

IL DIRITTO PRIVATO NELLA TRASFORMAZIONE DEI PROCESSI ALLOCATIVI DELLE RISORSE PUBBLICHE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Sozialrecht* vs. *Privatrecht*. - 3. Le interferenze tra il diritto di famiglia e il *Welfare*. - 4. La trasformazione del diritto delle successioni. - 5. Una rivalutazione del diritto di proprietà. - 6. Il ruolo del contratto... - 7. ... e dell'autonomia collettiva.

1. Una riflessione che guardi alla redistribuzione delle risorse pubbliche nella prospettiva del diritto privato inverte radicalmente l'angolo prospettico di osservazione del giuspubblicista o dello studioso delle scienze sociali (1): si tratta, infatti, di verificare quali interazioni si realizzino tra le architetture normative che sorreggono il *Welfare State* e il sistema diritto privato e, poi, in che termini la dimensione tipicamente « orizzontale » dei rapporti privatistici risulti deformata dalla prospettiva « verticale » caratteristica del diritto pubblico (2).

La domanda cui intendo dare risposta è, pertanto, se la « contrazione » del raggio d'azione della mano pubblica e la realizzazione di proposte quali la cartolarizzazione dei diritti sociali a prestazione, il *child-bond* (3), l'attribuzione di uno *stake* come vorrebbe Bruce Ac-

(*) Si tratta della relazione presentata al convegno *Verso nuove forme di welfare*, Stresa, 26-27 aprile 2002; ciò giustifica lo svolgimento del discorso e l'essenzialità dei riferimenti.

(1) V. in part. L. Torchia, *Sistemi di Welfare e federalismo*, Quad. cost., 2002, 713 s.; G. Corso, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, Studi in memoria di G. Tarello, II (Milano 1990), 177 s. Cfr. anche *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cura di G. Teubner (Berlin-New York 1986).

(2) Su cui v. esemplarmente gli studi raccolti da N. Lipari, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* (Bari 1974).

(3) G. Kelly - J. Le Grand, *The Rise of the "Baby bond": Where did it Come From?* dattiloscritto presentato al Convegno su *Verso nuove forme di welfare*, Stresa, 26-27 aprile 2002, che illustrano la proposta del governo Blair di fornire un capitale a ciascun nuovo nato (da 2.000 a 5.000 sterline all'età di 18 anni).

kerman (4), o ancora la proposte di un *basic income* assicurato a tutti (5), produca *di riflesso* un effetto sugli istituti del diritto privato tradizionale.

Si potrebbe dire, almeno a prima impressione, che lo strumentario del privatista è indifferente al modificarsi dei processi di allocazione delle risorse pubbliche (6); anzi, tanto più si contrae l'offerta di beni pubblici, tanto più può liberamente operare la mano invisibile del mercato, ove la domanda s'incontra con l'offerta all'interno di processi decisionali fondati su scelte individuali, razionali e consapevoli (7).

Semmai, « privatizzare » la redistribuzione delle risorse pubbliche potrebbe concretamente significare un « ritorno » al diritto privato comune, almeno là dove i meccanismi distributivi operino essenzialmente sul piano del sussidio alla domanda (che poi è la caratteristica comune di proposte pure diverse nell'impianto filosofico, quali il *child-bond*, il *basic income* e lo *stake holding* e gli stessi buoni servizio). Non a caso, si è considerato che proprio i sussidi alla domanda sarebbero quelli più rispettosi dei meccanismi di mercato, perché non mutilano né ottundono la responsabilità individuale e la scelta del singolo (8).

Sono convinto e tenterò di dimostrare il contrario: il modificarsi dei processi allocativi delle risorse pubbliche ha, inevitabilmente, una precisa incidenza sugli istituti privatistici e sulla loro funzione sociale.

D'altronde, non potrebbe essere altrimenti, perché la riforma del *Welfare* inevitabilmente ricomponе la gerarchia dei valori condivisi, tara nuovamente l'equilibrio tra diritti fondamentali vecchi e nuovi (9) e, in ultima analisi, ridefinisce le regole della cittadinanza (10).

(4) B. Ackerman - A. Alstott, *The Stakeholder Society* (New Haven-London 1999).

(5) *Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for a Radical Reform*, a cura di P. van Parijs (London 1992) e Id., *Basic Income: A simple and Powerful Idea for the 21st Century*, dattiloscritto presentato al Convegno su *Verso nuove forme di welfare*, Stresa, 26-27 aprile 2002.

(6) V. ad es. M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica* (Torino 2000); ma ora v. G. Napoletano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo* (Milano 2003), in corso di pubblicazione.

(7) Per un'analisi delle conseguenze economiche v. A. B. Atkinson, *The Economic Consequences of Rolling Back the Welfare State* (Cambridge (Mass.)-London 1999). Per una critica del modello dell'individualismo responsabile v. A. Somma, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 263 s.

(8) Cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (Bari 1998), 78.

(9) S. Rodotà, *I diritti sociali*, Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico

Per altro verso, il diritto privato non meno del diritto pubblico — come ha insegnato Guido Calabresi — assolve una fondamentale funzione di socializzazione dei costi collettivi e di « regolazione indiretta » (11). Basti pensare al fatto che la responsabilità extracontrattuale, e soprattutto la responsabilità medica, esplode proprio in un contesto, com'è quello statunitense, ove non esiste un servizio sanitario nazionale e quindi ciascuno deve scegliere il proprio programma assicurativo e pagare per essere assicurato ed ove vi sono frange enormi di popolazione del tutto prive di assistenza medica (12).

2. Le categorie ordinanti del diritto privato sono l'*autonomia* e

e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto, a cura di P. Grossi (Milano 1997), 61 s.

(10) *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo (Roma-Bari 1994).

(11) Mi riferisco, com'è evidente, a G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis* (New Haven-London 1970).

(12) D. Howarth, *Three Forms of Responsibility: On the Relationship between Tort Law and the Welfare State*, Cambridge Law J., 60 (2001), 553 s. Il settore della responsabilità medica, con riguardo sempre all'esperienza statunitense, vive oggi le tensioni dovute al fenomeno delle *Health Maintenance Organizations* che, dalla metà degli anni settanta, caratterizzano il sistema sanitario di quel paese e che rappresentano un modello organizzativo dove la funzione assicurativa si integra con quella di erogazione dell'assistenza gestita; gli incentivi economici, in alcuni casi, previsti da queste organizzazioni in favore dei medici che riescono a contenere i costi delle cure minano, in concreto, l'elemento fiduciario caratteristico delle relazioni con il paziente; problema su cui ora si v. la recente decisione della Supreme Federal Court, *Pegram v. Herdrich*, 530 U.S. 211; 120 S. Ct. 2143; 147 L. Ed. 2d 164; 2000 U.S. Lexis 3964; i termini del dibattito possono essere agevolmente compresi attraverso il simposio *The Regulation of Managed Care Organizations and the Doctor-Patient Relationship* ospitato nel vol. 30 (2001) del *Journal of Legal Studies* (p. 527 ss.), ove in part. gli interventi di R. Epstein, M. Siegler e C. Sunstein; cfr. anche S. Wolf, *Toward a Systemic Theory of Informed Consent in Managed Care*, Hous. L. Rev., 35 (1999), 1631 s.; D. Orentlicher, *Paying Physicians More To Do Less: Financial Incentives to Limit Care*, U. Rich. L. Rev., 30 (1996), 155 s. In generale, per una riflessione problematica sugli aspetti più attuali dell'economia sanitaria v. ora la traduzione italiana del libro di V. Fuchs, *Chi vivrà? Salute, economia, scelte sociali* (Milano 2002); per un cenno al dibattito sulla efficienza delle forme organizzative nella gestione sanitaria, v. H. Hansmann, *The Changing Roles of Public, Private, and Non Profit Enterprise in Education, Health Care, and Other Human Services*, Individual and Social Responsibility. Child, Care, Education, Medical Care, and Long-Term Care in America, a cura di V. Fuchs (Chicago-London 1996), 245 s.

la *responsabilità*; la categoria ordinante del diritto sociale — qui considerato come diritto privato speciale — è il *rischio* e il *bisogno*.

In questa logica, il *Sozialrecht* è estraneo agli assi ortogonali del sistema privatistico (13). La scelta è particolarmente evidente nel BGB, che ignora consapevolmente la legislazione del nascente stato sociale, radicato nel paternalismo bismarckiano. Nel codice civile italiano del '42, che pure rimane sostanzialmente fedele ai codici civili liberali dell'ottocento, il diritto sociale fa talune significative apparizioni: si pensi alla regola dettata all'art. 2122 c.c. che disciplina la ripartizione tra il coniuge, i discendenti e gli affini conviventi del trattamento di fine rapporto del lavoratore, ovvero all'obbligo a contrarre (previsto agli artt. 2597, 1679 c.c.) imposto al monopolista legale e all'esercente del servizio pubblico di trasporto.

Resta il fatto che il codice vigente non ha metabolizzato i principi che dall'inizio del novecento erano emersi nella legislazione sociale, tanto che s'è parlato d'una decodificazione che *precede* lo stesso codice civile, volendosi così intendere che taluni principi — com'è il caso per l'assicurazione contro gli infortuni — sono rimasti estranei dall'opera del codificatore (14).

Dunque, nel sistema codicistico del diritto privato, il bisogno, quale criterio e presupposto nell'ascrizione di situazioni soggettive, ha un ruolo sistematicamente marginale (anche se — come noto — non sono mancate su questo punto riflessioni importanti, come quelle di Francesco Santoro-Passarelli e poi di Pietro Rescigno (15)).

Rispetto alla dinamica sociale che il legislatore si sforza di rappresentare nel codice, la realtà naturalmente è molto diversa, se è vero che — come già constataba Giuliano Amato all'inizio degli anni '70 — deve « escluder[si] che nello stesso ordinamento liberale il diritto soggettivo sia mai stato strumento sufficiente per la tutela degli interessi e della stessa libertà economica del privato » (16). Il che conferma il fondamento incerto e apparente della stessa distinzione

(13) V. diffusamente M. Fuchs, *Zivilrecht und Sozialrecht. Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft* (München 1992).

(14) C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, Jus, 1985, 20 s., ed ora *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora* (Milano 1991), 254 s.

(15) F. Santoro-Passarelli, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale* (Milano 1948); P. Rescigno, *Libertà dal bisogno ed esperienze del diritto*, ora *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III (1988-1999) (Padova 1999), 515 s. (ed ulteriori cenni al tema del bisogno anche in Id., *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, ibidem, 542 s. e segnatamente 550 s.).

(16) G. Amato, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, Pol. dir., 1970, 448 s., a 450.

tra diritti pubblici negativi e diritti positivi, come ha recentemente ribadito Cass Sunstein: non solo i diritti a prestazione, ma anche i diritti di libertà hanno un costo collettivamente ripartito, che per i secondi è tuttavia meno trasparente e talora occulto (17). Basti pensare — lo ho letto in un quotidiano americano non molto tempo fa — che a Chicago una diversa politica dell'amministrazione locale in ordine alla sicurezza dei cittadini ha determinato un aumento del venti per cento nel valore degli immobili della zona centrale della città: dunque, la negoziabilità dei beni immobili è una variabile dipendente dal livello della spesa pubblica destinata a proteggere la persona e la proprietà privata.

Al tempo stesso, la previdenza complementare disegna una traiettoria nella direzione della responsabilità e della libertà del singolo, atteso che a ciascuno è consegnata la libertà e richiesta la responsabilità di disegnare il proprio percorso previdenziale (18).

3. Al fine di verificare le interazioni possibili tra il diritto privato e lo stato sociale, un punto di partenza particolarmente significativo è senz'altro costituito dal diritto di famiglia, perché non può certamente dubitarsi che le politiche di *Welfare* conformino i modelli e i gruppi familiari, orientino i comportamenti individuali e collettivi, definiscano la strategia della coppia. Una compiuta dimostrazione di ciò si legge in un libro recente d'una studiosa belga, che si occupa — in una prospettiva di diritto femminista — del rapporto tra il diritto, le responsabilità familiari, la sicurezza sociale (19).

Proprio perché il *Welfare* seleziona i modelli e i comportamenti familiari, esso è tutt'altro che ideologicamente neutrale nel valorizzare o deprimere le esperienze della società civile (20). Basti pensare ai modelli di paternità e maternità che sono incoraggiati o legalmente, o anche solo fattualmente, preclusi, al fatto che i diritti sociali presuppongono per lo più un tipo di famiglia tradizionale (21), al re-

(17) S. Holmes - C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depend on Taxes* (New York-London 1999).

(18) Cfr. G. Amato - M. Marè, *Le pensioni. Il pilastro mancante* (Bologna 2001).

(19) P. Vielle, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre* (Buxelles 2001).

(20) Vielle, *La sécurité sociale* cit., 62 s., 156.

(21) V. ad es. la l. Regione Lombardia 6-12-1999 n. 23, intitolata alle « Politiche regionali per la famiglia », ove all'art. 1 si legge che la Regione « riconosce quale soggetto sociale politicamente rilevante la famiglia così come definita dagli articoli 29 e 30 della Costituzione, nonché quella composta da persone unite da vincoli di parentela, adozione o affinità »; v. anche la l. Regione Lazio 7-12-2001 n. 32, intitolata agli « Interventi a sostegno della famiglia », ove, nel fissare le finalità sociali delle politiche in favore della fa-

ciproco ignorarsi del tempo del lavoro e del tempo della famiglia, sì che la situazione della donna è profondamente condizionata dal mercato del lavoro (22).

D'altro lato, la famiglia, pur radicandosi nel diritto privato, costituisce il presupposto di rapporti di natura pubblicistica (23) e della redistribuzione di risorse pubbliche (24); dunque, un presupposto di fatto nella distribuzione delle « nuove proprietà » che determinano in senso sostanziale il tenore di vita quotidiana dei singoli (25).

Rispetto a questo dato, il modello di famiglia tradizionale tende a sgretolarsi e si afferma un modello di famiglia che va o, in taluni casi, aspira ad andare « oltre il rapporto coniugale » (26).

Proprio perché qualsiasi fenomeno redistributivo presuppone un filtro selettivo, che può avere riguardo al singolo individuo ovvero all'istituzione familiare in quanto tale, i modelli di *Welfare* divergono

miglia, all'art. 1 si legge che la Regione riconosce « la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e istituzione privilegiata per la nascita, la cura e l'educazione dei figli, per l'assistenza ai suoi componenti e per la solidarietà tra le generazioni ».

(22) Cfr. ad es. il numero che *Lavoro e diritto*, 2001/1 ha dedicato al tema. La relazione tra vita professionale e vita familiare è un profilo che non è sfuggito ai redattori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dal momento che all'art. 33 può leggersi non solo che la protezione della famiglia è garantita sul piano giuridico, economico e sociale ma anche che « al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio ».

(23) Per un'indagine attenta a cogliere la rilevanza della famiglia per il diritto pubblico v. ad es. E. Millard, *Famille et droit publique. Recherches sur la construction d'un objet juridique* (Paris 1995).

(24) Cfr. ad es. sul tema C. Saraceno, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia* (Bologna 1998).

(25) Sul rapporto tra patto di solidarietà e diritti sociali in Francia v. F. Monéger, *Pacte civil de solidarité. Aspects Sociaux*, JCP, éd. N., 2000, 452 s. Cfr. nell'esperienza italiana R. Romboli - E. Rossi, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*, Foro it., 1996, III, 525 s. In termini più generali sia consentito richiamare la mia ricerca su *Le « nuove proprietà » nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, Riv. dir. civ., 2000, I, 185 s.

(26) Di significativo rilievo è il lavoro della Law Commission of Canada, *Beyond Conjuality. Recognizing and supporting close personal adult relationship* (Ottawa 2001) (disponibile anche all'indirizzo www.lcc.gc.ca); cfr. anche F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* (Paris 1999).

in maniera anche radicale; segnatamente, prendendo a riferimento i principali modelli europei e quello americano (27), sono pensabili:

a) uno stato sociale che mira ad assumere direttamente su di sé i costi che possono mettersi in connessione con determinati bisogni individuali (com'è tendenzialmente nei paesi scandinavi);

b) il *Welfare* tradizionale, che interviene solo là dove il modello di famiglia socialmente accettato — che è la famiglia matrimoniale, stabile, convivente — non funziona;

c) lo Stato sociale che interviene in funzione « regolativa », correggendo (quasi) esclusivamente le asimmetrie e i fallimenti dei meccanismi di mercato.

Che il nostro sistema di *Welfare* incarni la seconda opzione, tanto da anteporre il gruppo alle esigenze del singolo, lo dimostra il fatto che esso s'ispira al principio di sussidiarietà della mano pubblica rispetto alle responsabilità familiari. Anzi, il nostro sistema, se analizzato con obiettività, appare tutt'ora imperniato sulla figura del capofamiglia, adulto e lavoratore (o, come abbiamo letto nel modulo distribuito in occasione del recente censimento, del « titolare del foglio di famiglia »).

Cosicché chi, versando in stato di bisogno, si trovi a far richiesta dei servizi all'assistenza sociale sarà soddisfatto qualora non vi siano parenti o affini tenuti agli alimenti. Dunque, le norme dettate agli artt. 433 ss. c.c., che tipicamente s'iscrivono nella trama dei doveri che intessono i rapporti di reciproca solidarietà all'interno del consorzio familiare, divengono un tassello angolare della politica sociale, perché la mano pubblica interviene a favore del soggetto bisognoso solo laddove privatisticamente non sia possibile identificare un soggetto obbligato in ragione dei vincoli familiari.

Una scelta che, oltre a distribuire i costi sociali in misura certamente non coerente con il modello della capacità contributiva, ha senza dubbio costituito un freno significativo sia allo sviluppo di un sistema di reddito minimo garantito sia, soprattutto, ai programmi per il sostegno agli anziani non autosufficienti (28). Una scelta oggi tanto più difficilmente sostenibile, solo che si ponga mente ai costi collegati alle *long-term care*, rispetto alle quali gli ultimi rapporti Isvap ci dicono che il nostro Paese registra già un significativo ritardo di accumulazione.

(27) Vielle, *La sécurité sociale* cit., 80.

(28) Un riferimento significativo in C. Saraceno - M. Naldini, *Sociologia della famiglia* (Bologna 2001), 231; in merito ai riflessi civilistici del tema, e in una logica di politica del diritto favorevole al mantenimento (e al miglioramento) di un sistema pubblico di assistenza, v. P. Rescigno, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti: notazioni civilistiche*, ora *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano* (Torino 2000), 327 s.

4. Molte delle analisi che si rivolgono alla trasformazione della redistribuzione pubblica, centrano la propria attenzione sul diritto delle successioni. In ciò si allineano e convergono riflessioni che muovono da radici e tradizioni molto distanti, quali quelle del socialismo giuridico, attento all'eguaglianza dei soggetti e alla soddisfazione dei bisogni, e quelle liberali che vedono nell'eredità un fattore distorsivo inserito in un sistema sociale fondato sul merito e sulla competizione individuale (29).

Così, ad esempio, Bruce Ackerman sviluppa la propria analisi riconoscendo la perdurante rilevanza del diritto delle successioni, atteso che propone di affiancare alla *private inheritance* una *citizen inheritance*, che assicuri un'equa ripartizione delle risorse lasciate dalle precedenti generazioni e destinata a realizzarsi attraverso un'imposta patrimoniale sulla ricchezza unitamente ad un'imposta sulle successioni. Accogliendo questa logica, lo stesso diritto privato delle successioni in tanto potrà considerarsi legittimo, in quanto sia accompagnato da un diritto ereditario collettivo, che da un lato valorizza il rapporto di solidarietà intergenerazionale, dall'altro rende effettivo il paradigma redistributivo tipico del *Welfare State* (30).

Potrebbe in effetti dirsi, se guardiamo al nostro ordinamento, che lo *stake* già esiste ed è il trattamento di fine rapporto. Il *TFR* è, infatti, un capitale che è attribuito ad un determinato soggetto in un momento determinato della vita; tuttavia, almeno nella prospettiva di Bruce Ackermann, è consegnato al momento sbagliato e alla persona sbagliata, nel senso che riguarda solo chi lavora e, soprattutto, chi *esce* dal mercato del lavoro, cosicché si sovvertono in radice gli incentivi e le prospettive dell'impiego del capitale (basti pensare che l'uso più frequente che se ne fa è l'acquisto della casa per i figli, così che — sempre nella prospettiva di A. — la generazione precedente orienta in senso fortemente conservativo e non innovativo la selezione dei bisogni sociali soddisfatti dalla generazione successiva).

(29) Si pensi alla proposta di Eugenio Rignano (formulata in *Per una riforma socialista del diritto successorio* apparso nel 1920) che mirava a realizzare una progressiva avocazione allo Stato dei patrimoni caduti in successione attraverso un'imposta progressiva di modo che al terzo passaggio generazionale i beni privati fossero incamerati interamente dello Stato; e per altro verso all'analisi, di stampo rawlsiano, di R. Chester, *Inheritance, Wealth, and Society* (Bloomington 1982).

(30) Ackerman - Alstott, *The Stakeholder Society* cit., passim. Si tratta di un aspetto non è sfuggito neanche a chi ha prospettato una riflessione critica nel contesto dell'economia pianificata, come nel caso di Tibor Lischka (su cui v. S. Veca et al., *Cooperare e competere*, con introduzione di E. Morley-Fletcher (Milano 1986), che parla di *capitale ereditario sociale* per indicare le quote pro-capite del patrimonio nazionale unitamente al valore medio di tutti i servizi fruibili nell'arco dell'intera vita da ciascun cittadino.

Per altro verso, proprio le proposte dello *stake holding* e del *child-bond* evidenziano, indirettamente, che una funzione tradizionalmente ascrivita al diritto delle successioni, quella di dotare patrimonialmente la generazione successiva, si è dissolta. Oggi, la soddisfazione delle esigenze esistenziali elementari è realizzata non più preservando la compattezza del patrimonio familiare e garantendone la trasmissione « verticale » (31), ma assoggettando taluni rapporti patrimoniali ad un regime giuridico differenziato: ciò può dirsi per tutti quei rapporti che si fanno rientrare nella categoria delle successioni « anomale » e che riguardano taluni dei beni in cui il connotato sociale è più evidente, quali la casa di abitazione ovvero le poste previdenziali e assicurative (quelli che una dottrina francese ha chiamato *diritti-bisogno*, volendone così cogliere e plasticamente rappresentare il contatto con il diritto agli alimenti (32)).

D'altra parte, se pensiamo alla centralità che nella riflessione dello studioso del diritto civile occupava la materia successoria nell'ottocento — ben rappresentata in una pagina di Tocqueville (33) — e nella grande parte del novecento, è evidente il perché si parli oggi d'una « perdita di funzione » della successione ereditaria (che il nostro ordinamento definitivamente ha sancito con l'abolizione dell'imposta sulle donazioni e successioni) (34).

Le successioni a causa di morte non assicurano più la provvista patrimoniale alla generazione successiva, compito che ricade integralmente sulla famiglia e che si realizza attraverso le liberalità tra vivi. Per effetto delle modifiche demografiche gli effetti successori sono oggi « anticipati »: il prolungarsi della vita media ha determinato un salto generazionale nella trasmissione ereditaria, in quanto statisticamente il momento della trasmissione ereditaria si colloca in un'età compresa tra i trenta e i cinquant'anni, dunque dopo l'inserimento nel mondo del lavoro (35). Basti pensare al fatto che la vita

(31) La storia del diritto attesta, infatti, che gli istituti successori ruotano intorno al problema della difesa dell'integrità del patrimonio, v. A. Romano, *Famiglia successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna* (Torino 1994), 3 s., 17 s.

(32) V. P. Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel* (Paris 1969), 139 s., 172 s.,

(33) A. De Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, II (Paris 1847), 76.

(34) Un'analisi esemplare si legge in R. Schröder, *Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts*, Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven, a cura di H. Mohnhaupt (Frankfurt am M. 1987), 281 s.

(35) L'importanza dell'evoluzione demografica è fondamentale per comprendere il sistema di trasmissione della ricchezza, come avverte J. H.

media degli uomini e delle donne dall'entrata in vigore del *Code civil* ad oggi è raddoppiata e oggi solo eccezionalmente il chiamato all'eredità è un minore, mentre nel passato ciò accadeva in un numero estremamente frequente di casi (36).

Questo spiega, forse, perché torni attuale il discorso sull'autonomia del testatore e talora si sostenga l'incostituzionalità delle norme che ad essa pongono limiti con le norme sulla successione necessaria (37): nel momento in cui sono state soddisfatte le esigenze esistenzialmente fondamentali dei discendenti — il che avviene coll'inserimento nel mondo del lavoro — (38), vi è una crescente rivendicazione del diritto di trasmettere le proprie risorse al di fuori di qualsiasi obbligo di solidarietà intergenerazionale (l'allentarsi di tali legami, almeno nella società statunitense, è icasticamente rappresentata da un adesivo in vendita in un luogo di vacanza negli Stati Uniti che recita « *we are spending our children inheritance* ») (39).

Il diritto delle successioni presenta un'altra e differente linea evolutiva quanto al regime cui sono sottoposte la previdenza privata e il capitale assicurativo. La scelta compiuta dai codici borghesi, ed esemplarmente dal BGB e dal codice civile italiano, era stata nel senso di portare queste poste previdenziali *fuori* dalla successione ereditaria (è il principio che si legge all'art. 1923 c.c.). Un caso con cui si è confrontata la giurisprudenza americana è parso emblematico della crisi di questo modello: si trattava della domanda avanzata dalla moglie uxoricida nei confronti del fondo pensione che ha riconosciuto il diritto del coniuge al capitale previdenziale accumulato dal marito (40). La tendenza evolutiva della materia va oggi nella di-

Langbein, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, Michigan Law Rev., 86 (1988), 722 s., a 742. Sul punto v. ad es. J. Finch et al., *Wills, Inheritance and Families* (Oxford 1996), 6 e M. P. Champenois-Marmier - M. C. De Roton - M. Faucheu, *L'héritage. Recherche de sociologie du droit*, Université de Paris 2, Gennaio 1986, 52.

(36) Seppure da prospettive diverse v. M. Faucheu-Bureau, *Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques*, R.R.J., 1987, 241 s., a 257; B. Eccher, *Antizipierte Erbfolge* (Berlin 1980), 18 s.; G. Hirte, *Pension Policies for an Aging Society* (Tübingen 2001). Sul tema dell'invecchiamento della popolazione cfr. R. A. Posner, *Perché non bisogna preoccuparsi dell'invecchiamento della popolazione*, Bib. della libertà, (1997), maggio-agosto, 9 s., e gli atti dell'*Elder Law Symposium*, Wake Forest Law Rev., 32 (1997), 239 s.

(37) Ad es. nell'ordinamento tedesco v. K. Petri, *Die Pflicht zum Pflichtteil*, ZRP, 1993, 205 s.

(38) Aspetto su cui v. J. H. Langbein, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, Michigan Law Rev., 86 (1988), 722 s.

(39) R. Chester, *Inheritance, Wealth, and Society* cit., 2 s.

(40) Cfr. *Seipel v. State Employees' Retirement System*, 289 N.E. 2d,

rezione di estendere la disciplina delle successioni agli strumenti contrattuali con cui si realizza la trasmissione intergenerazionale della ricchezza che al testamento vogliono essere alternativi (strumenti che il giurista anglo-americano chiama appunto *will substitutes* (41).

5. A ben guardare molte delle proposte che vogliono « dotare » economicamente il cittadino (in particolare con il reddito minimo garantito o con uno *stake*), rendendolo arbitro delle proprie scelte, rivalutano un altro istituto tradizionale del diritto privato: la proprietà (42).

In questo senso si (ri)propone un modello di contratto sociale che mira a saldare nuovamente la proprietà alla libertà e si attualizza l'idea costitutiva dei codici borghesi, che vede nel diritto soggettivo assoluto, e segnatamente nella proprietà, il presidio della libertà del singolo. Affermare che la persona è libera solo se è proprietaria di qualche cosa pone, evidentemente, un problema di giustizia sociale e, dunque, un problema redistributivo anche all'interno delle società liberali, perché anche allo stato liberale moderno si pone il problema di garantire a tutti l'accesso alla proprietà in senso effettivo e non puramente astratto (43).

Anche in ciò può vedersi un segmento d'una traiettoria che, per taluni aspetti, va in contro tendenza. L'avvento dello Stato sociale ha degradato la proprietà da diritto fondamentale al regime dei rapporti economici, destinata essa stessa a realizzare una « funzione sociale », come vuole l'art. 42 della Costituzione. (Ma la Carta Europea dei diritti e la Convenzione di Nizza riposizionano la proprietà tra i diritti fondamentali.) Il che ha indotto a domandarsi se tutt'ora residui per la proprietà uno spazio tra i diritti fondamentali e, più concretamente, quali tra le proprietà sia incentivata o favorita dalla Carta costituzionale; e tra queste possono inventarsi, senz'altro, quelle che

288 (III. App. Ct. 1972); *Estate of Seipel*, 329 N.E. 2d, 419 (III. App. Ct. 1975); ma il problema si è posto anche nell'ordinamento francese con riguardo al regime della comunione universale dei beni cfr. Cass. civ. 7-4-1998, in D., 1998, j., 529, con nota di I. Thierry, *L'époux, meurtrier de son conjoint, ne perde pas le bénéfice de la communauté universelle*.

(41) Su cui sia consentito segnalare il mio *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie « in forma indiretta »*, Studi in onore di P. Rescigno, II, Diritto privato (Milano 1998), 919 s.

(42) Un quadro senz'altro efficace in G. Alpa - M. Bessone - A. Fusaro, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, II (Roma (ed. Seam) 2001).

(43) Lo ha detto molto chiaramente S. Rodotà, nel convegno di presentazione del libro di Bruce Ackerman, che ha avuto luogo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 26 ottobre 2001, e di cui cito il testo registrato.

trovano nel lavoro il titolo d'acquisto ed operano una saldatura colla persona umana (44).

D'altra parte, la proprietà, per lo studioso del diritto privato, è (*anche*) un paradigma conoscitivo del reale ed uno strumento logico nella costruzione della gerarchia degli interessi e delle rispettive tutele (45). In questo senso, la ben nota proposta di Charles Reich, compendiata nell'immagine della *new property*, rappresenta emblematicamente l'idea che il *Welfare* abbia ormai definitivamente modificato i valori economicamente e socialmente rilevanti. Lo Stato sociale è, oggi, il principale distributore di ricchezza nella forma delle licenze e delle autorizzazioni amministrative e dei sussidi ed è il lavoro e i benefici ad esso legati, in primo luogo quelli previdenziali e pensionistici, la principale fonte di ricchezza dell'individuo (46). Così che sono i diritti vantati nei confronti della burocrazia statale o dell'organizzazione produttiva a definire la cifra più intima dello statuto giuridico della persona (47). Una volta che si accerti che nella società del *Welfare* le « nuove proprietà » garantiscono l'esistenza, la libertà, l'autonomia della persona, così come lo aveva fatto nello Stato liberale la proprietà tradizionale, si propone di riservare alle prime la medesima protezione che l'ordinamento accorda alla seconda, ad iniziare dalle tutele che si offrono al privato a fronte dell'espropriazione della pubblica amministrazione (48). Una proposta che, come noto, non è andata esente da critiche, anche radicali, atteso che in realtà finisce coll'ottundere la carica problematica e innovativa sottesa al conflitto d'interessi che vuole governare e, se accolta, cristallizzerebbe nel modello proprietario i rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino (49).

(44) P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 5-6, 1976-7, II, 861 s., in part. 870.

(45) V. esemplarmente A. Gambaro, *Dalla new property alle new properties. Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali*, testo provvisorio della relazione al convegno *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002.

(46) C. Reich, *The New Property*, Yale Law J., 73 (1964), 733 s.

(47) Reich, *The New Property* cit., 771 s.

(48) Reich, *The New Property* cit., 785 s. (e per una più articolata comprensione dell'a. statunitense v. anche Id., *Individual Right and Social Welfare: The Emerging Legal Issue*, Yale Law J., 74 [1965], 1245 s.).

(49) Come constata S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (Bologna 1990), 49 s. — se accolta, la proposta di Reich finirebbe coll'irrigidire nel modello proprietario i rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino; analogamente W. van Alstyne, *Cracks in « The New Property »: Adjudicative Due Process in the Administrative State*, Cornell Law

6. Uno studioso del ventesimo secolo ha visto nell'ascesa dello stato sociale la ragione, o quanto meno una delle ragioni più significative, del declino della libertà contrattuale (50). Oggi il declino dello stato sociale, pone un duplice interrogativo: se ciò significhi nuova ascesa del contratto e dell'autonomia contrattuale (51); se — e allora in che misura, in che termini e limiti — il contratto possa essere insieme lo strumento della soddisfazione di interessi privati ed il mezzo per realizzare un'esigenza redistributiva (52).

La natura e la finalità di questo contributo non mi consente un'analisi che possa dirsi anche solo ricognitiva delle tematiche che sul tema s'intrecciano. Sia consentito, pertanto, limitare le mie considerazioni a taluni paradossi, apparenti e reali, che si registrano quanto al ruolo del contratto nella società del *welfare* « arretrante ».

Il primo dei paradossi di ciascun fenomeno di privatizzazione consiste nel fatto che la privatizzazione coincide con un fenomeno di rilevante regolazione (come hanno avvertito Sabino Cassese e Cass Sunstein): è il caso emblematico della privatizzazione dei servizi di pubblica utilità (53).

Al contempo, una riflessione sul ruolo del contratto nello stato sociale non può ignorare il problema della « giustizia » degli esiti dell'autonomia contrattuale e dell'equilibrio dei relativi effetti, così che tende ad essere sovvertito uno dei paradigmi del diritto contrattuale, che vuole l'equilibrio economico del contratto consegnato alla mera determinazione delle parti (54). Anche in questo caso, si tratta

Rev., 62 (1977), 445 s. (ove si legge nelle conclusioni a 490, che la teoria « is frankly repugnant in some of its implications »).

(50) P. Atiyah, *Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford 1979).

(51) Ma sulle nuove modalità in cui si atteggia la nuova ascesa dell'autonomia contrattuale v. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, a cura di F. H. Buckley (Durham-London 1999).

(52) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, a cura di W. Hoffmann-Riem - E. Schmidt-Aßmann (Baden-Baden 1996). Cfr. Anche J. Wightman, *Contract. A Critical Commentary* (London-Chicago 1996).

(53) V. C. Sunstein, *Paradoxes of the Regulatory State*, ora Id., *Free Markets and Social Justice* (New York-Oxford 1997); S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, Riv. trim. dir. pubb., 2000, 389 s.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza* (Padova 2001); *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, a cura di L. Robotti (Bologna 2002).

(54) Sul tema, oggetto di un crescente dibattito anche nell'ordinamento italiano, v. U. Breccia, *Che cosa è « giusto » nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione*, Interrogativi sul diritto « giusto », a cura di E. Ripete, I (Pisa 2000), 113 s.; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, Riv. dir. priv., 1999, 21 s., e *Squilibrio e usura dei contratti*, a cura di Id. (Pa-

di un paradosso solo apparente: basti pensare alla vicenda del contratto di lavoro subordinato, per il quale il principio della retribuzione *proporzionata e sufficiente* è fissato all'art. 36, co. 1, della Carta costituzionale, sì che la *specialità* nella disciplina del rapporto registra, nei termini della deviazione dalle regole di diritto comune, la disparità nella forza contrattuale delle parti e la peculiarità d'uno scambio avente quale termine oggettivo il lavoro dell'uomo.

Merita semmai segnalare che un salto qualitativo si registra là dove il controllo sul contenuto del contratto non riguarda il contratto di serie, ma concerne il contratto individuale « imposto » e poi quello che è negoziato tra le parti, seppure in condizioni di patente squilibrio (55). È però evidente il costo di questa operazione, che apre il varco ad una più accentuata discrezionalità del giudice e, di conseguenza, ad una maggiore incertezza della regola consensualmente fissata.

Peraltro, è ragionevole dubitare che un'operazione « ortopedica » sul contenuto del contratto volta a ripristinare (o a creare per la prima volta) un equilibrio nelle prestazioni consenta di realizzare un'operazione autenticamente redistributiva. È sufficiente considerare che il diritto privato impone la conclusione del contratto in situazioni eccezionali (quali sono quelle del monopolio legale), che i rimedi che il diritto privato mette a disposizione non dipendono dal benessere delle parti né dall'assetto del mercato; e che, quando l'azione del privato ha successo di regola produce effetti solo tra le parti e non favorisce la classe di soggetti cui appartiene l'attore; infine, che mettere a disposizione un potere di azione significa escludere sostanzialmente quanti sono così poveri da non avere la possibilità di adire le vie legali (56).

7. Concludo queste mie considerazioni con due diverse imma-

dova 2002); E. Roppo, *Il contratto del duemila* (Torino 2002); P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, Riv. crit. dir. priv., 2001, 223 s. Nel dibattito tedesco si segnalano J. Oechster, *Gerechtigkeit im modernen Austauschverträge* (Tübingen 1997), e C. Heinrich, *Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts* (Tübingen 2000).

(55) Cfr. BVerfG 19-10-1993, 1 BVR 567/89 e 1044/89, può leggersi N. giur. civ., 1995, I, 202 s., con il commento di A. Barengi, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*; e su BVerfG 6-2-2001, v. il commento di E. Bargelli, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, Riv. dir. civ., in corso di pubblicazione.

(56) Molti spunti si traggono da *Welfarism in Contract Law*, a cura di R. Bronsward - G. Howells - T. Wilhelmsson (Dartmouth-Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney 1994).

gini, che a mio parere fotografano altrettanti modelli di risposta alla crisi dello stato sociale che si collocano, questa volta, sul piano dell'autonomia collettiva.

Una è la *Privatopia* (per riprendere il titolo d'un saggio monografico di McKenzie), l'altra è l'impresa *sociale*.

Il primo costituisce il rifugio nell'esclusività di un regime riservato ad un gruppo « chiuso », in cui si riconoscono agevolmente i teorici dello stato iperminimo (ove anche la polizia è pagata dal privato e lo stato interviene solo a prevenire la vendetta privata). Il modello più prossimo è quello della città *privata*, un'esperienza non ignota al sistema americano, dove tutto è regolato dalla regola statutaria convenzionalmente fissata, che giunge talora a dettare delle regole anche per il colore delle tende da appendere alle finestre, per la presenza di animali domestici, per l'accesso di persone che abbiano meno di una certa età (com'è il caso di *LeisureWorld*, che è una nota città residenziale per anziani facoltosi) (57).

Con il paradosso, tuttavia, che la regola privata può essere molto più oppressiva e costringente della regola di diritto pubblico.

L'impresa sociale rappresenta una risposta all'interno di un meccanismo di solidarietà. La risposta al bisogno s'identifica col *social commitment* al fine di stimolare i privati a farsi imprenditori essi stessi della soddisfazione di alcuni bisogni sociali (58); iniziativa che lo stato non impone, ma si limita a sollecitare attraverso una politica d'incentivazione, realizzata generalmente sotto forma di deduzioni fiscali (59).

Con il che tuttavia è a tutti chiaro quanto sia difficile ad un tempo sollecitare l'intervento disinteressato dei privati e, insieme, garantire la collettività da comportamenti opportunistici, in sintesi « giuridicizzare il gratuito » (60): l'immagine del volontario « di professione » sta a dirci anche in questo campo delle difficoltà che incontra la politica d'incentivo basata sulla solidarietà.

Andrea Zoppini

(57) V. E. McKenzie, *Privatopia. Homeowner Association and the Rise of Residential Private Government* (New Haven 1994).

(58) A questo riguardo un indice estremamente rilevante a conferma dell'analisi che si viene conducendo è offerta dalla legge-quadro sul volontariato (l. 11-8-1991 n. 226), v. però con venature di scetticismo P. Rescigno, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, Giur. it., 1993, IV, 1 s.

(59) Gruppo di lavoro Mercato Sociale del CNEL, *Una proposta per la disciplina dell'impresa sociale* (Roma 2000) — la cui *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell'« impresa sociale »* ho pubblicato in Riv. crit. dir. priv., 2000, 335 s. —; per una diversa impostazione v. F. Cafaggi, *L'impresa a finalità sociale*, Pol. dir., 2000, 595 s.

(60) N. Lipari, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, Riv. dir. civ., 1982, II, 820 s.

