuzione dei prodotti finanziari vengono assecondati mediante l'affidamento all'autonomia dei privati della stessa funzione di generazione e governo dell'ambiente giuridico in cui si svolgono le transazioni finanziarie, declinando legislativamente soltanto i limiti e gli obiettivi di tale azione di governo (trasparenza, stabilità, conflitti d'interesse, ecc.) e sottoponendo il sistema alla vigilanza della Consob. Abbiamo, quindi, già ricordato come i più recenti interventi normativi abbiano comportato "il venir meno della facoltà di imporre la concentrazione degli scambi nei mercati regolamentati; la conseguente apertura alla negoziazione da parte dell'intermediario in contropartita diretta con il cliente (c.d. «internalizzazione degli ordini»), l'inclusione tra i servizi di investimento dell'attività di «*gestione di sistemi multilaterali di negoziazione*» (*Multilateral trading facilities*; MTF) il cui esercizio è riservato a imprese di investimento e banche, ma consentito anche ai gestori di mercati regolamentati"[151]. Su tali basi il nuovo regolamento Consob affida, ora, a tali soggetti la cura del sistema delle transazioni finanziarie, rimettendo "ai mercati regolamentati, ai sistemi multilaterali di negoziazione ed ai soggetti che intendono intraprendere l'attività di internalizzazione sistematica l'obbligo di individuare adeguati requisiti pre e post-negoziazione"[152].

A fronte dell'avvenuto fallimento del sistema questi importanti esempi dovrebbero indurre oggi a riflettere circa le nuove frontiere dell'autonomia privata, affidataria per scelta politica dell'ordinamento giuridico della disciplina dei mercati finanziari. Il diritto dei privati in tali ambienti è, pertanto, il prodotto di un'autonomia contrattuale asimmetrica di fronte alla quale i singoli risparmiatori non sono più cittadini partecipi, direttamente o indirettamente, della elaborazione delle regole giuridiche, ma meri destinatari della regolamentazione elaborata *privatim*, seppur nel quadro dei principi posti dal legislatore e sotto la vigilanza di un'autorità indipendente.

Un'analogha prospettiva muove, mi pare, dalla proposta di affidare alle Camere di commercio il compito

di svolgimento della funzione di polizia dei contratti di massa[153]. Ma ancora più interessante mi sembra la prospettiva di indagine suggerita dallo studio del ruolo dell'*Internet Service Provider* in ambito WEB. Come premesso i limitati margini di questo intervento non consentono molto di più della definizione di un programma di ricerca futura, cosa che può qui giustificare questa mia ennesima confinata allusione di prospettiva.

Come è noto lo spazio web, privo di normazione giuridica efficace anche in virtù delle difficoltà connesse con la sua sostanziale a-territorialità, è sempre più spesso oggetto di tentativi di regolamentazione almeno al fine di precluderne lo spazio alla commissione di illeciti di ogni natura, sfruttando la *cripto* protezione garantita dalla assenza di un effettivo regime di responsabilità per chi opera in tale ambiente. Dalle tesi elaborate in un recente, interessante studio su "Le responsabilità civili dell'*Internet service provider*"[154] mi pare, ora, di poter dedurre la configurabilità di una prospettiva di riflessione utile ai nostri fini. La posizione ed il ruolo dei *Providers* nel sistema telematico, infatti, che sostanzialmente affidano a tali operatori il controllo tecnico dell'accesso alla rete, ai servizi di trasmissione dati, allo spazio web, ai servizi di comunicazione interpersonale ed a tutti gli ulteriori servizi applicativi ed accessori[155], rappresentano la premessa di fatto per la possibile riconsiderazione dei compiti di tali operatori nella generazione di un diritto dei privati in ambito *Internet*.

La riconfigurazione delle responsabilità dei *Providers* e la sovraesposizione di tali soggetti nell'ambiente *Internet*[156] suggerirebbero, infatti, di accrescerne i compiti, se non di vigilanza, almeno di "polizia" degli spazi telematici, secondo lo schema più sopra descritto in relazione ai mercati finanziari. L'ordinamento giuridico potrebbe, in sostanza, riconfigurare le responsabilità di tali operatori affidando ad essi la cura degli sviluppi normativi di protezione dei diritti degli internauti mediante l'autoregolamentazione del sistema ma anche per il tramite della elaborazione di paradigmi contrattuali, esercizio anche qui di autonomia privata asimmetrica a fondamento della disciplina delle responsabilità degli stessi utenti di *Internet*.

I compiti dell'autonomia privata che non sia addirittura indipendente dall'ordinamento giuridico generale, impongono oggi una nuova declinazione dei compiti dei "signori dei contratti" a protezione dei più elementari valori di convivenza civile, ridefinendo nello spazio giuridico globale i doveri di servizio verso la comunità nei confronti della quale si possiede un così ampio potere privato. I paradigmi del costituzionalismo[157] almeno questo dovrebbero provare ad imporre, che a fronte di un grande potere si assuma una corrispondente responsabilità che in tale ultimo caso dovrebbe comportare l'obbligo di concorrere, nell'esercizio dell'autonomia *normativa* asimmetrica di cui si dispone in linea di fatto, alla costruzione di un ambiente giuridico in linea di continuità con quello generato per il tramite dell'esercizio dei diritti di cittadinanza, diritti che perderebbero altrimenti il proprio substrato materiale in ambienti in cui gli individui vengono ridotti a meri consumatori, risparmiatori o utenti.

#### 4. *A mo' di conclusione: diritti dei consumatori e manipolazione dei loro bisogni*

Una teoria dei diritti dei consumatori che voglia definirsi completa non può non confrontarsi, infine, con il fondamentale problema della maturazione consapevole della percezione dei propri bisogni individuali, fondamento delle pretese che confluiscono, quale loro contenuto sostanziale, in tali diritti. Già in passato mi sono misurato con tale impostazione[158]. In questa sede mi limito, pertanto, a riprendere alcune di quelle considerazioni all'esclusivo fine di ricordare il problema.

E' ormai un dato comune dell'esperienza, tra gli studiosi delle scienze sociali, la constatazione della scarsa sensibilità dei cittadini italiani per i diritti di libertà privi di immediato valore economico[159]. La libertà ed il pluralismo nell'informazione, il conflitto di interessi[160] nel governo delle imprese societarie e dei titolari di cariche pubbliche, la libertà di manifestazione del pensiero e l'eguaglianza sono spesso per i cittadini un problema inesistente, dimostrandosi questi semmai ben più attratti dalla verifica della consistenza economica delle facoltà connesse con i propri diritti di carattere

patrimoniale[161]

Il marketing politico è in grado oggi di costruire falsi bisogni, o bisogni procurati e di manipolare il tasso di percezione dei propri bisogni da parte dei consociati così interferendo nella composizione dei processi di selezione delle priorità che diverranno oggetto dell'agenda politica quotidiana.

La difesa dei diritti come lotta per la soddisfazione delle corrispondenti pretese, matrice del costituzionalismo, si fonda sui bisogni quali percepiti dai singoli individui al cospetto della società come comunità politica, prima, e delle istituzioni pubbliche poi. I diritti come oggetto delle pretese degli individui si rappresentano antropologicamente come proiezioni dei bisogni nella sfera giuridica sotto forma di contenuti pretensivi protetti dall'ordinamento. Le teorie dei diritti non hanno mai tenuto conto, finora, di una "teoria dei bisogni"[162]. Ancora di più: la consapevolezza dei bisogni contribuisce a dare consapevolezza di sé alla specie umana, come all'individuo, così come il confronto tra gli individui concorre a costruire, in un processo naturalmente conflittuale, l'idea stessa di eguaglianza e con essa il senso di appartenenza alla stessa specie umana. Dai bisogni gli interessi e da questi il nesso tra soggetto ed oggetto.

Il percorso di liberazione più radicale è da tempo incentrato sulla necessità di eliminare i bisogni falsi, "quelli che vengono sovrimposti all'individuo da parte di interessi sociali particolari cui preme la sua repressione"[163]. La falsa rappresentazione dei bisogni che, dalla mera pubblicità diviene un vero e proprio modo di vivere, impone quindi un'opera di reale confusione tra verità e falsità, alterando lo stato di percezione degli stessi da parte degli individui. Un sistema che induca i singoli alla soddisfazione di particolari bisogni e che consenta, quindi, tale soddisfazione concorre alla determinazione di un regime di alterazione della conoscenza, riducendo gli spazi di spirito critico altrimenti opponibili al potere medesimo.

Il continuo lavoro operato dall'informazione costruita dal sistema dei poteri mass-mediatici – soprattutto se coincidenti con il potere politico tradizionale – tenderà così a generare uno stato di procurata disaffezione degli individui nei confronti di diritti che pure l'ordinamento continui formalmente a garantire loro. I singoli subiranno la costruzione di una rappresentazione di sé come meri consumatori, abbandonando così le pretese generate dalla loro condizione di cittadini *pleno iure*.

\*\*\*\*\*

Di fronte alla grave crisi economica mondiale, che ha aperto una fase di recessione dagli incerti sviluppi, la vulgata mediatica di questi giorni[164] spinge affinché la discussione pubblica, i governi degli Stati e le istituzioni internazionali progettino un nuovo sistema di accordi paragonabile a quelli che fondarono il sistema economico mondiale di Bretton Woods nel 1944. Quali contenuti, quali obiettivi, quali forme di intervento dovrebbe costruire l'ordinamento giuridico di matrice pubblicistica per operare nella dimensione macroeconomica al fine di contenere le nuove forme di abuso dell'autonomia dei privati non saprei dire. Spero soltanto di essere riuscito a rappresentare, almeno problematicamente, quanto più forti potrebbero essere gli effetti dell'azione dei diritti individuali di partecipazione alla costruzione del nuovo diritto dei privati che fossero espressione di una cittadinanza *pleno iure*, in grado di condizionare gli stessi sviluppi dell'ordinamento giuridico sì da conformare dall'interno i contenuti dei diritti di autonomia privata. Soltanto un diritto planetario, se fosse effettivamente *agito* nell'esclusivo interesse dei cittadini, potrebbe incidere sui nuovi poteri privati, sullo sfondo dei processi di globalizzazione finanziaria, in modo da conformarne l'esercizio agli interessi di tutti gli individui. Al di fuori della prospettiva di costruzione di un ordine giuridico globale che non sia solo il prodotto dell'autonomia privata vedo difficile che la disciplina dei contratti dei consumatori possa garantire il singolo individuo dalle aggressioni che i suoi diritti patrimoniali possono subire nel più ampio contesto macroeconomico.

\* Questo scritto, già apparso in una differente versione negli *Scritti in onore di Michele Scudiero*, è il testo rielaborato della Relazione al convegno “Diritti dell’individuo e diritti del consumatore” svoltosi nel dicembre 2007 presso l’Università di Milano Bicocca ed i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[1] G. Alpa, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Astrid-Rassegna*, n. 18 del 2005, ed *ivi* ampia bibliografia.

[2] Una riflessione in questa prospettiva non potrebbe prescindere, oggi, dal confronto con i risultati della raccolta di saggi in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 3 voll., Milano, 2007, corredati inoltre da una ricchissima bibliografia.

[3] Capri, 2006.

[4] Si veda il bel libro di M. Esposito, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, 2003, già nel capitolo I.

[5] Nel corso della elaborazione di queste note ha visto la luce il nuovo saggio di G. Alpa, *Che cos’è il diritto privato*, Roma-Bari, 2007, di cui purtroppo non sono riuscito a tenere conto in questa prima versione dell’elaborato.

[6] La riflessione più approfondita sul punto si deve, come noto, a F. Galgano, da ultimo e con maggiore approfondimento in *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, spec. 93 ss., 115 ss.

[7] Rinvio all’approfondita riflessione di P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, spec. 129 ss. Si vedano già le osservazioni di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge Diritti Giustizia*, Torino, 1992, 64 ss.

[8] N. Irti, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, (1<sup>a</sup> ed. 1995), 2005, 21 ss.

[9] R. Nicolò, voce *Codice civile*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, 242.; Id., voce *Diritto civile*, in *Enc.dir.*, XII, 1964, 909 ss.; P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 2001, 8 ss.

[10] P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 84 ss.

[11] Il principio, dalla Costituzione di Weimar passato poi nel Grundgesetz, stabilisce che “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für Gemeine Beste”.

[12] Osserva N. Irti, *Codice civile*, cit., 38 che “il codice civile nasce come *carta della borghesia*”.

[13] *Diritto civile*, cit., 909. Per una sistematica ricostruzione storica degli sviluppi dello stato liberale, con riferimento altresì ai luoghi problematici della società civile e dell’autonomia contrattuale U. Allegretti, *Profili di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, 49 ss.

[14] R. Nicolò, *op.loc.ult.cit.*; Id., voce *Diritto civile*, cit., 904 ss.

[15] N. Irti, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979, 4 ss.

[16] N. Irti, *op.ult.cit.*

[17] Esempio sul punto la stessa impostazione della riflessione di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, *passim*, spec. 22 ss. Si vedano, inoltre, N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 6; Id., *Codice civile*, cit., 36, 40; P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, cit., 56 s.; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., 140 ss., 148 s.; M. Esposito, *Profili costituzionali*, cit., 6 ss.

[18] *L'età della decodificazione*, cit., 7 s.

[19] Per una completa ricostruzione storica degli sviluppi giuspolitici dei rapporti tra diritto statale ed autonomia contrattuale rinvio senz'altro al saggio di M. Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, già in *Riv.dir.agr.*, 1972, ora in Id., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 795 ss.

[20] N. Irti, *Op.loc.ult.cit.*

[21] *Op.loc.ult.cit.*; P. Grossi, *L'Europa*, cit., 142 s. Ma già M. Giorgianni, *La crisi del contratto*, cit., 797 s.

[22] R. Nicolò, voce *Codice civile*, cit., 243.

[23] *Op.loc.ult.cit.*; Id., *Diritto civile*, cit., 910; P. Rescigno, *Introduzione*, cit., 9 s.

[24] N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 9.

[25] M. Giorgianni, *La crisi del contratto*, cit., 801; G.B. Ferri, *La formula «funzione sociale» dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 55 ss..

[26] Per il rilievo assunto dalla categoria della “funzione economico-sociale” dell’atto di autonomia privata che “per la tutela e la protezione giuridica, dev’essere classificata in tipi”, e per la costruzione della relazione tra autonomia privata e sua disciplina legale *in funzione* degli scopi dell’ordinamento resta paradigmatica la riflessione di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), terza rist. della seconda ediz., Torino, 1960, spec. 39 ss., 101 ss.; Id., *Teoria generale delle obbligazioni. III. Fonti e vicende dell’obbligazione*, Milano, 1954, spec. 59 ss.; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, II ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, spec. 294 ss. Di estremo interesse la approfondita ricostruzione storica ora riproposta da G.B. Ferri, *La formula «funzione sociale»*, cit. In una ben diversa prospettiva di metodo si veda, altresì, l’interessante riflessione proposta da P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

[27] N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 12.

[28] R. Nicolò, voce *Codice civile*, cit., 246, 248 s..

[29] R. Nicolò, voce *Diritto civile*, cit., 910.

[30] *Op.loc.ult.cit.*

[31] *Op.loc.ult.cit.*

[32] In tale contesto problematico insiste sul significato della “progressiva trasformazione della funzione della legge” G. Azzariti, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Pol.dir.*, 1982, 538, 540 ss.

[33] M. Giorgianni, *La crisi del contratto*, cit., 801; P. Grossi, *L'Europa*, cit., 245; G.B. Ferri, *La*

formula «funzione sociale», cit.

[34] A volte già la necessità di “assicurare la tutela del contraente più debole nei confronti di quello più forte”, R. Nicolò, *Codice civile*, cit., 247.

[35] N. Irti, *Codice civile*, cit., 33.

[36] P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., 152 s.

[37] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, 169.

[38] In ciò l'essenza sostanziale del corporativismo, P. Perlingieri, *op.cit.*, 179 s.

[39] P. Rescigno, *Introduzione*, cit., 57.

[40] Sulla crisi del codice civile si veda quanto osservato da G. Azzariti, *Codificazione*, cit., 548 ss. Si veda, ancora, P. Rescigno, *Introduzione*, cit., 57 ss. Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema rinvio senz'altro al già citato libro di M. Esposito, *Profili costituzionali*, cit.

[41] N. Irti, *Codice civile*, cit., 62, parla di “aggancio” del codice civile ai valori costituzionali. Si veda altresì quanto riferito da G.B. Ferri, *La formula «funzione sociale»*, 57 ss.

[42] Per evidenti ragioni di selezione tematica qui prescindo, tra l'altro, dal considerare l'importantissimo settore del diritto di famiglia.

[43] *L'età della decodificazione*, 15 s.

[44] *Op.loc.ult.cit.*

[45] P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 237 ss., contrappone “il principio della giustizia distributiva” presente nella Costituzione, al “principio della giustizia retributiva” del codice civile.

[46] Come di recente ancora ricordato da M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, Relazione al Convegno su “*La Costituzione ieri e oggi*”, Accademia dei Lincei, Roma, 9 gennaio 2008.

[47] Qui naturalmente utilizzo questa espressione nel suo significato più generico, senza potermi addentrare nelle più approfondite analisi circa il valore ed il significato della nozione, e sul concetto ad essa presupposto, che pure l'importanza dell'argomento meriterebbe. Mi riferisco alla elaborata prospettiva teorica proposta, ad esempio, da P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., spec. 314 ss.

[48] C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935), ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 471 ss., 500, qualifica la causa come “la valutazione...del fine perseguito dalle parti alla stregua delle esigenze del pubblico interesse. La causa appare quindi come limite dell'autonomia, limite evidentemente di carattere pubblicistico”. Ma v. anche 504 ss.

[49] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 808 s. Mi sembra utile, a tal fine, anche la lettura del citato saggio di P. Barcellona, *Intervento statale*, cit., spec. 139 ss.

[50] A partire dalla sua riferibilità, secondo la tradizione francese, all'obbligazione piuttosto che non al contratto. Si vedano M. Giorgianni, voce *Causa (dir.priv.)*, in *Enc.dir.*, VI, 1960, 548 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1966.

- [51] M. Giorgianni, voce *Causa*, cit., 561. Si veda altresì l'analisi proposta da P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., spec. 423 ss.
- [52] M. Giorgianni, voce *Causa*, cit., 549 s., 553 ss.
- [53] Così M. Giorgianni, *op.ult.cit.*, 557 in riferimento al “negozio *obbligatorio causale*”.
- [54] *Op.loc.ult.cit.*
- [55] E' la tesi di Pugliatti, su cui ancora M. Giorgianni, *op.ult.cit.*, 562.
- [56] *Op.loc.ult.cit.*
- [57] La problematica, invero estremamente più complessa, è ben ricostruita con riferimento al regime introdotto dal codice civile del 1942 nella riflessione di M. Giorgianni, *op.ult.cit.*, spec. 561 ss.
- [58] P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 347 ss. Ma vedi quanto ritenuto da F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 810 ss., come già da G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit.
- [59] F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 808 s.; M. Esposito, *Profili costituzionali*, cit., 218.
- [60] F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 811.
- [61] M. Giorgianni, *op.ult.cit.*, 564.
- [62] *Op.ult.cit.*, 564 s.
- [63] *Op.ult.cit.*, 566.
- [64] Ancora in tal senso, mi pare, l'impostazione seguita da P. Barcellona nel saggio *Intervento statale*, cit.
- [65] *Op.ult.cit.*, 564 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., spec. 334 ss., 350.
- [66] M. Giorgianni, *op.ult.cit.*, 573; P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., 335 ss. “Da un punto di vista storico, la *causa* è il punto di intersezione tra gli ordinamenti privati e quello pubblico”, M. Esposito, *Profili costituzionali*, cit., 246.
- [67] Ancora in questa prospettiva si veda l'analisi condotta da P. Barcellona, *Intervento statale*, cit., *locc.citt.*
- [68] E' d'obbligo, sul punto, il rinvio a P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., spec. 315 ss.
- [69] *Op.ult.cit.*, spec. 322 ss.
- [70] *Op.ult.cit.*, spec. 329 ss.
- [71] Fin dagli articoli introduttivi del d. l.vo 6 settembre 2005, n. 206, recante “Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”. Ma l'ambiente tematico in esame è condiviso anche da altri importanti provvedimenti normativi recenti. Si pensi, ad esempio, al d. l.vo 31 marzo 1998, n. 114, “Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”; alla L. 17 agosto 2005, n. 173, “Disciplina della vendita diretta a

domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali”; al d. l.vo 7 settembre 2005, n. 209, “Codice delle assicurazioni private”, oltre alla L. 18 giugno 1998, n. 192, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”.

[72] Ai sensi del d. l.vo 24 febbraio 1998, n. 58, “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52” e successive modifiche introdotte dal d.l.vo 1 agosto 2003, n. 274; dal d.l.vo 17 gennaio 2003, n. 6; dalla L. 18 aprile 2005, n. 62; dal d.l.vo 6 febbraio 2004, n. 37; dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262, “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari” e dal d. l.vo 17 settembre 2007, n. 164. Si veda, altresì, la recentissima direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2007/36/EC del 11 luglio 2007, sull’esercizio di particolari diritti da parte degli azionisti delle società quotate.

[73] Sui motivi della quale si v. G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, spec. 8 ss.

[74] Art. 2 del *Codice del consumo*.

[75] G. Alpa, *Introduzione*, cit., 37 ss., 47 ss.; Id., *Art. 2*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 31 ss.

[76] Per semplicità ometto di richiamare puntualmente gli articoli del *Codice* volta a volta rilevanti.

[77] *Op.ult.cit.*, 333.

[78] Così M. Esposito, *op.cit.*, 28 ss. e nt. 3), problematicamente. Sul punto già P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., spec. 446 ss.

[79] Artt. 33 ss. del *Codice di consumo*. Rinvio al *Commento* di M. Nuzzo, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo*., cit., 255 ss.

[80] P. Perlingieri, *op.cit.*, 223

[81] Per tutti si veda, ancora, P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., spec. 374 ss.

[82] Si veda diffusamente sul punto P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, cit., spec. 408 ss., a partire dal richiamo alla stessa Relazione al codice civile.

[83] *Introduzione*, cit., 132 s.; G.B. Ferri, *La formula «funzione sociale»*, cit., 58 s., 71.

[84] Ad esempio, P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 379 ss.

[85] Così, espressamente, P. Barcellona, *Diritto privato*, cit., spec. 404 ss., 421, 450, 476 ss.; M. Esposito, *op.cit.*, 64, 67. Implicitamente, mi sembra, G. Alpa, *Introduzione*, cit., 128.

[86] Parallelamente il controllo si spinge, però, sui contenuti del contratto, passa dal profilo formale a quello sostanziale.

[87] P. Barcellona, *Intervento statale*, cit., 194 ss. parlava in tal senso di “*Criteri legali di determinazione del regolamento e correzione giudiziale del contratto*”.

[88] M. Esposito, *op.cit.*, 52, 83 ss.

[89] Per ragioni di economia della ricerca in questa sede non posso che alludere al quadro teorico di cui

alla riflessione di C. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

[90] M. Esposito, *Op.locc.ultt.citt.*

[91] Nel senso di cui in A. Pace, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol.dir.*, 1993, 327 ss.

[92] P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 350 ss.

[93] *Op.loc.ult.cit.*

[94] *Op.ult.cit.*, 356, 365 ss.

[95] L. Rossi Carleo, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 155 ss.; Id., *Diritto comunitario, “legislazione speciale” e “codici di settore”*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, in corso di pubblicazione; Id., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Notariato*, 2008, 434 ss., insiste molto sul profilo della “complessità” quale elemento di “frantumazione” della tradizionale unità del sistema, carattere ormai tipico del diritto privato contemporaneo.

[96] Si veda in proposito la ricostruzione critica formulata da G. Azzariti, *Codificazione e sistema giuridico*, cit., 537 ss., spec. 559 ss.

[97] Ma si veda quanto osservato da L. Rossi Carleo, *Diritto comunitario, “legislazione speciale”*, cit. a proposito della crisi del modello tradizionale di intervento legislativo per la perdita della “vocazione a dettare regole *generali*, privilegiando l’introduzione di regole riferite a materie specifiche e a discipline settoriali” insistendo altresì, quale conseguenza di tale carattere settoriale degli interventi legislativi, sulla loro essenziale connotazione *funzionale* e sulla assenza di “un forte e comune indirizzo politico” a loro fondamento.

[98] Si veda quanto riportato da G. Alpa, *Introduzione*, cit., 146.

[99] Si veda quanto osserva L. Rossi Carleo, *Art. 3*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo.*, cit., 105.

[100] P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 231 ss.; M. Esposito, *op.cit.*, 45, 73, 83 ss., 210 ss.

[101] *Op.cit.*, 93 ss.

[102] *Op.cit.*, 115 ss.

[103] *Op.ult.cit.*, 100.

[104] Ricordo il significativo contributo di G. Ferrara, *I diritti politici nell’ordinamento europeo*, in AIC, *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padova, 2000, 473 ss.

[105] Ulteriori riferimenti bibliografici nel mio *Considerazioni critiche sul concetto di “legge europea”*, in *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, 2004, spec. 67 ss.

[106] C 115/49, versione consolidata del 9 maggio 2008.

[107] Utilizzo questa categoria nel senso proprio della elaborazione teorica proposta da F. Galgano, *Lex mercatoria* (1976), Bologna, 2001.

[108] N. Irti, *Codice civile e società politica*, cit., spec. 38 ss., 61.

[109] *Op.ult.cit.*, 10, 65 s., 96 s.

[110] N. Irti, *op.ult.cit.*, 67, 77 s., 82.

[111] Secondo lo schema già descritto da P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., 151 ss.

[112] P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 262, nt. 202), 350 ss..

[113] Sul ruolo del giudice nella disciplina dei contratti nel rinnovato contesto del diritto europeo uniforme si v. G. Vettori, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 585 ss.

[114] Così anche, con riferimento alla recente riforma del BGB tedesco, S. Patti, *Conclusioni: luci ed ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2004, 952 ss., 958 s.

[115] Si veda la ricostruzione proposta da N. Reich, *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in *NGCC*, II, 2004, 345 ss.

[116] *Introduzione*, cit., 47, 48 ss., 183, 190 s., 272 s.; *Id.*, *Art. 1*, cit., 29. Sul punto, altresì, P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 219, 260, 364, 532 s. Ma si veda, già, N. Irti, *Codice civile*, cit., 67, 96 s.

[117] Con specifico riguardo proprio ai diritti dei consumatori, in relazione al divieto di adozione da parte dei singoli Stati membri di strumenti di protezione ulteriori rispetto a quelli già previsti dalle direttive CE, a difesa del processo di integrazione del mercato interno, criticamente N. Reich, *Il consumatore come cittadino*, cit., 348, 351 ss. anche per la dettagliata analisi della giurisprudenza comunitaria in tal senso.

[118] In tale contesto teorico si veda quanto osservato da A. Somma, *La cittadinanza nella società del diritto privato*, Relazione al convegno su *Cittadino-consumatore e democrazia aperta: modelli per una partecipazione attiva*, Roma, 1-2 febbraio 2008, in corso di pubblicazione.

[119] Emblematica delle difficoltà di tale sforzo mi sembra la riflessione di F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea*, Padova, 2005.

[120] Ancora si vedano le suggestive riflessioni di C. Castronovo e S. Mazzamuto, *L'idea*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., I, 3 ss.

[121] Rinvio, per il momento, alla letteratura citata alle note 1) e 2).

[122] Per importanti riferimenti rinvio a quanto riportato in G. Alpa, *Il diritto privato europeo*, cit., spec. 12 ss.

[123] Rinvio alla stimolante riflessione di C. Castronovo, *La codificazione*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., I, 171 ss.

[124] Mi pare esemplare, sul punto, la riflessione critica proposta da U. Mattei e A. Di Robilant, *Il lungo addio. Il codice civile italiano ed il Code Napoleon nel declino del positivismo statalista*, in G. Alpa, G. Roppo (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., spec. 95 ss.

[125] Mi sia consentito rinviare, per semplicità, a quanto già sostenuto in *I diritti fondamentali e la loro*

effettività, in *Costituzione europea, costituzione economica, allargamento*, Atti del Convegno presso l'Università degli Studi di Teramo, 22-23 aprile 2005, in [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/diritti\\_fondamentali\\_bilancia/](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/diritti_fondamentali_bilancia/). Si vedano inoltre le interessanti considerazioni di F. Palermo, *la forma di Stato*, cit., 85 ss., 231 ss.

[126] Estremamente stimolante in proposito la lettura di P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio* tenuta in occasione del conferimento della Laurea magistrale *honoris causa* in Giurisprudenza, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 20 dicembre 2007, Napoli, 2008, 43 ss., spec. 58 ss.

[127] C. Castronovo, *La codificazione*, cit., 178. Si veda, altresì, quanto osservato da L. Rossi Carleo, *Diritto comunitario, "legislazione speciale"*, cit., 3 del dattiloscritto.

[128] *Op.ult.cit.*, 177 nonché, seppur criticamente, 182 ss. Ma si veda quanto osservato da C. Castronovo e S. Mazzamuto, *L'idea*, cit., 10 ss. Per una valutazione di merito si vedano ancora S. Mazzamuto e A. Plaia, *I rimedi*, *ivi*, II, 739 ss.

[129] Interessanti considerazioni ancora in G. Alpa, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, 249 ss.; nonché in C. Scognamiglio, *L'autonomia contrattuale e la legge*, *ivi*, 299 ss.

[130] In questa prospettiva si vedano, almeno, N. Irti, *Codici di settore: compimento della decodificazione*, in *Dir.Soc.*, 2005, 131 ss.; L. Rossi Carleo, *La codificazione di settore: il codice di consumo*, in *Rass.dir.civ.*, 2005, 879 ss.; R. Rolli, *Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 1496 ss.

[131] Qui non posso che limitarmi ad alcune citazioni soltanto, emblematiche però dell'interessantissimo dibattito in corso in chiave di vero e proprio conflitto ideologico sul tenore della nuova forma di Stato implicata dal modello di intervento normativo nel campo del diritto privato, sul presupposto di una nuova configurazione addirittura dei rapporti tra diritto ed economia. Si vedano, così, Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*; M. Barcellona, *Sui progetti di codice civile europeo: la buona fede tra giustizia sociale e globalizzazione* (nota per il Gruppo di lavoro "Diritto privato europeo", 30 giugno 2005, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)); A. Somma, *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in *Riv.crit.dir.priv.*, n. 2 del 2006; U. Mattei, F.G. Nicola, *A 'Social Dimension' in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in *Global Jurist*, 2007, vol. 7, Issue 1, art. 2, <http://www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art2>.

[132] *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 195 ss.

[133] *La globalizzazione*, cit., 17 ss., 32 ss.

[134] Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno, inoltre, adottato una direttiva che ridefinisce i diritti degli azionisti di minoranza e le modalità di esercizio dei diritti di voto connessi alla titolarità di azioni nelle società quotate, 2007/36/EC del 11 luglio 2007.

[135] Avevo provato a valutare l'efficacia di tali strumenti di protezione della proprietà mobiliare dei piccoli risparmiatori nel mio *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 160 ss., al quale rinvio anche per la bibliografia *ivi* citata.

[136] Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164.

[137] Decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2007.

[138] D. l.vo n. 221 del 23 ottobre 2007.

[139] M. Draghi, *Transformations in the European Financial Industry: opportunities and risks*, Center for financial studies, Presidential Lecture Series, Francoforte, 22 novembre 2007, 13.

[140] *Multilateral Trading Facilities MTF*, nel linguaggio della direttiva.

[141] Così la Relazione del Presidente della Consob L. Cardia, *L'attuazione della direttiva Mifid in Italia nella regolamentazione secondaria*, al forum organizzato dalla Dexia-Crediop, *Strategie, governance, compliance: le sfide della direttiva Mifid e l'integrazione del mercato finanziario europeo*, Roma, 21 settembre 2007, 1, 15 s.

[142] *Op.ult.cit.*, 7 s., 11

[143] Per un'indagine completa sul fenomeno della cartolarizzazione dei crediti nell'ordinamento italiano, con ampi riferimenti al fenomeno nel sistema comparato, e per un'analisi della relativa disciplina giuridica si rinvia a L. Carota, *La cartolarizzazione dei crediti*, in E. Gabrielli, R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Torino, 2004.

[144] Questo ha generato la crescita esponenziale dei tassi *Euribor*, il coefficiente di misurazione del costo dei prestiti interbancari base di misurazione dei saggi di interesse a servizio dei mutui stipulati dai singoli risparmiatori.

[145] L. Spaventa, *Il rischio mutui*, in *la Repubblica* del 8 dicembre 2007, 1, 53.

[146] Una informata panoramica sul fenomeno nella Audizione presso la IV Commissione (Finanze) della Camera dei Deputati dell'Avv. C. Faissola, Presidente dell'ABI, dal titolo *Problematiche relative al collocamento di strumenti finanziari derivati*, Roma, 8 novembre 2007.

[147] F. Rampini, *Così la febbre della speculazione spinge il petrolio a 100 dollari*, in *la Repubblica* del 9 novembre 2007, 3

[148] *Op.ult.cit.* Si veda, inoltre, quanto osservato da M. De Cecco, *Il capitalismo delle bische*, in *la Repubblica* del 9 novembre 2007, 1, 25.

[149] Che disciplinano l'organizzazione e la gestione del mercato con un regolamento deliberato dall'assemblea ordinaria della società di gestione con facoltà di attribuzione al consiglio di amministrazione del potere di dettare disposizioni di attuazione. Naturalmente si prevede che "il regolamento (sia) conforme alla disciplina comunitaria ed idoneo ad assicurare la trasparenza del mercato, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori", giudice la Consob che, altrimenti, non autorizza l'esercizio della attività di gestione del mercato, art. 63.

[150] Nel senso in cui l'espressione viene usata, almeno credo, da F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 54, nel qualificare l'autorità per la garanzia del trattamento dei dati personali come "autorità di polizia", vale a dire affidataria della cura degli interessi pubblici nel settore. Del resto proprio sul significativo ampliamento del diritto pubblico dell'economia nel regime degli stati di polizia si sofferma L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 36 ss.

[151] L. Cardia, *L'attuazione della direttiva Mifid*, cit., 10.

[152] *Op.ult.cit.*, 14.

[153] I riferimenti in G. Alpa, *Introduzione*, cit., 146 ss.

[154] M. Gambini, Napoli, 2006.

[155] *Op.ult.cit.*, spec. capp. 1 e 2.

[156] Si veda ad esempio quanto sostenuto da M. Gambini, *op.cit.*, 161 ss. a proposito della “responsabilità da «contatto sociale»” del *provider*.

[157] Si segnala, inoltre, la prospettiva di analisi offerta dagli studi sulla c.d. “costituzionalizzazione del diritto privato”, di cui un utile esempio è fornito dalla recente raccolta di saggi nell’interessante volume T. Barkhuysen, S.D. Lindenbergh (Edited by), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden, Boston, 2006.

[158] *Falsa percezione dei bisogni e vera tutela dei diritti*, in F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006, 167 ss.; *Paura dell’altro. Artificialità dell’identità e scelta dell’appartenenza*, in F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, F. Rimoli (a cura di), *Paura dell’altro*, Roma, 2008, 217 ss.

[159] Rinvio al fondamentale contributo di Z. Bauman, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi* 2006, tr.it. di M. De Carneri e P. Boccagni, Trento, 2007, spec. 35 ss.

[160] G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano 2003, 17 parla di “sorprendente mancanza di vera censura sociale sul fenomeno”.

[161] Con riferimento soprattutto, come si vedrà, ai falsi bisogni piuttosto che non ai bisogni materiali matrice di diritti, come ad esempio nel caso dei diritti sociali.

[162] Devo questa impostazione di analisi critica ad una riflessione di Gianni Ferrara, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo*.

*Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in [?id=285](#).

[163] H. Marcuse, *L’uomo a una dimensione. L’ideologia della società industriale avanzata* (1964), tr.it. di L. Gallino e T. Giani Gallino, Torino, 1967, 19 che ascrive a questa categoria di falsi bisogni “il bisogno di rilassarsi, di divertirsi, di comportarsi e di consumare in accordo con gli annunci pubblicitari, di amare e di odiare ciò che altri amano e odiano”.

[164] Autunno 2008.