

Contratto e impresa Europa

**Direttore Scientifico
Nadia Zorzi Galgano**

- **Caratteri e funzioni del diritto privato europeo**
- **Responsabilità sociale di impresa e violazione dei diritti fondamentali**
- **Mobilità sostenibile e trasporti intelligenti**
- **Obbligazioni e contratti**
 - Ancora su pandemia ed adeguamento del contratto
 - Servizi finanziari ed europeizzazione del diritto nazionale dei contratti
 - La nuova proposta di direttiva in tema di credito al consumo e rafforzamento della tutela dei consumatori
- **Impresa e società**
 - Bitcoin e piattaforme di scambio di valute digitali
 - Ambiente e aiuti di Stato nel settore dell'energia

n. 2 | 2021

Maggio/Agosto

Publicazione
quadrimestrale
ISSN 2785-0633

DIBATTITI

- GUIDO ALPA, *Tre casi paradigmatici di responsabilità sociale delle imprese per violazione di diritti fondamentali: Vedanta, Okpabi, Milieudefensie* pag. 257
- CARLO ALBERTO RAVAZZOLO, *La rincorsa dell'UE al diritto ambientale: gli aiuti di Stato dell'energia* » 267
- EUGENIO MARIA MASTROPAOLO, *Il bitcoin è un attivo digitale immateriale e cosa fungibile e consumabile: a proposito di una sentenza del Tribunal de Commerce de Nanterre (Tribunal de Commerce, 6e Chambre, Nanterre, 26 febbraio 2020, n. 2018F00466)* » 279

SAGGI

- GIORGIO RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nel diritto privato europeo?* » 301
- MADS ANDENAS-FEDERICO DELLA NEGRA, *The "Europeanisation" of national contract law in the financial services sector: A judge-driven modernization of national contract law* » 339
- ACHILLE ANTONIO CARRABBA-GELSOMINA SALITO, *Adeguamento del contratto tra principio del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus* » 375
- DANIELA DI SABATO, *Strumenti giuridici per l'attuazione della mobilità sostenibile* » 405
- FRANCESCA MOLLO, *I sistemi di trasporto intelligente tra sviluppo della robotica e tutela della persona* » 453
- GIULIA ROSSI, *La nuova proposta di direttiva sul credito al consumo: la sfida dell'Unione Europea per garantire maggiore tutela ai consumatori* » 510

Cosa c'è di “europeo” nel diritto privato europeo?

Giorgio Resta

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Questioni di lessico e di sostanza. – 3. Diritto privato europeo come “cultura delle regole”. – 4. La cultura...o le culture del giusprivatista europeo? – 5. Diritto privato europeo come complesso di norme. – 5.1. La dimensione verticale – 5.2. La dimensione orizzontale. – 6. Cosa è tipicamente “europeo”? Prospettive interne o esterne. – 7. Diritto privato e “capitalismo europeo”. – 8. Quale “disciplinamento” dei mercati? – 9. Il diritto privato europeo oltre le relazioni di mercato. – 10. Conclusioni.

ABSTRACT

This paper starts from the question “what is European in European Private Law”, and it argues that to answer it properly one should first better clarify what is meant by the formula “European private law”. Depending on its actual scope and content, the assessment of its “Europeanness” will change significantly. A basic distinction is introduced between the culture of European private law and its substantive content. After having discussed the problem of the existence of one or more European private law cultures, it critically reflects on the notion of European private law as a set of rules, principles and institutional settings deriving from various sources (EU, Council of Europe, national private law). It is argued that, at least on a comparative viewpoint, one of the striking features of EU private law is the way in which it re-embeds (in a Polanyian meaning) markets, by separating spheres of justice and non-economic institutions, and by preventing personal goods and values from being integrally commodified.

1. Introduzione

In uno degli ultimi convegni tenuti in presenza prima dello scoppio della pandemia, un gruppo di studiosi si è riunito a Firenze per celebrare i “140” anni di Hans Micklitz e Giuseppe Vettori e per riflettere sull’interrogativo: “cosa c’è di europeo nel diritto privato europeo”. La questione è particolarmente stimolante e, non a caso, essa è stata riproposta, in maniera pressoché identica, anche nell’ambito di altre discipline, come il diritto internazionale privato¹. Sul piano analitico, come emerso dall’intera giornata di discussione, essa può essere affrontata da molteplici prospettive, interne o esterne al sistema giuridico, e ancora formalistiche, realistiche, di stampo comparativo (a sua volta su un registro diacronico o sincronico), etc.

In questo contributo vorrei provare dapprima a precisare il senso delle parole e delle nozioni che compaiono nel titolo del convegno (riprodotte nel titolo di questo contributo), per poi confrontarmi con la parte contenutistica dell’interrogativo in oggetto. In particolare, in questo primo paragrafo vorrei presentare il quadro dei significati attribuibili alla formula “diritto privato europeo”, i quali verranno discussi in dettaglio nei paragrafi successivi; dal paragrafo 5 in poi proverò ad offrire una lettura poco ortodossa di ciò che v’è di europeo nel diritto privato europeo.

2. Questioni di lessico e di sostanza

La parola “europeo” compare due volte nel titolo del convegno. A prima vista si potrebbe pensare che la prima occorrenza sia la più importante, e cioè che siamo chiamati ad individuare, definire e discutere una serie di tratti che potrebbero essere assunti come distintivi della matrice europea del diritto privato europeo. È indubbio che questo sia il cuore del problema, ma è altrettanto evidente che ad esso non sarebbe possibile accostarsi in maniera

¹ VON HEIN, KIENINGER e RÜHL, *How European is European Private International Law*, Cambridge, 2019.

corretta qualora non si prestasse sufficiente attenzione alla seconda parte del titolo. Detto altrimenti, per rispondere alla domanda "che cosa è europeo", è necessario far chiarezza sul significato della formula "diritto privato europeo", raggiungendo un accordo preliminare circa la sua oggettiva estensione². Infatti, a seconda del perimetro ascritto alla nozione di "diritto privato europeo", l'individuazione dei suoi tratti caratteristici potrà variare anche sensibilmente.

Iniziamo col rilevare come non vi sia uniformità negli usi di tale sintagma. I discorsi sul diritto privato europeo seguono schemi e perseguono obiettivi i più diversi³. Per i limitati scopi di questo contributo, ne isolerò soltanto due, che attengono rispettivamente alla *cultura* del diritto privato europeo e al contenuto sostanziale di questo, inteso come *complesso di regole*⁴.

3. Il diritto privato europeo come "cultura delle regole"

Una tendenza caratteristica dei discorsi europeo-continentali sul diritto consiste nell'enfasi posta sulla correlazione tra diritto e cultura. In particolare, il diritto tende a essere visto come profondamente radicato in una certa "cultura giuridica". Questa è una nozione che ha riscosso negli ultimi anni grande successo, anche se il credito di cui gode in termini statistici non è pari alla precisione nei suoi usi. Nelle pratiche discorsive dei giuristi, essa è per lo più utilizzata per indicare quella particolare dimensione del ter-

² Cfr. in proposito il titolo e il contenuto dei saggi, ormai risalenti, di BRAUNEDER, *Europäisches Privatrecht – aber was ist es?*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1993, p. 225; ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, in *Studi in onore di A. Salis*, Torino, 2000, p. 1255.

³ Si veda SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 7; GAMBARO, *'Iura et leges' nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 993.

⁴ Altri usi ricorrenti della formula in oggetto pertengono allo stile (ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, in *Studi in onore di A. Salis*, 1261) o al futuro (ALPA, *Il diritto privato europeo*, in *Federalismi*, 2019, 7, p. 1) del diritto privato europeo.

mine che Lawrence Friedman ha definito la cultura giuridica “interna”, ossia i particolari modi di vedere consolidati nella cerchia professionale di riferimento circa il “diritto come concetto”⁵, accezione contrapposta a quella di cultura giuridica “esterna”, ossia atteggiamento del pubblico nei confronti del diritto, del processo e dei professionisti del diritto⁶. Meno esplicita in tali discorsi, ma difficilmente negabile, è la correlazione tra cultura giuridica e formante sapienziale: *la doctrine* è considerata dai più la componente principale di una cultura giuridica: se non la sua fonte almeno il suo oracolo⁷. Di conseguenza, secondo tale prospettiva, per scoprire “cosa c’è di europeo nel diritto privato europeo”, si dovrebbe guardare alla “cultura” del giusprivatista europeo, piuttosto che ai caratteri degli assetti istituzionali o delle disposizioni sostanziali del diritto privato⁸.

Lunga è lista dei precursori di un siffatto atteggiamento. Forse il più celebre è Friedrich Karl von Savigny, il cui scritto programmatico “Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza” (1814) ha dato vita a molteplici commenti e riflessioni. Tra questi merita di essere specificamente ricordato, per la sua risonanza nei dibattiti contemporanei, il famoso saggio di Carl Schmitt su “La condizione della scienza giuridica europea”⁹. Basato su conferenze tenute tra il 1942 e il 1943, il volumetto fu il primo degli scritti che uscì, nel 1950, dopo la fine del divieto di

⁵ GRØDELAND e MILLER, *European Legal Cultures in Transition*, Cambridge, 2015, p. 21.

⁶ FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975, p. 223: «*The external legal culture is the legal culture of the general population; the internal legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks*».

⁷ Si confrontino le diverse inclinazioni sottese al discorso di un europeo quale ZIMMERMANN, *Savigny’s Legacy: Legal history, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, 112 *Law Quarterly Review* 576 (1996) e a quello di un costituzionalista americano come POST, *Constitutional Scholarship in the United States*, 7 *Int’l J. Const. L.* 416 (2009).

⁸ Particolarmente utile al riguardo è il volume curato da HELLERINGER e PURNHAGEN, *Towards a European Legal Culture*, Munich, 2014.

⁹ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, con introduzione di Carrino, Roma, 1996.

pubblicazione, e presto seguito da *Donoso Cortès in gesamteuropäischer Tradition* e *Ex captivitate salus*¹⁰. In contrasto con molte idee difese da Schmitt nei decenni precedenti, e precisamente con la dicotomia tra legalità e legittimità¹¹, il libro perviene alla conclusione che la scienza del diritto sia la vera fonte¹² e l'«ultimo asilo» della coscienza giuridica¹³ e i dottrinari i più fedeli custodi dei valori di unità e coerenza dell'ordinamento¹⁴, valori minacciati da potenti forze tecnologiche ed economiche, nonché dalla moderna tendenza verso una «legislazione motorizzata»¹⁵. Schmitt nel suo volume esortava a tornare a Savigny e a meditare sul significato profondo dell'enfasi da lui posta sul valore di una scienza giuridica svincolata dalla contingenza del diritto positivo. Difendeva quindi con forza il primato della dottrina giuridica sugli altri formanti, e in particolare sulla legislazione con «caratteristiche moderne». Gli argomenti avanzati da Savigny nel suo *plaidoyer* contro la codificazione, nonostante alcuni difetti e contraddizioni, osservava Schmitt, erano lungimiranti. Il principale merito del suo discorso era quello di affermare l'indipendenza della scienza giuridica rispetto all'eredità filosofica e teologica, rappresentata dalla tradizione del diritto naturale, quanto rispetto alla subordinazione all'arbitrio del legislatore¹⁶. L'«autonomia» della scienza giuridica è sempre stata uno dei tratti distintivi della tradizione europea, il segno del suo atteggiamento razionalista, che ha contribuito alla genesi delle scienze naturali. Preservare tale autonomia dai rischi di colonizzazione da parte delle altre discipline e dall'incedere tumultuoso e

¹⁰ Per una dettagliata analisi della genesi e degli scopi del volume v. MEHRING e SCHMITTS *Schrift "Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft"*, in *ZaöRV*, 77 (2017), 853, p. 855 ss.

¹¹ MEHRING e SCHMITTS *Schrift "Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft"*, cit., p. 870.

¹² SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 68.

¹³ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 63, 80.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 57-63.

¹⁶ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 65 ss., 76.

disordinato di leggi e regolamenti, era, secondo Schmitt, uno dei compiti principali della cultura giuridica moderna.

Ai nostri fini è opportuno notare come il soggetto del discorso di Schmitt fosse rappresentato da una cultura giuridica “europea”. Una cultura autenticamente unitaria per metodi e valori fondanti, a dispetto della frammentazione del diritto interno riconducibile in particolare all’epoca degli stati nazione¹⁷. Tale comunanza era il risultato di molteplici “incontri e reciproche influenze”, nonché di veri e propri processi di recezioni incrociate, non passive, ma seguite da incorporazioni, adattamenti e perfezionamenti del diritto¹⁸. La maggior parte di tali fenomeni sarebbero riconducibili alla diffusione del diritto romano e canonico¹⁹, ma non marginale secondo S. fu la tradizione del diritto pubblico²⁰. Sul piano contenutistico, i tratti comuni della cultura giuridica europea andrebbero rinvenuti in un insieme di elementi caratteristici, come: “un riconoscimento della persona che non venga meno neppure nella contesa e che poggi sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e per la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del livello minimo di regolarità procedurale, del *due process of law* senza cui non c’è diritto”²¹.

Al discorso schmittiano sono state mosse, com’è noto, varie obiezioni, non ultime quelle che riguardano il carattere opportunistico di alcune prese di proposizione o citazioni selettive, tese a velare il “lato oscuro” del suo pensiero giuridico e politico, sostituendo (o rigenerando) il vecchio paradigma del *Grossraum* attraverso il più spendibile ideale europeo²². Tuttavia, l’enfasi posta da Schmitt sulla realtà storica di una cultura giuridica europea intesa come autonoma e distinta dalle singole varianti nazionali merita

¹⁷ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 39.

¹⁸ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 40.

¹⁹ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 41-47.

²⁰ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 48.

²¹ SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 83.

²² In tema v. VON BOGDANDY, *The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt’s Homonymous Text*, MPIL Research Paper Series, n. 2020-08, accessibile all’indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561655.

di essere registrata con attenzione, poiché oggettivamente antesignana rispetto ad altre analisi che seguiranno il medesimo itinerario.

Un secondo esempio di spicco, in quest'ottica, è offerto da Franz Wieacker. Nel corposo scritto "Fondamenti della cultura giuridica europea"²³, preparato per la Conferenza della Società Internazionale di Filosofia del Diritto e Filosofia Sociale del 1983, il celebre storico del diritto ha offerto una panoramica approfondita dei vari processi che hanno portato allo sviluppo di una cultura giuridica fondamentalemente omogenea in Europa (da notare che l'A. distingueva due accezioni del termine "Europa": una in senso geografico, quale Continente compreso tra il Mare del Nord e il Mediterraneo, nonché tra l'Atlantico e gli Urali, e una in senso 'spirituale', estesa alle zone di influenza della matrice europea su scala globale)²⁴. Ad esito di tale retrospettiva, Wieacker si spinge a enucleare gli elementi invariati, che in una prospettiva di lungo periodo, definirebbero la peculiare fisionomia della cultura giuridica europea²⁵. Il primo tratto è il "personalismo", cioè l'idea della primazia dell'individuo «*as subject, end, and intellectual point of reference in the idea of law*»²⁶; come rileva Wieacker, libertà e autodeterminazione nell'ordinamento dei rapporti giuridici stanno alla base della nozione di diritto privato «*as a bundle of subjective entitlements among responsible persons*»²⁷. La seconda costante è il "legalismo", cioè il presupposto generale circa la necessità di basare le decisioni relative a rapporti sociali e controversie «*on a general rule of law, whose validity and acceptance does not depend on any extrinsic (moral, social, or political) value or purpose*»²⁸.

²³ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, 38 *Am. J. Comp. L.* 1 (1990).

²⁴ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 5.

²⁵ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 19 ss.; si veda anche PADOA-SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, p. 589-594.

²⁶ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 20.

²⁷ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 20.

²⁸ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 23.

Il terzo è l’“intellettualismo”, che si collega alla tendenza tipicamente europea a cogliere tutti i fenomeni «*by means of general epistemological methods*»²⁹; nello specifico settore in oggetto, esso ha condotto il pensiero giuridico «*in the direction of thematization, conceptualization, and contradiction-free consistency of empirical legal materials*»³⁰.

4. La cultura...o le culture del giusprivatista europeo?

Si deve notare che né Schmitt né Wieacker offrono un’espressa definizione della nozione di “cultura giuridica”³¹. Tuttavia, entrambi considerano questa come un’entità oggettiva, suscettibile di essere osservata e descritta sia secondo un registro storico (come siamo diventati “noi stessi”) sia secondo una logica di differenziazione (perché “noi” saremmo diversi dagli “altri”)³². Ad entrambi preme enucleare i tratti distintivi che, ad esito di un’analisi genealogica, separano la tradizione europea dalle altre (prevalentemente non occidentali)³³. Ciò implica l’adozione di una prospettiva trans-nazionale, ovvero – per richiamare la terminologia usata da Helge Dedek in un bel saggio – “illuminista”³⁴, volta a porre in secondo piano la diversità delle culture giuridiche municipali esistenti in Europa. Non è senza significato che sia Wieacker sia Sch-

²⁹ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, p. 25.

³⁰ *Ibid.*

³¹ MICHAELS, *Legal culture*, in *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, a cura di Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier, Oxford, 2012, p. 1060 ss., accessibile all’indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/faculty-scholarship/2390>.

³² DEDEK, *When Law Became Cultivated: ‘European Legal Culture’ Between Kultur and Civilization*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di Helleringer e Purnhagen, cit., p. 367-390.

³³ Per una critica delle premesse di tali discorsi (e in particolare quello di Wieacker), v. DUVE, *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, *Oxford Handbook of Comparative Legal History*, Oxford, 2018.

³⁴ *Ibid.*

mitt impieghino il lemma "cultura" al singolare; altri preferirebbe oggi parlare di culture giuridiche europee (al plurale)³⁵.

La riflessione sulla cultura giuridica europea ha tratto nuova linfa negli ultimi anni soprattutto in occasione di due snodi cruciali per la costruzione dell'assetto istituzionale dell'UE.

Il primo è stato il confronto con la questione, politicamente molto controversa, della costituzione europea. Il dibattito aveva evidenti implicazioni valoriali e in esso la tesi circa la sussistenza di una cultura giuridica europea era implicitamente associata da un lato all'assunto di un *demos* europeo e, dall'altro, al *telos* di una più compiuta integrazione europea³⁶.

Il secondo evento è stata l'europeizzazione del diritto privato³⁷. Qui l'idea di una cultura giuridica omogenea a livello europeo è stata trasposta sul piano giusprivatistico e usata come argomento pro (o contro) l'introduzione di un codice civile europeo³⁸. Questo scivolamento di piani, peraltro, non è singolare né sorprendente, considerato il ruolo storicamente svolto dal diritto privato in ordine alla definizione dei degli stessi elementi connotativi della concezione del diritto in Europa³⁹.

Martjin Hesselink ha sostenuto, più di un decennio fa, che l'"europeizzazione" del diritto privato, specie quella risultante dalla normativa secondaria dell'Unione Europea, è stata uno dei principali fattori di trasformazione della "cultura" del diritto

³⁵ GRØDELAND e MILLER, *European Legal Cultures in Transition*, cit., p. 1.

³⁶ MANN, *(Legal) Culture in the European Union and the United States*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di Helleringer e Purnhagen, cit., 52; con particolare riguardo al problema del *demos* europeo, WEILER, *The State Über Alles. Demos, Telos, and the German Maastricht Decision*, EUI Working Paper n. 95/19, San Domenico (Firenze), 1995, 18 ss.

³⁷ MICHAELS, *Legal culture*, cit., p. 1060; VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 1341.

³⁸ MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di Helleringer e Purnhagen, cit., 81, in part. 83.

³⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967; P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO, G. RESTA e ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 14.

to privato in Europa (e più in generale della “cultura giuridica europea”). Secondo Hesselink, «l’approccio strumentale ed “impressionistico” delle direttive, lo stile pragmatico della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, il ruolo “eversivo” del diritto comparato con il suo metodo funzionale, l’approccio interdisciplinare – proposto da parte dell’accademia, che pone la sua attenzione anche su aspetti propri dell’economia, della cultura e della politica – il successo della *soft law*, basata sulla legittimazione sostanziale piuttosto che su procedure formali di emanazione e la de-positivizzazione della formazione giuridica per effetto dell’adozione della dichiarazione di Bologna, sono tutti fattori che contribuiscono a formare una nuova cultura giuridica europea, meno formale, dogmatica e positivistica rispetto a quanto lo siano state le culture giuridiche nazionali»⁴⁰. Tale diagnosi è stata parzialmente rivista dallo stesso autore a dieci anni di distanza dalla pubblicazione dello scritto citato, a seguito di eventi come l’allargamento dell’UE, la guerra al terrorismo internazionale e il processo di “costituzionalizzazione” avviato con il Trattato di Lisbona, che hanno determinato una sorta di “riformalizzazione” della cultura giuridica europea⁴¹. Tuttavia, gli elementi fondanti dell’analisi originaria permangono invariati.

L’esistenza di una cultura giusprivatistica condivisa a livello europeo è stata invece contestata – tanto dal punto di vista descrittivo quanto da quello normativo – da altri studiosi, in una prospettiva che secondo la terminologia di Helge Dedek definiremmo “anti-illuminista”. Pierre Legrand, in particolare, si è fatto interprete di un approccio radicale alla diversità nel diritto, sostenendo che gli ordinamenti giuridici europei non sono e non saranno convergenti, semplicemente perché le differenze esistenti a livello delle attitudini cognitive, cioè le mentalità locali, non possono

⁴⁰ HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, trad. it., Napoli, 2005, 111-112.

⁴¹ HESSELINK, *The New European Legal Culture – Ten Years On*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di Helleringer e Purnhagen, cit., p. 17.

essere facilmente superate⁴². Il divario maggiore sarebbe quello intercorrente tra *civil law* e *common law*. Tuttavia, spingendo oltre questo modo di ragionare, si potrebbe persuasivamente sostenere che anche all'interno della tradizione di *civil law* l'intrinseca pluralità delle storie giuridiche nazionali impedisce la fusione delle diverse culture giuridiche in un'unica, comune cultura europea dai caratteri omogenei.

Contro quest'ultima tesi sono state sollevate diverse obiezioni⁴³, tra le quali l'argomento per cui essa sembrerebbe presupporre una nozione di cultura (giuridica) rigida e monolitica, presentata come se fosse internamente coerente e storicamente immutabile, sottratta a trasformazioni e "negoziazioni identitarie". Un'idea, questa, che parrebbe oggi difficilmente accettabile nello stesso ambito dell'antropologia culturale⁴⁴. Basta riflettere sugli imponenti cambiamenti impressi tanto dal processo di europeizzazione, quanto dalla globalizzazione dell'offerta dei servizi giuridici⁴⁵, per capire quanto sia diverso il panorama rispetto a quello di appena vent'anni fa. La formazione del giurista ha subito una profonda trasformazione non soltanto in conseguenza del successo dei programmi Erasmus⁴⁶ e della graduale introduzione di modelli di

⁴² LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (1996); ID., *Against a European Civil Code*, 60 *The Modern Law Review*, 44 (1997); ID., *A Diabolical Idea*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di Hartkamp et al., 3a ed., Nijmegen, 2004, p. 245.

⁴³ ZENO-ZENCOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 60.

⁴⁴ MANN, *(Legal) Culture in the European Union and the United States*, cit., p. 57-58.

⁴⁵ GRØDELAND e MILLER, *European Legal Cultures in Transition*, cit., 13-14; JAYME, *Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, in 67 *RabelsZ* 211 (2003).

⁴⁶ HORSPOOL, *Erasmus. Past, Present and Future*, in F. AMTENBRINK, G. DAVIES, D. KOCHENOV-J. LINDEBOOM (a cura di), *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, 288.

educazione transsistemica⁴⁷, ma anche del notevole successo dello “stile americano” nei programmi post-laurea (banalmente, l’alto numero di professori tedeschi di nuova nomina che annoverano nel proprio curriculum un L.LM rilasciato da una *law school* statunitense ne è un segno inequivocabile)⁴⁸. Lo stesso è a dirsi per la fascia alta della professione forense, e cioè l’organizzazione e la matrice culturale degli studi legali più grandi, la quale riflette chiaramente la tendenza verso una «globalizzazione del modello di *legal practice* anglosassone»⁴⁹. Reti transnazionali di giudici, avvocati e ovviamente accademici sono state create e sono diventate sempre più efficaci nell’influencare l’attività quotidiana del giurista, il *legal process*, il sistema di apprendimento e insegnamento del diritto⁵⁰. Sono state create nuove riviste e composti manuali istituzionali con un esplicito orientamento transnazionale⁵¹. I programmi di finanziamento delle istituzioni europee (come Horizon2020, ERC, ecc.) hanno promosso metodi di ricerca interdisciplinari con un forte potenziale innovativo, marginalizzando così i

⁴⁷ HERINGA, *European Legal Education: The Maastricht Experience*, 29 *Penn State International Law Review*, 81 (2010), 91-92; ANCEL, *Quelle place pour le droit national dans l’enseignement du droit en Europe?*, in *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, 43 (2003); ID., *Towards a New Model of Legal Education: The Special Case of Luxembourg*, in *The Internationalisation of Legal Education*, in *The Internationalisation of Legal Education*, a cura di Jamin e van Caenegem, Cham, 2016, p. 195.

⁴⁸ In tema STÜRNER, *How International Should the German Einheitsjurist Be?*, in *The Internationalisation of Legal Education*, a cura di Jamin e van Caenegem, cit., p. 115, 118.

⁴⁹ PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, p. 177-178; JAMIN e VAN CAENEGEM, *The Internationalisation of Legal Education: General Report for the Vienna Congress of the International Academy of Comparative Law, 20-26 July 2014*, in *The Internationalisation of Legal Education*, a cura di Jamin e van Caenegem, cit., 9.

⁵⁰ Sull’importanza di tali reti VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 143, 146.

⁵¹ Per alcuni esempi ZIMMERMANN, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di Reimann e Zimmermann, 2a ed., Oxford, 2019, p. 567 ss., 574.

progetti di ricerca più tradizionali incentrati sulla mera descrizione o sistematizzazione del diritto positivo vigente⁵².

Insomma, anche se è difficile affermare che sia emersa una cultura giuridica autenticamente europea, sicuramente sarebbe difficile sostenere che il divario tra le culture locali sia così ampio da impedire fenomeni palesi o nascosti di *métissage* e di fusione. Piuttosto, la giustapposizione di nodi locali più tradizionali con un tessuto transnazionale di crescente solidità dà origine a una rete multistrato che si caratterizza per la sua intrinseca complessità, come è tipico della cosiddetta identità europea⁵³.

Alla luce di queste considerazioni, è possibile tornare alla domanda iniziale su cosa sia "europeo" nella *cultura* del giusprivatista europeo. La risposta sembra essere dettata dalla posizione assunta da ciascun osservatore in merito all'alternativa tra una prospettiva "cosmopolita" e una "romantica" sulla cultura giuridica⁵⁴.

Partendo dal presupposto "anti-illuminista" dell'incommensurabilità delle culture locali, è giocoforza propendere per una lettura restrittiva della nozione di "cultura giusprivatistica europea". Questa si limiterebbe, sul piano oggettivo, al diritto privato dell'Unione europea, che di per sé copre un ambito tematico dei rapporti di diritto privato ben più circoscritto rispetto al diritto privato nazionale (si veda *infra*, par. 4); e, sul piano soggettivo, principalmente alla "cultura" dell'élite europea di funzionari delle istituzioni, giudici delle corti sovranazionali, accademici e altre persone direttamente coinvolte

⁵² È significativo notare, da questo punto di vista, che il diritto non ha una posizione autonoma all'interno dei panel ERC (la cui classificazione è stata presa a parametro per l'organizzazione del finanziamento nazionale della ricerca, ad esempio per i programmi PRIN), ma è diviso all'interno di singoli sotto-settori, di cui SH2_4 è probabilmente il più rilevante. Per le questioni epistemologiche implicate da tale classificazione HOWARTH, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, 3 *Arts & Humanities in Higher Education* 9 (2004).

⁵³ In proposito, volendo, G. RESTA, *Beethoven's Ninth and the Quest for a European Identity. A Law & Music Perspective*, in *Law & the Opera*, a cura di Colombo ed Annunziata, Berlin-New York, 2018, p. 361, 362, 372-373.

⁵⁴ DEDEK, *When Law Became Cultivated: 'European Legal Culture' Between Kultur and Civilization*, cit.

nello sviluppo o nell'implementazione del diritto dell'UE⁵⁵. A prima vista, ciò restituirebbe una maggiore coerenza interna alla nozione in discorso, che verrebbe a definirsi sul piano contenutistico da una serie precisa di caratteri, quali il funzionalismo, l'anticoncettualismo, l'empirismo, l'orientamento al mercato, ecc.⁵⁶ In particolare, diversi autori hanno posto l'accento sulla relazione interocorrente tra il modello UE di stato-mercato e le caratteristiche della sua cultura giuridica: «[t]he legal culture we see developing encompasses two features: first, the goal of regulation changes from the aim to provide welfare-state features to the creation and management of a market, where market-features become dominant. Second, the regulatory tools change from those of top-down regulation to tools that deliberately use market-mechanisms to influence behavior. Both of these, we argue, have developed to become cornerstones of a decentralized European legal culture»⁵⁷. Tuttavia, tale coerenza interna non dovrebbe essere sopravvalutata. Basterebbe confrontare l'atteggiamento delle persone che lavorano in alcune delle direzioni generali della Commissione con la rete di esperti di protezione dei dati, per capire come dietro lo schermo di una cultura giuridica funzionalistica e orientata al mercato possano celarsi attitudini molto diverse nei confronti della tecnica giuridica e delle scelte di valore a questa sottese⁵⁸. Come sempre, bisogna stare attenti a non cadere nella trappola dell'identità, guardandosi da posizioni troppo nette circa la coerenza interna e la resistenza al cambiamento dei tratti culturali. I processi di integrazione identitaria, ibridazione, resistenza e conflitto sono sempre

⁵⁵ Sull'atteggiamento dei giudici europei v. GRØDELAND e MILLER, *European Legal Cultures in Transition*, 5 e gli autori ivi citati.

⁵⁶ MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, cit., p. 97-99, con riferimento alla fiducia nello "stato-mercato" come contrapposto alle culture giuridiche nazionali, legate all'idea dello "stato-nazione".

⁵⁷ AFILALO, PATTERSON e PURNHAGEN, *Statecraft, the Market State and the Development of European Legal Culture*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di Helleringer e Purnhagen, cit., p. 279.

⁵⁸ Per diversi esempi, GRØDELAND e MILLER, *European Legal Cultures in Transition*, cit., p. 16.

troppo importanti e sottili essere pretermessi o lasciati ai margini della discussione⁵⁹.

D'altra parte, se l'attenzione viene traslata sull'interazione tra culture giuridiche locali e sovranazionali, lo sguardo non dovrà esser rivolto unicamente alle sempre più importanti reti di accademici e professionisti del diritto, che danno ormai vita a una nuova "sfera pubblica giuridica" a livello europeo⁶⁰. Ancora più rilevante si rivela il ruolo svolto dagli accademici quali propulsori silenziosi del processo di europeizzazione, in particolare in ragione della loro posizione privilegiata all'interno del meccanismo di formazione del giurista⁶¹. Come sottolineato diversi anni fa da Hein Kötz e Antonio Gambaro, non ci sarà mai una vera armonizzazione del diritto in Europa se questa si limiterà alle sole *black letter rules*⁶².

5. Diritto privato europeo come complesso di norme

Sin qui si è ragionato sulla prima accezione del diritto privato come "cultura delle regole". La seconda declinazione del sintagma si appunta invece sul contenuto sostanziale del "diritto privato europeo", inteso come l'intero *corpus* di norme, principi e dispositivi istituzionali, derivanti da una pluralità di fonti e formanti all'opera in Europa⁶³. Anche da questo punto di vista, però, la nozione in

⁵⁹ Sul punto ampiamente MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, cit., p. 100.

⁶⁰ Particolarmente importante da questo punto di vista è il contributo di VON BOGDANDY, *Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin*, in *JZ*, 2017, p. 589, 590-593.

⁶¹ GAMBARO, *'Iura et leges' nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, cit., p. 999 ss.

⁶² KÖTZ, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, 481; GAMBARO, *La formazione del giurista in Europa*, in *Cont. e imp./Eur.*, 2002, p. 796; Id., *'Iura et leges' nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, cit.

⁶³ Sul pluralismo delle fonti, MAK, *Pluralism in European Private Law*, in *20 Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 202 (2018); SMITS, *Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?*, in *The Foundations Of European Private Law*, a cura di

oggetto è in sé anfibia e deve essere decodificata: letture minimaliste coesistono con concezioni più ampie⁶⁴. Per definire con più precisione l'ambito di riflessione, sembra utile restringere il perimetro della nozione secondo due diversi assi, quello verticale e quello orizzontale.

5.1. Dimensione verticale

Consideriamo dapprima la dimensione verticale, che collega lo strato sovranazionale con quello nazionale e subnazionale. La parola “europeo” viene per lo più utilizzata in questo contesto come sinonimo di “Unione europea”. Pertanto, le fonti del diritto privato europeo sarebbero costituite principalmente dal diritto primario e secondario dell'Unione europea, nonché dal *corpus* giurisprudenziale della Corte di giustizia europea. Lo studio del diritto privato europeo, da questo punto di vista, dovrebbe appuntarsi sull'«impatto del diritto di fonte legislativa e giurisprudenziale dell'Unione europea (UE) sul diritto privato»⁶⁵.

In alternativa a una siffatta impostazione, potrebbe adottarsi una prospettiva di tipo *bottom-up*, tesa ad indagare le interazioni tra il diritto privato dei singoli ordinamenti, il suo “nucleo comune”, e l'intero spettro del diritto europeo⁶⁶. Il progetto pluriennale sul *common core* del diritto privato europeo coordinato da M. Bussani e U. Mattei ne è un chiaro esempio⁶⁷. Tale impianto analitico

Brownsword, Micklitz, Niglia e Weatherill, Oxford, 2011, p. 323.

⁶⁴ Cfr. SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 7, 8; ID., *Contours of European Private Law*, in SCHULZE e SCHULTE-NÖLKE, *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Munich, 2011, p. 3; ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, cit.; ALPA, *Il diritto privato europeo*, cit.; LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7.

⁶⁵ TWIGG-FLESNER, *Introduction: key features of European Union private law*, in *Cambridge Companion to European Union Private Law*, a cura di Twigg-Flesner, Cambridge, 2010, p. 1; BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2013.

⁶⁶ V. ad es. *European Private Law. A Handbook*, a cura di Bussani e Werro, Brussels-Athens-Berne, 2009.

⁶⁷ BUSSANI e MATTEI, *The Common Core Approach To European Private*

avrebbe il vantaggio non marginale di allargare la nozione di Europa al di là della sua dimensione strettamente politica per includerne le componenti culturali: tipicamente, il diritto svizzero (che ha avuto storicamente una forte influenza sullo sviluppo del diritto privato in Europa, sia sotto il profilo metodologico sia su quello contenutistico, come evidenziato dalla questione del risarcimento del danno non patrimoniale), diverrebbe a pieno titolo oggetto di analisi⁶⁸.

Tuttavia, i due approcci non si escludono a vicenda. In effetti, il rapporto tra il livello nazionale e quello europeo è circolare. Come hanno dimostrato decine di studi, (alcuni) modelli giuridici nazionali ispirano la normativa forgiata a Bruxelles, la quale a sua volta finisce per influenzare – talora creando fenomeni di “irritazione”⁶⁹ – l’ordinamento giuridico nazionale, con un processo circolare e auto-riproducentesi⁷⁰.

Tuttavia, la tradizionale distinzione tra *ius communitatis* e *ius commune*⁷¹, sancita rispettivamente nel progetto *Acquis* della Commissione Europea e nel *Draft Common Frame of Reference*, risulta da questo punto di vista fin troppo riduttiva. Il quadro analitico merita infatti di essere allargato includendo quanto meno un ter-

te Law, in 3 *Columbia Journal of European Law* 339 (1997/1998); sulla stessa linea, in ordine al diritto amministrativo, DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, p. 49 ss.

⁶⁸ ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, cit., p. 1256.

⁶⁹ TEUBNER, *Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New Divergences*, in *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, a cura di Hall e Soskice, Oxford, 2010, p. 417 ss.

⁷⁰ ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, cit. p. 1257 ss.; ALPA, *Problemi e prospettive del “diritto privato europeo”*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, a cura di Alpa e Danovi, Milan, 2004, p. 9, 12.

⁷¹ Su questa dicotomia e il suo significato GRUNDMANN, *Ius Commune und Ius Communitatis - ein Spannungsverhältnis*, in *Festschrift für Fikentscher*, Tübingen 1998, p. 671; MICHAELS, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in *The Foundations Of European Private Law*, a cura di Brownsword, Micklitz, Niglia e Weatherill, Oxford, 2011, 139; v. anche SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003.

zo pilastro, costituito dal materiale normativo prodotto nell'ambito del Consiglio d'Europa. Le numerose Convenzioni COE – e tra queste *in primis* la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – e l'ampia gamma di Raccomandazioni e Dichiarazioni emanate dal Consiglio, insieme all'imponente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, hanno esercitato negli ultimi decenni notevole influenza sullo sviluppo del diritto privato in Europa⁷². Non soltanto nei settori più direttamente incisi dall'innovazione tecnologica, come la *privacy* e la ricerca biomedica, ma anche guardando al nucleo del diritto privato tradizionale, gli sviluppi impressi dal diritto sovranazionale e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono stati cruciali. Basti citare il diritto della proprietà in Italia⁷³, o la materia dei diritti della personalità in Germania e nel Regno Unito⁷⁴, per comprendere la straordinaria importanza di questa componente del diritto privato europeo.

5.2. Dimensione orizzontale

Sul piano orizzontale, la questione attiene alla definizione degli ambiti dell'esperienza giuridica coinvolti da ciò che definiamo “diritto privato europeo”. Se si opta per una definizione più restrittiva della nozione di “europeo”, come sopra illustrato (§ 4.1.), l'attenzione verrà necessariamente a concentrarsi sui settori più direttamente e intensamente influenzati dalla normativa UE. Tra questi si annoverano il

⁷² Con particolare riguardo alla CEDU, SCHAEFER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration*, in *EuR*, 2017, p. 80; *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy*, a cura di Anagnostou, Edinburgh, 2013; *Il diritto privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1.

⁷³ IANNARELLI, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato* a cura di Caggia e Resta, Roma, 2019, p. 165; PRADUROUX, *Property and Expropriation: Two Concepts Revisited in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, 8 *European Property Law Journal* 172 (2019).

⁷⁴ GLIKER, *The Influence of EU and European Human Rights Law on English Private Law*, in 64 *Int. Comp. L. Q.* 237 (2015), at 246-249; FENWICK e PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford, 2006.

diritto della concorrenza, il diritto commerciale, il diritto dei consumatori, la responsabilità civile⁷⁵, nonché la tutela dei dati personali, la disciplina dei rapporti digitali e la proprietà intellettuale⁷⁶.

Un chiaro esempio di questo approccio è offerto dall'importante volume di Hans Micklitz su *The politics of justice in European private law*⁷⁷. In apertura l'A. chiarisce che, ai fini del suo discorso, il diritto privato è inteso come diritto dell'economia ("economic law"). «*It covers contract and tort as well as labour law, non-discrimination law and consumer law*»⁷⁸. Di conseguenza, lo studio del diritto privato europeo – e quindi la disamina dei suoi tratti distintivi – dovrebbe riguardare principalmente le regole e gli assetti istituzionali promananti dall'UE e specificamente occuparsi della regolazione dei rapporti di mercato. In altri termini, il diritto privato europeo verrebbe sostanzialmente a coincidere con ciò che è comunemente definito «diritto privato regolatorio»⁷⁹. Una siffatta impostazione ha il vantaggio di rendere l'oggetto dell'analisi meno eterogeneo e più governabile. Tuttavia, limitare il discorso ai soli settori più specificamente interessati alla circolazione (e quindi alla redistribuzione) della ricchezza, come il diritto commerciale e il diritto dei consumatori, lasciando da parte quei segmenti del diritto privato che si occupano direttamente della produzione (e dell'allocazione originaria) della ricchezza, come il diritto di proprietà, potrebbe sembrare insoddisfacente.

Alla luce di quanto sopra, è preferibile adottare una prospettiva più ampia, non limitando l'analisi alle materie più direttamente

⁷⁵ SCHULZE, *Contours of European Private Law*, cit., p. 6.

⁷⁶ V. ad es. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, cit., p. 199-535.

⁷⁷ MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, p. 4.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁹ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, cit., p. 161 ss.; ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, Bologna, 2009, p. 9; SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, a cura di Mezzanotte, Roma, 2016, p. 121.

incise dalla normativa comunitaria, ma avendo riguardo all'intero spettro del diritto privato (comprensivo anche del diritto delle persone, della famiglia, della proprietà e del diritto successorio).

6. Cosa è tipicamente “europeo”? Prospettive interne o esterne

Definito il perimetro della nozione di diritto privato europeo, possiamo tornare alla questione iniziale. Cosa c'è di tipicamente “europeo” in un simile conglomerato di regole, principi e assetti istituzionali? Tralasciando la forma – carattere non sistematico, struttura multilivello, plurilinguismo, etc.⁸⁰ – e guardando soltanto agli aspetti contenutistici, si possono distinguere due diversi approcci analitici: uno di carattere “interno” al diritto, ed uno “esterno” ad esso.

Secondo il più consueto modo di ragionare, bisognerebbe muovere dal diritto vigente – inteso nella totalità dei suoi formanti – per enucleare una serie di regole e principi cardine, che potrebbero poi essere sistematizzati e assunti come paradigmatici di un peculiare approccio europeo al diritto privato. Una chiara esemplificazione di tale prospettiva è offerta dal libro di Norbert Reich su *General Principles of EU Civil Law*⁸¹. Ad esito di un'ampia panoramica, Reich isola e discute sette principi fondamentali del diritto civile dell'UE: *a)* autonomia “controllata” (fondata sugli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti UE); *b)* protezione della parte debole (soprattutto nel diritto del lavoro e dei consumatori); *c)* non discriminazione; *d)* effettività delle tutele; *e)* contemperamento di interessi contrapposti; *f)* proporzionalità; *g)* buona fede⁸². In modo analogo, si può richiamare quanto osservato da Hans Micklitz,

⁸⁰ Su forma e stile del diritto privato europeo ZENO-ZENCOVICH, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, cit., p. 1261; Micklitz, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, cit., p. 86-87; ID., *The Politics of Justice*, cit., p. 246 ss.

⁸¹ REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013, p. 1 ss.

⁸² Per una prospettazione sintetica, REICH, *General Principles and Fundamental Rights in EU Civil Law*, *Revista romana de drept European (RR-DE)*, 2014, p. 88.

nel volume già citato in precedenza, secondo cui: «*the key features around which the European private law shall be built are the rationality test rooted in Cassis de Dijon; shared public-private competences and responsibilities between the EU, the Member States and private business; and, last but not least, the fragmentation of the legal status of the person with implications for justice and legal consciousness*»⁸³.

In alternativa ad un'analisi condotta dall'interno, per il tramite di categorie analitiche e tassonomie proprie del bagaglio teorico del giurista europeo, si potrebbe anche optare per un punto di vista diverso, che si focalizzi sul ruolo specifico svolto dal diritto privato nel quadro del più generale assetto socio-economico, a livello nazionale o sovranazionale. Mentre la prima prospettiva è principalmente interna al sistema giuridico ed è del massimo rilievo per la comunità dei giuristi, la seconda è almeno in parte esterna e si apre al contributo degli scienziati sociali. Il saggio di James Whitman sul contrasto tra i modelli orientati all'offerta (*producerism*) e alla domanda (*consumerism*) ne è un buon esempio⁸⁴. Prospettive

⁸³ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, cit., p. 162.

⁸⁴ Secondo WHITMAN, *Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law*, 117 *Yale L.J.* 340 (2007), uno studio comparativo conoscitivamente utile dovrebbe essere finalizzato alla comprensione del ruolo specifico svolto dal diritto nei diversi sistemi socio-economici, e precisamente dei valori profondamente radicati che orientano le scelte di policy dei diversi contesti. Il diritto europeo, da questo punto di vista, sarebbe rappresentativo di un orientamento di policy prevalentemente orientato verso il lato dell'offerta, mentre il diritto americano sarebbe esemplificativo dell'orientamento opposto (ma v. più recentemente, con riferimento al "consumerist turn" nel diritto europeo della concorrenza, MULDER, *The Transformative Socio-Economic Effects of EU Competition Law. From Producerism to Consumerism*, in *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, a cura di Kjaer, Cambridge, 2020, p. 255 ss.). Tale quadro analitico permette di spiegare il diverso peso attribuito agli interessi dei produttori (lavoratori, concorrenti, autori e inventori, ecc.) e quelli dei consumatori in varie parti del sistema, quali antitrust, concorrenza sleale, diritto del lavoro, proprietà intellettuale, protezione del consumatore. Una tale classificazione metterebbe automaticamente fuori gioco tassonomie alternative e più tradizionali, come quelle incentrate sulle fonti del diritto (ad esempio *common law* v. *civil law*), le quali hanno il massimo rilievo per i professionisti del diritto, ma sono molto meno

interne ed esterne non si escludono a vicenda, ma possono essere fruttuosamente integrate al fine di comprendere meglio cosa sia “europeo” nel diritto privato europeo. In particolare, considerata la marcata strumentalità del diritto privato dell’UE (inteso in senso stretto) rispetto ad uno specifico insieme di obiettivi macroeconomici, e cioè la costituzione di uno spazio economico unitario altamente competitivo (“diritto privato regolatorio”)⁸⁵, appare necessario sfiorare la questione generale, molto complicata, del rapporto tra diritto privato europeo e modello europeo di capitalismo.

7. Diritto privato e “capitalismo europeo”

Pur nei limiti di qualche breve cenno, il tema del rapporto tra diritto privato e capitalismo europeo impone di chiarire due premesse.

In primo luogo, il discorso muove dall’assunto che i mercati moderni siano essenzialmente una costruzione giuridica⁸⁶ e che il diritto “plasma e rimodella il comportamento di mercato”⁸⁷. Nonostante la finanziarizzazione dell’economia e il crescente divario tra mercati e politica, vi sono ancora ottime ragioni per credere nella “capacità del diritto di influenzare i comportamenti di mercato”⁸⁸ e, quindi, nello stretto rapporto intercorrente tra uno specifico sistema economico e i caratteri del diritto. Il diritto privato svolge a tal riguardo un ruolo particolare, poiché – come ha ben scritto Bernard Lomfeld – la sua funzione primaria non consiste soltanto nel

significative per gli scienziati sociali interessati a comprendere il ruolo svolto dal diritto come sistema di controllo sociale, atto anche a plasmare il funzionamento dei sistemi socio-economici.

⁸⁵ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, cit., p. 180 ss., 246 ss.; Id., *The Transformation of Private Law Through Competition*, 22 *Eur. L.J.* 627 (2016).

⁸⁶ Fra gli altri PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, p. 6 ss.

⁸⁷ LOMFELD, *Epilogue: the power of law to reshape markets*, in *Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, a cura di Lomfeld, Somma e Zumbansen, Cambridge, 2017, p. 347.

⁸⁸ LOMFELD, *Epilogue: the power of law to reshape markets*, cit., p. 348.

“limitare o redistribuire gli outputs del mercato, ma nel costituire il meccanismo di mercato in quanto tale. Gli istituti fondamentali del diritto privato, come la proprietà o il contratto non soltanto costituiscono, ma possono anche ri-modellare i mercati”⁸⁹.

In secondo luogo, andando oltre la distinzione – usuale nel dibattito sulle varietà del capitalismo – tra economie di mercato liberali e coordinate⁹⁰, si condivide l’idea, espressa da molti studiosi, che il modello europeo di capitalismo abbia caratteristiche specifiche, che lo rendono distinguibile da altri modelli e che quindi tale categoria possa essere validamente usata per fini tassonomici⁹¹. Secondo Franco Amatori, tale modello si baserebbe su quattro pilastri principali: *a)* cooperazione contrattuale tra imprese per il controllo dei mercati; *b)* imprese di limitate dimensioni e egemonia dell’impresa familiare; *c)* presenza attiva dello Stato nell’economia; *d)* movimento operaio che condivide l’idea di usare il potere per cambiare la società⁹². Questa non è ovviamente l’unica descrizione possibile del modello europeo di capitalismo, né è detto che sia la più convin-

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Per un’introduzione *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, a cura di Hall e Soskice, Oxford, 2010; STREECK, *E Pluribus Unum? Varieties and Commonalities of Capitalism*, in *The Sociology of Economic Life*, a cura di Granovetter e Swedberg, 3a ed., Westview, Boulder (Col.), 2011, p. 419; WESTRA, BADEEN e ALBRITTON, *The Future of Capitalism After the Financial Crisis. The Varieties of Capitalism Debate in the Age of Austerity*, London, 2014.

⁹¹ Circa i problemi concettuali insiti nell’assunzione dell’Europa (e così della società o dell’economia europea) come unità analitica v. MARTINELLI, *The European Union and the United States as two variants of Western modernity*, in *Transatlantic Divide. Comparing American and European Society*, a cura di Martinelli, Oxford, 2007, p. 1 ss.; *Beyond Varieties of Capitalism: Conflicts, Contradictions, and Complementarities in the European Economy*, a cura di Hancké, Rhodes e Thatcher, Oxford University Press, Oxford, 2007; per una diversa e più tradizionale prospettiva, SCHMIDT, *The Future of European Capitalism*, Oxford, 2002.

⁹² AMATORI, *In Search of European Capitalism*, accessibile all’indirizzo https://www.economia.unicampania.it/images/eventi/Amatori_EuropeanCapitalism_draft_March2018.pdf; Id., *Alla ricerca del capitalismo europeo*, in *Economia e management*, 2020, 1, p. 71-76.

cente. Tuttavia, ciò che qui interessa maggiormente è la possibilità di traslare l'attenzione dalle varietà (nazionali) del capitalismo alla categoria sovraordinata ed omogenea del capitalismo europeo⁹³.

Alla luce di quanto sopra, è più facile esprimere alcune considerazioni generali sul ruolo del diritto privato nel governo del mercato, e precisamente nella definizione di una peculiare "via europea" al capitalismo. I contributi seminali di Hans Micklitz⁹⁴ e Giuseppe Vettori⁹⁵ sul diritto contrattuale, sui valori costituzionali e i modelli di giustizia offrono indicazioni specifiche sul tema e sono d'ausilio per distinguere due aspetti principali del problema, i quali attengono al ruolo del diritto: a) nel plasmare i caratteri dei mercati e perseguire una qualche forma di giustizia distributiva; b) nello stabilire i confini tra sfera del mercato e sfera non mercantile.

Entrambe queste dimensioni si rivelano particolarmente importanti ove si adotti il quadro analitico perfezionato da Karl Polanyi, ed in particolare la sua lettura dei rapporti tra l'economia e le altre sfere sociali⁹⁶. Secondo Polanyi, ogni operazione di comparazione tra sistemi sociali ed economici, sia essa di tipo sincronico o diacro-

⁹³ ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. An Introduction*, Roma, II ed., 2019; MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Polemos*, 2010, p. 31 ss., 34.

⁹⁴ Tra i più recenti contributi, MICKLITZ, *The Politics of Justice*, passim; Id., *The Transformative Politics of European Private Law*, in *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge, a cura di Kjaer 2020, p. 205; Id., *The 'New' European Private Law*, in *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, a cura di Amtenbrink, Davies, Kochenov e Lindeboom, Cambridge, 2019, p. 578; Id., *The Transformation of Private Law Through Competition*, 22 *Eur. L.J.* 627 (2016).

⁹⁵ VETTORI, *The Fair Contract in the Constitutional System: Principles as an Imperative Content of Codified Rules in the Italian Case-Law*, in *European Review Of Contract Law*, 2016, p. 1; Id., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2016; Id., *Diritto dei contratti e 'Costituzione' europea. Regole e principi ordinanti*, Milan, 2005; Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; Id., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*.

⁹⁶ FRERICH, *Karl Polanyi and the Law of Market Society*, 44 *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 197 (2019); G. RESTA, *L'istituzionalismo di Karl Polanyi e il suo valore attuale*, in *Pol. e soc.*, 2020, p. 279.

nico, che aspiri ad esiti conoscitivamente validi, dovrebbe muovere da una domanda fondamentale: qual è il "la posizione occupata dall'economia nella società nel suo insieme, ossia il cambiamento del rapporto tra le istituzioni economiche e quelle non economiche nell'ambito di una determinata organizzazione sociale" ⁹⁷. Focalizzando l'analisi sulle democrazie liberali occidentali, l'indagine sul ruolo specifico dell'economia dovrebbe dipanarsi lungo l'asse concettuale embedded/disembedded, là dove "embedment" significa essenzialmente il modo in cui le istituzioni non economiche modellano il funzionamento del meccanismo di mercato⁹⁸.

Tale assunto può essere riformulato avanzando l'ipotesi – sulla falsariga di Stefano Rodotà⁹⁹ – che gli ordinamenti giuridici contemporanei differiscono fundamentalmente sulla base delle risposte date a due questioni fondamentali: a) quale sia l'estensione oggettiva della sfera di mercato (cosa c'è dentro e fuori lo spazio rimesso al mercato); b) il tipo di dispositivi di protezione volti a impedire che i mercati producano effetti distorsivi sulla società.

Osservando la letteratura sul diritto privato europeo (e più specificamente sul diritto privato dell'UE) sembra che l'accento sia stato posto quasi esclusivamente su quest'ultimo tema. Molti e importanti studi hanno affrontato la questione se ed entro quali limiti il diritto euro-unitario replichi, o al contrario stravolga, i modelli di giustizia sociale adottati dagli ordinamenti nazionali¹⁰⁰. Esiste un ampio consenso sul presupposto che il passaggio dallo stato-nazione allo stato-

⁹⁷ POLANYI, *Storia economica generale*, in K. POLANYI, *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. Resta e Catanzariti, Milano, 2013, p. 175.

⁹⁸ Sull'idea di "embedded economy", POLANYI, *The Economy as Instituted Process*, in POLANYI, ARENSBERG e PEARSON, *Trade and Market in the Early Empires. Economies in History and Theory*, New York, 1957, p. 243; ID., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974, p. 74. Sulle implicazioni attuali CANGIANI, *Karl Polanyi's Institutional Theory: Market Society and Its 'Disembedded' Economy*, 45 *Journal of Economic Issues* 177 (2011).

⁹⁹ RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2a ed., Bologna, 1990, p. 15; ID., *Le proprietà comuni dell'umanità*, in *Le strutture del capitalismo e l'impresa nella società contemporanea*, Milano, 1991, p. 262, 266.

¹⁰⁰ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, cit., p. 161 ss.

mercato abbia profondamente e irreversibilmente alterato il modello sociale che ha contraddistinto il diritto privato classico, portando all'emergere di assetti post-classici ispirati alla logica dell'«access-justice»¹⁰¹. Ciò è immediatamente evidente se si guarda ai settori maggiormente interessati dagli atti normativi comunitari, ovvero il diritto dei consumatori, il diritto del lavoro e il diritto della non discriminazione; settori in cui il diritto privato è stato conformato «come strumento per istituire un accesso equo al mercato, compensando le asimmetrie informative e depurando il mercato da condizioni, termini e procedure inique che ne bloccano l'accesso»¹⁰².

Tali analisi non solo hanno svelato alcuni tratti distintivi del modello sovranazionale di giustizia, ma hanno anche chiarito in che misura l'approccio europeo differisca da altri approcci al governo del mercato, come quello statunitense, come chiaramente evidenziato dall'esempio della tutela del consumatore e dal diritto dei contratti¹⁰³. Tuttavia, per una valutazione più completa del-

¹⁰¹ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, cit., 16-18, p. 390.

¹⁰² MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, cit., p. 20.

¹⁰³ L'esempio della tutela dei consumatori illustra bene il differente peso attribuito alla fiducia nei mercati autoregolantesi, nonché la differente idea della soggettività del consumatore: come notato da Daniela Caruso, *The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law*, 61 *Am. J. Comp. L.* 479 (2013), mentre il pensiero giuridico americano «assumes the inherent efficiency of markets and holds pro-consumer rules to prohibitively high justification standards», l'approccio europeo non è preordinato unicamente a perseguire l'efficienza economica (attraverso l'eliminazione dei fallimenti del mercato connessi alle asimmetrie informative), ma anche ad assicurare un alto livello di tutela per gli interessi economici e non economici del consumatore. Come pure chiarito da WHITMAN, *Consumerism versus Producerism*, p. 367, «if we define the consumer interest as an economic interest in having the widest available range of goods at the lowest possible prices, then consumer protection legislation operates against consumer economic interests. After all, consumer protection legislation eliminates one class of goods – goods that are relatively unsafe or relatively low-quality, but also relatively cheap – that would otherwise have been available for consumers to choose». Su questo tema v. AFILALO, PATTERSON e PURNHAGEN, *Statecraft, the Market State and the Development of European Legal Culture*, cit., p. 296-297; MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 859.

la posizione del diritto privato europeo, vale la pena considerare anche la prima delle due questioni precedentemente menzionate.

8. Quale "disciplinamento" dei mercati?

Mentre il diritto contrattuale, la tutela dei consumatori e il diritto antidiscriminatorio si occupano essenzialmente dell'allocazione secondaria e della redistribuzione della ricchezza all'interno dei mercati esistenti, gli ordinamenti giuridici contemporanei si trovano sempre più di fronte a una questione diversa e più generale, e cioè la demarcazione tra sfere del mercato e sfere non mercantili. La tendenza alla mercificazione universale mette a dura prova il sistema giuridico. Diversi beni e rapporti sociali, che erano tradizionalmente sotto il controllo di istituzioni non economiche, come la politica, la religione o l'etica, sono sempre più assorbiti dalla retorica del mercato e dal calcolo economico¹⁰⁴. Di conseguenza, c'è una crescente pressione verso l'ampliamento della sfera di ciò che è appropriabile e alienabile¹⁰⁵. Nuove "merci fittizie" esigono il riconoscimento e lo statuto proprietario, non diversamente da quanto avvenne agli albori della moderna era capitalistica, quando terra, lavoro e denaro – secondo l'illuminante ricostruzione di Polanyi – furono trasformati artificialmente in beni commerciabili¹⁰⁶. Tra le nuove merci fittizie ci sono il corpo umano, aspetti della personalità, i rapporti sessuali, le emozioni e soprattutto i dati¹⁰⁷.

¹⁰⁴ SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York, 2012; SATZ, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford-New York, 2010.

¹⁰⁵ COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Construction of Informational Capitalism*, Oxford, 2019, p. 15 ss.; PISTOR, *The Code of Capital*, cit., p. 108 ss.

¹⁰⁶ POLANYI, *The Livelihood of Man*, a cura di Pearson, New York, 1977, p. 10; Id., *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, in 3 *Commentary* 109 (1947).

¹⁰⁷ COHEN, *Between Truth and Power*, 48 ss.; v. in generale JESSOP, *Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian Perspective*, in *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, a cura di Buğra e Ağartan, New York, 2007,

Sulla scia dell'espansione dei rapporti di mercato, l'ordinamento è il punto focale di due forze in competizione: da un lato la logica dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, e dall'altro l'esigenza intrinseca di preservare – per richiamare la formula di Michael Walzer¹⁰⁸ – “sfere di giustizia” funzionalmente differenti. Trovare un punto di equilibrio accettabile tra tali opposte pressioni è un compito ineludibile per il diritto, visto nel suo ruolo di strumento d'integrazione della società (e quindi per l'*embedment* dei mercati)¹⁰⁹.

Guardare al diritto privato e alle sue funzioni da questo specifico punto di vista, potrebbe fornire interessanti spunti comparativi e permettere di enucleare un insieme di caratteristiche meno apprezzate, ma comunque significative, del diritto privato europeo. Il confronto con il sistema giuridico statunitense, in particolare, è illuminante, dal momento che l'idea stessa di una sfera non di mercato può persino apparire discutibile, dal momento che la commercializzazione, come osserva lo storico Maury Klein, «*rolled like a tsunami into every corner of American life*»¹¹⁰. Più specificamente, Klein ha osservato, ad esito di un'affascinante retrospettiva sull'ascesa delle grandi imprese negli Stati Uniti nell'ultimo secolo, che «*business historians have virtually ignored what may be the broadest and most profound movement of this half-century: the amazing irresistible tendency to transform every aspect of American life first into a business and then into a larger business. No institution, activity or value has escaped this relentless organising into some form of commerce. Some of the most obvious examples include the arts, politics, religion, education, sport, sex, entertainment, the family, childhood, and, of course, history*»¹¹¹. In modo simile, lo sto-

p. 115.

¹⁰⁸ WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, 1983.

¹⁰⁹ KJAER, *The Law of Political Economy. An Introduction*, in *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, a cura di Kjaer, Cambridge, 2020, 1, p. 12.

¹¹⁰ KLEIN, *Coming full circle. The study of big business since 1950*, in *2 Enterprise & Society*, 425 (2001), p. 454.

¹¹¹ *Ibid.*

rico dell'economia Harm Schröter ha elencato cinque aspetti che possono essere considerati distintivi del sistema socio-economico americano: «1. *An extremely strong and positive role allocated to the economy in society as well as in a person's life*; 2. *a (sometimes naive) belief in the abilities of competition, that advantages for individual persons will add up to the best for all members of society*; 3. *a strong feeling for individualism (in contrast to communalism, or shared values)*; 4. *a trend towards a commercialisation of human relations (in contrast to non-money-related behaviour)*; 5. *a trend to exchange the traditionally given social bonds and controls for contract- and market-based bonds of one's own, deliberate choice*»¹¹². Coerenti con questa impostazione di fondo sono le soluzioni emergenti nel campo dei diritti sul corpo, dei mercati dei dati, dello sfruttamento dell'identità personale, per non parlare dei rapporti di lavoro, che sono illustrative della più ampia tendenza alla commercializzazione di molti aspetti della vita sociale¹¹³. Istituti come il contratto e la proprietà (anche intellettuale) hanno offerto un supporto specifico all'idea di stampo libertario di impedire che il governo interferisca nelle scelte personali concernenti lo sfruttamento degli aspetti materiali e immateriali dell'identità¹¹⁴.

Al contrario, il diritto europeo appare prestar fede a un diverso presupposto, e cioè all'idea che l'*embedding* dei mercati – non solo per quanto riguarda il loro effettivo funzionamento, ma anche per quanto riguarda i loro confini concettuali – sia un obiettivo ineludibile del diritto. Nonostante il ruolo centrale svolto dall'integrazione economica nel quadro istituzionale dell'Unione Europea, la storia del rapporto tra economia e istituzioni non economiche ha tradizionalmente impedito – sulla base di radicati valori di fondo – un «impar-

¹¹² SCHRÖTER, *Americanization of the European Economy. A compact survey of American economic influence in Europe since the 1880s*, Dordrecht, 2005, 10 (corsivo aggiunto); Id., *Economic culture and its transfer: an overview of the Americanisation of the European economy, 1900-2005*, 15 *European Review of History-Revue européenne d'histoire*, 331 (2008), p. 333.

¹¹³ SANDEL, *What Money Can't Buy*; M. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge-London, 1996.

¹¹⁴ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

ziale apprezzamento del mercato»¹¹⁵. Pertanto, si potrebbe sostenere in modo convincente che tra i compiti primari del diritto privato contemporaneo non vi sia soltanto la regolamentazione del mercato, ma anche il suo contenimento. Le tecniche disponibili a questo scopo sono molteplici, e vanno dal riconoscimento di un più ampio dominio di beni comuni (come l'acqua, le conoscenze di base o il genoma umano)¹¹⁶, all'adozione di regole di inalienabilità ben calibrate¹¹⁷. Si potrebbe anche parlare di un "diritto privato regolatorio", ma di carattere diverso, orientato non soltanto al mantenimento di un mercato aperto, accessibile e contendibile, ma anche alla preservazione di sfere di giustizia schermate dalla commercializzazione, oppure improntate alla tutela dei valori fondamentali della persona pur all'interno di contesti di mercato¹¹⁸.

9. Il diritto privato europeo oltre le relazioni di mercato

Guardando al diritto privato europeo da questo specifico angolo visuale si può registrare un rapporto circolare tra diritto pri-

¹¹⁵ HABERMAS e DERRIDA, *February 15, or What Binds Europeans Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, 10 *Constellations* 291 (2003), p. 296.

¹¹⁶ MATTEI, *Protecting the Commons: Water, Culture, and Nature: The Commons Movement in the Italian Struggle against Neoliberal Governance*, 112 *South Atlantic Quarterly* 366 (2013); ID., *Proprietà (nuove forme di)*, *Enciclopedia del diritto. Annali* vol. 5, Milano, 2012, p. 1117; RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di Marella, Verona, 2012, p. 311; ID., *Mondo delle persone, mondo dei beni*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; G. RESTA, *The Case Against the Privatization of Knowledge: Some Thoughts on the Myriad Genetics Controversy*, in *Biotech Innovation and Fundamental Rights*, a cura di Bin, Lorenzon e Lucchi, Berlin-New York, 2012, p. 11.

¹¹⁷ PORAT e SUGARMAN, *Limited Inalienability Rules*, 107 *Georgetown Law Journal*, 701 (2019); ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 *Columbia Law Review* 931 (1985); G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milano, 2021.

¹¹⁸ NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 193.

vato nazionale e fonti normative sovranazionali, convergente nel rafforzamento dei confini tra sfere di mercato e sfere non di mercato.

Particolarmente emblematico, da questo punto di vista, è il regime giuridico dei materiali biologici umani (parti del corpo, tessuti, cellule, prodotti, ecc.). Precursore della tendenza alla de-patrimonializzazione dei diritti sul corpo è stato il diritto francese. Sin dall'adozione delle famose leggi sulla bioetica del 1994, che hanno apportato profonde modifiche al titolo I, primo libro del Codice civile (artt. 16 e ss.)¹¹⁹, la Francia ha adottato una posizione particolarmente innovativa e coraggiosa in ordine al corpo quale oggetto di diritti extra-patrimoniali¹²⁰, chiudendo così il campo a sistemi di reperimento e allocazione basati sul mercato, del tipo di quelli proposti dall'analisi economica del diritto¹²¹. Il modello francese è circolato – sull'asse orizzontale – in altri ordinamenti giuridici europei ed extra-europei e, su un piano verticale, nella Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997), nonché nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2000). È particolarmente significativo che in un documento normativo di livello para-costituzionale, come la Carta, si possano trovare non soltanto dettagliate garanzie dei diritti fondamentali, ma anche specifici divieti volti a preservare uno spazio giuridico non mercantile. L'art. 3 della Carta, in particolare, prevede che il corpo umano e le sue parti non possano, in quanto tali, costituire fonte di profitto. Ta-

¹¹⁹ J MASSIP, *L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée*, in *Gaz. pal.*, 1995, doct., p. 433.

¹²⁰ Cfr. GALLOUX, *Le corps humain dans le code civil, in 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 381, 387; BELLIVIER e NOUVILLE, *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, a cura di Revet, Paris, 2005, p. 101; HERMITTE, *Le corps humain, hors du commerce, hors du marché*, in *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 120.

¹²¹ HEALY, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, Chicago-London, 2006; MAHONEY, *Altruism, Markets and Organ Procurement*, in *72 Law & Cont. Prob's* 17 (2009).

le disposizione è comunemente interpretata nel senso che essa implica un divieto assoluto di scambi di mercato di primo grado aventi ad oggetto il corpo umano, i suoi prodotti e le sue parti¹²². Coerentemente, un ampio spettro di disposizioni del diritto secondario UE in materia di trapianto di organi e tessuti, nonché di conservazione e riutilizzo di cellule umane (Reg. 536/2014; direttive 2016/17/CE; 2004/23/CE; 2006/ 86/CE; 2015/565 e 2015/566), rafforzano il principio di gratuità (o inalienabilità di mercato). A ciascun soggetto è quindi vietato dalla legge di alienare a titolo oneroso parti del corpo, tessuti e prodotti, sia per atto tra vivi che *post mortem*.

Dei diritti sul corpo umano può quindi disporsi esclusivamente mediante atto gratuito, spesso definito (come nella legislazione francese) “dono”¹²³. Talvolta, tale principio viene ulteriormente ampliato nel diritto interno sì da precludere qualsiasi forma di valorizzazione economica del corpo, anche ai fini dell’applicazione dei rimedi risarcitori e restitutori in caso di sfruttamento commerciale non consentito (ad es. per scopo di brevettazione, come nella celebre controversia *Moore v. Regents of the University of California*). Lo statuto del corpo umano è quindi definito dal diritto europeo – a differenza del diritto statunitense¹²⁴ – principalmente attraverso regole di *market-inalienability*. Gli unici mercati riconosciuti come leciti in Europa sono i c.d. mercati secondari¹²⁵, concernenti

¹²² G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, 2011, p. 510, 516. Per un’attenta riflessione critica v. anche HENNETTE VAUCHEZ, *EU Law and Bioethics*, in *New Technologies and EU Law*, a cura di Cremona, Oxford, 2017, p. 38.

¹²³ RODOTÀ, *Il dono*, in ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 1998, p. 124.

¹²⁴ ROBERTSON, *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, in 43 *Col. Journ. Transnat. Law* 189 (2004); MAHONEY, *The Market for Human Tissue*, in 86 *Va. L. Rev.*, 163 (2000).

¹²⁵ BELLIVIER e NOVILLE, *Contrats et vivant*, in *Traité des contrats*, a cura di Ghestin, Paris, 2006, p. 82; ID., *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, a cura di Revet, Paris, 2005, p. 101, 115.

il ri-utilizzo da parte dell'originario donatario di cellule e materiali biologici per scopi di ricerca e applicazione industriale.

Questo primo caso è esemplificativo del radicale rifiuto opposto dal diritto europeo nei confronti del riconoscimento di una nuova "*fictitious commodity*" (nel senso di Polanyi), il campione biologico, la cui circolazione di mercato viene ritenuta incompatibile con il principio fondamentale di rispetto della dignità umana. Il diritto privato opera da questo punto di vista come fonte di specifici limiti all'autonomia dei privati e non, come di consueto, come strumento "abilitante". Tali restrizioni, tuttavia, hanno lo scopo di assicurare specifica attuazione a uno dei valori apicali dell'intero sistema di diritto privato, e cioè la tutela della dignità umana.

Un altro esempio illustra come il diritto europeo conosca anche regimi di disciplina che, senza ricorrere allo strumento più radicale del divieto della circolazione di mercato (e connesse nullità civilistiche), sono preordinati a bilanciare l'affidamento dei terzi con la tutela dei diritti fondamentali¹²⁶. Il riferimento è al sistema della protezione dei dati personali, e più precisamente alla controversa questione dei dati come controprestazione. È innegabile che nell'era dei *big data* e dell'innovazione *data driven* i dati personali sono diventati una materia prima di grande valore, il "petrolio del futuro" come scrisse l'Economist in una famosa copertina¹²⁷. È anche risaputo che i dati vengono scambiati quotidianamente in cambio di servizi "gratuiti", come l'accesso ai *social network*, i premi assicurativi scontati, il libero utilizzo dei motori di ricerca, il *download* gratuito di "app" per *smartphone*, vari tipi di servizi di posta e comunicazione elettronica¹²⁸. Ci si è quindi chiesti se i dati

¹²⁶ Per approfondimenti G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milano, 2021.

¹²⁷ COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Construction of Informational Capitalism*, Oxford, 2019, 48; ZECH, *Data as a Tradeable Commodity*, in *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, a cura di De Franceschi, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 51, 69-74; ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020

¹²⁸ DAVIS e MAROTTA-WURGLER, *Contracting for Personal Data*, in 94 *New York University Law Review*, 2019, 669; METZGER, *Data as Counter-Perfor-*

personali siano giuridicamente costruiti come oggetto di diritti di proprietà suscettibili di alienazione, non diversamente dagli altri beni.

Il testo originario della proposta di direttiva sulla fornitura di contenuti digitali (ora dir. 2019/770), per come era scritto, aveva dato adito a qualche perplessità e suscitato un acceso dibattito¹²⁹. L'idea del «pagamento attraverso i dati»¹³⁰, esplicitamente contemplata nell'art. 3 della proposta con l'obiettivo di rafforzare la tutela dei consumatori nei mercati digitali, ha sollevato critiche soprattutto – ma non esclusivamente – nell'ambito della comunità degli esperti in protezione dei dati. Di conseguenza, il testo finale della direttiva evita accuratamente di utilizzare l'espressione «pagare un prezzo» e si riferisce semplicemente all'atto di «fornire dati personali al professionista» (art. 3). In particolare, il *considerando* 24 afferma con enfasi che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce». Tale modifica è probabilmente più simbolica che sostanziale, dal momento che la stessa proposta chiariva che le condizioni per la validità del consenso sono quelle previste dal Regolamento 2016/679 (di seguito GDPR)¹³¹. Tuttavia, i simboli hanno un significato specifico nel diritto e il linguaggio legislativo è lo strumento più importante per perseguire una siffatta funzione di segnalazione. Inoltre, se si volge lo sguardo all'intera costruzione del GDPR, si è portati a concludere che, nonostante il loro

mance. What Rights and Duties do Parties Have?, in *JIPITEC*, 8, 2017, 2; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017.

¹²⁹ G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del contratto 2018*, Torino 2019, 127.

¹³⁰ LANGHANKE e SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, p. 218; METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 2016, p. 818.

¹³¹ DE CRISTOFARO, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*, in *Rechte an Daten*, a cura di Pertot, Tübingen, 2020, p. 151, 164; RIEHM, *Freie Widerruflichkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation. Daten als Gegenleistung?*, *ivi*, p. 175, 190.

enorme valore economico e la loro commerciabilità, i dati personali non sono giuridicamente configurati in Europa come termini di riferimento oggettivo di diritti di proprietà, ma sono destinatari di un regime giuridico ibrido e volto ad assicurare un oculato bilanciamento tra interessi economici e diritti fondamentali¹³².

Come ben spiegato da Josef Drexl, il regime di protezione dei dati non può essere considerato fonte di diritti esclusivi. Innanzitutto, non si può trascurare che il consenso al trattamento dei dati deve essere prestato "liberamente" (e questa nozione di "libertà" implica uno standard piuttosto elevato), può essere revocato in qualsiasi momento (art. 7), e la cancellazione dei dati richiesta ai sensi dell'art. 17, senza alcuna conseguenza¹³³. In secondo luogo, il diritto di accesso e il diritto alla portabilità garantiscono che l'interessato non perda mai il controllo sul trattamento dei propri dati personali, anche in contesti di tipo contrattuale. Terzo, l'art. 7 prevede il divieto di offerta congiunta, stabilendo che il consenso si ritiene invalidamente prestato se «l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»¹³⁴. Infine, la peculiare integrazione tra tecniche di diritto privato e strumenti pubblicistici – la creazione di un'autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza e all'applicazione delle norme sulla protezione dei dati costituisce a tal riguardo un elemento essenziale – rafforza l'impressione di una peculiare forma di regolamentazione del mercato volta a tutelare i diritti fondamentali e non soltanto il libero accesso al mercato.

I mercati sui dati, in altri termini, sono rigidamente controllati attraverso norme, procedure e istituzioni preordinate priori-

¹³² G. RESTA, *Towards a Unified Regime of Data Rights: Rapport de Synthèse*, in *Rechte an Daten*, cit., 231.

¹³³ DE CRISTOFARO, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*, cit.

¹³⁴ THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 513.

tariamente alla tutela della persona. Si tratta di un presupposto tipicamente europeo, non condiviso dalla normativa statunitense, che opta invece per un approccio maggiormente *market-friendly* e si basa su un paradigma consumeristico della *privacy*¹³⁵. Non è un caso che subito dopo la pubblicazione della proposta di Regolamento generale sui dati personali, gli osservatori statunitensi abbiano manifestato profondo scetticismo sul regime previsto dall'UE, ritenuto una malcelata forma di protezionismo. Il motivo risiede, ancora una volta, in una diversa visione dei compiti assegnati al diritto e dei limiti che qualsiasi regolamentazione giuridica dei mercati emergenti deve necessariamente rispettare.

10. Conclusioni

Quanto sin qui osservato porta a concludere che la funzionalizzazione del diritto privato agli obiettivi di costruzione di un mercato unico non significa necessariamente supporto all'estensione senza limiti dei rapporti di mercato, o sostegno alla tendenza verso la mercificazione di qualsiasi bene o valore. A seconda dei caratteri specifici che connotano le varie forme di diritto privato regolatorio, questo può anche rivelarsi come un efficace strumento non soltanto di governo, ma anche di 'confinamento' del mercato. Hans Micklitz ha magistralmente dimostrato come il diritto privato europeo possa rispondere al processo di erosione della sovranità statale e alle sfide della globalizzazione fornendo negli ambienti transnazionali una valida alternativa alla giustizia sociale propria dello stato nazione, nelle forme della *access justice*¹³⁶. Se allarghiamo lo spettro dell'indagine e guardiamo alle più controverse zone di confine tra i rapporti economici e i rapporti non economici, si

¹³⁵ Sul divario transatlantico, SCHWARTZ e PEIFER, *Transatlantic Data Privacy Law*, 106 *Georgetown Law Journal* 115 (2017), 118; DAVIS e MAROTTA-WURGLER, *Contracting for Personal Data*; GRAZIADEI, *Collisioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, p. 361, 363-365.

¹³⁶ MICKLITZ, *The Politics of Justice*, p. 16-18 e *passim*.

può avanzare l'ipotesi che il diritto privato europeo persegua anche una diversa forma di giustizia sociale, volta a preservare l'autonomia delle diverse "sfere di giustizia" e "istituzioni non economiche", oltre a perseguire il disciplinamento di mercati che hanno un impatto diretto su beni e valori fondamentali. Ciò è coerente con l'idea che un approccio di tipo critico «*all too often focuses on the destructive potential of the EU, but falls short of recognising that the EU is trying to build a European society beyond the market, not only, but also, through law*»¹³⁷.

Naturalmente, i valori sottesi a tali scelte di politica del diritto sono soggetti a trasformazione e possono essere contraddetti da decisioni prese in altre parti del sistema. Questo è anche il risultato della struttura multilivello del diritto privato europeo, che sfida qualsiasi tentativo di semplificazione. Sperimentaltà e apertura al cambiamento, sono, d'altronde, due tratti costanti di quello che si potrebbe chiamare lo spirito europeo. Vale la pena citare, in conclusione, il magistrale libro di Paul Hazard sulla storia del pensiero europeo, una lettura che rimane tuttora illuminante.

«Cos'è l'Europa? Un pensiero sempre insoddisfatto. Senza pietà per se medesima, essa non cessa mai di cercare la felicità e, cosa ancor più indispensabile e preziosa, la verità. Appena trovi una condizione che soddisfi a tale duplice esigenza, essa si accorge, sa di tenere pur sempre, e in maniera incerta, soltanto il provvisorio, il relativo; e riprende la ricerca che costituisce la sua gloria e il suo tormento»¹³⁸.

¹³⁷ MICKLITZ, *The Transformative Politics of European Private Law*, cit., p. 227.

¹³⁸ HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, Torino, 2007, p. 467.

