

INFORMATION TECHNOLOGY LAW

DISPENSE
(Ignazio Zangara)

INTRODUZIONE

Il corso di Information Technology Law (IT Law) intende sviluppare competenze professionali ibride nel panorama formativo universitario etneo indagando sui temi che congiungono il Diritto e l'Informatica.

Lo scopo è quello di introdurre principi e concetti giuridici di base per semplificare la comprensione dei processi innovativi ed evolutivi concreti che la trasformazione digitale sta sviluppando nei rapporti tra i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni. IT Law è un'interdisciplina che tende a ricoprire lo spazio che sta in mezzo a due branche ben definite del Sapere, il Diritto e l'Informatica, stracolme di professionisti. Si intendono formare figure con competenze trasversali in grado di far dialogare questi due mondi. C'è la necessità di creare professionisti e interlocutori qualificati che si collochino tra due entità che fino ad ora hanno scambiato poca esperienza e dove ci sono innumerevoli problematiche da affrontare e risolvere. È proprio negli interstizi tra le discipline che si fanno le scoperte più grandi; lì si trovano le sorgenti di linfa creativa che segnano l'evoluzione della conoscenza.

È stato scelto di denominare l'insegnamento in lingua inglese per via delle tematiche miste che sono oggetto del corso, che possono essere espresse in diversi modi, ma che nella terminologia convenzionale internazionale possono ben ricondursi all'etichetta, ampiamente riconosciuta, di 'Information Technology Law'.

Accostare due scienze quali il Diritto e l'Informatica non costituisce una forzatura. Vero è che vengono messe in stretta correlazione due scienze tradizionalmente distanti fra loro – appartenenti alle scienze esatte l'una e alle scienze umane l'altra – che richiedono diverse sensibilità e distinte conoscenze di base, ma a ben riflettere il contrasto logico è soltanto apparente; l'Informatica, infatti, altro non è che il naturale risultato della rivoluzione culturale in senso progressista che ha fortemente condizionato – dagli anni Ottanta in poi – ogni ambito del sapere e dell'agire dell'uomo e, dunque, anche quello delle Scienze giuridiche. Il Diritto, dal canto suo, regola con un grado di dettaglio crescente la maggior parte delle nostre attività, pubbliche o private che siano.

Da un ventennio a questa parte, anche a volersi mantenere ostili nei confronti dell'Informatica, anche a provare un'assoluta idiosincrasia nei confronti del computer, ciascuno di noi, ormai, si confronta quotidianamente con strumenti informatici e telematici; si pensi ai sistemi di comunicazione personali e collettivi, alla tv e alla radio, alle transazioni di denaro, alle carte elettroniche, alla domotica, alla mobilità con qualunque mezzo di trasporto, alla sicurezza, all'agricoltura, alla medicina, alla ricerca, ecc. Chi zoppica in Informatica, ha certamente un gap culturale da colmare, e più trascorre il tempo più rimarrà fuori dai giochi.

Anche il Diritto, che rappresenta uno specchio peculiare della società, ha iniziato a fare i conti con l'Informatica, traendone beneficio e regolandone gli effetti che impattano con lo svolgimento della vita sociale.

In Europa già alla metà degli anni Sessanta vi è stato un notevole interesse per le applicazioni informatiche in ambito giuridico. Mario Losano in Italia sviluppò ed applicò alla pratica del diritto le teorie del matematico statunitense Norbert Wiener, il quale già negli anni Quaranta aveva ipotizzato l'esistenza di regole comuni che potessero controllare la comunicazione e la trasmissione delle decisioni tra gli uomini e le macchine. A questo nuovo ramo di indagine scientifica si diede il nome di "cibernetica" – che trae la sua origine dal verbo greco κυβερνάω, il cui significato è governare, guidare, dirigere –, anticipando già a quell'epoca quale potere avrebbe avuto chi sarebbe stato in grado di gestire in maniera automatica le informazioni.

Ad un primo approfondimento, si può osservare che l'Informatica come denominatore comune, come innesto in un contesto sociale, viene a mescolarsi con le Scienze giuridiche in due sensi:

- a) PER il Diritto, come indispensabile ausilio, strumento di lavoro, di semplificazione, per coadiuvare l'attività dei giuristi e, in generale, di tutti i professionisti che hanno a che fare con il Diritto;
- b) NEL Diritto, dovendo quest'ultimo regolare i differenti risvolti, le diverse vicende della vita sociale e, quindi, anche il fenomeno informatico.

Possiamo rendere questi concetti in altri termini e possiamo dire che l'interazione tra Diritto e Informatica si manifesta in una duplice forma.

1) Diritto oggetto dell'Informatica, cioè considerando l'Informatica PER il processo di innovazione nell'ambito giuridico, come ausilio per il lavoro del giurista/professionista. In tal senso, l'Informatica sta trasformando i vecchi processi analogici, talvolta sin dalle fondamenta, delle attività professionali.

Effettivamente, gli effetti che ha prodotto il processo di informatizzazione del Diritto è percepito da ogni singolo cittadino, a prescindere dalla professione svolta (si pensi ai rapporti ormai sempre più diretti tra cittadini e Pubblica Amministrazione – identità digitale – o alla partecipazione alle scelte politiche – e-Democracy – o alla ricerca delle varie interpretazioni delle disposizioni normative – sistemi informativi – che tutti autonomamente possono effettuare in rete per farsi una propria idea).

Si è così affermata una nuova scienza, denominata Informatica giuridica, che gode di una sua autonomia rispetto all'Informatica e al Diritto, perché ha un suo oggetto (l'insieme dei problemi giuridici da affrontare e risolvere) ed un suo metodo (l'applicazione dei sistemi informatici e telematici). Nel Diritto ci si è resi conto di come l'Informatica abbia non solo ampliato enormemente le possibilità offerte alla conoscenza delle norme, dei provvedimenti giurisdizionali, della dottrina giuridica, ma abbia offerto un contributo rilevante anche all'attività di produzione, applicazione ed interpretazione dei fenomeni giuridici nonché all'elaborazione tecnica di nuove categorie giuridiche (tra le più recenti, i registri distribuiti e gli smart contract).

Per individuare il punto di partenza di quella che poi è diventata l'Informatica giuridica bisogna risalire al 1949, quando un manager-giurista americano, Lee Loevinger, pubblicò un articolo scientifico sulla *Minnesota Law Review*, nel quale proponeva esplicitamente di sfruttare i vantaggi offerti dalle tecniche elettroniche per studiare e risolvere i problemi giuridici; a questo nuovo ambito di indagine si diede il nome di 'Giurimetria' con cui si indicava la *scientific investigation of legal problems*. Negli anni Sessanta la teoria di Loevinger venne ripresa da altri studiosi americani – tra questi, in particolare, Hans Baade –, che elaborarono in maniera più compiuta i contenuti dell'analisi giurimetrica, individuando gli ambiti di ricerca nei quali avrebbe potuto trovare applicazione la nuova disciplina:

- a) quello statistico-previsionale, destinato cioè a prevedere, sulla base di analisi comportamentali dell'operato dei giudici (c.d. analisi behavioristica, dal termine inglese *behavior* = comportamento), in che modo avrebbero deciso una lite giudiziaria;
- b) quello documentario e metadocumentario, volto a sviluppare sistemi informatici per il trattamento e il reperimento dei documenti giuridici;
- c) quello logico-decisionale, relativo alle ricerche teoriche volte ad individuare e ad applicare modelli logico-formali alle attività giuridiche.

Una nuova figura professionale, con competenze trasversali, si stava delineando nei più diversi contesti lavorativi: non si trattava di un operatore del diritto che utilizzava per il suo lavoro strumenti informatici da altri predisposti, ma di un professionista interdisciplinare che mettendo a frutto sapientemente la sua formazione informatica e giuridica si prefiggeva l'obiettivo di dare una soluzione a molti dei problemi della pratica del diritto attraverso l'uso delle tecnologie.

Sorprendentemente, ci si è resi sempre più conto di come il Diritto sia una scienza umanistica più vicina alle scienze esatte di quanto si possa credere. Il ragionare dei giuristi è un ragionare per certi versi algoritmico, i giuristi utilizzano un metodo per affrontare i problemi che può definirsi per "classi/categorie/definizioni". Il ragionamento giuridico prevede una serie di passaggi, percorsi i

quali si addivene ad una soluzione; a ben vedere, un po' quello che fa un programma informatico durante un'elaborazione di dati. Formalizzare il ragionamento giuridico significa quindi rendere espliciti i passaggi logici che normalmente esegue un soggetto che affronta un problema giuridico e tradurli in linguaggio computazionale.

Un tipico ragionamento del giurista consiste nel ricondurre l'evento che impatta con la realtà, che abbia una rilevanza giuridica, (fattispecie concreta) ad una previsione normativa cogente (fattispecie astratta) per determinarne il trattamento, per ricavarne la regola da applicare (il c.d. sillogismo giuridico = ragionamento concatenato, di aristotelica memoria).

A dirla tutta, nel processo decisionale di una persona in carne ed ossa possono intervenire salti logici o entrare elementi paragiuridici, cioè non rigorosamente formali, quando non del tutto estranei al problema giuridico in sé considerato. Mi riferisco alle scelte dipendenti dall'intuito, dalla creatività, dal senso di equità/mitezza o stigmatizzazione di una certa condotta, dall'umore o dai risultati esperienziali, da pregiudizi che ciascuno di noi, più o meno coscientemente, traduce nella vita professionale, ecc., tutti elementi che determinano soluzioni più umane, se vogliamo, nel bene e nel male, cui la macchina non può arrivare, almeno fino ad oggi.

L'esperienza scientifica statunitense è molto più avanzata nell'ambito dell'intelligenza artificiale applicata alle decisioni giuridiche rispetto alla nostra, ma sul punto ci soffermeremo più in avanti.

Le applicazioni informatico-giuridiche sotto il profilo funzionale sono articolate oggi in diversi settori:

- per organizzare la documentazione al fine di consentirne il recupero;
- per la gestione dei flussi documentali in ambito pubblico, nel processo giurisdizionale, nel rapporto pubblico-privato;
- per fornire l'aiuto alla decisione del giudice, per la consulenza agli operatori del diritto.

Dai modelli teorici (scienza pura) si sviluppano gli applicativi (scienza applicata) per eseguire le operazioni necessarie a perseguire gli scopi, per semplificare un'attività, per renderla più efficace.

La componente dell'intelligenza artificiale sta penetrando in ciascuno di essi per rendere più performanti procedimenti e risultati.

2) Informatica oggetto del Diritto, cioè Informatica come oggetto della riflessione giuridica; come le tecnologie informatiche vengono trattate NEL Diritto.

In questo caso, lo strumento informatico costituisce il mezzo attraverso cui viene svolta un'attività che deve essere regolata dal Diritto o è destinatario di un'attività che deve essere regolata dal Diritto. Ciò, si badi, impone ai giuristi non necessariamente riflessioni del tutto originali ed innovative rispetto ai già noti istituti giuridici generali ed universali con cui normalmente ci si confronta.

Il Diritto è una scienza tipicamente classificatoria e procedurale, lo si accennava poc'anzi, cioè mette ordine nella società attraverso classificazioni, definizioni e nature giuridiche per poi attribuire a queste classi conseguenze o trattamenti specifici, al fine di raggiungere un equilibrio nelle posizioni soggettive e quindi nel regolare svolgimento della vita sociale. Un esempio, a chiarimento, può essere rappresentato dal diritto di proprietà: la proprietà è il diritto che, più di ogni altro, assicura ad un soggetto il godimento pieno ed esclusivo di un bene. Tutti sono tenuti ad osservare questo precetto. Se dunque sono proprietario di un bene ho la certezza che nessun altro possa godere di quel bene – del quale ho il dominio assoluto – senza il mio consenso. La proprietà è, per questo motivo, un diritto reale e assoluto che ha caratteristiche proprie ed ha anche tutte le caratteristiche generali comuni agli altri diritti reali e assoluti. Diversamente, il contratto spiega i suoi effetti soltanto nei confronti dei soggetti (le parti) che lo hanno stipulato e, pertanto, appartiene ai diritti relativi e di obbligazione ed ha caratteristiche proprie e, anche in questo caso, ha tutte le caratteristiche generali comuni agli altri diritti relativi e di obbligazione. L'inquadramento di un fenomeno a rilevanza giuridica, quindi, ne determina la natura ed il trattamento relativo.

L'insieme dei problemi giuridici sollevati dalla diffusione delle attività svolte mediante i calcolatori e con gli strumenti ad essi connessi ha imposto riflessioni ed accorgimenti nell'impianto delle norme per allargare gli schemi esistenti e, quindi, regolamentare le nuove situazioni create.

Quest'ambito comprende le vicende giuridiche dei nomi a dominio, dei crimini informatici, dei contratti telematici (luogo, data, validità), della tutela del software e delle banche dati, del commercio elettronico, del trattamento dei dati personali, ecc.

Si tenga presente che in questa seconda tipologia di interazione tra Informatica e Diritto (Diritto dell'Informatica) non ci si trova dinanzi ad una scienza nuova (come visto sopra, invece, per l'Informatica giuridica), ma a nuovi inquadramenti in classi già esistenti (marchi e brevetti, reati, contratti e comunicazioni a distanza, validità della sottoscrizione, tutela del diritto d'autore, tutela della riservatezza, ecc.).

SEZIONE I

ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO E FONTI DEL DIRITTO

Prima di entrare nel vivo della materia, in questa sezione si dà conto di come è impostato lo Stato, sotto il profilo giuridico, per affrontare, dalla seconda sezione in poi, i temi più specifici dell'insegnamento.

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

Le norme giuridiche destinate ai consociati, insieme a quelle istituzionali ed organizzative dello Stato, ordinate sistematicamente, costituiscono l'ordinamento giuridico.

La prima domanda che bisogna porsi è: perché in Italia, così come in ogni altro Stato, esiste un ordinamento giuridico? Perché cioè un insieme di individui o, per meglio dire, una collettività sente il bisogno di darsi delle regole? Ogni collettività o società per mantenere l'ordine al suo interno, per soddisfare i propri bisogni, per perseguire i fini cui tende, per regolare i rapporti interpersonali e con le altre società deve predisporre e far rispettare un ordinamento giuridico. Un insieme di individui senza regole sarebbe un'orda in preda agli istinti (storicamente, prima il commediografo Plauto e poi il filosofo Hobbes individuano nell'espressione *homo homini lupus* la natura egoistica dell'uomo). Anche al popolo romano, già due millenni or sono, era chiara la stretta correlazione tra società e regole (sintetizzata nel brocardo latino *ubi societas ibi ius*); non c'è nessun gruppo di persone che non rispetti certe regole, siano esse scritte o tramandate oralmente di generazione in generazione. Tutti gli Stati hanno un ordinamento giuridico, più o meno evoluto, più o meno laico, più o meno democratico.

Il diritto, dunque, trova la sua prima origine nella necessità dell'uomo di associarsi ad altri uomini per tutelare certi valori (si pensi alla libertà, alla solidarietà, all'uguaglianza) e per perseguire certi interessi (si pensi al progresso economico, alla crescita culturale, alla tutela della salute, al godimento e alla salvaguardia dei beni materiali e immateriali di ciascun individuo o appartenenti all'intera collettività, come il patrimonio, l'opera intellettuale, l'ambiente, le risorse del sottosuolo, ecc.). Gli obiettivi intorno ai quali una società si è formata possono essere realizzati soltanto attraverso la cooperazione della collettività.

L'ordinamento giuridico, tuttavia, svolge anche una funzione aggregatrice. Se un popolo ha come punto di riferimento un insieme di regole, cioè si riconosce in quell'insieme di regole, più naturalmente resterà unito; un riscontro di quanto appena affermato lo troviamo nella nostra storia: l'Impero Romano riuscì a tenere insieme e a controllare popoli molto diversi tra loro. La gente romana, durante la massima espansione del suo dominio, era costituita da etnie che per tradizione, cultura e religione erano assai distanti dai cittadini che abitavano a Roma. L'unione, dunque, non derivò soltanto dalla forza militare esercitata; piuttosto, si rivelò determinante l'ordinamento giuridico, assai evoluto per quei tempi, che permise al popolo dei sette colli di estendersi e di governare su tutto il mondo allora conosciuto. Gli individui si conformarono a quell'insieme di regole, le condivisero, si sentirono rassicurati dal sistema (regole condivise garantiscono la pacifica convivenza).

Una doppia funzione è riconosciuta, pertanto, all'ordinamento giuridico: di sviluppo e di unione della collettività.

Le norme dell'ordinamento non disciplinano qualunque aspetto dell'agire umano; ad esempio, non sono previste modalità specifiche per godere di un proprio bene, così come è consentita la massima libertà all'iniziativa economica privata. Una disciplina dettagliata, e perciò limitante, di tali aspetti della vita privata e sociale finirebbe per restringere eccessivamente la personalità, la libertà e il normale svolgimento delle attività dell'uomo.

Vi sono comportamenti e azioni, quindi, che non trovano alcun riscontro nell'ordinamento giuridico perché non sono ritenuti determinanti per la tutela dei valori e per il perseguimento degli

interessi che lo Stato considera preminenti (si pensi, ancora ad esempio, alla libertà assoluta di tenere – o di non tenere – animali domestici o alla totale assenza di precetti sul modo di vestire¹ o di prendersi cura del proprio corpo e della propria mente).

Con riferimento ai singoli individui, l'ordinamento giuridico tipicamente disciplina le attività quando il libero agire può entrare in collisione con il libero agire di altri soggetti o minaccia beni della collettività. Il diritto vieta, solo per fare un paio di esempi, al proprietario di un immobile di lasciarlo cadere a pezzi se l'incuria può causare danni alle persone o alle cose oppure impedisce il sorgere di una centrale elettrica nei pressi di un centro urbano, così come vieta di inquinare le acque pubbliche. Nei casi di violazione delle norme giuridiche, ciascun cittadino potrà rivolgersi direttamente, o nella maggior parte dei casi tramite i tecnici del diritto (avvocati), ad un giudice dello Stato, ora per imporre al proprietario adeguati interventi di manutenzione dell'immobile pericolante, ora per impedire la costruzione della centrale elettrica accanto a centri abitati, ora per punire colui che ha inquinato le acque pubbliche, per tornare agli esempi proposti.

Si può affermare, dunque, che le norme poste in essere dallo Stato prevedono una serie di regole laddove vi siano aspetti che coinvolgono, in qualche misura, beni altrui o della collettività.

Anche il diritto di proprietà che, come anticipato sopra, ha per contenuto la più ampia facoltà di godere e di disporre di un bene in modo pieno ed esclusivo, pur riconoscendo il massimo grado di libertà al titolare, deve essere esercitato entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi previsti dall'ordinamento giuridico. Ciò significa che il suo esercizio non deve limitare o danneggiare diritti altrui o della collettività (il proprietario di una campagna deve tenere a bada le sterpaglie per evitare che un eventuale incendio possa recare danno ai vicini oltre che a sé stesso).

L'Italia, come molti altri paesi moderni, è uno 'Stato di diritto', cioè non solo possiede un corpo normativo che regola la sua organizzazione complessiva e la vita sociale dei suoi consociati, ma soggiace alle stesse regole – di organizzazione politica e sociale – che ha emanato. Questo potrebbe sembrare un'ovvietà, ma storicamente non è stato così e, ancora oggi, in alcuni contesti geografici non è così; si pensi alle dittature, ai dominati, ad alcune monarchie, agli stati militari in cui il principe o il dittatore, o un gruppo ristretto di individui, orienta costantemente le norme in una sola direzione e le trasgredisce deliberatamente per soddisfare interessi personali o di una cerchia definita di privilegiati, a discapito del popolo, senza incorrere in alcuna sanzione.

Se è vero che le norme giuridiche si distinguono dalle altre norme sociali (moralì, religiose, di costume, di correttezza, economiche) in quanto determinano gli interessi per il cui soddisfacimento il gruppo si è costituito e le azioni per il raggiungimento degli obiettivi comuni è da ritenere che le regole fondamentali di un popolo e, prima ancora, le ragioni dell'intero tessuto normativo di una collettività preesistono alle norme giuridiche. Esiste, infatti, per convinzione della maggior parte degli studiosi, un diritto naturale primordiale, originale e distinto rispetto al diritto positivo, ossia rispetto alle norme dettate dall'uomo. Esiste un modo di essere condiviso da noi umani che preesiste all'ordinamento giuridico. Non è un concetto di immediata comprensione, ma con una esemplificazione esso potrà apparire più chiaro: se lo Stato ci imponesse di comportarci contro natura, alimentando l'autolesionismo o la lotta fratricida o il regresso del genere umano, ognuno di noi si troverebbe in una condizione di disagio costante; ogni uomo, in un contesto di tal genere, sarebbe portato naturalmente, e in continuazione, a trasgredire le norme. L'integrità fisica e morale della persona, l'unione della coppia, la perpetuazione del genere umano attraverso la procreazione e l'allevamento della prole, la solidarietà e il progresso sono, in effetti, alcune tra le norme di diritto naturale, fondamentali, che esprimono i valori e gli interessi intorno ai quali i gruppi sociali si sono costituiti e credono. Il diritto naturale, proprio della natura dell'uomo, si ritrova formalizzato negli ordinamenti giuridici di tutti gli stati.

¹ Dettando norme sull'abbigliamento, ad esempio, alcuni Stati (si pensi agli Stati islamici) manifestano le loro posizioni e controllano le masse con riferimento alla modernità, al colonialismo, all'occidentalizzazione, alla tradizione, alla religione, alla globalizzazione, ecc.

Le norme giuridiche, quindi, danno sostanzialmente vita al diritto naturale che, tuttavia, non è statico, ma evolve con la società. Oggi, ad esempio, nei paesi evoluti ci si dedica, più che in passato, alla tutela dell'ambiente e delle risorse naturali o al benessere psicofisico della persona o alla cura degli animali.

A proposito di evoluzione del diritto che va di pari passo rispetto all'evoluzione della società, ritroviamo all'interno del nostro ordinamento giuridico alcune previsioni normative che contengono espressioni quali: 'cura del buon padre di famiglia', 'buona fede', 'giudizio di equità', 'comune senso del pudore'. Sebbene siano espressioni che riconducano a concetti vaghi, ciascuno di noi, in ogni specifica circostanza (contestualizzando l'espressione), ne avrà chiari il significato e la portata. Questo tipo di norme, quindi, esprime concetti non già immutabili, bensì elastici e dinamici, vale a dire adattabili alle circostanze specifiche e mutevoli rispetto al contesto storico sulla base di una cultura sociale condivisa. Tecnicamente si tratta di valvole, o frizioni, che l'ordinamento giuridico mantiene al suo interno per rimanere attuale e, se vogliamo, 'umano'.

Il sistema giuridico, dunque, assicura e rinforza la salvaguardia e la tutela di quei valori e di quegli interessi sui quali la collettività si fonda. Ma, al contempo, si adegua e regola l'evoluzione degli interessi della collettività. Se, ad esempio, in passato non rappresentava un valore giuridicamente rilevante preservare la riservatezza dei dati personali, dalla carta stampata in poi si è iniziato a riflettere sulle conseguenze giuridiche connesse alla diffusione di quei dati senza il controllo del soggetto interessato.

La linea di confine tra le norme sociali, religiose, di costume, di igiene, etiche e le norme giuridiche è netta; solo queste ultime determinano e specificano i valori e gli interessi fondamentali per la cui tutela e per il cui soddisfacimento lo Stato si è costituito.

Lo Stato italiano è laico, ciò significa che non abbraccia alcuna specifica confessione religiosa, lasciando ai consociati la massima libertà di pensiero religioso. Se quindi, ad esempio, un individuo omette di santificare le feste oppure non onora il padre e la madre – norme fondamentali per i cattolici – non incorrerà in alcuna violazione dell'ordinamento giuridico. In altri casi, invece, le norme giuridiche e le norme religiose coincidono, come nel caso in cui si incide su uno di quei valori che lo Stato tutela. "Non uccidere", ad esempio, è un comandamento appartenente alla religione cattolica che nel nostro ordinamento è ripreso in una norma giuridica di carattere penale. Diversamente, ad appena un meridiano dall'Italia, vi sono Stati in cui l'ordinamento religioso e quello giuridico coincidono in tutto e per tutto, così, ad esempio, se una donna in certi Stati scopre i piedi in pubblico o si mostra in pubblico senza un determinato copricapo è soggetta ad una sanzione giuridica.

Il concetto ora espresso può essere allargato richiamando, tra le norme di economia, la regola di vendere un prodotto al prezzo di mercato; così se un commerciante viola tale regola non incorre in una sanzione giuridica, bensì soltanto in una probabile mancata vendita del suo prodotto; se, però, il commerciante non tiene ordinatamente i libri contabili della sua azienda sarà suscettibile di una sanzione giuridica perché, alterando la veridicità della situazione economica dell'impresa, potrebbe creare nocimento agli eventuali creditori della stessa. Analogamente, richiamando norme di igiene, un conto è lasciare la propria casa sporca e impolverata, altro conto è lasciare sporca e impolverata la cucina di un ristorante. Nel primo caso, non si avranno sanzioni ordinamentali; nel secondo caso, si attiverà l'ordinamento giuridico a tutela della salute dei fruitori di quel ristorante, irrogando sanzioni e, nei casi più estremi, sospendendo o ritirando la licenza al titolare.

Se, dunque, si incide su un aspetto che non minaccia i valori fondamentali in cui lo Stato crede il diritto non prevede regole specifiche, se, di converso, uno di questi valori viene lambito da un'attività dell'uomo allora vi sarà una norma giuridica volta a regolare la condotta.

Quindi, se immaginassimo le norme dell'ordinamento giuridico come i punti di una linea e le altre regole sociali, religiose, economiche, etiche, ecc. altrettanti punti delle rispettive linee, avremmo un certo numero di coincidenze tra le linee ma che comunque rimangono distinte.

Tutte le norme giuridiche presentano determinati caratteri che le distinguono da qualsiasi altra norma sociale, economica, religiosa, etica, di comportamento, di costume. A) La norma giuridica è 'positiva', nel senso che è posta nell'ordinamento giuridico per enunciare un interesse effettivamente vivente nella comunità e predispone gli strumenti (organi e procedure) necessari per il soddisfacimento e la tutela di quell'interesse; B) la norma giuridica è 'coattiva', nel senso che qualora l'interesse della comunità richieda una puntuale osservanza della norma violata, l'ordinamento appresta gli strumenti (eventualmente infliggendo delle sanzioni) affinché il precetto normativo sia eseguito, anche contro la volontà del destinatario del precetto; C) il carattere dell' 'esteriorità' determina che la norma giuridica deve disciplinare la vita di relazione e ne deve organizzare i modi di svolgimento. Non si tiene conto, pertanto, degli intimi pensieri degli individui; D) la norma giuridica è 'generale' ossia regola categorie di fatti o di comportamenti senza far riferimento a situazioni o soggetti determinati; E) la norma giuridica, infine, è 'astratta' – caratteristica strettamente legata alla generalità – vale a dire che ogni norma è il frutto di un procedimento di tipizzazione con cui sono individuati i caratteri comuni e ricorrenti di una serie di situazioni che ha come protagonisti i membri della collettività organizzata.

LE FONTI DEL DIRITTO

Compresa, per sommi capi, l'utilità delle norme giuridiche, ne analizzeremo adesso la genesi. Il diritto concretamente prende forma negli atti e nei fatti idonei a porre le regole di uno Stato. Ci sono quindi atti e fatti che producono norme volte a regolare i rapporti tra le persone e a regolare la vita dello Stato, visto come entità che sta al di sopra dei privati. Lo Stato, attraverso l'impianto normativo e con la cooperazione di tutti i suoi consociati, persegue gli interessi e tutela i valori che ritiene fondamentali per la sua esistenza e per il suo sviluppo.

La fonte è uno strumento tecnico di cui lo Stato si serve per produrre il sistema normativo, ossia l'insieme delle regole. La metafora, utilizzata tradizionalmente dai giuristi, sta ad indicare appunto il luogo da dove scaturisce il diritto in senso lato.

Le fonti del diritto sono gli atti o i fatti considerati dall'ordinamento giuridico idonei a creare, modificare o estinguere le norme giuridiche.

La fonte di produzione del diritto in Italia, anche se non è l'unica, è il Parlamento, formato dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica. È l'organo dello Stato a cui è stata attribuita dalla Costituzione la funzione legislativa, ovvero la predisposizione dell'apparato normativo. Il Parlamento è dunque preposto alla creazione, alla modificazione e all'abrogazione delle norme giuridiche, rispettivamente allorché vi sia l'esigenza di regolare *ex novo* un certo rapporto, allorché sia necessario apportare cambiamenti e, infine, allorché l'interesse o il valore tutelato non sia più tale da giustificare l'esistenza di una norma giuridica.

Le fonti atti sono costituite da manifestazioni di volontà espresse da un organo dello Stato o altro ente legittimato e trovano la loro formulazione in un testo normativo scritto. Le fonti fatti sono, invece, quei comportamenti oggettivi della collettività che si ripetono nel tempo nella convinzione diffusa che quel comportamento sia giuridicamente obbligatorio; sono le cosiddette fonti non scritte, ossia gli usi o le consuetudini.

Alla domanda: perché vi è la necessità o, per meglio dire, l'opportunità di prevedere nell'ordinamento giuridico anche delle fonti non scritte? Si può rispondere che, in certi casi, non esistendo una specifica norma scritta, la consuetudine colma il vuoto, ossia prevede un comportamento noto, puntuale e conforme all'ordinamento giuridico. In mancanza di una disposizione scritta, l'ordinamento si integra con previsioni scaturenti da comportamenti costanti e ripetuti nel tempo (*diuturnitas*) che, sebbene non siano dettati da alcuna norma scritta, si ritiene comunemente che rispondano ad un dettato normativo (*opinio iuris ac necessitatis*).

Data la molteplicità delle fonti di produzione del diritto – organi statali, periferici, sovranazionali – è necessario prevedere quale regola debba prevalere nei casi, tutt'altro che

infrequenti, in cui due o più disposizioni su uno stesso oggetto, a volte anche dettate da organi diversi, si sovrappongano. Per questa ragione è prevista una vera e propria ‘Gerarchia di fonti’.

In via del tutto orientativa, il gradino più alto, nell’ordinamento italiano, è assegnato alla «Costituzione della Repubblica italiana» e alle «Leggi costituzionali». La Carta costituzionale, come spesso viene definita dai giuristi, è entrata in vigore nel 1948 ed è stata predisposta dall’Assemblea costituente, tra il 1946 e il 1947, a seguito del mandato conferitole dal popolo italiano tramite il referendum popolare con cui si scelse la forma repubblicana in luogo della monarchia regnante fino a quel momento. Essa contiene 139 articoli nei quali sono enunciati i principi fondamentali dello Stato, l’organizzazione dei suoi organi ed il suo programma, ossia gli obiettivi e le finalità che la nostra nazione intende perseguire. Le «Leggi costituzionali» hanno analogo contenuto e godono dello stesso rango primario assegnato alla Costituzione.

Al di sotto della Costituzione sono collocate le «Norme comunitarie e di diritto internazionale». L’Italia, è parte dell’Unione europea e della comunità internazionale, il cui interesse va al di là dei singoli territori nazionali e, insieme agli altri paesi, pone norme per la salvaguardia di tutti gli interessi comuni che non possono ricevere adeguata tutela con l’azione di un singolo Stato, come la salute, l’ambiente, il commercio delle materie prime, il diritto d’autore, lo sfruttamento del mare, dello spazio aereo e del sottosuolo al di fuori dei confini degli stati, ecc. Tali regole, che provengono da organi sovranazionali, per quanto autorevoli, non possono andare in contrasto con le norme costituzionali.

Al terzo posto troviamo le «Leggi ordinarie dello Stato», ossia il corpo di norme provenienti dal Parlamento italiano. Dall’iniziativa legislativa, passando per l’approvazione di ciascuna Camera, fino alla promulgazione da parte del Capo dello Stato si compie l’iter che pone ogni nuova norma nell’ordinamento giuridico. Ciascuna legge si identifica con il numero progressivo, la data ed il titolo (ad es., Legge n. 241 del 7 agosto 1990 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”). Per semplificare, in alcuni casi e in via informale, la legge prende il nome del soggetto proponente o della materia regolata (c.d. ‘denominazione corrente’, ad esempio, Legge Bassanini, Legge Merlin, Legge Pinto, Legge sulla Privacy, Legge sul Biotestamento, ecc.).

La funzione legislativa non è un’esclusiva del Parlamento; ci sono casi, disciplinati dalla Costituzione, in cui è demandata al Governo, ossia all’organo esecutivo, l’attività di legiferare. Sono due le ipotesi che danno vita agli atti aventi forza di Legge emanati dal Governo: in un primo caso, quando vi sono situazioni di particolare necessità ed urgenza, nel quale la regola deve essere emanata con immediatezza, non potendosi attendere che si compia il normale iter legislativo innanzi al Parlamento. In situazioni di questo tipo, la norma predisposta dal Governo prende il nome di «Decreto-Legge (D.L.)», e la sua efficacia è immediata, ma il Decreto deve essere convertito in Legge dal Parlamento entro sessanta giorni dall’emanazione, pena la perdita dei suoi effetti *ex tunc*, cioè con effetto retroattivo. Nel secondo caso, il Governo, in virtù delle sue specializzazioni tecniche, emana norme giuridiche avendo ricevuto una specifica delega da parte del Parlamento. L’atto che concede la delega si chiama ‘Legge delegante’ – ed è predisposto dal Parlamento –, l’atto, invece, che soddisfa la delega prende il nome di «Legge delegata o Decreto legislativo (D.Lgs.)» – ed è predisposto, appunto, dall’esecutivo –. In tale caso, nel predisporre il testo della norma il Governo deve attenersi ai criteri direttivi enunciati dal Parlamento in ordine all’oggetto e al termine entro cui adempiere. Come si evince, dunque, il Parlamento mantiene comunque il controllo della norma emanata dal Governo: nel caso del Decreto Legge *ex post*, nel caso del Decreto legislativo *ex ante*.

Come fonti normative di grado secondario vi sono poi i «Regolamenti», emanati anch’essi dal potere esecutivo, che formalmente sono atti di natura amministrativa, ma che sostanzialmente innovano l’ordinamento giuridico. Essi possono assumere la forma del «Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM)», del «Decreto Ministeriale (DM)» o del «Decreto del Presidente della Repubblica (DPR)».

Le norme predisposte dalle Regioni non sono tutte di rango subordinato rispetto a quelle predisposte dagli organi centrali dello Stato; hanno, infatti, valore di Legge ordinaria quelle norme regionali che regolano le materie che l'art. 117 della Costituzione non riserva al Parlamento, ovviamente, con efficacia limitata al solo territorio regionale. Nei restanti casi le «Leggi ed i Regolamenti regionali», insieme ai provvedimenti normativi provinciali e comunali, ricoprono il penultimo posto nella gerarchia delle fonti.

In fondo alla scala gerarchica troviamo gli «Usi» o le «Consuetudini»; si tratta, come accennato sopra, di una fonte non scritta e consiste nella pratica uniforme e costante di dati comportamenti, accompagnata dalla convinzione che quei comportamenti siano giuridicamente obbligatori. Nelle materie non regolate da norme ed in quelle dove sono espressamente richiamati, gli Usi hanno piena efficacia normativa. Va ribadito, a scanso di equivoci, che non sono ammessi Usi che vadano contro il dettato di una norma. Un primo esempio può essere rinvenuto nel diritto costituzionale: il Presidente della Repubblica, prima di conferire l'incarico di formare il nuovo Governo, effettua le consultazioni con i rappresentanti dei partiti politici che hanno ottenuto maggiori voti alle elezioni. Tale norma non è scritta da nessuna parte, ma fa parte dell'ordinamento giuridico. Alcuni richiami alle Consuetudini possono essere espressi nel dettato di una norma, come nel caso dell'art. 2099 del codice civile che stabilisce le regole da applicare in materia di retribuzione del lavoro subordinato. Esso prevede che «la retribuzione del prestatore di lavoro deve essere corrisposta nella misura determinata dai contratti collettivi, con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito». In questo modo si stabilisce che la misura della retribuzione deve essere quella prevista nel contratto collettivo, ma le modalità e i termini di pagamento dipendono dagli usi in vigore nel luogo dove viene svolto il lavoro. Ancora, si può citare il caso dell'art. 1574 c.c., il quale prevede espressamente: «Quando le parti non hanno determinato la durata della locazione, questa si intende convenuta ... per la durata di un anno, salvi gli usi locali». Ed ancora, se in una determinata branca del commercio ed in un determinato luogo è Uso consegnare la merce al domicilio dell'acquirente, tale Uso sarà obbligatorio per quella categoria di imprenditori e riguarderà quella piazza; ove le parti, dunque, nel disciplinare il contratto di vendita, facciano riferimento agli Usi per quanto non espressamente indicato nell'accordo, questi integreranno il contratto e saranno obbligatori.

La desuetudine, ossia l'inosservanza di un precetto normativo continuata nel tempo, di contro, non svuota di efficacia un precetto vigente (ad esempio, il mancato utilizzo del casco o delle cinture di sicurezza – che nelle zone degradate dei centri urbani è praticata in maniera diffusa ed è causa di gravissimi danni alle persone – non fa venir meno l'obbligo giuridico di indossarlo sui mezzi a due ruote o di allacciarle quando si è in marcia sulle autovetture).

I POTERI DELLO STATO

Lo Stato italiano, come potere sovrano, ripartisce le funzioni ai suoi organi interni. Pur rimanendo unico nella sua essenza, al fine di garantire un esercizio controllato e non arbitrario del potere, lo Stato è organizzato secondo il principio della 'separazione dei poteri', teorizzato nel '700 da Locke e Montesquieu. Il potere di predisporre il tessuto normativo spetta al Parlamento – Potere legislativo –, quello di mettere in pratica i precetti spetta al Governo – potere esecutivo –, quello di far rispettare le norme, accertando ed eventualmente sanzionando le trasgressioni, appartiene ai giudici – potere giudiziario –.

Per un miglior coordinamento tra i vari poteri sono previste le c.d. 'interferenze funzionali', ossia degli spostamenti di competenza che armonizzano l'esercizio delle funzioni statali, come si è visto nel caso dei Decreti per legiferare.

IL DIRITTO PUBBLICO E IL DIRITTO PRIVATO

Tutto il diritto è strutturato in classi e sottoclassi, in istituti e categorie che determinano la natura giuridica di ogni situazione, secondo una impostazione classica derivante dal diritto romano

giustiniano. Le classificazioni principali tengono conto di due grandi aree giuridiche: da un lato, il diritto pubblico che, in via del tutto esemplificativa, fissa i diritti fondamentali degli italiani, disciplina l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici [diritto costituzionale], ne regola l'azione [diritto amministrativo], regola la finanza pubblica (diritto tributario) e prevede le condotte lesive (reati) dei valori essenziali che ne minacciano l'integrità e il relativo regime sanzionatorio [diritto penale]; dall'altro, il diritto privato. Il diritto privato, sempre semplificando, si occupa di disciplinare i rapporti tra privati, come ad esempio, la famiglia e le successioni, i diritti assoluti e i diritti relativi [diritto civile]; sono esempi di diritti assoluti i diritti reali quali la proprietà, la comunione, l'usufrutto, la servitù, il possesso; sono esempi di diritti relativi i diritti di obbligazione quali i contratti, i rapporti di lavoro, ecc.; tra i diritti reali vi sono anche i diritti reali di garanzia (il pegno e l'ipoteca) e tra i diritti relativi i diritti personali di garanzia (la fideiussione). Come s'intuisce, le categorie giuridiche scalano progressivamente, individuando e specificando, con un profondo grado di dettaglio, ogni situazione o istituto giuridico.

Il diritto privato, in sostanza, regola i rapporti tra i privati in condizioni di parità e di autonomia o di libera determinazione.

Il diritto penale, quale branca del diritto pubblico, è da intendersi come *extrema ratio* dell'ordinamento per assicurare il rispetto delle regole poste a tutela degli interessi di particolare rilevanza; esso prevede le fattispecie di reato ed indica gli strumenti coercitivi, quali la privazione della libertà ed il sacrificio patrimoniale, influenzando pesantemente sulla dignità dell'uomo, al fine di salvaguardare i beni essenziali e la pacifica convivenza dei consociati. I valori a cui l'ordinamento assegna una rilevanza assoluta sono principalmente la vita, la salute, il patrimonio, la riservatezza, l'ordine pubblico. Ove il giudice accerti la violazione di un precetto penale, infliggerà una pena nei confronti di colui che sarà giudicato responsabile dell'accaduto. È bene tener presente che, per l'ordinamento giuridico, l'imputato, cioè colui che è accusato di aver commesso un reato, è considerato innocente per tutta la durata del processo innanzi al giudice fino alla pronuncia della sentenza definitiva che può essere di condanna (con l'irrogazione di una pena) o di assoluzione.

Il diritto amministrativo, infine, costituisce un *corpus* normativo speciale o derogatorio rispetto al diritto comune (privato). Si applica nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e, in determinati casi, tra queste ed i privati. Le questioni di diritto amministrativo sono di competenza di un giudice apposito, diverso da quello ordinario (vedi *infra*). Per esemplificare, il diritto amministrativo regola le attività degli organi dello Stato, come la formazione e la validità degli atti pubblici, regola il pubblico impiego, detta la disciplina dei beni comuni, come il demanio e gli altri beni pubblici, le acque, le miniere, le cave. Nei rapporti con i privati, come si accennava poco sopra, lo Stato può assumere una posizione di supremazia perché lo scopo perseguito da quest'ultimo ha carattere di preminenza rispetto agli interessi dei singoli, pur sempre degni di tutela giuridica, ma che in questi casi vengono sacrificati. Si pensi all'espropriazione per pubblica utilità, alle decisioni relative al piano regolatore, alle concessioni edilizie, alle licenze commerciali, alla materia del pubblico impiego, al demanio, alla gestione delle acque, ecc. In questi casi, i rapporti e le controversie saranno disciplinati dal diritto amministrativo. La pubblica amministrazione adotta procedure regolate dal diritto amministrativo (appalto, concorso) per individuare il soggetto con il quale contrarre. Negli altri casi, quelli nei quali non v'è una ragione per cui prevalga il pubblico interesse, i rapporti tra gli organi dello Stato ed i privati sono regolati dal diritto privato – si pensi alla contrattazione privata tra un ente pubblico ed un privato per la locazione di un immobile.

GIUDICI E CONTROVERSIE

Attraverso la magistratura, lo Stato esercita l'attività giurisdizionale, volta alla imparziale attuazione della legge. Lo Stato detta le norme per regolare la società e provvede all'amministrazione della giustizia tramite la pronuncia di provvedimenti (sentenze, ordinanze, decreti) volti a ristabilire l'ordine, ove si accerti che sia stato trasgredito un precetto. L'osservanza delle leggi è un dovere per tutti i consociati ma, nei casi in cui un soggetto (persona fisica o persona

giuridica, ente o associazione) violi un precetto oppure un diritto sia controverso o conteso tra due o più parti, lo Stato provvede all'accertamento della verità – attraverso il procedimento giurisdizionale – e all'emanazione di una decisione (una regola specifica, frutto dell'applicazione delle norme da parte del giudice, volta a riconoscere al legittimo titolare il suo pieno diritto, la soddisfazione processuale e ad irrogare eventualmente una sanzione nei confronti di colui che ha violato l'ordinamento giuridico. L'accertamento dell'accaduto (e l'assegnazione, o la riassegnazione, del diritto) è effettuato, appunto, dalla magistratura alla quale è affidato il potere giudiziario.

Lo Stato conosce tre gradi di giudizio: per giungere alla “verità giuridica” incontrovertibile², i giudici seguono una serie di norme procedurali che permette di rendere giustizia, in senso giuridico. I passaggi da una fase del giudizio all'altra sono dettati rigidamente dalle norme che consentono alle parti in causa di produrre atti e prove volti a dimostrare le ragioni rispettivamente sostenute. Il primo grado e l'impugnazione (o secondo grado o giudizio d'appello) sono detti ‘di merito’ e consentono al giudice di conoscere la questione di fatto portata alla sua attenzione; un terzo grado, detto ‘di legittimità’, è riservato alla Suprema Corte di Cassazione con sede a Roma ed è diretto soltanto alla valutazione della conformità del procedimento alle norme sostanziali e processuali.

Il Giudice di Pace, il Tribunale, la Corte d'Appello, la Corte d'Assise e la Corte d'Assise d'Appello sono i giudici competenti a conoscere le cause di diritto civile e di diritto penale. Alcuni giudici decidono le questioni individualmente (giudici monocratici), altri giudici sono composti da più magistrati (giudici collegiali), secondo un sistema di competenze per materia e per valore puntualmente disciplinato dai codici di procedura civile e di procedura penale.

I Tribunali Amministrativi Regionali ed il Consiglio di Stato sono rispettivamente i giudici di primo e di secondo grado per tutte le questioni di diritto amministrativo.

La Corte Costituzionale è un giudice superiore che ha, tra gli altri, il compito fondamentale di sindacare la legittimità di una norma nei confronti della Costituzione o di altra legge costituzionale, la quale, se in contrasto, viene dichiarata illegittima e cessa immediatamente la sua efficacia. La Consulta (come viene anche chiamata questa Corte) ha anche il delicato compito di dirimere i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato (si pensi al caso in cui una Regione legiferi in un settore che non gli compete o il Governo ecceda i limiti della delega nel caso dei Decreti legislativi).

La Corte dei Conti effettua il controllo sulla gestione del bilancio dello Stato, ed è competente a giudicare sui giudizi contabili dello Stato e degli altri enti pubblici o a partecipazione pubblica (controllo sulle finanze pubbliche).

Il Consiglio superiore della magistratura (CSM) è un organo previsto dalla Costituzione e presiede all'autogoverno della magistratura italiana ordinaria, cioè cura l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Analogamente, per i giudici amministrativi l'organo di autogoverno è il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

Il provvedimento conclusivo di un giudizio assume tipicamente la forma di ‘sentenza’, che deve essere motivata e rispettata dalle parti in causa (tecnicamente si dice che la sentenza ‘fa stato tra le parti’ e queste la devono osservare al pari di una norma di legge). Il mancato rispetto spontaneo del dispositivo contenuto nella sentenza innesca ulteriori meccanismi, approntati dallo Stato, per l'esecuzione coatta della stessa.

Data la complessità delle norme processuali ed il rigore delle stesse, i soggetti privati non possono stare in giudizio – salvo dinnanzi al Giudice di Pace – se non sono assistiti da un tecnico del diritto (avvocato difensore o procuratore legale) che rappresenta gli interessi di parte dinnanzi al giudice.

² Esistono vari tipi di verità: assoluta, oggettiva, storica, giuridica, religiosa, ecc. Per ogni accadimento si possono determinare differenti verità. La prospettiva dalla quale ci si pone cristallizza l'accaduto, cioè lo storico potrebbe aver scritto una sua verità diversa da quella che produce un tribunale o da quella divina.

Nel nostro ordinamento è previsto un modo alternativo per risolvere le questioni di diritto civile, chiamato 'Arbitrato'. Gli arbitri, o più frequentemente il collegio arbitrale, non sono soggetti al rispetto di particolari regole processuali, ma devono obbligatoriamente essere imparziali ed indipendenti (c.d. terzietà), devono sentire tutte le parti (principio del contraddittorio) e devono consentire loro di provare con ogni mezzo le ragioni che sostengono, salva la libera valutazione da parte degli arbitri dei risultati delle prove esperite. Il ricorso all'istituto dell'Arbitrato può essere dettato dalla specificità della causa, dal risparmio di tempo, dalla riservatezza, per evitare eccessive formalità, perché non è necessario nominare un procuratore e, quindi, anche per ragioni di economia. Il 'lodo' (dal latino *laudus* che significa 'ciò che piace', come se fosse un contratto tra le parti), ossia l'atto con cui gli arbitri decidono la questione, deve essere motivato (la *ratio decidendi* è un altro dei principi cardine del nostro diritto processuale) ed è impugnabile innanzi al giudice ordinario di secondo grado.

Nell'ambito del commercio elettronico (e non solo) si sta diffondendo un sistema di risoluzione delle controversie chiamato *Online Dispute Resolution* (ODR) o *Alternative Dispute Resolution* (ADR), per le questioni di B2B, B2C, C2C³. In ragione dell'extraterritorialità delle cause, alcune aziende internazionali svolgono servizi di questo tipo prevedendo centri di ascolto e collegi arbitrali, aventi come obiettivo la conciliazione delle parti in disaccordo, attraverso modalità del tutto analoghe a quanto previsto con l'istituto dell'Arbitrato. Per giungere ad un accordo tra le parti vengono utilizzati al meglio gli strumenti informatici e telematici come le *chat rooms*, le videoconferenze e lo scambio dei documenti avviene per via telematica in formato digitale.

Visti i modi ordinari e derogatori volti alla risoluzione delle controversie, occorre vedere qual è il valore del giudicato e delle sentenze in particolare.

È bene chiarire, prima di procedere, la differenza concettuale tra una disposizione normativa ed una sentenza. La prima ha efficacia vincolante nei confronti di tutti i consociati (efficacia *erga omnes*); la seconda, invece, è vincolante solo nei confronti dei soggetti che hanno preso parte al processo nel quale è stata pronunciata (efficacia *inter partes*).

Il 'precedente' giurisdizionale è una decisione già assunta da un giudice su un fatto analogo che un altro giudice è chiamato a conoscere. Il 'precedente' ha una diversa estensione (rilevanza) secondo il tipo di ordinamento giuridico nel quale viene pronunciato. Tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* vi è una profonda differenza metodologica. I primi, in particolare, propri dell'Europa continentale, si fondano sul diritto scritto, codificato, di tipo legislativo-statuale, dell'interpretazione assiomatica, in cui il ragionamento del giudice è di tipo deduttivo, ossia procede dall'universale – la norma giuridica – al particolare – la fattispecie concreta – (il c.d. sillogismo del giudice). In quest'ambito, il 'precedente' può soltanto orientare la decisione del giudice che, invece, è obbligato alla stretta osservanza delle leggi (principio di rango costituzionale: art. 102, 2° co. "I giudici sono soggetti soltanto alla legge"). Nei secondi, tipici del mondo anglosassone, le leggi sono scritte solo in minima parte, per il resto il diritto è di tipo casistico-giurisprudenziale, consuetudinario, giudiziario, dell'interpretazione topica e del *leading case*. In questi casi, il 'precedente' assume un'importanza fondamentale: il giudice è tenuto ad applicare il precetto espresso nel caso precedente analogo. Ovviamente, ciò comporta un diverso approccio al diritto. Nel primo caso, i principi giuridici sono espressi nelle norme, nel secondo, sono espressi prevalentemente nelle decisioni dei giudici. Inoltre, i paesi di *civil law*, raccogliendo tutti i principi giuridici nelle norme scritte assicurano ai cittadini una maggiore certezza del diritto, ma sono meno elastici rispetto alla regolamentazione di fenomeni nuovi o non previsti dalle norme. L'opposto avviene nei paesi di *common law*, i quali, a fronte di una minore certezza del diritto, sono molto rapidi nell'adattare l'ordinamento giuridico alle mutate situazioni non previste. Si pensi alle forme contrattuali più recenti (*leasing*, *franchising*, *bond*) o alla disciplina dei nuovi fenomeni informatici ('nomi a dominio', *copyright*, *computer crimes*) che appena sono apparsi nella prassi giuridica

³ Con queste sigle si intendono i rapporti *business to business*, *business to consumer* e *consumer to consumer*.

anglosassone sono stati prontamente inquadrati e regolati dai giudici. In linea di massima, quando una fattispecie non è disciplinata dall'ordinamento giuridico, nei paesi di *common law*, i giudici, nel risolvere le questioni portate alla loro conoscenza, creano una nuova regola di diritto che colma immediatamente la lacuna; invece, nei paesi di *civil law*, i giudici devono attendere la disciplina dettata dal legislatore per poi applicare la regola al caso concreto; nell'attesa i giudici, nei sistemi di *civil law*, cercano di adattare le regole degli istituti simili (c.d. analogia⁴) ai casi pendenti e la pronuncia che ne viene fuori rimane legata al singolo caso concreto esaminato in quel momento e non vincola i giudici che in seguito conosceranno altri casi simili. La Gran Bretagna, la Norvegia, gli Stati Uniti, l'Australia, il Sud Africa sono alcuni dei paesi i cui sistemi giuridici sono ispirati ai principi del *common law* (e che quindi mettono al centro dell'ordinamento la consuetudine e le decisioni giurisprudenziali), nel resto d'Europa ed in moltissimi altri paesi extraeuropei i sistemi giuridici si basano sui principi del *civil law* che traggono origine dal Diritto romano e che, attraverso il diritto comune medievale e di età moderna e le codificazioni ottocentesche, sono giunti fino a noi.

CHIARIMENTI TERMINOLOGICI

Vi sono, infine, da chiarire alcune espressioni tipiche del mondo giuridico.

'Legislazione', 'giurisprudenza' e 'dottrina', costituiscono i tre grandi segmenti della documentazione giuridica. In estrema sintesi, nel primo ambito rientrano l'insieme delle norme giuridiche, nel secondo l'insieme delle pronunce dei giudici, nell'ultimo i manuali, le monografie, le note, i commenti, i saggi e gli articoli, pubblicati dagli studiosi del diritto, volti all'interpretazione, alla critica delle norme o delle sentenze e all'individuazione delle peculiarità, delle lacune o delle incongruità del sistema giuridico.

L'interpretazione di una disposizione di legge o di un istituto giuridico è l'attività principe dei giuristi e, in particolar modo, dei giudici, degli avvocati e degli studiosi. Non sempre tale attività è semplice ed istantanea. Ogni norma di legge deve essere enunciata in un testo scritto che, per sua natura, può essere interpretato in diverso modo. Ciò che aiuta gli interpreti è la *ratio*⁵ che il legislatore sottende ad una determinata disposizione. Un esempio può chiarire meglio questo concetto: l'art. 2043 del codice civile prevede che "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". Ma questo "colui", oltre che ad una persona fisica, potrebbe anche essere riferito ad una persona giuridica (una società commerciale)? Se ci fermassimo alla interpretazione testuale e letterale, dovremmo concludere in senso negativo, perché la parola "colui" è un pronome che indica una persona lontana da chi parla e da chi ascolta ma, in ogni caso, una persona umana. Se, invece, consideriamo il contesto del codice civile in cui questa norma è posta arriviamo ad una conclusione diversa. L'art. 2043 è collocato, infatti, nella parte del codice civile che regola la cosiddetta responsabilità civile per i fatti illeciti. Quali sono le persone e, in modo più ampio, i soggetti di questa responsabilità, per il codice civile, ce lo chiarisce il libro I (Delle persone e della famiglia), suddiviso nel Titolo I (Delle persone fisiche) e nel Titolo II (Delle persone giuridiche). Quindi, le persone, nel caso di specie, sono sia le persone fisiche che le persone giuridiche. Sarebbe, d'altro canto, incongrua una norma che escluda le persone giuridiche dalla responsabilità per fatti illeciti. Così, se un calcinaccio, franando da un balcone di una banca, danneggiasse un'autovettura sottostante, la banca sarà tenuta a risarcire il danno al proprietario del veicolo, esattamente come avverrebbe se il calcinaccio franasse dal balcone di un privato cittadino.

Il diritto soggettivo è una situazione giuridica riconosciuta ad un soggetto al quale la norma assicura la possibilità di soddisfare un certo interesse economico o morale. Al diritto di un soggetto

⁴ L'analogia è una modalità di integrazione dell'ordinamento giuridico che può essere utilizzata solo in ambito civile.

⁵ La *ratio* o spirito di una norma è l'obiettivo che essa intende raggiungere, cioè l'interesse che lo Stato intende tutelare attraverso la disposizione dettata.

corrisponde il dovere giuridico di un altro soggetto di riconoscergli quella situazione di vantaggio. Un paio di esempi chiariranno meglio: ciascuno di noi ha il diritto di esprimere un'opinione e gli altri hanno il dovere giuridico di lasciarcelo fare (diritto di manifestare il proprio pensiero liberamente). Il venditore ha il diritto di ricevere il corrispettivo del bene venduto e il dovere di consegnare il bene all'acquirente. Quest'ultimo ha il diritto di ricevere il bene acquistato e il dovere di corrispondere il controvalore in denaro al venditore.

L'interesse legittimo può definirsi come un'aspettativa di un soggetto rispetto alla tutela di un interesse pubblico primario. Si tratta, a ben vedere, di una situazione giuridica soggettiva qualificata, differente dal diritto soggettivo, in quanto la norma che disciplina l'esercizio del potere pubblico (che consente di muoversi in un certo ambito di discrezionalità) prende in considerazione indirettamente l'interesse legittimo individuale che si concretizza con la tutela piena dell'interesse pubblico. Si pensi all'esempio di un concorso pubblico, quando la PA viola le disposizioni che regolano l'esercizio del potere (norme di azione) attribuendo un punteggio inferiore a quello che spetterebbe ad un concorrente che non viene quindi inserito nella graduatoria. Questo soggetto potrà ricorrere al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo dell'amministrazione. Dall'eliminazione dell'atto illegittimo (interesse primario alla correttezza e al buon andamento dell'azione amministrativa) consegue l'utilità che avrà il candidato una volta che, annullato l'atto illegittimo, verrà rivalutato correttamente e inserito nella graduatoria (interesse secondario). Altro esempio potrebbe essere quello di un soggetto che si oppone all'esproprio per pubblica utilità (per la costruzione di una scuola, di una strada, di un ospedale) perché la superficie del suo terreno è calcolata in eccesso dal progettista pubblico rispetto a quanto sarebbe sufficiente per la costruzione dell'opera pubblica.

La trattazione proseguirà con l'analisi dei principali strumenti di Informatica giuridica e, di seguito, con la disamina di alcuni degli aspetti più significativi di Diritto dell'Informatica.