



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Dottorato di ricerca in
Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro, 23mo ciclo
(A.A. 2007/2008 – 2009-2010)**

CODICI DI CONDOTTA
Una nuova prospettiva per l'autonomia privata e il mercato

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01 Diritto Privato

**Tesi di dottorato di
Matteo Strukul (matr. 955456)**

Coordinatore del dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del dottorando

Prof. Carmelita Camardi

INDICE

INTRODUZIONE

pag. 5

SOMMARIO: 0.1 L'avvento del fenomeno globalizzazione nel mondo del diritto (p.5). 0.2 Riflessioni metodologiche: delimitazione del campo d'indagine con particolare attenzione alla componente autodisciplinare dei codici di condotta e l'analisi delle esperienze concrete come chiave per la costruzione di una definizione (p.10).

CAPITOLO 1

pag. 18

L'ESPERIENZA DEL CODICE DI AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA

SOMMARIO: 1.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici (p.18). 1.2 Riflessioni "in superficie" e struttura essenziale del nuovo Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale (p.22). 1.3 L'adesione al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale (p.27). 1.4 Breve analisi delle diverse tesi dottrinarie in materia di clausola di accettazione (p.31). 1.5 Autodisciplina e risoluzione delle controversie: il procedimento innanzi al Giuri (p.40). 1.6 Ipotesi interpretative della dottrina sulla natura del procedimento innanzi al Giuri: l'impossibile parallelismo con l'arbitraggio, la perizia tecnica e l'arbitrato (p.44). 1.7 Inibitoria e pubblicazione della decisione: il problema della pena privata (p.48). 1.8 La non riconducibilità del contratto di autodisciplina alla figura associativa. Contratto normativo? (p.52). 1.9 Conclusioni: il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale come possibile ibrido fra contratto normativo e complesso di norme consuetudinarie (p.55).

CAPITOLO 2

pag. 64

IL CODICE DI AUTODISCIPLINA DELLE SOCIETÀ QUOTATE E IL DUTCH CORPORATE GOVERNANCE CODE

SOMMARIO: 2.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici (p.64). 2.2 Le ragioni e le caratteristiche che hanno portato all'adozione dei codici di *corporate governance*. Uno sguardo transnazionale (p.71). 2.3 Sguardo d'insieme al Codice di autodisciplina delle società quotate con particolare attenzione ai profili contenutistici (p.80). 2.4 Brevi note in tema di caratteristiche formali e di natura giuridica del Codice di autodisciplina delle società quotate (p.85). 2.5 L'*enforcement* del Codice di autodisciplina delle società quotate

(p.92). 2.6 Premessa sul *Dutch Corporate Governance Code* e sintetica ricognizione in tema di sistema di amministrazione e controllo dualistico (p.93). 2.7 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code*: le caratteristiche dell'*enforcement* (p.98). 2.8 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code* (p.103). 2.9 Conclusioni (p.106).

CAPITOLO 3

pag. 108

LA NUOVA LEX MERCATORIA

SOMMARIO: 3.1 La nuova *Lex mercatoria* come possibile strumento interpretativo dell'autodisciplina (p.108). 3.2 Il quadro dottrinario di riferimento e le diverse tesi ricostruttive della nuova *Lex mercatoria* (p.112). 3.3 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: pratiche contrattuali, usi del commercio internazionale, *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali. In particolare: le pratiche contrattuali (p.118). 3.4 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: usi del commercio internazionale (p.123). 3.5 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali (p.128). 3.6 Profili di analisi dei codici di condotta nel diritto del commercio transnazionale: la funzione di limite endogeno. Il caso degli *ICC Codes on Marketing and Advertising Practice* (p.130). 3.7 Il parallelo cammino dell'Autodisciplina pubblicitaria attraverso la *European Advertising Standards Alliance* (p.134). 3.8 La *Lex mercatoria* come paradigma di riferimento per l'autodisciplina pubblicitaria e per alcune delle più importanti esperienze transnazionali di autoregolazione (p.136).

CAPITOLO 4

pag. 141

I CODICI DI CONDOTTA NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI

SOMMARIO: 4.1 L'inserimento dei codici di condotta e autodisciplina nella direttiva 2005/29 CE e nella novellata Comunicazione commerciale del Codice del consumo: riflessioni introduttive (p.141). 4.2 Le possibili ragioni che hanno condotto la Direttiva 2005/29/CE a prevedere disposizioni in tema di codici di condotta e autodisciplina (p.144). 4.3 Più nel dettaglio: la definizione data dalla direttiva di codice di condotta e il recepimento che di detta definizione fa il Codice del consumo (p.147). 4.4 Più nel dettaglio: la nozione di responsabile del codice, le azioni esperibili nei suoi confronti e l'adozione di un codice *contra legem* come pratica commerciale sleale (p.153). 4.5 Interrogativo: possono i codici di condotta e/o autodisciplina svolgere una funzione positiva di concretizzazione dei requisiti di legge? (p.157). 4.6 L'uso ingannevole dei codici di condotta e/o autodisciplina: ipotesi di azioni ingannevoli (p.162). 4.7 Pratiche commerciali in ogni caso

ingannevoli: l'affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta; l'affermazione non veritiera che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura (p.164). 4.8 Gli obblighi aggiunti di trasparenza, informazione e contenuto minimo (p.169). 4.9 Riflessioni conclusive in tema di codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui alla direttiva 2005/29/CE e alla novellata parte del Codice del consumo (p.173).

CAPITOLO 5

pag. 178

CARATTERI GENERALI DEI CODICI DI CONDOTTA

SOMMARIO: 5.1 Osservazioni introduttive (p.178). 5.2 Il nuovo concetto di normativa introdotto dal fenomeno globalizzazione (p.181). 5.3 Differenze fra codici di condotta, codici di autodisciplina, codici deontologici (p.186). 5.4 Autodisciplina e Consuetudine (p.188). 5.5 Per una reale ricostruzione sistematica della categoria dei codici di condotta: la definizione della direttiva 2005/29/CE, la catalogazione per classi da parte della dottrina comparatista (p.191). 5.6 Caratteristiche e funzioni dei codici di autodisciplina (p.197). 5.7 Un'ultima riflessione su un possibile terreno di contatto fra autodisciplina privata e autolimitate dell'autorità amministrativa nell'esercizio della propria attività discrezionale (p.200).

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

pag. 205

BIBLIOGRAFIA

pag. 209

ABSTRACT

pag. 223

LIBERATORIA

pag. 224

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 0.1 L'avvento del fenomeno globalizzazione nel mondo del diritto; 0.2 Riflessioni metodologiche: delimitazione del campo d'indagine con particolare attenzione alla componente autodisciplinare dei codici di condotta e l'analisi delle esperienze concrete come chiave per la costruzione di una definizione.

*** ***** ***

0.1 L'avvento del fenomeno globalizzazione nel mondo del diritto.

L'avvento del fenomeno globalizzazione nel mondo del diritto reca in sé una rivoluzione copernicana. Il termine stesso innesca, quasi naturalmente, una molteplicità di riflessioni in ordine ai diversi piani ed accezioni che, quasi naturalmente, implica. Giacchè appare condivisibile ritenere che con esso ci si possa riferire ad uno straordinario e complesso mutamento globale di equilibri economico-politici, con ciò intendendo da un lato la progressiva ed ormai acclarata transnazionalità del commercio e la corrispondente dilatazione dei mercati, dall'altro l'effettiva rilettura del concetto stesso di Stato come Nazione in cui il territorio è elemento costitutivo. E d'altra parte appare difficile negare, ancora, che la globalizzazione non presupponga e non produca, al contempo, un'accelerazione del ritmo dell'innovazione tecnologica. In ultima istanza, si potrebbe ancora sostenere, in modo nient'affatto peregrino, che proprio l'assommarsi di tutte queste differenti fasi e semantiche conducano al vero significato del concetto stesso di globalizzazione.

Tuttavia, fra i molti aspetti possibili, va certamente tenuto a mente quello che ai giuristi maggiormente interessa: quello per cui la globalizzazione delle relazioni ha inciso sul piano delle fonti del diritto, tanto da rischiare di determinare una ridefinizione del rapporto tra legalità e legittimità, costringendo a ripensare almeno in parte le modalità di intervento regolamentari.

Più precisamente, se ci si riferisce a quegli aspetti della globalizzazione che hanno portato ad una dilatazione dei mercati e ad un'economia di natura sempre più a carattere transnazionale, in continua trasformazione e che dunque richiede strumenti giuridici di adeguamento sempre più flessibili, allora è evidente che quell'odierna rigidità delle leggi, ancorate a sistemi normativi rigorosamente nazionali, rischia sempre più di incarnare l'anacronismo ¹.

La globalizzazione, in effetti, da un lato privilegia lo sviluppo di fonti di produzione normativa a carattere sovranazionale, dall'altro determina un incremento di ipotesi concrete di autoregolamentazione da parte dei soggetti del mercato.

Con riferimento a tale secondo aspetto, che costituisce il precipuo oggetto d'esame della presente tesi di ricerca, il fenomeno incide su quella che è la funzione di produzione delle norme nella misura in cui grandi operazioni economiche e micro-transazioni di massa in materia di beni di consumo

¹ Si veda in questo senso il fondamentale testo di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2006. In particolare si legga a p. 9: "La globalizzazione riflette nello specchio del diritto un nuovo diritto universale quale la *lex mercatoria*; riflette, al tempo stesso, una nuova vocazione dei diritti nazionali, non più chiusi entro i confini politici degli Stati, bensì aperti alla competizione... Vi si riflette, infine, il mutato volto degli Stati, cui i mercati globali hanno sottratto molte delle loro tradizionali prerogative sovrane e che hanno dovuto riorganizzarsi al loro interno; sicché autorità tecnocratiche hanno preso il posto prima occupato da autorità politiche, e autodiscipline contrattuali hanno sostituito fonti normative, mentre il potere giudiziario si è a tal punto separato dagli altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, da tendere a configurarsi come l'organo di una società civile ormai cosmopolita". Ed ancora dello stesso tenore per certi aspetti le affermazioni svolte in F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, *Politica del diritto*, 4/2001, pp. 543-583. Ad esempio a p. 543 l'autore ribadisce come "da parte di molti si registra una tensione tra prevalente statualità degli ordinamenti giuridici e (prevalente) globalità delle relazioni economiche". Pare fargli eco V. ROPPO in *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, *Politica del diritto*, 3/2001, p. 517, quando afferma: "... Cambia il volto della legalità. Cambiano i modi e le sedi di costruzione della legalità, sempre più identificabili con i modi e le sedi del mercato: le imprese, e in particolare le grandi imprese trans- o multi-nazionali, spesso con l'assistenza dei loro professionisti legali, le grandi law firms a loro volta organizzate e operanti su scala planetaria". E ancora G. TEUBNER, *La cultura giuridica nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, 2005, p. 61: "Nell'epoca della globalizzazione i processi di produzione giuridica si spostano dai centri del diritto – che erano stati politicamente istituzionalizzati negli Stati-nazione (parlamenti e ordinamenti giudiziari) – alle sue periferie, verso i confini fra il diritto e le altre sfere sociali globalizzate. Il diritto del nuovo mondo è innanzitutto periferico, spontaneo e sociale. I governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali".

tendono a trovare regole e rimedi all'interno di quei corpi di disposizioni e clausole che sono le imprese stesse ad approntare.

Simili osservazioni non possono non condurre a ragionare circa il nuovo ruolo di fatto acquisito dal contratto nel contesto appena tratteggiato. Un ruolo che, inevitabilmente, sembra sempre più concretarsi in quello di efficace strumento di innovazione giuridica, a meno di non voler disconoscere, con una certa difficoltà francamente, l'acquisita importanza della circolazione all'interno dei mercati mondiali dei modelli contrattuali uniformi.

Non sembra cioè seriamente contestabile che a fianco di convenzioni internazionali di diritto uniforme e di direttive comunitarie volte all'armonizzazione del diritto all'interno dell'Unione Europea, non si sia un po' alla volta formato un diritto nuovo che risulta essere il prodotto dei modelli contrattuali atipici².

Le osservazioni fino ad ora svolte sembrerebbero trovare innegabile corrispondenza e parallelismo anche nelle recenti tendenze a livello giurisdizionale se è vero che il monopolio pubblico di tale ultima funzione cede sovente il passo a sistemi alternativi che nulla hanno a che vedere con l'apparato giudiziario statale. Si pensi al *Commercial International Arbitration* per le controversie di valore economico elevato o all'*Alternative Dispute Resolution (ADR)* che portano ad un evidente incremento delle c.d. *mass litigation* per quel che concerne le vertenze relative ai prodotti standard o comunque di modesto valore.

Ma se simili affermazioni appaiono, a loro modo, non facilmente controvertibili allora - per quel che concerne l'aspetto prettamente contrattuale e della disciplina privata delle transazioni commerciali nella loro accezione statica e dunque non giurisdizionale - l'indagine dovrebbe a

² Ancora in F. GALGANO, *op cit.*, p. 94: "L'elemento dominante è, piuttosto, la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi. Sono, il più delle volte, contratti atipici: a crearli non sono i legislatori nazionali ma le *law firms* americane o i consulenti delle innumerevoli associazioni internazionali delle più diverse categorie imprenditoriali".

maggior ragione estendersi a tutte quelle recenti ipotesi di autoregolamentazione privata che sia in ambito nazionale che internazionale stanno progressivamente trovando terreno fecondo per attecchire.

Di talchè, emerge con ogni evidenza che le modalità d'intervento regolamentare – normativo vanno, di fatto, via via mutando, tanto che a buon diritto pare corretto interrogarsi sulla possibile nascita di un nuovo doppio sistema di produzione normativa: pubblico e privato.

L'affermazione potrebbe avere il sapore dell'azzardo, del *monstrum* metagiuridico che rischia di trascolorare nella provocazione o nel gioco intellettuale fine a se stesso.

Ma ad un'analisi più attenta non può sfuggire, anche alla luce delle ulteriori osservazioni che svolgeremo *infra*, quanto in realtà giustificati siano certi interrogativi.

Il quesito da cui si deve partire è dunque il seguente: è possibile ventilare l'ipotesi di una distinzione fra sistemi di produzione pubblica e privata di norme? ³ In altri termini, potrebbe aver diritto di cittadinanza l'opinione in base alla quale la necessità di strumenti giuridici più duttili ed in questo senso adeguati ad intercettare le esigenze di una realtà economica mutevole ed in continuo rinnovamento giustifichi l'ipotesi di una ridefinizione del principio di legalità aprendo così la strada ad una teoria pluralistica della norma giuridica?

Ed una simile teoria troverebbe, in effetti, terreno fertile per la propria applicazione se si ammettesse una ridefinizione del principio di legalità

³ Le possibili insidie che si incontrano nel tentare di definire la natura giuridica dei codici di autodisciplina, sembrano trasparire anche da un recente saggio di N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2008, il quale a p. 169 giustamente osserva che non pare risolutore l'argomento dell'efficacia *erga omnes* come unico *discrimen* atto a distinguere la natura giuridica normativa da quella contrattuale. Infatti: "Accanto al superamento di vecchi apriorismi – come quello che i soggetti autori del consenso ad un determinato assetto di interessi debbano necessariamente coincidere con i destinatari degli effetti ovvero come quello che il contratto sia necessariamente irrilevante per i terzi, non potendo ad essi, in mancanza di un'esplicita adesione, né giovare né nuocere - si sono infatti venute affermando, con accentuazioni diverse e diversi gradi di approfondimento, fattispecie in cui strumenti di derivazione contrattuale acquisiscono una parziale o totale efficacia *erga omnes*".

che rendesse quest'ultimo non più associabile alla sola ed esclusiva provenienza statale della norma.

Si ritiene insomma di dover valutare se sia lecito parlare di distinzione pubblico – privato in tema di natura delle fonti di produzione normativa, ed ancora se una simile distinzione comporti una rivisitazione dei sistemi di legittimazione della produzione e dell'applicazione delle norme.

Le ragioni a presidio di una simile ipotesi potrebbero non mancare se è vero che la soluzione paventata potrebbe portare ad un regime di cooperazione capace di rispondere in modo più pronto e puntuale alle ribadite domande del mercato. Una normativa in grado di garantire efficienza dello scambio commerciale attraverso una posologia rimediale maggiormente rapida e concentrata di quella sviluppata in ambito pubblico.

Da qui dunque il senso stesso del presente lavoro che si propone in effetti di ragionare non solo in ordine alla natura giuridica dei codici di condotta ed autodisciplina ma piuttosto di individuare quelle potenzialità e quelle ricadute pratiche che potrebbero e dovrebbero avere questi ultimi in ordine alla capacità di suggerire una nuova via, una nuova prospettiva, appunto, per l'autonomia privata ed il mercato.

Ciò detto, una volta sciolto il problema dell'accoglimento o, viceversa, del rigetto di un doppio binario di produzione normativa, dovrebbe appunto procedersi nell'analisi al fine di comprendere se si debba optare per alternative o complementarità fra fonti di produzione di natura pubblica e privata.

In caso contrario, e dunque ove si ritenesse di propendere per un'incompatibilità di fonti di produzione normativa pubblica e privata, è evidente che sarebbe necessario ragionare sulla natura giuridica delle c. d. fonti di produzione di natura privata, individuandone i possibili profili contrattuali, utilizzando le figure specificamente approntate, ove fosse, dal nostro ordinamento giuridico.

Certo, va aggiunto che le dinamiche di cooperazione potrebbero permanere, e sarebbero ad ogni buon conto auspicabili, anche nel caso in cui la natura di tali codici di autodisciplina e condotta dovesse ritenersi contrattuale.

Tuttavia, una volta posta la questione *de qua*, non pare ulteriormente rinviabile il momento dell'indagine effettiva, portando quindi sulla griglia del reale le domande che inevitabilmente scaturiscono dal dilemma teorico.

0.2 Riflessioni metodologiche: delimitazione del campo d'indagine con particolare attenzione alla componente autodisciplinare dei codici di condotta e l'analisi delle esperienze concrete come chiave per la costruzione di una definizione.

Con ciò, anche al fine di meglio comprendere la portata del fenomeno, - quell'inevitabile incremento di figure in cui l'autodisciplina è andata via via manifestandosi - varrà la pena tentare di nominare, nel corso della presente tesi, almeno le esperienze concrete più rilevanti e ciò anche al fine di garantire quel corretto approccio metodologico che senz'altro impone un esame delle stesse per poi da quelle inferire caratteristiche generali e comuni che consentano la miglior definizione della natura giuridica dei codici di condotta.

Più precisamente, occorrerà condurre un'analisi attenta delle più recenti ed autorevoli esperienze di codici di condotta e di autodisciplina a livello nazionale, andando dunque ad esaminare le ipotesi concrete sottese ad esempio al Codice di autodisciplina pubblicitaria e al Codice di autodisciplina delle società quotate in borsa.

In tal senso, dunque, nella vasta congerie dei codici di condotta la nostra analisi intende privilegiare l'esame degli stessi nella propria componente autodisciplinare.

Diremo di più. Al fine di evitare malintesi e nell'ottica di delimitare in modo preciso il campo d'indagine cui la presente tesi intende dedicarsi, ci preoccuperemo fin d'ora di avvertire che intendiamo limitare il nostro sguardo di insieme a quei codici di autodisciplina che certamente appartengono al novero dei codici di condotta ma ne costituiscono una parte e non già il tutto. Un simile approccio, indubbiamente parziale, ci permetterà di mantenere una visione maggiormente ancorata all'indagine di diritto privato che, d'altra parte, campeggia nella sua chiarezza fin dal titolo.

In tal senso non è nostra intenzione trattare il tema dei c. d. codici aziendali, altrimenti detti codici interni.

Il loro esame, del resto, è stato ben affrontato dalla disciplina giuslavoristica cui, in effetti, essi sembrano maggiormente afferire.

Rimane il fatto che detti codici appartengono in modo innegabile all'ampia congerie dei codici di condotta e autodisciplina e perciò alcune brevi osservazioni, che come detto lambiscono territori giuslavoristici, non possono essere negate.

Ciò anche al fine di meglio riflettere su quanto composita e varia sia la categoria che andremo ad esaminare.

In tal senso, anzi, i c.d. codici aziendali rappresentano una delle massime espressioni di quel fenomeno che prende il nome di *Corporate social responsibility*, e, aggiungiamo, una delle forme più diffuse e foriere d'incertezza, dell'attuale tendenza all'autoregolazione su base etica da parte delle imprese.

Essi, fra l'altro, paiono fornire indici utili circa la formulazione di una distinzione fra condotta e autodisciplina che non è di immediata evidenza ma che d'altra parte, come già osservato, prende le mosse proprio dall'esame pratico, dall'analisi empirica, e che consentirà di indurre in un momento successivo delle definizioni a carattere il più possibile generale.

Senza spendere più di qualche riga sul tema diremo allora che i punti critici che tali strumenti presentano sono vari sia in relazione al tipo di

codice cui si fa riferimento (codici interni o esterni ⁴) sia evidentemente rispetto alle dimensioni dell'impresa dalla quale lo stesso viene adottato (piccole e medie imprese o multinazionali), sia che si tratti di codici che vengono adottati da semplici imprese o piuttosto da associazioni di categoria o di settore.

Da qui, quindi, deriva la possibile e condivisibile distinzione fra codici interni o esterni.

Come detto, per quel che concerne i codici aziendali, si ha specifico riguardo a testi che vengono adottati sotto la spinta della c. d. responsabilità sociale anche se – va precisato – non sono mancate ipotesi in cui gli stessi sono stati in verità adottati per mere ragioni di opportunità, dunque al fine di sottrarsi a possibili e più rigorose forme di eteroregolazione e controllo che avrebbero avuto l'atavico difetto della mancata condivisione da parte dei soggetti destinatari delle regole.

Un altro aspetto critico che una parte della dottrina ha messo in luce risiede nella compatibilità e coerenza delle norme etiche - che caratterizzano la dimensione della *Corporate social responsibility* (CSR) - con l'attuale sistema giuridico, ed in particolare con quei principi e norme di diritto societario che, in una prospettiva di diritto vigente, potrebbero costituire dei vincoli agli impegni di CSR assunti mediante i codici di condotta (si pensi al dovere di diligenza degli amministratori rapportato al concetto di interesse sociale. Infine, un altro aspetto rilevante e dibattuto è

⁴ La dottrina giuslavoristica in particolare si è premurata di operare una distinzione fondamentale. Si legga ad esempio in A. PERULLI, *L'impresa responsabile: diritti sociali e corporate social responsibility*, Halley Editrice, p. 112-115: in cui si distingue tra codici di condotta "interni", così definiti perché adottati da strutture di governo della singola impresa – si pensi a strumenti organizzativi dell'operare della stessa nei rapporti con i vari stakeholders di riferimento (dipendenti, fornitori, consumatori) e codici "esterni", intesi come strumenti di livello superiore rispetto alla singola organizzazione imprenditoriale e sviluppati ed utilizzati da istituzioni o organismi di rango per lo più internazionale. Questi ultimi fanno solitamente affidamento su meccanismi di adesione volontaria da parte dei destinatari (le imprese, soprattutto le multinazionali), e assolvono la fondamentale funzione di indirizzare secondo i principi fondamentali che essi richiamano la elaborazione dei codici interni, fungendo così da modelli di riferimento (tra i codici esterni meritano menzione la Dichiarazione tripartita dell'OIL del 1977, le Guidelines dell'OCSE sulle imprese multinazionali, il Global Compact dell'ONU del 2003 e il Libro Verde sulla RSI dell'UE).

rappresentato dalla possibile efficacia giuridica, in termini di applicazione e azionabilità da parte dei destinatari, delle norme di matrice etica contenute nei codici di condotta.

Ci si chiede, infatti, se l'inosservanza delle norme contenute nel codice di condotta aziendale possa determinare effetti sotto il profilo giuridico, individuando ad esempio ipotesi di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, in capo a quell'impresa che violi le prescrizioni etiche a cui dichiara, con il codice di condotta, di attenersi.

E del resto il problema non inerisce "soltanto" le possibili commistioni fra due sfere come morale e diritto da tenersi tradizionalmente distinte, ma anche il fatto che tali codici aziendali scontano sia sotto il profilo della struttura che sotto quello dei contenuti una perlomeno apparente agiuridicità, essendo gli stessi strumenti di regola unilaterali, espressione del potere direttivo dell'imprenditore, in ogni caso volontaristici e completamente sprovvisti di apparato sanzionatorio così come di efficaci meccanismi di controllo circa la loro effettiva applicazione ⁵.

E d'altra parte questo è proprio uno dei temi chiave che differenzia il mero codice di condotta da quello di autodisciplina.

Tuttavia, dicevamo, non è ai codici aziendali che il nostro esame volgerà attenzione; piuttosto al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, al Codice di autodisciplina delle società quotate, avendo cura per quest'ultimo di porlo a confronto con la parallela esperienza olandese del Dutch Corporate Governance Code. Ciò anche al fine di privilegiare una visione comparatistica che sicuramente si rivelerà tanto più preziosa perché capace di fornire strumenti d'indagine nuovi, differenti, in grado di offrire indici e soluzioni ulteriori.

⁵ Sotto il profilo del contenuto e della funzione, essi cristallizzano impegni di responsabilità sociale posti a carico dei soggetti dotati di potere decisionale all'interno dell'impresa (managers) nonché dei soggetti che operano all'interno dell'impresa (dipendenti) e per l'impresa (fornitori) e che sono destinati ad operare oltre la legge o in sua assenza ovvero con funzione ancillare rispetto ad essa.

E ancora non potrà mancare un'analisi della *Lex Mercatoria* nel tentativo di cogliere quei profili specifici che possano consentirne una lettura in chiave di ipotesi di autodisciplina transnazionale ⁶. Per essere più precisi: alludiamo a quei limiti della stessa che la miglior dottrina ⁷ definisce di natura endogena e che sono di fatto costituiti da codici di condotta di origine privatistica (*business ethics*) volti a segnare il confine fra moralità ed immoralità degli affari.

Proveremo poi a valorizzare il ruolo della direttiva 2005/29/CE - e del suo corrispondente recepimento nel Codice del Consumo a mezzo dei decreti legislativi 145 e 146 del 2007 – che detta una definizione per molti aspetti importante dei codici di condotta, seppur limitandone la nozione allo specifico settore delle pratiche commerciali.

Sulla base di simili esempi concreti dovranno quindi identificarsi quei caratteri comuni e distintivi che consentiranno di differenziare i codici di condotta ed autodisciplina fra loro, quindi da quelli di deontologia, ed infine di andare a determinare gli elementi che consentono a tali codici di estraniarsi dai processi di produzione pubblica di norme.

Si dovrà quindi riflettere, sulla base degli indici così raccolti, se gli stessi siano di per sé sufficienti a qualificare detti codici come corpi di disposizioni capaci di alterare il sistema delle fonti di produzione, recando dunque in sé i germi di una rilettura della teoria della norma in una visione per così dire pluralistica o se, invece, tali indici non evidenzino piuttosto una natura contrattuale dei codici in esame.

In un secondo momento dovranno poi essere rinvenuti quei profili di intersezione di tipo cooperativo o competitivo tra ordinamenti con

⁶ Ci rendiamo conto di quanto suscettibile di critiche possa essere l'affermazione *de qua* tuttavia anche al fine di meglio esplicitarla ci permettiamo di riportare in questa sede un passo di F. GALGANO tratto da *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 57. "...per nuova *Lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati".

⁷ Alludiamo in particolare al fondamentale testo di F. MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. GALGANO, Cedam, 2003.

particolare riferimento al rapporto tra legislazione ed autoregolamentazione.

La corretta definizione della natura giuridica dei codici di condotta ed autodisciplina non è naturalmente una questione di semplice architettura del sistema normativo poiché è evidente che la scelta dell'una o dell'altra ipotesi – fonte di produzione normativa o contratto - ha poi ricadute pratiche nient'affatto secondarie.

Si pensi a mero titolo d'esempio alle caratteristiche degli apparati sanzionatori previsti dai codici in esame. La scelta per l'una o l'altra natura giuridica dovrebbe poi saldarsi in modo coerente con il tipo di sanzioni previste dai sistemi di autodisciplina con quel che ne consegue quindi in ordine all'ammissibilità o meno di quelle che, ad esempio, vanno ad incidere su beni indisponibili del soggetto afflitto ⁸.

Con ciò va sottolineato come non appaia seriamente contestabile che i codici di condotta stiano via via acquisendo un'importanza crescente per quel che concerne le modalità di disciplina dei settori di mercato regolati, più recentemente, financo dalla normativa dell'Unione europea.

Non sfuggono del resto i dati capaci di corroborare una simile affermazione. Si pensi, a mero titolo d'esempio e come già in parte anticipato, all'art. 10, Capo 3, direttiva 2005/29/CE ⁹ relativa alle pratiche commerciali sleali e, ancora, all'art. 16, Capo 3, direttiva 2000/31/CE ¹⁰

⁸ Non a caso in F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 110, l'autore si premura di ribadire che *electa una via non datur recursus ad alteram*. Per essere più precisi: ove si dovesse propendere per la natura contrattuale del codice di condotta o di autodisciplina, l'autore sottolinea l'importanza di prevedere sanzioni che abbiano le caratteristiche di pene private, dunque assistite da quella connotazione patrimoniale che giammai potrà trasfondere nel contenuto morale, dunque suscettibile di incidere sull'onore o la reputazione del contraente inadempiente.

⁹ L'articolo in questione fa in particolare specifico riferimento ai codici di condotta ed infatti dispone: "La presente direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali esercitate dai responsabili dei codici né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all'articolo 11 possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo. Il ricorso a tali organismi di controllo non è mai considerato equivalente alla rinuncia agli strumenti di ricorso giudiziario o amministrativo di cui all'articolo 11".

¹⁰ "Gli Stati membri e la Commissione incoraggiano:

relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico").

Ed ancora, appare emblematica la vicenda relativa all'uniformazione degli standard tecnici: è il caso della certificazione di qualità, fenomeno certamente a lungo sommerso e nascente dalla raccolta e selezione di pratiche spontanee e convenzionali inizialmente cogenti per la sola comunità degli aderenti all'accoglimento dei suddetti standard, prive di una qualsivoglia efficacia normativa perché non provenienti da fonti a carattere statale o sovrastatale e, tuttavia, successivamente recepite dalla disciplina comunitaria del Nuovo Approccio ¹¹.

Insomma, l'importanza dell'autodisciplina nei più diversi e moderni settori del diritto privato appare assolutamente innegabile, e, meglio ancora, destinata a crescere ulteriormente.

a) l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario volti a contribuire all'efficace applicazione degli articoli da 5 a 15;

b) la trasmissione volontaria dei progetti di codici di condotta a livello nazionale o comunitario alla Commissione;

c) l'accessibilità per via elettronica ai codici di condotta nelle lingue comunitarie;

d) la comunicazione agli Stati membri e alla Commissione, da parte di associazioni o organizzazioni professionali e di consumatori, della valutazione dell'applicazione dei codici di condotta e del loro impatto sulle pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico;

e) l'elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana.

2. Gli Stati membri e la Commissione favoriscono la partecipazione delle associazioni che rappresentano i consumatori al processo di elaborazione e di applicazione dei codici di condotta di cui al paragrafo 1, lettera a), che riguardano i loro interessi. Per tener conto delle loro esigenze specifiche, dovrebbero essere consultate, ove opportuno, le associazioni che rappresentano i non vedenti, gli ipovedenti e i disabili".

¹¹ Si tratta delle c.d. norme armonizzate, dunque di quegli standard tecnici che vengono in tal modo qualificati giuridicamente. Con le parole di E. BELLISARIO in *Lo stralcio delle disposizioni sulle certificazioni di qualità del codice del consumo: un'occasione mancata*, Europa dir. priv., 2005 a p. 1061, tale qualificazione "spetta alle norme tecniche elaborate dagli organismi europei di normalizzazione adottate in base ad una procedura particolare. La conformità della fabbricazione del prodotto alle norme armonizzate conferisce una presunzione di conformità ai requisiti essenziali fissati nelle direttive, ma – si noti - tali norme mantengono il loro carattere di volontarietà. Nel sistema che si è venuto a delineare appare quindi evidente la sinergia tra legislazione e normazione: i livelli di sicurezza vincolanti non sono più stabiliti dagli Stati, ma dalle organizzazioni europee di normazione e certificazione insieme all'Unione europea".

Naturalmente da questo non discende per ciò stesso la sua natura di fonte di produzione privata di norme giuridiche.

Ne deriva però l'ineludibilità del dubbio, dell'interrogativo: che come tale merita perlomeno la risposta più chiara e completa possibile.

Ed infine, quale che sia la risposta, va sottolineata l'importanza di simili strumenti. In un modo o nell'altro essi costituiscono una nuova frontiera della disciplina e della regolamentazione per determinati settori dell'economia transnazionale, corpi di clausole o regole che raccolgono cicli di esperienze frutto di lunghe maturazioni e stratificazioni di prassi, una selezione importante quindi che, al di là della natura giuridica, costituiscono un patrimonio già in molte occasioni riconosciuto come tale dai centri legislativi competenti ad esercitare detta funzione, secondo il sistema delle fonti condiviso.

Ed allora, riteniamo che di quel patrimonio si debba prendere coscienza, al fine di comprendere in quale misura esso possa recare nuovi strumenti giuridici di regolazione, nuove risposte di disciplina ad un mondo in continua e financo repentina evoluzione, offrendo magari prospettive differenti, probabilmente meno consolidate rispetto a quelle offerte dalla tradizione ma proprio per questo, da un certo punto di vista, più moderne e, forse, altrettanto adatte ad interpretare in modo virtuoso un'ipotesi diversa - perché più duttile e concentrata nei tempi - di interpretazione e comprensione del mercato globale e dell'autonomia dei privati.

L'ESPERIENZA DEL CODICE DI AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA

SOMMARIO: 1.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici; 1.2 Riflessioni "in superficie" e struttura essenziale del nuovo Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale; 1.3 L'adesione al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale; 1.4 Breve analisi delle diverse tesi dottrinarie in materia di clausola di accettazione; 1.5 Autodisciplina e risoluzione delle controversie: il procedimento innanzi al Giurì; 1.6 Ipotesi interpretative della dottrina sulla natura del procedimento innanzi al Giurì: l'impossibile parallelismo con l'arbitraggio, la perizia tecnica e l'arbitrato; 1.7 Inibitoria e pubblicazione della decisione: il problema della pena privata; 1.8 La non riconducibilità del contratto di autodisciplina alla figura associativa. Contratto normativo?; 1.9 Conclusioni: il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale come possibile ibrido fra contratto normativo e complesso di norme consuetudinarie.

*** ***** ***

1.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici.

L'esperienza del Codice di autodisciplina pubblicitaria ¹² è la prima ipotesi concreta di autoregolamentazione, a livello nazionale, che prenderemo in esame nel corso della presente tesi.

Le ragioni che paiono giustificare una simile scelta sono molteplici.

¹² Riguardo al tema dell'autodisciplina pubblicitaria si consiglia, fra gli altri, la lettura di M. FUSI – P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, 2006, pp. 1-438; B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statale*, Giuffrè, 2003, pp. 1 – 236; F. PINTO, *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI – L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quad. di Giur. Comm. N. 300/2007, pp. 219-233; V. DI CATALDO, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, in *Contr. e impr.*, 1991, I, pp. 111-124; V. MELI, *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, in *Dir. ind.* 3/1996, pp. 226-232; P. AUTERI, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in P. ZATTI, *Le fonti di autodisciplina*, Cedam, 1996, pp. 13-30; V. GUGGINO, *I "Principi Comuni" delle autodiscipline pubblicitarie europee*, in *Dir. ind.* 4/2002, pp. 402-405.

Anzitutto, il fatto che si tratti dell'esperienza effettiva più longeva, e conseguentemente più articolata, di codice di condotta o autodisciplina sviluppato da una categoria di soggetti privati all'interno del nostro Paese. Sviluppato al punto da aver determinato un doppio binario non solo ad un livello statico di possibile produzione normativa - sempre ammettendo che l'esperienza *de qua* possa essere equiparata per caratteristiche a quella di un codice promanante dallo Stato con efficacia *erga omnes* cosa della quale non siamo affatto sicuri e che costituisce motivo primo di indagine della presente tesi – ma anche sotto il profilo dinamico – giurisprudenziale se è vero che l'aver individuato e descritto al proprio interno prerogative e funzioni di un organo giudicante come il Gran Giurì della Pubblicità porta inevitabilmente ad affiancare quest'ultimo al Giudice Ordinario in un parallelo che, certamente, non mancherà di produrre spunti di riflessione ed interrogativi ma che, non certo per questo motivo almeno, appare seriamente negabile, perlomeno in prima battuta.

Ed allora va osservato che tale corpo di regole nasceva in Italia nel 1966 con il *Codice di lealtà pubblicitaria* nel tentativo di rispondere ad una duplice esigenza: da un lato andare a selezionare quelle prassi virtuose che, a lungo sedimentate e in qualche modo “certificate” dal mercato, consentissero di individuare quegli standard di correttezza, lealtà ed onestà, nell'attività pubblicitaria, essenziali ad ottenere degli uniformi modelli di comportamento da parte di tutti gli operatori del settore; dall'altro di andare a colpire ed eliminare definitivamente proprio quei messaggi pubblicitari che avrebbero potuto avere effetti decettivi perlomeno in misura indiretta sui consumatori, riverberando dunque negativamente sulla capacità di autodeterminazione di questi ultimi.

Da una parte quindi la necessità di elaborare quei criteri uniformi di comportamento leale volti a regolare i rapporti di concorrenza fra imprese nel mercato; dall'altra tutelare i soggetti terzi – i consumatori - in tema di possibilità di attuare effettivamente scelte consapevoli.

Scopi dunque oltremodo meritevoli, in ambo i casi, figli di una tradizione a livello internazionale già consacrata in diverse realtà statali: quella inglese del 1890, quella statunitense cristallizzata nell'*Advertising Club of America* del 1905, fino a giungere ai primi schemi organici di direttive destinate a quelle imprese operanti nel settore pubblicitario elaborate dalla *Chambre de Commerce Internazionale* di Parigi. Ci riferiamo, per essere chiari, al *Code de Pratiques Loyales en Matière de Publicité*.

Tornando tuttavia all'esperienza italiana diremo che dopo un primo codice etico degli utenti elaborato nel 1951, arriverà nel 1966 il Codice di lealtà pubblicitaria, promanato dall'Istituto di autodisciplina pubblicitaria, associazione non riconosciuta e costituita da organismi rappresentativi delle differenti categorie di operatori pubblicitari (fra questi si citano le agenzie pubblicitarie, i mezzi di diffusione, i loro concessionari ecc.) così da supplire alla mancanza, all'epoca, di una disciplina statutale del fenomeno pubblicitario almeno fino all'emanazione del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, in attuazione della direttiva comunitaria 84/450/CEE, poi modificata dalla direttiva 97/55/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa¹³.

Il codice di autodisciplina venne poi aggiornato nel 1971 con il Nuovo codice di lealtà pubblicitaria, fino a giungere nel 1975 al Codice di autodisciplina pubblicitaria, successivamente modificato da una serie di progressivi aggiornamenti che lo hanno via via condotto alla versione attuale: la cinquantunesima edizione del 10 gennaio del 2011 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Premessi dunque questi brevi cenni introduttivi, appare importante fin d'ora fugare qualsiasi dubbio circa le intenzioni che ci animano: non tratteremo cioè in questa sede dei contenuti del Codice di autodisciplina pubblicitaria, giacché non è questo l'oggetto d'esame di tesi; piuttosto tenteremo di preoccuparci di quelli che possono essere i profili in grado di

¹³ B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statutale*, op. cit., p. 1; ed anche in G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Ed. Laterza, 2006, p. 89.

suggerire l'effettiva o meno efficacia normativa delle regole in esso contenute.

E va fin d'ora osservato che se è vero che, perlomeno in via del tutto preliminare e – aggiungiamo - apparente, la questione sembra poter essere risolta quasi con un battito di ciglia attraverso il *discrimen* dell'efficacia *erga omnes* di talché, attraverso il feticcio delle categorie classiche, il Codice di autodisciplina pubblicitaria dovrebbe essere collocato senza ombra di dubbio nel novero dei negozi di autonomia privata se non addirittura dei contratti - quindi con un'efficacia meramente *inter partes* o che comunque intercorre fra i soli soggetti aderenti al negozio - ebbene diremo fin d'ora che un tale *discrimen* rischia davvero di rivelarsi ben presto uno strumento a dir poco insufficiente e spuntato.

In tal senso sembra oltremodo opportuno riflettere, ancor prima di procedere con le definizioni, in ordine a quell'innegabile evoluzione del codice *de quo* che pare suggerire una sempre più probabile commistione di estensioni d'efficacia.

Come a dire che, nel corso degli anni, quella figura nata effettivamente come un negozio d'autonomia privata, vincolante quindi i soli soggetti aderenti, ha via via sviluppato ed acquisito un'estensione ed una consapevole, diffusa autorevolezza di settore sia in ambito disciplinare che giudiziario – arbitrale da far ritenere il proprio corpo di regole come qualcosa che davvero pare travalicare quell'efficacia del contratto tra le parti così come chiaramente prevista dall'art. 1372 c.c.¹⁴.

E a ben vedere, occorre notare fin d'ora che già la *ratio* stessa del codice fin dalla sua origine appare capace di negare un simile postulato se è vero che lo stesso nasceva per rispondere non già e non solo in tema di concorrenza leale fra imprese aderenti ma anche, perlomeno in via larvata o come abbiamo osservato *supra* in via indiretta, a quella collettività di consumatori che da quell'alterato gioco concorrenziale poteva patire danni

¹⁴ Sembra di quest'idea N. LIPARI. Si veda a questo proposito N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, op. cit., p. 169.

in ordine alla propria capacità autodeterminativa in materia di scelte dei prodotti da acquistare.

Tutto ciò per dire dunque che le osservazioni che svolgeremo in ordine ai profili contenutistici del codice dovranno inevitabilmente essere lette in un'ottica specifica. Quella, cioè, di andare a comprendere in quale misura il corpo di regole in esame possa suggerire elementi utili, indici effettivi in grado di consentirne una possibile qualificazione: come contratto ovvero come codice di norme giuridiche. Andremo, a tale proposito, a individuare in primo luogo quegli specifici istituti, previsti dal codice di autodisciplina pubblicitaria che ben possano suggerire un'ipotesi ricostruttiva in luogo dell'altra.

Alludiamo, più specificamente, alle figure della clausola di adesione, del provvedimento pronunciato dal Giurì della pubblicità e delle sanzioni da questo applicate in sede di pronuncia.

Prima di far questo tuttavia, allo scopo di dare maggior organicità e chiarezza all'esposizione, occorre dare per sommi capi le coordinate essenziali che consentano di individuare la struttura dell'attuale Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

1.2 Riflessioni “in superficie” e struttura essenziale del nuovo Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Diciamo allora che dall'inizio del 2008 l'Italia può contare su una versione del codice di autodisciplina per regolare la comunicazione pubblicitaria completamente nuova. La revisione, negli anni, è stata profonda come in effetti denuncia la stessa dicitura utilizzata: non si parla più semplicemente di codice della “pubblicità” ma di “codice della comunicazione commerciale”. L'intenzione è quella di rivendicare ed estendere la regolamentazione alle più diverse forme di marketing, da quello classico a quello evoluto. Le modifiche introdotte con l'aggiornamento del codice non riguardano le sole questioni terminologiche, che pure hanno una loro

importanza e riprendono evidentemente formule di chiara matrice comunitaria, ma ineriscono invece fin dall'inizio all'ambito di applicazione e ai meccanismi di tutela che si estendono nella loro portata per seguire l'evoluzione che spinge il marketing ad occupare ogni spazio raggiungibile della nostra vita.

Se in passato la pubblicità conosceva specifici canali quali affissioni, pagine di riviste e giornali, comunicati radiofonici e spot televisivi, oggi è del tutto evidente che la comunicazione commerciale amplia fortemente il proprio raggio d'azione e i canali espressamente strutturati e previsti vanno mutando e amplificandosi nel numero al punto che si assiste quasi ad un'inversione del rapporto, giacché è la pubblicità stessa a crearne di nuovi.

Quindi da un lato un simile contesto suggeriva inevitabilmente un mutamento dell'impostazione delle regole dell'autodisciplina, dall'altro una tale riorganizzazione delle disposizioni risultava perlomeno auspicabile anche e soprattutto alla luce dell'avvenuto recepimento della nuova disciplina comunitaria in materia di pratiche commerciali sleali che vieta alcune condotte molto frequenti nella comunicazione commerciale. Era quindi urgente procedere ad un allineamento del Codice di autodisciplina pubblicitaria per evitare che diventasse meno efficace alla luce del nuovo panorama normativo. A tale riguardo va tenuto presente che oggi, la legge italiana considera sanzionabile ogni comportamento che scorrettamente e significativamente possa alterare la capacità di giudizio del consumatore, portandolo a una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Lo Stato, attraverso il Garante per la concorrenza ed il mercato, può applicare sanzioni amministrative a carico dei trasgressori, che possono raggiungere i 500.000 euro. Di fronte a questa evoluzione l'Istituto per l'autodisciplina pubblicitaria non poteva restare indifferente.

Ciò detto, tuttavia, le novità dell'attuale edizione del codice – che riflettono in sostanza quelle introdotte con l'edizione del 2008 - sembrano attenere

proprio alla parte introduttiva in ordine alla definizione di comunicazione commerciale e all'ulteriore esplicitazione della nozione di consumatore.

In apertura, infatti, con le lettere da a) ad e), il codice detta una serie di norme preliminari e generali volte ad individuare finalità, soggetti vincolati, obblighi degli enti firmatari, caratteristiche della clausola d'accettazione e definizioni principali fra cui quella di comunicazione commerciale, termine che ricomprende in sé "la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI". La definizione di comunicazione commerciale non "copre" invece le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate, e la distribuzione a scopo didattico di materiale promozionale quando richiesto dagli Istituti scolastici pubblici o privati e l'uso avvenga sotto il controllo del personale docente.

Tuttavia è indubbio che una simile nuova nozione determini un ampliamento dell'ambito di applicazione a livello oggettivo della materia suscettibile di disciplina da parte del codice con il che la sostituzione del termine pubblicità con quello di comunicazione commerciale non pare risolversi in una questione di nomenclatura ma piuttosto introduce una nozione certamente più ampia che ricomprende in sé non soltanto l'*advertising* classico, ma anche tutte le forme di comunicazione attraverso le quali le imprese promuovono i propri prodotti. L'allargamento della competenza ha portato inevitabilmente l'autodisciplina a confrontarsi sia con nuovi operatori e strumenti di comunicazione, meno univocamente misurabili e codificabili rispetto ai media tradizionali, focalizzando sempre la propria attenzione sul fatto che questi osservino il pieno rispetto del consumatore e dei concorrenti leali. È il caso, giusto per fare qualche esempio, delle promozioni, del *direct marketing*, dei nuovi media.

A questa definizione, certamente di più ampia portata rispetto al passato, si affiancano quelle di prodotto, messaggio e quella del tutto nuova nella sua maggior esplicitazione di consumatore da intendersi come ogni

soggetto - persona fisica o giuridica come pure ente collettivo - cui sia indirizzata la comunicazione commerciale o che sia suscettibile di riceverla.

Dopo questa prima parte introduttiva, così novellata, incontriamo quarantasei articoli, suddivisi in sei titoli, dedicati rispettivamente a regole di comportamento (Titolo I, artt. 1-16), norme particolari dettate per sistemi di vendita (Titolo II, lett. A, artt. 17-21) e specifici settori merceologici (Titolo II, lett. B, artt. 22-28 *bis*), disposizioni che definiscono gli organi dell'autodisciplina con loro composizione e funzionamento (Titolo III, artt. 29-35), norme di carattere procedurale e sanzioni (Titolo IV, artt. 36-42), tutela della creatività (Titolo V, artt. 43-45) e comunicazione sociale (Titolo VI, art. 46).

Una disciplina oltremodo ampia e completa, dunque, che non solo è andata a sviluppare una propria architettura organizzativa - si pensi ad esempio alle differenti modalità di adesione al codice di cui parleremo *infra*, alle regole comportamentali e all'istituzione di organi interni come il Giurì preposto a svolgere funzioni a carattere decisorio volte a dirimere le controversie con provvedimenti immediatamente vincolanti ed il Comitato di controllo, organo garante degli interessi generali dei consumatori – ma anche in grado di recepire le più recenti sollecitazioni comunitarie: valga per tutte l'introduzione del concetto di “consumatore medio”¹⁵ all'art. 2,

¹⁵ Per quel che concerne il concetto di “consumatore medio” va anzitutto osservato che con tale espressione la direttiva comunitaria si riferisce ex art. 2, comma 1, lett. b) al “consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”. A questo proposito la Commissione nella relazione illustrativa della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio Relativa alle Pratiche Commerciali Sleali tra Imprese e Consumatori nel Mercato Interno, COM (2003) 356 def. si premura di specificare che “questo criterio, che è un'espressione del principio di proporzionalità, si applica quando una pratica commerciale sleale si rivolge o raggiunge la maggior parte dei consumatori. Esso subisce un adattamento qualora una pratica commerciale si rivolga specificamente ad un determinato gruppo (ad es. minori); in tal caso come consumatore di riferimento viene considerato un esponente medio di quel gruppo. La previsione di tale criterio chiarirà il parametro che i tribunali nazionali devono applicare e ridurrà considerevolmente la possibilità di valutazioni divergenti all'interno dell'UE di pratiche tra loro simili, ed al contempo consentirà di tener conto delle rilevanti caratteristiche sociali, culturali o linguistiche dei gruppi destinatari di una determinata pratica, così come contemplato dalla Corte”. Qualora si intendesse approfondire il tema si suggerisce fin

definito per la prima volta dalla nuova disciplina dettata dalla direttiva 2005/29/CE poi recepita dai decreti legislativi 145 e 146 del 2007, e assunto immediatamente, nella nuova edizione del codice di autodisciplina, quale parametro di valutazione dell'ingannevolezza della comunicazione commerciale così come previsto dall'art. 2 del codice.

Ma le novità non terminano qui, evidentemente.

Oltre agli aspetti che attengono alla disciplina più direttamente riferita al consumatore, che vede estendere la sua tutela in tutte le forme di comunicazione commerciale, vi sono aspetti nuovi che vanno ad incidere anche la regolazione di settore dei professionisti della comunicazione. In tal senso, ad esempio, il nuovo codice amplia notevolmente la tutela della creatività. Il primo comma dell'art. 13 CAP sanciva che "Deve essere evitata qualsiasi imitazione pubblicitaria servile anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con altra pubblicità". Il nuovo testo dell'art. 13 dispone, invece: "Deve essere evitata qualsiasi imitazione servile della comunicazione commerciale altrui anche se relativa a prodotti non concorrenti, specie se idonea a creare confusione con l'altrui comunicazione commerciale". Se prima quindi oggetto principe di tutela dalle imitazioni era sostanzialmente la campagna pubblicitaria o comunque la pubblicità sui mezzi classici, ora anche il meccanismo di un concorso a premio, una forma innovativa di marketing diretto, un evento volto alla promozione di un prodotto e di un servizio trovano protezione in sede autodisciplinare.

In ugual misura viene ampliata la protezione delle idee creative e di quei meccanismi che consentono di approntare un'efficace campagna promozionale. In precedenza l'art. 43 del codice faceva riferimento ai soli "Progetti pubblicitari". Oggi lo stesso articolo parla di "Progetti creativi", ampliando dunque il raggio di azione ad un settore che prima non era

d'ora la lettura di A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI – L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quad. di Giur. Comm. N. 300/2007, pp. 141-165.

certamente incluso. Si pensi all'ideazione di un progetto, nel quale si inseriscano molteplici azioni di comunicazione, che comprendano anche, ad esempio, eventi o promozioni.

Quasi naturalmente discendono ulteriori rilievi. Mentre nell'edizione ante 2008 risultavano oggetto di tutela, attraverso il deposito presso lo I.A.P., i soli progetti pubblicitari (quindi le campagne vere e proprie), oggi le agenzie possono depositare, ai sensi dell' art. 43, nuovo testo, anche il progetto relativo ai meccanismi di ideazione e realizzazione di una manifestazione a premio o un'iniziativa di direct marketing. Ovviamente per poter godere di questa protezione è necessario che il progetto creativo presenti i caratteri della novità e dell'originalità.

Queste dunque le principali novità introdotte nella nuova versione del Codice di autodisciplina, novità che da un lato sono volte a determinare un riallineamento del codice con le più recenti evoluzioni normative sia in ambito comunitario che, di riverbero, nazionale e che dall'altro però dilatano inevitabilmente i confini applicativi dell'autodisciplina, della quale – come abbiamo già osservato *supra* – è proprio la stessa normativa comunitaria a sottolineare l'importante ruolo regolativo.

Ne consegue, come dicevamo, che va perlomeno registrata, a livello di tendenza, un'espansione in tema di materia disciplinata dal codice che inevitabilmente porta ad un primo profilo di dilatazione anche in capo alle categorie di soggetti che possono vedere la propria attività regolata dalle sue disposizioni.

1.3 L'adesione al codice di autodisciplina pubblicitaria.

Come definito dalla lettera b) delle norme preliminari e generali il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, già Codice di autodisciplina pubblicitaria, è vincolante “per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria

associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di cui al punto d), finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale", contratto che viene altresì definito di inserzione.

Le modalità di adesione, che definiremo istituzionali, al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale possono quindi essere ricondotte in concreto a due tipi di categorie: l'adesione per via associativa ovvero l'adesione attraverso la stipulazione di un contratto di pubblicità contenente la clausola di accettazione.

La prima, in particolar modo, è quella che riguarda gli enti firmatari del Codice, i quali si obbligano ad osservare le delibere associative e lo statuto che adotta espressamente il Codice per la disciplina dell'attività di comunicazione commerciale.

Gli enti firmatari si impegnano altresì a far accettare e osservare dai loro associati le norme del Codice da loro stessi formulate, ed inoltre, a diffondere la conoscenza delle decisioni autodisciplinari, nonché ad adottare adeguati provvedimenti nei confronti degli associati che non si attengano ad esse.

Per meglio assicurare l'osservanza delle disposizioni e delle decisioni del Giurì, gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ogni soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice e delle decisioni del Giurì, nonché delle ingiunzioni del Comitato di controllo divenute definitive.

Da qui la definizione di contratto di inserzione di clausola di accettazione di cui si dava conto *supra*.

In forza di detta clausola di accettazione del Codice, inserita nei contratti standard di inserzione, anche la comunicazione commerciale dell'utente, dell'agenzia o del professionista che non appartengano alle associazioni di cui sopra è soggetta al Codice.

Il che lascia già intuire fin d'ora come, pur trattandosi di una disciplina volontaria, all'autodisciplina sia soggetta la larga generalità della comunicazione commerciale italiana.

Si attua in buona sostanza una sorta di disciplina a cascata, di talché oltre che nei confronti dei soggetti firmatari del Codice - quindi direttamente associati - quest'ultimo divenga vincolante anche rispetto a tutti coloro che quelle norme le abbiano di fatto recepite sulla base della clausola di accettazione.

Più nel dettaglio i soggetti aderenti sono quindi gli organismi costituenti ed associati all'Istituto di autodisciplina pubblicitaria quali ad esempio le Imprese che investono nella pubblicità (U.P.A.), le organizzazioni professionali come Assocomunicazione e Federpubblicità, i mezzi di diffusione di pubblicità come Mediaset, Fieg, Rai e Sky Italia Srl fra gli altri. Risulta quindi immediatamente evidente che l'adesione all'Istituto e dunque al Codice avviene anche in via mediata per il fatto stesso di appartenere ad una delle associazioni di categoria che fanno parte dell'Istituto secondo uno schema che può riportarsi a quello delle associazioni complesse o secondarie, magari mediante clausole statutarie delle stesse associazioni che obbligano ad un espresso rispetto del Codice. Con il che si nota facilmente come attraverso una fitta rete di relazioni a carattere associativo, l'ordinamento autodisciplinare sia realmente in grado di avere una copertura capillare e pressoché completa della quasi totalità delle agenzie e dei mezzi operanti nel settore e financo di un gran numero di utenti, con ciò intendendo quegli imprenditori che commissionano la pubblicità, per mezzo della loro organizzazione: l'U.P.A. che non solo aderisce al sistema *de quo* ma, anzi, è stata addirittura fra i soggetti fondatori.

Per tutti quegli utenti della pubblicità che dovessero rimanere estranei al sistema, rimane, come detto, il meccanismo della clausola d'accettazione. I mezzi ed i soggetti aderenti al codice si obbligano infatti ad inserire nei propri contratti di pubblicità quest'ultima e così facendo le disposizioni del Codice diverranno parte integrante del regolamento negoziale intercorso con l'utente.

A fianco ai due metodi di adesione brevemente illustrati che definiremo a carattere "istituzionale" vanno poi ad aggiungersi perlomeno altre due modalità anomale e purtuttavia accolte da un orientamento giurisprudenziale consolidato del Giurì.

Alludiamo in particolare alle previsioni di cui all'art. 36 in base alle quali qualsiasi soggetto estraneo al sistema che si rivolga al Giurì ex art. 36 del Codice mostra di volersi sottoporre all'Autodisciplina attraverso una manifestazione di volontà tacita, con il che può essere convenuto in via riconvenzionale.¹⁶

La seconda ipotesi è quella del soggetto che non altrimenti vincolato accetti il contraddittorio con una propria dichiarazione durante il procedimento innanzi al Giurì.¹⁷

Ma l'ambito di applicazione soggettiva del Codice appare ancor più soggetta a dilatazioni se si riflette anche solo per un istante sugli orientamenti adottati dal Giurì in tema di adesione di gruppi di società.

Sembra quasi superfluo rilevare che, anche in questo caso, sulla scia delle modalità c.d. anomale di adesione il Giurì ha ritenuto che l'adesione alla disciplina dettata dal Codice da parte della società capogruppo determini l'estensione di quell'adesione anche alla società controllata che operi sul mercato senza una sostanziale autonomia nei confronti della controllante.¹⁸

A tutti questi casi di soggetti che in via anomala vanno soggetti all'autodisciplina del Codice andranno poi, come osservato, ad aggiungersi tutti coloro che, pur non direttamente parti, vedono nei propri confronti riverberare gli effetti positivi dei provvedimenti pronunciati dal Giurì.

Con il che già rispetto all'ambito di applicazione soggettiva delle disposizioni del Codice non v'è chi non veda come l'efficacia *erga omnes* divenga sempre più uno strumento inadeguato a distinguere, nel settore

¹⁶ Si veda in tal senso la decisione del Giurì n. 41/81.

¹⁷ *Ex multis* si suggerisce la lettura delle decisioni del Giurì n. 32/78 e n. 11/80.

¹⁸ Si veda in tal senso la decisione del Giurì n. 158/94

della pubblicità, la natura normativa da quella meramente negoziale di una previsione.

1.4 Breve analisi delle diverse tesi dottrinarie in materia di clausola di accettazione.

Alla luce di quanto fino ad ora osservato, appare opportuno condurre una breve riflessione al fine di esporre quali siano state le diverse posizioni dottrinarie ¹⁹ che si sono via via avvicinate e proposte nel tentativo di fornire una convincente ricostruzione della natura giuridica della clausola d'accettazione.

La prima che dev'essere esaminata è quella che, prendendo le mosse da una sentenza del Tribunale di Milano del 22 gennaio 1976 ²⁰ poi

¹⁹ A questo proposito si suggerisce la lettura di B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statutale*, op. cit., in particolare alle pp. 16-38 ove l'autrice affronta in modo efficace e completo l'analisi delle differenti posizioni dottrinarie che si sono alternate nella ricostruzione della natura giuridica della clausola d'accettazione.

²⁰ Ci si riferisce in tal senso all'importante sentenza del Tribunale di Milano 22 gennaio 1976 in Riv. dir. ind. 1977 p. 91 e ss. Ricordiamo in breve il fatto. Con istanza 22 dicembre 1971 la S.p.A. F.lli Fabbri Editori si era rivolta al Giurì chiedendo di esprimersi circa la rispondenza alle regole della Lealtà Pubblicitaria degli annunci diffusi dall'Armando Curcio Editore S.p.A. Con lettera del 14 febbraio 1972 la S.p.A. Curcio aveva comunicato al Giurì di non ritenere di sottoporre il proprio operato al suo esame e lo aveva invitato ad astenersi dall'emettere qualsiasi pronuncia in ordine alle sue iniziative pubblicitarie.

Proprio in esecuzione della clausola di accettazione, il Giurì aveva proceduto col dichiarare l'ingannevolezza dell'annuncio di pubblicità stampa della Curcio e il suo contrasto con gli (allora) art. 1, 3, 7, secondo i quali "la pubblicità deve essere onesta, veritiera e corretta" e "deve essere evitata la pubblicità che in qualsiasi modo possa trarre in inganno il pubblico".

Di fronte a tale decisione del Giurì, la Curcio S.p.A. si era dunque rivolta agli organi giurisdizionali dello Stato per sentire dichiarare che alla stregua dell'ordinamento giuridico positivo il Giurì non avesse il potere di pronunciarsi sulla legittimità della sua pubblicità.

Il Tribunale di Milano, competente a pronunciarsi sul caso, aveva riconosciuto che, nei limiti in cui la clausola risultava essere efficace, sussisteva la facoltà del Giurì di pronunciarsi sulla correttezza della pubblicità di Curcio, e aveva quindi dichiarato la Curcio S.p.a. responsabile di concorrenza sleale nei confronti della S.p.A. F.lli Fabbri Editori per avere in più riprese posto in essere pubblicità menzognera ed idonea ad ingannare il pubblico dei consumatori in occasioni del lancio sul mercato delle sue pubblicazioni; aveva quindi ordinato la pubblicazione della sentenza a spese e cure dell'attrice. Questi, in breve, i fatti. Tuttavia, sembra opportuno riportare almeno parte dei contenuti massimati della sentenza in esame giacché la stessa affronta una serie di differenti problematiche relative al sistema dell'autodisciplina pubblicitaria, in particolare a proposito della clausola d'accettazione si legge: "Anche nell'attuale ordinamento giuridico

confermata dal Giurì della pubblicità con propria decisione ²¹, configura la clausola di accettazione come un contratto a favore di terzi ex art. 1411 C.c.

Originata da una tesi giurisprudenziale, tale posizione ha via via trovato successive conferme nella dottrina ²² divenendo una di quelle che ad oggi gode di maggior credito.

positivo è ammissibile l'esistenza di ordinamenti privati che traggono la loro origine e la ragione della loro effettività dall'autonomia privata riconosciuta e garantita dallo Stato. Ciò avviene tutte le volte che un organismo sociale instaura nel suo interno una disciplina che contiene un ordinamento autonomo di autorità, di poteri, di norme e di sanzioni, un regolamento interno di carattere disciplinare. Tale è il caso del Codice di lealtà pubblicitaria e, per il tramite di quest'ultimo, le varie organizzazioni professionali interessate al fenomeno pubblicitario ed aventi efficacia di disciplina interna per gli associati ed accettazione del Codice stesso, costituiscono appunto un ordinamento derivato... Quando gli organismi sociali costituiti nell'ambito di un ordinamento derivato emanano una misura disciplinare che ha leso gli interessi di un terzo estraneo, il Tribunale, chiamato a giudicare sugli effetti di tale misura disciplinare, deve riconoscere legittimi quegli effetti solo in quanto possano essere anche gli effetti dell'applicazione di un negozio giuridico privato, per lo più di un contratto: nella specie gli effetti della c. d. clausola di accettazione del Codice di lealtà pubblicitaria.

Tale clausola opera in specie secondo lo schema del contratto a favore di terzi ai sensi dell'art. 1411 c.c. La soggezione ad un ordinamento privato incidente sulla liceità di determinati atti di gestione (quelli pubblicitari) della propria impresa, può formare oggetto di un atto di disposizione volontariamente posto in essere. Difatti la causa della clausola di accettazione è sicuramente atipica e richiede per essere consentita non soltanto la sua liceità, ma anche che sia volta a realizzare un interesse meritevole di tutela. Nel caso di specie, che la clausola di accettazione non sia illecita ai sensi dell'art. 1343 c.c., deriva dal fatto stesso che la tipizzazione convenzionale degli illeciti pubblicitari non si sovrappone alla disciplina statutaria, ma si iscrive in essa al fine di riempire di contenuto e di specificare il generale dettato normativo dei principi della correttezza professionale (n. 3 art. 2598 c.c.) imposti all'osservanza degli imprenditori nel compimento di ogni atto di concorrenza quivi compreso quello pubblicitario; che poi la tipizzazione convenzionale degli illeciti pubblicitari sia strumentale ad un interesse meritevole di tutela è reso evidente dal fatto che esiste l'esigenza di sottrarre gli operatori pubblicitari alla incertezza cui dà luogo ogni legislazione per principi circa l'esatta portata dei divieti riconducibili interpretativamente alla clausola generale".

²¹ Si veda in tal senso la decisione del Giurì n. 4/77.

²² Si pone senza dubbio su queste posizioni F. GALGANO, *Degli effetti del contratto, commento all'art. 1372 C.c.*, in Commentario del Codice Civile a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1993, in particolare a p. 56: "A questo proposito la sopra menzionata sentenza" - quella del Tribunale di Milano 22 gennaio 1976 - "ha fatto capo alla figura del contratto a favore di terzo: lo stipulante è il mezzo; e il suo interesse alla stipulazione è connesso alla sua posizione associativa. Promettente è l'utente; il terzo è solo determinabile al momento della stipulazione <in funzione del pregiudizio derivante dalla pubblicità oggetto del contratto>; è, in concreto, determinato quando assume la veste di denunciante una data pubblicità. Al Giurì si addice, d'altra parte, la figura <dell'organo costituito per l'attuazione del contratto>, cui fa riferimento l'art. 1332: organo costituito, nella fattispecie per eliminare nei casi controversi l'incertezza sulla rispondenza o meno dei singoli messaggi alle regole di autodisciplina, secondo la funzione propria del

Secondo questa prima tesi, dunque, si dovrebbe distinguere fra soggetti “mezzi” – tutti coloro che aderiscono per via associativa al Codice di Autodisciplina – ed estranei, i quali si sottopongono al medesimo sistema attraverso la clausola di accettazione inserita dai soggetti mezzi nei propri contratti.

In base a quanto detto, quindi, il mezzo corrisponderebbe alla figura dello stipulante; l’utente – che aderisce al Codice di Autodisciplina via clausola di accettazione – andrebbe identificato come promettente. La prestazione, che andrebbe e beneficio di un terzo indeterminato, dovrebbe essere individuata nella soggezione del contratto alla regolazione del Codice di autodisciplina con la conseguente possibilità per il terzo di invocare la giurisdizione del Giurì per ottenere tutela in relazione alla pubblicità di cui al contratto.

In altre parole, quando un soggetto terzo rispetto al Codice di autodisciplina - ad esempio un consumatore - si ritenga leso dal messaggio pubblicitario, egli può ottenere tutela sulla base di un meccanismo interno che segue lo schema del contratto a favore del terzo. Ciò avviene, in particolare, individuando, nell’imprenditore committente la pubblicità, che ha firmato il contratto contenente la clausola di accettazione, quale promettente del contratto a favore del terzo; nel creatore del mezzo pubblicitario detto appunto mezzo – aderente in via associativa al sistema del Codice di autodisciplina – lo stipulante ed infine, nel consumatore, il terzo determinato. Tale determinazione si verificherebbe al momento in cui attraverso la denuncia egli lamenta la lesività del messaggio pubblicitario innanzi al Giurì della pubblicità.

Prima di allora, il terzo sarebbe indeterminato.

Coerentemente con lo schema contrattuale applicato, il terzo denunciante potrebbe ricorrere al Giurì, in quanto organo appositamente costituito per

contratto in discorso”. Va ancora osservato che, proprio in tempi recenti, F. GALGANO sembra aver riconfermato la propria posizione, si veda ad esempio in *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., a p. 104

l'attuazione del contratto, allo scopo di ottenere l'osservanza di quelle disposizioni che formano il contenuto del contratto. Ne emerge, inevitabilmente, che sulla base di una simile tesi il Codice di autodisciplina dovrebbe correttamente individuarsi come il corrispondente regolamento contrattuale di modo che, in accordo con quanto affermato dal Tribunale di Milano nella propria sentenza: "nessuna dichiarazione del terzo è necessaria per la nascita del suo diritto verso il promettente e... il terzo acquista il diritto contro il promettente per effetto della sola stipulazione".

Il giudizio del Giurì diviene quindi proprio la prestazione dovuta nei confronti del terzo beneficiario, prestazione suscettibile di valutazione esattamente come qualsiasi altra. Detto con altre parole, il contratto a favore di terzi originato ed identificato nella clausola d'accettazione autorizza il terzo ad ottenere come prestazione l'accertamento della situazione di fatto e delle regole contrattuali (il complesso di disposizioni del Codice di Autodisciplina) da applicare ad essa.

Naturalmente, ad una simile tesi non sono state risparmiate critiche che non possono lasciare indifferenti.

Innanzitutto non pare potersi tacere che l'eventuale omissione di sottoscrizione di clausola di accettazione non ha impedito in numerose occasioni al Giurì di pronunciarsi, a tale proposito si veda *supra* quanto osservato. Quanto detto, con tutto quello che ne consegue in modo evidente in ordine alla possibilità di vincolare il soggetto terzo anche nel caso di una precisa mancanza di vincolo contrattuale fra promettente e stipulante.

E ancora, autorevole dottrina ²³ non ha mancato di osservare che nel contratto a favore di terzo le parti attribuiscono al terzo un preciso diritto

²³ V. DI CATALDO, , *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, cit., p. 115. L'autore non manca di sottolineare: "Il Tribunale di Milano, se ho visto bene, pensava che la prestazione promessa sia la soggezione del contratto al CAP, e la possibilità offerta dal CAP a chiunque di invocare la giurisdizione del Giurì in rapporto alla pubblicità di cui al contratto. A me non sembra, tuttavia, che l'assoggettamento del contratto ad una certa disciplina convenzionale abbia molto a che fare con la prestazione contrattuale. Si ritiene, infatti,

sostanziale e non già un mero vantaggio; il potere di denuncia attribuito al terzo appare ai detrattori di tale prima tesi dottrinale come un semplice interesse di fatto o, al più, una legittimazione all'azione, non già quindi un diritto soggettivo.

Non esisterebbe, quindi, una prestazione promessa dall'utente al terzo, tanto che quest'ultimo non potrebbe considerarsi in alcun modo destinatario e beneficiario di un diritto, non già perlomeno nei termini previsti dall'art. 1411 c.c.

I sostenitori di una simile critica tendono viceversa a giustificare la clausola di accettazione come fonte di rinvio. Essa avrebbe cioè l'effetto di inserire l'intera normativa del Codice di Autodisciplina, sostanziale e processuale, nel regolamento contrattuale sottoscritto. L'utente verrebbe dunque ad aderire in via occasionale e non stabile – come invece sarebbe nell'ipotesi di un'adesione associativa – all'interno della cerchia di soggetti aderenti al sistema.

Fin qui, come detto, la tesi dottrinale e relative critiche che configurano la clausola d'accettazione come un'ipotesi di contratto a favore del terzo.

Una seconda posizione dottrinale ²⁴ ritiene invece che la clausola d'accettazione rappresenti un'ipotesi di clausola d'uso.

Una tale qualificazione giuridica sarebbe deducibile secondo i sostenitori di una simile tesi dalla massiccia adesione ad essa da parte di agenzie e

che nel contratto a favore del terzo le parti attribuiscono al terzo un diritto in termini sostanziali, e non solo un generico vantaggio ...Nel caso si attribuirebbe al terzo un potere di denuncia (che sarebbe un mero interesse di fatto, e non certo un diritto soggettivo), o, al più, una sorta di legittimazione all'azione. Direi che nella specie non esiste alcuna <prestazione> promessa dall'utente ad un terzo, e che non esiste alcun terzo che possa essere considerato <destinatario> di alcunchè nei termini di cui all'art. 1411 c.c.”.

²⁴ P. AUTERI, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, cit., p. 16: “Per di più la clausola di accettazione del CAP ha assunto valore di clausola d'uso (o d'uso negoziale?) come risulta dalle più importanti raccolte di usi delle Camere di Commercio, sicché essa si intende inserita nei contratti di diffusione pubblicitaria se non risulta che essa o è stata voluta dalle parti, anche se il mezzo omettesse di inserirla nelle proprie condizioni di contratto o omettesse di dare ad essa adeguata pubblicità. Il risultato di questi meccanismi è quindi che le norme del CAP hanno assunto efficacia vincolante per tutte le imprese che intendono diffondere la loro pubblicità attraverso i mezzi e i veicoli pubblicitari più importanti”.

mezzi, di talchè essa si intenderebbe inserita nei contratti di diffusione pubblicitaria anche se il soggetto aderente in via associativa, c. d. “mezzo”, avesse omesso di inserirla nelle condizioni di contratto.

Una tale ipotesi ricostruttiva troverebbe ragione in quel sistematico inserimento della clausola d'accettazione nei contratti pubblicitari, al punto da poter essere considerata prassi contrattuale della generalità degli operatori di un dato luogo o settore economico. Lo stesso Giurì della pubblicità non ha mancato di avvallare una simile posizione ribadendo in alcune decisioni (ad esempio la n. 50/88) come la clausola d'accettazione del Codice di autodisciplina pubblicitaria costituisca clausola d'uso ritenendo che “essa debba ritenersi inserita nel contratto di inserzione pubblicitaria se non risulta non voluta dalle parti a norma dell'art. 1340 c.c. incombendo su chi contesta la competenza del Giurì d'autodisciplina l'onere di provare di escluderne l'efficacia”.

Tuttavia anche una simile tesi pare esporsi ad una serie di rilievi critici nient'affatto trascurabili.

In primo luogo, si è opportunamente osservato che gli usi negoziali trovano la propria origine in comportamenti che, certamente reiterati e generalizzati, debbono tuttavia essere caratterizzati financo da spontaneità²⁵.

Ne deriverebbe, perciò, l'impossibilità di formazione di un uso laddove vi sia obiettiva o putativa esistenza di un pregresso obbligo giuridico, sia questo di natura legale o negoziale.

Certo, quest'ultima distinzione non è di poco conto. Giacchè nel primo caso – se cioè la putativa osservanza dell'obbligo fosse di natura legale -

²⁵ Va segnalato in questo senso che la Cassazione si è pronunciata per ben due volte a Sezioni Unite stabilendo che per la costituzione degli usi negoziali o di fatto sia necessaria la reiterazione spontanea di un determinato comportamento valutabile a posteriori attraverso l'apprezzamento globale della prassi già consolidata con la conseguenza che la formazione degli usi resta esclusa in presenza di un obbligo giuridico pregresso, di fonte legale o contrattuale, incompatibile con la spontaneità della prassi, quale che sia il convincimento soggettivo in ordine all'obbligo medesimo. Si veda a questo proposito per la giurisprudenza Cass. S. U. 30 marzo 1994, n. 3134 in Foro it. 1994, I, p. 2114 e in Cass. S. U. 17 marzo 1995, n. 3101, Foro it., 1995, I, p. 1143.

si assisterebbe a quell'*opinio iuris atque necessitatis* che darebbe luogo ad un uso normativo.

Si arriverebbe dunque a veder mutare la clausola d'accettazione da clausola d'uso ad uso normativo ex art. 1374 c.c. così approdando a quella terza tesi – anch'essa peraltro accolta dal Giurì di autodisciplina pubblicitaria ²⁶ – da cui, inevitabilmente, deriverebbe l'efficacia *erga*

²⁶ A questo proposito risulta fondamentale la lettura de *Decisione del Giurì del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria 2 dicembre 1987 n. 124/87*, in Riv. dir. ind. 1988, Parte II p. 119 e ss. Il caso in questione può riassumersi per quel che riguarda i fatti come segue. In data 19 novembre 1987 la Giorgio Armani S.p.a., la Basile S.p.a., la Biagiotti Export S.p.a., la Byblos S.p.a., la Erreuno S.C.M. S.p.a., la Fendi Paola e Sorelle S.a.s., la Gianfranco Ferrè S.r.l., la Genny Moda S.p.a., la Krizia S.p.a., la Missoni S.p.a., la Moschino (Moonshadow S.r.l.), la Trussardi S.p.a., e la Gianni Versace S.p.a. presentavano ricorso sottoponendo all'esame del Giurì un annuncio a piena pagina comparso il 15 novembre 1987 sull'ultima pagina di sei quotidiani: *La Repubblica*, *Il Giornale*, *Il Messaggero*, *Il Sole 24 Ore*, *La Nazione* e *Il Resto del Carlino*. L'annuncio in questione recava superiormente in posizione di occhielli ed in piccoli caratteri, due citazioni tratte da articoli comparsi sul *Corriere della Sera* e su *Mondo Economico*: "Al quarto giorno di sfilate ci era sorto il dubbio maligno che ben poche donne morissero dalla voglia di vestire anacronistiche crinoline, impudiche minigonne, imbarazzanti trasparenze, scandalose braghetto...compratori inglesi, statunitensi, tedeschi e sudamericani ci hanno detto – per una bocca sola -: "Darling, ci domandiamo dove è andato a finire il made in Italy..." e la seconda citazione: "Un 1987 nero per l'industria italiana dell'abbigliamento: crolla la produzione, cala l'export, esplodono le importazioni. È un mito nazionale che va in crisi" (*Mondo Economico*, lunedì 12 ottobre 1987). Al di sotto delle due citazioni campeggiava in posizione centrale ed in grandi caratteri la seguente frase: "Lo stilismo milanese crolla e trascina con sé l'esportazione italiana del settore. Ma è lo stilismo milanese quello italiano?". A piè di pagina infine, in caratteri ancor maggiori, compariva il nome "Umberto Ginocchietti". Ad avviso dei ricorrenti l'annuncio in questione, da attribuirsi all'industriale dell'abbigliamento perugino Sig. Umberto Ginocchietti, titolare del Maglificio di Perugia e con negozio in Milano, contraddistinto dall'insegna "Umberto Ginocchietti", rappresentava un'iniziativa pubblicitaria gravemente scorretta, e perciò in contrasto con l'articolo 1 del CAP, ed aveva inoltre contenuto denigratorio, ponendosi così in contrasto anche con l'art. 14 dello stesso Codice. Il Sig. Umberto Ginocchietti ed il Maglificio di Perugia S.p.a. depositavano memoria difensiva il 27 novembre 1987 con la quale eccepivano fra l'altro in via pregiudiziale l'incompetenza del Giurì dichiarando di non aver mai accettato né direttamente né indirettamente, il Codice di Autodisciplina e di non far parte di alcuna associazione od ente che avesse accettato quel Codice e, infine, di non aver mai sottoscritto alcuna clausola, in contratti di pubblicità, riferentesi alla accettazione del Codice stesso. Ed è dunque questa la parte del caso in esame che rileva al fine di quanto stiamo esaminando. Riesce ancor più interessante a questo proposito riflettere sui motivi adottati dal Giurì proprio in ordine ad una tale questione, indipendentemente dalla conclusione della controversia che – sia detto per inciso – vedrà comunque il Giurì dichiarare la pubblicità in contrasto con gli articoli 1 e 14 del CAP. Comunque con particolare riferimento alla questione pregiudiziale il Giurì avrà modo di osservare quel che segue.

"...E dopo oltre vent'anni di funzionamento generalizzato del sistema di Autodisciplina, fondamentalmente basato sull'inserimento delle clausole di cui si tratta nei contratti di

omnes delle disposizioni autodisciplinari. Queste ultime riprenderebbero allora la natura di ogni altra norma di legge e obbligherebbero alla propria osservanza chiunque sia parte di un negozio pubblicitario indipendentemente dalla propria volontà e, ancor più, dalla conoscenza del sistema stesso.

Tuttavia, laddove la putativa esistenza di un pregresso obbligo giuridico, dovesse invece essere di natura negoziale, si ricadrebbe nell'ipotesi del mero fatto giuridico ed in questo senso, dunque, la volontà delle parti non risulterebbe in alcun modo rilevante se non nella sua dimensione negativa laddove, successivamente, giungesse a negare od impedire l'inserzione della clausola di adesione nel contratto.

Detto altrimenti, se si ricade nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1340 c.c. dovremo ricordare che l'uso negoziale concorre a precisare il contenuto del contratto solo in quanto si possa presumere la sua rispondenza alla volontà delle parti. Pertanto, l'inserimento della clausola d'uso non si realizzerebbe tutte le volte in cui le parti possano provare che la stessa sia stata esclusa consapevolmente dal regolamento negoziale concordato.

pubblicità, è chiaro che nessun utente pubblicitario potrebbe ignorarne l'esistenza se non in caso di negligenza gravissima. Nella specie, poi, una simile ignoranza non è sicuramente ipotizzabile dato che i resistenti hanno stipulato ben sei contratti di pubblicità per pubblicare il loro annuncio su sei quotidiani, ed in ognuno di questi contratti la clausola di adesione all'Autodisciplina era contenuta. D'altra parte dopo oltre vent'anni appunto di vita degli istituti dell'Autodisciplina pubblicitaria, e con la larga eco che questi hanno avuto attraverso stampa, convegni, resoconti e studi nel mondo degli utenti oltre che degli addetti della pubblicità; e dopo che per oltre vent'anni, praticamente in tutti i contratti pubblicitari vengono inserite clausole sostanzialmente uniformi di accettazione del sistema di Autodisciplina, ben può dirsi che tale accettazione abbia assunto il carattere di norma contrattuale consuetudinaria, e che perciò ogni contratto pubblicitario oggi stipulato, ancorché in ipotesi oggi non la contenga espressamente, comporti tale accettazione ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., per il quale <il contratto obbliga le parti...anche a tutte le conseguenze che ne derivano ... secondo gli usi>. In tal senso si veda ancora il commento alla decisione in esame a firma di A. CALISSE, *Decisione del Giuri del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria 2 dicembre 1987 n. 124/87*, in Riv. dir. ind. 1988, Parte II p. 123: "Nel ritenere la propria giurisdizione nel caso in esame, il Giuri si è spinto ancora oltre, affermando che tale accettazione abbia assunto (dopo vent'anni di vita degli istituti dell'autodisciplina pubblicitaria) il carattere di norma contrattuale consuetudinaria, e che perciò ogni contratto pubblicitario oggi stipulato, ancorché in ipotesi non la contenga espressamente, comporti tale accettazione ai sensi dell'art. 1374 c.c....inoltre tramite la riflessione sull'art. 1374 c.c. si propone l'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria addirittura tra le fonti di produzione normativa".

Va anche detto che la tesi che accoglie la configurabilità della clausola di adesione come uso normativo si espone alle condivisibili perplessità²⁷ in base alle quali nelle materie regolate dalla legge (cui può certamente ascrivere la pubblicità commerciale) l'efficacia dell'uso normativo viene limitata ai soli casi in cui esso venga espressamente richiamato da una norma, nel senso che quest'ultima vi faccia specifico rinvio. Nel caso di specie un tale rinvio semplicemente non esiste.

Viceversa, la natura di clausola d'uso, meglio di uso negoziale della clausola di adesione, di fatto nulla aggiunge a quanto già sapevamo e perciò confermerebbe le caratteristiche negoziali individuate da quanti vedono il sistema di Autodisciplina pubblicitaria come contratto fra le parti. Ciò detto, alla luce di quanto osservato fino ad ora in tema di configurabilità della clausola di adesione come contratto a favore del terzo, clausola d'uso od ancora uso normativo, sembra di potersi concludere come segue, e cioè che nessuna delle presenti posizioni dottrinarie pare riuscire ad escludere l'altra e tutte insieme contribuiscono in effetti a mantenere quello stato di incertezza che avevamo già maturato in occasione del tentativo di comprendere se al Codice di autodisciplina dovesse riconoscersi efficacia *erga omnes* ovvero *inter partes*. Un tentativo destinato dunque al naufragio come in effetti pare essere quello legato all'individuazione della natura della clausola di adesione che, a seconda di come viene configurata, risulta in grado di attribuire al corpo di regole in esame natura contrattuale o normativa a seconda che si opti per la ricostruzione del contratto a favore di terzi o della clausola d'uso ovvero della consuetudine od uso normativo.

Peggio ancora, è lo stesso Giurì di autodisciplina a riflettere con le proprie decisioni le incertezze della dottrina di modo che, mano a mano che si procede nell'analisi, la questione della natura giuridica dell'autodisciplina appare sempre più lontana dal giungere ad una soluzione certa.

²⁷ V. DI CATALDO, *op. prec. cit.*, p. 120

Sulla base di quanto detto appare allora tanto più urgente e improcrastinabile l'analisi del procedimento innanzi al Giurì di autodisciplina al fine di comprendere se dal funzionamento dello stesso, dalle sue caratteristiche e dalle diverse tesi che si sono via via avvicinate per provare a tratteggiare la sua natura sia possibile desumere quelle certezze che fino ad ora ci sono venute completamente a mancare.

1.5 Autodisciplina e risoluzione delle controversie: il procedimento innanzi al Giurì.

Gli articoli dal 29 al 35 (Titolo III) del Codice definiscono composizione e funzionamento degli organi dell'autodisciplina. Viceversa il Titolo IV, agli artt. 36 – 42 disciplina le norme procedurali e le relative sanzioni.

Brevemente diremo quindi che due sono gli organi principali dell'autodisciplina: il Comitato di controllo e il Giurì di autodisciplina.

Il primo, su segnalazione dei consumatori, delle loro associazioni, o attraverso il monitoraggio svolto dai propri componenti e dalla segreteria dell'Istituto, sottopone al Giurì la comunicazione commerciale che venga ritenuta non conforme alle norme del Codice che tutelano il consumatore; può invitare a modificare la comunicazione commerciale che dovesse ritenere non conforme al Codice; emette ingiunzioni di desistenza nei confronti di comunicazioni commerciali manifestamente contrarie a norme del Codice; e infine, ove richiesto della parte interessata, esprime in via preventiva il proprio parere su comunicazioni commerciali non ancora diffuse.

Per quel che invece riguarda il Giurì, esso esamina la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta – dal Comitato o da aziende – e si pronuncia su di essa secondo il Codice, con decisione definitiva.

Qualora la decisione dovesse stabilire che la comunicazione commerciale è contraria al Codice, ordina agli interessati di desistere immediatamente

dalla sua diffusione ed i mezzi sono tenuti a osservare la sua decisione; inoltre può ordinare la pubblicazione per estratto della pronuncia; in caso di inosservanza della decisione, il Giurì dispone che se ne dia notizia al pubblico.

I membri del Giurì e del Comitato di Controllo, indipendenti dal mondo della comunicazione commerciale, svolgono le loro funzioni secondo il proprio convincimento e non in rappresentanza di interessi di categoria.

Il Giurì e il Comitato esplicano le loro funzioni senza formalità, fatto salvo quanto disposto dallo stesso Codice.

Fin qui, brevemente, le principali funzioni del Comitato di Controllo e del Giurì di Autodisciplina.

Per quel che concerne invece il procedimento innanzi al Giurì diremo quel che segue.

Anzitutto, ricorderemo che chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività di comunicazione commerciale che siano contrarie al Codice di Autodisciplina è legittimato a richiedere l'intervento del Giurì nei confronti di quel soggetto che abbia accettato la disciplina del Codice stesso - attraverso una qualsiasi delle modalità indicate *supra* e che corrispondono a quelle previste dalle norme preliminari e generali - ed abbia posto in essere l'attività assunta come pregiudizievole da parte del soggetto richiedente l'intervento del Giurì.

La parte interessata dovrà presentare un'istanza scritta avendo cura di indicare la comunicazione commerciale che intende sottoporre all'esame del Giurì, esponendo le ragioni dedotte a fondamento della propria richiesta ed allegando la documentazione probatoria a supporto della propria tesi.

I singoli consumatori e le loro associazioni, potranno altresì segnalare gratuitamente al Comitato di controllo la comunicazione commerciale ritenuta non conforme alle norme poste a tutela degli interessi generali del pubblico.

Una volta ricevuta l'istanza il Giurì, nella figura del presidente nomina fra i propri membri un relatore, ed un eventuale consulente tecnico che abbia particolare esperienza nella materia che costituisce oggetto del contendere, disponendo quindi la comunicazione degli atti alle parti interessate ed assegnando loro un termine, non inferiore ad otto e non superiore a dodici giorni liberi lavorativi, affinché esse provvedano al deposito delle rispettive deduzioni ed eventuali produzioni documentali.

Il Giurì convoca quindi avanti a sé le parti entro il termine più breve possibile per la discussione orale che verterà in modo particolare su quegli aspetti della controversia che non abbiano trovato posto nella trattazione scritta.

Nei casi in cui la comunicazione commerciale oggetto d'istanza consista in una comparazione diretta o riguardi un'offerta promozionale di durata pari o inferiore ai trenta giorni i termini indicati sono ancor più brevi. Infatti, su richiesta dell'istante, i termini per il deposito di deduzioni e documenti e per l'udienza di discussione avanti il Giurì corrispondono rispettivamente, salvo casi eccezionali, ad otto e non oltre i dieci giorni liberi lavorativi dalla presentazione dell'istanza.

Alla discussione partecipa un rappresentante del Comitato di Controllo appositamente delegato e, qualora necessario, il consulente tecnico eventualmente e preventivamente designato. La discussione non potrà essere rinviata se non per casi eccezionali o accordo delle parti, si aggiunga che avanti al Giurì le parti possono farsi assistere e rappresentare da legali e consulenti.

Nei procedimenti ad istanza di parte, il Presidente del Giurì può richiedere al Comitato parere consultivo scritto, stabilendo il termine per il deposito.

Terminata la discussione, il Giurì potrà ritenere la pratica sufficientemente istruita e potrà procedere con la pronuncia della propria decisione; ovvero ritenere necessaria l'acquisizione di ulteriori elementi di prova rimettendo gli atti al relatore che provvederà al più presto e senza formalità all'assunzione degli atti istruttori ritenuti necessari, esauriti i quali restituirà

gli atti al Giurì per l'ulteriore corso del procedimento; o infine, qualora durante il procedimento siano emersi elementi tali da fare ritenere la sussistenza di violazioni non previste nell'istanza in esame, le accerterà, le contesterà, e dichiarerà d'ufficio, salva la necessità di disporre la relativa istruttoria.

In qualsiasi momento del procedimento il Giurì potrà chiedere, senza formalità, al Comitato di Controllo pareri su qualsiasi questione.

Al termine della discussione, il Giurì che abbia ritenuto la pratica sufficientemente istruita o abbia già disposto le ulteriori acquisizioni e accertato, contestato e dichiarato d'ufficio le eventuali ed ulteriori violazioni non previste nell'istanza, si ritira in camera di consiglio ed invita il consulente tecnico, ove necessario, a partecipare senza diritto di voto.

Emessa la decisione, il Giurì comunica immediatamente il dispositivo alle parti, quest'ultimo, ove opportuno, fornisce precisazioni sugli elementi riprovati.

Quando la decisione stabilisce che la comunicazione commerciale esaminata non è conforme alle norme del Codice di autodisciplina, il Giurì dispone che le parti interessate desistano dalla stessa, nei termini indicati dall'apposito Regolamento autodisciplinare. Nel più breve termine il Giurì deposita la pronuncia presso la Segreteria che ne trasmette copia alle parti e agli enti interessati.

Le decisioni del Giurì sono definitive e vengono pubblicate nel sito internet e nella banca dati dell'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria con i nomi delle parti cui si riferiscono. Il Giurì può disporre che di singole decisioni sia data notizia al pubblico, per estratto, a cura dell'Istituto, anche con i nomi delle parti nei modi e sugli organi di informazione ritenuti opportuni. Le parti nei cui confronti la decisione è stata pronunciata devono astenersi da ogni utilizzazione della decisione medesima per fini commerciali.

I mezzi attraverso i quali viene divulgata la comunicazione commerciale che direttamente o tramite le proprie associazioni hanno accettato il

Codice di autodisciplina, ancorché non siano stati parte nel procedimento avanti al Giurì, sono tenuti ad osservarne le decisioni.

I destinatari tenuti ad uniformarsi alle decisioni del Giurì i quali non vi si attengano nei tempi previsti dall'apposito regolamento, possono vedere reiterato dal Giurì l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata e disposta la notizia al pubblico dell'inottemperanza, attraverso organi di informazione indicati, a cura dell'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria.

Fin qui, dunque, il procedimento e le sanzioni conseguenti. Ciò detto, va però condotta una necessaria riflessione in ordine a quali figure possa essere ricondotto un procedimento come quello indicato anche al fine di individuare in modo più chiaro, se possibile, quelle caratteristiche che possano giovare ad una miglior comprensione della natura giuridica delle disposizioni del Codice di autodisciplina.

Vediamo allora a quali sistemi procedurali la dottrina ha ritenuto di poter ricondurre il procedimento innanzi al Giurì.

1.6 Ipotesi interpretative della dottrina sulla natura del procedimento innanzi al Giurì: l'impossibile parallelismo con l'arbitraggio, la perizia tecnica e l'arbitrato.

Come ha sostenuto correttamente qualcuno ²⁸ l'Autodisciplina della comunicazione commerciale costituisce fenomeno di autoregolamentazione privata che tende alla creazione di una struttura completa e autosufficiente. Ciò avviene anche attraverso un'autonoma articolazione giustiziale. Naturalmente da una tale premessa parrebbe potersi sostenere *de plano* la natura negoziale del Codice di autodisciplina. Fino ad ora abbiamo tuttavia dovuto verificare che una simile affermazione, per certi aspetti pur condivisibile, accusa una serie di incertezze che lascerebbero intravedere financo la possibilità di

²⁸ B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statale*, op. cit., p. 41.

considerare almeno in linea teorica che un fenomeno di autoregolamentazione privata potrebbe aver assunto nel tempo un'efficacia *erga omnes* o perlomeno non pacificamente limitata a quella tipica di un'efficacia negoziale quale è quella *inter partes*. Le incertezze non sono venute meno laddove si è ragionato in tema di natura giuridica della clausola di adesione inserita nei contratti di diffusione pubblicitaria se è vero che la dottrina – e la stessa giurisprudenza del Giurì – hanno ammesso sia ipotesi ricostruttive in grado di avvallare la tesi negoziale del contratto a favore del terzo o della clausola d'uso sia quella normativa della clausola d'accettazione come uso normativo.

Fino a questo momento, dunque, quel paventato sistema privato di produzione normativa, di cui alla parte introduttiva della presente tesi, è ben lungi dall'essere stato escluso in tema di comunicazione commerciale, precedentemente definita pubblicità.

Con il che, ci riproponiamo ora di individuare le possibili ipotesi interpretative formulate dalla dottrina sulla natura del procedimento innanzi al Giurì, anche al fine di comprendere se una simile indagine possa fornire elementi utili, volti a consentire la soluzione del problema *de quo*, perlomeno in relazione al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Va detto anzitutto che la dottrina pare aver escluso fin dall'inizio qualsiasi possibilità di ricondurre il sistema di autodisciplina a quello dell'arbitraggio. Ed in effetti soccorre in tal senso il dettato normativo dell'art. 1349 c.c. il quale prevede che le parti contrattuali, in sede di conclusione del contratto, deferiscano ad un terzo arbitratore mandato a determinare la prestazione dedotta in contratto o comunque ad integrare un elemento negoziale.

In altre parole, nell'arbitraggio le parti conferiscono al terzo arbitratore il preciso incarico di determinare uno egli elementi del negozio ancora in via di formazione e dunque non perfezionato proprio per la mancanza di quell'elemento. Manca quindi nell'ipotesi descritta dall'art. 1349 c.c. il

contenuto decisorio su di una questione controversa. Non v'è cioè un rapporto giuridico perfetto ma piuttosto in via di perfezionamento di modo che l'arbitratore non dirime affatto un conflitto ma si limita a concorrere alla formazione del contenuto negoziale mediante una determinazione che le parti si impegnano ad assumere come propria ²⁹.

La clausola di arbitraggio allora viene inserita nel negozio incompleto in uno dei suoi elementi, di talché le parti demandano ad un terzo la determinazione della prestazione impegnandosi ad accettarla. Diverso è invece quanto avviene nel sistema dell'Autodisciplina della Comunicazione Commerciale ove è assolutamente pacifico che, prima dell'intervento del Giurì, il contratto è già perfetto, trattandosi, invece, della composizione di un conflitto in ordine alla violazione del Codice di Autodisciplina. In questo senso, invece, un possibile parallelismo potrebbe individuarsi rispetto alla perizia contrattuale che ricorre ogniqualvolta le parti deferiscano ad uno o più soggetti - scelti per la loro competenza tecnica - il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. Tuttavia, anche ad ammettersi l'autonomia di tale figura, non pare di potersi concludere per la riconducibilità della stessa all'Autodisciplina, giacché quest'ultima presuppone una controversia da risolvere e, inoltre, si precisa che il Giurì non si limita ad effettuare un apprezzamento tecnico di correttezza o scorrettezza del messaggio pubblicitario ma piuttosto pone in essere un vero e proprio giudizio in relazione all'applicazione del Codice ad un caso controverso.

Ma se appare, per quanto andiamo sostenendo, abbastanza pacifica la non riconducibilità del giudizio del Giurì alle figure della perizia contrattuale e dell'arbitraggio, ancor più agevole si dimostra allora l'indagine volta a confermare o meno un possibile parallelismo con la figura dell'arbitrato.

²⁹ B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statale*, op. cit., p. 42.

Una simile affermazione trova infatti ragione nella recente istituzione ad opera dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria della Camera di conciliazione e di arbitrato costituita al fine di offrire agli operatori del diritto e a quelli della comunicazione un ulteriore servizio che affianca, senza interferenze, l'attività svolta, dal Giurì e dal Comitato di controllo in merito alla correttezza dei messaggi pubblicitari.

Il Consiglio direttivo dell'istituto ha, infatti, deliberato di dare vita a una struttura "specialistica" che provveda alla gestione e all'amministrazione di procedimenti arbitrali e di conciliazione, in base ad appositi Regolamenti, per la soluzione di controversie attinenti al mondo della comunicazione in senso ampio.

Caratteristica peculiare della nuova istituzione è la predisposizione di un elenco di conciliatori e di arbitri all'interno del quale dovranno essere individuate le figure dell'arbitro unico ovvero del presidente del collegio arbitrale, o del conciliatore. L'arbitrato amministrato dall'Istituto verrà attivato dalle parti che lo desiderano mediante un esplicito richiamo in tal senso nei contratti attraverso la clausola compromissoria, oppure per mezzo di un compromesso stipulato successivamente all'insorgere della lite.

Immedie quindi le conclusioni che se ne possono dedurre: se l'Istituto ha ritenuto di affiancare al giudizio del Giurì un'autonoma e differente procedura arbitrale, allora appare ancor più difficile proporre quel parallelismo che parte della dottrina aveva tentato di condurre fra procedimento innanzi al Giurì e arbitrato. Anzi, sembra di poter dire che una scelta di tale natura avvalli l'ipotesi di un'ulteriore presa di posizione da parte dell'Istituto di autodisciplina nel ritagliarsi uno spazio di autonomia ancor più ampio rispetto a quello della giurisdizione statale ordinaria ovvero del giudizio innanzi all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

Ma allora, per quanto fino ad ora osservato, non può sfuggire la ribadita volontà di autonomia dell'ordinamento autodisciplinare rispetto a quello

statuale e dunque della funzione giurisdizionale assegnata al procedimento innanzi al Giurì che tuttavia va letta non già in modo isolato ma come indice ulteriore di quella più ampia riflessione che si sta tentando di condurre in ordine alla natura giuridica del Codice e dunque del Sistema di Autodisciplina pubblicitaria ora di comunicazione commerciale.

E del resto non potrebbe che essere così, se è vero che la causa del contratto di autodisciplina non pare esaurirsi alla luce di quanto fino ad ora osservato nella mera sostituzione di un giudice privato a quello competente nell'ordinamento statale – elemento questo che caratterizza invece la procedura arbitrale – ma piuttosto si estende alla sostituzione di un potere privato di autonomia a quel potere statale giurisdizionale e di eteronoma regolamentazione della materia che ne forma il contenuto.

Non a caso l'Istituto di autodisciplina pubblicitaria ha sviluppato un proprio procedimento arbitrale - che va appunto a sostituire quello giurisdizionale innanzi al Giurì – di cui le parti possono avvalersi qualora lo abbiano previsto mediante un esplicito richiamo in tal senso nei contratti attraverso la clausola compromissoria, oppure per mezzo di un compromesso stipulato successivamente all'insorgere della lite.

E del resto non mancano pronunce del Giurì volte a riaffermare la propria autonomia ³⁰.

1.7 Inibitoria e pubblicazione della decisione: il problema della pena privata.

Da quanto finora osservato, emerge con chiarezza quanto numerosi siano gli indici che suggeriscono una presa di autonomia da parte del sistema di

³⁰ Si veda ad esempio quanto affermato nella pronuncia 30 gennaio 2001 n. 15: "Il sistema di autodisciplina pubblicitaria è completamente autonomo ed autosufficiente non soltanto in relazione ad altri sistemi di controllo – come quello esercitato dalla RAI nell'ambito dei suoi rapporti contrattuali con l'inserzionista – ma anche in relazione alla disciplina statale nella quale il controllo è deferito all'A.G.O. e all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, oltre ad altri organi dello Stato con riferimento a specifici settori merceologici". In *Rassegna del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria*, a cura di V. GUGGINO, in *Il Dir. ind.* N. 3/2001, p. 298.

autodisciplina nei confronti dell'ordinamento statale. Una tale affermazione trova ragione del resto nelle brevi riflessioni che seguono. In primo luogo abbiamo visto quanto poco pacifica sia l'efficacia *inter partes* del presunto contratto volto a garantire l'autodisciplina dei rapporti da parte dei soggetti aderenti. Abbiamo infatti ribadito come gli effetti di tale contratto riverberino anche nei confronti dei soggetti aderenti in via non associativa, sottoscrittori peraltro di una clausola di accettazione, così pure verso coloro che mai abbiano firmato una tale clausola, se è vero che sulla base delle reiterate pronunce il Giurì ha inteso estendere progressivamente gli effetti del proprio giudizio. Alludiamo in particolare a qualsiasi soggetto estraneo al sistema che si rivolga al Giurì ex art. 36 del Codice così mostrando di volersi sottoporre all'Autodisciplina attraverso una manifestazione di volontà tacita, con il che può essere convenuto in via riconvenzionale ³¹, al soggetto che non altrimenti vincolato accetti il contraddittorio con una propria dichiarazione durante il procedimento innanzi al Giurì ³², ed infine agli orientamenti adottati dal Giurì in tema di adesione di gruppi di società. Abbiamo infine segnalato gli effetti che le sentenze manifestano anche nei confronti dei consumatori, soggetti completamente estranei al presunto contratto e che pure ben possono valersi perlomeno in via indiretta di quanto disposto dalle pronunce del Giurì.

In seconda battuta, abbiamo osservato quanta incertezza regni in ordine alla qualificazione giuridica della clausola di accettazione con tre diverse soluzioni che si muovono giustappunto in un intervallo grigio e ondivago che oscilla fra due estremi: il contratto a favore di terzi e l'uso normativo. Il tutto senza dimenticare l'ipotesi della clausola d'uso.

In terzo luogo, dopo una breve analisi delle regole che presiedono alla disciplina del procedimento innanzi al Giurì della pubblicità abbiamo tentato, peraltro senza successo, di riconoscere la più corretta ipotesi

³¹ Si veda in tal senso la decisione del Giurì n. 41/81.

³² *Ex multis* si suggerisce la lettura delle decisioni del Giurì n. 32/78 e n. 11/80.

interpretativa della natura di tale procedimento per accorgerci che tutte quelle proponibili andavano scartate: dall'arbitraggio alla perizia contrattuale fino all'arbitrato per le ben note motivazioni di cui *supra*.

Ma vi è di più.

Alludiamo nello specifico alla previsione di cui all'art. 40 del Codice di autodisciplina, nonché per l'ipotesi di inottemperanza alla pronuncia dell'art. 42 che prevede la pubblicazione della pronuncia del Giurì.

Ora, va subito osservato come la decisione sfavorevole del Giurì, per la parte che la subisce, è in grado di raggiungere anche attraverso l'inserzione in periodici e quotidiani un numero estremamente ampio di persone. La sua portata lesiva, poi, risulta evidente sia rispetto a quello che è il contenuto della comunicazione, certamente in grado di minare la credibilità professionale di chi la subisce, sia avendo riguardo ai destinatari di essa, cioè gli operatori di settore in cui il soggetto condannato svolge la propria attività, a causa della pronuncia nel notiziario dell'Istituto di autodisciplina.

Certo, va aggiunto, l'inibitoria e la pubblicazione della decisione di condanna da parte del Giurì di autodisciplina colpiscono un soggetto vincolato, nel caso in esame, ed il danno *de quo* è dunque "negozialmente autorizzato" sì da non poter determinare in alcun modo l'originarsi di pretese risarcitorie in capo al soggetto che aderisce al sistema.

Ed allora ecco sorgere un primo livello di riflessione.

Se il Codice di autodisciplina dovesse essere davvero considerato come privato regolamento allora, attesa la sua natura negoziale, esso dovrebbe comunque incontrare quei limiti di validità che sono propri delle pattuizioni contrattuali di talché i provvedimenti caratterizzati da una componente sanzionatoria – è appunto il caso della decisione del Giurì pubblicata in periodici e quotidiani – dovrebbero inevitabilmente misurarsi sia con il profilo della necessaria patrimonialità delle prestazioni dei contraenti, sia sotto l'aspetto della disponibilità dei diritti che ne formano oggetto.

Per essere più chiari.

Non appare revocabile in dubbio che la prevista pubblicità della decisione del Giurì ai sensi degli articoli 40 e 42 del Codice di autodisciplina contenga una componente sazionatorio-punitiva giacché inevitabilmente destinata a nuocere rispetto all'opinione pubblica alla reputazione del soggetto condannato. Ciò vale tanto più se si pensa a come la stessa giurisprudenza ordinaria consideri lesivo della reputazione e perciò fatto illecito la divulgazione che la parte vittoriosa faccia della sentenza di condanna della controparte, salvo che la pubblicazione della sentenza non sia stata disposta dal giudice ai sensi degli artt. 120 c.p.c. e 186 c.p.c. a titolo di specifica misura risarcitoria.

Ed ancora pare giusto porsi un ulteriore interrogativo, al fine di escludere l'ammissibilità di una sanzione privata come quella rappresentata dalla pubblicazione della pronuncia del Giurì attraverso l'inserzione in periodici e giornali.

Alludiamo, cioè, alle modalità che caratterizzano la tecnica di previsione contrattuale della pena, cui l'inadempiente soggiace in forza della sua adesione al contratto. Una tale adesione - che fra l'altro come abbiamo visto avviene attraverso la sottoscrizione di una clausola di accettazione fino addirittura a sfociare nelle modalità anomale dei *facta concludentia*, dell'accettazione del contraddittorio con propria dichiarazione, ovvero con l'indiretta adesione alla disciplina dettata dal Codice da parte della società controllata per effetto di quella della capogruppo - è come qualsiasi altra manifestazione di volontà contrattuale, un atto di disposizione dei propri diritti che è pertanto valido solo quando abbia ad oggetto, appunto, diritti disponibili. E tuttavia non pare essere tale il diritto alla reputazione, o quello all'onore, posizioni giuridiche soggettive che attengono alla sfera della personalità, dunque per loro natura indisponibili.

Invece, il contraente che si assoggetta a sanzioni a carattere punitivo come certamente è la pubblicazione del provvedimento decisionale del Giurì di autodisciplina per quella sua componente afflittiva coincidente con la propria idoneità ad incidere sulla considerazione sociale della persona,

fisica o giuridica che sia, altro non fa che disporre di un proprio diritto per sua natura indisponibile.

Ma allora se così è, riesce difficile credere che proprio questo elemento legato alla pubblicazione della pronuncia del Giurì non divenga un ulteriore elemento disturbante in ordine alla qualificazione giuridica del Codice di Autodisciplina.

Ancora una volta, cioè, la sensazione è quella della creatura che si ribella al suo creatore. Se cioè l'ordinamento privato del sistema di autodisciplina ammette al proprio interno profili sanzionatori così caratterizzati, allora riesce ancor più difficile considerarlo come una semplice ipotesi di negozio giuridico, anche atipico ma meritevole di tutela.

Insomma, da ordinamento privato derivato da quello statale il sistema di autodisciplina pare progressivamente smarcarsi intraprendendo un progressivo percorso di emancipazione in cui segnali molteplici e ribaditi paiono suggerire una natura perlomeno meticcias, giusto a metà fra contratto e corpo di norme che probabilmente non pare accettabile, specie accogliendo le categorie ed i principi della tradizione, ma che pare legittimarsi attraverso i fatti e la volontà degli *omnes* della propria categoria.

1.8 La non riconducibilità del contratto di autodisciplina alla figura associativa. Contratto normativo?

Sia detto nel modo più breve possibile: la tesi dottrinarica secondo la quale l'Autodisciplina Pubblicitaria sarebbe riconducibile ad un insieme di regole etiche, identificandosi dunque con un codice deontologico - quel corpo pregiuridico che ha ad oggetto la semplice creazione di effetti sul piano morale³³ - è posizione abbandonata da gran tempo.

³³ L. SORDELLI, *Autodisciplina pubblicitaria: rapporti tra autodisciplina e legge statale*, in Riv. dir. ind., 1975, I, p. 42.

Non a caso, già con la ben nota sentenza del Tribunale di Milano del 22 gennaio 1976 la giurisprudenza attribuiva al sistema di autodisciplina pubblicitaria e al suo codice dignità giuridica.

Meglio ancora, richiamandoci alla tradizione giurisprudenziale e alla tesi più largamente diffusa in dottrina sembrerebbe di poter dire che detto codice abbia l'origine all'interno dell'ordinamento giuridico statale attraverso un negozio di autonomia privata assistito dalla peculiarità di perseguire oltre all'interesse individuale anche un interesse collettivo³⁴ all'osservanza di regole di comportamento e all'operatività del sistema complessivamente inteso.

Ma vi è di più.

Alla luce dell'ipotizzata natura collettiva non sono mancate prese di posizione volte a riconoscere le funzioni del Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria nel novero dei poteri sanzionatori propri delle associazioni non riconosciute.

Ne conseguirebbe che, secondo questa impostazione, il Codice di autodisciplina diverrebbe articolazione dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria e il Giurì organo collegiale associativo per l'attuazione dello stesso.

Di talché ne deriverebbe *de plano* la possibilità di ricondurre qualsivoglia questione relativa al controllo esercitato dal giudice statale nei confronti del Giurì di autodisciplina alla normativa di cui all'art. 36 c.c. e ss. e dunque volta a regolare la materia delle associazioni non riconosciute.

Perciò, sintetizzando al massimo, al giudice statale verrebbe riconosciuto il potere di sindacare la correttezza delle decisioni del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria, applicative delle regole previste dal Codice, attraverso le previsioni di cui all'art. 23 c.c. e quindi potendo annullare le deliberazioni contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto. Proprio di quest'ultimo, del resto, il Codice di Autodisciplina costituirebbe articolazione.

³⁴ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, 1990, p. 543.

Senonchè, a questa possibile qualificazione, sembra contrapporsi in modo *tranchant* la valutazione, convincente per la verità, che il contenuto dell'accordo di autodisciplina posto alla base del relativo sistema, lungi dall'aver carattere e contenuto meramente dispositivo, sia piuttosto connotato in modo da poter essere avvicinato al contratto normativo ³⁵.

Il che, in buona sostanza, escluderebbe completamente l'ipotesi di fenomeno meramente contrattuale, così come previsto ex art. 1321 c. c. Perché è di immediata evidenza che quest'ultimo è volto alla regolazione di un assetto di interessi patrimoniali delle parti; il contratto normativo, invece, predisporrebbe una vera e propria disciplina giuridica per altri futuri contratti e sarebbe sprovvisto di qualsiasi funzione dispositiva. Soccorre del resto in tal senso la miglior dottrina ³⁶.

Ed appare piuttosto evidente che un accordo che si ponga come obbiettivo la disciplina di futuri contratti e che per ciò stesso detta un complesso di norme destinate a regolamentare una pluralità di operazioni future, rinunciando a comporre un assetto di interessi dunque senza disporre in atto ma – per così dire – solo in potenza, ebbene una figura simile non potrà “trovare copertura” nell'art. 1321 c.c.

Da qui allora l'impossibilità di definire l'Autodisciplina pubblicitaria come un contratto associativo, poiché, come già aveva osservato una parte della dottrina, è vero che parte della causa dell'autodisciplina partecipa dell'interesse collettivo ma sembra altrettanto incontestabile che vi è una evidente componente normo-creativa che, certo, nulla ha a che fare con il negozio associativo.

D'altra parte viene da chiedersi se, per il fatto di riportare il sistema di Autodisciplina Pubblicitaria nel novero dei contratti normativi, venga meno

³⁵ B. GRAZZINI, *Autodisciplina statutaria e ordinamento statale*, op. cit., p. 69 e ss.

³⁶ Si legga in F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in Enciclopedia del diritto, vol. X, 1961, p. 116 e ss, secondo il quale il termine <contratto>, con rispetto al c.d. contratto normativo, vada inteso in senso atecnico, non trattandosi di una specie di contratto ex art. 1321 c.c. ma, piuttosto: “di una figura la quale non si sottordina a quella di cui al detto articolo: qualcosa di diverso, che si pone accanto, e in certa maniera, in antitesi al contratto considerato nella sua accezione tecnica ai sensi del diritto positivo italiano”.

per ciò stesso l'origine contrattuale dell'accordo plurilaterale originante il sistema stesso.

1.9 Conclusioni: il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale come possibile ibrido fra contratto normativo e complesso di norme consuetudinarie.

Sulla base di quanto esposto fino ad ora, sembrano essere maturi i tempi per la formulazione di alcune conclusioni che tengano conto dell'analisi condotta in materia di autodisciplina pubblicitaria.

Come osservato l'intero sistema *de quo* poggia, per quel che concerne la sua formazione, sul meccanismo "dell'adesione" che garantisce ai privati (rappresentativi in questo caso di un determinato settore o attività, ma non necessariamente di "un'associazione di categoria") la regolazione nel modo più autonomo possibile dei rilevanti aspetti dell'attività economica che li interessa.

In questo senso, la clausola di adesione suggerisce un concetto di "adesione" che, pur traendo le sue connotazioni dal diritto privato dei contratti, finisce per assumere un riflesso di "natura pubblicistica" nel momento in cui il codice da mero regolamento interno arriva a rivolgersi con efficacia vincolante verso l'esterno.

Ed infatti l'accordo, inizialmente promosso e sottoscritto da una cerchia limitata di soggetti, col tempo e per il perseguimento di obiettivi mutevoli, si "estende" a tutti gli operatori di un determinato settore o ambiente economico. Alla base vi è perciò un meccanismo mediante il quale le regole autoregolamentari vengono applicate anche a soggetti "non iscritti" al nucleo originario dei redattori della raccolta, almeno non inizialmente, o alla "associazione degli utenti". Eppure tali soggetti sono parimenti tenuti ad accettarle se vogliono avvalersi dei mezzi necessari per la realizzazione dell'attività economica in cui il codice vige.

Nel caso dell'autodisciplina pubblicitaria, perciò, il codice sancisce la

formalizzazione dell'accordo tra soggetti economici esercenti un'attività d'impresa. La progressiva dilatazione del numero dei soggetti destinatari delle disposizioni porta tuttavia a rendere non semplice la classificazione dell'accordo *de quo*, poichè come detto esso nasce privato e produce effetti *erga omnes* perlomeno nella misura in cui gli *omnes* siano tutti coloro che risultino appartenenti al settore di mercato della pubblicità anzi della comunicazione commerciale – termine che abbiamo visto sottendere un ulteriore allargamento dei confini precedenti sotto il profilo del perimetro della materia disciplinata rispetto a quelli individuati con la pubblicità – come previsto, del resto, dalla direttiva 2005/29/CE poi recepita dai decreti legislativi 145 e 146 del 2007.

Inoltre, attraverso meccanismi interni sviluppati dalla propria giurisprudenza, il Giurì ha in via autopoietica abbattuto i confini disegnati dall'adesione alla clausola – che è stata perfino definita come uso normativo venendo quindi identificata come fonte del diritto - per andare a ricomprendere fra i propri destinatari di sistema tutti coloro che vi appartengano sulla base dell'attività esercitata e indipendentemente da qualsivoglia adesione, tacita o espressa che fosse.

Fino ad arrivare a soggetti che addirittura di quel sistema fanno parte solo in via indiretta in quanto destinatari di effetti riflessi: i consumatori.

Non solo. Come detto in precedenza, il sistema ha affiancato alle norme volte a dettare la disciplina statica e sostanziale anche un corpo di regole destinate a regolare il profilo dinamico e processuale deputato a fornire gli strumenti di tutela ogniqualvolta le situazioni giuridiche soggettive riconosciute financo in capo ai terzi indiretti risultino violate. Da qui dunque la previsione di un articolato ed efficace giudizio ordinario innanzi al Giurì. Ed ancora: accanto al procedimento previsto innanzi al Giurì, e disciplinato dal codice, è stato via via sviluppato un giudizio arbitrale che, una volta di più, porta il primo a rappresentare uno strumento di risoluzione delle controversie parallelo, per caratteristiche, struttura e funzioni, al corrispondente procedimento giudiziario ordinario.

Inoltre, il codice appronta un ricco apparato sanzionatorio e di *enforcement* le cui pene trascolorano a tratti dal privato al pubblico – emblematiche in questo senso le sanzioni afflittive in grado di colpire i beni indisponibili dell'onore e della reputazione – con quel che ne consegue in ordine alle difficoltà ulteriori per addivenire ad un momento definitorio circa la natura giuridica del codice in esame.

In questa sede occorre ancora notare come a tutto questo si accompagni nel Codice di autodisciplina anche una connotazione etica, di condotta, nella misura in cui si realizza una raccolta di precetti comportamentali determinata dal fatto che questi accreditano l'etica (negli) degli affari come efficace risposta alle distorsioni del sistema economico. Un antidoto insomma in tutti i casi in cui la competizione non riesca spontaneamente a tradursi nella sua espressione più sana della concorrenza.

Un tale fatto va sottolineato con attenzione. Non va dimenticato che obiettivo quando non addirittura causa prima della stessa origine del codice di autodisciplina è quella di andare a riempire una lacuna a livello di intervento regolativo o, in altre parole, di rimediare all'inidoneità dello strumento normativo primario come efficace mezzo per agevolare il raggiungimento degli obiettivi.

Cosicché va posto in luce come l'analisi fino ad ora condotta non possa prescindere da valutazioni di efficienza della norma, proponendosi perciò anche come metodo e risultato in grado di conseguire la riduzione dei costi sociali, che nel circuito economico-aziendale diventano un vero e proprio costo d'impresa.

Anzi, in tal senso, il codice si presta perfino ad essere utilizzato dal giurista come lente di valutazione di quello che è l'impatto più propriamente operativo dell'etica sui modelli economici.

Sotto un profilo teorico, invece, si possono verificare le capacità di condizionamento che queste fonti del diritto dei privati possano avere sull'ordinamento generale (e più significativamente sul diritto vigente nell'ambiente normato).

Di modo che appare difficile non riconoscere nel Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale la chiave di volta per introdurre all'interno del nostro sistema normativo un sottosistema privato di produzione di regole originato dalla formalizzazione delle prassi comportamentali: la sua scrittura, del resto, avviene dopo lo studio delle abitudini economiche e la cernita delle pratiche più efficienti ed efficaci che, attraverso la formulazione in precetti, possano portare a soddisfare le esigenze regolative dell'economia nazionale.

Ed ancora, il codice costituisce la "tipica manifestazione" di un insieme di regole (*certe*) di uno specifico settore.

Analizzando il fenomeno da vicino – secondo un approccio empirico – il codice si dimostra essere una nuova, anomala forma di "contrattazione degli impegni" che taluni soggetti (anche qui in un certo modo "rappresentativi") concludono in un preciso momento storico, ma che – per effetto di un meccanismo giuridico già noto al diritto privato (quello del contratto normativo ³⁷) – trovano applicazione in tempi successivi e soprattutto verso soggetti diversi (anche terzi) e più numerosi di quelli in origine coinvolti nella fissazione delle regole. Secondo l'approccio giuridico, dunque, il codice predisposto con il metodo dell'adesione si propone come una sorta di "contratto normativo". La metafora del codice come norma ripropone per analogia la similitudine tra il contratto stesso e le norme dell'ordinamento. Un simile parallelismo trova del resto conferma nel dato letterale: dell'articolo 1321 c.c. ad esempio, che descrive l'accordo negoziale come un "regolamento"; ed ancora nell'art. 1372 c.c., che riconosce al contratto "forza di legge". Il tutto anche a tacere

³⁷ A questo proposito si legga in F. MESSINEO, *op. prec. cit.*, a p. 73 "...poiché la funzione della norma e del contratto divergono quanto a finalità, il contratto non può assimilarsi alla norma. Diverso è, invece, il caso nel quale un ordinamento giuridico attribuisca ai soggetti il compito di disciplinare contratti, ossia deferisca una volta tanto al contratto una funzione che è propria della norma, generando così il fenomeno dell'autodisciplina, ossia della disciplina concordata tra gli interessati (norma autonoma), mentre la disciplina dei rapporti giuridici provenendo, di regola, dalle norme statali (o parificate), è eteronoma. Allora soltanto si parla di contratto normativo, in quanto il contratto assorbe in sé la funzione che è propria della norma giuridica, con i caratteri che a questa sono inerenti e connaturati".

dell'esercizio di autonomia negoziale individuato dall'art. 1322 c.c. il quale sancisce di fatto l'esercizio di un potere normativo dei privati. L'idea del codice come norma trova conforto anche da un punto di vista sperimentale: numerose sono le situazioni in cui il rinvio alla categorizzazione contrattuale è utilizzato come espediente per esaltare il valore generale o comunque superindividuale della regola volontaria.

Va ribadito che l'adesione al sistema autoregolamentare non è obbligatoria almeno da un punto di vista giuridico. D'altra parte il codice dell'autodisciplina introduce (o rappresenta di fatto) un modello normativo in cui l'assimilazione è alla norma "pubblica", e non più solo a quella privata. Soccorre in tal senso l'adozione di sanzioni che certamente non sono riconducibili in modo alcuno a pene private. Ma un tale rinvio al concetto di norma legale, eteronoma, produce come conseguenza obbligata la necessità di conciliare l'inquadramento dogmatico del codice autodisciplinare nell'ambito del contratto (che è per definizione *auto*-regolamento degli interessi) con le proprie aspirazioni a divenire norma di riferimento in un intero settore o per una certa attività, e quindi in qualche modo "pubblica".

Va allora osservato che il termine "autodisciplina" rimanda ad un fenomeno per cui una categoria omogenea di soggetti, o più categorie mosse da comuni interessi, si assoggettano volontariamente all'osservanza di un corpo più o meno complesso di norme dettate in funzione di scopi determinati. L'elemento unificante di siffatta fenomenologia, che nelle singole concrete manifestazioni si diversifica nella misura in cui diversi sono gli scopi ed i mezzi adottati per perseguirli, sembra essere individuato dalla dottrina nel fatto che i rapporti intercorrenti nell'ambito autodisciplinare sarebbero sottratti nel modo più completo possibile ad una normazione "esterna", ed in particolare a quella statuale sia che assuma forme legislative oppure regolamentari.

Ne consegue che l'origine da un accordo che esprime autonomia collettiva comporta almeno un duplice ordine di conseguenze.

Da una parte cioè una simile origine caratterizza il codice di autodisciplina, a livello di struttura, come contratto plurilaterale normativo e dunque per ciò stesso in grado di organizzare una disciplina giuridica; dall'altro sotto il profilo degli effetti una simile codificazione spiega effetti non soltanto nei confronti delle parti che pongono in essere l'accordo ma anche verso i soggetti terzi³⁸.

Va però osservato che, pur assistito da un'autorevolezza sempre crescente, il codice di autodisciplina non è certamente l'unico corpo di regole volto a dettare una disciplina nel settore di riferimento. Anche a tacer d'altro, va perlomeno ricordata la recente normativa comunitaria, recepita dall'Italia con i decreti legislativi n. 145/2007 e 146/2007, poi trasfusi nella novellata normativa del Codice del consumo che ha portato all'abrogazione della disciplina precedente in materia di pubblicità. Ed è anzi proprio a quella disciplina che si deve quello che potremmo definire link normativo, alludiamo in tal senso all'art. 27 bis e all'art. 27 ter del Codice del consumo. I quali articoli riconoscono e promuovono l'adozione di codici di condotta da parte dei soggetti operanti nel settore di riferimento, avvalorandone una funzione complementare e sussidiaria a quella della disciplina normativa, almeno nelle intenzioni del Legislatore. Ne deriva, inevitabilmente, che, lungi dal sostituirsi integralmente al dato normativo eteronomo, l'autodisciplina nella pratica sembra trovare applicazione in modo "interstiziale", ritagliandosi spazi più o meno ampi negli ambiti normati dal diritto statale, per perderli nuovamente a vantaggio dello stesso o del diritto comunitario. Anzi per certi aspetti

³⁸ In questo senso si consiglia la lettura di G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam 1994, in particolare a p. 50 ove l'autore opera una distinzione fra contratti normativi a formazione individuale e associativa: i primi sarebbero contratti caratterizzati da effetto integrativo diretto rispetto ai contratti particolari, conclusi su iniziativa di una delle due parti attraverso l'inizio dell'esecuzione delle prestazioni, e disciplinati dagli stessi contratti normativi. I secondi, invece, pur avendo la natura contrattuale dei primi, potrebbero attecchirsi a vere e proprie fonti di clausole d'uso e così facendo si garantirebbero – sulla base del riconoscimento positivo che la legge fa dell'obiettiva rilevanza di simili clausole, efficaci *erga omnes* quanto meno rispetto al settore merceologico di riferimento. Ne deriverebbe, secondo l'autore, oltre ad una caratteristica funzione normativa anche un'ulteriore funzione autoritativa intesa come imposizione di una disciplina contrattuale nei confronti dei terzi interessati.

questa elasticità, questa duttilità dello strumento autodisciplinare è forse una delle ragioni principali della sua recente fortuna, in termini di diffusione, almeno per quel che concerne il grado di autorevolezza raggiunto in tema di comunicazione commerciale.

Va ancora detto però che non può essere dimenticato come le caratteristiche stesse dell'autodisciplina sembrano per altro aspetto esibire gli elementi necessari per configurare il sorgere di una consuetudine e dunque di una fonte-fatto che preveda da un lato la ripetizione di una condotta in modo costante ed uniforme per una certa durata temporale, dall'altro quell'*opinio iuris seu necessitatis* che la miglior dottrina ritiene vada ricercata negli altri, nella generalità dei soggetti tra i quali l'uso si svolge e nei confronti dei quali se ne producono gli effetti: *diuturni mores consensus utentium comprobati* ³⁹.

L'affermazione non suoni velleitaria o peggio ancora peregrina.

In effetti, non v'è alcun dubbio che la formazione stessa del codice sia frutto di un procedimento alluvionale, consacrato dalla reiterazione nel tempo di determinati comportamenti.

Come abbiamo visto, infatti, il primo embrione di codice nasceva in Italia nel 1966 con il *Codice di lealtà pubblicitaria*. Come detto lo scopo era quello di andare a selezionare quelle prassi virtuose che, a lungo sedimentate e in qualche modo "certificate" dal mercato, consentissero di individuare quegli standard di correttezza, lealtà ed onestà, nell'attività pubblicitaria, essenziali ad ottenere degli uniformi modelli di comportamento da parte di tutti gli operatori del settore; dall'altro di andare a colpire ed eliminare definitivamente proprio quei messaggi pubblicitari che avrebbero potuto avere effetti decettivi perlomeno in misura indiretta sui consumatori, riverberando dunque negativamente sulla capacità di autodeterminazione di questi ultimi.

Da una parte quindi la necessità di elaborare quei criteri uniformi di comportamento leale volti a regolare i rapporti di concorrenza fra imprese

³⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, Cedam, 1993, p. 191.

nel mercato; dall'altra tutelare i soggetti terzi – i consumatori - in tema di possibilità di attuare effettivamente scelte consapevoli.

Ma allora viene da chiedersi: che cosa rappresentavano quelle prassi selezionate? Quanto differisce un comportamento reiterato nel tempo in modo costante e uniforme da una prassi comportamentale? E ancora: possiamo davvero affermare che l'adozione di una determinata prassi non sia assistita dalla convinzione di osservare un obbligo giuridico? Poiché a ben vedere, come ha sottolineato la miglior dottrina ⁴⁰ l'*opinio* non ha specifico riferimento all'atteggiamento psicologico dei soggetti agenti ma si riferisce piuttosto agli altri, intesi come ambiente sociale che caso per caso risulta essere direttamente interessato. Al punto che quegli stessi convincimenti non potrebbero rivelarsi se non attraverso il prodursi di fatti significanti. E, dunque, in ultima istanza il requisito soggettivo della consuetudine parrebbe se non risolversi perlomeno intrecciarsi in modo quasi indistinguibile con quello materiale o oggettivo.

Certo, in tal senso, bisognerebbe specificare che in sede di analisi circa l'effettivo prodursi di una consuetudine si dovrebbe avere riguardo sia alla ripetizione del comportamento primario, sia all'insieme di circostanze che con quello concorrono a formare una situazione di fatto tale da potersi dire affermata una vera consuetudine ⁴¹.

Ed allora siamo veramente certi di non poter affermare che quella selezione di prassi consolidate, poi confluite nella prima versione di quello che sarebbe divenuto il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, non sia in verità un corpo di consuetudini via via raffinate nel tempo e perciò stesso in grado di attribuire al codice *de quo* natura normativa?

E anche ad escludere una tale possibilità, come si scavalca la lettura fatta della clausola d'adesione come uso normativo che, in ultima istanza, pare

⁴⁰ V. CRISAFULLI, *op prec. cit.*, p. 190.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *op prec. cit.*, p. 191.

far rientrare il monstrum dell'efficacia *erga omnes* dalla finestra dopo essere stato messo alla porta?

A noi francamente non pare che la questione possa essere risolta in modo così unilaterale e, anzi, sembra di poter dire in modo inequivoco che rimane ancora perfettamente dubbio se sia possibile attribuire al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale natura di contratto normativo o piuttosto di consuetudine normativa.

In una parola: non pare ancora risolto il problema dell'alternativa fra contratto e fonte di produzione normativa.

IL CODICE DI AUTODISCIPLINA DELLE SOCIETÁ QUOTATE E IL *DUTCH CORPORATE GOVERNANCE CODE*

SOMMARIO: 2.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici; 2.2 Le ragioni e le caratteristiche che hanno portato all'adozione dei codici di corporate governance. Uno sguardo transnazionale; 2.3 Sguardo d'insieme al Codice di autodisciplina delle società quotate con particolare attenzione ai profili contenutistici; 2.4 Brevi note in tema di caratteristiche formali e di natura giuridica del Codice di autodisciplina delle società quotate; 2.5 L'*enforcement* del Codice di autodisciplina delle società quotate; 2.6 Premessa sul *Dutch Corporate Governance Code* e sintetica ricognizione in tema di sistema di amministrazione e controllo dualistico; 2.7 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code*: le caratteristiche dell'*enforcement*; 2.8 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code*; 2.9 Conclusioni.

*** ***** ***

2.1 Cenni introduttivi e proposizione dei profili problematici.

Dopo aver preso in esame l'esperienza italiana del Codice di autodisciplina pubblicitaria, sembra ora venuto il momento di sottoporre ad analisi un'altra piú recente ma non per questo meno importante esperienza di autoregolamentazione già oggetto di ribadite modifiche – l'ultima di ampio respiro nel 2006 anche se va citata quella ancor piú recente del marzo 2010 all'art. 7 in materia di remunerazione degli amministratori – e rispetto alla quale, vista anche l'attualità del tema, ci verrà concesso di condurre alcuni brevi rilievi di carattere comparatistico, con particolare attenzione al corrispondente sistema olandese. Alludiamo nello specifico alla significativa esperienza del Codice di autodisciplina

delle società quotate ⁴² che ha, in tal senso, il proprio parallelo corpo di disposizioni nel *Dutch Corporate Governance Code* ⁴³.

Il riferimento al Codice di *corporate governance* sembra, in materia di autodisciplina, un passaggio quasi obbligato se è vero che all'inizio del 2005 oltre cinquanta Paesi nel mondo avevano introdotto nel proprio sistema normativo uno o più codici di *corporate governance*, secondo la tecnica dell'autoregolazione ⁴⁴.

La scelta del diritto olandese è principalmente legata al fatto che quest'ultimo è molto probabilmente, fra i vari sistemi normativi europei, quello maggiormente aperto – per cultura e tradizione – a combinazioni e intrecci che riprendono elementi caratteristici della *common law* per

⁴² In via generale per quel che riguarda il tema del Codice di Autodisciplina delle Società Quotate si consiglia la lettura di P. SCHLESINGER, *Il codice di autodisciplina per le società quotate*, Corr. giur. 1999, p. 1455 e ss.; L. DE ANGELIS, *La Borsa, gli affari e il Codice di autodisciplina delle società quotate*, Riv. dir. e impr., 2000, p. 465 e ss.; C. ALVISI, *Autoregolamentazione e corporate governance nella riforma del diritto societario*, Contr. & impr., 2002, p. 1046 e ss.; M. BAGLIONI e G. GRASSO, *Nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate*, Le società, 2006, p. 1061 e ss.; N. BRUTTI, *Rilevanza giuridica dell'autoregolamentazione: osservazioni sui "codici di comportamento" di società quotate*, Le società, 2007, p. 1215 e ss.

⁴³ Per quel che concerne gli elementi comparatistici si consigliano le seguenti letture: E. WYMEERSCH, *Corporate Governance Codes and their implementation*, (September 2006). University of Gent Financial Law Institute Working Paper No. 2006-10, p. 1 e ss.; E. WYMEERSCH, *Enforcing Corporate Governance Codes*, ECGI - Law Working Paper No. 46/2005, Social Science Research Network and Journal of Corporate Law Studies, p. 1 e ss.; J. A. McCAHERY - E. P. M. VERMEULEN, *The Changing Landscape of EU Company Law*, (September 2004), Social Science Research Network and TILEC Discussion Paper No. DP2004-023, p. 1 e ss.; B. FASTERLING, *Best Practices and Better Laws – Corporate Governance Codes in the Member States of the European Union*, ERA-Forum Vol. 3/2005: p. 328 e ss.; I. HAXHI – H. VAN EES, *Explaining diversity in the worldwide diffusion of codes of good governance*, Journal of International Business Study, 2009, p. 1 e ss.; R. AGUILERA - A. CUERVO CAZURRA, *Codes of Good Governance*, Corporate Governance: An International Review, Vol. 17, N. 3, 2009, p. 376 e ss. Per quel che riguarda più specificamente la disciplina olandese si veda: E. GROENEWALD, *Corporate Governance in the Netherlands: From the Verdam Report of 1964 to the Tabaksblat Code of 2003*, European Business Organisation Law Review 6/2005, p. 291 e ss.; E. WYMEERSCH, *Enforcing Corporate Governance Codes*, ECGI - Law Working Paper No. 46/2005, Social Science Research Network and Journal of Corporate Law Studies, p. 1 e ss.; D. AKKERMANS – H. VAN EES – R. HOOGHIEMSTRA – G. VAN DER LAAN – T. POSTMA – A. VAN WITTELOOSTUIJN, *Corporate Governance in the Netherlands: an overview of the application of the Tabaksblat Code in 2004*, Corporate Governance: an international Review, Vol. 15, N. 6, 2007, p. 1106 e ss.

⁴⁴ D. AKKERMANS – H. VAN EES – R. HOOGHIEMSTRA – G. VAN DER LAAN – T. POSTMA – A. VAN WITTELOOSTUIJN, *op. prec. cit.*, p. 1107

innestarli su una griglia normativa, che è inevitabilmente quella di un sistema di *civil law*.

Diremo di più. La tradizione normativa olandese, nel campo del diritto societario e della *corporate governance* in particolare, è di grande importanza e ha radici profonde: si pensi a mero titolo d'esempio a quella straordinaria esperienza che fu, già nel 1600, la fondazione della Compagnia Olandese delle Indie Orientali, (la *Vereenigde Oostindische Compagnie* (VOC)) vero e proprio gruppo di società *ante litteram* che veniva disciplinato nei propri meccanismi interni da un apparato di regole di *governance* tutt'altro che banale⁴⁵.

Ciò osservato, diremo subito che anche in questo caso come già per il Codice di autodisciplina pubblicitaria, il tentativo sarà quello di raccogliere dall'esperienza concreta indici utili al fine di poter sviluppare coerentemente le sollecitazioni e possibili implicazioni derivanti a livello teorico in ordine alla possibile natura giuridica dei codici di autodisciplina, finalità ultima, questa, della presente tesi di dottorato.

In tale ottica, anzi, la prospettiva comparatistica appare particolarmente utile e potenzialmente gravida di conseguenze.

Naturalmente, teniamo a precisare che gli eventuali risultati ottenuti non potranno necessariamente coincidere con quanto rilevato in materia di Codice di autodisciplina pubblicitaria, magari in un'ottica di auspicata omogeneità che possa più facilmente indurre a sviluppare un medesimo principio teorico. Tale annotazione non paia pleonastica o, peggio ancora, una *excusatio non petita*, giacché essa altro non è se non una dichiarazione d'intenti, volta a ribadire, una volta di più, come sia attraverso la necessaria lente dell'esperienza effettiva – e non il contrario – che possa svilupparsi il ragionamento teorico in ordine alla natura giuridica dei codici di autodisciplina. Tanto più se è vero che proprio dall'inevitabile e rozza pratica i codici in esame hanno tratto la propria origine, meglio

⁴⁵ Per tutti si veda E. GEPKEN JAGER – G. VAN SOLINGE – L. TIMMERMAN, *VOC 1602 – 2002: 400 years of Company Law*, Kluwer, 2005, pp. 1 – 459.

ancora e più correttamente, dalla selezione delle pratiche, veri e propri prodromi di quelle successive e reiterate stratificazioni di prassi che hanno poi originato gli standard qualitativi o pratiche migliori – le c.d. *best practices* appunto – che tanta parte hanno avuto proprio nella formulazione sia del Codice di autodisciplina delle società quotate che del *Dutch Corporate Governance Code*.

Ed allora, vediamo in breve i passi che hanno portato alla formazione dei codici in esame evidenziandone momenti comuni ed eventuali divergenze. Per quel che concerne il Codice di autodisciplina delle società quotate, diremo che esso è per buona parte figlio di quelle riforme in tema di mercati finanziari che vedevano il proprio inizio con il recepimento, del 1998, delle c.d. Direttive Eurosim a seguito delle quali veniva emanato il Testo Unico della Finanza (d.lgs. 58/1998 che d'ora in avanti indicheremo per ragioni di brevità come T.U.F.) che provvedeva a dare una regolamentazione finalmente organica ed omogenea al mondo dei mercati finanziari. Un simile testo normativo aveva l'indubbio vantaggio, fra l'altro, di consentire all'Italia di dotarsi di un adeguato quadro legislativo che permetteva la regolamentazione di un mercato in velocissima espansione (a seguito delle numerose privatizzazioni delle società statali) e quasi alla rincorsa di quelli più evoluti perché di più lunga e collaudata tradizione.

In tal senso, spiccava dunque l'adozione di un modello privatistico di società di gestione del mercato regolamentato (alludiamo nello specifico al soggetto principale vale a dire Borsa Italiana S.p.a.).

L'elemento che va valorizzato al massimo in sede di analisi è quindi, ai fini di ciò che qui interessa, l'abbandono del modello del mercato regolamentato come servizio pubblico in favore dell'adesione alla matrice privatistica di stampo anglosassone.

Una simile scelta trovava ragione in un doppio ordine di motivi: da un lato quello culturale, in base al quale pareva oltremodo auspicabile abbandonare un modello borsa – soggetto pubblico, che denunciava un'inevitabile obsolescenza; dall'altro quello dell'opportunità che suggeriva

sempre più la struttura privata dei mercati al fine di garantirsi la flessibilità necessaria per poter risultare competitivi con le altre borse internazionali. Naturalmente, una simile scelta non poteva avere come corollario l'assenza o la menomata attività di controllo ma piuttosto era volta a garantire quella miglior duttilità di mercato che permetteva di rendere quest'ultimo maggiormente attrattivo per gli investitori in quanto più affidabile ⁴⁶ ed efficiente poiché rispondente al doppio rapporto: quello di costi-benefici con ciò intendendo i costi che società e investitori devono sostenere per essere ammessi rispettivamente a quotazione e scambio titoli; e quello della presenza di efficaci strumenti volti a garantire e controllare i comportamenti degli emittenti. Proprio con riferimento a detto simile secondo profilo intervengono le considerazioni relative al Codice di autodisciplina delle società quotate, che diviene strumento insostituibile, come vedremo, per la valutazione del modo in cui le società si conformano ai principi considerati virtuosi, quelli cioè che consentono agli investitori di giudicare la trasparenza adottata dalle emittenti nelle modalità di governo societario.

Ed allora, venendo alle tappe che hanno via via segnato il cammino del Codice di autodisciplina delle società quotate possiamo osservare quanto segue.

Il Codice di autodisciplina veniva pubblicato nella sua prima versione il giorno 6 ottobre 1999 (Codice Preda) a seguito dei lavori svolti dal "Comitato per la *Corporate Governance*" promosso da Borsa Italiana con la partecipazione di esponenti delle società quotate, degli investitori istituzionali e delle associazioni di categoria. Il codice non era vincolante in modo alcuno ai fini della quotazione e conteneva raccomandazioni di *best practice* per l'organizzazione ed il funzionamento delle società quotate italiane. Dopo la prima revisione del Codice di autodisciplina nel 2002, la riforma del diritto societario imponeva un'ulteriore nuova formulazione

⁴⁶ Si veda a questo proposito P. SCHLESINGER, *Il codice di autodisciplina per le società quotate*, Corr. giur. 1999, p. 1455.

dello stesso tanto che, ancora una volta, Borsa Italiana promuoveva la costituzione di un nuovo “Comitato per la *Corporate Governance*” i cui lavori davano vita al nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate che entrava in vigore nel marzo del 2006. Quest’ultimo, in estrema sintesi, rielaborava i principi di *governance* tenendo conto di una serie di fattori: l’evoluzione delle *best practices*, il profondo mutamento del quadro normativo, nazionale e comunitario (la Legge n. 262/2005, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, e l’*Action Plan Comunitario*), la necessità di adattare le raccomandazioni contenute nel Codice di Autodisciplina alle diverse tipologie di società quotate, tenendo conto in modo particolare dei sistemi di amministrazione e controllo (dualistico e monistico) introdotti dalla riforma del diritto societario in alternativa al sistema tradizionale.

Esso quindi, pur richiamandosi nell’ordine degli argomenti all’edizione del 2002, vedeva la propria struttura mutare sensibilmente. In particolare, ogni articolo veniva suddiviso in tre diverse sezioni: i “principi” aventi carattere generale, i “criteri applicativi”, contenenti indicazioni di dettaglio sull’attuazione dei principi, ed infine i “commenti”, volti ad esplicitare e chiarire la portata di principi e criteri, anche attraverso l’utilizzo di specifici esempi. Quindi, a fronte di una parte sostanziale, incarnata da “principi” e “criteri applicativi”, ne veniva sviluppata una seconda, quella dei “commenti” che aveva funzione a carattere interpretativo.

Oltre alle novità legate alla struttura formale, il Codice di autodisciplina delle società quotate evidenziava altresì importanti nuovi contenuti che in via del tutto preliminare indicheremo nel ruolo e composizione del consiglio di amministrazione, nella definizione di amministratori indipendenti, nella previsione di una disciplina per i comitati interni al consiglio di amministrazione, nella specificazione delle modalità di nomina degli amministratori e nella loro remunerazione (recentemente rivista alla luce della novellazione dell’art. 7 del marzo 2010), nei rapporti con gli azionisti e nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo.

Questo quindi, in breve, il percorso che ha portato alla recente, ultima formulazione del Codice di autodisciplina delle società quotate in Italia.

Sembra ora opportuno spendere alcune brevi riflessioni in ordine all'evoluzione del codice olandese, il *Dutch Corporate Governance Code*.

Diremo allora anzitutto che, sulla scia dell'esperienza inglese e francese, anche l'Olanda ritenne opportuno dotarsi di un Codice di autodisciplina in materia di *corporate governance* tanto che nel 1997 una commissione apposita, presieduta da J.F.M. Peters, amministratore delegato di Aegon, dava alla luce la prima versione del *Dutch Corporate Governance Code* dal titolo *Corporate Governance in the Netherlands*, in realtà un vero e proprio rapporto che rappresentava, di fatto, la raccolta di quaranta raccomandazioni. Successivamente, nel 2002, una nuova versione del Rapporto, sempre ad opera della Commissione Peters, faceva il punto sulla situazione in termini di riforma della *corporate governance* olandese.

Nello stesso anno la commissione pubblicava un comunicato con il quale informava che un nuovo collegio avrebbe sviluppato il rapporto del 1997, poi riformulato nel 2002, per sviluppare quella raccolta di linee guida in materia di *best practices* in un vero e proprio corpo di disposizioni. Ed infatti, su espressa istruzione del Ministero delle Finanze, veniva costituita una nuova "Commissione per la *Corporate Governance*" sotto la guida di Morris Tabaksblat, amministratore delegato di Unilever, che portava a termine i lavori e nel 2003 compilava il codice delle *best practices* per la *corporate governance* delle società olandesi quotate in borsa. Lo stesso entrava in vigore il 9 dicembre dello stesso anno. Il codice prendeva il nome di *Tabaksblat Code* dal nome del presidente della Commissione che lo aveva prodotto.

Tuttavia, con l'istituzione di un'apposita commissione permanente presso il Ministero delle Finanze, il Ministero della Giustizia e il Ministero degli Affari Economici, il codice olandese veniva sottoposto ad una nuova revisione nel recentissimo 10 dicembre 2008, arrivando così alla sua ultima versione, che sarà poi quella che verrà presa in esame nella

presente tesi di dottorato. Va fin d'ora osservato che le modifiche recenti, pur significative, non hanno tuttavia alterato l'impianto originario del Codice che ha piuttosto mantenuto per buona parte struttura e caratteristiche dell'edizione 2004.

2.2 Le ragioni e le caratteristiche che hanno portato all'adozione dei codici di *corporate governance*. Uno sguardo transnazionale.

Diremo in generale che le ragioni che hanno condotto all'adozione del codice di *corporate governance* in Italia e Olanda sono per molti aspetti assolutamente comuni fra loro, così come per buona parte coincidenti con quelle degli altri sistemi normativi europei.

Sottolineeremo allora che due sono stati gli elementi che più di tutti hanno inciso sull'opportunità di adozione di detti codici: efficienza e legittimazione⁴⁷, come conferma la miglior dottrina a livello internazionale.

La prima, da intendersi come efficienza delle misure di protezione richieste dagli azionisti delle società quotate che nutrivano per ovvie ragioni⁴⁸ scarsa fiducia nei mezzi di tutela approntati dagli ordinamenti normativi statali.

La seconda, da leggersi come legittimazione garantita dall'affermazione progressiva nel mercato globale delle c. d. *best practices* che da una parte avevano via via acquisito autorevolezza a livello internazionale, dall'altra garantivano un substrato regolatore ampiamente diffuso e condiviso e perciò stesso appetibile financo per gli investitori stranieri, il che spiega una volta di più come mai la matrice comune di molte delle regole

⁴⁷ D. AKKERMANS – H. VAN EES – R. HOOGHIEMSTRA – G. VAN DER LAAN – T. POSTMA – A. VAN WITTELOOSTUIJN, *op. prec. cit.*, p. 1107, e ancora in I. HAXHI – H. VAN EES, *Explaining diversity in the worldwide diffusion of codes of good governance*, *Journal of International Business Study*, 2009, p. 3

⁴⁸ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai crack Enron negli Stati Uniti, Parmalat in Italia e Ahold, in Olanda. Circa il primo consigliamo la lettura, oltremodo esaustiva di J. ARMOUR - J.A. McCAHERY (Editors), *After Enron, Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 1 – 718.

caratterizzanti il corpo dei codici di *corporate governance* sia quella anglosassone.

Ma, evidentemente, non sono stati questi i soli elementi, pur fondamentali, a decretare il successo dei codici in esame.

A tale proposito va perlomeno osservato che le caratteristiche derivanti dall'autodisciplina, spesso definita altresì *soft law*, sono quelle di volontarietà e flessibilità ⁴⁹, elementi per certo imprescindibili per soggetti come le società quotate che più di ogni altro operatore di mercato necessitano di tempi rapidi e certezza delle regole. A ben vedere, cioè, lungi dal costituire un problema, l'adattabilità delle regole, che certamente non significa completa assenza di controllo, rappresenta piuttosto una delle componenti fondanti dell'efficienza della risposta regolativa, la quale per poter essere efficace deve in verità accordarsi maggiormente ai tempi del mercato.

Per essere più chiari: l'adozione del principio "*comply or explain*" come stella polare di un intero sistema regolatore – quello dei codici di autodisciplina in materia di *corporate governance* – consente da un lato di dettare le regole del gioco a cui gli operatori del mercato azionario debbono attenersi a meno di non motivare eventuali deviazioni dal percorso segnato, deviazioni che tuttavia espongono il soggetto al relativo *enforcement*; dall'altro, come dicevamo, di fornire a politici e soggetti regolatori quella flessibilità nelle procedure di revisione e ammodernamento del codice che consentono allo stesso di essere il più possibile aggiornato ed attuale. Non a caso, prendendo ad esempio i codici di Italia e Olanda e anche in base a quanto abbiamo osservato precedentemente, è abbastanza agevole notare come gli stessi siano stati oggetto, nell'arco di una decina d'anni circa, di una serie di emendamenti e revisioni a tratti anche molto significativi ⁵⁰.

⁴⁹ I. HAXHI – H. VAN EES, *Explaining diversity in the worldwide diffusion of codes of good governance*, *Journal of International Business Study*, 2009, p. 4.

⁵⁰ Si veda *supra*. Per quel che concerne il Codice di autodisciplina delle società quotate a p. 68-70 e per il *Dutch Corporate Governance Code* a p. 70-71.

Insomma, sembra essere abbastanza evidente, per quanto andiamo sostenendo, che un codice formulato in base a principi di *best practices* e caratterizzato da una genesi ed una struttura legata a doppio filo all'autodisciplina, è uno strumento assolutamente in grado di cogliere i cambiamenti economico – sociali molto meglio di un corpo di disposizioni normative propriamente intese.

Anzi, in questo senso ci sia consentita un'ulteriore valutazione. Con riferimento all'eventuale inosservanza della regola di *best practice* possiamo già affermare in linea generale che indipendentemente dall'*enforcement* che possa comunque derivarne a livello di credibilità e affidabilità del soggetto inosservante sul mercato, soggetto peraltro obbligato a fornire spiegazione della propria deviazione, siamo certi di poter affermare che quell'inosservanza, lungi dal costituire una violazione di una regola che è, per sua stessa natura volontaria e non vincolante, potrà tuttavia condurre ad iniziare una nuova revisione o emendamento del codice, portando i soggetti responsabili della sua emanazione – nel caso di Italia e Olanda il Comitato di Borsa Italiana e l'apposita commissione permanente presso il Ministero delle Finanze, il Ministero della giustizia e il Ministero degli affari economici – a sviluppare un processo di nuova formulazione del codice di *corporate governance*.

Di modo che, potremmo affermare con il sostegno della miglior dottrina comparatista⁵¹, che un'altra caratteristica dei codici in esame è l'intrinseca e congenita capacità evolutiva, nel senso che fin dalla loro genesi essi contengono i germi per la propria riformulazione. In quest'ottica proponiamo, nella tabella sottostante, uno specchio riassuntivo della storia dei codici di *corporate governance* dei paesi componenti l'Unione Europea con l'ovvia aggiunta di Canada e Stati Uniti⁵².

⁵¹ I. HAXHI – H. VAN EES, *Explaining diversity in the worldwide diffusion of codes of good governance*, *Journal of International Business Study*, 2009, p. 4.

⁵² Si sottolinea come le informazioni in esame siano reperibili presso il sito dello European Corporate Governance Institute al seguente indirizzo: <http://www.ecgi.org/>

Tabella 1 - Il percorso dei codici di Corporate Governance in UE, USA e Canada.

Austria	
_	Austrian Code of Corporate Governance January 2009
_	Austrian Code of Corporate Governance (amended 2007) June 2007
_	Austrian Code of Corporate Governance (as amended in January 2006) January 2006
_	Austrian Code of Corporate Governance (as amended on 22 February 2005) 22 February 2005
_	Austrian Code of Corporate Governance November 2002

Belgium	
_	The 2009 Belgian Code on Corporate Governance 12 March 2009
_	Draft 2009 Belgian Code on Corporate Governance July 2008
_	Code Buysse: Corporate governance for non-listed companies 21 September 2005
_	Belgian Corporate Governance Code 9 December 2004
_	Draft 2008 Belgian Corporate Governance Code 18 June 2004
_	Director's Charter January 2000
_	Guidelines on Corporate Governance Reporting 18 November 1999
_	Corporate governance for Belgian listed companies (The Cardon Report) December 1998
_	Corporate Governance - Recommendations January 1998

Bulgaria	
_	Bulgarian National Code For Corporate Governance 10 October 2007

Canada	
_	Corporate Governance: Guide to Good Disclosure (January 2006) January 2006
_	Corporate Governance: A guide to good disclosure December 2003
_	Corporate Governance Policy-Proposed New Disclosure Requirement and Amended Guidelines 26 March 2002
_	Beyond Compliance: Building a Governance Culture (Saucier Report) November 2001
_	Five Years to the Dey June 1999
_	Building on Strength: Improving Governance and Accountability in Canada's Voluntary Sector February 1999
_	Where Were The Directors? Guidelines for Improved Corporate Governance in Canada (The Toronto Report) December 1994

	Cyprus
-	Cyprus Corporate Governance Code (2nd edition, March 2006) March 2006
-	Addendum of the Corporate Governance Code November 2003
-	Corporate Governance Code 24 September 2002

	Czech Republic
-	Corporate Governance Code based on the OECD Principles (2004) June 2004
-	Revised Corporate Governance Code (Based on OECD Principles 2001) February 2001

	Denmark
-	Recommendations for corporate governance of August 15, 2005 sections III and V revised by December 10, 2008 10 December 2008
-	Active ownership and transparency in private equity funds: Guidelines for responsible ownership and good corporate governance 26 June 2008
-	Recommendations for corporate governance of August 15, 2005, section VI revised by February 6, 2008 6 February 2008
-	Revised Recommendations for Corporate Governance in Denmark 15 August 2005
-	Report on Corporate Governance in Denmark December 2003
-	The Nørby Committee's report on Corporate Governance in Denmark 6 December 2001
-	Guidelines on Good Management of a Listed Company (Corporate Governance) 29 February 2000

	Estonia
-	Corporate Governance Recommendations 1 January 2006

	Finland
-	Finnish Corporate Governance Code 2008 20 October 2008
-	Proposal for an updated Finnish Corporate Governance Code 6 May 2008
-	Improving Corporate Governance of Unlisted Companies January 2006
-	Corporate Governance Recommendations for Listed Companies December 2003

	France
-	Corporate Governance Code of Listed Corporations December 2008
-	AFG - Recommandations sur le gouvernement d'entreprise - Version 2008 January 2008
-	Recommandations sur le gouvernement d'entreprise March 2004
-	The Corporate Governance of Listed Corporations October 2003
-	Promoting Better Corporate Governance In Listed Companies 23 September 2002
-	Vienot II Report July 1999
-	Recommendations on Corporate Governance 9 June 1998
-	Vienot I Report June 1995

	Germany
-	German Corporate Governance Code as amended on 6 June 2008
-	German Corporate Governance Code as amended 14 June 2007
-	Amendment to the German Corporate Governance Code - The Cromme Code (June 2006) 12 June 2006
-	Amendment to the German Corporate Governance Code - The Cromme Code (June 2005) 2 June 2005
-	Corporate Governance Code for Asset Management Companies 27 April 2005
-	Amendment to the German Corporate Governance Code - The Cromme Code (May 2003) 21 May 2003
-	The German Corporate Governance Code (The Cromme Code) 26 February 2002
-	Baums Commission Report (Bericht der Regierungskommission Corporate Governance) 10 July 2001
-	German Code of Corporate Governance (GCCG) 6 June 2000
-	Corporate Governance Rules for German Quoted Companies January 2000
-	DSW Guidelines June 1998
-	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) 5 March 1998

	Greece
-	Principles of Corporate Governance 24 July 2001
-	Principles on Corporate Governance in Greece: Recommendations for its Competitive Transformation October 1999

	Hungary
-	Corporate Governance Recommendations 11 March 2008
-	Corporate Governance Recommendations 6 August 2007
-	Corporate Governance Recommendations February 2002

	Ireland
-	Corporate Governance, Share Option and Other Incentive Schemes March 1999

	Italy
-	New Regulation on Banks' Organisation and Corporate Governance 4 March 2008
-	Corporate Governance Code (Codice di Autodisciplina) 14 March 2006
-	Handbook on Corporate Governance Reports February 2004
-	Corporate Governance Code (il Codice di Autodisciplina delle società quotate rivisitato) July 2002
-	Report & Code of Conduct (The Preda Code) October 1999
-	Testo Unico sulle disposizioni in materia di intermediazione February 1998

	Latvia
_	Principles of Corporate Governance and Recommendations on their Implementation 27 December 2005

	Lithuania
_	Corporate Governance Code for the Companies listed on the National Stock Exchange of Lithuania 23 April 2003

	Luxembourg
_	The Ten Principles of Corporate Governance of the Luxembourg Stock Exchange April 2006

	Malta
_	Principles of Good Corporate Governance: Revised Code for Issuers of Listed Securities 3 November 2005
_	Principles of Good Corporate Governance for Public Interest Companies 3 November 2005
_	Principles of Good Corporate Governance 1 October 2001

	Norway
_	The Norwegian Code of Practice for Corporate Governance 4 December 2007
_	The Norwegian Code of Practice for Corporate Governance 28 November 2006
_	The Norwegian Code of Practice for Corporate Governance (Revised 2005) 8 December 2005
_	The Norwegian Code of Practice for Corporate Governance 7 December 2004

	Poland
_	Code of Best Practice for WSE Listed Companies 4 July 2007
_	Best Practices in Public Companies 2005 29 October 2004
_	Best Practices in Public Companies in 2002 4 July 2002
_	The Corporate Governance Code for Polish Listed Companies (The Gdańsk Code) 15 June 2002

	Portugal
_	CMVM Corporate Governance Code September 2007
_	Proposal on the Corporate Governance Code 3 April 2007
_	White Book on Corporate Governance in Portugal February 2006
_	Recommendations on Corporate Governance November 2003
_	CMVM Regulation Nº 11/2003: Corporate Governance 2003
_	CMVM Regulation No 07/2001: Corporate Governance December 2001
_	Recommendations on Corporate Governance November 1999

	Romania
_	Bucharest Stock Exchange Corporate Governance Code 22 January 2009
_	Corporate Governance Code in Romania 24 June 2000

	Slovakia
_	Corporate Governance Code for Slovakia January 2008
_	Corporate Governance Code (Based on the OECD Principles) September 2002

	Slovenia
_	Corporate Governance Code (Amended 5 February 2007) 5 February 2007
_	Corporate Governance Code 14 December 2005
_	Corporate Governance Code 18 March 2004

	Spain
_	Unified Good Governance Code 19 May 2006
_	IC-A: Code of Ethics for Companies April 2006
_	Draft Unified Code of Recommendations for the Good Governance 16 January 2006
_	IC-A: Principles of Good Corporate Governance December 2004
_	Decálogo del Directivo May 2004
_	The Aldama report 8 January 2003
_	Código de Buen Gobierno 26 February 1998
_	Círculo de Empresarios October 1996

	Sweden
_	Swedish Code of Corporate Governance May 2008
_	Swedish Code of Corporate Governance 13 September 2007
_	Swedish Code of Corporate Governance <i>Report of the Code Group</i> 16 December 2004
_	Swedish Code of Corporate Governance <i>A Proposal by the Code Group</i> 21 April 2004
_	The NBK Recommendations February 2003
_	Corporate Governance Policy 26 October 2001

	The Netherlands
_	Dutch corporate governance code 10 December 2008
_	SCGOP Handbook of Corporate Governance 2004 2004
_	The Dutch corporate governance code (the Tabaksblat Code) 9 December 2003
_	Draft Corporate Governance Code 1 July 2003
_	SCGOP Handbook of Corporate Governance August 2001
_	Government Governance; Corporate governance in the public sector, why and how? 2 November 2000
_	Peters Report & Recommendations, Corporate Governance in the Netherlands 27 July 1997

	Ukraine
-	Ukrainian Corporate Governance Principles 3 June 2003

	United Kingdom
-	A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities (The Walker Review) 16 July 2009
-	The Combined Code on Corporate Governance (Revised June 2008) June 2008
-	Guidelines for Disclosure and Transparency in Private Equity 20 November 2007
-	The Combined Code on Corporate Governance June 2006
-	Good practice suggestions from the Higgs Report June 2006
-	Internal Control: Revised Guidance for Directors on the Combined Code October 2005
-	Corporate governance in central government departments: Code of good practice July 2005
-	Pension Scheme Governance - fit for the 21st century: A Discussion Paper from the NAPF July 2005
-	Good Governance: The Code of Governance for the Voluntary and Community Sector June 2005
-	Corporate Governance: A Practical Guide 24 August 2004
-	The Combined Code on Corporate Governance 23 July 2003
-	Audit Committees - Combined Code Guidance (the Smith Report) January 2003
-	The Higgs Report: Review of the role and effectiveness of non-executive directors January 2003
-	The Responsibilities of Institutional Shareholders and Agents - Statement of Principles 21 October 2002
-	The Hermes Principles 21 October 2002
-	Review of the role and effectiveness of non-executive directors (Consultation Paper) 7 July 2002
-	Code of Good Practice January 2001
-	The Combined Code: Principles of Good Governance and Code of Best Practice May 2000
-	Hermes Statement on International Voting Principles 13 December 1999
-	The KPMG Review Internal Control: A Practical Guide October 1999
-	Internal Control : Guidance for Directors on the Combined Code (Turnbull Report) September 1999
-	Hampel Report (Final) January 1998
-	Greenbury Report (Study Group on Directors' Remuneration) 15 July 1995
-	Cadbury Report (The Financial Aspects of Corporate Governance) 1 December 1992

	USA
-	Key Agreed Principles to Strengthen Corporate Governance for U.S. Publicly Traded Companies 16 October 2008
-	TIAA-CREF Policy Statement on Corporate Governance (2007) 13 March 2007
-	Asset Manager Code of Professional Conduct November 2004
-	Final NYSE Corporate Governance Rules 3 November 2003
-	Restoring Trust - The Breeden Report on Corporate Governance for the future of MCI, Inc. August 2003
-	Commission on Public Trust and Private Enterprise Findings and Recommendations: Part 2: Corporate Governance 9 January 2003
-	Corporate Governance Rule Proposals 1 August 2002
-	Principles of Corporate Governance May 2002
-	Core Policies, General Principles, Positions & Explanatory Notes 25 March 2002
-	Principles of Corporate Governance: Analysis & Recommendations 2002
-	Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism 2001
-	Global Corporate Governance Principles 1999
-	Statement on Corporate Governance September 1997

2.3 Sguardo d'insieme al Codice di Autodisciplina delle società quotate con particolare attenzione ai profili contenutistici.

Dopo aver esposto in linea generale le ragioni che giustificano uno studio comparato in tema di codici di autodisciplina in materia di *corporate governance* pare ora giunto il momento di condurre una breve analisi circa caratteristiche e contenuti di ciascuno dei due codici presi in esame.

Ciò, così da comprendere quali possano essere, anche in questo caso, gli indici utili forniti dall'esperienza *de qua* al fine della ricerca che caratterizza il presente studio: la natura giuridica dei codici di condotta con particolare attenzione a quelli di autodisciplina.

Venendo quindi al Codice di autodisciplina delle società quotate e richiamando in breve quanto osservato in precedenza, diremo che esso si articola in Principi, Criteri applicativi e Commenti secondo una tripartizione volta a fornire le regole e le possibili applicazioni ed interpretazioni delle stesse.

Per la verità, il codice si apre anzitutto con il Principio introduttivo che detta quelle che potremmo definire le linee guida del corpo di regole.

In esso, ad esempio, si enunciano in una serie di proposizioni, principi come la volontarietà dell'adesione al codice e, ancora, l'obbligo per la società con azioni quotate - definita emittente, e che aderisce in tutto o in parte al Codice - di darne annualmente informazione al mercato nei termini e con le modalità stabilite dalle disposizioni di legge e di regolamento applicabili, precisando quali raccomandazioni del Codice vengano da essa effettivamente applicate e con quali modalità. L'obbligo informativo *de quo* si riferisce ai soli Principi e Criteri applicativi mentre indicazioni e auspici espressi nei Commenti vanno tenuti nel debito conto ma sono sottratti all'obbligo informativo.

Inoltre, dopo la volontaria adesione al codice, la società si obbliga a produrre annualmente una relazione informativa che viene definita "relazione sul governo societario".

In essa, sulla base del fondamentale principio *comply or explain* che permea l'intero corpo di regole del codice, con riferimento ai Principi e ai Criteri applicativi, ogni emittente fornisce informazioni accurate e di agevole comprensione, se pur concise, sui comportamenti attraverso i quali le raccomandazioni in essi contenute sono state concretamente applicate nel periodo cui si riferisce la relazione annuale. Qualora l'emittente non abbia fatto proprie, in tutto o in parte, una o più

raccomandazioni, fornisce adeguate informazioni in merito ai motivi della mancata o parziale applicazione.

Viceversa, nel caso in cui i principi e i criteri applicativi contemplino comportamenti opzionali, viene richiesta una mera descrizione dei comportamenti osservati, non essendo necessario fornire motivazioni in merito alle scelte adottate. Qualora invece gli stessi abbiano un semplice contenuto definitorio, si presume che l'emittente vi si sia attenuto, in mancanza di sue diverse indicazioni.

Fin qui la parte rivolta al c.d. Principio introduttivo. Seguono quindi dodici corpi di regole dedicate ai temi che elenchiamo: ruolo del consiglio di amministrazione, composizione del consiglio di amministrazione, amministratori indipendenti, trattamento delle informazioni societarie, istituzione e funzionamento dei comitati interni al consiglio di amministrazione, nomina degli amministratori, remunerazione degli amministratori, sistema di controllo interno, interessi degli amministratori e operazioni con parti correlate, sindaci, rapporti con gli azionisti e sistemi di amministrazione e controllo dualistico e monistico.

Ciascuno di questi dodici corpi di regole, come detto, è disciplinato secondo una tripartizione di Principi, Criteri applicativi e Commenti.

Ora, non pare questa la sede per analizzare nel dettaglio ciascuno dei dodici temi disciplinati dal codice, tuttavia, tenteremo di darne un quadro d'insieme focalizzando l'attenzione su ciò che ha costituito materia, nel corso della riforma del 2006, di più puntuale e attenta rivisitazione.

In breve diremo allora quanto segue.

In tema di ruolo del consiglio di amministrazione osserviamo che una più intensa attenzione è stata rivolta al tema dei gruppi di società; sono state introdotte raccomandazioni relative ai limiti di cumulo degli incarichi degli amministratori ed al *self-assessment* annuale del consiglio; per quanto concerne invece la composizione di quest'ultimo si è proceduto a meglio definire la nozione e il ruolo degli amministratori non esecutivi; si è poi prevista la nuova figura del *lead independent director* (a presidio di

maggior chiarezza e trasparenza) nel caso di concentrazione delle cariche di presidente ed amministratore delegato con conseguente necessità di fornire le ragioni di tale scelta di cumulo.

In tema di amministratori indipendenti si é affermato il principio di prevalenza della sostanza sulla forma nella valutazione di indipendenza (in osservanza alla Raccomandazione CE 15 febbraio 2006); sono stati quindi esemplificati i criteri in base ai quali il consiglio di amministrazione deve effettuare la valutazione *de qua* ed é stato contemporaneamente ampliato il coinvolgimento del collegio sindacale in funzione di controllo della corretta applicazione dei summenzionati criteri; si sono infine previste le riunioni dei soli consiglieri indipendenti, disponendo che le stesse debbano essere tenute almeno una volta all'anno così da garantire e implementare la capacità degli amministratori indipendenti di incidere maggiormente nella vita della società.

Altra novità di rilievo é quella legata alla previsione di una disciplina generale in ordine a composizione, poteri, modalità di svolgimento dell'incarico dei comitati interni al consiglio di amministrazione. Più nel dettaglio, si é stabilito che il comitato remunerazione sia composto esclusivamente da amministratori non esecutivi, per la maggior parte anche indipendenti; mentre in ordine alla composizione del comitato per il controllo interno si é prevista in via obbligatoria la presenza di almeno un componente con specifiche competenze in materia contabile e un più generale rafforzamento del principio di competenza. Va registrato anche un ampliamento dei poteri istruttori autonomi quasi a voler richiamare in maniera implicita lo Sarbanes-Oxley Act americano).

In ordine a nomina e remunerazione degli amministratori ha trovato conferma e specificazione il principio della trasparenza della procedura di nomina, in tal senso sembra andare proprio l'esemplificazione dei possibili compiti del comitato per le nomine (la cui presenza, tuttavia, non pare essere così fortemente raccomandata come la presenza del comitato remunerazioni e del comitato per il controllo interno). Si sono quindi

definite struttura e finalità della remunerazione, distinguendo tra amministratori esecutivi e non esecutivi (e, sulla base della già ricordata novellazione dell'art. 7, raccomandando ai consigli di amministrazione delle società quotate di definire, su proposta del Comitato per la remunerazione, una politica generale per la remunerazione degli amministratori esecutivi, degli altri amministratori investiti di particolari cariche e dei dirigenti con responsabilità strategiche, riferendo con cadenza annuale all'assemblea dei soci).

Sempre maggiore importanza è stata data al sistema di controllo interno anche attraverso l'aggiornamento della nozione di sistema di controllo, in linea con l'evoluzione della *best practice* internazionale, la migliore definizione di ruoli e rapporti tra i diversi soggetti/organi coinvolti nella definizione, il monitoraggio ed aggiornamento del sistema (in particolare tra collegio sindacale e comitato per il controllo interno).

Anche il tema degli interessi degli amministratori ed operazioni con parti correlate ha visto apportare alcuni aggiornamenti relativi, in modo particolare, alla formulazione di raccomandazioni che si accordassero al mutato quadro normativo (si pensi agli articoli 2391 e 2391 bis C.c.) nonché alle ovvie e conseguenti indicazioni pratiche circa i presidi da utilizzare per la gestione e per il controllo delle operazioni rilevanti in conflitto di interesse o con parti correlate.

Circa il ruolo dei sindaci si è favorita l'estensione delle garanzie di indipendenza e definizione delle misure volte a perseguire al meglio un efficiente ed efficace svolgimento del loro ruolo inoltre, come osservato, si è promosso il coinvolgimento del collegio sindacale in funzione di controllo della corretta applicazione dei criteri in base ai quali il consiglio di amministrazione deve effettuare la valutazione di indipendenza degli amministratori che si qualificano come tali.

Per concludere questa rapida panoramica relativa alle più rilevanti modifiche operate dalla riforma del 2006 (e 2010) sul Codice di autodisciplina delle società quotate segnaliamo, in tema di rapporti con gli

azionisti, la promozione di iniziative volte ad agevolare la loro conoscenza delle informazioni societarie e favorirne la partecipazione alle assemblee e l'esercizio dei diritti sociali, mentre, per quel che concerne i sistemi alternativi di amministrazione e controllo, l'invito alle società che adottano il sistema "monistico" o quello "dualistico" ad applicare le raccomandazioni del Codice di autodisciplina adattandole al sistema prescelto e fornendo ampia *disclosure* sugli adattamenti operati e sulle motivazioni della scelta.

2.4 Brevi note in tema di caratteristiche formali e di natura giuridica del Codice di autodisciplina delle società quotate.

Fino ad ora, abbiamo tentato di dare conto di quelli che ben potremmo descrivere come gli elementi contenutistici del Codice di autodisciplina delle società quotate.

Ciò detto, sembra ora giunto il momento di riflettere su alcuni profili formali del codice che, va detto, probabilmente non aiutano esattamente a semplificare la questione della sua classificazione in ordine alla propria natura giuridica. Anzi, come già accaduto in precedenza, la sensazione é, ancora una volta, quella di assistere ad un'inarrestabile commistione di nozioni che, sia detto per inciso, pagano molto probabilmente ancora una volta dazio agli effetti della globalizzazione.

Va anche osservato, però, che, a meno di non voler negare - con una certa incoscienza peraltro - la reale portata di un fenomeno come quello appena indicato, il giurista moderno deve prendere atto di un mutato quadro normativo che, inevitabilmente oggi, assume contorni che vanno ben al di là dei confine nazionale. Che si parli di armonizzazione comunitaria della disciplina normativa o di miglioramento e adeguamento dell'autodisciplina agli standard di *best practice* internazionale, nulla può mettere in dubbio che oggi la prospettiva del giurista deve cambiare a meno di non voler avvallare una miopia scientifica che rischia di imprigionare il singolo sistema normativo nazionale in un angolo angusto e

tenebroso che somiglia molto da vicino al fallimento di un intero modello culturale ancor prima che giuridico.

Comunque, come abbiamo avuto modo di osservare, le dodici sezioni del Codice di autodisciplina si riferiscono a singoli e differenti aspetti della *corporate governance*, intendendo con quest'ultima quell'insieme di regole con le quali le imprese quotate in borsa sono gestite e controllate, e più precisamente quindi, quel corpo di disposizioni che disciplina i rapporti fra dirigenti, azionisti e terzi interessati (gli *stakeholders*) che possono essere creditori, dipendenti, clienti, consumatori, avendo poi cura di non dimenticare quella congerie di interessi ambientali, sociali ed economici della società in cui l'impresa si trova ad operare.

Sembra evidente quindi come, ancora una volta, il complesso degli interessi in gioco e dunque gli stessi effetti, più o meno diretti, derivanti dall'insieme di norme e regole in materia di *corporate governance* e quindi anche del Codice di autodisciplina, vadano a riverberarsi su una pluralità di soggetti terzi rispetto ad un possibile rapporto contrattuale sotteso al codice.

Tanto più se si pensa a quanto meticciosa sia la natura del codice in esame. Poichè è vero che quest'ultimo appare non legalmente vincolante e l'adesione ad esso da parte delle società c.d. emittenti è meramente volontaria ma va sottolineato che il Testo Unico Finanziario (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che ha conosciuto una serie di modifiche prima ad opera del D.Lgs. n. 262 del 28 dicembre 2005 e successivamente attraverso il d.lgs. n. 173 del 3 novembre 2008 e il d. lgs. n. 176 del 30 dicembre 2010) ha riconosciuto uno spazio importante alla figura dei codici di comportamento al punto da dedicare alla relazione sul governo societario un intero e corposo articolo, il 123 bis, recante la seguente rubrica: "Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari".

Con il che, il legislatore italiano ha di fatto "sposato" la soluzione accolta in precedenza proprio dal legislatore olandese andando a rendere legalmente vincolante il principio *comply or explain*. Il che già di per sé

apre il consueto sipario di incertezza sulla natura del codice di autodisciplina delle società quotate.

Ed in effetti, a leggere il testo del secondo comma, lettera a) dell'articolo in esame non v'è chi non veda come il principio appena ricordato venga fatto oggetto di recezione esplicita da parte della disposizione normativa ⁵³.

⁵³ Riportiamo in questa sede per ragioni di chiarezza il testo integrale dell'articolo 123 bis del novellato Testo Unico Finanziario:

Art. 123-bis
(Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari)

1. La relazione sulla gestione delle società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati contiene in una specifica sezione, denominata: «Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari», informazioni dettagliate riguardanti:

- a) la struttura del capitale sociale, compresi i titoli che non sono negoziati su un mercato regolamentato di uno Stato comunitario, con l'indicazione delle varie categorie di azioni e, per ogni categoria di azioni, i diritti e gli obblighi connessi, nonché la percentuale del capitale sociale che esse rappresentano;
- b) qualsiasi restrizione al trasferimento di titoli, quali ad esempio limiti al possesso di titoli o la necessità di ottenere il gradimento da parte della società o di altri possessori di titoli;
- c) le partecipazioni rilevanti nel capitale, dirette o indirette, ad esempio tramite strutture piramidali o di partecipazione incrociata, secondo quanto risulta dalle comunicazioni effettuate ai sensi dell'articolo 120;
- d) se noti, i possessori di ogni titolo che conferisce diritti speciali di controllo e una descrizione di questi diritti;
- e) il meccanismo di esercizio dei diritti di voto previsto in un eventuale sistema di partecipazione azionaria dei dipendenti, quando il diritto di voto non è esercitato direttamente da questi ultimi;
- f) qualsiasi restrizione al diritto di voto, ad esempio limitazioni dei diritti di voto ad una determinata percentuale o ad un certo numero di voti, termini imposti per l'esercizio del diritto di voto o sistemi in cui, con la cooperazione della società, i diritti finanziari connessi ai titoli sono separati dal possesso dei titoli;
- g) gli accordi che sono noti alla società ai sensi dell'articolo 122;
- h) gli accordi significativi dei quali la società o sue controllate siano parti e che acquistano efficacia, sono modificati o si estinguono in caso di cambiamento di controllo della società, e i loro effetti, tranne quando sono di natura tale per cui la loro divulgazione arrecherebbe grave pregiudizio alla società; tale deroga non si applica quando la società ha l'obbligo specifico di divulgare tali informazioni sulla base di altre disposizioni di legge;
- i) gli accordi tra la società e gli amministratori, i componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza, che prevedono indennità in caso di dimissioni o licenziamento senza giusta causa o se il loro rapporto di lavoro cessa a seguito di un'offerta pubblica di acquisto;
- l) le norme applicabili alla nomina e alla sostituzione degli amministratori e dei componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza, nonché alla modifica dello statuto, se diverse da quelle legislative e regolamentari applicabili in via suppletiva;
- m) l'esistenza di deleghe per gli aumenti di capitale ai sensi dell'articolo 2443 del codice civile ovvero del potere in capo agli amministratori o ai componenti del consiglio di gestione di emettere strumenti finanziari partecipativi nonché di autorizzazioni all'acquisto di azioni proprie.

Quasi a voler confermare come i principi fondanti del Codice di autodisciplina vengano a questo punto incardinati in un testo normativo. Si va così di fatto a riconoscere efficacia *erga omnes* perlomeno ai generali principi che costituiscono la spina dorsale del codice, il che ancora una volta porta a riflettere su quella che sempre più appare come una duplice natura: da una parte l'elemento della volontarietà nell'adesione al corpo di regole previsto dal codice di autodisciplina, dall'altro la sua efficacia vincolante una volta che si sia eletta la via dell'adesione. Dove la vincolatività, però, non determina effetti nei soli confronti delle società emittenti, ma piuttosto, verso la platea generale degli *omnes*, dato che i principi del codice di autodisciplina sono di fatto stati trasfusi nel corpo di una legge ordinaria.

2. Nella medesima sezione della relazione sulla gestione di cui al comma 1 sono riportate le informazioni riguardanti:

- a) l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari. La società indica altresì dove il codice di comportamento in materia di governo societario al quale aderisce è accessibile al pubblico;
- b) le principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno esistenti in relazione al processo di informativa finanziaria, anche consolidata, ove applicabile;
- c) i meccanismi di funzionamento dell'assemblea degli azionisti, i suoi principali poteri, i diritti degli azionisti e le modalità del loro esercizio, se diversi da quelli previsti dalle disposizioni legislative e regolamentari applicabili in via suppletiva;
- d) la composizione e il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo e dei loro comitati.

3. Le informazioni di cui ai commi 1 e 2 possono figurare in una relazione distinta dalla relazione sulla gestione, approvata dall'organo di amministrazione, e pubblicata congiuntamente alla relazione sulla gestione. In alternativa, la relazione sulla gestione può indicare la sezione del sito internet dell'emittente dove è pubblicato tale documento.

4. La società di revisione esprime il giudizio di cui all'articolo 156, comma 4-*bis*, lettera *d*), sulle informazioni di cui al comma 1, lettere *c*), *d*), *f*), *l*) e *m*), e al comma 2, lettera *b*), e verifica che sia stata elaborata una relazione sul governo societario e gli assetti proprietari.

5. Le società che non emettono azioni ammesse alle negoziazioni in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, possono omettere la pubblicazione delle informazioni di cui ai commi 1 e 2, salvo quelle di cui al comma 2, lettera *b*).

E, ancora, va osservato che l'articolo 123 bis del T.U.F. va necessariamente inserito nel più ampio quadro generale tratteggiato dal Titolo III del T.U.F. dedicato alla disciplina delle società emittenti e delle disposizioni generali in materia di informazioni regolamentate di cui all'art. 113 ter, se è vero che quest'ultimo al primo comma dispone: "Per informazioni regolamentate si intendono quelle che devono essere pubblicate dagli emittenti quotati, dagli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine, o dai soggetti che li controllano, ai sensi delle disposizioni contenute nel presente Titolo, Capo I e Capo II, Sezioni I, I-bis, II e V-bis, e nei relativi regolamenti di attuazione ovvero delle disposizioni previste da Paesi extracomunitari ritenute equivalenti dalla Consob".

Quindi, anche quelle relative alla relazione sul governo societario, giacché previste dall'art 123 bis della Sezione I del Capo II del Titolo in esame.

Ne emerge, in modo abbastanza pacifico per la verità, che il Codice di autodisciplina delle società quotate sembrerebbe rientrare, attenendoci a quella che è certamente la miglior dottrina comparatista ⁵⁴, a quel tipo di

⁵⁴ In particolare si legga E. WYMEERSCH, *Corporate governance codes and their implementation, op. prec. cit.*, p. 59 e 60 in cui l'autore conduce un interessante *excursus* sui codici di *corporate governance* a livello europeo e formula una classificazione degli stessi in base alle caratteristiche, individuando almeno cinque sottogruppi che andrebbero a costituire un'unica categoria. In particolare, vi sarebbe un primo gruppo di codici caratterizzati dalla sola volontarietà, dunque completamente sprovvisti di una qualsiasi forza vincolante, con un valore perciò riportabile a quello di un codice deontologico. Questo tipo di codici sarebbe solitamente frutto dei lavori di una commissione di studio composta da accademici. Un secondo tipo di codici, che troverebbe la propria origine nel mercato dei titoli, meglio nello studio condotto da parte di un comitato costituito su promozione della Borsa. Un codice di questo tipo manterrebbe un valore sostanzialmente volontario o al più, la sua adozione, potrebbe costituire condizione per l'ammissione della società da parte della Borsa alla quotazione di mercato. Un terzo tipo di codici è quello la cui compilazione venga promossa da parte di un'autorità amministrativa o comunque pubblica e non privata. L'autore illustra una serie di modalità fra cui quella della partecipazione nella stesura del codice da parte del ministero delle finanze o di giustizia. Od ancora, proprio a questi ultimi potrebbe essere attribuito il compito di promuovere la commissione di studio deputata alla stesura del corpo di regole o magari all'Authority competente. Ciò potrebbe, secondo l'autore, contribuire in modo determinante a conferire autorevolezza al codice ma non sarebbe ancora di per sé sufficiente a garantire una natura vincolante alle norme ivi contenute. Un quarto gruppo di codici invece – cui appartengono con certezza quello tedesco e quello olandese e probabilmente anche quello italiano – vedrebbe recepito il proprio parziale contenuto all'interno della legislazione di riferimento. Va detto che nel caso di Germania

codici in cui il legame con le norme legislative é netto, esattamente come avviene per il codice tedesco o olandese e dove la definizione di codice di *self regulation* o autodisciplina suona perlomeno ambigua.

Diremo di piú. Non ci pare affatto peregrino in questo caso provare a condurre un breve parallelo fra principio di *comply or explain* e *best practices* da un lato e standard tecnici dall'altro. In modo particolare tenendo presente di come questi ultimi, in tema di certificazione di qualità ad esempio, siano stati fatti oggetto di specifico recepimento da parte delle disposizioni normative.

Così facendo, si assiste a quella che giustamente è stata definita incorporazione della norma tecnica nella norma giuridica. Con la conseguenza che, per effetto di una simile immedesimazione, la prima assume la stessa vigenza formale della seconda⁵⁵. Ne discende, dunque, che perlomeno nel caso delle norme tecniche, esse seguono quelle giuridiche anche per quel che concerne il trattamento: la ricorribilità in Cassazione, l'applicabilità del principio *iura novit curia*, la possibilità d'essere sottoposte ad un giudizio di costituzionalità e a referendum, qualora siano fonti di rango primario, ovvero a quello di sindacabilità o annullabilità da parte del giudice amministrativo se di rango secondario o inferiore⁵⁶.

e Olanda il riferimento è forse piú esplicito – in Italia il T.U.F. all'art. 123 bis parla di codici di comportamento anche se a dire il vero sembra questa piú una questione di nomenclatura che di effettiva incertezza – ed è contenuto rispettivamente nel § 161 dell'*Aktiengesetz AktG (Erklärung zum Corporate Governance Codex)* e nel libro 2 art. 391 paragrafo 4 del Codice civile olandese (*Burgerlijk Wetboek*). I Codici così caratterizzati vengono definiti di *self regulation* ma lo specifico recepimento dei principi da essi previsti all'interno di un testo normativo rende, secondo l'autore, la definizione a dir poco ambigua. Un ultimo gruppo di codici, infine, sarebbe quello che trova la propria fonte nella norma e che è oggetto di una supervisione costante ad opera di un corpo governativo. Questo sembrerebbe essere stato l'approccio scelto dalla Spagna e ancor di piú dagli Stati Uniti in occasione dell'emanazione dello *Sarbanes-Oxley Act*.

⁵⁵ F. SALMONI, *op. cit.*, p. 162: "Ciò che viene in rilievo in tali casi, è la forma che la norma tecnica assume, che necessariamente segue la forma assunta dalla norma giuridica che la incorpora: la norma tecnica assorbe in questo modo le stesse caratteristiche e la stessa forza della norma giuridica che la contiene".

⁵⁶ Ancora in F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 163. L'autrice non manca di sottolineare come la stessa immedesimazione e lo stesso trattamento giuridico riservato anche alle norme tecniche incorporate sia oggetto di forte critica da parte di

Ora, non pare difficile individuare forti analogie fra gli standard tecnici, in tema di certificazione di qualità, che sono il frutto della selezione delle migliori prassi da un lato e le best practices a livello internazionale per quel che concerne la *corporate governance* dall'altro.

In fin dei conti, a ben vedere, la genesi è la stessa: quella di un fenomeno sommerso, frutto di pratiche certamente spontanee e convenzionali che per lungo tempo non hanno beneficiato di alcuna disciplina giuridica e che hanno tuttavia portato ad una progressiva individuazione, standardizzazione e scelta di livelli di sicurezza e qualità da una parte e controllo e trasparenza dall'altro.

In un caso, quello della certificazione di qualità, lo scopo era quello di garantire a particolari meccanismi, macchine, o tecniche produttive, un alto grado di affidabilità ed interscambiabilità. Nell'altro: rispondere alle esigenze di tutela degli *stakeholders* attraverso strumenti di controllo e trasparenza del governo societario.

Tuttavia, come dicevamo, il meccanismo genetico è lo stesso così come coincidono i processi di recepimento degli standard di qualità o dei principi di *corporate governance* nei testi normativi, (il *comply or explain*) con quel che ne consegue per effetto della c. d. incorporazione come abbiamo avuto modo di ribadire.

Certo, nel caso della *corporate governance*, il cammino è ancora lungo ma a voler ragionare in prospettiva, la deriva sembra essere quella per cui l'autodisciplina sempre più diventa, ci venga passata l'espressione, la "bozza" del futuro testo normativo. Al punto che il passo successivo al

alcuni autori. Per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, vol. I, Padova, 1970, p. 13 e ss. Le ragioni sarebbero, in estrema sintesi, la degradazione delle fonti incorporanti la norma tecnica ad un rango equiparabile a quello delle istruzioni e circolari amministrative; la conseguente confusione dell'artefice della norma tecnica con quello della norma giuridica con il duplice effetto di cancellare le rispettive sfere di responsabilità e l'autonomia della norma tecnica rispetto alla norma giuridica; infine la cristallizzazione delle norme tecniche, la quale impedisce di fatto ai processi decisionali pubblici di beneficiare e fruire delle più moderne acquisizioni scientifiche.

parziale recepimento iniziale è stato proprio quello, almeno in materia di certificazione di qualità di recezione di interi corpi di regole tecniche.

2.5 L'*enforcement* del Codice di autodisciplina delle società quotate.

Il tentativo di classificazione del Codice di autodisciplina delle società quotate non sembra divenire più agevole nemmeno ragionando circa il suo eventuale potere di *enforcement*.

Anzitutto va osservato che in via preventiva il Comitato permanente per il Codice di autodisciplina promosso da Borsa Italiana S.p.a. è impegnato nel monitoraggio annuale sul grado di attuazione del Codice di autodisciplina così da realizzare un continuo *upgrading* e aggiornamento dei principi di governo societario.

In particolare i consigli di amministrazione delle società italiane emittenti azioni quotate in borsa e nel mercato MTAX danno informativa, con cadenza annuale, sul proprio sistema di *corporate governance* e sull'adesione al Codice. I consigli di amministrazione delle società che non hanno applicato le raccomandazioni del Codice, o le abbiano applicate solo in parte, sono obbligati a dare informazione delle motivazioni che le hanno indotte a tale decisione.

L'informazione di cui sopra è fornita mediante un'apposita relazione, redatta secondo le indicazioni contenute nel Codice oltre che in conformità alle disposizioni di legge e di regolamento applicabili, messa a disposizione dei soci insieme alla documentazione prevista per l'assemblea di bilancio e trasmessa, entro il termine di legge previsto per la messa a disposizione dei soci della documentazione per l'assemblea di bilancio, a Borsa Italiana che la mette a disposizione del pubblico e provvede alla sua pubblicazione.

La mancata comunicazione della relazione annuale determina l'applicazione del novellato articolo 192 bis T.U.F. il quale prevede che "Salvo che il fatto costituisca reato, gli amministratori, i componenti degli

organi di controllo e i direttori generali di società quotate nei mercati regolamentati i quali omettono le comunicazioni prescritte dall'articolo 123 bis, comma 2, lettera a) sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da diecimila a trecentomila euro. Il provvedimento sanzionatorio è pubblicato, a spese degli stessi, su almeno due quotidiani, di cui uno economico, aventi diffusione nazionale”.

Perciò, come detto, il principio del *comply or explain*, così come recepito nel T.U.F. di per sé comporta la semplice necessità, da parte del soggetto, di provvedere a comunicare la relazione annuale pena la sanzione di cui all'articolo 192 bis T.U.F.

Viceversa, laddove non si ottemperi all'obbligo di motivare adeguatamente l'omessa osservanza di principi e criteri applicativi, nulla dice il codice di autodisciplina né, tantomeno, il T.U.F. circa l'insufficiente motivazione, cosicché il regime di *enforcement* italiano appare in definitiva alquanto spuntato e inefficiente poiché l'*enforcement* pare limitarsi ad un controllo relativo all'effettiva comunicazione della relazione annuale senza prevedere forme di indagine circa la motivazione fornita. Vedremo invece quanto diversa e più efficace sia la corrispondente disciplina olandese in tema di *enforcement* del codice di *corporale governance*.

2.6 Premessa sul *Dutch Corporate Governance Code* e sintetica ricognizione in tema di sistema di amministrazione e controllo dualistico.

Dopo la sintetica analisi di quelli che paiono essere i più rilevanti elementi contenutistici e formali del Codice di autodisciplina delle società quotate, sembra ora il caso di analizzare brevemente le caratteristiche del *Dutch Corporate Governance Code*.

Il codice olandese di *corporate governance* consta di tre parti essenziali: un corposo Preambolo che detta in sedici punti le linee guida della compilazione; una seconda parte composta di Principi e Previsioni di *best*

*practice*⁵⁷ riferite ai cinque temi principali regolati dal Codice che sono: l'*enforcement* del Codice, la disciplina del *Management board* (il c.d. Consiglio di gestione), la disciplina del *Supervisory board* (il c.d. Consiglio di sorveglianza), la regolazione del *General Meeting of Shareholders* (l'assemblea generale degli azionisti), e le disposizioni in materia di *Audit of financial reporting and position of the internal audit function and the external auditor* (certificazione delle informazioni contabili e posizione di revisione contabile interna ed esterna); infine una terza ed ultima parte dedicata alle definizioni e note esplicative sui termini utilizzati nel codice. Vi è poi una parte ulteriore in chiusura che contiene raccomandazioni direttamente rivolte al legislatore.

⁵⁷ In questo senso non pare del tutto fuori luogo fornire almeno un esempio "visivo" di come appaia la formulazione del principio e delle susseguenti previsioni di *best practice* del *Dutch Corporate Governance Code*. Riportiamo quindi in questa sede, a mero titolo esemplificativo e di chiarimento il testo, in lingua inglese, del principio e delle previsioni di *best practice* relative al capitolo dedicato all'*enforcement* del codice:

PRINCIPLES AND BEST PRACTICE PROVISIONS

I. Compliance with and enforcement of the code

Principle The management board and the supervisory board are responsible for the corporate governance structure of the company and for compliance with this code. They are accountable for this to the general meeting and should provide sound reasons for any non-application of the provisions. Shareholders take careful note and make a thorough assessment of the reasons given by the company for any non-application of the best practice provisions of this code. They should avoid adopting a 'box-ticking approach' when assessing the corporate governance structure of the company and should be prepared to engage in a dialogue if they do not accept the company's explanation. There should be a basic recognition that corporate governance must be tailored to the company-specific situation and that nonapplication of individual provisions by a company may be justified.

Best practice provisions

- I.1 The broad outline of the corporate governance structure of the company shall be explained in a separate chapter of the annual report, partly by reference to the principles mentioned in this code. In this chapter the company shall indicate expressly to what extent it applies the best practice provisions in this code and, if it does not do so, why and to what extent it does not apply them.
- I.2 Each substantial change in the corporate governance structure of the company and in the compliance of the company with this code shall be submitted to the general meeting for discussion under a separate agenda item.

Va detto che tale ultima parte sembra collimare perfettamente con lo spirito che anima fin dal Preambolo il codice *de quo se* è vero che al quinto punto della prima parte esso contiene una specifica previsione che sottolinea come il codice di *corporate governance* non costituisca uno strumento a sé, un isolato corpo di regole, ma piuttosto esso debba essere inteso come parte di un sistema ben più ampio - che ricomprende naturalmente anche la legislazione olandese ed europea e la giurisprudenza di diritto societario – e che va visto nel suo insieme. Ciò che caratterizza maggiormente il codice è la sua natura autodisciplinare – affermazione che pare contraddire quella appena riportata in tema di ampio sistema regolativo, facendo riaffiorare il labile confine fra volontarietà e vincolatività anche in questo caso – che provvede a disciplinare il comportamento dei membri del *Management Board*, del *Supervisory Board* e del *General Meeting of Shareholders* e la cui efficacia vincolante viene definita tanto più ampia quanto più i portatori d'interessi della società (gli *stakeholders*) quindi in prima istanza gli azionisti, intenderanno appoggiare il codice e promuoverne l'osservanza.

Va però sottolineato come il punto 13 del Preambolo preveda in modo inequivoco che il Codice vada inteso come codice di condotta rientrante nella definizione data dal paragrafo 5, articolo 391 del libro secondo del Codice civile olandese e che, per ciò stesso, la sua osservanza è obbligatoria per le società quotate, di talché esse non possono decidere di aderire volontariamente ad esso ma vi sono in tutto e per tutto obbligate. Ne consegue che obbligatoria è anche l'osservanza di principi e previsioni di best practice del Codice con l'unica valvola di sfogo data dal principio del *comply or explain*, che consente alle società quotate di sottrarsi a quell'osservanza a patto di opportunamente motivare la scelta del mancato adeguamento.

Ciò si traduce, quindi, nell'obbligo da parte delle stesse di riportare in uno specifico capitolo della propria relazione annuale l'adesione ai principi e

best practice del Codice e le motivazioni delle eventuali mancate osservanze.

Al punto 6 del Preambolo si specifica altresì che ogniqualvolta vi sia discrepanza in fase di regolazione fra disciplina legislativa e disciplina del codice non si assisterà ad un tacito stralcio, meglio all'abrogazione, delle regole del codice giacchè queste andranno piuttosto a sommarsi, meglio ancora, ad integrare quelle propriamente legislative e vincolanti. Ciò, specifica il punto 6, sia per ragioni di interna coerenza della compilazione, sia per quella funzione propriamente integrativa e di completamento riconosciuta al Codice. Tuttavia, laddove dovesse esservi perfetta corrispondenza fra principio o previsione di *best practice* da un lato e norma legislativa dall'altro, allora quel principio o quella previsione di *best practice* dovrà assurgere a norma vincolante di talché la sua eventuale mancata osservanza non potrà trovare giustificazione nemmeno nell'ipotesi in cui vengano spiegate le ragioni poste alla base di quella divergenza o violazione. A tale proposito, il codice stesso cita le regole dedicate all'*audit committee* (comitato di revisione contabile) le quali sono per ciò stesso elevate allo stato di norme legislative.

Il che, in ottica comparatistica, pare rappresentare un possibile meccanismo parallelo a quello italiano della recezione.

Va fin d'ora notato come lo schema che caratterizza la *corporate governance* del sistema societario olandese sia fondamentalmente quello dualistico, di chiara matrice tedesca, su cui inevitabilmente occorre spendere qualche riflessione.

Diremo in breve che il sistema dualistico prevede anzitutto l'esistenza di un *Management Board* (*consiglio di gestione*) cui viene attribuito in via esclusiva il potere di gestire la società, dunque di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; inoltre richiede l'esistenza di un *Supervisory Board* (*consiglio di sorveglianza*) che ha, invece, natura "ibrida" se è vero che ad esso sono affidati, insieme a funzioni di controllo analoghe a quelle del collegio sindacale nel modello

tradizionale, anche compiti di alta direzione. Più precisamente si allude al fatto che esso può deliberare sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari della società predisposti dal *Management Board* e talune competenze che negli altri modelli di *governance* sono attribuite al *General Meeting of the Shareholders (assemblea degli azionisti)* si pensi ad esempio all'approvazione del bilancio, alla nomina e la revoca dei consiglieri di gestione.

Una delle caratteristiche fondamentali del sistema dualistico è che all'assemblea dei soci, i cui compiti risultano essere significativamente ridotti, spetta la nomina dei componenti del *consiglio di sorveglianza* e, a sua volta, a quest'ultimo, la cui principale funzione consiste nel controllare l'operato del *consiglio di gestione*, compete la nomina dei consiglieri di gestione.

Da un punto di vista funzionale, dunque, nel sistema italiano *tradizionale* è la proprietà (i soci) che elegge sia i controllori (collegio sindacale) sia i controllati (amministratori) e delega a questi ultimi la gestione della società.

Di contro, nel sistema *dualistico* la proprietà (i soci) elegge i controllori (consiglio di sorveglianza) e questi ultimi eleggono i controllati (consiglio di gestione) ai quali è affidata la gestione della società. Si deve notare, fin d'ora, che, in seguito a questo meccanismo di nomina, il rapporto fra controllori e controllati è segnato da una maggiore interdipendenza. Questa peculiarità del modello dualistico olandese sembra spiegare la previsione in base alla quale il controllo contabile delle società che adottano il modello dualistico è affidato ad un revisore esterno, revisore contabile o società di revisione.

Va ancora specificato che tale caratteristica del c. d. sistema dualistico rappresenta in realtà una novità piuttosto recente per il diritto societario olandese, poiché è indissolubilmente legata al recente *Two-tier Structure*

Reform Act del 2004⁵⁸. In precedenza il *Supervisory Board* non soltanto eleggeva i membri del *Management Board* ma nominava anche i propri.

2.7 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code*: le caratteristiche dell'*enforcement*.

Come brevemente anticipato il Codice olandese di *corporate governance* si articola in cinque differenti capitoli aventi ad oggetto la disciplina relativa a 1) *Compliance with and enforcement of the Code*, 2) *Management Board*, 3) *Supervisory Board*, 4) *General Meeting of the Shareholders*, 5) *Audit of financial reporting and position of the internal audit function and the external auditor*.

Come già per l'esperienza italiana, non è certo questa la sede più indicata per raccogliere un'ampia ed esaustiva analisi dei contenuti del Dutch Corporate Governance Code, d'altra parte però una sintetica riflessione su quelli che sono gli elementi principali che costituiscono la disciplina in esso contenuta sembra rappresentare un'opzione interessante per raccogliere sollecitazioni utili all'indagine che andiamo conducendo.

Ed allora, ciò premesso, osserviamo quanto segue.

Per quel che concerne osservanza ed *enforcement* del Codice (*Compliance with and Enforcement of the code*) principi e *best practice provisions* sono piuttosto laconici: stabiliscono infatti che la responsabilità della struttura di *corporate governance* della società e l'osservanza di principi e *best practice provisions* del codice sono in capo al *Management Board* ed al *Supervisory Board*. Che all'assemblea dei soci è riservato il

⁵⁸ Si legga in E. GROENEWALD, *Corporate Governance in the Netherlands: From the Verdam Report of 1964 to the Tabaksblat Code of 2003*, op. prec. cit., p. 300: "The main characteristics of the Act are that the power of the works council have been altered and that the general meeting of shareholders has been granted the right "(1) to appoint the members of the supervisory board, (2) to reject any nomination for the appointment of supervisory directors and (3) to dismiss the entire supervisory board...The Two-tier Structure Reform Act came into effect on 1 September 2004. Its provisions apply to all Dutch public companies (naamloze vennootschappen). They will have a major impact on current Dutch corporate governance culture and, in particular, on the benefits of shareholders".

potere di valutare le ragioni indicate dalla società circa la mancata applicazione di ogni singola previsione di best practice, con la possibilità di rifuggire un semplice approccio di *box ticking* (letteralmente mettere la croce sulla *check list*) e prepararsi invece a motivare le ragioni per le quali essa non accetta le spiegazioni fornite dalla società circa la mancata applicazione della previsione di best practice. Va anche aggiunto che l'osservanza del Codice va illustrata in uno specifico capitolo della relazione annuale secondo il principio del piú volte ricordato *comply or explain* e che infine qualsiasi cambiamento sostanziale in ordine alla struttura di *corporate governance* della società o relativo all'osservanza del codice vanno sottoposti alla discussione dell'assemblea dei soci con separato e specifico ordine del giorno.

Tuttavia, proprio come nella disciplina italiana, nulla dice il codice in ordine alle conseguenze di una insufficiente motivazione relativa alla inosservanza di un principio o di una singola previsione di best practice. Fortunatamente, la miglior dottrina olandese ha condotto un ampio dibattito circa quelle che possono essere le misure di tutela e sanzione applicabili.

Ne è emerso, semplificando al massimo, che ove le motivazioni volte a chiarire la mancata osservanza del Codice risultino false, incomplete o comunque equivocabili e vaghe possano trovare applicazione le norme di disclosure in materia di responsabilità da parte del *Management* e *Supervisory Board*.

Il che, in altre parole, comporta la facoltà di adire a determinate condizioni la *Dutch Enterprise Chamber* ('*De Ondernemingskamer*'), sezione speciale della Corte d'Appello di Amsterdam che ha certamente contribuito in modo determinante all'evoluzione e al costante rinnovarsi del diritto societario olandese grazie alla propria attività interpretativa.

Va anzitutto premesso che la *Dutch Enterprise Chamber* non ha eguali nel mondo, ad eccezione probabilmente dello Stato del Delaware (*Delaware*

Chancery Court)⁵⁹, poichè è una corte specializzata in diritto commerciale che ha una precisa competenza per materia limitata alle seguenti ipotesi di controversia: 1) qualora sorgano dubbi circa la corretta amministrazione di una società, ipotesi che dà luogo ad una particolare procedura (*the inquiry proceeding*)⁶⁰, 2) gli azionisti siano insoddisfatti del rendiconto finanziario e contestino la relazione annuale di bilancio⁶¹, 3) le decisioni prese dall'amministrazione della società risultino incompatibili con principi e previsioni del *Dutch Corporate Governance Code* e siano state contestate dal (*Works Council*) Consiglio dei lavoratori 4) vi siano conflitti relativi alla rimozione del *Supervisory Board* della società che sia strutturato secondo le previsioni del c. d. *Structure Regime*⁶², 5) nel caso in cui un azionista che abbia come minimo la proprietà del 95% del capitale tenti di escludere gli altri azionisti⁶³.

A determinate condizioni che prevedono uno specifico potere di iniziativa la *Dutch Enterprise Chamber* può avviare una procedura di inchiesta circa la politica, la gestione e la condotta di una società, adottata dagli organi

⁵⁹ Si legga a questo proposito la riflessione condotta da KROEZE M. J., *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, in BOUCHEZ L., KNUBBEN M., McCAHERY J. A., TIMMERMANN L., *The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges*, ACCF/Ministry of Economic Affairs/OECD, Amsterdam 2006, pp. 143-153. In particolare a p. 143: "The Netherlands and Delaware have some things in common. Not only is milk the national Dutch beverage as it is officially in Delaware according to Section 312 of the Delaware State Code; the Netherlands is also a small state in a federation of larger states.1 Before the state company laws in the European Union were harmonized the Netherlands was sometimes characterized as the 'Delaware of Europe'. Dutch company law was flexible, there were no capital requirements and the Netherlands was one of the very few states in Europe to adhere at a certain moment to the internal affairs doctrine... Another remarkable resemblance is that both Delaware and the Netherlands have a court that is specialized in company law issues. This feature of the Dutch and Delaware law system is unique in the world.4 Both specialized business courts are – each on its own scale – successful and have made – and still make – important contributions to the development of corporate governance in their jurisdictions".

⁶⁰ Si vedano a questo proposito gli Artt. 344 – 359 del Libro 2 del Codice Civile Olandese.

⁶¹ Si vedano a questo proposito gli Artt. 447 – 453 del Libro 2 del Codice Civile Olandese.

⁶² Si vedano gli Artt. 158 e 161a del Libro 2 del Codice Civile Olandese. Il c. d. "Structure Regime" trova applicazione in olanda nelle società di grandi dimensioni (sono tali quelle con più di 100 dipendenti e 16 milioni di euro di capitale). Queste società sono obbligate ad avere il c. d. Two-tier board structure o regime strutturale dualistico in cui il supervisory board autoelegge i propri membri. Ricordiamo che nelle società di grandi dimensioni gli azionisti possono solamente licenziare l'intero Supervisory board.

⁶³ Si veda l'art. 92a del Libro 2 del Codice Civile Olandese.

competenti, ogniqualvolta vi siano fondate ragioni per sostenere che la stessa sia, o sia stata, amministrata in modo inappropriato o scorretto.

La procedura di inchiesta venne introdotta nell'ordinamento olandese nel 1928 al fine di individuare un nuovo strumento di tutela a vantaggio degli azionisti di minoranza delle società quotate in borsa.

I soggetti legittimati a dare impulso alla procedura *de qua* sono, oltre all'avvocato generale dello Stato per ragioni di pubblico interesse e al sindacato dei lavoratori per interessi legati al lavoro dipendente, gli azionisti o i titolari di certificati di proprietà di titoli azionari: individualmente o con azione collettiva in modo da rappresentare almeno il 10% del capitale della società ovvero un valore nominale di Euro 225.000,00.

Tali soggetti – dunque anche gli azionisti - potranno con istanza scritta, indirizzata alla Corte, richiedere l'avvio della procedura d'inchiesta. La Corte, ove ritenesse le ragioni addotte sufficientemente fondate, nominerà uno o più investigatori, solitamente avvocati o revisori contabili. L'inchiesta porterà alla formulazione di una relazione scritta ad opera degli investigatori. Con questi adempimenti terminerà quindi la prima fase della procedura.

Scopo di questa prima fase è avviare un procedimento di *disclosure* che consenta di acquisire sufficienti elementi di conoscenza al fine di poter valutare modalità di amministrazione e condotta così da individuare – qualora il fatto rilevi - i soggetti eventualmente responsabili della cattiva amministrazione. La procedura può chiudersi qui, solitamente questo è il caso tipico che precede un'ipotesi di fallimento⁶⁴.

La seconda parte della procedura viene avviata anche in questo caso con un'istanza della parte interessata la quale chiederà che la Corte si pronunci circa la sussistenza dell'ipotesi di condotta scorretta e

⁶⁴ KROEZE M. J., *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, op. prec. cit., a p. 149: "The objective of this first part is to disclose the policies and conduct of the company and – if relevant – to disclose who has been responsible for incorrectness of these policies and for misconduct of the company.16 Sometimes parties are satisfied with this first part and everything ends there. This is the case when, for example, the company has gone bankrupt".

l'individuazione dei soggetti responsabili andando, se del caso, a disporre le relative misure giudiziali.

La *Dutch Enterprise Chamber* ha in effetti il potere di disporre misure quali ad esempio l'annullamento delle decisioni prese dall'amministrazione della società, la sospensione o la rimozione dei membri del *Management Board* o del *Supervisory Board*, l'elezione temporanea di membri sostitutivi, il provvisorio trasferimento dei titoli azionari, l'estinzione della società ⁶⁵.

Sintetizzando al massimo, potremmo dire che l'obiettivo di questa seconda parte della procedura è quello di riorganizzare la società, risanandola ed individuando, parallelamente, i soggetti cui possa risultare imputabile l'ipotesi di condotta scorretta.

Alla luce di quanto osservato, quindi, risulta evidente che l'*enforcement* accordato a principi e previsioni di *best practice* corre sul doppio binario dell'*ex ante* e dell'*ex post*.

Potremo infatti ragionare in termini di *enforcement ex ante* o in via preventiva circa il contenuto del primo capitolo del *Dutch Corporate Governance Code* ovvero il potere dell'assemblea di valutare le ragioni indicate dalla società circa la mancata applicazione di ogni singola previsione di *best practice*, motivando le ragioni per le quali non vengono accettate le spiegazioni fornite dall'amministrazione della società circa la mancata applicazione della previsione di *best practice*. Così come agisce in via preventiva l'osservanza del Codice secondo il principio *comply or explain*, e la regola secondo cui qualsiasi cambiamento sostanziale in ordine alla struttura di *corporate governance* della società o relativo all'osservanza del codice va sottoposto alla discussione dell'assemblea dei soci con separato e specifico ordine del giorno.

Parallelamente però, al fine di non lasciare malamente spuntati gli strumenti che dovrebbero garantire l'*enforcement*, il sistema normativo olandese ha sviluppato un complesso di rimedi *ex post* che trova il proprio

⁶⁵ Si veda a questo proposito l'Art. 356 del Libro 2 del Codice Civile Olandese.

cuore nella procedura d'inchiesta ad opera della *Dutch Enterprise Chamber*, così come brevemente illustrata *supra*.

Di talché, non solo gli interessi degli azionisti di maggioranza, ma anche e soprattutto di quelli di minoranza, ed ancora, piú in generale, dell'intera gamma degli *stakeholders* ottengono tutela e vedono attuarsi un'efficace gabbia di protezione, improntata alla buona *governance*, alla chiarezza e alla trasparenza delle informazioni.

2.8 Profili contenutistici del *Dutch Corporate Governance Code*.

Ancora una volta, occorre ribadire, come non sia questa la sede corretta per un'esauriente indagine circa quelli che sono i contenuti del *Dutch Corporate Governance Code*, d'altra parte una ricognizione a volo d'uccello dei principali aspetti tematici trattati sembra irrinunciabile non solo per ragioni di minima completezza ma anche per gli spunti di riflessione, utili alla nostra indagine, che essa pare suggerire.

Il secondo capitolo del codice, dunque, si apre sul ruolo del *Management Board*, ribadendone, nel primo principio, l'obbligo di raggiungimento dell'oggetto sociale con i conseguenti profili di responsabilità inevitabilmente correlati a questo compito: quelli legati alla strategia, ai profili di rischio e di responsabilità sociale, all'obbligo di perseguire l'interesse della società e degli *stakeholders*, nonché di fornire al *Supervisory Board* tutte le informazioni ad esso necessarie per l'adempimento dei propri obblighi. Segue quindi un elenco di previsioni di *best practice* che vanno ad integrare e a disciplinare nel dettaglio gli enunciati di principio, ciò vale ad esempio per il periodo massimo di durata della carica del membro componente del *Management Board* – quattro anni – e della possibilità di essere rieletto per una sola volta per il medesimo periodo, e ancora gli elementi che vanno sottoposti all'approvazione del *Supervisory Board* come gli obiettivi finanziari e operativi della società e la strategia prevista per il loro conseguimento,

nonché i parametri da applicarsi in relazione ad essa e le questioni di responsabilità sociale in materia di amministrazione e gestione della società che risultano essere rilevanti. Ed ancora, in tema di remunerazione dei componenti del *Management Board*, il principio per cui la remunerazione debba seguire criteri di proporzione, semplicità e trasparenza, non deve in alcun modo per la propria entità e caratteristiche incentivare i membri del Management board a perseguire i propri interessi in luogo di quelli della società ovvero a prendere rischi non previsti dalla strategia adottata, può risultare eventualmente composta da una parte fissa ed una variabile da collegarsi a obiettivi predeterminati.

Ulteriore principio, in tema di remunerazione, cui il codice dà veramente un ampio spazio è quello per cui è il *Supervisory Board* a determinare su proposta del proprio comitato interno per la remunerazione la misura della stessa, nel rispetto naturalmente di quella che è la più generale politica adottata in questo settore dalla società, tenendo quindi conto delle indicazioni fornite dall'assemblea dei soci. L'ultimo principio dedicato al *Management Board* è quello rivolto alla prevenzione di qualsivoglia conflitto di interesse fra la società e i componenti del board. Un dettagliato catalogo di previsioni di *best practice* seguono la sintetica dichiarazione di principio andando a prevedere ad esempio un elenco di obblighi precisi in capo al singolo membro del *Management Board* quali quelli di: a) non entrare in competizione con la società, b) non accettare alcun tipo di dono od offerta per sé, il proprio coniuge o convivente di fatto, figlio legittimo, naturale od adottivo, c) non procurare ingiusti vantaggi a terzi in detrimento della società, d) non avvantaggiarsi delle opportunità economiche di cui la società è titolare al fine di favorire sé, il proprio coniuge o convivente di fatto, figlio legittimo, naturale od adottivo.

Il terzo capitolo del codice prevede invece la disciplina da applicarsi al *Supervisory Board* che dispone al primo principio che lo stesso è chiamato a supervisionare le politiche di amministrazione del *Management Board* e gli affari generali della società e delle sue affiliate così come ad assistere il

Management Board attraverso un'attività consultiva e volta a fornire i pareri richiesti. Anche per esso vengono ribadite le disposizioni in materia di obbligo di perseguire l'interesse della società e degli *stakeholders* e i profili di responsabilità attinenti alle questioni di responsabilità sociale in materia di amministrazione e gestione della società che risultino essere rilevanti. Esso infine è responsabile per la qualità delle proprie prestazioni e servizi. In base ad un altro principio, la sua composizione deve essere tale per cui i membri devono essere in grado di poter agire in modo anche critico e certamente indipendente gli uni dagli altri, nonché a maggior ragione dal *Management Board* e da qualsiasi interesse di natura particolare. Inoltre, altri, successivi principi prevedono la competenza specifica dei singoli membri, la figura del *chairman* o presidente, che viene assistito da un proprio segretario, e che ha, sembra di poter dire, un ruolo di mediazione e coordinamento dei diversi organi della società se è vero che è chiamato a curare relazioni e contatti fra *Management* e *Supervisory Board*, nonché a riferire all'assemblea dei soci circa condotta e funzionamento degli stessi. Deve altresì poter garantire la regolare ed efficiente condotta dell'assemblea dei soci.

La disciplina dedicata al *Supervisory Board* prosegue con i principi e le previsioni di *best practice* dedicate ai tre comitati c. d. chiave - il comitato di revisione contabile, quello per la remunerazione e quello per elezioni e nomine - alle ipotesi di conflitto di interesse che in parte richiamano quelle dedicate al *Management Board*, in parte differiscono specie nella misura in cui riconoscono in capo al *Supervisory Board* un ruolo di organo decisionale nelle controversie attinenti ai conflitti di interesse fra componenti del *Management Board*, del *Supervisory Board*, azionisti di maggioranza e comitato esterno di revisione contabile da un lato e società dall'altro.

In ultima sono previsti principi e previsioni di *best practice* in materia di remunerazione e di struttura monistica della società.

2.9 Conclusioni.

Tutto ciò osservato, pare giunto il momento di formulare alcune brevi osservazioni conclusive circa le caratteristiche dei due codici di *corporate governance* presi in esame in questo secondo capitolo: quello italiano e quello olandese.

Sembra anzitutto evidente che il comune modello di derivazione, declinato in modo parzialmente diverso nelle rispettive formulazioni, è inevitabilmente quello anglosassone⁶⁶.

Sposato in ambo i casi il principio del *comply or explain* come stella polare dell'intero sistema, e adottato il Codice con le rispettive modalità, ciascuno dei due ordinamenti ha in verità proceduto a recepirne singole o molteplici previsioni all'interno di un testo normativo vero e proprio, sia questo il T.U.F. nell'esperienza italiana, ovvero il Codice civile in quella olandese.

In entrambe le ipotesi dunque il codice si propone in effetti come un'esperienza di *self regulation* che è tuttavia assistita in via parziale da un'incorporazione che riconosce ad alcuni principi dignità di norma giuridica con ciò attraendo un'esperienza di volontaria adesione all'interno dell'ordinamento nazionale.

Ne esce dunque un'esperienza meticciasca che, figlia dell'autonomia privata, trascolora ancora una volta – almeno per talune sue parti – nella norma giuridica, si pensi financo alle sanzioni individuate dal T.U.F. che – in caso di mancata motivazione circa la non ottemperanza al codice - prevedono la possibilità di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria dell'articolo 123 bis, comma 2, lettera a) da diecimila a trecentomila euro, nonchè la pubblicazione del provvedimento su almeno due quotidiani, di cui uno economico, aventi diffusione nazionale.

⁶⁶ Si allude evidentemente al c.d. Codice Cadbury sulle migliori pratiche di governo societario il quale si caratterizza fin da subito non già come corpo di regole ad efficacia vincolante ma piuttosto come canone di paragone alla luce del quale valutare l'atteggiarsi concreto dei rapportifra gli organi di governo societario e i poteri degli azionisti. Si veda a questo proposito L. ENRIQUES, *Codici di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, in Banca imp. soc., 203, p. 98 e ss.

Si assiste dunque ad una commistione di elementi propri dell'autonomia privata, caratteristici della natura contrattuale, con quelli dell'eteronomia tipica della norma giuridica promanante dallo Stato, centro deputato alla sua produzione. D'altra parte se simili considerazioni possono svolgersi anche per quella che è l'esperienza olandese, non mancheremo di notare che ciò che davvero distingue i due sistemi è l'apparato di meccanismi di disclosure, diremo meglio, di controllo ancor prima che sanzione, di applicazione ancor prima che di misura afflittiva, che permettono un'adeguata e accurata indagine in ordine all'effettivo rispetto del principio del *comply or explain* nel solo sistema olandese.

Ne consegue che al di là di quella che possa essere la natura giuridica del codice *de quo* – che tuttavia pare risolversi in una figura ibrida a metà strada fra l'accordo e il catalogo di previsioni normative – quello che più colpisce è la solo apparente possibilità di esercitare un controllo effettivo nel sistema italiano che rischia viceversa di svuotarsi di significato nel momento in cui non prevede adeguate ed efficaci modalità di attuazione di quell'asserito controllo.

LA NUOVA LEX MERCATORIA

SOMMARIO: 3.1 La nuova *Lex mercatoria* come possibile strumento interpretativo dell'autodisciplina; 3.2 Il quadro dottrinario di riferimento e le diverse tesi ricostruttive della nuova *Lex mercatoria*; 3.3 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: pratiche contrattuali, usi del commercio internazionale, ratio decidendi adottate dagli arbitri internazionali. In particolare: le pratiche contrattuali; 3.4 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: usi del commercio internazionale; 3.5 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: rationes decidendi adottate dagli arbitri internazionali; 3.6 Profili di analisi dei codici di condotta nel diritto del commercio transnazionale: la funzione di limite endogeno. Il caso degli *ICC Codes on Marketing and Advertising Practice*; 3.7 Il parallelo cammino dell'Autodisciplina pubblicitaria attraverso la *European Advertising Standards Alliance*; 3.8 La *Lex mercatoria* come paradigma di riferimento per l'autodisciplina pubblicitaria e per alcune delle più importanti esperienze transnazionali di autoregolazione.

*** ***** ***

3.1 La nuova *Lex mercatoria* come possibile strumento interpretativo dell'autodisciplina.

Dopo l'analisi di quella che è forse l'esperienza più autorevole sviluppata negli anni a livello di autodisciplina nel sistema italiano – alludiamo al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale – e dopo aver condotto un possibile parallelismo fra il Codice di autodisciplina delle società quotate in borsa e il *Dutch Corporate Governance Code*, valorizzando al massimo lo strumento della comparazione fra regolamentazione italiana e olandese, sembra ora opportuno volgere lo sguardo ad una dimensione a carattere internazionale o, meglio ancora, transnazionale.

Ciò, al fine di indagare, in una prospettiva ancora diversa, il fenomeno dell'autodisciplina.

In effetti, dopo aver accertato come a livello nazionale il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale si sia affermato come vero e proprio sistema autopoietico e parallelo a quello normativo, rivendicandone a più riprese un'assoluta estraneità, ci è poi parso utile condurre la nostra indagine ad un livello comparativo-europeo, andando così ad evidenziare punti di contatto e di divergenza fra i sistemi di autodisciplina, in tema di *governance*, di due diversi Stati Membri dell'UE. La scelta, ora, di provare a rinvenire nella regolazione internazionale elementi utili ai fini della comprensione del fenomeno, in un'ottica di definizione della sua natura giuridica, permette da un lato di giovarci di un approccio differente che deve tener conto inevitabilmente di un diverso sistema di fonti di produzione normativa, dall'altro di porre un'attenzione ancora maggiore a quella che ben potremmo definire un'assoluta esigenza di efficienza delle norme.

Sistema delle fonti e efficienza delle norme sembrano del resto essere temi cruciali nella descrizione di quel corpo di regole che va sotto il nome di nuova *Lex mercatoria*⁶⁷ e che rappresenta per quel che concerne il presente capitolo, l'oggetto della nostra indagine.

⁶⁷ La letteratura in materia di nuova *lex mercatoria* è davvero ricca e in grado di delineare posizioni differenti a livello dottrinario specie in ordine alla ricostruzione possibile della stessa. Per un quadro almeno generale del tema consigliamo la lettura di: M. J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, Torino, 1993, pp. 11-17; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, op. cit., in particolare alle pagine 56-64; F. MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. GALGANO*, op. cit., pp. LXII-1002; G. TEUBNER, *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della Lex mercatoria*, in *La cultura giuridica nell'epoca della globalizzazione*, op. cit., pp. 17-37; M. J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, *Dir. comm. int.*, 1992, pp. 315-332; F. BORTOLOTTI, *La nuova Lex mercatoria. Costruzione dottrinarica o strumento operativo?*, *Contr. e impr./Europa*, 1996, pp. 733-765; E. SALVATORE, *La nuova Lex mercatoria*, *Contr. e impr./Europa*, 1996, pp. 766-808; F. DE LY, *Uniform commercial law and international self regulation*, *Dir. comm. int.*, 1997, pp. 519-547; F. DE LY, *Lex mercatoria (New Law Merchant): globalization and international self regulation*, *Dir. comm. int.*, 2000, pp. 555-590; F. P. TRAI SCI, *Principi Unidroit, Lex mercatoria e diritto del commercio internazionale: note a margine di un lodo arbitrale*, *Dir. comm. int.*, 1999, pp. 474-494; P. ZUMBANSEN, *Lex mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und traditionales Recht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 67, 2003, pp. 637-682; M. FORTUNATI, *La Lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-*

Una simile scelta trova ragione nel fatto che indipendentemente da quella che possa essere l'effettiva natura giuridica della nuova *Lex mercatoria* – giacchè essa non può certo definirsi *de plano* una tipica ipotesi di autodisciplina, anzi, una simile natura giuridica pare essere rifiutata dalla quasi totalità della dottrina – è tuttavia innegabile che nella definizione e nella formazione della stessa, l'autodisciplina giochi un ruolo a dir poco fondamentale.

Ed infatti la *Lex mercatoria* introduce inevitabilmente l'analisi di un corpo di norme, di un diritto applicabile in sede di rapporti transnazionali, che nasce con caratteristiche di spontaneità, uniformità, autonomia le quali disegnano molti punti in comune con la formazione delle regole di autodisciplina.

Ed allora, l'intenzione che caratterizza la presente parte di ricerca è proprio quella di sottolineare come, nel rapporto reciproco, *Lex mercatoria* e autodisciplina possano trovare indici utili per la propria definizione.

Giacchè, lo ricordiamo, scopo della nostra tesi è indagare i codici di autodisciplina, fra quelli di condotta, al fine di comprenderne la natura giuridica, stabilirendo se alle regole in essi contenute debba riconoscersi una natura pubblica o privata, un'efficacia *erga omnes* o *inter partes*, in breve se ad essi possa essere riconosciuto lo status di corpi di norme ovvero di semplici contratti fra le parti.

Ora, ciò premesso, va detto che la *Lex mercatoria* è fenomeno interessante ai fini di detta indagine per una molteplicità di ragioni,

In primo luogo perchè, come vedremo, essa è stata a lungo definita almeno da una parte della dottrina internazionale come corpo di norme di

giuridica, Soc. Dir, 2005, pp. 29-41; N. BOSCHIERO, *La Lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, Soc. Dir., 2005, pp. 83-155; A. STONE SWEET, *The new Lex mercatoria and transnational governance*, Journal of European Public Policy 13:5 August 2006, pp. 627-646; R. MICHAELS, *The true Lex mercatoria: law beyond the state*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14:2, 2007, pp. 447-468; P. MAZZACANO, *The Lex mercatoria as autonomous law*, Comparative research in Law & Political Economy, Paper 29/2008 Vol. 4, N. 6/2008, pp. 1-14; N. HATZIMIHAL, *The many lives – and faces – of Lex mercatoria: history as genealogy in international business law*, Law and contemporary problema, vol. 71, 3, 2008, pp. 169-190.

origine extrastatuale e più esattamente di regole e pratiche *lato sensu* consuetudinarie sviluppatesi all'interno dei diversi settori del traffico e dai formulari e contratti-tipo elaborati dalle principali associazioni di categoria o da altri organismi nazionali o internazionali privati, eventualmente integrati da principi generali di diritto universalmente riconosciuti ⁶⁸.

Vero è che questo tipo di definizione trova accoglimento solamente presso una delle due grandi tesi dottrinarie sviluppate dagli internazionalisti in materia di *Lex mercatoria*, tuttavia è evidente come già da questa prima riflessione emerga *in nuce* il problema legato alla definizione di un corpo di regole e pratiche *lato sensu* consuetudinarie che è problema comune a quello dell'autodisciplina.

Non solo.

In seconda battuta: non sono mancati studi che abbiano preso la *Lex mercatoria* a parametro di riferimento per l'analisi di esperienze di diritto – come quello sportivo – affermatesi su atti di autonomia privata e di autodisciplina da interpretare secondo criteri uniformi e tendenti all'universale ⁶⁹.

⁶⁸ Si veda in M. J. BONELL, *La moderna Lex mercatoria tra mito e realtà*, op. cit., in particolare a p. 318.

⁶⁹ Alludiamo in questo caso al prezioso saggio di S. M. CARBONE, *I caratteri privatistico-internazionali del diritto sportivo: in particolare, il contributo della Lex mercatoria alla precisazione della Lex sportiva*, Dir. comm. int., 2004, pp. 619-634. In particolare si sottolinea l'efficacia del passaggio seguente. L'autore afferma: "Le considerazioni finora svolte non vogliono significare adesione a favore di soluzioni che riconoscono il fondamento dell'ordinamento sportivo nel solo principio *pacta sunt servanda* dotato di propria autonomia e validità al di fuori di qualsiasi inquadramento e legittimazione normativa ad esso esterni. Ciò che si vuole mettere in rilievo è l'esistenza di un fenomeno assai importante che caratterizza l'ordinamento sportivo, alla stessa stregua di quanto avviene nei rapporti del commercio internazionale. E cioè, si riscontra la presenza di un ampio potere di autoregolamentazione dei rapporti sportivi che viene proficuamente impiegato in tutte le sue potenzialità e consolidato in precise regole generalmente accettate nell'ambiente in cui operano ed al quale sono destinate, a prescindere da un'effettiva (diretta o indiretta) partecipazione alla loro elaborazione dei vari soggetti a loro volta coinvolti". Ancora, a p. 630-631, l'autore sottolinea come vada evidenziato "il ruolo e la funzione essenziale nell'ordinamento sportivo dell'autonomia privata e dell'autodisciplina, oltrechè della peculiarità della giustizia sportiva e dell'arbitrabilità delle relative controversie in un'ottica caratterizzata dalla internazionalità e, quindi, anche dalla legittimità dell'approccio privatistico e internazionale nella ricostruzione e nell'interpretazione della disciplina dei rapporti sportivi. E sotto questo profilo, in particolare, la legittimità dei collegamenti e delle fruttuose interrelazioni tra *Lex sportiva* e

In buona sostanza, il senso di simili affermazioni è quello, non già di ridurre la *Lex mercatoria* a mero fenomeno di autoregolazione, quanto di farla assurgere, alla luce delle modalità di formazione che ne hanno caratterizzato la nascita, a paradigma interpretativo in grado di facilitare, in sede di analisi, la definizione della natura giuridica dei codici di autodisciplina.

In altre parole, una volta analizzata la genesi della *Lex mercatoria* e le successive interpretazioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tenteremo di illustrare le ragioni che fondano a nostro giudizio la possibilità di considerare la stessa come strumento interpretativo privilegiato al fine di far luce sulla natura giuridica dell'autodisciplina.

3.2 Il quadro dottrinario di riferimento e le diverse tesi ricostruttive della nuova *Lex mercatoria*.

Ovviamente, non è questa la sede per una diffusa ed esauriente trattazione del tema della *Lex mercatoria* sotto il profilo del quadro dottrinario di riferimento, ci limiteremo pertanto a condurre, in prima battuta, un breve *excursus* circa l'evoluzione storica e le differenti posizioni che via via hanno proposto una differente ricostruzione del fenomeno della *Lex mercatoria*.

Diremo anzitutto che il termine è mutuato da quella antica *Lex mercatoria* che non solo regolava i rapporti mercantili ma anzi era vero e proprio diritto creato dai mercanti tanto che le sue fonti di produzione dovevano essere individuate negli statuti delle corporazioni mercantili, nelle consuetudini mercantili e nella giurisprudenza delle *curiae mercatorum*. Da qui, dunque, la definizione di nuova *Lex mercatoria*, con ciò intendendosi, anche oggi, un diritto creato dal ceto imprenditoriale senza alcuna mediazione del potere legislativo statale. Ciò avviene proprio per

Lex mercatoria, con conseguenti interazioni degli esiti giurisprudenziali e delle ricostruzioni normative al riguardo maturate”.

garantire il superamento della divisione politica dei mercati, figlia della pluralità di Stati esistente.

Ciò detto, pare opportuno notare come affermazioni di tal genere comportino perlomeno due ordini di conseguenze.

Da una parte infatti, non v'è chi non veda come l'idea di un diritto creatosi attraverso un ceto imprenditoriale rappresenti di fatto un vero e proprio tessuto di istituti commercialistici nuovi, frutto della prassi degli affari e disciplinati da una scienza giuridica a carattere internazionale per non dire transnazionale; dall'altra un simile fatto pone inevitabilmente in crisi il concetto stesso di sistema delle fonti del diritto, se inteso come fondato sulla statualità del diritto, sul primato della legge e la centralità costituzionale del principio di legalità.

Per quel che concerne dunque il rinnovato studio di un diritto sopranazionale volto al superamento dei particolarismi statali, così denominato, diremo che i primi studi sul tema, fioriti negli anni '20 del secolo scorso, parevano avere appunto come obiettivo principale la confutazione di una concezione statualistica del diritto. Per questa ragione, gli studiosi si richiamavano alla pratica del commercio internazionale al fine di dimostrare come intere categorie professionali o settori merceologici del mercato fossero riusciti a sviluppare una autonoma regolamentazione dei rapporti d'affari in grado di sostituirsi completamente a quella del singolo diritto nazionale.

Il dibattito sulla *Lex mercatoria* tornò poi *in auge* negli anni '50 sulla spinta dei contratti di concessione fra Paesi in via di sviluppo e multinazionali, quindi imprese private straniere. Simili rapporti commerciali, infatti, non potevano vedere applicata la disciplina del diritto internazionale per la patente mancanza di soggettività da parte dell'impresa contraente. D'altra parte, Stato e impresa non intendevano nemmeno riportarsi al diritto interno dell'uno o dell'altra perchè, con le parole di Gunther Teubner: "l'impresa temeva l'interventismo del Paese ospitante, mentre il governo di quel Paese non poteva accettare l'impronta neo-liberale del Paese

d'origine della multinazionale”⁷⁰. Perciò, di fatto, gli accordi intercorsi trovarono disciplina sulla base di un regime del tutto particolare, differentemente definito – *transnational law* o *internationales Wirtschaftsrecht* – il quale aveva il proprio fondamento nel principio *pacta sunt servanda* nonchè nei principi di buona fede, correttezza, equità.

Il caso di specie troverebbe quindi regolazione nella *Lex mercatoria*, un sistema normativo speciale che andrebbe a disciplinare tutti i rapporti tipici del commercio internazionale con ciò intendendo non già e non solo i c. d. *State contracts* ma anche tutti quelli intercorrenti fra soggetti privati.

Va detto che, sulla scorta di simili affermazioni, pare opportuno dar conto delle due differenti tesi dottrinarie che proprio nel primo Dopoguerra offrono ricostruzioni completamente diverse della *Lex mercatoria*⁷¹.

La prima è quella propugnata da Clive M. Schmitthoff il quale ritiene che la *Lex mercatoria* ricomprenderebbe in sè la grande congerie degli usi del commercio internazionale e delle convenzioni internazionali o leggi uniformi aventi ad oggetto istituti o rapporti tipici del commercio internazionale. Fondamentale per Schmitthoff quindi è che il fondamento giuridico della *Lex mercatoria* risulti per questa via ancorato alla legislazione nazionale degli Stati. Essa non sarebbe dunque legge al di là o al di fuori degli Stati, piuttosto la disciplina interna andrebbe a fondersi con gli usi del commercio internazionale attraverso il sistema delle convenzioni.

Così argomentando, quindi, la *Lex mercatoria* rimarrebbe comunque inscindibilmente legata, direttamente o indirettamente, alla volontà dei singoli Stati.

⁷⁰ G. TEUBNER, *op. prec. cit.*, p. 18.

⁷¹ Si veda a questo proposito l'efficace ricostruzione delle due differenti tesi dottrinarie nell'affascinante saggio di N. HATZIMIHALI, *op. prec. cit.*, ci sia a questo proposito permesso di citare almeno un breve passaggio di cui a p. 174: “Schmitthoff and Goldman were instrumental in the Formation and Shaping of the *Lex mercatoria* discourse from its beginnings in the early 1960s until the late 1980s. More generally, they played important roles in the academic elaboration of international commercial law and international commercial arbitration. They are also regarded as emblematic of the two basic approaches to *Lex mercatoria* with Schmitthoff emphasizing the use of state and nonstate sources, and Goldman insisting on the stateless (anational) character of *Lex mercatoria*.”

Di tutt'altra opinione evidentemente è l'altra grande scuola dottrinarina che si è formata in tema di *Lex mercatoria* e che fa capo a Berthold Goldman, secondo la quale invece la *Lex mercatoria* rappresenterebbe un sistema giuridico supranazionale completamente a sè stante, dunque indipendente sia dagli ordinamenti giuridici statali sia da quello internazionale pubblico. Una simile *Lex mercatoria* sarebbe composta quindi da norme di origine extrastatuale con ciò intendendosi pratiche e regole *lato sensu* consuetudinarie sviluppatesi all'interno di determinati settori di traffico, formulari e contratti tipo elaborati da associazioni di categoria e organismi privati nazionali e internazionali, eventuali principi generali di diritto universalmente riconosciuti.

Si tratterebbe quindi di un vero e proprio ordinamento giuridico astatuale e facente capo alla *societas mercatorum* la quale a) costituirebbe uno specifico e identificabile gruppo sociale che sarebbe in grado di disporre di una propria organizzazione completa; b) la *societas* sarebbe dotata di mezzi specifici di elaborazione, codificazione e applicazione del diritto; e infine c) la *societas* sarebbe dotata di propri mezzi coercitivi ⁷².

Punto di forza, quindi, di questa tesi dottrinarina, è di aver espressamente individuato un preciso referente per il sistema giuridico delineato dalla *Lex mercatoria* la cui autorità troverebbe fondamento sulla combinazione dei due grandi principi di effettività e analogia.

Naturalmente a simili convinzioni non sono certo state risparmiate le critiche che per buona parte si riferiscono, appunto, proprio all'esistenza e alle caratteristiche del *corpus sociale* di riferimento.

Si è ad esempio contestata l'omogeneità e l'effettività di quest'ultimo, si è altresì evidenziato che in una simile *societas mercatorum* attori e destinatari delle norme verrebbero a coincidere ⁷³, per non parlare del

⁷² Si segnala in quest'ottica la lettura di E. SALVATORE, op. prec. cit., con particolare attenzione alle pp. 768-769.

⁷³ M. J. BONELL, *The Relevance of Courses of Dealing, Usages and Customs in the Interpretation of the International Commercial Contracts*, in *New Directions in International Trade Law*, New York 1977, pp. 109-137.

fatto che l'estrema varietà degli interessi, di cui sarebbero portatori i componenti *la societas*, andrebbe a rompere qualsivoglia asserita omogeneità-uniformità del gruppo⁷⁴.

Si è ancora osservato che la *societas mercatorum* non sarebbe soggetto capace di produrre proprie norme giuridiche⁷⁵ e, ancora, che non avrebbe alcun tipo di apparato attuativo delle stesse.

Ma, a ben vedere, critiche di questo tipo non appaiono, in ultima analisi, convincenti.

In primo luogo perché sembra incontrovertibile l'esistenza di una società globale dei commercianti i cui bisogni e regole sono agevolmente identificabili nell'oggetto economico dell'attività e nel carattere internazionale dei rapporti fra loro intercorrenti. In seconda istanza, perché l'ipotetica mancanza di autonomia verrebbe agevolmente superata, anche a non riconoscerla, se è vero che l'asserita mancanza di sovranità da parte della *societas mercantile* e l'eventuale assenza di potestà coattive per la propria attuazione non sarebbero di per sé elementi decisivi per negare al sistema natura di ordinamento giuridico.

Si pensi, a titolo di esempio, all'ordinamento giuridico individuato dal diritto internazionale la cui applicazione viene parzialmente garantita dal diritto interno posto che a quest'ultimo esso deve rimettersi al fine di individuare le autorità competenti ad agire in nome dello Stato sul piano internazionale. Il che non esclude in alcun modo la possibilità di riconoscere al diritto internazionale la qualifica di ordinamento giuridico fondato su norme di origine consuetudinaria e pattizia.

Tanto più che sarebbe davvero ingenuo sottovalutare l'apparato sanzionatorio indiretto ma non certo inefficace - anzi - approntato dal sistema transnazionale della *societas mercatorum* (lista nera; boicottaggio; non ammissione a gare; domanda di garanzie ulteriori o di

⁷⁴ P. BERNARDINI, *Contratti internazionali e diritto applicabile*, Dir. comm. int., 1987, pp. 393-414.

⁷⁵ P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Etudes offertes a Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150.

differenti condizioni di pagamento in grado di mettere fuori mercato l'inadempiente) oltre a quello prettamente contrattuale cristallizzato dalle parti nel proprio rapporto: garanzie, penali ecc.

Ma va osservato che al di là della Guerra di religione scatenatasi fra le opposte posizioni, ciò che attribuisce una vivace e per certi aspetti irrinunciabile attualità al tema appare offerto dal ruolo giocato dall'arbitrato internazionale nei rapporti commerciali transfrontalieri, tanto che a buon diritto esso è stato definito il prisma attraverso il quale analizzare la *Lex mercatoria*⁷⁶, rappresentando di essa il momento dinamico-applicativo.

E d'altra parte non può che essere così, dal momento che la *Lex mercatoria* costituisce per gli arbitri internazionali un potentissimo strumento di delocalizzazione del diritto applicabile ad una determinata controversia se è vero che essa contiene regole autonome del commercio internazionale che consentono di saltare a piè pari l'applicazione di eventuali leggi statali.

Tanto è vero che a partire dagli anni '70 non mancano sentenze arbitrali che applicano i "*principes généralement admis*" o i "*principes généraux largement admis régissant le droit commercial international*" poi seguite da decisioni che riconoscono formalmente la *Lex mercatoria* come diritto applicabile alla controversia.

È dunque grazie al continuo e prezioso lavoro delle corti arbitrali e ancor di più, grazie al fatto che le decisioni in esame resisteranno ai progressivi attacchi portati dalle giurisdizioni nazionali che l'idea del ricorso alla *Lex mercatoria* come diritto applicabile alle controversie di diritto commerciale internazionale si è progressivamente diffusa, stratificata, consolidata e imposta.

Va ancor più osservato che è proprio nella *Lex mercatoria* che affondano le proprie radici i Principi *Unidroit*. Essi rappresentano, appunto, una codificazione di principi generali del diritto dei contratti transnazionali e per

⁷⁶ F. MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, op. prec. cit., p. 5.

ciò stesso non sono una convenzione internazionale di diritto uniforme ma si rivelano piuttosto per quello che sono: una vera ricostruzione sistematica di diritto astattuale, priva di natura legislativa e dunque di una qualsiasi forza vincolante.

Lo stesso potrebbe dirsi dei Principi elaborati dalla Commissione di diritto europeo dei contratti (PECL) che infatti prevedono una codificazione sistematica della disciplina comune del contratto con un ambito d'applicazione più limitato dei Principi *Unidroit*. Dunque europeo e non internazionale.

Da notare che entrambe le codificazioni richiamano nel preambolo la propria applicabilità a titolo di *Lex mercatoria*.

Il che, oltre a confermare quanto detto in precedenza, ovverossia che è nella *Lex mercatoria* che detti principi affondano le proprie radici, dimostra senza tema di smentita che in alcun modo possa avvallarsi la tesi secondo la quale, oggi, la *Lex mercatoria* non esiste.

3.3 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: pratiche contrattuali, usi del commercio internazionale, *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali. In particolare: le pratiche contrattuali.

Dato quindi per condiviso, sia pur per sommi capi, il quadro dottrinario di riferimento, sembra ora giunto il momento di provare ad analizzare più nello specifico la dimensione di uniformazione spontanea del diritto che caratterizza innegabilmente la *Lex mercatoria*.

Poichè è un fatto che se la *Lex mercatoria* inerisce ai rapporti commerciali internazionali allora non può prescindere dal concetto che proprio questo è il terreno in cui massima è stata l'uniformazione del diritto, specie attraverso la spontanea adesione da parte dei soggetti interessati a pratiche diffuse e usi.

Torna dunque ancora una volta il binomio che già in precedenza ci ha visto riflettere in ordine a caratteristiche capaci di differenziare l'una dall'altro. Si pensi ad esempio al problema della configurazione della clausola di accettazione del codice di autodisciplina come ipotesi di uso normativo ventilata a più riprese dal Gran Giurì della pubblicità.

Ad ogni buon conto, tornando al tema dell'uniformazione del diritto, diremo che essa è, essenzialmente, il prodotto dell'interazione di tre differenti fattori.

In primo luogo non mancheremo di sottolineare come la progressiva diffusione di contratti-tipo e formulari abbia rappresentato la piattaforma giuridica comune delle operazioni economiche nel campo internazionale. Tanto che le clausole in essi contenute sono via, via, assurte a veri e propri usi del commercio internazionale.

Non pare revocabile in dubbio, del resto, che la prassi contrattuale abbia via, via, maturato un ruolo a dir poco centrale in relazione alle operazioni economiche transnazionali tanto che la miglior dottrina non ha mancato di notare come l'elemento dominante della *Lex mercatoria* sia rappresentato proprio da quella figura di contratto universalmente uniforme che andrebbe a concretarsi grazie all'opera degli uffici centrali delle multinazionali che vanno imponendo modelli contrattuali diffusi presso le proprie filiali, ovunque esse abbiano sede all'interno del pianeta ⁷⁷.

E tuttavia, questo è solo uno degli esempi possibili. Che dire, infatti, dei modelli concepiti su iniziativa di enti e associazioni di categoria che vanno poi diffondendosi fra i membri di quella medesima categoria fino a disciplinare uniformemente interi settori del commercio internazionale ⁷⁸?

⁷⁷ Fra i tanti autori che sviluppano riflessioni fondamentali sul tema citiamo F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, op. cit., p. 59.

⁷⁸ Ci riferiamo ad esempio a F. MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, op. prec. cit., p. 97 e ss. ove – a proposito dell'emblematico caso del GAFTA – l'autore osserva: "Il GAFTA, ovvero il *Grain and Feed Trade Association* è il risultato di una fusione avvenuta nel 1961, tra due preesistenti associazioni di settore: il *London Corn Trade Association* e la *Cattle Food Trade Association*...oggi è formato da 710 membri operanti in 76 paesi differenti. Nel 1973, a seguito di una riunione tenutasi ad Amburgo, il consiglio di amministrazione istituì un

Non è a ben vedere questo il medesimo processo autopoietico di diffusione progressiva che ha caratterizzato la nascita e in seguito lo sviluppo del sistema di Autodisciplina della comunicazione commerciale?

In buona sostanza si assiste da un lato ad una sempre più pressante esigenza di uniformità internazionale, dall'altro ad un'importanza crescente, dovremmo dire consolidata, dei c. d. formulari di contratto. Così facendo, si conferma l'avanzata del contratto atipico e della decodificazione. Vero è, però, che in campo internazionale l'uniformità dei contratti risponde ad una vitale necessità: proporre soluzioni alle esigenze imposte dall'estensione metastatuale dei mercati.

Fin qui naturalmente le diverse ipotesi in cui la diffusione internazionale delle pratiche contrattuali ha avuto un ruolo centrale diremo addirittura di fonte per quella che è oggi la nuova *Lex mercatoria*. Anzi, avremo cura di non dimenticare naturalmente quella dei c. d. contratti in -ing (*leasing, factoring* ecc.) che creati dagli operatori economici di un determinato Paese hanno poi trovato con il tempo accoglimento anche presso gli operatori di altre nazioni.

D'altra parte viene naturale chiedersi se questo insieme di disposizioni debba considerarsi una polimorfa congerie di regole sostanziali o, se piuttosto, esse non debbano assurgere a fonte formale della *Lex mercatoria*.

organo denominato *International Contracts Policy Committee* con rappresentanti di varie nazionalità provenienti dai maggiori centri commerciali (Francia, Italia, Germania, Belgio, Olanda, Danimarca e Svizzera) ed anche dal ceto degli spedizionieri marittimi (*international shippers*). Il comitato suddetto si riunisce una volta ogni due mesi in uno dei centri commerciali in Europa al fine di discutere eventuali modifiche ai contratti-tipo ovvero di procedere alla redazione di nuovi formulari. Secondo un autore (D. Johnson), almeno il 60% del commercio annuale mondiale di cereali (pari a 200 milioni di tonnellate) è oggi basato su un contratto GAFTA ed in media vengono amministrati 300 arbitrati (GAFTA) l'anno. L'ente ha, peraltro, predisposto ben 80 formulari di contratto contenenti tutte le possibili clausole stipulabili dagli operatori del settore. Si tratta dunque, di un'opera di codificazione privata transnazionale. Comune a tutti i contratti è l'ultima clausola che deferisce tutte le eventuali controversie ad arbitrato. Naturalmente, l'arbitrato di cui si parla è l'arbitrato GAFTA, amministrato dallo stesso ente e che, nella versione attualmente in vigore, viene denominato *GAFTA form n. 125*. Tale regolamento arbitrale è entrato in vigore il 31 gennaio 1997 per tenere in dovuta considerazione il nuovo *Arbitration Act* britannico del 1996".

Esse, cioè, devono essere definite come mere fonti materiali per via del fatto che il loro valore normativo sarebbe sottoposto all'invalicabile steccato della volontà delle parti e dunque la regola altro non sarebbe che una proposizione dettata per rispondere ad un bisogno sociale riconosciuto; o piuttosto essa dovrebbe coincidere con un vero e proprio procedimento tecnico volto a formalizzare la norma?

La risposta non appare affatto scontata o di semplice soluzione.

Certo, va osservato che a ragionare con le consuete categorie la risposta non potrebbe che essere una sola, ma siamo davvero sicuri che nel differente sistema della *Lex mercatoria* il contratto - lungi dal risolversi nell'accordo fra le parti, volto a costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici a contenuto patrimoniale - non presenti invece caratteristiche diverse che mutano nella differenza di prospettiva? Come si spiegherebbe del resto un'osservazione come quella secondo la quale: "se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo ci precluderemmo di comprendere in che modo muta il diritto del nostro tempo"⁷⁹.

Ne deriva perciò come logica conseguenza, quella di considerare il contratto come vera e propria fonte, ancorché particolare, della *Lex mercatoria* e ciò non solo nell'ipotesi in cui lo stesso, meglio la pratica contrattuale, trasfonda nel vero e proprio uso del commercio

⁷⁹ F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, p. 5. E ancora si legga in F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, op. cit., p. 99: "All'autonomia contrattuale sono oggi dischiuse frontiere in passato impensabili. Il contratto era, nella sua concezione classica, lo strumento per comporre interessi particolari; oggi il contratto fra privati prende il posto della legge in molti settori della vita sociale. Si spinge fino a sostituirsi ai pubblici poteri nella protezione di interessi generali, propri dell'intera collettività, qual è stato, dapprima, l'interesse dei consumatori, che i meccanismi di autodisciplina hanno difeso contro gli inganni pubblicitari; o quale l'interesse all'equilibrato assetto del territorio, che i consorzi di urbanizzazione realizzano in vasti comprensori, turistici o residenziali; e quali oggi sono le imponenti serie di interessi generali cui offrono presidio le più diverse autodiscipline contrattuali, cui persino la legge fa sempre più frequente riferimento, come nel caso di codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati, richiamati dal nuovo articolo 2387 del codice civile".

internazionale supportato da *opinio iuris* e forza obbligatoria a carattere generale.

Tutto questo, naturalmente, a patto di ribadire la particolarità della prospettiva, meglio del contesto sistemico, cui si sta facendo riferimento: quello spontaneo, uniforme e astattuale, appunto, della *Lex mercatoria*.

Fin qui, dunque, il contratto inteso come fonte formale della nuova *Lex mercatoria*.

Ma quali sono, allora, gli ulteriori due fattori che hanno portato all'uniformazione di regole internazionali costituenti il *corpus* della stessa? Anzitutto citeremo, chiaramente, gli usi del commercio internazionale con ciò intendendo la ripetuta e uniforme osservanza di particolari pratiche da parte degli operatori di determinati settori imprenditoriali, nella convinzione di osservare un precetto giuridico.

In terzo luogo, fra le fonti della nuova *Lex mercatoria* va ricordata la giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali, sottolineando come la *ratio decidendi* sottesa alle pronunce degli arbitri volte a dirimere le controversie portate innanzi a loro, acquistino valore di precedente nella misura in cui altri arbitri, aditi successivamente, sono soliti uniformarsi.

Da qui il costituirsi di un corpo di *regulae iuris* cui gli operatori economici si attengono, nella previsione che nell'ipotesi di una controversia esse troveranno applicazioni ai rapporti commerciali.

Ciò detto quindi, appare opportuno approfondire l'analisi delle ulteriori componenti normative della nuova *Lex mercatoria*, al fine di poter dare un quadro, il più omogeneo possibile, dei processi che conducono a comprendere le modalità di formazione e creazione di un sistema di diritto transnazionale del tutto peculiare e differente da quello su cui il giurista di diritto privato interno è solito ragionare.

Per quel che concerne le componenti normative, alludiamo in particolare agli usi del commercio internazionale, e alle *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali.

3.4 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: usi del commercio internazionale.

Enunciate in questo modo le tre diverse fonti o componenti normative della nuova *Lex mercatoria*, occorre vedere come proprio agli usi del commercio internazionale giurisprudenza e dottrina riservino un ruolo di assoluta preminenza.

Per quel che concerne la prima, soccorre in tal senso la storica sentenza della Corte di Cassazione 8 febbraio 1982 n. 722 con la quale il Supremo Collegio rilevava l'esistenza di una *Lex mercatoria* intesa come complesso di regole di condotta con contenuti mutevoli, ma *pro tempore*, determinati quale conseguenza di una diffusa *opinio necessitatis* fra gli operatori del mercato rispetto a determinati valori con la convinzione che essi fossero vincolanti.

In buona sostanza, sostiene la Corte, il diritto mercantile sorgerebbe ogniqualvolta si formi una convinzione circa l'esistenza di valori cogenti i quali portino i soggetti attori del mercato a uniformare le proprie condotte sulla base di regole comuni.

In una simile *societas* mercantile, continua la Corte, il diritto – in assenza di strutture organizzative - si rileverebbe allo stato diffuso. Tuttavia, proprio l'aspetto dinamico della risoluzione dei conflitti, espletato dagli organismi di somministrazione della giustizia arbitrale, sembra quello in grado di esercitare un ruolo di preorganizzazione e regolazione di quella stessa *societas* sia sotto il profilo dell'applicazione della *Lex mercatoria* agli operatori sia per quel che concerne gli ordinamenti in cui detti operatori sono soliti radicarsi.

In altre parole la *Lex mercatoria* avrebbe fondamento consuetudinario riconducibile ad un consenso generalizzato, un complesso di regole che, se pure formate sulla base di pratiche convenzionali, vedono via, via, quelle stesse assumere il valore di norme consuetudinarie per la ripetizione e diffusione della loro osservanza attraverso il consenso, anche

tacito, degli operatori di un determinato settore dell'attività economica. Da qui, anche, la produzione di regole, finalizzata a liberare la disciplina e l'efficacia dei contratti internazionali dal vincolo condizionante di criteri di collegamento con i singoli ordinamenti nazionali.

Detto altrimenti, gli usi del commercio internazionale assurgono a usi normativi cioè a fonti di produzione normativa e in particolare di un diritto oggettivo riconducibile ad un ordinamento sopranazionale. Non sarebbero più, quindi, meri usi contrattuali con semplice funzione integrativa o interpretativa della volontà delle parti.

Va del resto sottolineato come siano le stesse norme convenzionali internazionali che ne ribadiscono la natura normativa: non a caso l'articolo 9 della Convenzione di Vienna del 1980, in materia di vendita internazionale, riconosce agli stessi un'efficacia vincolante, integrativa della volontà contrattuale, financo nel caso in cui le parti non vi abbiano fatto esplicito riferimento.

Come detto, quindi, è la ripetizione nel tempo e la presenza dell'elemento soggettivo dell'*opinio iuris* generalizzata a fare dell'uso del commercio internazionale una fonte del diritto.

Rimane il fatto, che quella sopra riportata è una definizione mutuata dal quadro giurisprudenziale, poiché a ben vedere non è in effetti possibile rinvenire una nozione scritta di uso del commercio internazionale. E se per trovare quella definizione ci richiamassimo al concetto di uso del commercio interno non arriveremmo a migliori conclusioni, se è vero che nella maggior parte degli ordinamenti statuali a diritto codificato non è dato reperire una definizione di uso, giacché i testi tendono a fornirne nozioni piuttosto vaghe e dal sapore a dir poco programmatico ⁸⁰.

⁸⁰ Fra i tanti esempi che potremmo riportare citiamo in questo caso il § 346 dell'*Handelsgesetzbuch* tedesco ove si legge:

§ 346

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

A tutt'altre conclusioni dovremmo arrivare se volgessimo lo sguardo alla *Common Law* statunitense ove l'uso del commercio riceve all'art. 1-205 dello *Uniform Commercial Code* (UCC) una precisa definizione ⁸¹.

Ma come ben illustrato dalla miglior dottrina, anche questa definizione non è esente da difetti. In particolare l'eccessiva ampiezza della stessa rende di fatto tutt'altro che agevole la comprensione delle diverse varianti dell'uso: contrattuale, normativa, interpretativa.

Per addivenire agli elementi che caratterizzano l'uso in chiave comparativa in quella che è stata l'analisi dottrina ⁸² è perciò necessario andare a valorizzare il *common core* che caratterizza la maggior parte delle caratteristiche richieste dai sistemi giuridici contemporanei: la presenza cioè di due elementi costitutivi. L'uno oggettivo, l'altro soggettivo. Essi non possono che richiamare, d'altra parte, i rilievi già svolti dalla giurisprudenza.

Il primo consisterebbe dunque nella ripetizione di un determinato comportamento nel corso del tempo, laddove quest'ultimo – il periodo di tempo - non appare determinabile a priori ma, potremmo dire, dev'essere apprezzabilmente lungo.

Il secondo elemento costitutivo, quello soggettivo, è invece dato *dall'opinio juris atque necessitatis*: quella convinzione, cioè, da parte di un gruppo sociale, che il compimento degli atti di cui all'elemento oggettivo siano giuridicamente obbligatori.

Fondendo i due elementi così definiti si arriva all'individuazione dell'uso come fonte di produzione normativa.

⁸¹ Si leggano a questo proposito i fondamentali rilievi contenuti sul tema in F. MARRELLA, *op. supra cit.*, p. 197.

⁸² Si leggano a questo proposito le giuste riflessioni di F. BORTOLOTTI, *op. prec. cit.*, a p. 740: "...nel contesto della disciplina dei rapporti commerciali internazionali, si tenda comunque – anche ove ci si ponga nell'ottica più tradizionale facente capo agli ordinamenti nazionali (e quindi prescindendo dalla *Lex mercatoria*) – ad attribuire agli usi un peso assai maggiore di quello riservato loro a livello di rapporti "interni". Tale tendenza si manifesta tanto a livello legislativo, quanto a livello giurisprudenziale, soprattutto nel contesto dell'arbitrato internazionale. In tali condizioni conviene analizzare anzitutto la questione della rilevanza degli usi in termini generali, per poi passare ad analizzare il loro ruolo all'interno della *Lex mercatoria*".

In altre parole: la regola diverrà norma giuridica nel momento in cui, attraverso il fatto della ripetizione dei comportamenti significativi, arriverà a perfezionarsi con il venire in essere di quella convinzione, generalizzata, che sia giuridicamente obbligatorio osservarla.

Va anche detto che in ordine alla natura di uso normativo o contrattuale dell'uso del commercio internazionale la dottrina è lungi dall'essere univocamente orientata.

Ma la sensazione è quella per cui tale divisione paghi un prezzo nient'affatto secondario ad una visione localistica di quello che è innegabilmente un fenomeno giuridico metanazionale.

Ed invece, proprio a tener presente quest'ultimo aspetto, non si può non concludere per la necessità di concepire gli usi del commercio internazionale "*vigore proprio*" dunque in funzione di quella particolare adozione che gli operatori del commercio internazionale ne fanno.

E del resto la tesi della normatività dell'uso del commercio internazionale viene avvalorata, come detto, dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, dal riferimento espresso fatto dall'art. 9 della Convenzione di Vienna, il quale di fatto introduce, anche nel sistema italiano, un modello di uso speciale uniforme nei vari paesi aderenti alla Convenzione medesima ed ancora sulla base di valutazioni che coinvolgono inevitabilmente il punto di vista privilegiato dell'arbitro ⁸³. Il tutto, anche a tacer del fatto, che lo stesso articolo 834 del C. p. c., introdotto con la riforma della disciplina dell'arbitrato del 1994, ha espressamente previsto che in tema di norme applicabili al merito della controversia, gli arbitri internazionali debbano tener conto delle indicazioni degli usi del commercio

Ora, supponendo, che la *Lex contractus* applicabile alla controversia sia la *Lex mercatoria*, è di immediata evidenza che gli usi del commercio internazionale si affranchino immediatamente dall'ultimo gradino in cui è andato a relegarli il principio gerarchico delle fonti di produzione normativa

⁸³ Propende per questa soluzione del resto F. MARRELLA, *op. supra cit.*, p. 239.

del diritto interno italiano e gli stessi acquistino immediatamente un ruolo di assoluta preminenza attraverso quello che è il potere discrezionale dell'arbitro.

Certo, in ultima istanza un simile passaggio conduce inevitabilmente a ragionare non solo sull'ultima componente normativa della *Lex mercatoria* – la ratio decidendi della pronuncia arbitrale - ma anche a tenere ben presente come sia attraverso l'attività interpretativa dell'arbitro che gli usi del commercio internazionale possano assurgere ad usi normativi.

Concludendo, quindi, per la natura normativa degli usi del commercio internazionale, ribadiamo ancora una volta in tal modo come gli stessi debbano tenersi ben distinti sia dai c. d. atti di cortesia, sia dalle semplici prassi.

I primi, infatti, rilevano solo da un punto di vista morale e possono rappresentare il fondamento di quelle che nella famiglia dei diritti romano-germanici prendono il nome di obbligazioni naturali; le prassi risultano invece sprovviste – come detto – di quella convinzione di osservare un obbligo giuridico che caratterizza l'uso.

Rimane, comunque, ancora da analizzare l'ultima componente normativa della *Lex mercatoria*. Alludiamo alla *ratio decidendi* della pronuncia arbitrale di cui adesso daremo conto.

Una simile riflessione dovrebbe, del resto, permettere di approfondire le caratteristiche delle fonti normative della *Lex mercatoria* – in particolare degli usi del commercio internazionale – anche al fine di meglio comprendere quali dovrebbero essere i paradigmi di raffronto ogniqualvolta si formuli un giudizio di comparazione fra la *Lex mercatoria* e l'esperienza di autodisciplina sopranazionale per la quale ci si interroghi circa la natura giuridica.

Per essere più chiari: non v'è chi non veda come – al di là delle comprensibili distinzioni – il percorso analitico che caratterizza l'esame della *Lex mercatoria* abbia, ad esempio, numerosi indici comuni con l'Autodisciplina della comunicazione commerciale. E, come già suggerito,

simili riflessioni potrebbero formularsi in ordine alle analogie riscontrabili fra ordinamento sportivo e *Lex mercatoria* e ordinamento del commercio elettronico e *Lex mercatoria*.

L'individuazione precisa e rigorosa delle fonti normative della *Lex mercatoria* appare dunque propedeutica alla costruzione della matrice o del modello di raffronto cui equiparare le diverse esperienze di autodisciplina.

Ciò, come detto, non tanto per giungere per questa via ad affermare una *deminutio* della *Lex mercatoria*, declassandola, per così dire, a fenomeno di autoregolazione, che sarebbe in totale contrasto con quanto fino ad ora affermato, né d'altra parte per concludere *de plano* per la natura giuridica normativa di alcune specifiche ipotesi di autodisciplina, ma semplicemente per comprendere se il percorso di costituzione della *Lex mercatoria* possa fornire indicazioni utili nel panorama ricostruttivo delle ipotesi di autoregolazione.

3.5 Le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria*: *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali.

Con riferimento alla terza componente normativa della *Lex mercatoria* – le *rationes decidendi* adottate dagli arbitri internazionali - va osservato quanto segue.

Innanzitutto appare chiaro che la giurisprudenza arbitrale può con la propria opera svolgere una funzione ricognitiva delle singole norme della *Lex mercatoria*. L'essere chiamati alla sua applicazione riconosce cioè in capo agli arbitri un ruolo insostituibile di indagatori del tema, quasi di investigatori cui viene attribuita l'opportunità di riconoscere gli usi del commercio applicabili nel caso posto alla loro attenzione. Conseguentemente, è proprio attraverso la costante indagine e ricerca degli usi - affermatasi presso la *societas mercatorum* - che andranno a costituire il fondamento della *ratio decidendi*, che viene progressivamente

a stratificarsi un'intera produzione di regole e principi che confluiscono in una vera e propria elaborazione normativa. Essa consente poi quella successiva codificazione attraverso le compilazioni delle organizzazioni non governative (ONG), con ciò intendendosi ad esempio le codificazioni dei Principi *Unidroit* o dei PECL.

Ed infatti, anche a voler negare che il precedente arbitrale abbia di per sé valore vincolante - che è peraltro il valore riconosciuto dalla dottrina dominante - ⁸⁴, ben difficilmente sembra di potersi sostenere che lo stesso non goda di una pregnante forza persuasiva ⁸⁵.

Del resto è di immediata evidenza come sia proprio l'arbitro il soggetto deputato alla ricerca, al riconoscimento, all'elaborazione degli usi del commercio internazionale, di talchè a seguito della sua attività ricognitiva ben può affermarsi una successiva fase di creazione che cristallizza la norma nella *ratio decidendi*.

Con tale espressione, precisiamo, si intende quell'insieme di valutazioni che costituiscono il fondamento del dispositivo.

Con quanto detto è evidente che ogniqualevolta a *quella ratio decidendi* dovessero seguire una serie di altre pronunce arbitrali che a quella dovessero uniformarsi, si dovrà concludere che la *ratio* sottesa alla prima decisione individua un precedente in grado di originare la costituzione progressiva di una *regula iuris*. Specie alla luce del fatto che gli operatori della *societas mercatorum* a quella *ratio*, e dunque regola potenziale, andranno ad uniformarsi nella convinzione che in caso di controversia quella stessa troverà applicazione nel caso in decisione.

Dalla sinergia fra il riconoscimento dell'uso del commercio e la sua applicazione quale *ratio decidendi* nel lodo arbitrale, ecco emergere l'*opinio iuris atque necessitatis*. La quale, lungi dal consistere nell'ubbidienza ad una superiore autorità, si risolve invece nel rispetto da

⁸⁴ Valore peraltro ammesso dalla miglior dottrina. Si veda a questo proposito F. GALGANO, *op. prec. cit.*, p. 59

⁸⁵ F. MARRELLA, *op. prec. cit.*, p. 249.

parte degli operatori economici di ciò che gli altri operatori siano legittimati ad attendersi da loro.

Come detto quindi, uso del commercio internazionale e *ratio decidendi* della pronuncia arbitrale arrivano a saldarsi in un processo di ricognizione – elaborazione – applicazione che rappresenta il momento di perfetta realizzazione del sistema di diritto spontaneo e uniforme della *Lex mercatoria*.

3.6 Profili di analisi dei codici di condotta nel diritto del commercio transnazionale: la funzione di limite endogeno. Il caso degli ICC Codes on Marketing and Advertising Practice.

Una volta analizzate le diverse componenti normative della nuova *Lex mercatoria* occorre fare attenzione alla funzione che l'autodisciplina possa effettivamente svolgere non solo quale meccanismo produttivo di prassi contrattuali stratificate e progressivamente accolte da parte degli aderenti alla *societas mercatorum* ma anche nella sua dimensione di possibile limite in sede di applicazione arbitrale. Nel caso cioè in cui l'arbitro si trovi ad applicare la *Lex mercatoria* quale *Lex contractus*.

A tale proposito si distinguono, in generale, due categorie di limiti: quelli di natura endogena o intrinseca e quelli di natura esogena o estrinseca. L'autodisciplina, secondo le valutazioni della miglior dottrina, rientra in quelli appartenenti alla prima categoria.

Come già osservato in precedenza, non è scopo di questa tesi analizzare in modo approfondito il tema della *Lex mercatoria*. Come detto, però, essa rileva nella sua accezione di possibile paradigma di riferimento in ordine alle sue potenzialità di strumento interpretativo dell'autodisciplina, specie alla luce delle influenze reciproche che i due fenomeni sono in grado di esercitare l'uno sull'altro.

Venendo quindi all'analisi dell'autodisciplina come limite endogeno della *Lex mercatoria* possiamo procedere come segue.

Diremo anzitutto che le regole di autodisciplina costituiscono un limite endogeno della *Lex mercatoria*, nella misura in cui esse operino negativamente, dunque quali regole in grado di stabilire quello che i singoli operatori commerciali non possono fare.

L'autodisciplina diviene, cioè, la quarta componente della *lex mercatoria* ogniqualvolta l'applicazione della stessa, ad opera dell'organo arbitrale, faccia ritenere necessario procedere con l'individuazione del confine fra moralità e immoralità degli affari.

Ne consegue che, sulla base di quanto brevemente osservato, la dimensione autoregolativa rileva, nel caso in esame, sotto il profilo dell'etica degli affari, aspetto che, come abbiamo visto non è certo in grado di esaurire la polimorfa congerie dei codici di condotta. Va comunque tenuto a mente che, nel caso di specie, l'analisi va portata su un piano che lambisce la deontologia e che di fatto coincide con la c. d. *business ethics*.

Va perciò osservato che detti codici assumono di fatto la natura di quarta componente normativa della *Lex mercatoria* ogniqualvolta la stessa trovi applicazione quale *Lex contractus*. Ne consegue che essi possono senz'altro acquisire efficacia di diritto positivo a intermittenza, per così dire, tutte le volte in cui l'interpretazione del diritto, lungi dall'essere affidata al giudice di diritto interno, spetti all'arbitro internazionale.

Va anche detto che, limitatamente alla nostra breve analisi, non interessano in questa sede, evidentemente, i codici di condotta di origine pubblicistica quali quelli che il singolo Stato indirizza alle imprese con sede legale nel proprio territorio né, tantomeno, quelli predisposti da organizzazioni intergovernative a contenuto meramente programmatico.

Ne consegue che oggetto di questa breve indagine sono, nel caso di specie, i codici di origine privatistica e, fra questi, quelli a vocazione collettiva, dunque adottati da associazioni settoriali per tutti i propri membri. Si ricade, insomma, nel medesimo modello che caratterizza il

Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale ancorché, in questo caso, si stiano considerando ipotesi a carattere transnazionale.

Quei codici, infatti, rispondono a quel medesimo modello di funzionamento per adesione in base al quale, attraverso una determinata clausola, tutti i soggetti appartenenti ad un preciso settore del mercato si impegnano ad adottare i medesimi modelli di contratto predisposti dall'associazione di categoria, a rispettare le stesse regole di *business ethics* e a sottoporre le controversie ad un arbitro di categoria o ad un diverso soggetto legittimato a decidere delle stesse e che certamente rientra nel novero di quei meccanismi di soluzione alternativi che rispondono al nome di *Alternative Dispute Resolution Methods*.

Rilevano in questo senso una molteplicità di codici, a partire ad esempio da quelli elaborati dalla *International Chamber of Commerce* (d'ora in avanti ICC): si pensi al codice contro la corruzione nel commercio internazionale⁸⁶ e ai *codes des pratiques loyales en matière de publicité*.

In particolare, con riferimento all'etica transnazionale in materia di marketing e pubblicità, la tradizione della ICC è di lungo corso. Si pensi al fatto che la prima edizione del *Code des pratiques loyales en matière de publicité* risale al 1937.

Non solo, esso rappresentò la piattaforma regolativa di riferimento per il primo codice di autodisciplina in materia pubblicitaria sviluppato anche nel nostro Paese a partire dal 1963. Quest'ultimo aveva infatti come proprio predecessore il Codice delle Pratiche Leali in materia di pubblicità emanato nel 1937 dalla Camera di Commercio Internazionale.

Ma vi è di più. Perché è un fatto che ancor oggi il sistema degli *ICC Codes on Marketing and Advertising Practice* detta un catalogo di elevati standard professionali da osservare nelle pratiche di marketing e pubblicità, rappresentando in tal senso un punto di riferimento per il

⁸⁶ Per una ricostruzione efficace delle diverse fasi che hanno caratterizzato l'evoluzione del codice in esame si consiglia la lettura di F. MARRELLA, *op. supra cit.*, pp. 763-768.

sistema autodisciplinare in tema di pubblicità e comunicazione commerciale a livello internazionale e nazionale.

Come per altre esperienze di autodisciplina precedentemente considerate, anche in questo caso si fa riferimento a raccolte di prassi commerciali che - dopo una progressiva diffusione, stratificazione e cristallizzazione presso tutti gli operatori di settore che vi aderiscono su base volontaria – sono arrivate a consolidarsi in veri e propri corpi di regole le quali, tuttavia, attraverso caratteristiche di duttilità e elasticità vengono poi via via adeguate alle mutate esigenze della collettività di aderenti al fine di garantire al meglio l'efficienza della disciplina di settore.

La revisione di detti codici compete naturalmente alla Policy Commission di riferimento della ICC. Le proposte di revisione vengono inoltrate a tutti i comitati nazionali della ICC, poi ricentralizzate presso la sede di Parigi ove un gruppo precostituito di lavoro procede, anche sulla base dei pareri formulati dai comitati, alla redazione del nuovo testo.

Dopo di che, la Commissione convoca una riunione volta alla votazione del testo e lo stesso viene quindi trasmesso al Consiglio della ICC per l'approvazione definitiva.

Ed è proprio attraverso questo *iter* che si è addivenuti nel 2006 alla recente revisione e riformulazione del *Code des pratiques loyales en matière de publicité* del 1937 che ha ora preso il nome di Nuovo codice unificato di prassi per le comunicazioni su pubblicità e marketing.

Redatto da una *task force* appositamente organizzata per la revisione dei codici, il Nuovo codice unificato è stato approvato dall'*Executive Board* della ICC il 15 giugno 2006.

Si è trattato della più importante revisione unificata del codice di prassi della pubblicità dal 1937.

Tale revisione riunisce in unico testo vari codici di prassi sviluppati negli anni, compresi quelli relativi al marketing diretto, alla promozione delle vendite, alle comunicazioni di marketing e telemarketing, andando così a

costituire un conciso manuale di condotta etica in grado di contemplare una disciplina relativa a tutti gli aspetti di marketing e pubblicità.

3.7 Il parallelo cammino dell'Autodisciplina pubblicitaria attraverso la *European Advertising Standards Alliance*.

Parallelamente al cammino della ICC, che proprio in tempi recenti ha prodotto il Nuovo codice unificato di prassi per le comunicazioni su pubblicità e marketing, vanno altresì segnalati i progressi fatti dal sistema di autodisciplina pubblicitario ben oltre i confini nazionali.

Quindi, oltre all'autoregolazione sviluppata dalla ICC, v'è un intero percorso che da quest'ultima ripete il proprio fondamento, che sta approdando ad un allargamento di confini e di obiettivi.

Per questa ragione proponiamo in questa sede una cronaca sintetica degli ultimi passi fatti dall'autodisciplina in tale ambito.

Ed infatti nel 1989, un preesistente organismo informativo facente capo alla *European Advertising Tripartite* (EAT), è stato sostituito dalla *European Advertising Standards Alliance* (d'ora in avanti EASA), che, per i Paesi con lingua di origine latina, ha assunto la denominazione di *Alliance Européenne pour l'Ethique en Publicité* (AEEP).

Nel gennaio 1994, l'Alleanza concludeva l'*iter* che la portava a ottenere il riconoscimento giuridico quale associazione internazionale in base al diritto del Belgio, Stato presso il quale ha la sua sede: Bruxelles.

Nel 2002 l'Alleanza è arrivata a mutare la propria struttura associativa. Accanto alle rappresentanze delle autodiscipline siedono negli organismi direttivi anche i rappresentanti dell'industria pubblicitaria (utenti, agenzie e mezzi).

Tutte le diverse componenti del mondo pubblicitario hanno quindi ritenuto di unire i propri sforzi in un'unica organizzazione che è diventata la "singola voce autorevole del mondo pubblicitario".

Scopo principale di EASA è quello di riunire periodicamente le organizzazioni europee del mondo pubblicitario che adottano e riconoscono i Codici di autodisciplina pubblicitaria. Obiettivo dell'Alleanza è quello di promuovere un'efficace autodisciplina pubblicitaria⁸⁷, un'uguaglianza di trattamento per tutti i casi di denuncia e un unico spirito nei criteri di controllo del sistema di autodisciplina. La promozione dell'autodisciplina deve essere effettuata tenendo presenti le differenze culturali nelle pratiche commerciali dei vari Paesi. Per raggiungere questi scopi l'Alleanza si impegna, fra l'altro, a promuovere il raggiungimento di una serie di obiettivi. Fra questi vanno perlomeno segnalati: la migliore attuazione dell'Autodisciplina; la ricerca di una convergenza dei principi che governano i sistemi di autodisciplina attualmente operanti in Europa; lo sviluppo di un dialogo con governi nazionali, gruppi di consumatori, associazioni di categoria e istituzioni europee; la dimostrazione che i meccanismi nazionali di autodisciplina sono da preferire a un'estensione della legislazione a livello europeo; la promozione del sistema per il quale le denunce di pubblicità diffuse da mezzi provenienti dall'estero possano essere rapidamente ed efficacemente trattate con rinvio delle denunce all'organismo competente nel Paese di origine della pubblicità; la promozione di miglioramenti nei sistemi di autodisciplina incoraggiando la creazione di organismi di autodisciplina dove questi ancora non esistano;

⁸⁷ A tale proposito va perlomeno osservato che nel 2002 è stato approvato un importante documento propositivo che indica e "solennizza" i *Common Principles* che devono essere posti a base dell'Autoregolamentazione pubblicitaria e individua gli *standard* di correttezza raccomandati per operare secondo *best practices*. Fra i *Common Principles* vanno perlomeno menzionati la tutela del consumatore; l'indipendenza, imparzialità, trasparenza e accessibilità gratuita dell'autodisciplina; l'efficacia, rapidità, attualità e flessibilità della stessa; l'efficienza dei procedimenti rispetto a norme e decisioni, l'alternatività rispetto alla legge, nel senso che l'autodisciplina non può comunque privare il consumatore delle modalità di tutela garantite da questa; la cooperazione fra sistemi di autodisciplina nazionale e organismi di EASA. Ed ancora, sempre in un'ottica di coordinamento e cooperazione fra EASA e ICC si osservi come al punto 24 del presente documento si stabilisca: "I codici di autodisciplina sono basati sui seguenti principi basilari, fissati nel *General Code of Advertising Practice* della Camera di Commercio Internazionale (ICC): il contenuto della pubblicità deve essere legale, decente, onesto e veritiero nel rispetto del senso di responsabilità sociale e delle regole della concorrenza leale".

lo scambio di informazioni sul funzionamento dei codici degli organismi nazionali di autodisciplina; lo scambio di informazioni e la possibilità di fornire consulenza sulla legislazione o su altre iniziative inerenti il controllo della pubblicità e su altri sistemi di comunicazione di *marketing*.

Non solo.

L'Alleanza si sforza altresì di coltivare e sviluppare un'opera di sensibilizzazione nei confronti della Commissione Europea a seguire il principio fissato nella direttiva sulla pubblicità ingannevole (direttiva 84/450/Cee, ripreso anche in quella sulla pubblicità comparativa: direttiva 97/55/Ce), la quale al Considerando n. 16) prevede: "I controlli volontari esercitati da organismi autodisciplinari per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere incoraggiati".

Inoltre, a partire dal settembre 1992, EASA ha promosso e via via costruito il c.d. *Cross-border Complaints System*, diretto alla composizione dei contrasti in materia di pubblicità diffusa attraverso i mezzi provenienti da altri Paesi. Basato sul principio del mutuo riconoscimento tra sistemi autodisciplinari e, in via generale, sulla giurisdizione del Paese d'origine del mezzo, il nuovo sistema è finalizzato ad assicurare che al consumatore del Paese richiedente vengano riconosciuti gli stessi diritti del consumatore del Paese da cui il messaggio viene diffuso.

3.8 La *Lex mercatoria* come paradigma di riferimento per l'autodisciplina pubblicitaria e per alcune delle più importanti esperienze transnazionali di autoregolazione.

Sulla base delle osservazioni fino ad ora formulate é possibile svolgere una serie di considerazioni conclusive.

Anzitutto, è di immediata evidenza come autodisciplina e *Lex mercatoria* siano temi che conoscono intrecci frequenti. Il procedimento di formazione di entrambe coincide per alcuni elementi: si pensi alla stratificazione di

prassi, alla progressiva estensione dei contratti di categoria, al ruolo interpretativo ricostruttivo rispettivamente del Gran Giurì o della giurisprudenza arbitrale.

Ed ancora, come visto, l'autodisciplina, nella sua declinazione di *business ethics*, rappresenta per la *Lex mercatoria* una quarta componente – per certi aspetti intermittente – nella misura in cui funge da limite endogeno o intrinseco nell'applicazione della stessa.

Ma attraverso lo studio della *Lex mercatoria* si è anche riusciti a porre in luce quanto la stessa possa segnare una mappa preziosa per l'individuazione di esperienze di autodisciplina transnazionali e, forse ancor più importante, come proprio gli usi del commercio internazionale rappresentino per certi aspetti l'archetipo da cui moderne codificazioni come l'Autodisciplina pubblicitaria – oggi Autodisciplina della comunicazione commerciale – abbiano mutuato una piattaforma di regole. Si pensi all'originaria formulazione del Codice delle pratiche leali in materia di pubblicità, emanato nel 1937 dalla Camera di Commercio Internazionale italiana che rappresentava il portato nazionale di quello sviluppato dalla ICC, e che nella sua nuova formulazione del *General Code of Advertising Practice* della Camera di Commercio Internazionale (ICC) rappresenta a tutt'oggi il fondamento di principi basilari, fissati dal documento elaborato nel 2002 dall'EASA in sede di opera di unificazione dell'autodisciplina europea in materia pubblicitaria: "Il contenuto della pubblicità deve essere legale, decente, onesto e veritiero nel rispetto del senso di responsabilità sociale e delle regole della concorrenza leale".

E dunque è ancora una volta dai principi contenuti negli usi del commercio della *Lex mercatoria* che l'autodisciplina sembra mutuare le proprie regole, perlomeno in via germinale.

Ma è senza dubbio alla *Lex mercatoria* che l'autodisciplina deve guardare, riteniamo, al fine di poter valutare se un determinato sistema di autoregolazione possa aspirare a natura giuridica di sistema normativo o meno e, in ultima istanza, se un codice di autodisciplina debba poter

essere considerato fonte di cognizione di un sistema di diritto astatale o mera espressione di un'autonomia negoziale.

Perché non v'è chi non veda come nel caso ad esempio dell'Autodisciplina pubblicitaria si assista ad un'imponente espansione del sistema oltre i confini dei singoli Stati, al punto che quel sistema autopoietico nazionale che in via giurisprudenziale è andato affermando la natura di uso normativo della clausola di accettazione, facendo trascolorare l'Istituto di autodisciplina in un soggetto in grado di produrre norme giuridiche, rischia di allargare i propri orizzonti ad un'ipotesi transnazionale.

Sia ben chiaro: non è nostra intenzione in questa sede avvalorare affascinanti reminiscenze teubneriane legate all'emersione delle costituzioni civili o comunque di ipotesi di decentramento sistemico tali da relegare lo Stato a centro periferico di produzione normativa; vero è però che la *Lex mercatoria* è stata chiamata in causa già in altre occasioni al fine di svolgere un ruolo interpretativo in ordine a ipotesi di autodisciplina transnazionale.

Si pensi, come accennato in precedenza, all'ordinamento sportivo e al saggio fondamentale di Sergio Maria Carbone ⁸⁸, nel quale sostanzialmente si suggerisce un progressivo e graduale riconoscimento alle federazioni sportive della natura di soggetti privati andando così a privilegiare un'ottica non pubblicistica perché ritenuta maggiormente in grado di giustificare quella flessibilità di procedure normative e contenziose che garantiscono effettività operativa.

Detta prospettiva avvala quindi quell'autosufficienza che altro non è se non il risultato della sinergia di tre diverse componenti: autonomia privata, regole della tradizione sportiva e clausole generali.

Ma il fulcro della tesi è in verità rappresentato dal complesso di analogie che il diritto sportivo ha con il diritto del commercio internazionale, si pensi

⁸⁸ S. M. CARBONE, *I caratteri privatistico-internazionali del diritto sportivo: in particolare, il contributo della Lex mercatoria alla precisazione della Lex sportiva*, Dir. comm. int., 2004, pp. 619-634.

in particolare alla rilevanza attribuita a regole di diritto non statale in quanto condivise dall'ambiente al quale sono rivolte ⁸⁹.

Dopo di che quel fenomeno autopoietico che porta il sistema *de quo* ad estraniarsi da quello dell'ordinamento giuridico statale, sviluppa profili transnazionali attraverso una fitta rete di federazioni nazionali sportive, società, associazioni che andrebbero ad individuare una complessa organizzazione a struttura piramidale con, al vertice, una confederazione dotata di precisi caratteri di internazionalità ed in grado di esercitare un vero e proprio potere normativo sugli associati ad essa appartenenti.

Il tutto senza dimenticare naturalmente i profili dinamici di applicazione di quelle regole attraverso un corrispondente apparato arbitrale in grado di garantire effettività all'intero sistema.

Orbene, ciò osservato, non v'è chi non veda come anche l'autodisciplina pubblicitaria stia sviluppando nel tempo medesimi caratteri: l'autopoiesi, la struttura complessa del sistema, la transnazionalità, i caratteri piramidali di quell'architettura che organizza la *societas* dei soggetti appartenenti, il soggetto al vertice di quel sistema – EASA – e financo un *Cross-border Complaints System*, come visto, volto alla composizione dei contrasti in materia di pubblicità diffusa attraverso i mezzi provenienti da altri Paesi che garantisce attraverso il mutuo riconoscimento tra sistemi autodisciplinari un nuovo meccanismo finalizzato ad assicurare che a

⁸⁹ S. M. CARBONE, *op. prec. cit.*, p. 623-624: "Le considerazioni finora svolte non vogliono significare adesione a favore di soluzioni che riconoscono il fondamento dell'ordinamento sportivo nel solo principio *pacta sunt serranda*, dotato di propria autonomia e validità al di fuori di qualsiasi inquadramento e legittimazione normativa ad esso esterni. Ciò che si vuole mettere in rilievo, è l'esistenza di un fenomeno assai importante che caratterizza l'ordinamento sportivo, alla stessa stregua di quanto avviene nei rapporti del commercio internazionale. E cioè, si riscontra la presenza di un ampio potere di autoregolamentazione dei rapporti sportivi che viene proficuamente impiegato in tutte le sue potenzialità, e consolidato in precise regole generalmente accettate nell'ambiente in cui operano, al quale sono destinate, a prescindere da un'effettiva (diretta o indiretta) partecipazione alla loro elaborazione dei vari soggetti a loro volta coinvolti. In particolare si consente così alla disciplina sportiva di sfuggire ad un inquadramento all'interno di un diritto statale, avvalendosi così anche della struttura organizzativa piramidale e transnazionale che lega i rapporti fra federazioni nazionali delle differenti discipline sportive e, nel loro ambito, le società sportive ed i loro tesserati".

ciascun consumatore del Paese richiedente siano riconosciuti i medesimi diritti del consumatore del Paese da cui il messaggio viene diffuso.

Ed oltre a questo – si sottolinea – il sistema di autodisciplina pubblicitaria ripete la propria origine proprio dal codice di autodisciplina, e dunque dai principi in esso contenuti, approntato dalla Camera di Commercio Internazionale, il quale nella sua moderna formulazione rappresenta non solo il fondamento ispirativo degli attuali codici di autodisciplina nazionali – si vada a vedere in tal senso il documento promosso dall'organo sopranazionale del sistema di autodisciplina EASA di cui abbiamo già dato conto *supra* – ma che rappresenta al contempo quel limite endogeno volto a garantire l'etica degli affari nell'ambito della *Lex mercatoria*.

Dunque, in ultima analisi, è evidente che alcune delle più importanti e autorevoli esperienze di autoregolazione stanno nel tempo maturando strutture organizzative che conducono, inevitabilmente, ad avvicinarsi a quel diritto diffuso, uniforme, pervasivo, che costituisce l'anima più profonda della *Lex mercatoria*.

Come già accennato, non riteniamo perciò stesso di poter *de plano* attribuire natura di ordinamento giuridico ai sistemi di autoregolazione appena menzionati, riesce tuttavia sempre più difficile poter considerare strutture che si rivolgono a interi settori di mercato e ai loro associati come mere ipotesi contrattuali o negoziali.

La sensazione, piuttosto, è che questi sistemi trovino nella *Lex mercatoria* il proprio primo fondamento e, al contempo, considerino proprio quest'ultima come stella polare da seguire nella creazione di una struttura organizzativa della propria *societas* settoriale che conduce un po' alla volta alla realizzazione di un sistema astatale di regole dotate di propria cogenza all'interno di quel sistema grazie anche ad apparati arbitrali che ne garantiscono l'effettività.

I CODICI DI CONDOTTA NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI

SOMMARIO: 4.1 L'inserimento dei codici di condotta e autodisciplina nella direttiva 2005/29 CE e nella novellata Comunicazione commerciale del Codice del consumo: riflessioni introduttive; 4.2 Le possibili ragioni che hanno condotto la Direttiva 2005/29/CE a prevedere disposizioni in tema di codici di condotta e autodisciplina; 4.3 Più nel dettaglio: la definizione data dalla direttiva di codice di condotta e il recepimento che di detta definizione fa il Codice del consumo; 4.4 Più nel dettaglio: la nozione di responsabile del codice, le azioni esperibili nei suoi confronti e l'adozione di un codice *contra legem* come pratica commerciale sleale; 4.5 Interrogativo: possono i codici di condotta e/o autodisciplina svolgere una funzione positiva di concretizzazione dei requisiti di legge?; 4.6 L'uso ingannevole dei codici di condotta e/o autodisciplina: ipotesi di azioni ingannevoli; 4.7 Pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli: l'affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta; l'affermazione non veritiera che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura; 4.8 Gli obblighi aggiunti di trasparenza, informazione e contenuto minimo; 4.9 Riflessioni conclusive in tema di codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui alla direttiva 2005/29/CE e alla novellata parte del Codice del consumo.

*** ***** ***

4.1 L'inserimento dei codici di condotta e autodisciplina nella direttiva 2005/29/CE e nella novellata Comunicazione commerciale del Codice del consumo: riflessioni introduttive.

Dopo aver analizzato nel corso dei precedenti capitoli alcune delle esperienze più significative elaborate dalla tradizione in tema di autodisciplina – avendo cura di condurre una disamina che approcciasse in modo sempre differente l'argomento così da sfruttare la diversa prospettiva al fine di acquisire eventuali nuovi elementi utili a sviluppare delle definizioni a carattere generale – appare ora giunto il momento di rivolgere la nostra attenzione all'esperienza dei codici di condotta e

autodisciplina così come individuati e disciplinati dalla recente direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali⁹⁰.

Una simile scelta, lungi dall'obbedire a dinamiche meramente classificatorie, vuole invece rappresentare l'opportunità di riflettere sull'acquisita capacità da parte di codici di condotta e autodisciplina di rappresentare strumenti a carattere sussidiario o integrativo nella regolazione delle pratiche commerciali sleali, al punto che nemmeno il Legislatore Comunitario ha ritenuto di poter ignorarne l'esistenza. Anzi si è preoccupato fin dall'inizio di inserire nella nuova regolamentazione *de qua* il riferimento a detti codici, riconoscendone *de plano* non solo l'esistenza ma financo l'utilità ed il ruolo. Va detto che una simile modalità di procedere appare ormai scelta dal Legislatore in molti dei più recenti provvedimenti adottati.

Un tale fatto, non soltanto fa registrare un passo avanti a favore dell'autodisciplina in ordine al riconoscimento esplicito ad essa attribuito dai tradizionali centri di produzione delle norme giuridiche ma assegna inevitabilmente una funzione in verità tutta da scoprire per quest'ultima.

Poiché se è vero che è fondamentale comprendere quale sia la natura giuridica dei codici in esame, non è però affatto secondario capire come i due sistemi di produzione di regole (quello tradizionale e quello dell'autoregolazione) vadano al confronto.

Giacché, al di là del fatto che s'intenda attribuire alla regola del codice di condotta e autodisciplina valore di semplice norma privata ovvero di

⁹⁰ In generale per ciò che concerne il tema delle pratiche commerciali sleali si vedano: E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 300; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, *Obbl. e contr.*, N. 6/2010, pp. 408-419; A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, *Dir. Ind.*, N. 3/2008, pp. 255-265; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 762-785; P. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 706-743; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, *Contr.* N. 12/2007, pp. 1113-1121; F. PINTO, *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 300.

norma giuridica, vi è poi comunque il problema di comprendere in quale rapporto le norme giuridiche prodotte dalle tradizionali fonti si pongano con quelle che risultino essere il frutto di un differente centro di produzione sia esso da classificarsi come fonte in senso formale ovvero mera esperienza contrattuale. Certo, è evidente che il problema va affrontato nella sequenza logica ora affermata ma poiché è dall'esperienza concreta che vanno presi gli elementi per la soluzione del problema allora sarebbe davvero poco avveduto negare che le recenti direttive – e conseguentemente discipline nazionali attuative – non pongano in modo davvero urgente un simile problema.

Insomma, non v'è modo di eludere la questione: un simile riconoscimento apre la porta ad un fluire di problematiche in ordine all'eventuale incorporazione di regole private (o meno) in seno ad un corpo di norme giuridiche e ancora al coerente accordarsi fra le une e le altre nel reciproco rapporto.

Per essere più chiari: in quale modo la anche parzialissima adozione di talune delle regole di diritto privato – ammesso che tali siano – si accorda e si inserisce o meno con il corpo di norme giuridiche caratterizzante la direttiva comunitaria ed ancora con il Codice del consumo nella novellata parte dedicata alla comunicazione commerciale? Sarebbe possibile ipotizzare, per le stesse, quell'incorporazione che ad esempio da più parti è stata ventilata per le regole tecniche in materia di certificazione di qualità?

E prima ancora: i riferimenti suggeriti dal Legislatore configurano un'ipotesi di anche parziale ricezione o trattasi semplicemente di mera ricognizione dell'esistenza di un'esperienza che non può più essere ignorata ma che certo è ancora ben lontana da rappresentare una possibile piattaforma di regole integrative della disciplina normativa?

Per tentare di rispondere a simili domande, appare opportuno svolgere alcune prelieve riflessioni relative alla disciplina introdotta dalla direttiva, anche a livello contenutistico, vederne il recepimento operato a livello

nazionale e analizzare in modo particolare le novità legislative dal particolare osservatorio offerto dalle specifiche previsioni in tema di codici di condotta e autodisciplina.

4.2 Le possibili ragioni che hanno condotto la Direttiva 2005/29/CE a prevedere disposizioni in tema di codici di condotta e autodisciplina.

In ordine allo spirito ancor prima che alla *ratio* che anima la direttiva 2005/29/CE appare anzitutto opportuno notare come essa risponda alla primaria esigenza di razionalizzazione della disciplina vigente in materia di pratiche commerciali sleali. Detto obiettivo è precisamente espresso al Considerando n. 6 della stessa e ulteriormente ribadito al n. 8.

Essa tuttavia riguarda uno specifico settore di rapporti in materia di pratiche commerciali sleali, rivolgendosi in particolare a quelli fra professionisti e consumatori, dunque lasciando impregiudicate le disposizioni relative ai rapporti fra professionisti e modificando solo in parte le norme in tema di pubblicità pregiudizievole per le imprese di cui alla direttiva 84/450/CEE.

Il legislatore italiano, nell'attuazione della disciplina, decide così di dedicare il d. lgs. N. 145/2007 alle disposizioni sulla pubblicità ritenute pregiudizievoli per i soli professionisti, scorporando – com'è naturale che sia – questa regolazione dal d. lgs. N. 146/2007, volto a disciplinare le disposizioni sulla pubblicità ritenute pregiudizievoli per i consumatori e che sarà poi il solo trasfuso nella novellata parte di Codice del consumo dedicata alla comunicazione commerciale.

Dicevamo tuttavia che la parola d'ordine è armonizzazione. L'affermazione non è una mera enunciazione di principio poiché, definendo e vietando le pratiche commerciali sleali e pregiudizievoli per i consumatori, la direttiva in esame prevede una clausola generale di divieto di pratiche commerciali sleali (art. 5) andando a distinguere pratiche commerciali ingannevoli (artt. 6 e 7) e aggressive (artt. 8 e 9), elencando quindi alcune pratiche da

considerarsi sempre e comunque - “in ogni caso” - sleali (Allegato I) e realizzando un’armonizzazione completa e non minima delle legislazioni nazionali, le quali non possono adottare sul tema delle pratiche commerciali sleali fra professionisti e consumatori né disposizioni più vincolanti e dettagliate né, tantomeno, più blande.

Una tale affermazione appare del resto difficilmente contestabile alla luce della lettura dell’art. 3 comma 5 che prevede un termine di 6 anni – a decorrere dal giugno 2007 (data ultima prevista per l’attuazione) – nel corso del quale gli Stati membri potranno ancora prevedere disposizioni più vincolanti e dettagliate di quelle di cui alla direttiva. Alla scadenza in questione è evidente che la disciplina della direttiva realizzerà definitivamente la propria armonizzazione completa.

Tuttavia, la direttiva consente agli Stati membri di imporre ai professionisti opportune e ulteriori regole di condotta inerenti al buon gusto e alla decenza, nonché regole volte a difendere interessi differenti da quelli economici dei consumatori e a garantire la sicurezza delle transazioni relative ai servizi finanziari e alla certificazione di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi.

Per capirci: in ordine ai codici di condotta la direttiva dedica l’intero articolo 10 affermando che essa “non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali, esercitate dai responsabili dei codici ...”.

Ora, è evidente che già solo nella propria *ratio* la direttiva appare attribuire importanza nient’affatto secondaria ai codici di condotta e autodisciplina.

Le ragioni di una simile scelta sembrano del resto “suggerite” al Legislatore comunitario da una serie di elementi.

In primo luogo, la generale tendenza del diritto d’impresa a incoraggiare un approccio privatistico all’attività di produzione normativa in considerazione delle caratteristiche di rapidità, flessibilità e effettiva conoscenza dei fenomeni reali che questo approccio garantisce. Naturalmente una simile generale tendenza alla *self-regulation* palesa,

come già osservato in più occasioni, tutti quei problemi legati ad una possibile soddisfazione di interessi corporativi che la stessa disciplina della direttiva si premura di scongiurare, auspicando nell'adozione delle misure il coinvolgimento della più varia e vasta platea di *stakeholders* possibile, al fine di meglio garantire la soddisfazione dell'interesse generale.

In secondo luogo, annoveriamo l'oggettiva autorevolezza raggiunta dall'autodisciplina in materia di comunicazione commerciale in molti degli Stati membri, ivi compresa l'Italia.

In terza battuta, non possiamo non menzionare la non trascurabile diffidenza che, tradizionalmente, ordinamenti di *common law* come Gran Bretagna e Irlanda nutrono nei confronti delle formulazioni normative fatte a colpi di clausole generali, specie se relative alla materia dei rapporti economici.

Per questi ordinamenti, dunque, l'autodisciplina rappresenta pur sempre una sorta di baluardo verso la clausola generale di diligenza professionale, da loro percepita molto spesso come fonte di inestricabile incertezza.

Ciò detto, e rimanendo ancora in una fase generalmente esplorativa della disciplina, aggiungiamo che, pur realizzando un'armonizzazione completa e non minima, la direttiva in esame persegue un'uniformazione di regole sotto il profilo sostanziale. Altro è, evidentemente, quello dinamico-processuale, attinente a strumenti e rimedi per l'attuazione di quelle regole, diremo meglio, per l'applicazione di quelle norme e, dunque, della tutela effettiva degli interessi. Per quel che concerne questo secondo aspetto, è la direttiva stessa agli articoli 11 e 12 ad attribuire agli organi giurisdizionali e amministrativi nazionali ogni potere in ordine all'applicazione delle disposizioni sostanziali armonizzate e alla celebrazione del rito. Va altresì specificato che al precedente articolo 10 la direttiva prevede che i soggetti, legittimati e individuati in base all'art. 11, possano ricorrere agli organismi di controllo individuati da codici di

condotta o autodisciplina, senza che tuttavia un simile ricorso precluda la possibilità agli stessi soggetti di azionare procedure giudiziarie o amministrative.

Si riconosce quindi un ruolo non solo alle raccolte di regole dei codici di condotta e autodisciplina ma anche alle possibili applicazioni che eventuali organi di controllo istituiti da quei corpi di regole possano garantire, senza tuttavia che questa ipotesi risulti sostitutiva di funzioni giudiziarie o amministrative. Trattasi, da quel che si può dedurre in via preliminare, di una possibilità in più, una via adiutoria, parallela e sussidiaria non alternativa o preclusiva di alcunchè. Non si tratta quindi di un *electa una via non datur recursus ad alteram* ma piuttosto di un'ipotesi *ad adiuvandum*.

4.3 Più nel dettaglio: la definizione data dalla direttiva di codice di condotta e il recepimento che di detta definizione fa il Codice del consumo.

Il codice di condotta viene definito dalla direttiva 2005/29/CE all'articolo 2, lettera f come segue: "un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici".

Va anzitutto detto che tale definizione è la stessa riportata dal Codice del consumo all'articolo 18, lettera f che si è dunque limitato ad una mera trasposizione della nozione fornita dal Legislatore comunitario.

Ciò premesso, in merito a una simile definizione, si evidenzia quel che segue.

Dobbiamo rilevare anzitutto che, di primo acchito, la nozione fornita non sembra fare chiarezza su cosa effettivamente sia un codice di condotta e

ancora, detto in altre parole, non pare offrire spunti decisivi per risolvere gli interrogativi che la presente tesi si pone.

Il codice di condotta viene definito in negativo, si tende in buona sostanza a dire che cosa il codice di condotta non è (non è imposto dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro) e quando si tenta di dire cosa effettivamente sia il Legislatore sembra apparentemente fallire l'obiettivo.

Il codice di condotta sarebbe infatti un accordo o una normativa - con il che rimaniamo nel solito limbo che ci impedisce di avere lumi circa la questione della natura giuridica del codice - che "definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici". Di modo che, si torna a far riferimento ad una possibile *societas* di soggetti (*omnes*? Già ma quanti sono gli *omnes*?) che hanno come tratto comune e caratterizzante quello di tenere un comportamento ottemperante al codice in relazione al tema in esame: le pratiche commerciali sleali, uno o più settori imprenditoriali specifici. Si ha quindi l'impressione che il Legislatore comunitario nel tentare di contemperare caratteristiche e nature dei codici di condotta (o dovremmo dire di autodisciplina?) davvero molto diverse da Stato a Stato - si pensi a mero titolo d'esempio alle già evidenziate differenze fra codice di autodisciplina di *corporate governance* in Italia e Olanda - abbia formulato una definizione che per timore di dire troppo non dice nulla.

Tanto più che, in ordine alla differenza fra autodisciplina o condotta, il Legislatore comunitario tace. Anzi, a voler essere precisi, parla solamente di codici di condotta. D'altra parte però, in sede di recepimento, vedremo che il Codice del consumo prevede due diverse disposizioni normative: la 27 bis dedicata ai codici di condotta e la 27 ter rivolta ai codici di autodisciplina senza che peraltro questi ultimi abbiano mai ricevuto definizione alcuna.

Ma torniamo alla definizione fornita dal Legislatore Comunitario.

Abbiamo parlato di apparente fallimento. Cerchiamo ora di spiegare perché, lungi dall'aver fallito, il Legislatore comunitario ha in realtà dato una definizione pregevole perché, a nostro modo di vedere, l'unica possibile

In primo luogo essa è pregevole perché adotta un approccio realistico-empirista per così dire. Lungi dall'elaborare una categoria a priori di difficile se non impossibile costruzione, il Legislatore comunitario prende atto delle obiettive differenze relative all'individuazione della natura giuridica dei codici dettata sia dalle diverse tradizioni giuridiche dei vari Stati membri, sia dalle differenti esperienze di autodisciplina e/o condotta a volte affermatesi anche all'interno di un medesimo settore ogniqualvolta, ad esempio, si vada a riflettere circa l'influenza che ha l'ampiezza della *societas* di destinatari che si prende in esame.

A proposito dell'Italia e per essere più chiari: è d'immediata evidenza che se è vero che da un lato esiste un'autorevole esperienza in tema di autodisciplina pubblicitaria – ora comunicazione commerciale – come quella sviluppata dallo IAP, appare altrettanto inoppugnabile che esistano ipotesi certamente di più ristretto respiro e meno autorevoli che operano sotto il profilo della condotta e che hanno come platea di destinatari una *societas* di molto ristretta e con caratteristiche diverse da quella cui si rivolge il Codice di Autodisciplina. In tal senso si pensi ad esempio ai c. d. codici aziendali ⁹¹ delle agenzie pubblicitarie o più in generale dei soggetti operanti nel campo della pubblicità quali concessionari, agenzie, operatori, inserzionisti, ecc.. Detti codici, altrimenti definiti etici, o appunto di condotta, dettano solitamente cataloghi di buone prassi interne all'azienda e non coincidono necessariamente con l'apparato di regole del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale che peraltro, come sappiamo, diviene vincolante per l'azienda, o più in generale per il

⁹¹ Si veda quanto brevemente osservato *supra* in tema di distinzione di codici di condotta interni ed esterni, con particolare riguardo alle ipotesi di *Corporate Social Responsibility* aziendale.

soggetto operatore, nella misura in cui lo stesso aderisca a mezzo di clausola generale di adesione.

Con ciò si vuol dire che se da un lato il livello più diffuso e pervasivo è quello dell'autodisciplina dello IAP, cui aderiscono i soggetti a mezzo della clausola di adesione, ciò non significa che non sussistano esperienze di minor diffusione e autorevolezza che possano comunque contribuire alla sensibilizzazione nell'adozione di determinati standard. Senza contare che anche senza arrivare ai semplici codici di condotta aziendali lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, rimane valido anche sotto altri profili.

Si pensi ad esempio alle *Golden Rules IAB (Interactive Advertising Bureau)* elaborate da IAB Italia (Associazione internazionale dedicata allo sviluppo della comunicazione pubblicitaria interattiva) che prevedono l'adozione di *best practices* già normalmente utilizzate per realizzare campagne di *e-mail marketing* efficienti, e di modalità applicative delle norme di legge esistenti che favoriscano l'efficacia delle comunicazioni commerciali.

Il codice in esame si compone di due sezioni: norme generali di buona condotta, sezione contenente regole preliminari come ad esempio la massima trasparenza nelle comunicazioni con i clienti, cui ogni operatore è invitato a ispirare la propria condotta; norme obbligatorie che prevedono regole da adottarsi per esercitare al meglio le azioni di *e-mail marketing* da distinguersi in regole tecniche e regole organizzative.

Così facendo IAB Italia - e dunque i suoi associati - consente ai consumatori di riconoscere agevolmente gli operatori corretti e professionali da quelli che tali non sono.

Naturalmente, IAB Italia è ente costitutivo e socio ordinario dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria e dunque i suoi associati aderiscono altresì al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Tutto questo per dire che con la doppia ipotesi dell'accordo (nozione assai più generale del contratto) e della normativa, il Legislatore comunitario ottiene l'invidiabile effetto di ricomprendere all'interno della medesima

fattispecie definitoria l'intera grande congerie di codici di condotta e autodisciplina che la Comunità degli Stati membri è in grado di esprimere. Si aggiunga che il Legislatore ha cura di specificare che la caratteristica comune di tali codici sta proprio nel non essere imposti dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro, financo nel caso in cui gli stessi debbano essere considerati per la loro natura giuridica come una vera e propria normativa a sé.

Tale caratteristica sembra allora suggerire il concetto di astatualità del codice di condotta, qualunque esso sia, laddove la natura giuridica (accordo o normativa) varierà evidentemente da caso a caso con riguardo alla specifica disciplina dello Stato membro espressivo di quella determinata esperienza, e altresì all'ampiezza della platea della *comunitas* destinataria.

Per certi aspetti, anzi, sembra riproporsi quella classificazione suggerita dalla miglior dottrina comparatista⁹² in tema di modalità di formazione ed *enforcement* che a proposito di codici di *corporate governance* – dunque in altro ambito – prevede una suddivisione in cinque classi: da quella in cui il codice corrisponderebbe a nulla più se non un accordo fino all'ipotesi di vera e propria normativa.

Il Legislatore comunitario, poi, delimita all'interno del grande insieme dei codici di condotta e autodisciplina quelli che prevedono una regolazione in grado di definire il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici.

Dunque, in estrema sintesi, nella definizione dei codici di condotta e/o autodisciplina, il Legislatore comunitario ha adottato un metodo che tenendo conto delle più diverse e molteplici esperienze all'interno dei vari Stati membri, induca dal particolare l'universale, meglio ancora, dalla molteplicità delle ipotesi concrete la regola generale ed astratta.

⁹² Si veda *supra* la nota 49 a p. 88.

Ne deriva, inevitabile, l'osservazione che ancora una volta la natura giuridica dei codici di condotta e/o di autodisciplina, lungi dall'essere prestabilita, vada invece individuata attraverso l'analisi del caso concreto. Fatto questo per nulla trascurabile e che d'altra parte alimenta l'idea di dover sviluppare un canone interpretativo di riferimento, atto a valutare secondo criteri astatuali – perché non limitati alla visione provinciale del singolo sistema giuridico nazionale - la natura giuridica del codice preso in esame, al fine di poter concludere se, al termine dell'analisi, lo stesso vada considerato contratto – meglio ancora accordo fra privati – ovvero normativa astatuale a sé.

Tutto ciò osservato, ci siano concesse alcune ulteriori osservazioni e specificazioni riguardo la nozione di codici di condotta.

In primo luogo, come detto, per quel che concerne l'ipotesi di codice inteso come accordo si intende fin d'ora fugare qualsiasi dubbio circa il fatto che con esso il Legislatore comunitario non abbia inteso far riferimento in modo alcuno al contratto. In tal caso, cioè, accordo non è una cattiva traduzione, piuttosto l'esatto corrispondente di *Agreement* nella versione ufficiale inglese e *Vereinbarung* in quella tedesca. Se il Legislatore avesse davvero inteso far riferimento al contratto allora anche in quelle versioni si sarebbe parlato di *Contract* e *Vertrag* ma così non è stato, ne consegue che con accordo si intendono non soltanto contratti ma anche ad esempio una più generale definizione di negozio giuridico, di *Rechtsgeschäft* diremmo, dunque estendibile ad atti unilaterali rispetto ai quali l'adesione del professionista avvenga in un secondo momento. Si pensi allora ai regolamenti elaborati da associazioni professionali, organismi rappresentativi dei consumatori, enti di certificazione.

E ancora: l'astatualità garantisce la libertà d'adesione, tuttavia una volta individuata la *societas* dei destinatari (quei professionisti che si impegnino a tenere un comportamento osservante il codice in relazione ad una o più pratiche commerciali sleali o a uno o più settori specifici) l'eventuale inosservanza non è, in quanto volontaria l'adesione, automaticamente

libera. Essa può essere financo vincolante con riferimento alle caratteristiche del codice che venga in esame.

Inoltre, rispetto alla delimitazione data dal Legislatore comunitario in ordine al “tenere un comportamento osservante il codice in relazione ad una o più pratiche commerciali sleali o a uno o più settori specifici” sembra di potersi affermare che l’intenzione del Legislatore sia quella di riconoscere a detti codici una funzione utile nello spiegare, integrare, specificare, esemplificare i precetti della direttiva, come del resto conferma il Considerando n. 20 al primo periodo.

In tal senso, quindi, proprio per essere strumenti portatori di una miglior conoscenza dei fenomeni reali in un determinato settore commerciale, i codici possono individuare pratiche commerciali nuove o che sfuggono alla previsione espressa della direttiva, e ancora svolgere un’opera di utile richiamo degli obblighi di legge settoriali a loro volta incidenti sulle pratiche commerciali – come evidenzia sempre il Considerando n. 20 al secondo periodo – per non parlare dell’opera deflattiva ad essi eventualmente riconoscibile nella misura in cui prevedano organismi e procedure private di controllo e sanzione. Si legga a questo proposito il terzo periodo del Considerando 20 della Direttiva 2005/29/CE.

4.4 Più nel dettaglio: la nozione di responsabile del codice, le azioni esperibili nei suoi confronti e l’adozione di un codice *contra legem* come pratica commerciale sleale.

Secondo la definizione data dalla Direttiva all’art. 2 lett. g è responsabile del codice: “qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo”. Vero è che, nella direttiva, detta definizione sembra doversi leggere in relazione a quella di cui all’art. 11, comma 1, terzo periodo, lett. b che autorizza gli Stati membri a poter prevedere

azioni contro i responsabili dei codici di condotta che incoraggiano a non rispettare i requisiti di legge.

Come detto, non si prevede in capo agli Stati membri un obbligo ma l'autorizzazione a poter dar corso a strumenti giudiziali specifici nei confronti di detti responsabili.

Ciò è tanto più vero se si pensa al fatto che in sede di attuazione il Legislatore italiano ha sì trasposto coerentemente la definizione di responsabile del codice (Art. 18, lett. g del Codice del consumo) ma non ha invece elaborato alcun tipo di azione specifica eventualmente esperibile nei confronti di tale soggetto.

Ciò, ci sembra, anche tenendo nel debito conto l'art. 27 ter che fa espresso riferimento al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, le cui previsioni certo non si pongono in contrasto con la legge garantendo piuttosto efficaci e rapide modalità di tutela dei soggetti pregiudicati da una pratica commerciale sleale. Infatti, anche con riferimento all'esperienza dell'Autodisciplina, viene da chiedersi che cosa accadrebbe se anche una sola delle sue regole dovesse porsi in aperto contrasto con i requisiti di legge individuati dalla direttiva e dalla sua disciplina nazionale attuativa. Come detto, ipotesi remota, ma astrattamente non impossibile.

E ancora: è bene ricordare che l'Autodisciplina non esaurisce, anche sulla base di quanto detto in precedenza, il novero delle ipotesi di codici di condotta in materia, piuttosto ne rappresenta l'esperienza più autorevole e maggiormente condivisa e apprezzata per l'ampiezza della *societas* di destinatari ad essa aderente.

La disciplina nazionale, quindi, rischia di risultare inappropriata con riferimento a ipotesi di codice di condotta meno consolidate e autorevoli e tuttavia esistenti, quali ad esempio i codici aziendali.

Che cosa accade, allora, per ipotesi di questo tipo e per ogni altro caso di codice di condotta prescrittivo di disposizioni contrarie a quelle di legge, nel silenzio da parte della disciplina attuativa italiana?

Sembra evidente che se l'azione è volta, come in effetti è, ad ottenere il ritiro del codice o – con diverse declinazioni – la revoca della decisione, la rettifica della circolare e la rimozione degli effetti prodottisi, allora – in assenza di rimedi specifici – la soluzione non può che essere quella dell'inibitoria ai sensi dell'art. 139 del Codice del consumo esercitata dalle associazioni dei consumatori a ciò legittimate, al fine di tutelare gli interessi collettivi dei propri aderenti. A questa soluzione viene altresì affiancata quella garantita dall'esperienza dell'azione di cui all'art. 2601 C.c.⁹³. Legittimato passivo è il soggetto responsabile del codice. Si intende chiunque sia stato individuato formalmente come tale attraverso indicazione espressa del testo del codice. Qualora ciò non fosse, si dovrebbe avere riguardo al soggetto che effettua i controlli - ciò anche con riferimento a quanto previsto dall'art. 27 ter, comma 1 del Cod. del cons. "l'organismo responsabile o interessato del controllo del codice" – o che di fatto promuove e propone il codice agli operatori di settore interessati. Sembrano invece da escludersi, come suggerisce la miglior dottrina sul punto,⁹⁴ il consulente legale che si sia limitato a redigere il testo del codice per l'altrui conto; l'autore di eventuali contributi dottrinali, financo quando questi abbia assunto nel contributo posizioni precise sulla concretizzazione dei requisiti di legge, e di ipotesi di codici di condotta e/o autodisciplina. D'altra parte il contributo di entrambe dette figure non

⁹³ A questo proposito si veda quanto sostiene A. GENOVESE, *op. prec. cit.*, a p. 773: "Il diritto nazionale non ha previsto, invece, specifici rimedi contro il responsabile di un codice che contiene previsioni *contra legem*. Dovrebbero però essere esperibili contro questo soggetto i rimedi dell'inibitoria collettiva di cui all'art. 139 del Codice del consumo e di cui all'art. 2601 C. c.: si tratta, infatti, di una pratica prodromica a pratiche scorrette vere e proprie, e che può avere l'effetto di un moltiplicatore di pratiche commerciali scorrette". Per la stessa soluzione propende P. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, Giur. comm., 2008, I, p. 718: "In mancanza di rimedi specifici, la soluzione si rinviene in particolare nell'inibitoria e negli altri rimedi, che ai sensi degli artt. 139 e ss. del Codice del consumo le associazioni dei consumatori sono legittimate ad esercitare, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori; come anche nell'azione, che a norma dell'art. 2601 C.c., le associazioni professionali di categoria possono esperire a tutela degli interessi collettivi che rappresentano".

⁹⁴ P. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, *op. cit.*, p. 716.

appare determinare il professionista alla promozione ed effettiva adozione del codice, limitandosi piuttosto la loro opera ad esercitare una mera influenza più o meno diretta alla formulazione di un semplice progetto di codice.

Naturalmente, è appena il caso di sottolineare come il responsabile designato in modo formale, o di fatto, non possa essere ritenuto tale per l'inosservanza del codice da parte dei soggetti aderenti.

D'altra parte, viene da chiedersi cosa possa accadere per quelle ipotesi in cui il soggetto responsabile non si attivi per la conciliazione, ometta di effettuare gli accertamenti, o manchi di applicare le sanzioni previste.

In simili casi è abbastanza pacifico che, ove una simile inerzia abbia le caratteristiche della sistematicità, si risolva in un vero e proprio inganno nei confronti del consumatore. Ciò non tanto per quel che concerne la sua capacità di autodeterminazione nell'operare scelte consapevoli, quanto piuttosto per aver confidato nell'effettivo funzionamento di un sistema di autodisciplina che, invece, disapplica costantemente il proprio apparato di controlli, sanzioni e misure comunque afflittive rendendo di fatto del tutto spuntato il proprio *enforcement*.

Ne conseguirebbe, quindi, che il consumatore perderebbe tempo e denaro venendo altresì scoraggiato dalla condotta del soggetto responsabile a far valere il proprio diritto, e magari influenzato anche negativamente circa la sua possibilità di azionare quella pretesa giuridica in altre sedi.

Una simile condotta rientrerebbe quindi, in quanto oggettivamente ingannevole, nel novero delle pratiche commerciali sleali, grazie alla clausola generale prevista dalla disciplina. Ne deriverebbe dunque l'applicabilità di tutti i rimedi previsti, sia civili che amministrativi.

Rimane infine da analizzare il caso dell'adesione di un professionista ad un codice di condotta *contra legem* come ipotesi di pratica commerciale sleale. Una simile adesione determinerebbe, di fatto, un abbassamento dello *standard* di tutela acuendo poi il pericolo che il singolo professionista adotti, nell'esercizio della propria attività, pratiche commerciali sleali.

Tanto più che l'eventuale diffusione – a seguito di adeguata pubblicizzazione – che il singolo professionista aderisca ad un codice di condotta, potrebbe ingenerare nei consumatori una positiva suggestione, sprovvista in verità di qualsiasi reale fondamento.

Per queste ragioni sembrerebbero trovare applicazione nel caso in esame sia l'inibitoria cautelare e definitiva innanzi all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) art. 27, commi 1 e 3 del Cod. del cons., sia l'inibitoria collettiva ex art. 139 del Cod. del cons. cui sono legittimate le associazioni dei consumatori. A questa, parrebbe potersi affiancare anche l'azione codicistica di inibitoria degli atti di concorrenza sleale individuale e, molto probabilmente – secondo quanto sostiene la miglior dottrina sul punto – anche di categoria.

4.5 Interrogativo: possono i codici di condotta e/o autodisciplina svolgere una funzione positiva di concretizzazione dei requisiti di legge?

La più recente e autorevole dottrina in materia di codici di condotta e/o autodisciplina si è recentemente e comprensibilmente interrogata circa la possibilità, che questi ultimi avrebbero, di rivestire un ruolo di concretizzazione, specificazione e integrazione dei requisiti di legge individuati dalla direttiva comunitaria 2005/29/CE in tema di clausola generale⁹⁵. Più precisamente alludiamo al concetto centrale che caratterizza la direttiva di specie in ordine ad una diligenza professionale incentrata sui concetti di buona fede e pratiche di mercato oneste. In effetti, espressioni come queste scontano un'indeterminatezza ed un'ambiguità tali per cui non parrebbe peregrino, ai fini della loro concretizzazione, il richiamo ai contenuti dei codici di condotta e/o autodisciplina.

⁹⁵ P. FABBIO, *op. prec. cit.*, p. 721.

Già, ma ancora una volta viene naturale chiedersi: a quali codici affidare un simile ruolo? E come eventualmente selezionare gli uni rispetto agli altri? Giacchè di base, pare sfuggire alla dottrina la molteplicità e la diversità di caratteristiche dei codici genericamente richiamati che parcellizzano inevitabilmente qualsiasi tipo di risposta.

In altre parole: come è possibile individuare un'unica funzione di concretizzazione/specificazione – ammesso che sia possibile – in capo ad una generica congerie di codici, differenti per caratteristiche di autorevolezza, tradizione, efficacia rapportata all'ampiezza della *societas* destinataria?

E, anche a voler per avventura riconoscere una possibile unitarietà, non v'è chi non veda come anche le ipotesi più accreditate di autodisciplina – si pensi a quella dello I.A.P. – si pongano in posizione non certo subalterna o complementare alla disciplina normativa nazionale e comunitaria. Perché, come abbiamo avuto modo di ribadire, l'atteggiamento autopoietico del sistema di autodisciplina della comunicazione commerciale pare piuttosto rivendicare un'autonomia figlia di un sistema astatuale che si autogiustifica e che certo non abbisogna del sistema normativo nazionale per addivenire alla propria esistenza. Indubbiamente, il codice ha avuto cura di recepire alcuni degli elementi cardine della direttiva: il concetto di comunicazione commerciale che come tale individua una fattispecie più ampia della pubblicità e che ricomprende tutte le forme di comunicazione attraverso le quali le imprese promuovono i propri prodotti; e ancora il concetto di "consumatore medio" definito per la prima volta dalla nuova disciplina dettata dalla direttiva 2005/29/CE, e assunto immediatamente, nella nuova edizione del codice di autodisciplina, quale parametro di valutazione dell'ingannevolezza della comunicazione commerciale così come previsto dall'art. 2 del codice.

Ma, come dicevamo, simili "aggiornamenti" non appaiono avvertiti dallo I.A.P. come obbligo di conformarsi ad una disciplina vincolante e gerarchicamente sovraordinata, quanto piuttosto come "migliorie" che il

sistema astatuale e autodisciplinare ritiene di dover apportare per rimanere competitivo nei confronti del sistema normativo ordinario.

Ed il fatto che il Legislatore comunitario ritenga di riconoscere un ruolo ai codici in questione non sposta in alcun modo l'equilibrio delle posizioni.

Certo, quanto detto vale per il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale. E ancora: nel porre simili riflessioni la cautela deve comunque rimanere la stella polare cui rifarsi, giacchè, come detto, non è per nulla pacifico e scontato che si possa individuare un sistema astatuale alternativo a quello nazionale o internazionale nello specifico settore della comunicazione commerciale, ma va comunque liberato il campo da quella convinzione un po' troppo tradizionale, secondo la quale l'autodisciplina si ponga in modo automaticamente subordinato alla disciplina normativa tradizionale. Rimane il fatto che, anche alla luce delle previsioni di cui alla normativa comunitaria e, conseguentemente, a quella del Codice del consumo, non vi è certo alcun tipo di vantaggio per il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, in termini di competitività, nel porsi in contrasto diretto o larvato con essa.

Quanto fino ad ora sostenuto va quindi letto alla luce di una prospettiva e un orizzonte empirico completamente diversi.

In altre parole, non riteniamo francamente plausibile che il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale abbia in alcun modo un ruolo subordinato e dipendente rispetto alla disciplina normativa comunitaria e nazionale, ed in questo senso, dunque, nemmeno complementare o di concretizzazione dei requisiti. D'altra parte la *societas* dei destinatari degli effetti del codice non ha alcun interesse a legittimare, in base alle disposizioni della direttiva e del codice del consumo, un'invasione di campo. Da qui, e anche considerati gli obiettivi passati in avanti fatti da quella disciplina di settore nella tutela del consumatore, la volontà di assecondarne le disposizioni.

Inoltre, la riflessione relativa alla possibile concretizzazione dei requisiti di legge da parte dei codici di condotta e autodisciplina potrebbe essere

condotta certamente rispetto ai codici aziendali o rispetto comunque ad altre esperienze di autodisciplina pubblicitaria che per caratteristiche e tradizioni non possono in alcun modo porsi in alternativa alla disciplina normativa nazionale.

Ecco che allora, rispetto a quelle esperienze ed in teoria anche rispetto all'autodisciplina della comunicazione commerciale, si possono condurre i seguenti ragionamenti.

In ordine alle previsioni dei codici di condotta e/o autodisciplina che si pongano in aperto contrasto con quelle della direttiva o che risultino con esse comunque incompatibili: si ritiene che, sul piano giuridico, esse non possano imporsi all'osservanza di alcuno, aderente o meno.

Diverso è il caso invece di regole che innalzino lo *standard* di tutela rispetto a quello fornito dalle norme della direttiva. Sotto questo profilo ci pare di poter osservare quanto segue.

Appare evidente che una risposta affermativa – la vincolatività per gli aderenti - rischi di compromettere il principio di armonizzazione completa che caratterizza la direttiva. D'altra parte, così facendo, si rischia di penalizzare il consumatore con un'armonizzazione al ribasso.

Laddove cioè, un codice di condotta e/o autodisciplina dovesse contemplare regole lecitamente in grado di garantire più elevati *standard* di tutela, perché dovrebbe ritenersi che le stesse non possano essere vincolanti per la *societas* degli aderenti? E per quel che concerne i soggetti non aderenti, come risolvere il problema dell'estensibilità sulla base dei meccanismi sviluppati dal codice di autodisciplina precedentemente illustrati?

Naturalmente un problema di questo tipo introdurrebbe una spinosa questione di competizione fra ordinamenti che non può certo essere affrontata in questa sede. Ma tant'è.

D'altra parte ci sembra perlomeno discutibile l'atteggiamento adottato dalla dottrina che sul punto sosterrrebbe che "secondo l'intenzione del legislatore comunitario, le previsioni della direttiva, nel temperare le

diverse istanze coinvolte, tengono conto anche dell'esigenza di non addossare costi eccessivi alle imprese, secondo un principio di proporzionalità" ⁹⁶.

Una simile valutazione non appare condivisibile, perché ci pare poter rappresentare l'anticamera di una corsa al ribasso negli *standard* che svuoterebbe di significato le stesse regole di tutela. E ancora, aggiungiamo, ma perché si dovrebbe accettare un simile effetto nei confronti di coloro che aderiscono al codice e da parte di quei soggetti – i consumatori – che pur non aderenti beneficerebbero come soggetti indiretti nella produzione degli effetti di *standard* di tutela più elevata?

La sensazione è, piuttosto, che in nome dell'armonizzazione si voglia scongiurare una possibile competizione fra ordinamenti che, semplicemente, rischierebbe di porre in crisi l'ordinamento comunitario e nazionale rispetto ad un possibile ordinamento della *societas* degli operatori della pubblicità.

Rimane il fatto che, anche in quest'ottica, riesce difficile ritenere che le regole dei codici possano, qualora in grado di innalzare gli *standard* di tutela, concretizzare i requisiti di legge. Più che altro, rispetto a quelli, le regole dei codici, potrebbero eventualmente porsi come un'alternativa.

Alle stesse conclusioni – di non specificazione dei requisiti di legge - si dovrà addivenire, naturalmente, per quelle regole di autodisciplina che perseguono finalità diverse dalla direttiva e dalla relativa disciplina di

⁹⁶ P. FABBIO, *op. prec. cit.*, p. 721, d'altra parte simili osservazioni, da noi peraltro nient'affatto condivise, non conducono ad un risultato diverso giacché l'autore conclude: "Dare rilievo, nella concretizzazione dei requisiti di legge, a regole deontologiche che innalzano lecitamente lo *standard* di tutela sarebbe perciò, in un'interpretazione sistematica, altrettanto fuori luogo. A ciò si aggiunga che, potendo in ipotesi aversi codici nazionali o regionali che variano da Paese a Paese o da regione a regione, una diversa soluzione rischierebbe di mettere in discussione l'obiettivo di armonizzazione piena perseguito dalla Direttiva. Infine non è escluso che all'interno di uno stesso Paese o territorio trovino contemporaneamente diffusione più codici, che in vario modo innalzano lecitamente il livello di tutela del consumatore. Si aggiungerebbe, allora, l'ulteriore problema tra scelte auto-disciplinari concorrenti".

attuazione nazionale: decenza, buon gusto, sicurezza e salute dei consumatori.

4.6 L'uso ingannevole dei codici di condotta e/o autodisciplina: ipotesi di azioni ingannevoli.

Circa l'uso ingannevole dei codici, diremo anzitutto che non rappresenta di per sé pratica sleale la violazione delle regole da questi previste. Ciò perché, se così fosse, la direttiva arriverebbe ad ottenere l'effetto opposto a quello che le sue stesse norme si prefiggono: l'incentivo ad adottare ed aderire ai codici di condotta e autodisciplina.

Correttamente, dunque, diremo che una simile violazione potrebbe concretizzare un'ipotesi di azione ingannevole solo in presenza di determinati presupposti: alludiamo dunque a quelli di cui all'art. 6, comma 2, lett. b Direttiva 2005/29/CE e all'art. 21, comma 2, lett. B, Codice del consumo⁹⁷.

Circa i presupposti della fattispecie è bene osservare quanto segue.

Anzitutto, diremo che perché vi sia inganno è sufficiente che il professionista si impegni nei confronti del consumatore. Non rileva quindi che l'impegno sia assunto verso gli altri aderenti al codice e verso il responsabile; a tale proposito, anzi, è utile notare che il codice potrebbe financo essere individuale o consistere in raccomandazioni o linee guida che, semplicemente, il professionista si è impegnato a seguire.

⁹⁷ Si riporta in questa sede il testo menzionato:

“È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e che comporti:

- a) ...
- b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare ove:
 - i) non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile; e
 - ii) il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

L'impegno preso dev'essere lecito e per la sua assunzione non è prevista alcuna forma particolare, quindi non è necessaria quella scritta.

In secondo luogo, il professionista deve avere indicato in una pratica commerciale la propria adesione al codice, il consumatore deve dunque essere a conoscenza – perché informato – del vincolo auto-disciplinare cui il professionista è tenuto; inoltre tale conoscenza dev'essere ingenerata da una comunicazione proveniente dal professionista.

Il terzo presupposto affinché l'adesione al codice possa configurarsi come uso ingannevole è che l'indicazione della stessa possa concretamente e specificamente determinare la decisione del consumatore. Al fine di valutare una simile attitudine si possono e devono prendere in esame una serie di indici concreti: l'enfasi con cui il professionista rivendichi la propria adesione al codice, il contenuto dell'impegno preso e l'importanza che il consumatore vi attribuisca, il fatto che la comunicazione possa rivolgersi ad un target specifico di consumatori e che questi ultimi nutrano una particolare sensibilità alla rilevanza dei codici di condotta. Il tutto va ovviamente valutato secondo criteri di assoluta prudenza e che tengano conto delle circostanze del caso concreto.

D'altra parte non v'è chi non veda come simili valutazioni scontino l'atavico difetto per cui appare con ogni probabilità prematuro ritenere che, oggi, i consumatori riconoscano, nei codici di condotta, strumenti forti di garanzia e tutela delle proprie scelte, tanto più se si riflette sulle differenze di sensibilità che inevitabilmente caratterizzano la categoria dei consumatori nei vari Paesi membri dell'Unione.

In ultima, deve trovare riscontro il quarto presupposto che prevede che l'impegno assunto dal professionista non sia una semplice aspirazione ma piuttosto sia fermo e verificabile.

Con ciò, pare opportuno specificare, non si intende escludere che formule come "faremo del nostro meglio per", "ci impegneremo" o "tutti i nostri sforzi per" possano escludere la presenza del presupposto dell'impegno fermo e verificabile, giacchè se così fosse si consentirebbe ai

professionisti di aggirare, con le elastiche formule del *marketing*, l'ipotesi dell'ingannevolezza. Del resto, non v'è chi non veda come espressioni di questo tipo siano comunque in grado di ingenerare nel consumatore medio quell'affidamento, quella legittima aspettativa che inevitabilmente arriverebbe a condizionare la propria capacità di autodeterminazione e di scelta.

In questo senso osserviamo che il controllo in ordine al carattere fermo e verificabile dell'impegno va condotto con severità e intransigenza, proprio per evitare che attraverso la genericità delle affermazioni si possa permettere ai professionisti una facile elusione nell'utilizzazione ingannevole dei codici.

4.7 Pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli: l'affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta; l'affermazione non veritiera che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura.

Anzitutto, il fatto stesso che un professionista si dichiari firmatario di un codice di condotta, a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il consumatore, e financo a prescindere dalla liceità o meno che abbia il codice configura di per sé un'ipotesi di pratica commerciale, in ogni caso, ingannevole. Come risulta inequivocabilmente dal n. 1, Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE,⁹⁸ trasfuso nell'art. 23, comma 1, lett. a, Cod. del cons.⁹⁹

⁹⁸ Riportiamo in questa sede il testo della disposizione:

PRATICHE COMMERCIALI CONSIDERATE IN OGNI CASO SLEALI
Pratiche commerciali ingannevoli
1) Affermazione, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta, ove egli non lo sia.

⁹⁹ 1. Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:
a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;

Lo stesso dicasi, per il caso in cui l'approvazione del soggetto pubblico - o di altra natura - del codice di condotta sia in verità frutto di un'affermazione non veritiera. La previsione in questo caso è contenuta al n. 3, Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE ¹⁰⁰, trasfuso nell'art. 23, comma 1, lett. c, Cod. del cons. ¹⁰¹

In generale diremo fin d'ora che le ragioni alla base di simili previsioni sono molteplici.

Preliminarmente, va osservato che l'adozione di un codice di condotta, da parte delle imprese, è volta a fornire maggiori garanzie al consumatore in tema di trasparenza e legittimo affidamento. Proprio per questa ragione non può risolversi in una semplice operazione di *maquillage* commerciale. Più specificamente osserviamo quel che segue.

Anzitutto si è giustamente osservato, da parte della miglior dottrina sul punto, che l'affermazione non veritiera di dichiararsi firmatari di un codice di condotta non solo perpetra un inganno nei confronti dei consumatori – con quel che ne consegue sotto il profilo della trasparenza, dell'affidamento e della capacità di autodeterminazione da parte di costoro – ma rivela altresì caratteristiche di parassitismo nei confronti di tutti quei soggetti che hanno effettivamente scelto di vincolarsi ad un corpo di regole autodisciplinari con tutti i costi che una simile operazione può comportare. Il tutto, senza contare che un simile comportamento potrebbe al contempo rappresentare un pericoloso precedente, in grado di ingenerare inquietanti fenomeni emulativi in capo ad altri soggetti, ovvero di scoraggiare altri professionisti ad aderire a quel codice di condotta.

¹⁰⁰ Riportiamo in questa sede il testo della disposizione:

PRATICHE COMMERCIALI CONSIDERATE IN OGNI CASO SLEALI
Pratiche commerciali ingannevoli
3) Asserire che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, ove esso non la abbia.

¹⁰¹ 1. Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:
c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;

Va altresì sottolineato come, nell'ipotesi di specie, il soggetto debba dichiararsi firmatario del codice e non semplice aderente o adottante. La specificazione non è di poco conto giacché con essa si vuole porre l'attenzione sul fatto che il soggetto dichiara in modo non veritiero non tanto e non solo di aver assunto un preciso impegno nei confronti del pubblico, quanto piuttosto verso gli altri professionisti firmatari, primi aderenti al codice, e verso il soggetto responsabile del codice.

Aggiungiamo che, con riguardo alla falsità dell'affermazione, si possono profilare una serie di situazioni. La prima è che essa risieda nell'inesistenza del codice, ovvero, ipotesi ad essa equivalente, che l'asserito firmatario non specifichi di quale codice egli sarebbe sottoscrittore. Fin qui nessun problema. Diverso è il caso in cui il soggetto dichiara falsamente di aver firmato un codice di condotta in realtà esistente, e ciò perché una simile situazione pone un problema di distinzione fra questa fattispecie e quella precedentemente analizzata in materia di uso ingannevole dei codici.

Poiché è evidente che, solo per quel che concerne il caso di falsa affermazione di essere firmatari di un codice di condotta realmente esistente ed inteso nella sua accezione di codice di autodisciplina, si ricadrà nella fattispecie in esame. In altre parole, per l'ipotesi *de qua* – quella della pratica in ogni caso ingannevole - si deve aver riguardo ad un codice che non si limiti a dettare sostanziali regole di condotta ma che preveda financo un apparato dinamico processuale di applicazione di quelle regole e che predisponga un adeguato catalogo di sanzioni, atte a garantire l'*enforcement* di quelle disposizioni attraverso un'efficace posologia afflittiva.

Viceversa, ove ci si riferisca ad un codice di condotta esistente ma di tipo interno, individuale o aziendale, dunque con regole a carattere prevalentemente etico e programmatico, sprovviste di sanzioni di sorta e di meccanismi di controllo, allora è evidente che affermarsi firmatario si risolve, di fatto, nell'impegnarsi ad osservare le regole sostanziali del

codice di condotta. Se il professionista non dovesse mantenere fede al proprio obbligo volontario ad osservare quelle regole, la sua condotta non andrà a configurare una fattispecie concreta di “falsa dichiarazione di essere firmatario di un codice di condotta” ma piuttosto di violazione del divieto di contravvenire ad impegni contenuti nel codice con inganno del pubblico, con ciò integrando una fattispecie di uso ingannevole del codice che, lungi dal rappresentare una pratica commerciale in ogni caso ingannevole, rientra piuttosto nel novero delle pratiche commerciali ingannevoli che richiedono la presenza dei presupposti cui all’art. 6, comma 2, lett. b Direttiva 2005/29/CE e all’art. 21, comma 2, lett. b Cod. del cons., ed in precedenza già illustrati.

Fin qui naturalmente i rilievi in ordine alla prima delle due fattispecie in esame: l’affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta.

Con riguardo invece all’affermazione non veritiera che un codice di condotta abbia l’approvazione di un organismo pubblico o di altra natura, dobbiamo anzitutto osservare che da un lato il consumatore può essere indotto in errore nelle proprie valutazioni proprio dalla particolare garanzia o “sigillo di qualità” da cui sarebbe teoricamente assistito il codice approvato; dall’altro sia il responsabile sia gli aderenti al codice possono vedere aggredita la credibilità della propria iniziativa proprio a causa delle false affermazioni del professionista. Non solo: lo stesso ente, pubblico o meno, che avrebbe approvato – sulla base di affermazioni false – il codice di condotta, potrebbe soffrire immeritadamente di un discredito qualora, ad esempio, il codice si rivelasse contrario alle norme di legge in alcune delle sue parti o delle sue regole.

Per quel che concerne poi gli elementi della fattispecie in esame, è appena il caso di osservare che con approvazione si intende il giudizio positivo, la garanzia comunque espressa: sia attraverso formule di rito e maggiormente generiche quali “approvato da”, sia attraverso espressioni più precise come “autorizzato da” con ciò evidentemente riferendoci a quei

casi di asserita autorizzazione amministrativa da parte del soggetto che abbia i relativi poteri e competenze.

Per quanto riguarda l'origine, la provenienza dell'affermazione non veritiera, diremo fin d'ora che il soggetto assertivo non può essere il solo professionista ma può altresì coincidere con lo stesso responsabile del codice, non a caso sia la direttiva, sia il Codice del consumo, non fanno in questo caso riferimento, nella definizione, al solo professionista come invece nell'ipotesi di cui n. 1, Allegato 1 della Direttiva 2005/29/CE, trasfuso nell'art. 23, comma 1, lett. a, Cod. del cons.

L'estensione del giudizio, dell'approvazione, può evidentemente variare, riferendosi ora al codice nella sua generica interezza, ora a profili specifici del complesso di regole autodisciplinari e ciò, lo diremo con chiarezza, indipendentemente dal fatto che esse siano vincolanti in quanto assistite da efficaci meccanismi di *enforcement*, ovvero caratterizzate da una connotazione meramente etico-morale, ai limiti dell'ispirazione. Il grado di formalizzazione richiesto per quel che riguarda il giudizio di approvazione è anch'esso molto vario e può consistere nel provvedimento formale dell'agenzia amministrativa competente su istanza del responsabile del codice come nel parere favorevole del consulente legale specializzato.

Ed infatti la definizione fa riferimento ad un organismo pubblico o di altra natura con ciò ricomprendendo tanto le camere di commercio quanto le associazioni dei consumatori, gli studi professionali, gli enti certificatori, le società di consulenza.

Infine va ancora aggiunto che, per quel che concerne la falsità dell'affermazione, essa deve riguardare l'esistenza o ancora la natura e il contenuto dell'affermazione, ed infine l'ipotesi di non esistenza del soggetto che manifesta il proprio giudizio positivo, a patto naturalmente che tale inesistenza non sia pacifica e conclamata al punto da far ricadere l'affermazione nell'ipotesi del fine umoristico.

4.8 Gli obblighi aggiunti di trasparenza, informazione e contenuto minimo.

Gli obblighi aggiunti di cui agli articoli 27 bis¹⁰² e 27 ter¹⁰³ del Codice del consumo individuano un catalogo di ulteriori garanzie in materia di trasparenza, informazione e contenuto minimo che oltre a sviluppare in modo efficace una disciplina per punti del tema dei codici in ordine a finalità ed *enforcement* consentono altresì di meglio comprendere quella che è la distinzione fra codici di condotta e autodisciplina.

¹⁰² Riportiamo in questa sede il testo della disposizione:

Articolo 27-bis Codici di condotta

1. Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione.
2. Il codice di condotta è redatto in lingua italiana e inglese ed è reso accessibile dal soggetto o organismo responsabile al consumatore, anche per via telematica.
3. Nella redazione di codici di condotta deve essere garantita almeno la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana.
4. I codici di condotta di cui al comma 1 sono comunicati, per la relativa adesione, agli operatori dei rispettivi settori e conservati ed aggiornati a cura del responsabile del codice, con l'indicazione degli aderenti.
5. Dell'esistenza del codice di condotta, dei suoi contenuti e dell'adesione il professionista deve preventivamente informare i consumatori.

¹⁰³ Riportiamo in questa sede il testo della disposizione:

Articolo 27-ter Autodisciplina

1. I consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27, possono convenire con il professionista di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta.
2. In ogni caso il ricorso ai sensi del presente articolo, qualunque sia l'esito della procedura, non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità, ai sensi dell'articolo 27, o il giudice competente.
3. Iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni.

Poiché, lo si è visto, fin troppo spesso accade nella materia che ci interessa, che la grande congerie dei codici venga genericamente intesa come codici di condotta senza che la componente autodisciplinare sia mai chiaramente individuata, peggio ancora, di fatto essa viene ridotta a mero sinonimo di condotta. Eppure così non è.

Procediamo quindi con ordine nell'illustrare le previsioni di cui all'articolo 27 bis del Codice del consumo per poi riflettere sulla disposizione successiva, la 27 ter.

Anzitutto, considerato il primo comma dell'articolo 27 bis del Codice del consumo, è evidente che il legislatore ha inteso con esso prevedere obblighi aggiunti in capo solo alle esperienze più strutturate e autorevoli fra quelle in grado di adottare codici di condotta, e dunque capaci di sopportare anche i costi che simili obblighi comportano. In effetti, è d'immediata evidenza che riferendosi alle "associazioni imprenditoriali e professionali" il legislatore ha inteso escludere una serie di altre ipotesi, si pensi ad esempio a quelle forme di codici come circolari, codici individuali, raccomandazioni che molto probabilmente non possono considerarsi espressione di una realtà strutturata e composita.

Per queste ragioni, nell'ampia congerie dei codici, si tenderà a fare riferimento alle organizzazioni esponenziali degli interessi di categoria (codici delle associazioni di categoria, camere di commercio) ovvero a quelle esperienze di codice che, secondo il combinato disposto dell'art. 27 bis e 27 ter, ricomprendano quel sistema di *enforcement* a mezzo di apparato applicativo-sanzionatorio che caratterizza ad esempio il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale. Presupposto fondamentale, come già osservato in precedenza, nell'adozione del codice è l'indicazione del soggetto responsabile ovvero dell'organismo incaricato del controllo della sua applicazione.

Sono poi previsti l'obbligo di rendere il codice accessibile ai consumatori e l'obbligo di comunicare il codice agli operatori per consentirne l'eventuale adesione.

In ordine al primo obbligo informativo diremo subito che la *ratio* è quella di consentire ai consumatori la piena conoscibilità del codice e, conseguentemente, l'effettiva possibilità di autodeterminarsi in scelte più consapevoli anche in forza dell'acquisita conoscenza dell'apparato di controllo a disposizione del regolamento autodisciplinare.

Tale conoscibilità è viepiù garantita dal fatto che il codice deve essere redatto in lingua italiana e in lingua inglese e deve essere reso accessibile dal responsabile anche per via telematica.

Si aggiunga che l'eventuale violazione di un simile obbligo, in quanto posto dalla legge e nell'interesse del consumatore, determina comunque la violazione di un diritto fondamentale del consumatore ad avere un'adeguata informazione ai sensi dell'art. 2, lett. C, del Codice del consumo e come tale legittima l'esercizio dei rimedi collettivi previsti in capo alle associazioni dei consumatori come da art. 139 del Codice del consumo.

Per quel che concerne l'obbligo di comunicare il codice agli operatori, per consentirne l'eventuale adesione, osserviamo che la previsione è da riferirsi al responsabile del codice, ed ha come fine quello di diffondere il codice presso l'organizzazione di categoria di riferimento, obbligo questo di non facile conoscibilità e controllo nel suo adempimento e che tuttavia pare ben saldarsi con quello successivo che dispone come il soggetto responsabile debba procedere ad aggiornare il codice con l'indicazione degli aderenti. In questo modo si prevede una procedura che rappresenti un utile strumento di controllo sia in ordine agli effettivi aderenti al codice, sia in ordine alla sua esistenza e maggiore o minore autorevolezza e diffusione.

Residuano ancora l'obbligo per il professionista di procedere ad informare preventivamente i consumatori dell'esistenza del codice di condotta, (comma 5 dell'art. 27 bis) dei suoi contenuti e dell'adesione, obbligo che risponde alle medesime esigenze di quello di cui al comma 2 previsto in capo al responsabile e l'obbligo di contenuto minimo (comma 3 dell'art. 27

bis) da considerarsi quasi una clausola di chiusura che prevede che nel codice debba essere garantita almeno la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana.

Per quel che concerne invece l'art. 27 ter è evidente come il riferimento a meccanismi di controllo e sanzione, e più ancora di procedura innanzi ad un organo giudicante, siano, perlomeno nella disciplina italiana di settore, prerogativa dell'autodisciplina e perciò indici fondamentali per riconoscere in seno all'ampia congerie dei codici di condotta quelli con una reale componente autodisciplinare. Il che consente di realizzare una partizione importante all'interno della categoria dei codici di condotta che fino ad ora sono stati indifferentemente definiti come codici di condotta o di autodisciplina. In verità, alla luce di quanto fino ad ora osservato, non può essere questa la lettura che viene data del fenomeno.

Piuttosto, dovremo concludere che per codici di autodisciplina si intende far riferimento a quei codici che nell'ampia congerie di quelli di condotta contengono nel proprio catalogo di regole le sezioni dedicate alla formulazione della procedura innanzi ad un organo giudicante, ovvero i meccanismi di controllo e sanzione che consentano al soggetto responsabile del codice – per usare la dicitura utilizzata dalla direttiva in esame – di disporre di un apparato di *enforcement* efficace e in grado di prevedere conseguenze nei confronti del soggetto responsabile della violazione delle regole, cui ha inteso vincolarsi in modo del tutto volontario, atte a rappresentare non solo un deterrente preventivo ma financo una sanzione afflittiva volta a scoraggiare il mancato rispetto delle regole di cui supra.

L'articolo 27 ter del Codice del Consumo prevede altresì una sorta di doppio binario che permette a consumatori e concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, di convenire con il professionista la possibilità di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore, deferendo a quest'ultimo la risoluzione concordata della

controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta.

Il tutto, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27.

Tuttavia, qualunque sia l'esito della procedura, non viene pregiudicato il diritto del consumatore di adire l'Autorità, ai sensi dell'articolo 27, o il giudice competente.

Anzi, iniziata la procedura davanti all'organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'autorità amministrativa competente fino alla pronuncia definitiva, ovvero, possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi a quest'ultima, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. Rimane ferma la possibilità per l'Autorità, valutate tutte le circostanze, di disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni.

4.9 Riflessioni conclusive in tema di codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui alla direttiva 2005/29/CE e alla novellata parte del Codice del consumo.

Sulla base di quanto detto, sembra giunto il momento di formulare alcune osservazioni di chiusura che potrebbero rappresentare, per taluni aspetti, un'anticipazione parziale dei contenuti conclusivi della presente tesi.

In primo luogo, l'analisi della disciplina in esame ha permesso di rinvenire all'interno della direttiva 2005/29/CE una definizione certamente efficace dei codici di condotta.

Come detto, anzi, tale definizione pare riflettere quelle stesse classificazioni che la miglior dottrina comparatista ha ritenuto di poter condurre in campi contigui d'indagine. Più in generale, diremo che la definizione fornita dal Legislatore comunitario pare farsi carico nella sua formulazione della presa d'atto dell'immensa congerie di codici di condotta esistente e della notevole differenza di caratteristiche che corre fra le

diverse ipotesi in cui si manifesta il codice di condotta, ancorché – nel caso di specie – si stia facendo riferimento al solo settore di mercato della comunicazione commerciale dunque a quella *societas* di categoria che ricomprende come destinatari di regole i soli soggetti operatori di quel determinato ambito di mercato, oltre, naturalmente, ai consumatori che a quel particolare settore si rivolgono e debbono poter autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte.

Ne emerge quindi una definizione che prevede – come detto – un approccio empiristico, all'interno della quale vanno cristallizzandosi le più diverse esperienze di codice di condotta, il quale viene appunto definito dalla direttiva 2005/29/CE all'articolo 2, lettera f come segue: “un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici”.

Al di là quindi della particolarità di settore – il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici – non v'è chi non veda come la natura giuridica dei codici venga ricompresa in un'ideale progressione di ipotesi che vanno dall'accordo alla normativa attuale, come tale slegata, meglio, non imposta da disposizioni eteronome siano esse legislative, amministrative o regolamentari. Tale definizione, come detto, non soltanto ben riflette la varietà di ipotesi ed esperienze di codici di condotta esistenti ma introduce finalmente la convinzione che per la definizione di codice di condotta non esista un'unica valutazione capace di valere per tutti i casi – troppo diversi fra loro – ma piuttosto vada formulata attraverso un'analisi del caso di specie che permetta di concludere per un codice con caratteristiche di mero accordo fra le parti ovvero per un corpo di regole autoposte dalla *societas*

dei destinatari di settore, atto a rappresentare una vera e propria normativa astatuale che si è determinata in via autopoietica.

Fin qui, come detto, il primo ordine di valutazioni conclusive.

Come precedentemente osservato, vanno poi aggiunte quelle osservazioni relative alla possibilità di distinguere, finalmente, i codici di condotta da quelli di autodisciplina ricordando che se è vero che un codice di autodisciplina è sempre un codice di condotta non è altrettanto pacifico che possa dirsi il contrario. Ciò perché nel primo va riconosciuto un *quid pluris*, determinato dalla previsione di un apparato procedurale, di controllo e sanzione che certo non può riscontrarsi in qualsiasi codice di condotta che, anzi, nella sua manifestazione più elementare, e non certo infrequente, si risolve in una raccolta di regole etiche, volontarie e certo non vincolanti che nulla hanno a che vedere con le ipotesi di autodisciplina che godono, nel panorama attuale, di maggior autorevolezza ed efficienza.

In buona sostanza, è fuor di dubbio che i codici di condotta si risolvano in molti casi in ipotesi di accordo fra le parti private, raccolte di regole etiche, financo morali, del tutto volontarie che hanno come scopo precipuo quello di suggerire dei modelli di condotta che raccolgono le buone prassi comportamentali maturate in un determinato contesto. L'efficacia vincolante di tali codici è evidentemente di scarso impatto, per non dire inesistente, proprio perché le caratteristiche delle regole sono quelle proprie di previsioni per così dire programmatiche, sprovviste di una qualsivoglia componente sanzionatoria e di profili dinamico-applicativi di sorta.

Paiono queste, come detto, le caratteristiche dei codici individuali, aziendali, di responsabilità sociale d'impresa e che ben poco hanno a che vedere non solo con la norma giuridica ma financo con la norma privata.

Ma potremmo dire altrettanto per il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale?

Francamente, noi crediamo di no. Perché comunque la si voglia intendere non v'è dubbio che lo stesso impianto, lo stesso apparato sanzionatorio, l'architettura sostanziale e processuale del sistema individuato dal codice *de quo* è non solo di ben altro respiro ma financo di ben altra natura. Che poi quella natura giuridica debba identificarsi in quella contrattuale o in una alternativa, magari di nuova ipotesi di centro di produzione astatale di norme è questione diversa. Ma certamente è incontrovertibile la differenza che corre fra il codice di condotta e quello di autodisciplina che, fin dal significato proprio della parola, punta a dettare in via autopoietica una regolazione figlia delle buone prassi stratificate nel tempo, condivise da una sempre più ampia *societas* di destinatari, e raccolte in un corpo di regole che pongono da subito le conseguenze financo afflittive della mancata osservanza, conseguenze che un determinato soggetto, individuato dagli stessi aderenti, si premurerà di applicare a seguito di un determinato iter procedurale.

Sotto altro profilo, abbiamo altresì escluso che le regole dei codici possano, anche nell'ipotesi in cui siano in grado di innalzare gli *standard* di tutela, concretizzare i requisiti di legge individuati dalla direttiva. Più che altro, rispetto a quelli, le regole dei codici, sembrerebbero eventualmente porsi come un'alternativa.

E del resto la sensazione è stata piuttosto quella che in nome dell'armonizzazione il Legislatore abbia voluto scongiurare una possibile competizione fra ordinamenti che, semplicemente, rischierebbe di porre in crisi l'ordinamento comunitario e nazionale rispetto ad un possibile ordinamento della *societas* degli operatori della pubblicità.

Rotta quindi l'idea di una definizione generale ed astratta, valida per ogni ipotesi di codice di condotta, rotto il binomio condotta-autodisciplina nella sua connotazione di automatica equivalenza di significato delle parole, messo perlomeno in crisi la concezione di pacifica subalternità dei codici di condotta – perlomeno nelle loro manifestazioni più autorevoli – alle disposizioni di legge, è ancora il caso di osservare come la realtà dei

codici, inserita nel più generale disegno delle pratiche commerciali scorrette, possa a sua volta rappresentare una causa determinante di quelle stesse pratiche ogniqualvolta essi vengano utilizzati come strumenti di condizionamento delle scelte del consumatore. Alludiamo, come visto in precedenza ai casi di uso ingannevole dei codici e, ancor peggio, all'affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta o all'affermazione non veritiera che un codice di condotta abbia l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura: ipotesi da valutarsi come pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli.

Sembra evidente dunque – alla luce di tutte le osservazioni formulate – che quell'ampia categoria di codici di condotta e/o autodisciplina che il Legislatore comunitario vorrebbe relegare ad una funzione ancillare, subordinata e di mera integrazione a quella del sistema individuato dalle norme comunitarie e poi attuative nazionali, appare invece sempre più come un animale selvatico e fuori controllo, tutt'altro che domato e mansueto, e come tale per molti aspetti destinato a rimanere indipendente.

Va detto però che, forse, nel settore che qui ci interessa, la componente dell'autodisciplina e non dei codici di condotta che indubbiamente possono rappresentare uno strumento adiutorio, per quanto spuntato e inefficiente, di quello propriamente normativo, potrebbe offrire una valida alternativa, per caratteristiche di efficienza e autorevolezza, al meno competitivo sistema interno e ordinario.

CARATTERI GENERALI DEI CODICI DI CONDOTTA

SOMMARIO: 5.1 Osservazioni introduttive; 5.2 Il nuovo concetto di normativa introdotto dal fenomeno globalizzazione; 5.3 Differenze fra codici di condotta, codici di autodisciplina, codici deontologici; 5.4 Autodisciplina e Consuetudine; 5.5 Per una reale ricostruzione sistematica della categoria dei codici di condotta: la definizione della direttiva 2005/29/CE, la catalogazione per classi da parte della dottrina comparatista; 5.6 Caratteristiche e funzioni dei codici di autodisciplina; 5.7 Un'ultima riflessione su un possibile terreno di contatto fra autodisciplina privata e autolimita dell'autorità amministrativa nell'esercizio della propria attività discrezionale.

*** ***** ***

5.1 Osservazioni introduttive.

Sulla base di quanto fino ad ora osservato, pare giunto il momento di indurre, dai dati particolari e dell'esperienza, quei caratteri generali che possano in effetti riferirsi ai codici di condotta: a partire da una possibile definizione che tenga conto di una loro natura giuridica, per individuare quindi gli elementi che differenziano detti codici da quelli deontologici o da una fonte-fatto di produzione normativa come la consuetudine fino a individuarne la loro posizione all'interno, o meno, del sistema delle fonti del nostro ordinamento ¹⁰⁴.

¹⁰⁴ A tal fine sono stati presi in esame, oltre ai già citati, numerosi altri testi e contributi che in una tale ottica vanno assolutamente menzionati ai fini di una lettura consapevole del problema. Fra questi ricordiamo: E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008, pp.1-254; A. VITALE, *I codici di autoregolamentazione tra autonomia collettiva e coregolamentazione*, Aracne, 2004, pp. 1-88; A. SOMMA, *Soft Law e Hard Law nelle società postmoderne*, Giappichelli, 2009, pp. IX-186; e rispetto al tema del sistema delle fonti e della consuetudine ci siano concessi i riferimenti ai fondamentali rilievi contenuti in V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (Diritto Costituzionale)*, voce, in Enciclopedia del diritto, Vol. XVII, Giuffrè, 1968, pp. 925-966; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, 2000, pp. 3-496; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, 2010, pp. XVIII-498; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, pp. X-302; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1979; N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in Riv. dir. civ., 1996, p. I, pp. 537-548; J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, 1995, pp. 9-402; R.

Una volta effettuata una simile ricognizione, dovranno poi individuarsi le funzioni assolute da detti codici in un'ottica, diremo così, evolutiva, che permetta di rappresentare una nuova prospettiva per l'autonomia privata ed il mercato, riconoscendo alla prima un ruolo completamente nuovo in tema di regolazione, alla luce degli epocali cambiamenti dettati all'interno degli ordinamenti statali dal fenomeno della globalizzazione di mercato.

Come suggerito fin dall'inizio, l'approccio della presente ricerca ha privilegiato l'aspetto autodisciplinare dei codici di condotta, rappresentanti in realtà una ben più ampia congerie che evidenzia particolari caratteri di diversità.

Nell'analisi delle più autorevoli e rilevanti esperienze di codici di condotta si sono in verità considerate ipotesi autodisciplinari (Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, Codice di autodisciplina delle società quotate in borsa, *Dutch Corporate Governance Code*) o di fenomeni transnazionali e atutuali di regolazione che molto hanno a che vedere con l'autodisciplina - che infatti di quei fenomeni può costituire un limite endogeno ed una componente normativa intermittente - e che rispondono sostanzialmente al nome di *Lex mercatoria*.

Abbiamo tuttavia notato come lo stesso diritto comunitario si sia accorto del ruolo nient'affatto secondario dei codici di condotta e di come si sia preoccupato - in più di un'occasione - di riconoscere quel ruolo e financo di fornire una definizione che possa ricomprendere in sé l'intera e variegata congerie degli stessi.

Ci sia poi concessa un'altra osservazione preliminare sulla metodologia d'indagine e ricostruttiva utilizzata. Questo procedere dal particolare al

ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, 1997, pp. 3-148; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2008, pp. XIII-232; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, 2009, pp. 1-26; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IX, Giuffrè, 1961, pp. 513-530; J. GILISSEN, *Consuetudine*, voce in *Digesto delle Discipline privatistiche*, Sez. Civile, Utet, 1988, pp. 490-525; L. BENVENUTI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, *Dir. Amm.* 2/2009, pp. 227-251; D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, 2004, pp. 3-158.

generale se non universale, questo assecondare l'analisi delle esperienze concrete di autodisciplina nel tentativo di indurre dai singoli indici rivelatori una possibile natura giuridica dei codici, ci è parsa in verità l'unica metodologia consentita e plausibile per un tema non soltanto complesso e composito ma innegabilmente nuovo e perciò non troppo frequentato finora dalla dottrina.

Diremo di più: l'approccio comparatistico e volto a privilegiare una dimensione transnazionale ci è parso particolarmente indicato e fecondo perché l'unico realmente produttivo nell'indagine di un tema che annovera strumenti – i codici di condotta nella loro componente autodisciplinare – che certo non rispondono a logiche e concetti tipici del nostro diritto.

Per questa ragione diremo fin d'ora che le costruzioni dottrinali tipiche del nostro sistema giuridico, alludiamo ad esempio a quella pur affascinante del contratto a favore del terzo in tema di autodisciplina della comunicazione commerciale, ad esempio, ci sono parse forzate, financo inadeguate – ancor più alla luce della progressiva affermazione del fenomeno globale - perché incapaci di descrivere compiutamente una realtà come quella dei codici di condotta per sua natura varia, mutevole, plastica, cangiante.

Non è possibile in buona sostanza, se davvero si voglia definire e comprendere la natura giuridica di detti codici, adottare un impianto minimalista che proponga soluzioni-tampone, volte a risolvere il caso particolare ma poi non riproponibili in modo davvero credibile oltre i labili e ristretti confini della singola esperienza.

E tuttavia quel fornire una soluzione definitiva che contempra il caso di specie e a quello si attagli, è forse il modo migliore per correttamente connotare il codice di condotta, a patto però di non volersi fermare al singolo caso ma di tentare di inserire quella particolare ipotesi all'interno di un disegno più ampio, di una categoria che proprio perché fino ad ora caotica e disordinata, meriterebbe una sistematizzazione che, pur

utilizzando strumenti e concetti nuovi, sia in grado di portare ordine e reale capacità di penetrazione cognitiva del tema.

5.2 Il nuovo concetto di normativa introdotto dal fenomeno globalizzazione.

Come abbiamo riscontrato nell'analisi delle ipotesi di autodisciplina più autorevoli e come suggeriscono anche le esperienze per le quali si sono svolti meri cenni – si pensi a quanto detto per i codici aziendali nella parte introduttiva – emerge in modo evidente come la realtà dei codici di condotta non sia solo varia e composita ma rispecchi inevitabilmente la moltiplicazione di prospettive che il fenomeno della globalizzazione ha rifratto nel mondo del diritto.

E non v'è dubbio, tuttavia, che gli aspetti della possibile non vincolatività degli effetti – per i codici di condotta giacchè le esperienze dell'autodisciplina hanno invece, pur con gradazioni diverse, evidenziato meccanismi di sanzione e controllo - e dell'intervento degli stessi soggetti regolati nell'adozione della disciplina e del processo di normazione, siano in verità elementi in grado di mettere in crisi – anche solo come approccio culturale – il concetto stesso di sistema delle fonti e di modalità formali di adozione della legge ordinaria.

Vero è che secondo la teoria coercitiva, ricostruita al meglio da Bobbio ¹⁰⁵, il carattere differenziale del diritto sta proprio nella sua coazione, intesa come capacità di imporsi ai soggetti destinatari, indipendentemente dalla loro volontà. Tale teoria rinvia inevitabilmente allo Stato quale soggetto

¹⁰⁵ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 172; ed ancora si legga in uno dei passaggi di N. BOBBIO, *Diritto e forza*, op. prec. cit., p. 538: “La teoria tradizionale che definisce il diritto in termini di coazione è stata formulata a Jhering con queste parole: <Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen>. Gli scrittori anglosassoni risalgono ad Austin, che definisce il diritto come comando e il comando come un'espressione di desiderio, che si distingue da ogni altra espressione di desiderio per il fatto che il destinatario del comando è soggetto a subire un male da parte di colui che comanda quando la sua condotta non ne soddisfa il desiderio. O Jhering o Austin, la teoria ha illustri capostipiti”.

detentore esclusivo del potere necessario ad indirizzare effettivamente la condotta dei consociati.

Ebbene, quel positivismo giuridico, cui afferisce inevitabilmente il concetto di coazione, anzi è in sua funzione che il diritto si pone giacchè di esso la coazione rappresenta l'elemento essenziale e tipico, ha tuttavia conosciuto il confronto con visioni anche radicalmente diverse. Si pensi al giusnaturalismo, che propugna un'idea di diritto inscindibilmente legata al concetto di giustizia ¹⁰⁶, e ancora a quella visione formale ¹⁰⁷ secondo cui le norme giuridiche coincidono con il significato di locuzioni inserite in atti specifici adottati, mediante apposite procedure, da organi a ciò preposti. Infine va segnalata la tesi funzionalista ¹⁰⁸ in base alla quale il diritto altro non sarebbe se non una tecnica sociale volta a indirizzare la condotta umana valorizzandone i legami con l'ordinamento cui si rivolge e che contribuisce a creare. In questo senso, il carattere giuridico della norma coinciderebbe con una funzione di indirizzo del comportamento dei destinatari, componenti una determinata *societas* o meglio ancora *comunitas* – quella statuale – e dunque del proprio agire all'interno di essa.

D'altra parte riteniamo che le valutazioni circa la possibilità di riconoscere in capo ai codici di condotta, nella loro componente autodisciplinare, una qualche natura giuridica non possa prescindere da tre considerazioni a carattere eminentemente positivo.

Anzitutto, dunque, rammentiamo che caratteri differenziali della norma giuridica sono l'imperatività, la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni in cui essa si sostanzia e l'esteriorità del comportamento comandato.

¹⁰⁶ H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Forni Editore, 1988, p. 65.

¹⁰⁷ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, op. cit., in particolare ricordiamo la definizione che a p. 129 l'autore dà di diritto: "Il diritto è un sistema di norme che 1) avanza una pretesa di giustizia, e 2) consiste nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in maniera estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di *chance* di efficacia e di cui fanno parte i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustizia".

¹⁰⁸ F. MODUGNO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2000, p. 40.

In secondo luogo, è evidente che – per contro – la funzione generale delle regole dei codici di autodisciplina è a carattere eminentemente pratico, giacchè volta alla tutela di determinati interessi che caratterizzano una certa *societas* di destinatari – tutti gli operatori di un determinato settore di mercato – i quali realizzano un ordine volontario di condotta e comportamento che va diffondendosi e dunque via via oggettivandosi.

In terza battuta, va ancora aggiunto che il rapporto di detti codici, meglio ancora, di simili esperienze di autodisciplina con l'ordinamento giuridico non può essere determinato in modo aprioristico o univoco ma piuttosto varia a seconda che si faccia riferimento ad un ordinamento nazionale, internazionale, comunitario. Il tutto, senza contare che esistono esperienze completamente avulse da qualsivoglia ordinamento e che anzi esse stesse pongono in essere un sistema di regolazione a carattere transnazionale che, di fatto, esclude qualsivoglia forma di relazione possibile, ponendosi piuttosto come una vera e propria alternativa agli ordinamenti di cui sopra.

Ne emerge che nell'ultimo caso, efficacemente rappresentato dall'ipotesi della *Lex mercatoria*, si deve fin d'ora concludere per una non relazione.

Per tutte le altre ipotesi si può in generale osservare che ogniqualvolta l'ordinamento giuridico – nazionale, internazionale o comunitario – operi un riconoscimento con incorporazione delle regole di autodisciplina, ovvero si riferisca a queste anche con un semplice rinvio attraverso una propria norma, si assiste di fatto ad un'attrazione con diverse gradazioni d'intensità di quel corpo di regole autodisciplinari all'interno dell'ordinamento che incorpora o effettua il rinvio.

Con il che, è evidente che è lo stesso ordinamento giuridico che certifica la giuridicità dell'autodisciplina riconoscendone in modo diversamente efficace l'applicabilità financo in sede giurisdizionale.

Il che ci porta peraltro a formulare un'ulteriore considerazione.

Quanto osservato in sede di analisi delle singole esperienze autodisciplinari – con particolar riguardo in questo caso al Codice di

autodisciplina delle società quotate – evidenza che pur nell’efficacia non immediatamente vincolante delle regole contenute nel singolo codice, si pensi ad esempio al principio del *comply or explain*, per effetto di quella incorporazione parziale o rinvio si garantisce a quel codice, o a sue parti, un’efficacia *erga omnes* dunque tributaria del carattere fondamentale della generalità delle norme giuridiche.

Ma vi è di più.

Poiché, come abbiamo visto, quelle stesse regole adottate in via volontaria, dunque inizialmente non vincolanti, sono tuttavia in grado di svolgere un utile ruolo di rinnovamento e adeguamento delle norme dell’ordinamento giuridico.

E d’altra parte è evidente quanto la globalizzazione dei commerci determini il moltiplicarsi delle relazioni economiche e sociali degli uomini, trascendendo i confini delle comunità statuali, rendendo evanescenti le frontiere nazionali, se è vero che mai come oggi gli operatori di settore possono decidere di radicare la propria attività nel luogo più favorevole, tanto più alla luce della raggiunta dimensione metastatale del mercato. O ancora si pensi, a mero titolo d’esempio, a quella costante competizione fra ordinamenti posta in essere, inevitabilmente, dagli stessi destinatari delle norme – gli *omnes* – se è vero com’è vero che si assiste in maniera costante ormai ad una reazione da parte dei soggetti, cui gli effetti delle disposizioni si rivolgono, che si fanno “consumatori del diritto”. Poiché non v’è chi non veda come lungi dall’accettare passivamente le conseguenze di una normativa nazionale, essi decidano sempre più di mettere in competizione quest’ultima con quella di un altro Stato: si pensi ai casi di scuola della coppia italiana che si reca in Spagna per un’operazione di fecondazione assistita, allo scopo di beneficiare della più permissiva regolazione spagnola o alla ragazza irlandese che espatria per poter interrompere la gravidanza. Sono soltanto alcuni dei moltissimi esempi possibili.

Sembra innegabile, in buona sostanza, non soltanto la competizione fra ordinamenti ma financo una volatilità dei comportamenti dei destinatari degli effetti delle norme che inevitabilmente richiede sempre di più una regolazione a rete, connotata da elasticità e duttilità, caratteristiche necessarie a consentire quegli adattamenti progressivi e tempestivi in grado – se non di precorrere – almeno di rispondere puntualmente ai sempre più rapidi e repentini mutamenti di esigenze su scala globale.

Ciò, naturalmente, non significa dover rispondere ad un simile mutamento con uno smantellamento degli ordinamenti giuridici statuali, ci mancherebbe, tuttavia non è nemmeno ragionevole pensare di poter negare il contributo che i privati possano dare all’opera di regolazione, enucleando essi stessi le norme che li riguardano avendo cura di garantire forme di coordinamento con i poteri pubblici in taluni casi, ovvero in funzione suppletiva o sussidiaria quando non apertamente alternativa in altri.

Muta così, inevitabilmente, anche il concetto di regola e dunque di norma giuridica, da vedersi non più soltanto come eterocomando promanante dall’esclusivo centro di potere deputato alla sua adozione – lo Stato, l’Unione Europea – ma piuttosto anche nella sua declinazione *soft*, elastica, flessibile, in grado di ingenerare per ciò stesso un elevato tasso di adesione spontanea attraverso il c. d. effetto imitativo.¹⁰⁹

Ecco allora il prodursi di regole in grado di svolgere la propria funzione di disciplina di una determinata materia sulla base di una spontanea adesione. Una disciplina volontaria che pur sprovvista – a volte – di meccanismi di coazione, è però in grado di vantare una tale autorevole diffusione all’interno di una determinata *societas* di destinatari da vedere la propria osservanza garantita da un pervasivo effetto imitativo da parte degli appartenenti a quella platea di soggetti.¹¹⁰

¹⁰⁹ E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008, p. 37.

¹¹⁰ Si legga ad esempio in A. VITALE, *op. prec. cit.*, a p. 13, ove l’autore, spingendosi oltre, arriva ad affermare: “L’espansione dell’utilizzo dell’autoregolamentazione come

Certo, quella stessa *societas* svilupperà poi strumenti autoregolativi di sanzione e controllo atti a rafforzare quell'effetto imitativo, ma quello che qui interessa sottolineare è la presenza di una predisposizione psichica da parte dei consociati ad osservare una determinata disposizione perché ritenuta giuridica, atta quindi a indirizzare i comportamenti della generalità dei destinatari al fine di raggiungere gli scopi della *comunitas* stessa.

Sembra chiaro che processi di questo tipo siano oggi ineliminabili e opporvisi, trincerandosi magari dietro a positivismi tetragoni, risulta non tanto inutile quanto surreale. Meglio quindi prendere atto di un processo esistente, inarrestabile e dunque - sia che lo si consideri un male necessario, sia che lo si ritenga una provvida opportunità – meritevole d'esame e ove possibile di una sistematizzazione che in questo momento manca e che sarebbe tanto più necessaria vista l'attualità e le proporzioni del fenomeno globale.

5.3 Differenze fra codici di condotta, codici di autodisciplina, codici deontologici.

Le osservazioni riportate in merito ai codici di condotta, in generale, e alle esperienze autodisciplinari più significative, in particolare, hanno evidenziato elementi discriminanti evidenti fra le categorie dei codici di condotta e di autodisciplina.

Come detto dunque, i codici di condotta sono caratterizzati in via generale dall'essere corpi di regole etiche o morali, adottate spontaneamente, e che raccolgono, in un catalogo di previsioni non vincolanti, linee guida a livello

strumento per la produzione di regole giuridiche nei moderni ordinamenti, accompagnata dalla contestuale perdita di centralità del monopolio pubblico statale della produzione normativa, costituisce un dato difficilmente confutabile. Ciò suona come riconoscimento della capacità dell'autonomia collettiva non solo di regolare i rapporti tra i privati, ma anche di svolgere una funzione di regolamentazione degli interessi generali – assumendo le connotazioni degli atti normativi, cioè generalità ed astrattezza – che la pongono in una posizione non di contrasto, bensì di complementarità rispetto alla legiferazione pubblica, da cui si differenzia per la peculiarità che in essa i soggetti regolatori e quelli regolati, di regola, coincidono”.

comportamentale, atte a valere all'interno di una determinata *societas* di destinatari che può chiaramente variare nelle proporzioni e dunque coincidere con la singola azienda o con la stessa associazione di categoria.

Diverso è invece il caso dei codici di autodisciplina i quali contengono a loro volte cataloghi di regole, le quali pur adottate volontariamente, non hanno necessariamente una connotazione etico/morale e sono tuttavia assistite da meccanismi di controllo e sanzione – più o meno penetranti ed efficaci – in grado di determinare la coazione del comportamento.

Diremo meglio che, indubbiamente le regole dei codici di autodisciplina rispondono ad esigenze di trasparenza, bilanciamento di asimmetria informativa, correttezza e sono dunque informate a criteri di rilevanza anche etica e morale, d'altra parte essi non si risolvono in questo, approntando piuttosto una vera e propria disciplina di settore che vede garantita la propria applicazione attraverso apparati procedurali, di controllo e sanzione ben precisi.

In questo senso i codici deontologici sono in effetti dei codici di autodisciplina ¹¹¹, approntati dalla particolare *societas* degli ordini professionali, che partecipano tuttavia nel loro contenuto di una marcata matrice etico/morale.

Ed infatti la finalità delle regole poste dai codici deontologici è quella di disciplinare l'esercizio della professione in conformità ai valori di riferimento eletti dagli appartenenti alla professione medesima, valori che concretano appunto la deontologia professionale.

¹¹¹ In tal senso soccorre E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008, p. 145; tuttavia diversa almeno in parte appare la posizione di A. VITALE, *op. prec. cit.*, il quale differenzia *in toto* i ruoli dei codici di autodisciplina e deontologici, si veda a p. 14: "Malgrado il legislatore faccia spesso indifferentemente uso, ad esempio, dei termini codici deontologici e codici di condotta o di autoregolamentazione, gli stessi fanno riferimento a due fenomeni essenzialmente diversi. L'autoregolamentazione costituisce espressione dell'esigenza dei privati di porre norme di azione e di relazione e non assume necessariamente una connotazione etica; e cioè forma normalmente neutra di autonomia collettiva di associazioni libere o di settore, perciò prive di Ordini a rilievo pubblicistico. La deontologia, invece, assume di regola connotazione etica e rileva più propriamente allorché vi sia un atto di esercizio della professione".

Da qui, quindi, le regole poste a disciplinare lo svolgimento dell'attività professionale, intesa nel modo più ampio e comprensivo, annoverando, all'interno di essa, i rapporti con la clientela, con l'ordine, con i colleghi e così via.

Appare perciò oltremodo indicativo che autorevole giurisprudenza abbia più volte affermato l'estraneità di detti codici all'ordinamento statale, venendo essi in rilievo all'interno di quegli ordinamenti particolari che vengono appunto chiamati ordini professionali.

Aggiungiamo che le regole contenute nei codici deontologici sono vincolanti e assistite da meccanismi di sanzione disciplinare che ne garantiscono la coattività e l'immediata precettività.

L'essere, le loro norme, informate a criteri palesemente etici e morali, di deontologia appunto, attribuisce tuttavia a questi codici di autoregolazione o autodisciplina una particolare connotazione che li riporta per questo verso alla categoria dei codici di condotta, con il che se ne deve concludere, essi assolvono ad un ruolo intermedio o che comunque pare correre giusto a mezza via fra codici di condotta e codici di autodisciplina.

5.4 Autodisciplina e Consuetudine.

Nel corso della presente tesi abbiamo avuto modo di evidenziare come non solo i codici di condotta ma la stessa categoria dei codici di autodisciplina evidenzia una pluralità di esperienze con caratteristiche comuni ma che differiscono per autorevolezza, diffusione, intensità ed efficacia dei controlli.

Abbiamo quindi proceduto a mettere in luce la spontaneità nell'adozione delle regole in essi contenute, la diffusione delle stesse all'interno della *societas* più o meno ampia di destinatari, la convinzione da parte di questi ultimi di osservare una regola in grado di orientare correttamente la condotta al fine di perseguire lo scopo, l'interesse che quella *comunitas* pone al proprio interno.

Ora, è forse da qui che dovremmo partire per provare a distinguere il fenomeno dell'autodisciplina dalla consuetudine.

Va subito detto, in verità, che la distinzione non pare destare particolari difficoltà con l'eccezione di un unico caso: quello del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Poiché, più in generale, risulta evidente che in tutte le altre ipotesi, siano queste riferibili ai codici di condotta ovvero all'autodisciplina, si assiste in verità ad una stratificazione di buone prassi che non paiono in alcun modo assistite da quell'*opinio iuris atque necessitatis* che rappresenterebbe l'elemento soggettivo richiesto per il venire ad esistenza della *consuetudo secundum legem*.

Ed ancora, non vi sarebbe nemmeno l'elemento oggettivo, con ciò intendendo quel comportamento osservato e ripetuto per gran tempo (la *diuturnitas*) ed esteso ad una collettività sufficientemente ampia di soggetti, caratterizzati fra loro da una componente omogenea.

Dunque la costante ed uniforme ripetizione di un comportamento per poter essere tale deve avere una sufficiente durata ed una sufficiente ampiezza, ne consegue *de plano* che – al di là della patente mancanza dell'*opinio* – già con riguardo all'elemento oggettivo pare fin d'ora di poter escludere anche soltanto la concezione *lato sensu* consuetudinaria per la quasi totalità dei codici di condotta e di autodisciplina.

Tuttavia, dicevamo, una simile esclusione non appare altrettanto agevole per l'ipotesi dell'Autodisciplina della comunicazione commerciale e ciò non tanto e non solo perché è lo stesso Giurì della Pubblicità a riconoscere natura di clausola d'uso normativo alla clausola d'accettazione, quanto piuttosto perché, a ben vedere, sembrerebbero integrati gli elementi costitutivi della consuetudine nella genesi stessa del sistema *de quo*. Il quale come detto ripete la propria origine dalla prima edizione del *Code des pratiques loyales en matière de publicité* dalla Camera di commercio internazionale, risalente al 1937. Proprio quella prima raccolta rappresentò appunto la piattaforma regolativa di riferimento per il primo codice di

autodisciplina in materia pubblicitaria sviluppato nel nostro Paese, a partire dal 1966.

Non sembra allora che quel complesso di regole, frutto della cristallizzazione delle prassi in un determinato settore di mercato, - codificate dalla Camera di commercio internazionale nel 1937, riformulate nel nostro Paese nella prima versione del Codice di lealtà pubblicitaria nel 1966, poi aggiornato nel 1971 con il Nuovo codice di lealtà pubblicitaria, nel 1975 con il Codice di autodisciplina pubblicitaria, successivamente modificato da progressivi aggiornamenti che lo hanno condotto alla sua cinquantunesima edizione del gennaio 2011 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale – rappresenti un vero e proprio corpo di usi normativi concretati da comportamenti costanti ed uniformi, ribaditi per un tempo sufficientemente lungo capace di configurare una *diuturnitas* e assistiti dalla convinzione da parte di quanti si adeguano alle regole in esame che quei comportamenti siano giuridicamente dovuti? E d'altra parte se è lo stesso Giurì della Pubblicità a riconoscere, perlomeno nella clausola di adesione, una clausola d'uso normativo, allora viene da chiedere se non si assista per ciò stesso a quella funzione, esercitata dall'organo giudicante, di invero, di ricognizione e interpretazione-creazione dell'uso normativo giacchè la dimostrazione della sua vigenza, come è stato detto, risulterebbe dall'applicazione che ne viene fatta in sede giudiziaria.

Certo, i dubbi e le perplessità non mancano, se è vero che parte della dottrina – poca in verità – che si è misurata con il tema in esame ha concluso per un'incompatibilità, meglio per una vera e propria differenza fra autodisciplina e consuetudine, fondando una simile diversità sulla richiesta omogeneità ¹¹² della società o della collettività che crea, nel rispetto degli elementi poc'anzi indicati, la consuetudine.

¹¹² F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, op. cit., in particolare a p. 554.

Si direbbe insomma che la consuetudine nasca anzitutto in comunità compatte ove tutti parlino una stessa lingua e credano in uno stesso diritto naturale. Di talchè la consuetudine non verrebbe ad esistenza ove dovesse mancare questo *idem* sentire.

D'altra parte, riesce immaginabile una collettività più compatta di un settore di mercato in cui tutti i soggetti afferenti decidono di cristallizzare una selezione di prassi osservate da gran tempo?

Viceversa, continua tale dottrina, l'autodisciplina, ivi compresa quella della comunicazione commerciale, sarebbe uno strumento complementare alla legge per l'affermazione di norme sociali in una società complessa e conflittuale.

Ora, come detto, nessun dubbio per l'assoluta incompatibilità dei codici di condotta e di autodisciplina con la nozione di consuetudine, tuttavia riteniamo che per quanto detto e osservato l'Autodisciplina della comunicazione commerciale rappresenti un *unicum* all'interno della categoria e che per ciò stesso, per le sue caratteristiche ampiamente illustrate e analizzate, si possa ad essa attribuire una natura almeno *lato sensu* consuetudinaria.

5.5 Per una reale ricostruzione sistematica della categoria dei codici di condotta: la definizione della direttiva 2005/29/CE, la catalogazione per classi da parte della dottrina comparatista.

Fin qui dunque i punti di contatto o diversità dei codici di condotta, nella loro componente autodisciplinare, con le figure dei codici deontologici e della consuetudine.

Sembra ora necessario, invece, individuare quelle modalità di ricostruzione del sistema dei codici in esame alla luce degli strumenti individuati nel corso della ricerca svolta al fine di proporre ove possibile una sistematizzazione.

Come detto, la direttiva 2005/29/CE si preoccupa di definire - in materia di pratiche commerciali - il codice di condotta come segue: un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti, che si impegnano a rispettare tale codice, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici.

Prendendo dunque le mosse da una simile nozione e spogliandola fin d'ora dal riferimento particolare al tema delle pratiche commerciali potremmo arrivare ad affermare che codice di condotta è un accordo o una normativa astatuale dunque non imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione ad uno o più settori imprenditoriali specifici.

Così facendo avremmo anzitutto reinserito in una definizione a carattere generale molti degli indici particolari rinvenuti nel corso della nostra indagine: la *societas* dei destinatari degli effetti da individuarsi nel settore imprenditoriale specifico; il carattere di normativa astatuale dunque non promanante dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro; il carattere variegato e polimorfo dei codici di condotta che paiono trascolorare in una molteplicità cangiante dalla figura del semplice accordo fino a quello dell'ipotesi normativa seppur astatuale.

Se a questi primi germi affianchiamo quanto suggerisce la classificazione in tema di codici in materia di *corporate governance* fornita da Wymeersch, si veda la nota 49 a pagina 88, otterremo ulteriori elementi utili ad una definizione.

Ricordiamo, infatti, che l'autore formula una classificazione dei codici di *corporate governance* in base alle loro caratteristiche, individuando cinque sottogruppi che andrebbero a costituire un'unica categoria.

Ora, come detto, è evidente che una tale classificazione si riferisce ai codici di *corporate governance*, siano essi di condotta, d'autodisciplina o codici intesi come corpi di norme giuridiche promananti dallo Stato,

tuttavia quel che qui interessa è la gradazione che Wymeersch applica nella classificazione, progredendo dall'ipotesi meno vincolante a quella che lo è di più. In questo senso è dunque l'idea di procedere ad una classificazione operata secondo il criterio delle modalità di formazione e dell'estensione degli effetti che interessa.

Per essere più chiari: quando si parla di codici di condotta, dobbiamo tenere a mente che sono le modalità di adozione del codice, l'ampiezza della *societas* dei destinatari e la vincolatività delle regole, gli elementi realmente discriminanti e dunque i criteri efficaci per la classificazione del codice.

Ed in effetti non v'è chi non veda come un codice aziendale, adottato sulla base delle indicazioni dell'ufficio legale interno dell'azienda, che produce effetti su una ristretta *societas* di destinatari com'è la compagine aziendale, e sprovvisto di efficacia vincolante poiché privo di norme sanzionatorie ed unicamente composto da regole a carattere etico-morale, è esperienza completamente diversa da quella del Codice di autodisciplina delle società quotate ovvero del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

E a ben vedere, ricapitolando le osservazioni in tema di modalità di adozione, produzione degli effetti, e vincolatività delle regole del primo e del secondo, possiamo osservare quel che segue.

Per quanto riguarda il Codice di autodisciplina delle società quotate la sua adozione nella prima versione (Codice Preda) prendeva le mosse dai lavori svolti dal "Comitato per la *corporate governance*" promosso da Borsa Italiana con la partecipazione di esponenti delle società quotate, degli investitori istituzionali e delle associazioni di categoria.

Uguualmente – a seguito della riforma del diritto societario – Borsa Italiana promuoveva la costituzione di un nuovo "Comitato per la *corporate governance*" i cui lavori davano vita al nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate, in vigore nel marzo del 2006, e adottato con le medesime modalità da una molteplicità di soggetti rappresentativi dello specifico

settore. Si pensi non solo alle personalità componenti il Comitato Borsa Italiano – presidenti, amministratori delegati, operatori di settore - ma anche al Gruppo di esperti coinvolto e composto da docenti universitari e avvocati e dal Gruppo di Lavoro che annoverava esponenti di Borsa Italiana, Assonime, Associazione Bancaria Italiana, Confindustria, Associazione Italiana degli Analisti Finanziari, Associazione Italiana del Private Equity e Venture Capital, Associazione Italiana Internal Auditors. Si trattava dunque di un'adozione a carattere fortemente partecipativo, in grado di coinvolgere una pluralità di soggetti appartenenti alla *societas* dei destinatari, promossa dalla società di gestione del mercato regolamentato. In questo senso, dunque, le modalità di adozione non solo coinvolgevano una pluralità di soggetti autorevoli ma permettevano una condivisione di modelli adottati da parte degli operatori di settore e financo degli *stakeholders*. Ne usciva dunque un testo che beneficiava di un vaglio importante, assistito da una credibilità e pervasività che riverberavano poi molto positivamente su tutti i soggetti componenti lo specifico segmento di mercato.

In ordine al prodursi degli effetti, le dodici sezioni del Codice di autodisciplina regolano i rapporti fra dirigenti, azionisti e terzi interessati (gli *stakeholders*) che possono essere creditori, dipendenti, clienti, consumatori, avendo poi cura di non dimenticare quella congerie di interessi ambientali, sociali ed economici della società in cui l'impresa si trova ad operare.

Ne risulta che il complesso di interessi in gioco e di effetti, più o meno diretti, derivanti dall'insieme di regole vanno a riverberarsi su una pluralità di soggetti terzi, andando ben al di là di un semplice rapporto contrattuale eventualmente sotteso al codice, tanto che a buon diritto, pur nell'ambito di un determinato settore di mercato, ben può parlarsi di efficacia generalizzata se non *erga omnes*.

In ultima, il Codice di autodisciplina delle società quotate che come sappiamo è stato recepito limitatamente al suo principio cardine del

Comply or Explain nel T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che ha conosciuto una serie di modifiche prima ad opera del D.Lgs. n. 262 del 28 dicembre 2005 e successivamente attraverso il d.lgs. n. 173 del 3 novembre 2008 e il d. lgs. n. 176 del 30 dicembre 2010) – si è visto riconoscere proprio dal TUF uno spazio importante al punto da vedersi dedicato un intero e corposo comma, il secondo lett. A) dell’art. 123 bis, in materia di relazione sul governo societario e assetti proprietari.

Come già osservato, la mancata comunicazione della relazione annuale determina l’applicazione ex art. 192 bis T.U.F. in base al quale, “salvo che il fatto costituisca reato, gli amministratori, i componenti degli organi di controllo e i direttori generali di società quotate nei mercati regolamentati i quali omettono le comunicazioni prescritte dall’articolo 123 bis, comma 2, lettera a) sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da diecimila a trecentomila euro”.

Non solo. Il provvedimento sanzionatorio è pubblicato, a spese degli stessi, su almeno due quotidiani, di cui uno economico, aventi diffusione nazionale.

Insomma, una vera e propria norma sanzionatoria anche se la stessa non prevede forme di indagine o di *disclosure* più efficaci e penetranti in ordine all’eventuale insufficienza di motivazioni nel caso di mancata ottemperanza all’obbligo di comunicazione.

Quanto detto, naturalmente, può riferirsi altresì all’esperienza olandese che tuttavia assegna maggiori poteri di indagine e *disclosure*, un quadro sanzionatorio più articolato e pregnante, una procedura giudiziale vera e propria e una ben più ampia copertura giuridica se è vero che intere parti del codice sono state incorporate nel codice civile olandese.

Venendo poi al Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale ricordiamo invece che gli organismi costituenti ed associati all’Istituto di autodisciplina pubblicitaria e dunque aderenti al codice sono anzitutto le Imprese che investono nella pubblicità (U.P.A.), le organizzazioni professionali come Assocomunicazione e Federpubblicità, i mezzi di

diffusione di pubblicità come Mediaset, Fieg, Rai e Sky Italia Srl fra gli altri. Poi, lo ricordiamo, il codice vede dispiegare i propri effetti anche attraverso il meccanismo della clausola di adesione verso ulteriori destinatari nonché nei confronti di tutti quei soggetti che vi aderiscono in via mediata per il fatto stesso di appartenere ad una delle associazioni di categoria che fanno parte dell'Istituto secondo uno schema che può riportarsi a quello delle associazioni complesse o secondarie. Il tutto, arricchito ancora dai meccanismi anomali di adesione precedentemente illustrati che allargano vieppiù la platea, fino agli effetti indiretti nei confronti dei consumatori.

In buona sostanza esso è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto contenente la clausola di accettazione, finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale.

Si tratta quindi, anche in questo caso, di una modalità di adozione del codice a carattere fortemente partecipato, in grado di coinvolgere una molteplicità di soggetti, dotati di forte rappresentatività nel settore della comunicazione commerciale. Per ciò stesso il codice vede dispiegare i propri effetti verso una *societas* di destinatari davvero ampia. In ultima, come già osservato, esso vede il proprio catalogo di regole assistito da una procedura giudiziale che ne permette l'applicazione e financo l'*enforcement* attraverso meccanismi di controllo e sanzione.

Tutto questo per dire che, rispetto alla suggerita classificazione, gli esempi indicati non fanno che confermare la bontà di una scelta classificatoria che progredendo dall'accordo alla normativa attuale provveda a individuare la natura giuridica e le caratteristiche di ogni singola ipotesi di codice.

Ne consegue che, per quel che concerne i codici aziendali, essi non potranno che essere considerati meri accordi fra parti, adottati unilateralmente dal soggetto-azienda, sprovvisti di efficacia vincolante, composti da norme a carattere etico-morale.

Per quel che riguarda il Codice di autodisciplina delle società quotate si potrebbe concludere per un contratto ibrido a contenuto parzialmente normativo, vista la parziale recezione del suo contenuto – si pensi al principio del *comply or explain*, nonché alle sanzioni amministrative espressamente previste in caso di mancato rispetto di detto principio – nel T.U.F.

Infine per il Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale sembra di potersi concludere, per tutto quanto detto, per un'ipotesi di normativa astatuale, dunque non generata da fonti di produzione del diritto ed anzi essa stessa in grado di determinare regole ad efficacia generalizzata, e così definibile ancor più prendendo a canone di riferimento l'esperienza della *Lex mercatoria*.

5.6 Caratteristiche e funzioni dei codici di autodisciplina.

Come ci è capitato di osservare in precedenza, a proposito del Codice di autodisciplina delle società quotate e del suo equivalente olandese il *Dutch Corporate Governance Code*, caratteristiche tipiche dei codici di autodisciplina sono la duttilità e l'elasticità di forme che permettono con procedure particolarmente semplificate il costante aggiornamento e le più moderne e opportune modifiche dei codici. Simili peculiarità permettono agli strumenti in esame di rispondere in modo efficiente e immediato ai costanti cambiamenti del mondo del mercato, dell'economia e delle esigenze e dei bisogni della *societas* degli stakeholders.

Il carattere particolarmente elastico dei codici, come riportato ad esempio nelle tabelle di cui al capitolo due che danno conto delle numerose modifiche apportate in ristretti archi di tempo ai codici di *corporate governance*, consentono quindi flessibilità e rapidità di adeguamento sia nei confronti del caso concreto sia rispetto alle opzioni offerte agli stessi destinatari. In altre parole, il controllo del soggetto privato – che avviene mediante formalità più leggere, diffuse e pervasive – permette di

sanzionare efficacemente gli inadempimenti ingiustificati senza precludere, per ciò stesso, la possibilità di inadempimenti efficienti agli obblighi previsti dalle regole di autodisciplina.

Ciò premesso, va ancora aggiunto che se diverse sono le caratteristiche dei corpi di regole che formano l'ampia congerie dei codici di condotta, ferma restando la componente autodisciplinare, diverse sono anche le funzioni da questi esercitate.

Abbiamo ad esempio visto come le regole dei codici possano in taluni casi rappresentare un utilissimo banco di prova, quasi una legge sperimentale, che proprio per le caratteristiche formali testè indicate sono in grado di modularsi nella risposta più efficace alle domande del mercato e di specifici settori di esso, fino a quando dopo un certo periodo di applicazioni esse possano essere inserite, meglio incorporate, in normali atti di hard law, insomma in vere e proprie leggi ordinarie. Si pensi a mero titolo d'esempio al principio del *comply or explain* recepito nel T.U.F.

In questo caso si tratta dunque di affidare la bontà della regola al vaglio dei fatti, al banco di prova concreto che seleziona per l'appunto le prassi migliori e in un virtuoso processo di autoselezione sceglie, appunto, quelle più efficienti e penetranti recependole poi nell'ordinamento.

Sulla base di quanto osservato nelle esperienze concrete e avuto riguardo alle diversità evidenziate si ritiene allora che le funzioni effettivamente svolte dai codici di condotta, nella loro componente autodisciplinare, possano essere sintetizzate nelle seguenti quattro: funzione integrativa, funzione alternativa, funzione preventiva/deflattiva, funzione comparativa.

Per quel che concerne la prima ne abbiamo già in parte anticipato le caratteristiche, poiché è evidente che ove alcune delle regole poste dal codice vengano effettivamente recepite dalla legge ordinaria questo consente, inevitabilmente, di saldare i due corpi di regole in un *unicum* che si articola evidentemente nella legge ordinaria composta di disposizioni normative – fra cui quelle mutate dall'esperienza autodisciplinare – e le regole di autodisciplina che proprio perché strettamente connesse con le

disposizioni di legge andranno a completare le stesse, integrandole. Come detto, è questo il caso ad esempio del Codice di autodisciplina delle società quotate, ma non ad esempio del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

Per quest'ultimo vale piuttosto la seconda funzione, quella alternativa, alla legge ordinaria. Abbiamo infatti visto che le caratteristiche di spiccata autorevolezza, di efficacia generalizzata se non generale, di progressiva formazione autopoietica, unite al ricco apparato applicativo-sanzionatorio del codice consentono di fatto di riconoscere in esso un sistema alternativo a quello proposto dalla legge. Al punto che la stessa si premura di sancire, all'art. 27 ter del Codice del consumo, la cristallizzazione di un doppio binario che permette a consumatori e concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, di convenire con il professionista la possibilità di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore, deferendo a quest'ultimo la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta.

Il che naturalmente non pregiudica la possibilità di adire l'Autorità amministrativa indipendente competente.

Tuttavia, è evidente come per caratteristiche, tradizioni e autorevolezza raggiunte, la regolazione sviluppata dall'Autodisciplina della comunicazione commerciale si ponga come vera e propria alternativa, come differente possibilità di addivenire ad una soluzione della controversia sulla base di un sistema autopoietico e autoconclusivo che si pone in competizione con quello sviluppato sulla base di leggi ordinarie.

In questo senso, allora, oltre che alternativa la funzione svolta dal codice potrà essere altresì preventiva/deflattiva delle controversie eventualmente azionabili innanzi ai soggetti deputati alla ricezione delle azioni in sede ordinaria o amministrativa ma comunque riferibile all'ordinamento giuridico dello Stato.

Residua infine la funzione che abbiamo definito comparativa.

Con essa si intende far riferimento a quel fenomeno per cui le disposizioni legislative propriamente intese possono porre in essere con le regole di autodisciplina delle relazioni maggiormente complesse dunque non di semplice rapporto alternativo o integrativo.

Si pensi ad esempio alle previsioni con cui la direttiva 2005/29/CE prevede l'utilità del ruolo dei codici di condotta, incentivandone l'adozione e ponendo specifici obblighi come quelli ad esempio aggiunti di trasparenza, informazione e contenuto minimo.

Con essi il legislatore individua specifici incentivi all'adempimento da parte dei destinatari della regolazione autodisciplinare, ponendo i soggetti interessati, gli *stakeholders*, nella possibilità di punire con una sanzione sociale – ma fondata sul diritto – l'eventuale inadempienza degli obbligati alle prescrizioni contenute nell'atto autoregolativo.

5.7 Un'ultima riflessione su un possibile terreno di contatto fra autodisciplina privata e autolimita dell'autorità amministrativa nell'esercizio della propria attività discrezionale.

Per concludere questa parte finale con una nota ulteriormente prospettica, ci sia consentita un'ultima riflessione - del tutto insufficiente e priva di ogni velleità risolutiva - che tuttavia proprio perché tale potrebbe fornire la scintilla per quella che riteniamo una nuova pista d'indagine del tema dei codici di condotta nella loro componente autodisciplinare. La riflessione che condurremo rappresenta, in effetti, il germe per un nuovo percorso di ricerca che per ragioni di onestà intellettuale ancor prima che giuridica non possiamo tacere in questa sede se è vero che è dalla contaminazione delle esperienze contigue, proprie delle diverse branche del diritto, che riteniamo possa scaturire una possibile teorica d'indagine e classificazione per una "creatura" meticcica e prodigiosa come sono in effetti i codici di autodisciplina.

Alludiamo in tal senso a quel fenomeno, non troppo analizzato per la verità dalla dottrina amministrativista italiana, dell'autolimita della pubblica amministrazione.

Ora non vi è né tempo, né spazio, né ragione per condurre una vera riflessione sul tema; quel che qui interessa davvero è fornire una semplice suggestione di ciò che potrebbe essere un approccio d'indagine completamente diverso da quello sin qui adottato, e tuttavia non per questo necessariamente contrastante o conflittuale con esso.

Venendo quindi al tema dell'autolimita nell'esercizio dell'attività amministrativa ¹¹³ possiamo, in breve, ricordare quanto segue.

Al di là del fatto che la lezione tedesca, cui si devono alcuni dei contributi più preziosi in materia, trovi il fondamento del concetto di autolimita nel principio di eguaglianza ex § 3 della Grundgesetz mentre la corrispondente dottrina italiana lo identifica in quello d'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione sulla base dell'art. 97 della Costituzione; ¹¹⁴la miglior dottrina è giunta a riconoscere come nell'ambito dei normali procedimenti di autodisciplina spettanti agli enti od organi pubblici, questi possano regolamentare procedimenti o subprocedimenti amministrativi, ogniqualvolta non vi siano norme particolari che già ne disciplinino compiutamente lo svolgimento; non solo, financo nell'ambito di procedimenti disciplinati da norme si è riconosciuto che ciascun organo competente all'emanazione degli atti abbia margini di potere discrezionale in ordine alla organizzazione del procedimento o subprocedimento da seguire; nonché in ordine a specifiche e possibili iniziative autonome sia in

¹¹³ A questo proposito segnaliamo alcuni testi di fondamentale lettura per la comprensione del tema di cui ci apprestiamo a dare brevi accenti narrativi. Alludiamo anzitutto ad alcuni irrinunciabili scritti della dottrina tedesca quali H. J. MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburg, 1963; M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Berlin, 1968 e naturalmente per quel che concerne quella italiana l'essenziale monografia di P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 1-560.

¹¹⁴ Appare evidente la semplificazione estrema dell'ampio dibattito avvenuto sul tema d'altra parte rimandiamo alle fondamentali note di P. M. VIPIANA, *op. prec. cit.*, per meglio cogliere le differenti posizioni proposte dalla dottrina. In particolare si veda alle pagine 130-162.

ordine all'acquisizione di atti non specificamente previsti da norme (pareri non prescritti, atti istruttori complementari) sia in ordine alla forma degli atti stessi (principio della libertà di forma).

Non solo. A simili riconoscimenti la miglior giurisprudenza amministrativa è parsa fare eco sviluppando viepiù le intuizioni e prevedendo che “nell'esercizio di un siffatto potere di autodisciplina vige il principio della impegnatività delle scelte procedimentali, nel senso che l'Amministrazione una volta determinatasi a seguire un certo procedimento, da essa stessa ‘inventato’ e posto in essere, rivelando così una scelta discrezionale relativamente allo scopo che intende perseguire nella particolare fattispecie; ebbene non può poi legittimamente ignorare le risultanze procedimentali acquisite, contraddicendo il suo stesso giudizio espresso implicitamente nella scelta predetta, senza renderne adeguata ragione, e salvo superflua l'attività procedimentale intrapresa”.¹¹⁵

Detto in altro modo, dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto come, nell'esercizio della propria attività, enti ed organi della pubblica amministrazione possano porre in essere un vincolo che in quanto tale è autovincolo o autolimita, atto a produrre procedimenti o criteri utili al raggiungimento di uno scopo che trovi il proprio fondamento nel principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione¹¹⁶.

Il tratto finalistico di fondo, quale elemento unificante, sarebbe rappresentato dalla prefissione da parte dell'autorità amministrativa di un indirizzo per una scelta successiva (almeno da un punto di vista logico) in modo che ne risulti limitato il proprio potere, solitamente discrezionale.

Certo, quelle riportate sono affermazioni importanti, pietre angolari di un vero e proprio sistema concettuale via, via, sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa, che meriterebbero ben altro

¹¹⁵ Si cita in tal senso TAR Campania – Salerno, 9 ottobre 1987, n. 339, in Trib. amm. reg., 1987, I, 4251.

¹¹⁶ In tal senso e a titolo di esempio si dovrebbe certamente individuare come modalità di espressione esplicativa dell'autolimita la determinazione dei criteri di massima, la suddivisione dei titoli in categorie e l'attribuzione dei coefficienti numerici a ciascuno di esse ad opera della Commissione giudicatrice di un pubblico concorso.

approfondimento e commento, tuttavia quel che per noi conta, in questa sede, è sottolineare come financo nel diritto amministrativo, pur con tutte le specificità del caso, inevitabilmente figlie della funzione pubblica, del contemperamento di interessi diversi e molteplici, si registrino zone grigie che hanno via, via, portato all'emersione di un concetto di *Selbstbindung*, di autolimita appunto, inteso come momento di autodisciplina, di autoregolazione che l'autorità amministrativa appronterebbe nell'esercizio della propria attività.

Certo, un simile concetto, come la miglior dottrina non ha mancato di sottolineare puntualmente, arriverebbe ad intrecciarsi con principi rispetto ai quali dovrebbe assumere un ruolo contenuto e ancillare (citiamo a questo proposito la necessità di coordinare un simile autolimita con la sfera dell'eterolimita, con il principio di legalità, la riserva di legge, la riserva di amministrazione, il procedimento amministrativo) e, sempre secondo tale impostazione, se ne dovrebbe rilevare il cuore nel momento predecisionale del procedimento amministrativo oltre al fatto che dovrebbero altresì esserne evidenziate le fonti.

E, fra queste, non pare destare sorpresa il fatto che vada annoverata la prassi intesa, per l'appunto, non già come mero comportamento dell'ente ma piuttosto come reiterazione di comportamenti a patto che essi siano coerenti e generalmente ripetuti. Va detto che tuttavia non può mancare, in tal senso, identità, o meglio, omogeneità fra la fattispecie in ordine alla quale la prassi è sorta e il nuovo caso da decidere. Perciò si è giustamente sottolineato, la definizione della prassi non potrebbe comunque sottrarsi ad un'indagine per via empirica e sulla base dei reciproci confronti fra i casi concreti ¹¹⁷.

Ora, senza ulteriormente addentrarci nello studio dell'autolimita dell'attività amministrativa che, come detto, meriterebbe piuttosto uno studio a sé, non v'è chi non veda come la prassi amministrativa, quale

¹¹⁷ P. M. VIPIANA, *op. prec. cit.*, p. 71. D'altra parte per un'analisi efficace e penetrante della prassi consigliamo la lettura di L. BENVENUTI, *op. prec. cit.*, in particolare a p. 237 e ss.

fonte di autolimitate e dunque di momento autoregolativo dell'ente o dell'organo nell'esercizio della propria attività discrezionale, non rappresenti in modo evidente il parallelo ideale del momento autodisciplinare del sistema privato.

Il quale, come visto, sconta a sua volta le difficoltà derivate dall'essere momento regolativo minore, contenuto nella cornice del sistema e tuttavia forte di qualità propulsive atte, in taluni casi, ad innalzarlo a vero e proprio fenomeno normativo attuale.

Naturalmente, com'è stato ampiamente illustrato, la nostra indagine è stata condotta alla luce di un certo pragmatismo e di una comparazione che ha tentato di offrire spunti per una definizione ed una organizzazione sistematica dei codici di condotta nella loro componente autodisciplinare.

Con lo stesso fine, riteniamo di poter sostenere, che anche il concetto di autolimitate dell'attività amministrativa, rappresenti in sé un paradigma di confronto importante per comprendere, anche da diversa angolazione e spicchio prospettico, il fenomeno dei codici di condotta nella loro componente autodisciplinare.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Al termine del percorso di ricerca affrontato, pare opportuno formulare alcune considerazioni conclusive.

Anzitutto, l'analisi dei codici di condotta nella propria componente autodisciplinare, appare oggi possibile solo se condotta alla luce degli strumenti d'indagine forniti dalla comparazione giuridica, se è vero che il fenomeno oggetto d'esame non appartiene, in ultima istanza, alla nostra tradizione normativa.

In tal senso, di non secondaria importanza si è rivelato l'esame dell'esperienza olandese del *Dutch Corporate Governance Code* che ha fornito non solo l'opportunità di approcciare da una diversa tradizione e prospettiva il tema ma ha anche messo in luce, attraverso gli inevitabili rimandi alle tradizioni giuridiche di altri Paesi membri dell'Unione, quanto vivace e sviluppato sia il dibattito sul tema dei codici di autodisciplina e quanto venga privilegiato, in altri Paesi, un approccio a carattere pragmatico, quasi integralmente volto alla verifica dell'efficienza e della capacità di *enforcement* maturata nel tempo da detti codici.

Vero è che con quelle tradizioni e con quel dibattito anche il nostro ordinamento giuridico deve – volente o nolente – fare i conti.

Ciò non solo in un'ottica di completezza e credibilità scientifica della metodologia d'indagine, ma anche e soprattutto in vista di una capacità virtuosa del nostro ordinamento di mutuare quanto di buono sviluppato dalla dottrina comparatista.

Un tale fatto consente da un lato di innestare nella nostra tradizione modelli e soluzioni efficaci per la comprensione del problema, dall'altro di mantenere una competitività scientifica che rischierebbe altrimenti di smarrirsi in un'incomprensibile quanto miope autoreferenzialità.

E ancora: il fenomeno dei codici di autodisciplina mette in luce in modo quasi impietoso quanto in pericolo siano certe categorie della nostra tradizione giuridica: la pretesa autoconclusione dell'ordinamento, il

sistema delle fonti di produzione delle norme, la figura del contratto, il concetto di un'efficacia *inter partes* da contrapporsi a quella *erga omnes*, la stessa nozione di diritto nella sua visione positivista; tutto questo e molto altro ancora rischia di venire travolto dal fenomeno globalizzazione, dalla metastatalità dei mercati, dalla nuova coscienza sviluppata dai destinatari delle norme (gli *omnes*) che sempre più giungono a mettere in discussione l'efficacia di un sistema giuridico (non solo italiano sia ben chiaro), applicando le più diverse forme di *law shopping*.

E d'altra parte dovremmo forse ritenere che nell'abiura delle nostre convinzioni, delle certezze sviluppate dalla nostra tradizione, delle costruzioni filosofiche e dottrinali regalateci da chi ci ha preceduto stia la soluzione di una crisi del diritto?

Noi crediamo di no.

Vero è che il tema dei codici di autodisciplina, in tutta la sua complessità e novità, propone invece al giurista l'affascinante opportunità di valorizzare l'efficacia di strumenti alternativi e integrativi per il nostro ordinamento, in grado di svolgere una molteplicità di funzioni adiutorie, dunque in grado di offrire per ciò stesso una moltiplicazione delle modalità di soluzione delle controversie. E del resto in quale altro modo ad esempio dovrebbe leggersi il doppio binario enunciato nell'art. 27 ter del Codice del consumo che permette a consumatori e concorrenti, anche tramite le proprie associazioni o organizzazioni, di convenire con il professionista la possibilità di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore, deferendo a quest'ultimo la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta?

Il tutto, lo si sottolinea, senza pregiudicare, qualunque sia l'esito della procedura, il diritto del consumatore di adire l'Autorità amministrativa, ai sensi dell'articolo 27, o il giudice competente.

Non è forse questo un ampliamento dell'offerta dei possibili strumenti di risoluzione delle controversie a tutto vantaggio del contraente debole?

E ancora, come definire la relazione annuale sul governo societario con particolare riferimento all'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché descrivendo le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari?

Non è questa misura, a tutta evidenza, una garanzia ulteriore di trasparenza e correttezza richiesta in capo alle società quotate a tutto vantaggio della platea degli *stakeholders*?

Quelli qui riportati sono solo alcuni degli esempi possibili. Esempi, sia ben chiaro, che rappresentano la punta di un vero e proprio iceberg che potremmo descrivere come nuova prospettiva per l'autonomia privata.

Esempi virtuosi, lo sottolineiamo, da intendersi non già come grimaldelli in grado di forzare le maglie del sistema, ma piuttosto come opportunità ulteriori per prevenire e risolvere le controversie, come momenti di autoresponsabilità che permettano di riflettere sul ruolo che ha il singolo nel fornire un contributo utile e prezioso alla tessitura di nuove forme organizzative, volte a individuare indirizzi virtuosi di condotta collettiva, come strumenti di partecipazione attiva alla regolazione dei settori di mercato.

Quello che ancora manca, oggi, è un'articolata produzione scientifica che consenta di sistematizzare queste nuove forme di regolazione all'interno di un'architettura scientifica che, lungi dall'effettuarne la mera ricognizione o classificazione, provveda – attraverso un'effettiva riorganizzazione delle esperienze - a sintetizzarne caratteristiche, funzioni e prospettive applicative, poiché – a dire il vero – la sensazione è che oggi

l'autodisciplina venga troppo spesso relegata ad un ruolo subalterno, di nicchia, quasi di inutile tema da sterile speculazione giuridica.

Essa nasconde invece al proprio interno categorie e funzioni che proprio in virtù della loro modernità e pragmaticità ben potrebbero riflettere in modo efficace e puntuale, nello specchio del diritto, la moderna realtà globale.

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA RUTH V. - CUERVO CAZURRA ALVARO, *Codes of Good Governance*, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 17, N. 3, 2009, p. 376 e ss.

AKKERMANS DIRK – VAN EES HANS – HOOGHIEMSTRA REGGY – VAN DER LAAN GERWIN – POSTMA THEO – VAN WITTELOOSTUIJN ARJEN, *Corporate Governance in the Netherlands: an overview of the application of the Tabaksblat Code in 2004*, *Corporate Governance: an international Review*, Vol. 15, N. 6, 2007, p. 1106 e ss.

ALEXY ROBERT, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, 1997.

ALPA GUIDO, *Autodisciplina e codice di condotta*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam 1996, pp. 3 – 12.

ALPA GUIDO, *La prassi e i codici deontologici*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da RODOLFO SACCO, pp. 118 – 127.

ALPA GUIDO, *Il diritto dei consumatori*, Edizioni Laterza, 2002, pp. 3 – 462.

ALPA GUIDO, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Edizioni Laterza, 2006, pp. 3 – 280.

ALPA GUIDO, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Edizioni Laterza, 2007, pp. 3 – 214.

ALVISI CHIARA, *Autoregolamentazione e corporate governance nella riforma del diritto societario*, *Contratto e impresa*, 3/2002, pp. 1046 – 1102.

ARMOUR JOHN - McCAHERY JOSEPH A. (Editors), *After Enron, Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 1 – 718.

AUSTIN JOHN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, 1995.

AUTERI PAOLO, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam 1996, pp. 13 – 30.

AZZALI STEFANO, *L'esperienza delle camere di commercio*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam 1996, pp. 221 – 226.

BAGLIONI MARCO - GRASSO GIAMPAOLO, *Nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, *Le Società* 9/2006, pp. 1061 – 1068.

BARENGHI ANDREA, *Autodisciplina e giustizia privata*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam 1996, pp. 227 – 237.

BATTELLI ETTORE, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, *I contratti* 12/2007, pp. 1113 – 1121.

BENVENUTI LUIGI, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, *Diritto amministrativo* 2/2009, pp. 227- 251.

BERNARDINI PIERO, *Contratti internazionali e diritto applicabile*, *Diritto del commercio internazionale*, 1987, pp. 393-414.

BOBBIO NORBERTO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1979.

BOBBIO NORBERTO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993.

BOBBIO NORBERTO, *Diritto e forza*, in *Rivista di diritto civile*, p. I, pp. 537-548.

BONELL MICHAEL JOACHIM, *Lex mercatoria*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, Utet, 1993, pp. 11-17.

BONELL, MICHAEL JOACHIM, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, *Diritto del commercio internazionale*, 1992, pp. 315-332.

BONFANTE GUIDO, *Un nuovo modello d'impresa: l'impresa sociale*, *Le società*, 8/2006.

BORTOLOTTI FABIO, *La nuova lex mercatoria. Costruzione dottrina o strumento operativo?*, *Contr. e impr./Europa*, 1996, pp. 733-765.

BRECCIA UMBERTO, *Prospettive nel diritto dei contratti*, *Rivista critica del diritto privato*, 2001, pp. 161 – 204.

BOSCHIERO NERINA, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005, pp. 83-155.

BROUWER MARIA THEODORA, *Governance and Innovation; a Historical View*, *Routledge Studies in Global Competition*, London, 2008, pp. 1-256.

BRUTTI NICOLA, *Rilevanza giuridica dell'autoregolamentazione: osservazioni sui "codici di comportamento" di società quotate*, in *Le società* 10/2007, pp. 1215 – 1224.

CAFAGGI FABRIZIO, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Politica del Diritto*, 4/2001, pp. 543 – 583.

CAMARDI CARMELITA, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Jovene Editore, 2007, pp. 3 – 448.

CAMARDI CARMELITA, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, *Obbligazioni e Contratti* 6/2010, pp. 408-419.

CARBONE SERGIO MARIA, *I caratteri privatistico-internazionali del diritto sportivo: in particolare, il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pp. 619-634.

CHELI ENZO, *L'ermeneutica costituzionale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in NOGLER LUCA e NICOLUSSI ANDREA (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Cedam, 2007, pp. 25 – 35.

CHUA CHOONG TZE - EUN CHEOL S. - LAI SANDY, *Corporate valuation around the world: The effects of governance, growth and openness*, *Journal of Banking and Finance*, 31 (2007) pp. 35-56.

CONTE GIUSEPPE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contratto e Impresa*, I/2006, pp 108 – 140.

CRISAFULLI VEZIO, *Lezioni di diritto costituzionale. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, vol. I, Cedam, 1970, p. 13 e ss.

DE ANGELIS LORENZO, *La Borsa, gli affari e il Codice di autodisciplina delle società quotate*, Rivista di diritto dell'impresa, 2000, p. 465 e ss.

DE JONG ABE – RÖELL ALISA, *Financing and Control in The Netherlands: A Historical Perspective*, in DE JONG ABE – RÖELL ALISA, *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, National Bureau of Economic Research, pp. 467-515.

DE JONG ABE - DE JONG DOUGLAS – MERTENS GERARD - ROOSENBOOM PETER, *Royal Ahold: A Failure of Corporate Governance*, ECGI - Finance Working Paper No. 67/2005, p. 1 e ss.

DE JONG ABE - DE JONG DOUGLAS – MERTENS GERARD – WASLEY CHARLES, *The role of self-regulation in corporate governance: evidence and implications from The Netherlands*, Journal of Corporate Finance 11 (2005), pp. 473– 503.

DE LY FILIP, *Uniform commercial law and international self regulation*, in Diritto del commercio internazionale, 1997, pp. 519-547.

DE LY FILIP, *Lex mercatoria (New Law Merchant): globalization and international self regulation*, in Diritto del commercio internazionale, 2000, pp. 555-590.

DENNINGER ERHARD, *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, in Atti del convegno annuale 2003, associazione italiana dei costituzionalisti, in Rassegna Parlamentare 1/2004 e consultabile al sito internet:

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/denninger.html>.

DENOZZA FRANCESCO, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè Editore, 2002, pp. 1 – 170.

DI CATALDO VINCENZO, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, in *Contratto e Impresa* I/1991, pp. 111 – 124.

DRAETTA UGO, *La crisi del monopolio statale della regolamentazione dei rapporti tra privati*, in *Impresa e mercato* n. 75/2006, consultabile altresì al sito internet <http://www.mi.camcom.it/>.

FABBIO PHILIP, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, pp. 706-743.

FASTERLING BJÖRN, *Best Practices and Better Laws – Corporate Governance Codes in the Member States of the European Union*, ERA-Forum Vol. 3/2005: p. 328 e ss.

FORTUNATI MAURA, *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in *Sociologia del diritto*, 2005, pp. 29-41.

FRANZONI MASSIMO, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contratto e Impresa* II/2003, pp. 565-590.

FUSI MAURIZIO – TESTA PAOLINA, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, 2006, pp. 1-438.

GALGANO FRANCESCO, *Degli effetti del contratto*, commento all'art. 1372 C.c., in *Commentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1993.

GALGANO FRANCESCO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

GALGANO FRANCESCO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contratto e Impresa* 2001, pp. 509 – 516.

GALGANO FRANCESCO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, 2005, pp. 3 – 248.

GEPKEN JAGER ELLA – VAN SOLINGE GERARD – TIMMERMAN LEVINUS, *VOC 1602 – 2002: 400 years of Company Law*, Kluwer, 2005, pp. 1 – 459.

GHIDINI GUSTAVO e GIRINO EMILIO, *Il nuovo codice Assoreti*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam, 1996, pp. 41 – 59.

GRASSO GIAMPAOLO, *Nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Le Società* 9/2006, pp. 1061 – 1068.

GRAZZINI BARBARA, *Autodisciplina pubblicitaria e ordinamento statale*, Giuffrè Editore, 2003, pp. 7 – 236.

GROENEWALD EDO, *Corporate Governance in the Netherlands: From the Verdam Report of 1964 to the Tabaksblat Code of 2003*, *European Business Organisation Law Review* 6/2005, p. 291 e ss.

GUGGINO VINCENZO, *I principi comuni delle autodiscipline pubblicitarie europee*, in *Il diritto industriale* 4/2002.

HATZIMIHAİL NIKITAS, *The many lives – and faces – of lex mercatoria: history as genealogy in international business law*, Law and contemporary problems, vol. 71, 3, 2008, pp. 169-190.

HAXHI ILIR – VAN EES HANS, *Explaining diversity in the worldwide diffusion of codes of good governance*, Journal of International Business Study, 2009, p. 1 e ss.

IRTI NATALINO, *Il carattere politico – giuridico del mercato*, in *Impresa e mercato* n. 75/2006, consultabile altresì al sito internet <http://www.mi.camcom.it/>.

JITTA JOSEPHUS MARIUS, *Procedural aspects of the right of inquiry*, see in JITTA JOSEPHUS MARIUS - TIMMERMAN VINO - KEMPERINK GUUS - NORBRUIS RICHARD – DRIESSEN ANTHONY – VAN DER ZENDEN PETER – WILLEMS HUUD, *The Companies and Business Court from a comparative law perspective*, Kluwer, 2003, pp. 1 – 42.

KANTOROWICZ HERMANN ULRICH, *La lotta per la scienza del diritto*, Forni, 1988.

KROEZE MAARTEN J., *The Dutch Companies and Business Court as a Specialized Court*, in BOUCHEZ LOUIS, KNUBBEN MARCO, McCAHERY JOSEPH A., TIMMERMANN VINO, *The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges*, ACCF/Ministry of Economic Affairs/OECD, Amsterdam 2006, pp. 143-153.

LAGARDE PAUL ANTON DE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Etudes offertes a Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150.

LEONE ARTURO, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il diritto industriale* 3/2008, pp. 255-265.

LIPARI NICOLÒ, *La formazione negoziale del diritto*, in *Rivista di diritto civile* 1987, pp. 307 – 316.

MARRELLA FABRIZIO, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, pp. LXII-1002.

MAZZACANO PETER, *The lex mercatoria as autonomous law*, *Comparative research in Law & Political Economy*, Paper 29/2008 Vol. 4, N. 6/2008, pp. 1-14.

McCAHERY JOSEPH A. – VERMEULEN ERIK P. M., *The Changing Landscape of EU Company Law*, (September 2004), Social Science Research Network and TILEC Discussion Paper No. DP2004-023, p. 1 e ss.

McCAHERY JOSEPH A. – VERMEULEN ERIK P. M., *Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post-Parmalat Agenda*, in HOPT KLAUS J., WYMEERSCH EDDY, KANDA HIDEKI, BAUM HARALD, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford University Press, 2005, pp. 215-245.

MELI VINCENZO, *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, *Il diritto industriale* n. 3/1996, pp. 226 – 232.

MENGONI LUIGI, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985.

MERTENS HANS JOACHIM, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hamburg, 1963.

MEZZETTI LUCA, *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2007.

MICHAELS RALF, *The true lex mercatoria: law beyond the state*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14:2, 2007, pp. 447-468.

MINERVINI ENRICO e ROSSI CARLEO LILIANA (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 300.

MODUGNO FRANCO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2000.

MOSTACCI EDMONDO, *La Soft Law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008.

NICOLUSSI ANDREA, *Luigi Mengoni e il diritto privato*, in NOGLER LUCA e NICOLUSSI ANDREA (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Cedam, 2007, pp. 37 – 76.

NIVARRA LUCA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in NOGLER LUCA e NICOLUSSI ANDREA (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Cedam, 2007, pp. 159 – 190.

NOGLER LUCA e NICOLUSSI ANDREA (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Cedam, 2007.

PACCES ALESSIO MARIA, *Controlling the corporate controller's misbehaviour*, Rotterdam Institute of Law and Economics, Working Paper Series 2009/01, pp. 1 - 49.

PALADIN LIVIO, *Diritto costituzionale*, Cedam, 1991.

PIEPOLI GAETANO, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in Quaderni di diritto privato europeo, a cura di JANNARELLI ANTONIO, PIEPOLI GAETANO e SCANNICCHIO NICOLA, 1997, I.

PINTO FRANCESCO, *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI ENRICO e ROSSI CARLEO LILIANA (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 300.

QUAGLIONI DIEGO, *La sovranità*, Laterza, 2005.

RAPISARDI ALFIO, *Il diritto industriale 10 anni dopo. Il punto su ...la pubblicità*, in *Il diritto industriale*, 4/2002 pp. 398 – 401.

REICH ROBERT B., *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi Editore, Roma, 2008, pp. 7 – 318.

ROMANO ELIANA, *Il codice di autodisciplina in applicazione del D. Lgs. 24/2002*, in *Impresa e mercato* n. 75/2006, consultabile altresì al sito internet <http://www.mi.camcom.it/>.

ROPPO VINCENZO, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Politica del diritto*, 3/2001, pp. 515 – 523.

ROPPO VINCENZO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 4/2001, pp. 529 – 542.

ROPPO VINCENZO, *Il codice ANASF*, in ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam 1996, pp. 31 – 40.

ROSSELLO CARLO, *La governance di internet fra diritto statale, autodisciplina soft law e Lex mercatoria*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 16 – 406.

SALMONI FIAMMETTA, *Le norme tecniche*, Giuffrè Editore, 2001, pp. 6 - 410.

SALVATORE ERIKA, *La nuova lex mercatoria*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, pp. 766-808.

SCHLESINGER PIERO, *Il codice di autodisciplina per le società quotate*, in *Corriere Giuridico*, 1999, p. 1455 e ss.

STONE SWEET ALEC, *The new lex mercatoria and transnational governance*, *Journal of European Public Policy* 13:5 August 2006, pp. 627-646.

TEUBNER GUNTHER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, 2005, pp. 3 – 256.

TEUBNER GUNTHER, *Contracting worlds: invoking discourse rights in private governance regimes*, *Social and legal studies*, Vol. 9, 2000, pp. 399 – 417, consultabile anche al sito internet <http://papers.ssrn.com/>.

TRAISCI FRANCESCO PAOLO, *Principi Unidroit, lex mercatoria e diritto del commercio internazionale: note a margine di un lodo arbitrale*, Diritto del commercio internazionale, 1999, pp. 474-494.

VERMEULEN ERIK P. M. – ZETZSCHE DIRK, *The Use and Abuse of Investor Suits*, **not yet published**.

VIPIANA PIERA MARIA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1991.

WALLERATH MAXIMILIAN, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Berlin, 1968

WYMEERSCH EDDY, *Corporate Governance Codes and their implementation*, (September 2006). University of Gent Financial Law Institute Working Paper No. 2006-10, p. 1 e ss.

WYMEERSCH EDDY, *Enforcing Corporate Governance Codes*, ECGI - Law Working Paper No. 46/2005, Social Science Research Network and Journal of Corporate Law Studies, p. 1 e ss.

WYMEERSCH EDDY, *The Corporate Governance "Codes of Conduct" between state and private law*, University of Gent Financial Law Institute Working Paper No. 07/2007, pp. 1 - 29.

ZATTI PAOLO (a cura di), *Le fonti da autodisciplina*, Cedam, 1996, pp. 3 – 247.

ZUMBANSEN PEER, *Lex mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und traditionales Recht*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Vol. 67, 2003, pp. 637-682.

Abstract

Studente: MATTEO STRUKUL (matr. 955456)

Dottorato in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro. Ciclo: 23°

Titolo della tesi:

CODICI DI CONDOTTA.

UNA NUOVA PROSPETTIVA PER L'AUTONOMIA PRIVATA E IL MERCATO.

CODES OF CONDUCT.

A NEW PERSPECTIVE FOR CONTRACTUAL AUTONOMY AND MARKET.

Abstract:

Il fenomeno della globalizzazione ha determinato la crisi della tradizionale concezione di ordinamento giuridico e delle fonti di produzione delle norme, e ha imposto allo stesso tempo i codici di condotta fra i nuovi strumenti di creazione delle regole.

Il presente lavoro si propone di esaminare tali codici di condotta nella loro componente autodisciplinare, in particolare le esperienze più autorevoli e consolidate dell'autodisciplina nazionale e transnazionale, tenendo conto della prospettiva comparativa ed europea. Attraverso detta analisi, l'autore tenta di sviluppare una griglia di categorie e concetti atti a determinare la natura giuridica di detti codici. La stessa diviene così prisma attraverso cui osservare il mutamento dell'autonomia privata e del mercato.

The Globalization caused the crisis of the traditional concept of legal system and legal source production, and set at the same time the codes of conduct as a new rule-making instrument.

This contribution will examine the self-regulation aspects of such conduct codes, in particular the most authoritative and well-established experiences expressed by self-regulation at a national and transnational level, taking into account both a comparative and a European perspective. Through this analysis, the author attempts to develop a grid of categories and concepts capable to explain the legal nature of these codes. This ensemble provides a perspective through which the contractual autonomy and market transformations can be monitored.

DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO

DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA'

(Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto, Matteo Strukul, nato a Padova (PD), il giorno 08/09/1973, residente a Padova, in Via Santa Maura n. 6;

Matricola 955456, Autore della tesi di dottorato dal titolo:

Codici di condotta.

Una nuova prospettiva per l'autonomia privata e il mercato.

Dottorato di ricerca in

Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Ciclo 23mo.

Anno di conseguimento del titolo: A. A. 2009 - 2010

DICHIARO

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali

Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;

3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;

4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;

5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;

6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie;

Data _____ Firma _____

AUTORIZZO

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;
- l'Università a consentire:
 - la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;
 - la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

DICHIARO

1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali od economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;

2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;

3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;
- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data _____ Firma _____

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta.

Firma del dipendente addetto

.....