

Giorgio Giannone Codiglione

**I PRIVATI NEL DIRITTO: MOLTIPLICAZIONE
DEGLI INTERESSI E FRAMMENTAZIONE DELLE
IDENTITÀ. NOTE A MARGINE DEL VOLUME DI P.
RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, “DIRITTO
PRIVATO. UNA CONVERSAZIONE”.**

Working Paper 5/2017

ISSN 2531-9728

Diritti comparati. Working paper [Online]

Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino,

Giorgio Repetto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano

E-mail: submissions@diritticomparati.it

Data di pubblicazione: 22/06/2017

Giorgio Giannone Codiglione

**I PRIVATI NEL DIRITTO: MOLTIPLICAZIONE DEGLI INTERESSI E
FRAMMENTAZIONE DELLE IDENTITÀ. NOTE A MARGINE DEL VOLUME DI P.
RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, “DIRITTO PRIVATO. UNA
CONVERSAZIONE”.**

Dottore di ricerca

Università di Salerno

Il volume *Diritto privato. Una conversazione*, edito per i tipi de “Il Mulino” (Bologna, 2017), condensa in poco più di duecento pagine le riflessioni sulla complessità della materia giusprivatistica scaturite dal dialogo tra Pietro Rescigno – Linceo, Emerito a “La Sapienza”, Maestro della civilistica italiana e sempre curioso indagatore delle sue evoluzioni (e involuzioni) – ed i suoi colleghi e ancor prima allievi Giorgio Resta e Andrea Zoppini, rispettivamente Professori di diritto comparato e privato nell’Università di Roma Tre.

Lo stile scelto – quello dell’intervista/conversazione tra studiosi di una branca della scienza giuridica – garantisce l’esposizione sintetica di questioni e suggestioni che descrivono l’essenza pura del pensiero di Rescigno, le impostazioni metodologiche, dogmatiche e *lato sensu* teoriche della sua esperienza di ricerca ed insegnamento¹. Dall’altra parte, ogni domanda posta al Maestro innesca un processo di riflessione ed espansione delle tematiche affrontate che coinvolge intervistatori ed intervistato in un fitto scambio di opinioni. La narrazione non si esaurisce infatti nell’elencazione di soluzioni e risposte offerte “a caldo” al lettore, ma si ramifica in un processo di induzione, ponderazione e “messa a sistema” degli argomenti discussi nel corso di una serie di incontri.

Ove lo si volesse rappresentare in termini grafici, ad una prima lettura il lavoro appare strutturato nella forma di una mappa concettuale in cui confluiscono, come emersi da un esercizio di *brain storming*, temi sovente eterogenei, ordinati in categorie che fissano gli elementi e le caratteristiche distintive di un modello tradizionale, per poi protendere verso la ricerca del “diritto futuro” dei privati. Un ruolo centrale e di orientamento in questo esercizio ricognitivo è

¹ Tale panoramica è completata dalla ricostruzione bibliografica delle opere di Pietro Rescigno curata da Fausto Caggia, ragionata e modellata intorno alla partizione in capitoli del libro (pp. 237-254).

rintracciabile nella meditata postfazione “preparatoria” di Andrea Zoppini, che traccia le linee-guida metodologiche e contenutistiche della discussione².

La prima parte del libro, dedicata all’ontologia del diritto privato³, è paradigmatica di tale impostazione analitico-critica: l’esperienza di studio di Rescigno inizia all’indomani della seconda guerra mondiale ed abbraccia gli ultimi settant’anni di storia, evocando nel lettore l’immagine del diritto codificato come «diritto di ragione che serve agli usi borghesi»⁴, rappresentativo di un insieme omogeneo di interessi di una determinata classe, che progressivamente muta e si frammenta in linea orizzontale, per via legislativa o giurisprudenziale⁵ e ancora verticalmente, sotto la penetrante azione orientativa, integrativa, suppletiva o concorrente esercitata da sistemi di norme eteronome di rango primario, o ancora autonome e multi-livello⁶.

Da questa prima riflessione si sviluppa chiaramente la dicotomia propria del discorso giusprivatistico contemporaneo, che risiede nel rapporto tra il principio di uguaglianza formale e trattamento paritario dei rapporti privati, inteso come strumento di affermazione dell’autonomia individuale – e dunque come potere di scelta e libera disposizione di diritti soggettivi riconosciuti dall’ordinamento (siano essi relativi a beni materiali o immateriali) – e la prospettiva interpretativa evolucionistica, che percepisce le tensioni ed i mutamenti sociali, garantendo l’assolvimento di poteri pubblicistici quali il riequilibrio e la tutela di interessi e situazioni giuridiche connotate dal paradigma della diseguaglianza.

In questo quadro, in cui il diritto privato si apre al pluralismo ponendosi in funzione “descrittiva” (ovvero di ricognizione delle diversità) e “prescrittiva” (a garanzia e promozione di

² A. ZOPPINI, *Appunti per un’intervista sul diritto privato*, in P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, pp. 215-234.

³ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 13-45.

⁴ Riprendendo l’ideologia di un diritto privato generalizzante, ma al contempo particolarissimo, riconducibile in primo luogo al pensiero di Jean Domat: v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, spec. p. 182 s.

⁵ Dal processo di costante sottrazione di materie alla visione armoniosa e per certi versi centralizzata del diritto privato codificato (N. IRTI, *L’età della codificazione*, 4^a ed., Milano, 1999, *passim*), passando poi per il processo di ‘giuridificazione’ (nonché alla progressiva tutela ‘procedimentalizzata’) di alcuni interessi o rapporti nuovi o prima sottratti alla materia privatistica. Cfr. P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 83 s. e per una ricostruzione del fenomeno con riferimento alla tutela della persona e dei diritti della personalità attenta al dato comparatistico e, in particolare, alle influenze delle correnti giusrealiste o comunque antiformaliste v. G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Napoli, 2005, pp. 377-419.

⁶ Dalla ‘costituzionalizzazione’ del diritto privato al diritto europeo dei principi e diritti fondamentali, sino a giungere alla regolazione condotta dagli operatori di mercato o indotta da architetture normative disegnate per perseguire modelli ordoliberali di efficienza e tutela della concorrenza (P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, cit., pp. 34, 75, 87). Per una ricostruzione di tali diversi (ma interconnessi) fenomeni in chiave pluriordinamentale si rimanda, senza pretesa di esaustività a F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Roma-Bari, 2013, pp. 157 ss.; P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in *Comp. e dir. civ.*, 2010; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, pp. 72-94.

un sistema di valori)⁷, il suo ‘linguaggio’ penetra e conquista, ad esempio, l’“isola” dei rapporti familiari e, in senso più ampio, offre una protezione sempre più estesa di interessi non patrimoniali. Dall’altra parte – rimarca Rescigno – l’ampliamento di una sfera di interessi privatistici a carattere non patrimoniale non afferma solo la rilevanza delle valutazioni sui profili ‘moralì’ della persona, ma conferma l’efficacia e l’effettività di un modello di tutela ‘mediata’ degli interessi emergenti, letti attraverso la lente della loro rilevanza economica e, quindi, in definitiva, sottoposti ad un processo di ‘patrimonializzazione’⁸.

La comunicazione tra sfera privata e poteri pubblicistici in un continuo “gioco delle parti”, svuota quasi completamente di senso le partizioni elaborate nei tradizionali modelli di *civil law*⁹: volgendo ai rapporti tra diritto privato municipale e fonti sovranazionali, un esempio lampante è rappresentato dall’estensione del modello di ragionamento giudiziale per “principi” e “clausole generali” nel campo del diritto comunitario¹⁰ e, nello specifico, con riferimento al ruolo sempre più rilevante ricoperto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nell’ambito dell’assolvimento dei poteri di cui all’art. 267 del TFUE.

La tecnica del “bilanciamento” e del “giusto equilibrio” tra diritti e libertà fondamentali attuata dalla Corte di Lussemburgo per risoluzione specifiche questioni pregiudiziali – senza dimenticare i modelli impliciti o espliciti di ricezione delle decisioni della Corte EDU – penetra negli ordinamenti nazionali anche a prescindere da qualsivoglia effetto normativo diretto o indotto (regolamenti o direttive) incidendo sul complessivo assetto di valori di una data

⁷ Il discorso sulle funzioni di tipo “descrittivo” e “prescrittivo” riconosciute al diritto privato viene proposta e poi sviluppata nel volume seguendo una duplice visione storico-evolutiva: il diritto privato, sintetizza Giorgio Resta, è custode e promotore di un sostrato storico e valoriale che favorisce una lettura della complessità sociale filtrata attraverso la funzione ordinante della categorie privatistiche. Cfr. P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 17 s., 61 s. e sulla convergenza e divergenza delle letture storicistiche e sociologiche del diritto nella prospettiva della ricerca e della ricostruzione della complessità del reale v. per tutti A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 6^a ed., Milano, 2008, pp. 154 ss., 255.

⁸ All’argomento è dedicato il cap. VI del volume, ma esso ricorre anche in altri punti della conversazione: cfr. P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 77-100, 178 s.

⁹ Nella dottrina italiana, con riferimento alla «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato nel senso di «distinzione totale», che scandisce ciclicamente la storia e le teorizzazioni dei sistemi giuridici moderni, adottato da N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2187-2200 e ora in *Dalla struttura alla funzione*, Bari-Roma, 2007, pp. 122-138, ma v. anche S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 696 ss. e R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, pp. 237-246, il quale descrive la progressiva compenetrazione del diritto pubblico nelle dinamiche privatistiche nell’ambito della distinzione tra società a potere diffuso e società a potere centralizzato, cui poi si ricollegano le diverse teorie giustificatrici siano esse di carattere filosofico, politico, economico.

¹⁰ Sul punto v. le riflessioni espresse da S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 57-89; F.D. BUSNELLI, *La «danza dei principi»: diritto naturale, diritto positivo, bioetica*, in *Il diritto privato nella società moderna*, cit., pp. 225 ss.; G. ALPA, voce *Principi generali* (I agg.), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2014 e in precedenza ID., *L’applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell’uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 873 ss., in cui A. sottolinea il ruolo di preminenza ricoperto dai diritti fondamentali non soltanto nel processo di uniformazione e ravvicinamento dei singoli ordinamenti nazionali, ma anche come limite interno di applicabilità delle norme comunitarie.

esperienza giuridica nazionale e sovente trascendendo (o obliterando) le soluzioni adottate dagli Stati membri in materie tradizionalmente di competenza del diritto privato, quali la tutela della proprietà¹¹, la protezione degli *Individual- e Immaterialgüter rechte*¹², o ancora coinvolge segmenti già decodificati come la disciplina della concorrenza ed il diritto del lavoro¹³.

Prendendo ad esempio in esame l'osservatorio in perpetua evoluzione del diritto delle comunicazioni elettroniche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, è difatti possibile individuare e sintetizzare, seppur in maniera non esaustiva, tre distinti effetti, che operano valicando il mero spazio delle relazioni orizzontali tra Stato e cittadino¹⁴.

¹¹ Un discorso critico è stato ad esempio condotto con riferimento alla nozione neoliberista di proprietà promossa da Carta di Nizza, Convenzione EDU e la “funzione sociale” della proprietà consolidatasi nell’esperienza italiana del diritto privato costituzionalmente orientato: cfr. P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 104-106, ma si v. anche C. SALVI, *La proprietà privata e l’Europa. diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 409 ss.; ID., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 2, pp. 437-458; M. COMPORTE, *Diritti reali in genere*, 2^a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, p. 167; L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 575-624.

¹² Volendo riproporre la fortunata partizione Kohleriana, cui si ricollegano le nozioni civilistiche di “diritti della personalità” e di “beni immateriali”: sul punto, come si avrà modo di discutere tra breve *infra*), la riflessione può ampliarsi ove si guardi al diverso fenomeno di estensione della c.d. *judicial legislation* anche a materie già oggetto di regole di dettaglio quali il diritto alla protezione dei dati personali, rispetto al quale di recente la giurisprudenza comunitaria non si è limitata ad indicare la corretta via ermeneutica rispetto all’applicazione o alla portata di una data normativa, ma ha inciso in via diretta sul catalogo dei rimedi disponibili introducendo - volendo ragionare *a contrario* - nuove situazioni giuridiche soggettive (e nuovi doveri) relativi all’adeguatezza e alla conformità delle informazioni indicizzate dai motori di ricerca.

¹³ Il riferimento è chiaramente alla funzione “politica” delegata alle leggi economiche (su cui, in una bibliografia sconfinata si vedano, da diverse prospettive, ad es. M. FOCALTY, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2004, spec. pp. 83 ss.; D. HARVEY, *Breve storia del neoliberismo*, Milano, 2007 e con riguardo all’esperienza costituzionale italiana ancora attuale appare la raccolta di commenti al volume di N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, consultabili in AA.VV., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*) e alla degradazione del diritto al lavoro (ma anche a tutti i diritti sociali riconducibili alle politiche di *welfare*) ad una prospettiva consumeristica o comunque orientata verso il perseguimento di obiettivi di efficienza pareto-ottimale: per una chiara ricostruzione di tali dinamiche cfr. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, pp. 167-178; S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari-Roma, 2014, p. 34 s.; L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2012, pp. 211 ss., 237; A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito*, in *Contr. impr.*, 2016, 1, pp. 124 ss., ma anche G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell’economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 725 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, pp. 14 ss.

¹⁴ Di necessità di leggere il sistema dei diritti fondamentali in un quadro segnato dalla minaccia all’integrità psico-fisica degli individui messa in atto da una molteplicità di processi comunicativi di matrice anonima, autonomizzata e globalizzata discute G. TEUBNER, *Giustizia nell’era del capitalismo globale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 198 ss., individuando in esso una molteplicità di funzioni che agiscono al di fuori di ogni tradizionale ‘effetto orizzontale’, azionando limiti e protezioni “negative”, aventi la forma di diritti istituzionali (autonomia dei discorsi sociali), personali (autonomia dei rapporti tra privati) e umani (integrità dei corpi e delle menti degli individui).

I diritti fondamentali come *principi*¹⁵, sovrintendono le regole comunitarie di settore e il loro recepimento ad opera degli Stati membri, armonizzando o correggendone, ove necessario, effetti e scopi (funzione conformatrice)¹⁶. Diritti fondamentali di diverso contenuto possono essere oggetto di bilanciamento al fine di apprestare la soluzione di un caso concreto, assicurando il “giusto equilibrio” tra gli interessi coinvolti, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità¹⁷. Ciò accade di frequente in relazione ai conflitti tra libertà d’impresa, diritti di proprietà intellettuale, libertà d’espressione e di informazione, o ancora con riguardo alla protezione dei dati personali¹⁸. Ad esempio, nel caso *Digital Ireland*, la Corte ha invalidato un’intera direttiva sulla conservazione dei dati personali nei servizi di comunicazioni

¹⁵ In questo esercizio di sintesi si sono adottate seppur in linea generale, le definizioni apprestate da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 101 ss., tra cui appunto quella che guarda ai diritti fondamentali come «precetti di ottimizzazione», che si avvicina al concetto di «norme su norme» proposto da N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 888 ss., nella consapevolezza della polisemia del termine, ma anche dell’eccedenza rispetto al contenuto delle singole norme (P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto*, Atti dei convegni Lincei, 96, Roma, 1992, p. 339). Per una rassegna storico-comparativa sui diversi significati e ruoli riconosciuti nel tempo alla nozione di ‘principio generale’ in relazione alla sistematica dei diritti fondamentali si v. G. ALPA, voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1996, pp. 360 ss.; R. GUASTINI, *La grammatica dei diritti*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Roma-Bari, 2013, pp. 49 ss.

¹⁶ Di valenza correttiva/integrativa discute altresì G. OPPO, *L’esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 237, ma v. anche A. GAMBARO-R. PARDOLESI, *L’influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in A. PIZZORUSSO-V. VARANO (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, pp. 5 ss.

¹⁷ Sulla categoria dei diritti fondamentali “inviolabili” (quali il principio di dignità dell’uomo), intesi come principi generali ex art. 12 delle preleggi e già in sé contenenti dei modelli decisionali (ma sovente ponderati con tecniche argomentative analoghe a quelle del bilanciamento) e quella dei diritti fondamentali “non assoluti”, soggetti al coordinamento e bilanciamento con le altre norme costituzionali di contenuto configgente, si rimanda al contributo di L. MENGONI, *Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, cit., pp. 317-328, spec. p. 324 ss., ma si v. anche P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, spec. pp. 32 ss.

¹⁸ Cfr. ad es. CGE, sent. 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU*, in *Racc.*, 2008, I-271, par. 70: «le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 non impongono agli Stati membri, in una situazione come quella oggetto della causa principale, di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l’effettiva tutela del diritto d’autore nel contesto di un procedimento civile. Tuttavia, il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di queste direttive, abbiano cura di fondarsi su un’interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico comunitario. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un’interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità»; CGE, sent. 24 novembre 2011, causa C-70/10 *Scarlet Extended SA c. SABAM*, in *Racc.*, 2011, I-11959, par. 53: «Pertanto, occorre dichiarare che, adottando l’ingiunzione che costringe il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l’obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall’altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni» e in maniera quasi analoga cfr. CGE, sent. 12 marzo 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*, in *Racc. dig.*, (www.curia.europa.eu), 2012, par. 40.

elettroniche accessibili al pubblico per fini di sicurezza pubblica, ritenendola eccedente i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità in relazione agli articoli 7 ed 8 della Carta¹⁹.

I diritti fondamentali come *valori*, possono essere adoperati al fine di imporre un ordine gerarchico preconstituito (o di massima) tra gli interessi coinvolti nelle dinamiche comunicative (funzione ordinatrice)²⁰. Ne è testimonianza la pronuncia nel caso *Google Spain*, in cui nell'ambito dell'accesso alle funzioni di ricerca in Internet, la Corte di giustizia ha collocato i diritti fondamentali di solidarietà ad un livello di tutela più elevato e in linea di principio sovraordinato agli interessi economici degli intermediari, nonché a quelli del pubblico²¹.

¹⁹ CGE, sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger et al.*, in *Dir. inf.*, 4-5, 2014, pp. 851 ss., parr. 65-69: «la direttiva 2006/24 non prevede norme chiare e precise che regolino la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta. Pertanto, è giocoforza constatare che tale direttiva comporta un'ingerenza nei suddetti diritti fondamentali di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario. (...) la direttiva 2006/24 non prevede garanzie sufficienti, come richieste dall'articolo 8 della Carta, che permettano di assicurare una protezione efficace dei dati conservati contro i rischi di abuso nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati. Infatti, in primo luogo, l'articolo 7 della direttiva 2006/24 non prevede norme specifiche e adatte alla vasta quantità dei dati di cui la direttiva impone la conservazione, al carattere sensibile dei suddetti dati nonché al rischio di accesso illecito a questi ultimi, norme che servirebbero, in particolare, a regolare in maniera chiara e precisa la protezione e la sicurezza dei dati di cui trattasi, al fine di garantirne la piena integrità e riservatezza. (...) In particolare, la direttiva 2006/24 non garantisce la distruzione irreversibile dei dati al termine della durata di conservazione degli stessi. In secondo luogo, si deve aggiungere che tale direttiva non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un'autorità indipendente, esplicitamente richiesto dall'articolo 8, paragrafo 3, della Carta, del rispetto dei requisiti di protezione e di sicurezza, quali richiamati ai due punti precedenti. (...) Alla luce dell'insieme delle osservazioni che precedono, si deve considerare che, adottando la direttiva 2006/24, il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta».

²⁰ Il richiamo all'*Objektive Wertordnung der Grundrechte* è connesso alla diretta influenza esercitata dal sistema dei diritti fondamentali del *Grundgesetz* tedesco sull'ordinamento giuridico dello Stato, sancita per la prima volta dal *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza *Lüth* del 1958. Come è noto tale effetto, che impone una visione costituzionalmente orientata di tutti i settori dell'attività giuridica statale, è stato descritto dalla dottrina come un fenomeno di "irradiazione". Nella giurisprudenza tedesca cfr. BVerfG, 15 gennaio 1958 - 1 BvR 400/51, in *NJW*, 1958, 257 e BGH, 23 giugno 2009 - VI ZR 196/08, in *NJW*, 2009, 2888 e in dottrina ancora R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 162 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Roma-Bari, 2012, p. 724 ss. e G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 177-198.

²¹ CGE Grande sez., sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Costeja González*, in *Dir. inf.*, 4-5, 2014, p. 535 s.: «Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare (...) che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona». L'importanza di tale pronuncia con generale riferimento alla tutela dei diritti fondamentali in Internet è enfatizzata da S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 92 s. e sull'argomento in precedenza ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 35, in cui l'A. si domandava «allora, se

I diritti fondamentali come *regole* esprimono diritti pieni, pretese super-soggettive dotate di efficacia cogente nei rapporti orizzontali tra privati, ma anche tra differenti ordinamenti statuali²² (funzione ausiliaria/concorrente). Seguendo la teorica dei diritti fondamentali di stampo costituzionale si suole parlare di *unmittelbare Drittwirkung* (effetto immediato), in cui è la norma costituzionale ad incidere direttamente sui rapporti privatistici poiché da essa derivano diritti soggettivi privati dell'individuo²³, contrapponendola alla *mittelbare Drittwirkung*, effetto mediato che la norma primaria esercita a livello interpretativo sulle regole sottostanti²⁴. Sia nella sentenza *Google Spain*²⁵ che nel caso *Schrems*²⁶, la Corte di

davvero il sistema della Carta legittimi un bilanciamento libero tra i diversi valori proclamati, se tra essi vi sia una equivalenza gerarchica».

²² Nel senso di 'norme morali', attuate dal potere giudiziario, addotte come ragioni per l'esercizio di diritti individuali, ammettendo una rigida osservanza anche da parte dello stesso legislatore, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. a cura di F. ORIANA-G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, spec. pp. 172 ss.; ID., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, 1986, pp. 40 ss. In argomento v. anche L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, pp. 2771 ss.; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 132 ss. Ricorda J.H. MERRYMAN, *General Principles of Law and the Convergence of Legal Systems*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 50, che l'applicazione dei principî generali nella pratica legale permette di verificare la distribuzione dell'autorità legale tra gli individui, le autorità locali e lo Stato, in altri termini offrendo un interessante prospettiva di analisi su come ogni singolo ordinamento giuridico si pone rispetto al problema del pluralismo delle fonti.

²³ Il tema coinvolge in maniera sempre più crescente anche la dottrina civilistica italiana: cfr. ad es. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'unione europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, pp. 712 ss.; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2015, pp. 743 ss. nei quali si analizza sul piano teorico e pratico l'impatto della giurisprudenza comunitaria nell'applicazione orizzontale delle libertà fondamentali. Per una raccolta di questi e altri saggi sul tema si rimanda a F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, disp. sotto licenza creative commons all'url: <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/liberta/issue/view/96/>.

²⁴ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 560 ss. Sull'elasticità del concetto di "diritto fondamentale" nel contesto della c.d. teoria dinamica v. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, pp. 26 ss.

²⁵ CGE Grande sez., causa C-131/12, *Google Spain*, cit., par. 77: «Le domande ai sensi degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 possono essere direttamente presentate dalla persona interessata al responsabile del trattamento, il quale deve in tal caso procedere al debito esame della loro fondatezza e, eventualmente, porre fine al trattamento dei dati in questione. Qualora il responsabile del trattamento non dia seguito a tali domande, la persona interessata può adire l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie e ordinino al suddetto responsabile l'adozione di misure precise conseguenti».

²⁶ Cfr. CGE Grande sez., sent. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, in *Dir. inf.*, 475, 2015, pp. 603-635, par. 95 ss.: «In particolare, si deve ritenere che una normativa che consente alle autorità pubbliche di accedere in maniera generalizzata al contenuto di comunicazioni elettroniche pregiudichi il contenuto essenziale del diritto fondamentale al rispetto della vita privata, come garantito dall'articolo 7 della Carta. Analogamente, una normativa che non prevede alcuna possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici al fine di accedere a dati personali che lo riguardano, oppure di ottenere la rettifica o la soppressione di tali dati, non rispetta il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito all'articolo 47 della Carta. Infatti, l'articolo 47, primo comma, della Carta esige che ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati abbia diritto ad un ricorso

giustizia utilizza l'argomento dei diritti fondamentali per riconoscere ai privati facoltà, poteri o precisi standard di tutela che hanno contenuto maggiore rispetto a quello fissato dalla disciplina settoriale e ancora prescindono dall'intervento dell'autorità giudiziaria competente o dalla giurisdizione degli Stati sovrani, configurandosi come autonomi diritti soggettivi²⁷.

Il costante dialogo tra il sistema di interpretazione per via giurisprudenziale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e gli ordinamenti degli Stati membri, a loro volta frutto di un percorso di orientamento costituzionale (prima) e adeguamento comunitario (dopo), pare ingenerare due tendenze contraddittorie²⁸: da un lato l'impatto dei diritti fondamentali intesi come 'principi generali' garantisce l'evoluzione uniforme delle regole relative a materie sottoposte costantemente all'azione destabilizzatrice della tecnica e del mercato, con effetti benefici sul piano giuspolitico della certezza del diritto e – in assenza di una Costituzione europea – della conformità a valori costitutivi comuni quali la dignità dell'uomo e la responsabilità verso le generazioni future²⁹.

effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo. A tal riguardo, l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è inerente all'esistenza di uno Stato di diritto».

²⁷ Si potrebbe in quest'ottica richiamare ciò che alcuna dottrina ha inteso come una «superregola positiva» (R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015, p. 75), o comunque come regola operativa capace di applicazioni pratiche (ID., *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 163 s.), dotata di una «funzione normativa autonoma», che produce di per sé «effetti omogenei a quelli di ogni altro atto normativo che possa derivare dalla stessa fonte da cui essi provengono» (A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., pp. 239 ss., 252). Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 726 s., 821, 824, i diritti fondamentali sono diritti o situazioni soggettive positive e non costituenti (poiché nascenti sempre da una fonte normativa), interessi giuridicamente protetti in forma di aspettative positive o negative, che operano non solo nell'ambito del c.d. stato di diritto pubblico, ma ne valicano i confini e estendono la propria effettività allo «stato di diritto civile» e allo «stato di diritto internazionale». Discute dei diritti fondamentali come strumenti che orientano l'attività statale verso l'effettiva garanzia delle posizioni soggettive, soprattutto nell'ambito delle relazioni fra privati G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 801 ss. e *ivi* ampi riferimenti bibliografici.

²⁸ Di «cortocircuito tra l'orientamento dottrinale teso a enfatizzare il ruolo delle clausole generali e della discrezionalità del giudice e una giurisprudenza che, gradualmente, ha preso coscienza del proprio ruolo e ha fatto uso del potere interpretativo con sempre maggiore libertà» discute ad esempio Andrea Zoppini (in P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 27).

²⁹ Secondo autorevole dottrina, il passaggio dall'astrazione alla fattualità e il tramonto della solidità e certezza di una produzione giuridica affidata al monopolio statale, condurrebbe verso l'era del pos-modernismo giuridico, governata dalla primazia dei principi, forieri di elasticità, flessibilità e maggiore forza creatrice e rigeneratrice: cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, pp. 57 e 71, ma un auspicio in tal senso è altresì formulato da A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, spec. pp. 236 ss. Volendo utilizzare le parole di altri Autori, la questione riguarda la posizione centrale occupata dalla «non fissità dei diritti fondamentali» nel rapporto con il diritto inteso come insieme di regole preposte alla regolamentazione del «caso»: mantenimento, creazione, esclusione, calcolo. Cfr. S. RODOTÀ, *Il governo sociale del caso*, in M. CERUTI-P. FABBRI-G. GIORELLO-L. PRETA, *Il caso e la libertà*, Roma-Bari, 1994, spec. p. 180 s. Di un rinnovato approccio del diritto privato europeo di natura funzionale e anti-dogmatica parla M.W. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005, spec. pp. 59 ss., 74 ss. seppur con riferimento alle direttive o all'effetto diretto delle norme contenute nel Trattato CE o al pragmatismo della Corte di giustizia dell'Unione

Dall'altra parte, la risoluzione di tali questioni su un piano casistico, demandato all'intervento di Corti sovranazionali, residua in una monolitica contrapposizione tra precetti generali ed astratti disponibili sia orizzontalmente che verticalmente dai soggetti legittimati a seconda e degli interessi coinvolti nella situazione di fatto³⁰, riducendo sensibilmente la portata tradizionalmente attribuita alle norme privatistiche nel loro compito di scomposizione e regolamento delle complessità intrinseche ai rapporti individuali³¹.

La funzione 'promozionale' e di adattamento ai mutamenti sociali da alcuni rintracciata nel sistema giusprivatistico, suggerisce il volume, va ricercata nella sua inclusività, espressa attraverso la «nozione unificante» di soggetto: l'allargamento della base sociale di riferimento ha permesso la sincronica estensione ed evoluzione delle regole. Come è stato attentamente rilevato, l'attrazione – a partire dall'esperienza francese postrivoluzionaria – delle regole relative alle procedure anagrafiche all'interno delle prime codificazioni civili ha rappresentato il meccanismo primo di identificazione del privato/cittadino quale "corpo politico" costitutivo degli Stati moderni (appunto, il c.d. stato civile), ma ancor prima come 'istituzione' e, in definitiva «forma elementare della legge»³².

europea. Il ruolo del giudice infatti, in un periodo connotato dall'incapacità del legislatore di percepire le tensioni sociali, risolvendole attraverso la produzione normativa, diviene spesso unico terminale delle istanze di tutela e della fame di diritti della società moderna: è il tempo del passaggio dalla «*judicial review*» alla «*judicial legislation*» descritta da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 64 ss., nel quadro dell'esercizio del ruolo di garanzia delle complessità e del pluralismo proprio degli Stati costituzionali (G. ZAGRIBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. pp. 201 ss.).

³⁰ G. ZAGRIBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 69 s., recentemente ha discusso di un fenomeno di «interferenze esterne» tra interessi e diritti che incidono su diversi interessi (e quindi, in definitiva di un "conflitto" tra diversi diritti o libertà fondamentali) e, ancora, di interferenze che coinvolgono il medesimo interesse ed il medesimo diritto, nel senso di «diritti che si rivoltano contro se stessi, che sono omofagi» (che potrebbe venire intesa come una carenza di bilanciamento interno che è immanente alla logica della affermazione e della tutela dei diritti fondamentali).

³¹ Cfr. P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 27 s., 154, 161 ss. Come è noto, infatti, né il Preambolo né le 54 norme scolpite nella Carta di Nizza indicano in maniera generale chi possa godere della protezione accordata, siano essi persone o cittadini, ma tale questione viene risolta settorialmente rimandando alla disciplina di ogni specifico diritto o libertà fondamentale, declinati a loro volta nel rispetto di principi di carattere "procedimentale" quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'effettività, nonché delle disposizioni generali di cui al Capo VII. L'ascesa e la proliferazione dei diritti fondamentali quali strumenti di giuridificazione di interessi individuali ritenuti di pari grado e valore rappresenta quindi per altra dottrina il risultato della progressiva erosione di qualsivoglia filtro ordinamentale volto a percepire e colmare le istanze e i divari sociali: si cfr. per la dottrina italiana e da diverse angolazioni C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 206 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 151; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 63 ss., 75, 167 s.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, p. 37 ss.). Seguendo questa posizione critica, i diritti fondamentali esercitati dal singolo individuo, tutelati e definiti nella maggior parte dei casi dallo Stato-giudice, rievocano una nozione di diritto soggettivo di stampo ottocentesco (in senso libertario) e ancora giusnaturalistico, poiché applicato casisticamente sulla base di criteri razionali ed etici.

³² Sul punto, si rimanda all'insegnamento di M. FOCALTY, *Il pensiero del fuori*, Milano, 1998, p. 39 richiamato nel discorso sulla natura "costitutiva" della codificazione francese sviluppato da P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, cit., p. 116.

In questo quadro, il «pluralismo delle situazioni soggettive»³³ viene oggi declinato in termini multidimensionali: l'interposizione della tecnica nei processi comunicativi e vitali, conduce infatti alla moltiplicazione delle identità, travalicando i vincoli di appartenenza del soggetto di diritto ad un determinato territorio e soprattutto nel senso di certezza ed effettività della norma³⁴. Nella società permeata dalla combinazione tra tecnologie informatiche e comunicazioni elettroniche, l'individuo non si identifica, ma si scompone in un patrimonio informativo difficilmente attribuibile in maniera univoca, che circola incessantemente da un nodo all'altro della rete rappresentando il volano dell'economia digitale. In tal senso, la ricerca e il perseguimento di obiettivi concorrenziali conducano al contempo alla protezione di interessi fondamentali dell'individuo/utente poiché agevolano la distribuzione paritaria dei poteri sottesi alla detenzione di beni informazionali, di carattere economico o in generale relativi al loro valore d'uso³⁵.

L'ampliamento della discrezionalità del giudice in un periodo di inerzia legislativa e disorientamento politico è poi oggetto di approfondimento nella seconda parte del volume, dedicata all'esame di alcune "parole chiave" del diritto privato³⁶.

Come è noto, il pensiero e gli scritti di Rescigno si distinguono per un'attenzione particolare riservata allo studio delle forme intermedie di esercizio del potere pubblico, in un'ottica di promozione dell'autonomia pluralistica dei privati nel senso di costituzione di «collettivi non statuali» protesi verso il soddisfacimento di determinati bisogni comuni³⁷. Tale propensione verso il riconoscimento di un rapporto strumentale tra autonomia privata e pluralismo, discostandosi da quelle impostazioni teoriche che demandano integralmente l'attuazione delle politiche sul c.d. *welfare* all'intervento statale, è radicata nelle norme

³³ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 177.

³⁴ Centrale appare difatti il problema dell'identificazione: si pensi alle questioni sull'anonimato in Internet e all'evoluzione delle regole di responsabilità modellate sull'impossibilità di poter garantire con mezzi analoghi la sicura attribuzione di un comportamento ad un dato soggetto. Sui problemi della c.d. identità digitale v. G. RESTA, *Identità personale ed identità digitale*, in *Dir. inf.*, 3, 2007, pp. 511 ss., ma v. anche S. SICA-P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, pp. 3 ss. e S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 377-389, mentre sulla necessità di istituire un'anagrafe digitale per il cittadino/utente si v. quanto recentemente argomentato da J. LANIER, *La dignità ai tempi di Internet*, Milano, 2014, pp. 185 ss.

³⁵ Si pensi ad esempio alla tutela "mediata" della privacy, in definitiva pur sempre identificata come un potere di controllo e disposizione del soggetto titolato su un bene, attuata attraverso la promozione dell'interoperabilità e della portabilità delle informazioni tra un'architettura digitale e l'altra e più in generale in ossequio alla logica procompetitiva della neutralità della rete. In argomento v. ad es. P. JONES HARBOUR, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. HIJMANS-H. KRANENBORG (a cura di), *Data Protection anno 2014: How to Restore Trust?: Contributions in Honour of Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor (2004-2014)*, Bruxelles, 2014, p. 25 ss.; A.P. GRUNES, *Another Look at Privacy*, in 20 *Geo. Mason L. Rev.* 1107 (2013); N. NEWMAN, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, in 31 *Yale J. on Reg.* 401 (2014) e, volendo a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 4/5, 2015, 909-938.

³⁶ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 49-120.

³⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 67 ss.

fondamentali di cui all'artt. 1 e 2 della Carta costituzionale, che identificano la Repubblica come una "comunità originaria" di lavoratori che a sua volta ha il dovere di riconoscere e promuovere il ruolo e il valore solidaristico di tutte le formazioni sociali³⁸.

La crisi dei corpi intermedi – dai partiti politici ai sindacati – pare dall'altra parte non pregiudicare la forza e la vitalità di uno degli istituti cardine dell'esperienza privatistica quale è il contratto. Emblema e sintesi della nozione di autonomia privata sottesa e promossa dal Codice del 1942, l'impianto di regole generali sul contratto continua infatti a mantenere un'effettività di non poco momento: sul punto, il volume apre un doppio binario di riflessioni sul contratto, che prendono entrambe le mosse dalla funzione di regolamentazione degli interessi privati³⁹.

Sotto un primo profilo, Rescigno rimarca l'importanza di mantenere intatto il nucleo fondativo della nozione di autonomia privata, soprattutto ove esso sia foriero di costituire uno strumento per la promozione e l'espressione di funzioni democratiche, quali quelle sottese all'organizzazione interna dei partiti politici o alla privatizzazione degli interessi relativi ai rapporti *lato sensu* familiari⁴⁰.

In secondo luogo e con riferimento al sistema delle fonti, il sempre più frequente ricorso a forme di composizione e schematizzazione convenzionale delle regole su un piano contenutistico nonché con riferimento al regime legale applicabile, può condurre a fenomeni di imposizione arbitraria ed abuso – in particolare nel campo della circolazione e dell'accesso di beni e servizi – da parte dei soggetti portatori di interessi di mercato, rispetto ai cui effetti negativi agisce come argine la disciplina sulla tutela del consumatore, seppur declinata sul piano strumentale del funzionamento del mercato, in termini di efficienza o procompetitivi⁴¹.

³⁸ Sul punto, il Maestro denuncia la plurivocità del vocabolo solidarietà «e, quindi, la sostanziale ambiguità», soprattutto guardando all'enfasi riservatagli all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche in una funzione ordinatrice di un complesso eterogeneo di materie, con il rischio di apprestarne una lettura riduzionistica (*Op. ult. cit.*, pp. 67 s.). Sulla solidarietà non solo come pretesa di un'intervento statale, ma piuttosto come costruzione sociale che implica la partecipazione di una molteplicità di soggetti, si v. quanto affermato di recente da S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari-Roma, 2014, p. 36 s., ma cfr. ancora T. TREU, sub *art. 35 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti economici*, I, Bologna, 1979, p. 1 (con richiamo a C. MORTATI, sub *art. 1, ivi, Principi fondamentali*, I, Bologna, 1975, p. 12): «nell'art. 1 sta l'assunzione a valore base dell'ordinamento repubblicano di un concetto ampio di lavoro, che esclude una configurazione classica della società e implica la rilevanza costituzionale di ogni attività socialmente utile, quale "mezzo necessario, per una parte all'affermazione e allo sviluppo della personalità, e per l'altra al progresso materiale e spirituale della società"».

³⁹ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 50 ss., 73 ss., 78.

⁴⁰ *Op. ult. cit.*, pp. 73, 209.

⁴¹ *Op. ult. cit.*, pp. 54, 182. Sul c.d. *forum shopping* cfr. A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari-Roma, 2004, *passim*, ma anche A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, *passim* e poi con riguardo alla disciplina del diritto comunitario dei contratti si rimanda in una letteratura sconfinata, a S. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 249 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2008, p. 33 ss.; P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità economica europea all'Unione Europea*, in P.

Tale fenomeno di abuso del potere contrattuale (si pensi ai termini d'uso imposti agli utenti dai prestatori di servizi della società dell'informazione), non deve d'altro canto oscurare la fondamentale funzione di «decongestionamento dell'ordinamento statale» svolta dall'autoregolamentazione, soprattutto ove si guardi alle prassi e ai rimedi effettivi adottati da categorie qualificate di soggetti, o in relazione a specifiche situazioni esistenziali (quali il c.d. fine vita), in cui la cristallizzazione per via legislativa di nuove regole può risultare rigida e innescare conflitti etici di non facile soluzione⁴².

L'analisi critica delle nozioni-chiave del diritto privato condotta nel secondo capitolo si sofferma infine sulla contraddittorietà dell'istituto proprietario, riservando una riflessione alla nuova prospettiva teorica dei c.d. beni comuni⁴³. Sul punto, incalzato dai quesiti di Resta e

PERLINGIERI-E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Rende-Napoli, 2009, pp. 7 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2011, p. 97 ss. Una limpida sintesi normativa di tali tendenze può essere altresì rintracciata nella nuova disciplina tipizzata del c.d. danno *antitrust* (dir. 2014/104/UE, recepita recentemente dall'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 3/2017), inteso come diritto al risarcimento del danno prodotto dalla pratica anticoncorrenziale e "riflesso" sul patrimonio delle persone fisiche, giuridiche, dei professionisti o consumatori che ne subiscono le conseguenze, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno intrattenuto direttamente un rapporto giuridico con l'autore della violazione e, in definitiva, come strumento di *private enforcement* che concorre al perseguimento di obiettivi pubblicistici quali la garanzia del corretto svolgimento delle operazioni di mercato da parte degli operatori. Per una prima riflessione sul punto cfr. G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 6, 2015, pp. 1227-1251.

⁴² P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 86 s.

⁴³ Cfr. U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; ID., *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., *passim*; ID., *La proprietà*, cit., pp. 175 ss.; M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., *passim*; EAD., *Il diritto dei beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 110; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2012, pp. 1059 ss.; C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, pp. 209 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla propeità privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 459-498; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015; A. QUARTA-M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0*, Milano-Udine, 2016, ma anche, per un approfondimento del retroterra ideologico che si pone alle spalle della riflessione settoriale sulla teoria giuridica dei beni v. F. CASSANO, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004. Il tema, indubbiamente suggestivo e stimolante, ha sollevato altresì alcune critiche: v. ad es. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, il quale taccia la proposta teorica dei beni comuni di inapplicabilità pratica, rivendicando il ruolo del costituzionalismo di matrice illuministica in un possibile percorso di rilettura e ordinamento della materia, nel contesto dell'approntamento di strumenti giuridici volti all'indebolimento del sistema di mercato (ad es., l'A. riprende l'interpretazione proposta da Ferrajoli sulla proprietà come diritto non fondamentale). Ancora C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., pp. 53 ss., 179 ss., non cela i suoi dubbi sulle contraddizioni emergenti dal confronto dei diversi formanti, soprattutto con riguardo alla prima applicazione giurisprudenziale di questo *tertium genus*. La riflessione sul fallimento del dualismo privato/pubblico nella gestione dei beni è lunga e ricca di contributi. Per una ricostruzione, seppur non esaustiva del dibattito passato e delle diverse proposte offerte dalla dottrina, non necessariamente lontano dalla dimensione proprietaria si rimanda, oltre alla letteratura già citata v. S. RODOTÀ, *Proposte de lege ferenda*, in AA. VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2012, spec. pp. 224 ss.; P. BARNES, *Capitalismo 3.0*, Milano, 2007, in cui si discute di trasformare porzioni di beni liberamente appropriabili in proprietà comuni al fine di contrastare il potere d'acquisto, controllo e *lobbying* delle grandi *corporation* al fine di contrattare (attraverso la cessione di diritti d'uso) il costo, i limiti e le modalità del loro utilizzo «tenendo ben in mente l'interesse delle generazioni future»; J. RIFKIN,

Zoppini, l'opinione del Maestro appare cauta, rimarcando l'importanza per il giurista di costruire architetture innovative su solide basi teorico/pratiche.

Il "ribaltamento" del paradigma proprietario proposto dalla Commissione Rodotà, in cui è l'utilità sottesa allo sfruttamento di un dato bene a conformarne la natura e la disciplina sul piano tassonomico e, di conseguenza a venire utilizzata come criterio di selezione dei soggetti titolati, viene considerato meritevole di approfondimento e di sviluppo ma forse difficilmente conciliabile con il sistema codicistico e costituzionale, soprattutto con riferimento al problema della formale attribuzione delle posizioni proprietarie⁴⁴.

Alla critica della teoria sulla "titolarità diffusa" si accosta però la concorde posizione degli Autori sull'opportunità posta dall'estensione di un potere/dovere di azione a tutela di determinate categorie di beni: seguendo tale indirizzo, il consolidamento di strumenti di "tutela diffusa" (storicamente radicati sia negli ordinamenti di *civil law* che in quelli di *common law*, dall'*actio popularis* alla *qui tam action*), pare risolvere il problema dell'attribuzione preventiva di situazioni giuridiche "collettive" attraverso un approccio di stampo remediale, in cui l'interesse della comunità al godimento di un bene reputato "comune" poiché essenziale per il perseguimento di interessi fondamentali della persona trova tutela (prima) e si concreta (poi) nell'effettivo riconoscimento della legittimazione ad agire in sua difesa⁴⁵.

Un altro elemento d'indagine che emerge dalla conversazione tra Rescigno, Resta e Zoppini riguarda la struttura dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la valenza che il diritto privato ricopre, su un piano operativo nella recezione dei mutamenti sociali: se formalmente la nozione di proprietà intesa come libertà economica evoca negli Autori perplessità di non poco momento⁴⁶, dall'altra parte il riferimento alla protezione della proprietà intellettuale approntato dal secondo comma dell'art. 17 non appare a Rescigno un limite tale da soffocare o comprimere il dibattito sull'applicazione, l'estensione e la validità di quegli elementi di "bilanciamento interno" volti a promuovere l'interesse collettivo all'accesso alla conoscenza

La società a costo marginale zero, Milano, 2014, spec. pp. 18 ss.; 100 ss. descrive il mondo come in una fase di transito dall'economia di tipo capitalistico al c.d. *Commons* sociale e collaborativo, incentivato dall'autonoma produzione di informazioni da parte degli utenti e dalla loro condivisione efficiente sull'Internet delle Cose.

⁴⁴ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 106 ss.

⁴⁵ La riformulazione codicistica e costituzionalmente orientata suggerita dalla Commissione Rodotà è difatti rafforzata sul piano dell'effettività dal sistema rimediale di cui all'art. 1, comma terzo, lett. c) della proposta di articolato, che riconosce allo Stato la legittimazione esclusiva ad agire per il risarcimento e/o la retroversione degli utili connessi al danno arrecato ai beni comuni, eccetto nei casi di lesione di diritti o interessi concorrenti e/o preesistenti. Al contempo, come esplicito dalla relazione di accompagnamento, tutti i cittadini hanno diritto ad accedere alla tutela giurisdizionale per l'ottenimento dell'inibitoria ove ad essere lesa sia l'aspettativa di godimento delle utilità connesse al godimento di un determinato bene comune e, quindi, l'esercizio del «corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione».

⁴⁶ Di «interferenza tra il sistema dei diritti fondamentali e la proprietà intellettuale» ha ad esempio discusso in altra sede G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, p. 64; ma v. anche J. GRIFFITHS-L. MCDONAGH, *Fundamental Rights and European Intellectual Property Law - The Case of Art 17(2) of the EU Charter*, in C. GEIGER, *Constructing European IP: Achievements & New Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2013, pp. 75 ss. ed in precedenza anche L. NIVARRA, *La proprietà intellettuale tra mercato e «non mercato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2004, pp. 517 ss.

quali il requisito della creatività e la limitazione temporale del monopolio riservato all'autore e ai suoi aventi causa⁴⁷.

Su questo punto, il riferimento all'accesso proposto dall'art. 42, secondo comma Cost., viene in altra parte del volume utilizzato per ricongiungere la teorica dei beni comuni a quella dell'evoluzione del diritto d'autore e della proprietà intellettuale nella ricezione di modelli di tutela maggiormente sensibili al valore trasformativo e non concorrente rispetto al normale sfruttamento economico dell'opera di determinate forme di godimento favorite dalla diffusione delle comunicazioni elettroniche e delle tecnologie digitali⁴⁸.

Letto sotto una prospettiva di ricerca per il giurista che si prepara ad affrontare il definitivo passaggio dal capitalismo neoliberista a quello monopolistico ed informazionale dei c.d. "Big Data" e degli algoritmi predittivi, il volume apre interessanti spunti di riflessione e pare suggerire delle direttrici precise.

Sul piano del metodo, i riferimenti all'esperienza di studio e, più in generale di insegnamento del diritto privato nelle facoltà di Giurisprudenza rimarca la centralità dell'approccio critico e problematico, come principi-guida per chi voglia indagare in profondità le implicazioni del diritto privato nella realtà operativa⁴⁹. In questo contesto, la comparazione giuridica diviene in primo luogo strumento essenziale per la ricognizione ed il consolidamento di valori comuni in momenti di crisi (il riferimento proposto è quello della fine del secondo conflitto mondiale), nonché per la ricerca ed il confronto di soluzioni diverse.

Il discorso sulla comparazione intesa come mezzo di conoscenza e raffronto di esperienze nazionali differenti e ancora di soluzioni a problemi reali, attuata in via preliminare attraverso un approccio di comprensione storica dei fenomeni⁵⁰, apre poi alla questione sulla "contaminazione" della scienza giuridica e sull'opportunità per lo studioso di cogliere gli *input* offerti da altre discipline, quali le scienze sociali.

Anche in questo ambito, l'esperienza di Rescigno appare pionieristica, aperta alle suggestioni e soluzioni indotte dall'accesso ad informazioni e ricerche afferenti da altre branche della scienza (quali ad esempio la sociologia): tale apertura può condurre alla proposta di molteplici e differenti interpretazioni e punti di vista, che devono poi essere più correttamente

⁴⁷ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 191 ss., 211.

⁴⁸ Sul lavoro creativo inteso come frutto dell'esercizio di una particolare forma di attività di carattere intellettuale (artt. 1, 3, 4, 9, 33, 35 Cost.), letto in rapporto all'art. 42, secondo comma Cost. e ancora agli artt. 2, 3 e 21 Cost., al fine di individuare un fondamento costituzionale del diritto di accesso alla conoscenza con scopi di promozione culturale ed innovazione scientifica e, più in generale, di crescita e soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, sia consentito rinviare a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Copyright e diritto d'autore in rete: «bilanciamento interno» e «conflitto esterno» tra diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2014, pp. 421-457, spec. p. 455 s.

⁴⁹ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, pp. 43 ss., 125, 135.

⁵⁰ *Op. ult. cit.*, pp. 23, 129, 138. Sui limiti e le utilità del *problem-method* anche rispetto alle nuove prospettive di applicazione della comparazione giuridica, in una vastità di opinioni interessanti appaiono le prospettive di sintesi (o analisi) offerte recentemente da B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004, pp. 53 ss.; M. SIEMS, *Comparative Law*, cit., pp. 33-40, 97 ss.; G. MARINI, *'Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., pp. 349 ss.

riletti – ed eventualmente avallati – in termini di coerenza e compatibilità con il sistema normativo e valoriale in cui si opera, senza cedere – volendo riproporre in senso più generico una delle più celebri ammonizioni di Gorla – alle “prime emozioni” dello studioso che si immerge nel flusso di informazioni ed ispirazioni offerto dalla multidisciplinarietà⁵¹.

Questa riflessione può venire in definitiva ricondotta entro la complessiva accezione di diritto privato costruita e promossa all’interno del volume, come disciplina teorico-pratica volta alla regolamentazione, nonché all’indagine e alla ricostruzione degli interessi individuali anche nella prospettiva del perseguimento di obiettivi comuni attraverso l’uso di consolidate categorie e schemi valoriali, che nell’assolvimento di tali obiettivi può e deve essere stimolata, ma mai integralmente influenzata ed orientata dalle altre scienze sociali⁵².

Il richiamo alla coerenza ed alla tradizione ricorre anche nel punto del libro in cui si discute del diritto come materia di insegnamento: la progressiva incomunicabilità tra i diversi settori specialistici, siano essi riferiti alle materie di insegnamento che più in generale agli obiettivi sottesi all’accesso alle Facoltà giuridiche (nel senso di una formazione integralmente protesa verso l’accesso alle professioni legali) pone il dilemma dell’oscuramento di una visione in primo luogo umanistica dell’istituzione universitaria⁵³.

L’alternarsi armonioso tra le domande e le osservazioni di sintesi degli “intervistatori” – espressione dei molteplici angoli visuali da cui essi inquadrano le articolazioni del “diritto privato presente” e la sfida del “diritto privato venturo” – e le risposte dell’“intervistato”,

⁵¹ *Op. ult. cit.*, p. 143. Il riferimento alle «prime emozioni comparatistiche» è ovviamente a G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1963, pp. 928 ss., ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 69 ss., spec. p. 83.

⁵² Si pensi nuovamente alla progressiva permeazione delle leggi economiche nel discorso giuridico, da un lato attraverso postulati teorici unilaterali e di carattere predittivo, alla continua ricerca degli effetti economici (negativi o positivi) di un dato comportamento umano e, dall’altro attraverso un processo di lettura ed analisi critica *ex post* di alcuni aspetti e delle conseguenze di talune scelte di politica del diritto. I limiti e le sfide collegate al “rapporto bilaterale” intercorrente tra analisi economica del diritto e approccio giuseconomico (c.d. *Law & Economics*) e quindi, in sostanza tra scienza economica e scienza del diritto nel contesto di una maggiore ed approfondita comprensione delle complessità del mondo, sono stati recentemente oggetto di nuova riflessione da parte di G. CALABRESI, *The Future of Law & Economics*, New Haven-London, 2016, spec. p. 10 s., il quale sottolinea come sovente l’approccio diffusosi tra i cultori dell’analisi economica del diritto fornisca visioni ristrette e troppo esemplificate della realtà. Ancora sui rapporti tra diritto e materia economica v. T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, pp. 275 ss. e poi in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 39-65; L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Milano, 1985, pp. 147-156. Auspica un ritorno ad una riflessione scientifica maggiormente articolata e meno segmentata e settoriale G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, p. 100 s., non contrastando con quanto affermato ad esempio da Polanyi, il quale guardava in maniera critica alle istanze di fusione tra le varie scienze sociali, piuttosto valutando positivamente un uso cooperativo degli strumenti forniti dalle singole scienze al fine di perseguire uno specifico obiettivo di ricerca: v. K. POLANYI, *Come fare uso delle scienze sociali*, in ID., *Per un nuovo occidente*, trad. it. a cura di G. RESTA-M.V. CATANZARITI, Milano, 2013, p. 150, ma anche R. SACCO, *Quali scienze interessano il giurista*, in G. COMANDÈ-G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 29, il quale discute di «visione pluralista» come peculiare della comparazione giuridica.

⁵³ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 206, ma si v. altresì A. GAMBARO, *Studiare giurisprudenza*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., pp. 323-331.

WORKING PAPERS

testimonianze di un'esperienza e di una vastità di conoscenze e vedute sempre dinamica e protesa verso la ricerca di connessioni o problemi insoluti, danno vita ad un'opera snella nell'impianto ma complessa, che può essere letta con piacere più volte suscitando sempre sensazioni e pensieri diversi e originali.

In definitiva, il pregevole lavoro a sei mani di Rescigno, Resta e Zoppini, ci suggerisce come il diritto privato continui a rappresentare l'indispensabile "glossario" attraverso cui si può leggere, e ricostruire coerentemente l'universo frammentato della persona umana immersa in una società plurisoggettiva e tecnocentrica.