

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

SPRING-SUMMER 2019

CODEx

IDEOLOGIE E TECNICHE

DELLA (R)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

§ DOVE STA ANDANDO IL CAPITALISMO?

VERSO UNA RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

Ugo Mattei

LA TRASFORMAZIONE DEL CAPITALISMO
E GLI SPAZI PER UNA “POLITICA DEL DIRITTO”

Chiara Giorgi

§ LA CODIFICAZIONE OGGI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA STORICA

CODICE E CORPO SOVRANO.
RIPENSANDO LA STORIA DELLE CODIFICAZIONI EUROPEE

Pier Giuseppe Monateri

LINGUA DEL CODICE E PARADIGMA DELLA LEGGE

Donato Carusi

SCIENZA GIURIDICA E CODIFICAZIONI

Letizia Vacca

§ PERSONE, SOGGETTI, FORMAZIONI SOCIALI, COLLETTIVI

LE PERSONE, I SOGGETTI, LE FORMAZIONI SOCIALI:
NOTE A MARGINE DEL PENSIERO DI STEFANO RODOTÀ *Giorgio Resta*

SOGGETTIVIZZARE LA NATURA? *Rodrigo Míguez Núñez*

§ STATO E POTERI PRIVATI NEL CODICE CIVILE

STATO E POTERI PRIVATI NELLA CODIFICAZIONE CIVILE *Marisa Meli*

IL CIVILE SENSO DELL'AUTONOMIA *Pasquale Femia*

DIRITTO E POTERE NORMATIVO *Mauro Orlandi*

§ BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA

BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO.
GIUSTIZIA ECOLOGICA E DISTRIBUTIVA:
(SOLTANTO) UNA PREMessa *Raffaele Di Raimo*

RIFLESSIONI SU POSSIBILI RIFORME DEL CODICE CIVILE
(A PROPOSITO DI BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO) *Francesco Astone*

NOTE SUL VALORE DELLE "COSE DI ORIGINE UMANA" *Valentina Calderai*

IDEOLOGIE E TECNICHE
PER UNA (R)CODIFICAZIONE
DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA *Maria Rosaria Maugeri*

BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA.
QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ *Andrea Nervi*

§ DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI E FUNZIONE ECOLOGICA

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI,
SOSTENIBILITÀ ECOLOGICA *Daniela Di Sabato*

IL SOCIALE COME BENE COMUNE *Francesco Denozza*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI
E FUNZIONE ECOLOGICA *Giuseppe Ferri jr*

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI
E FUNZIONE ECOLOGICA.
RAPPORTI MONETARI, FINANZIAMENTO E INVESTIMENTO *Maddalena Semeraro*

§ RESPONSABILITÀ, PRECAUZIONE, TUTELE

IDEOLOGIE E TECNICHE
DELLA (RI)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

Filippo Sartori

RESPONSABILITÀ, TUTELE E PRECAUZIONI

Carlo Marchetti

§ DALLA DICOTOMIA PUBBLICO/PRIVATO ALLA DINAMICA
COLLETTIVO/INDIVIDUALE

RIPENSARE LO STATUTO DEL DIRITTO
NELLA DIMENSIONE COLLETTIVA DEGLI INTERESSI

Maria Rosaria Marella

IPOTESI SULL'*IPOTESI*

Michele Spanò

FONTI E METODI PER UNA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

Alessandra Quarta

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

ALL PAPERS SUBMITTED TO *THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN* ARE SUBJECT TO DOUBLE BLIND PEER REVIEW AND TO THE APPROVAL OF THE STEERING COMMITTEE.

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XXV

SPRING-SUMMER 2019

NUMBER 1

CONTENTS

CODEX

IDEOLOGIE E TECNICHE

DELLA (R)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

ARTICLES

§ DOVE STA ANDANDO IL CAPITALISMO

VERSO UNA RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

Ugo Mattei

LA TRASFORMAZIONE DEL CAPITALISMO
E GLI SPAZI PER UNA “POLITICA DEL DIRITTO”

Chiara Giorgi

§ LA CODIFICAZIONE OGGI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA STORICA

CODICE E CORPO SOVRANO.
RIPENSANDO LA STORIA DELLE CODIFICAZIONI EUROPEE

Pier Giuseppe Monateri

LINGUA DEL CODICE E PARADIGMA DELLA LEGGE

Donato Carusi

SCIENZA GIURIDICA E CODIFICAZIONI

Letizia Vacca

§ PERSONE, SOGGETTI, FORMAZIONI SOCIALI, COLLETTIVI

LE PERSONE, I SOGGETTI, LE FORMAZIONI SOCIALI:
NOTE A MARGINE DEL PENSIERO DI STEFANO RODOTÀ

Giorgio Resta

SOGGETTIVIZZARE LA NATURA?

Rodrigo Míguez Núñez

§ STATO E POTERI PRIVATI NEL CODICE CIVILE

STATO E POTERI PRIVATI NELLA CODIFICAZIONE CIVILE

Marisa Meli

IL CIVILE SENSO DELL'AUTONOMIA

Pasquale Femia

DIRITTO E POTERE NORMATIVO

Mauro Orlandi

§ BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA

BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO.
GIUSTIZIA ECOLOGICA E DISTRIBUTIVA:
(SOLTANTO) UNA PREMESSA

Raffaele Di Raimo

RIFLESSIONI SU POSSIBILI RIFORME DEL CODICE CIVILE
(A PROPOSITO DI BENI, PROPRIETÀ E CONTRATTO)

Francesco Astone

NOTE SUL VALORE DELLE "COSE DI ORIGINE UMANA"

Valentina Calderai

IDEOLOGIE E TECNICHE
PER UNA (RI)CODIFICAZIONE
DEL DIRITTO PRIVATO IN ITALIA

Maria Rosaria Maugeri

BENI, PROPRIETÀ, CONTRATTO E GIUSTIZIA ECOLOGICA.
QUALCHE RIFLESSIONE SUL DIRITTO DI PROPRIETÀ

Andrea Nervi

§ DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI E FUNZIONE ECOLOGICA

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI,
SOSTENIBILITÀ ECOLOGICA

Daniela Di Sabato

IL SOCIALE COME BENE COMUNE

Francesco Denozza

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI
E FUNZIONE ECOLOGICA

Giuseppe Ferri jr

DIRITTO PRIVATO, RAPPORTI ECONOMICI
E FUNZIONE ECOLOGICA.
RAPPORTI MONETARI, FINANZIAMENTO E INVESTIMENTO

Maddalena Semeraro

§ RESPONSABILITÀ, PRECUAZIONE, TUTELE

IDEOLOGIE E TECNICHE
DELLA (RI)CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO

Filippo Sartori

RESPONSABILITÀ, TUTELE E PRECAUZIONI

Carlo Marchetti

§ DALLA DICOTOMIA PUBBLICO/PRIVATO
ALLA DINAMICA INDIVIDUALE/COLLETTIVO

RIPENSARE LO STATUTO DEL DIRITTO
NELLA DIMENSIONE COLLETTIVA DEGLI INTERESSI

Maria Rosaria Marella

IPOTESI SULL'*IPOTESI*

Michele Spanò

FONTI E METODI PER UNA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

Alessandra Quarta

FONTI E METODI

PER UNA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

Alessandra Quarta

1. Per lungo tempo, in Europa il dibattito sul futuro del diritto privato è stato dominato dalle sfide poste alla regolazione dalla globalizzazione e dall'internazionalizzazione dei rapporti commerciali. La ricerca di una convergenza tra gli ordinamenti e la descrizione di un nucleo comune di principi e regole¹ da una parte, e, l'elaborazione di categorie giuridiche condivise per guidare interpreti e operatori economici² dall'altra, hanno rappresentato, almeno fino alla crisi economica del 2008, i contributi più importanti per affrontare uno scenario transnazionale.

La crisi economica ha rappresentato uno spartiacque molto significativo per lo studioso che voglia interrogarsi sulle funzioni, sulle forme e sulle fonti del diritto privato. Essa, infatti, ha sancito la crisi della dicotomia pubblico-privato e inaugurato una fase di ricerca di nuovi paradigmi capaci di spiegare il rapporto tra autonomia privata e interessi generali.

In questa indagine, l'impostazione che parrebbe fin qui essersi imposta nella cultura giuridica europea è quella che ha descritto un diritto privato europeo regolatorio³. Essa si concentra sul tema della regolazione delle attività economiche e, in particolare, su settori chiave dell'economia dell'Unione europea, come l'energia, le telecomunicazioni, i trasporti, la finanza, la salute e il turismo, che negli anni di politiche economiche neoliberali sono stati il primo bersaglio dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione.

In questi settori, sarebbe possibile descrivere regole del diritto privato che assolvono una funzione regolatoria e che, pertanto, lavorano come dispositivi a cui è riconosciuta la

¹ Il riferimento è ai lavori del progetto Common Core of European Private Law. Si v. BUSSANI, MATTEI, *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, 2002. Per una ricostruzione, v. anche GERBER, *The Common Core of European Private Law: The Projects and Its Books*, in *The American Journal of Comparative Law*, 52, 4, 2004, pp. 995-1001.

² Si v. il Draft Common Frame of Reference.

³ MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 28, 2008, pp. 3-59. V. anche ZOPPINI, *Diritto privato v. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, pp. 515-530.

capacità di realizzare obiettivi di *public policy*. Seguendo questo itinerario, il diritto privato starebbe transitando dall'autonomia alla regolazione⁴, diventando l'infrastruttura per promuovere la competizione nel mercato unico europeo e per assicurare transazioni eque.

Il discorso mira a offrire un punto di vista generale, nonostante prenda le mosse da un'analisi settoriale: il diritto privato regolatorio consente di far emergere dallo studio dei settori economici individuati almeno due principi, utili a orientare l'interpretazione anche in altre aree della materia giusprivatistica: si tratta dell'autonomia regolata e del concetto di "access justice". Se il primo principio intende mettere in evidenza la natura elastica dell'autonomia privata, che può essere ristretta oppure estesa a seconda degli obiettivi di politica del diritto che si intende raggiungere all'interno del mercato, il secondo principio guarda ai modi e alle forme con cui è assicurato l'accesso, tra gli altri, alle infrastrutture, alle informazioni o ai servizi di interesse generale.

Gli assunti del diritto privato regolatorio, che affondano le proprie radici culturali e ideologiche nell'ordoliberalismo, potrebbero essere messi in discussione rilevando un'eccessiva fiducia nei confronti del pubblico. Infatti, nonostante la crisi della dicotomia pubblico-privato sia uno dei motori della ricerca di un nuovo paradigma, il principio di autonomia regolata finisce per continuare a credere che a tenere i capi dell'elastico dell'autonomia privata ci sia un legislatore o, almeno, un'autorità indipendente capace di assicurare tensioni di diversa intensità. Volendo credere che tale convinzione sia dimostrata almeno nei settori economici individuati dal diritto privato regolatorio, resta il dubbio che il principio possa essere verificato anche in altri ambiti.

Il pensiero corre subito al mercato unico digitale e ai suoi attori, colossi che la regolazione non è in grado di domare. Non è un caso che la *self-regulation* e la *co-regulation* siano diventate le strategie più diffuse della regolazione⁵. D'altra parte, il rischio che accompagna il principio dell'accesso è quello di fermarsi a una garanzia formale che, di per sé, non è sufficiente a garantire percorsi di giustizia sociale.

L'aspetto più interessante dell'impostazione che stiamo esaminando riguarda

⁴ COMPARATO, *Public Policy through Private Law: Introduction to a Debate on European Regulatory Private Law*, in *European Law Journal*, 2016, p. 622.

⁵ ORTIZ (a cura di) *Internet. Competition and Regulation of Online Platforms*, 2016; GAMITO, *Regulation.com. Self-regulation and Contract Governance in the Platform Economy. A research agenda*, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, pp. 53-68.

l'attribuzione al diritto privato di un ruolo nella definizione di public policy: quasi a dire che anche nel privato può essere ravvisato del pubblico⁶.

2. Questa capacità e questa funzione del diritto privato, consistente nel fornire strumenti e soluzioni per coordinare posizioni non necessariamente antagoniste e tendere verso uno scopo condiviso, possono essere osservate non soltanto all'apice della piramide dei rapporti sociali ed economici, ma anche alla sua base, nell'azione di movimenti, associazioni e gruppi informali. In questa sede, l'obiettivo di public policy non coincide con il garantire il benessere sociale tramite la concorrenza nel mercato, ma nell'attuare forme di supplenza al welfare state e soluzioni di redistribuzione orizzontale delle risorse attraverso forme di organizzazione e di condivisione per reagire alle diffuse disuguaglianze prodotte dalla crisi economica⁷. Il modello europeo di welfare state, infatti, istituzionalizzando il principio di solidarietà, tutelava i legami sociali e aveva l'obiettivo di equilibrare le differenze. Questo meccanismo è oggi inceppato e assume il volto degli sfrattati per morosità incolpevole e a cui l'edilizia residenziale pubblica non offre una alternativa, di coloro che manifestano contro la chiusura del più vicino presidio ospedaliero, delle famiglie che chiedono maggiori servizi per l'infanzia o che affrontano quotidianamente il dramma della riduzione del fondo pubblico per le persone non auto-sufficienti. In queste situazioni, l'ingiustizia è percepita a partire dal caso concreto e la reazione produce risposte immediate a bisogni comuni, che ricostruiscono legami sociali e inventano nuove forme di organizzazione, distribuzione e uso delle risorse⁸. Possiamo ricondurle sotto il più largo cappello della cooperazione sociale o definirle, seguendo gli insegnamenti di Stefano Rodotà, istituzioni della solidarietà⁹. Da queste, è possibile ricavare nuovi indici di concettualizzazione del diritto privato¹⁰.

⁶ SPANÒ, *Zona Cesarini. Linee per una rilettura de Il diritto dei privati*, p. 125 ss. in CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, ultima edizione a cura di M. Spanò, Macerata 2018.

⁷ Si consenta il rinvio a QUARTA, SPANÒ` (a cura di), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, Verona 2017.

⁸ Sul ruolo dell'organizzazione nella circolazione della ricchezza, v. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933.

⁹ RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2014.

¹⁰ Su questi temi v. anche MATTEI, QUARTA, *The Turning Point in Private Law: Technology, Ecology and the Commons*, Cheltenham 2018 (tr. It. *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, San Sepolcro 2018).

3.A ben vedere, la sfida dell'autonomia sociale investe le regole di default¹¹ e, in particolare, quei principi essenziali attorno cui esse sono state pensate. Se nell'ambito delle persone e delle comunità, è il principio dell'informalità a guadagnare terreno¹², nel campo del diritto di proprietà, è possibile tornare a discutere di retroterra non-proprietario, esclusione e accesso¹³. Analogamente, nel diritto dei contratti, il paradigma dello scambio arretra a favore di accordi capaci di organizzare interessi convergenti¹⁴.

La dimensione geografica di questa produzione di regole ha carattere fortemente locale: assistiamo a sperimentazioni diffuse ma particolari, generalmente non standardizzate ma che nascono all'esito della ricerca di soluzioni a problemi comuni. La scala locale¹⁵ è un altro elemento originale della produzione delle regole del diritto privato che diventa particolarmente problematico quando il pubblico (generalmente le città) cerca di intervenire per raccogliere la tipicità delle soluzioni maturate nell'ambito dell'esercizio dell'autonomia sociale. In questo senso, la crisi della dicotomia pubblico-privato¹⁶ sta alimentando una sorta di particolarismo giuridico, che in termini di tutele e di garanzie solleva numerosi interrogativi.

Tutti questi elementi disegnano uno scenario frammentato e complicato, all'interno del quale non è facile orientarsi. Ciononostante, è in questo labirinto di soluzioni e sperimentazioni che va cercato il nucleo comune di nuove declinazioni degli istituti del diritto privato. La tipicità sociale e regolatoria che deve ispirare l'interprete non si annida soltanto nel vertice della piramide, occupata dai grandi attori del mercato, ma anche alla sua base. Sono tutte forze vive del diritto¹⁷, che producono norme giuridiche e disegnano percorsi interpretativi che potranno guidare l'interprete a individuare le

¹¹ MATTEI, *Regole sicure. Analisi economico-giuridica per il notariato*, Milano, 2006.

¹² A questo tema è dedicato il progetto Generative European Commons Living Lab, finanziato dal programma dell'Unione europea H2020 (Grant Agreement n. 822766) e coordinato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

¹³ QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016.

¹⁴ AGOSTINELLI, *Autonomia iniziativa dei privati nell'economia solidale: nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli 2018; NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2014, p. 184; PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giustizia Civile*, 2017, pp. 809-835. Anche in materia di responsabilità civile, non mancano recenti riflessioni sul rapporto tra tort law e comunità: v. TILLEY, *Tort Law Inside Out*, 126 Yale L.J., 2017, p. 1320 ss.

¹⁵ Si interroga sul ruolo del localismo e sui conflitti che possono sorgere tra enti locali e legislatore statale DAVIDSON, *The Dilemma of Localism in Era of Polarization*, in 128 Yale L.J., 2018-2019, pp. 872-1173.

¹⁶ Sul punto, v. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011; BENACCHIO, GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli 2016.

¹⁷ NADER, *Le forze vive del diritto: un'introduzione all'antropologia giuridica*, Napoli, 2003.

nuove concettualizzazioni del diritto privato¹⁸.

4. La fase che stiamo vivendo, insomma, imporrebbe al giurista prima di tutto il lavoro dell'etnografo. Le categorie del diritto privato si stanno trasformando sotto la spinta del diritto dei privati, fornendo indici utili a ripensare le regole cristallizzate nei codici. Occorrerebbe mapparle, individuarne i tratti caratteristici e da lì, iniziare la discussione sui margini di azione di una possibile riforma. Le proposte di adeguamento delle categorie giuridiche al nostro tempo passano necessariamente da una fase di ascolto, per evitare di generare sistemazioni giuridiche che, pur compiendo avanzamenti formali, restano indietro rispetto alle prassi sociali.

Si tratta di rendere il lavoro di ripensamento delle categorie giuridiche somigliante alla realtà, immagine delle trasformazioni politiche e sociali che stiamo attraversando; si tratta, a mio avviso, di farlo erodendo le categorie che già abbiamo, lavorando sul loro chiaro-scuro, sulle opposizioni che racchiudono e che devono essere messe in luce per rompere le binarizzazioni figlie del capitalismo industriale, lo scenario produttivo entro cui si colloca il diritto privato novecentesco e che oggi è affiancato e per certi versi superato dal capitalismo cognitivo e da quello di sorveglianza¹⁹.

Ciò è tanto più necessario se si considera che non abbiamo dei chiari punti fermi. Oggi siamo consapevoli della impossibilità di astrarre il soggetto giuridico, della fallacia della razionalità economica del consumatore, dell'emersione di sensibilità ecologiche in grado di orientare le forme dell'autonomia privata: la frammentazione e il particolarismo, tuttavia, complicano i tentativi di ricondurre questi indizi a un quadro unitario.

Per questo, al giurista non resta che immergersi in queste nuove arene della giuridicità, molte delle quali sono ancora tutte da esplorare, prendendo atto che il principale spostamento dei paradigmi con cui occorre misurarsi è quello segnato dal passaggio dall'individuo al collettivo²⁰.

¹⁸ Si interroga sulle concettualizzazioni del diritto privato in rapporto all'efficacia dei principali paradigmi teorici, HEDLEY, *The Rise and the Fall of Private Law Theory*, in *Law Quarterly Review*, 2018, 134, pp. 214-238.

¹⁹ ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, 2019.

²⁰ MARELLA, *Tre snodi strategici per ripensare lo statuto del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2018, p. 9 s.