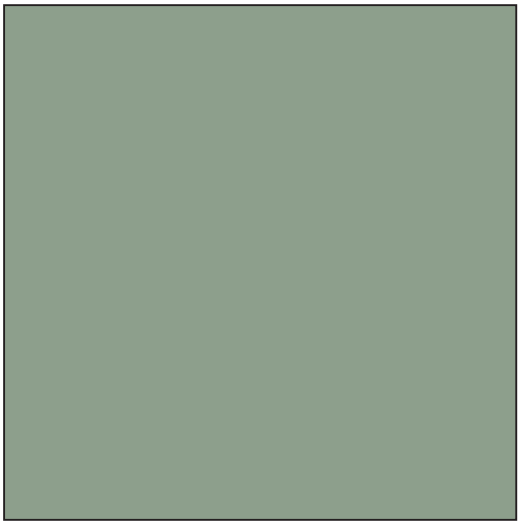
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

130



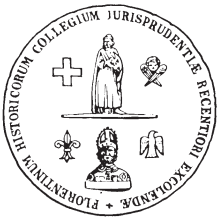
WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?

CHE COSA C'E DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

UNIVERSITA' DI FIRENZE

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI

diretta da PAOLO CAPPELLINI

I volumi della Collana sono sottoposti a referee anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio scientifico del Centro.
Responsabile del processo di valutazione è il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in Firenze (50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

I volumi della Collana sono sottoposti a referee anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio scientifico del Centro.
Responsabile del processo di valutazione è il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in Firenze (50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

130

WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?

CHE COSA C'E DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?

a cura di HANS-WOLFGANG MICKLITZ e GIUSEPPE VETTORI

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828841432

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2022
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

INTRODUZIONI

I curatori ringraziano la dr.ssa Caterina Bresci per la sua preziosa attività nel raccogliere e ordinare gli scritti, nel comporre l'indice dei nomi e nella revisione del testo.

GIUSEPPE VETTORI

IL DIRITTO PRIVATO EUROPEO IN UNA SOCIETÀ SOSTENIBILE

1. Da un passato recente ad oggi. L'armonizzazione per legge e i suoi limiti. — 2. Il contenuto del volume. — 3. I principi dello Stato costituzionale di diritto come identità e le sue ricadute sul diritto privato. — 4. La tutela dello Stato di diritto in Europa. — 5. L'intreccio fra diritto pubblico e diritto privato in una società sostenibile.

1. *Da un passato recente ad oggi. L'armonizzazione per legge e i suoi limiti.*

Come ci è stato ricordato in modo autorevolissimo, l'Europa ha avuto una sua unità giuridica in due momenti storici. Fra i secoli XI e XIV, in pieno medioevo, e nella seconda metà del Novecento. In entrambi i casi, il diritto ha contribuito a determinare un'unità nel rispetto delle diversità nazionali grazie alle intuizioni di politici illuminati, all'attività delle Corti e alla scienza giuridica che, insieme, hanno saputo costruire testi legislativi, principi comuni tratti dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e elementi forti del nucleo identitario della Unione europea (1).

Solo qualche cenno sulle finalità e il contenuto di questo volume che ha inteso sollecitare la riflessione sull'essenza del diritto privato europeo, da un passato recente ad oggi. Sul passato è sufficiente qualche cenno, con ampi rinvii (2).

---

(1) P. Grossi, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Cont. impr. eur.*, 2, 2013. E da ultimo Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, p. 37. Id., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralisno giuridico*, Milano, 2021, pp. 133 e 134.

(2) Per una breve sintesi G. Vettori, *Contratto e rimedi*, 3ª e 4ª ed., Padova, 2021, pp. 18 ss.

Dopo l'ampia normativa sul rapporto di consumo, negli ultimi anni del Novecento e nei primi del secolo successivo è prevalsa l'idea di una uniformazione per legge del contratto e non solo. Già nel Consiglio europeo di Tampere, nel 1999, si era espressa una chiara volontà di procedere speditamente verso un'armonizzazione e la Commissione, con due Comunicazioni del 2001 e 2003, approvò documenti di grande interesse in una precisa direzione: elaborare un Quadro comune di riferimento per affinare e armonizzare termini, concetti e categorie, in ogni fase del contratto, con finalità poi precisate nel 2004 e nel 2005. Si pensava ad un *Common Frame of Reference* (a "una scatola degli attrezzi") da inserire, entro il 2009, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione, ma la sua elaborazione andò ben oltre questo limitato obbiettivo, tanto da assomigliare ad un progetto di codificazione (3).

Si capisce così come quel testo sia rimasto solo un Progetto culturale e come la successiva, più cauta, Proposta di un Regolamento europeo sulla vendita, sia stata abbandonata dalla Commissione nel 2014 per la stessa ragione: la mancanza di una volontà politica degli Stati e degli Organi comunitari.

Sul piano istituzionale la vera novità è stata la promulgazione (nel 2000 a Nizza) e poi l'attribuzione di piena efficacia (nel 2010 con il Trattato di Lisbona) alla Carta dei diritti fondamentali. Basta solo qualche cenno per comprendere il perché. In essa si afferma il valore della dignità umana, come limite che conforma ogni situazione soggettiva (art. 1), si costruiscono e si attribuiscono nuovi diritti e nuove soggettività, ai consumatori (art. 38), ai minori (art. 24), agli anziani (art. 25), ai disabili (art. 26) e soprattutto si afferma la indivisibilità dei diritti civili e sociali che può determinare un mutamento radicale. Non solo. Si mina alla radice l'unità ottocen-

---

(3) Dopo una *Introduction* sulla finalità, i propositi e gli sviluppi, si erano individuano gli *Academic contributors and funders*, e formulate una *Table of destinations* e una *Table of Derivations* con un raffronto fra i PECL e le model rules del CFR. Si precisava poi la struttura dei *Model Rules* distinti in sette *Books*, due *Annex* e un *Index*. I sette Libri riguardavano: *General provisions* (I), *Contracts and other juridical acts* (II), *Obligations and corresponding rights* (III), *Specific contracts and the rights and obligations arising from them* (IV), *Benevolent intervention in another's affairs* (V), *Non-contractual liability arising out of damage caused to another* (VI), *Unjustified enrichment* (VII), *Definitions* (Annex 1), *Computation of time* (Annex 2).

tesca, con una ricostruzione forte della rilevanza giuridica della supremazia di una parte, già enunciata in testi ufficiali dell'Unione Europea (4) ed in pronunce della Corte di Giustizia (5) che hanno da allora un valore "costituzionale". Certo l'art. 16 della Carta non disciplina l'autonomia privata e tace sui limiti alla libertà di impresa, che è riconosciuta in modo conforme al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Tuttavia, da un'interpretazione sistematica del testo e dei suoi formanti (le Direttive, la giurisprudenza della Corte di Giustizia) si traggono elementi ricostruttivi di rilievo. Non foss'altro perché i nuovi diritti, le nuove soggettività, la tutela della concorrenza, esigono una rinnovata attenzione al potere di cui è portatore il soggetto prima dell'accordo (6), attenzione che prelude ad una diversificata disciplina che non può più basarsi sull'unità presupposta dal riferimento unitario al "contraente" e al "contratto" (7).

Se l'uniformazione tramite la legge non ha avuto esiti esaltanti, un contributo essenziale alla costruzione di una base uniforme del diritto privato in Europa si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e per alcuni profili rilevanti alla Corte di Strasburgo e alla dottrina, impegnata nei progetti di uniformazione, nella comparazione dei vari ordinamenti e nella costruzione di Principi comuni.

Sul piano politico, sin dai primi anni del nuovo secolo, la fiducia assoluta nell'autosufficienza dell'atto di autonomia e delle regole

---

(4) V. il *considerando* n. 16 della Direttiva 93/13/Cee del 5 aprile 1993, ove si osserva che il giudizio di buona fede nella valutazione della vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori "deve tenere conto anche della particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti".

(5) V. Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, cc. 76 ss., che attribuisce rilevanza alle "condizioni di supremazia economica nell'ambito delle trattative precedenti la stipula dell'accordo". Cfr. sul punto la nota di E. Scoditti, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice nazionale*, *ivi*, p. 88.

(6) Già G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 55 e 56; e da ultimo V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 23 ss., ove si teorizza il "contratto con asimmetria del potere contrattuale", individuando la genesi e gli sviluppi di un nuovo paradigma.

(7) G. Vettori, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 43 ss., Id., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 241 ss.

imposte dal mercato (non regolato in modo uniforme) è durata a lungo, per poi franare improvvisamente nel 2008 in tutti i paesi europei, appartenenti o meno all'area della moneta unica varata nel 1999.

I fatti successivi sono noti.

La crisi economica sempre più grave è stata affrontata con politiche di austerità dettate dal Trattato europeo sul Fiscal Compact, con regole specifiche (8) e con l'imposizione del pareggio di bilancio nei singoli ordinamenti nazionali (9). Con un esito preciso: le "*fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico*, *l'equilibrio di bilancio* e le *limitazioni alla spesa pubblica*" sono entrati, come principi ordinatori, nei Trattati europei e nelle Costituzioni nazionali e hanno inciso sul contenuto dei diritti e la possibilità di politiche sociali, sino a determinare, si è detto con una metafora, l'incostituzionalità di Keynes (10).

2. *Il contenuto del volume.*

Le relazioni qui pubblicate riflettono su alcuni temi: la storia e il presente di valori e priorità del diritto privato europeo, il problema delle fonti e dell'identità dell'Unione (11). Vediamole da vicino per poi dare uno sguardo oltre, sino ad oggi.

a) *La storia e il presente di alcuni valori e priorità.*

È emerso chiaramente come il diritto privato in Europa non si possa più limitare ad una disciplina per il solo rapporto di consumo, sia perché contro poteri informatici e tecnologici il concetto di un

---

(8) Come è noto il disavanzo pubblico non deve superare il 3% e il debito pubblico il 60% del prodotto interno lordo con una riduzione che consenta di avvicinarsi a tale percentuale.

(9) A norma dell'art. 273 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, con possibilità per la Commissione, *ex* art. 260 del TFUE, di comminare sanzioni pecuniarie per lo Stato che non si sia conformato a una sentenza di tale organo.

(10) S. Rodotà, *Una fase costituente più democratica*, in *La Repubblica*, 20 giugno 2012.

(11) Le conclusioni (di C. Mak, *What is european in european private law*, in questo volume, pp. 343 ss.) individuano quattro i temi intrecciati nelle relazioni: Mercato, giustizia, cultura e Principi generali dell'UE, che possono essere inclusi nei tre punti indicati poc'anzi.

consumatore informato e "fiducioso" non è più sufficiente (12), sia perché la regolazione si estende oltre il mercato finanziario, lambendo la tematica sociale in modo sempre più incisivo (13), specie dopo la Pandemia e il PNRR.

D'altra parte, il tema della Giustizia è stato affrontato con sensibilità diverse: dalla prioritaria tutela dell'accesso (14), alla sollecitazione di una legislazione interpersonale di diritto privato più giusto (15), sino ad un'attenzione maggiore alla Dignità umana (16) e al pluralismo normativo che "consente un inclusione di più punti di vista sulla giustizia" (17), con grande attenzione ad un approccio interdisciplinare, specie nei settori in cui sono in gioco gli sviluppi tecnologici o un'interpretazione/integrazione tra livello europeo e livello nazionale.

Il tema dei Principi generali del diritto civile dell'UE (18) ha

---

(12) A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in questo volume, pp. 307 ss.

(13) E. Navarretta, *Principi dell'Unione Europea, politiche economiche e diritto privato*, in questo volume, pp. 173 ss. si sofferma, invece, sul ruolo dei principi, dalla funzione trainante dell'effettività a quello di equivalenza e di bilanciamento, dalla sussidiarietà alla proporzionalità. Sottolineando un'occasione unica. L'accordo sul PNRR, che appare come segno tangibile di una comune volontà di rafforzamento dell'UE, per spingere la condivisione dei valori e una coesistenza virtuosa fra persona e mercato come più efficace rimedio contro le crisi di rigetto che hanno alimentato i populismi e i sovranismi.

(14) H.-W. Micklitz, *The politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018.

(15) L'opinione di Hesselink è chiara (M W. Hesselink, *Towards a critical Theory of Justice in European Private Law*, in questo volume, pp. 135 ss.). Sebbene la giustizia sia una questione di verità morale oggettiva, l'unico modo che abbiamo per arrivare a questa verità è attraverso una deliberazione democratica in cui sono accettabili solo ragioni generali e reciproche capaci di delimitare quali questioni appartengano alle strutture di base del diritto privato europeo e quali no. Tenendo conto che la giustizia (a differenza della validità) non è una questione binaria (giusto-ingiusto) ma piuttosto una questione di grado (più o meno giusto). Una visione netta che privilegia il ruolo della legge e della Politica anche per il diritto privato.

(16) G. Resta, *In search of the "Europeanness" of European private law*, in questo volume, pp. 301 ss.

(17) S. Grundmann, *Processi decisionali nei contratti a catena e nelle reti di contratti*, in questo volume, pp. 95 ss.

(18) Su cui è fondamentale il classico studio di N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambrigde, 2014.

assunto un'importanza centrale. Per vari profili. Anzitutto perché la Carta dei diritti fondamentali dell'UE può operare come fonte di "costituzionalizzazione" del diritto privato (19) ed *elemento veramente europeo* in quanto consente l'interazione tra norme fondamentali condivise e culture giuridiche nazionali (Aurelia Colombi Ciacchi) (20). Anche se sarà necessario valutare l'impatto effettivo di tali diritti in tutti i paesi dell'UE (Olha Cherednychenko) e bilanciare diritti fondamentali e libertà d'impresa nell'ambito di una dimensione costituzionale europea capace di garantire la base democratica per lo sviluppo del diritto privato nell'interazione tra gli Stati membri e l'UE (21).

La conclusione sul punto è, comunque, chiara (22). La possibile influenza del diritto dell'UE deve essere considerata per tutte le questioni giuridiche private *ed è diventato quasi impossibile pensare al diritto privato senza considerare la misura in cui è stato europeizzato.* Anche se si dovranno esaminare spesso i vari diritti nazionali "derivati" (23) per porre in luce elementi di nuova necessaria opera di uniformazione o di controllo. D'altra parte, è emerso che il diritto privato europeo non riguarda solo un'influenza verticistica del diritto comunitario sul diritto nazionale, ma incide sulle interrelazioni tra i cittadini degli Stati membri, mediate, sempre più, da un'europeizzazione condivisa dei diritti privati nazionali (24). Tanto che il dato più esplicito "potrebbe essere proprio la sua riflessività" (25).

---

(19) A. Punzi, *L'attitudine Ermeneutica del Giurista Europeo. La lezione di Giuseppe Benedetti*, in *Persona e Mercato*, 2020, 1, pp. 14 ss.. E. Navarretta, *Principi dell'Unione Europea*, cit., pp. 92 ss.

(20) A. Colombi Ciacchi, *Judicial Governance in European Private Law: Three Judicial Cultures of Fundamental Rights Horizontality*, in 20 *European Review of Private Law*, (2020), 4, pp. 931 ss.

(21) O. Cherednychenko, "*Securities Law*", in F. Cafaggi et al., *Europeanization of Private Law in Central and Eastern Europe Countries (CEEDS): Preliminary Findings and Research Agenda*, EUI Working Papers, LAW 2010/15, pp. 71 ss.

(22) C. Mak, *What is european*, cit., p. 352.

(23) Sul punto con lucidità S. Pagliantini, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in Id. (a cura di), *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, pp. 17 ss.

(24) C. Mak, *What is european*, cit., p. 354.

(25) C. Mak, *ibidem.*

b) *Le fonti del diritto privato europeo fra interpretazione e integrazione.*

Il ruolo dell'autonomia privata e dell'interprete è affrontato, nel volume, con grande attenzione.

Si studiano in profondità il fenomeno dei contratti di organizzazione e le reti di contratti come forme di organizzazione di lungo termine e come un ibrido tra il mercato e l'impresa. Si analizzano le diverse giustificazioni, come strumento di *governance* rivolta alle incertezze del futuro, o come reciproco affidamento basato sulla conoscenza fra i *partners*, ma si rivolge l'analisi anche sull'impatto di tali nuove realtà per il diritto privato e per le teorie decisionali, esaminando quali di queste teorie abbiano un particolare valore esplicativo e con quali conseguenze. Sino a porre il problema di quali ripercussioni possano avere tali nuove realtà sul diritto privato e sulle varie teorie decisionali (26). Ne emerge non solo una costruzione lucidissima su fenomeni paradigmatici nella economia reale di oggi, ma anche una sperimentazione concreta di un "approccio pluralistico della dottrina giuridica" privatistica che accomuna l'autore ai curatori di questo volume, in un'opera collettiva del 2013 sui contratti (27) e in una visione teorica sperimentata di recente (28).

D'altra parte, si sottolinea (29) come il diritto privato europeo sia un fenomeno pluri-ordinamentale e policentrico, con una distribuzione delle competenze fissate nei Trattati da negoziare continuamente, in nome della leale cooperazione (4.3 TUE) e della integrazione funzionale dei poteri normativi nella giurisprudenza della CGUE. Sicché le regole di interpretazione seguono una traiettoria eccentrica rispetto al diritto comune. Visto che "il parametro fon-

---

(26) S. Grundmann, *Processi decisionali*, cit., p. 98 ss.

(27) S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori, (a cura di), *The organizational Contract-From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, 2013.

(28) S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, *New Private Law Theory-A pluralist Approach*, Cambridge, 2020.

(29) V. Calderai, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, in questo volume, p. 33. D'altra parte la buona fede europea nell'ambito dello squilibrio e della trasparenza non è un "*half a general principle*" (come osserva N. Reich) ma anzi un principio generale del diritto europeo che "coincide in ultima analisi con quello di un'interpretazione evolutiva del diritto" perché un problema di ermeneutica si pone con riguardo alla legge e al contratto "tramite strumenti e con esiti affatto analoghi".

damentale di verifica dei modelli di decisione è il principio di effettività che promuove l'adeguamento dei mezzi nazionali di tutela alle finalità del diritto europeo" (30), alla ricerca di un effetto utile che riduce le distanze fra interpretazione e integrazione. Ma si solleva, anche, un'esigenza centrale nel diritto del consumo e, in particolare, nelle nullità di protezione (31). Le quali hanno una specialità in ordine ad alcuni elementi, ma anche una diretta incidenza su una pluralità di istituti post-contrattuali (dalle restituzioni, al termine di prescrizione, fino alla sanabilità e opponibilità ai terzi) (32). Con conseguenze non sempre risolvibili in via interpretativa e tali da sollecitare un ripensamento di molte discipline nazionali per evitare l'espandersi di rimedi di matrice giudiziale.

Resta centrale, in ogni caso, il ruolo di una corretta ermeneutica (33) nella edificazione di un "unitario e omogeneo diritto privato comune europeo che esige la messa in campo di una rigorosa metodologia di tipo nuovo, con la costruzione di un coerente e appropriato statuto epistemologico, che tenga conto sia dello specifico oggetto (il testo da interpretare) sia della particolare funzione (obbiettivi e scopi dell'Unione)" (34). Il primo aspetto pone in luce la "categoria del diritto sostanzialmente uniforme, in quanto armonizzato"; il che implica differenziare "sul piano della teoria generale tipologie ermeneutiche diverse in ragione dell'oggetto o della funzione", come è avvenuto in passato per il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese (35) e come accade ora per i vari gradi di armonizzazione e per i Silos normativi messi in luce da Hans Micklitz (36).

---

(30) V. Calderai, *Una questione di punti di vista*, cit., p. 35.

(31) S. Pagliantini, *Un giro d'orizzonte*, cit., p. 215 ss.

(32) S. Pagliantini, *ibidem*.

(33) A. Punzi, *L'attitudine ermeneutica del giurista*, cit., pp. 17 ss.

(34) V. Scalisi, *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, pp. 354-356.

(35) G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 230-231 e il richiamo a F. Vassalli, *La missione del giurista nella elaborazione della legge*, in Id., *Studi giuridici*, Milano, 1960, t. III, p. 737, ed *ivi*, Id., *Estrastatualità del diritto civile*, p. 754.

(36) H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, *The Transformation(s) of Private Law*, in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato (a cura di), *European Regulatory Private Law — The Paradigm Tested*, EUI-ERC Law 2014/04, pp. 78 ss.

c) *L'identità del diritto privato europeo oggi.*

Michele Graziadei, a cui si deve il titolo dell'Incontro fiorentino e di questo volume, svolge sul punto due riflessioni forti (37).

Il principio di effettività, nel diritto privato europeo, è essenziale per fissare una nuova legalità, non astratta, ma concreta, capace di espandere i doveri degli Stati e di imporsi come tratto necessario in questo momento storico. Con un monito preciso. Il diritto privato europeo non ha radici solo in Europa. Per comprendere la sua essenza occorre guardare anche altrove, oltre i confini europei, con attenzione (38) alle culture che lo producono e lo sorreggono. Anche perché una delle sue più salienti caratteristiche è data dal modo con cui si distinguono sfera economica e sfera non mercantile per garantire beni e valori personali fondamentali.

3. *I principi dello Stato costituzionale di diritto come identità e le sue ricadute sul diritto privato.*

Nella fase introduttiva del convegno fiorentino avevo sottolineato come la storia ha molto da indicarci sul problema dell'identità dell'Unione europea e del diritto privato in Europa. Per una serie di ragioni.

Dopo gli anni Cinquanta del Novecento, si è insistito molto sulla appartenenza occidentale della Comunità, ispirata dalla cultura, greca, romana e cristiana sorretta dalla Chiesa di Roma.

Le critiche a questa visione, per alcuni deviante e troppo angusta, non hanno indebolito tale schema retorico, che trova il suo baricentro in un peculiare "uso della storia" (39) e trova conferma nella stagione della guerra fredda, con la distinzione fra una democrazia borghese e una democrazia socialista. Un orizzonte che viene assunto "come presente da cui guardare al passato" (40) e si rafforza con la ricerca di simboli forti, come un inno e una bandiera. Ma è evidente la semplificazione utilizzata, che si svela nel 1989 con la

---

(37) M. Graziadei, *Obviously European?*, in questo volume, pp. 67 ss.

(38) M. Graziadei, *ibidem.*

(39) P. Costa, *L'identità europea fra memoria e progetto*, in O. Roselli (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, 2018, p. 64 ss.

(40) P. Costa, *ibidem*.

caduta del muro di Berlino e nel 1991 con lo scioglimento del patto di Varsavia.

Si iniziano ad includere Paesi del blocco orientale e con il Trattato di Maastricht si costruisce una cittadinanza europea. All'identità culturale si unisce un'unità politica, anche se con molte incertezze. Testimoniate dal Progetto di Costituzione del 2004, ove perdono posizioni i riferimenti alla Grecia, a Roma e in particolare al Cristianesimo, centrale nel dibattito, ma perdente come schema retorico, sia per le diversità e i conflitti all'interno di quel mondo e il silenzio sull'ebraismo, sia per il crescente secolarismo e l'affermarsi di un pensiero laico rispettoso delle differenze (41).

Una volta abbandonato il vecchio schema identitario si è a lungo sottolineato il ricordo dell'Olocausto, ma dopo l'allargamento ad Est ciò non è stato più sufficiente, perché molti di quei popoli hanno conosciuto quell'orrore, ma anche il terrore staliniano.

Costante, pur nelle varie articolazioni, è l'idea di un rifiuto del totalitarismo come schema retorico efficace per "contrapporre i regimi antidemocratici, vecchi e nuovi, allo stato di diritto", costruito sui diritti fondamentali della persona. Da ricordare per le tante lotte che "sempre e comunque in Europa sono sfociate in una società più libera e più eguale", capace di renderli effettivi (42). Su questo vorrei ancora soffermarmi. In breve.

4. *La tutela dello Stato di diritto in Europa.*

Il tema della difesa di uno assetto costituzionale di diritto nell'UE ha assunto centralità (43) nella recente vicenda che ha coinvolto Polonia e Ungheria e determinato l'intervento della Corte di Giustizia e del Parlamento europeo. Che cosa è avvenuto è noto.

Entrambi i Paesi hanno emanato leggi e concesso eccessivi poteri al Governo nel controllo del sistema giudiziario e dell'informazione. Sin ora le procedure europee di controllo erano frenate dal carattere non sistematico delle verifiche e dal diritto di veto dei singoli paesi nel Consiglio europeo, capace di paralizzare qualsiasi

---

(41) P. Costa. *L'identità europea fra memoria e progetto*, cit., p. 78.

(42) P. Costa. *L'identità europea fra memoria e progetto*, cit., p. 86.

(43) S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p. 57 ss.

iniziativa sanzionatoria. Di recente sono intervenute due iniziative di grande rilievo.

Per la prima volta la commissione ha attivato l'art. 7 per violazione dello Stato di diritto e la Corte di Giustizia (44) ha ordinato alla Polonia di sospendere l'applicazione delle disposizioni incriminate. Ciò in applicazione dei principi contenuti nell'art. 2 TUE a tutela della indipendenza dei giudici e del diritto ad un processo giusto, cardine per la protezione di tutti i diritti riconosciuti dall'UE e aspetto essenziale dei valori propri di uno Stato di diritto, già individuati in una precedente sentenza della Corte (45) e in una Comunicazione della Commissione del 2014 (46). Ove si descrivono i tratti del principio che include, nel suo nucleo sostanziale, i valori della certezza del diritto, l'indipendenza e l'imparzialità del Giudice, e il controllo giurisdizionale effettivo per il rispetto dei diritti fondamentali.

Il 17 gennaio 2019 il Parlamento europeo ha approvato la proposta della Commissione che prevede, dal 2021, il taglio dei fondi ai Paesi che violino lo Stato di diritto, con votazione a maggioranza del Consiglio e del Parlamento. In tale provvedimento si precisa il meccanismo sanzionatorio che, a seconda della gravità, può portare a sospendere o interrompere i pagamenti e si individuano una serie di elementi che possono minacciare lo Stato di diritto, fra i quali il corretto funzionamento delle autorità dello Stato membro, in tema di bilancio e il controllo degli organi giurisdizionali indipendenti.

Tutto ciò consente di far passi avanti sulla tutela dei valori comuni dell'Unione rispetto alle volontà espresse da organi legittimi degli Stati membri. Con alcune priorità: rafforzare la cooperazione giudiziaria garantita solo dall'indipendenza dei giudici e dall'equili-

---

(44) Del 19 ottobre 2018 C-619/18R e il commento di G. Michelini, *Caso Polonia una pronunzia d'urgenza della Cgue. Il rispetto dello Stato di diritto negli Stati membri riguarda tutti gli Europei*, in *Questione giustizia*, Editoriale del 26 ottobre 2018.

(45) 25 luglio 2018 C-216/18 PPU, punto 48: "il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni degli Stati membri enunciati nell'art. 2 TUE, segnatamente dello Stato di Diritto".

(46) COM(2014) 158 final.

brio dei poteri; fissare un nucleo comune del principio di Stato di diritto espresso da idiomi diversi (*la rule of law*), ma assunto a valore cardine nell'art. 47 della Carta dei diritti, in tema di terzietà del giudice. Non solo.

Il Regolamento europeo sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 prevede che si possano sospendere con un voto a maggioranza qualificata, i fondi europei per violazioni dello Stato di diritto e per qualsiasi atto individuale, sistematico o ricorrente che minacci i valori fondamentali dell'Unione come la libertà, democrazia e il rispetto dei diritti umani. Il Regolamento dovrà essere applicato "nel rispetto delle identità nazionali degli Stati relativamente alle loro strutture politiche e costituzionali" (dell'art. 4, par. 2 TUE) mentre la Commissione dovrà adottare delle linee guida e la Corte di Giustizia decidere su eventuali impugnazioni.

Su tale questione il conflitto è destinato ad inasprirsi, perché taluno pone in discussione il ruolo delle Istituzioni europee, che dovrebbero cedere difronte a legislazioni nazionali sulla base di una precisa idea: le Costituzioni e le legislazioni nazionali che le attuano avrebbero valore superiore agli Atti comunitari. Il che è incompatibile con i principi dello Stato costituzionale di diritto incorporati nei Trattati dell'UE. Sul punto non si possono avere incertezze e il potenziamento della sovranità europea non può essere oggetto di discussione. Né ha senso un dibattito sulla concretezza e la esportabilità delle regole democratiche, perché l'Unione europea è nata come Istituzione sovranazionale dotata di Regole e Principi cui si ispira la sua Azione e la sua Identità: pluralismo istituzionale, separazione dei poteri, indipendenza della magistratura, ruolo determinante della Corte di Giustizia nell'assicurare la conformità e l'adeguatezza delle tutele. A queste priorità non possono sottrarsi gli Stati membri. Non solo.

La questione riguarda da vicino il diritto privato europeo, che non può prescindere da un pluralismo forte di Organi legislativi, giudiziari e sapienziali, nazionali e comunitari, i quali, nell'ambito di una cornice di valori e di una precisa identità, hanno una competenza concorrente nella attuazione dei diritti e dei doveri dei cittadini.

Su queste basi si sono costruiti Principi comuni tratti dai Trattati europei che incorporano la Carta dei diritti fondamentali ed

è cresciuto e si è consolidato il diritto privato derivato e comunitario (47). Il modo ed il metodo appaiono chiaramente nella legislazione comunitaria e nelle decisioni della Corte di Giustizia in attuazione dell'art. 19 TFUE.

Il principio di effettività diviene sempre più regola cardine del sistema costituzionale interno e comunitario. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza fanno riferimento al diritto, intangibile, ad una tutela effettiva commisurata alla specifica situazione sostanziale protetta e attuata da strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse. Ed è questo il perno attorno cui ruota la dinamica delle tutele dei privati nella Unione.

Il nucleo forte del diritto privato europeo, insomma, è espresso da precise fonti giuridiche che attribuiscono rilevanza, dopo l'astrazione della modernità, ad ogni manifestazione concreta dei diritti e dei doveri di ogni soggetto.

Questo nuovo ordine positivo deve essere ancora, in gran parte, costruito ma il metodo è chiaro. Ermeneutica, legge e giudici sono gli archi portanti di una volta che sarà solida solo se è saldo l'equilibrio delle sue componenti. Un diritto che sia "diritto" ed "europeo" non può che basarsi su Regole e su Principi fissati dalla legge e attuati dalla giurisprudenza e della dottrina, capaci di dialogare con altri giudici e con altre culture giuridiche, non in base a concetti statici ma ad orizzonti che mutano col procedere dell'interprete calato nella contemporaneità.

Il nucleo fondativo non può che essere basato sul primato della Persona secondo un percorso storico e antropologico costruito non solo dai giudici, ma da una Politica che deve saper vietare e proibire (48).

L'ermeneutica ha un compito (49) che si riassume in una sola parola: equilibrio (*libra* è la bilancia), che esige bilanciamento e ponderazione. Sicché i giudici e la dottrina non devono creare, ma

---

(47) Così da ultimo P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., pp. 37 ss. Id., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. 133.

(48) M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris, 2018, pp. 12 ss. in particolare p. 16-19.

(49) G. Vettori, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2011, pp. 83 ss.

trovare la regola nelle diverse culture, da integrare, che vanno interrogate tenendo conto "della natura pratica del diritto, che si esprime in un ordine europeo che non è un dato, ma si automanifesta come espressione delle culture giuridiche nazionali in evoluzione e in continuo confronto" (50).

Tutto ciò attraverso il dialogo che utilizza i Principi e perciò ha bisogno del diritto e di una filosofia che (secondo la famosa frase di Marx utilizzata da Heidegger) non può più limitarsi a comprendere il mondo ma deve contribuire a cambiarlo (51).

I segni del futuro sono davanti a noi.

5. *L'intreccio fra diritto pubblico e diritto privato in una società sostenibile.*

Dal 2015, documenti autorevolissimi hanno posto in luce un chiaro passaggio d'epoca che esige "la cura della casa comune" perché "l'ambiente umano e l'ambiente naturale si degradano insieme", colpendo "in modo speciale i più deboli del pianeta" (52).

Da qui la necessità di costruire saperi capaci di rispondere alle necessità "delle generazioni attuali includendo tutti, senza compromettere le generazioni future" e di innovare gli strumenti giuridici tradizionali dal soggetto alle situazioni soggettive, dal bene giuridico alla nozione di proprietà, rispetto ad una "casa comune", appunto, di cui tutti debbono assumersi la responsabilità "ricercando nuove tecniche e nuovi strumenti di interpretazione del mondo che circonda il sapere giuridico" (53).

Nel settembre dello stesso anno 193 Paesi hanno manifestato la volontà di ripensare il modello globale di sviluppo, nell'Agenda 2030, sotto l'egida delle Nazioni Unite, e nel dicembre si è sottoscritto un Accordo a Parigi per la riduzione drastica, entro un tempo prestabilito, delle emissioni dannose. Sino alla nuova Enciclica del 2020, dove si sollecita una nuova cultura aperta e accogliente,

---

(50) G. Vettori, *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 84.

(51) G. Vettori, *Dialogo con Giuseppe Benedetti*, cit., p. 84.

(52) S. Grassi, *Sulla cura della casa comune: il ruolo del diritto*, in *Incontri*, IX (2017), 17 (*L'ecologia integrale della Laudato sì)*, p. 51 ss.

(53) S. Grassi, *Sulla cura della casa comune*, cit., p. 53.

nonché un approccio integrale basato su di un dialogo interdisciplinare, capace di riformare le istituzioni, coordinare e dotarle di buone pratiche, pensando al bene comune a lungo termine e alle generazioni successive.

Da qui la sollecitazione di un forte ruolo del diritto per rispondere a problemi assoluti, pur di fronte a forti perplessità: possiamo dire di aver danneggiato qualcuno che non ha identità e ancora non esiste? In che modo e perché le nostre scelte possono essere moralmente errate? Si può ipotizzare un risarcimento per una perdita indeterminata? Parlare di diritti e obblighi al futuro è possibile?

Queste perplessità non sono affatto invincibili. Basta pensare che sono in questione situazioni soggettive fondamentali di natura collettiva, "parte di un interesse pubblico" che va oltre i rigidi schemi ottocenteschi del soggetto di diritto, della teoria dei beni e dell'illecito. Esistono, insomma, buoni argomenti che stanno affiorando negli studi e nella legislazione (54).

Il contratto è coinvolto in questo nuovo ordine ed è del tutto plausibile una nuova conformazione dettata da un interesse pubblico volto ad uno sviluppo sostenibile e ai limiti ambientali, tali da incidere sul giudizio di liceità e di meritevolezza (55). D'altra parte, la regolazione del mercato comunitario ha subito un evidente mutamento nel diritto dei consumatori. Dalla disciplina della conformità del bene, al requisito della durabilità dell'oggetto, dal diritto alla riparazione ad un diritto del consumo più accorto, contrario agli sprechi e attento alla limitazione dei rifiuti tecnologici sempre meno gestibile (56). Anche i rimedi civili risarcitori possono avere un ruolo, tutto da sperimentare, nella lotta contro i potenziali responsabili delle emissioni, siano essi un'impresa o un'Istituzione della UE non attenta al controllo o in ritardo nell'attuare misure efficaci (57).

---

(54) G. Capaldo, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 2020, 4, pp. 334 ss.

(55) M. Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico*, in *RQDA*, 2020, p. 4 ss.

(56) D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 495 ss.

(57) G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropocentrico*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 469 ss.

D'altra parte, un impatto della sostenibilità si ha nella disciplina delle grandi società di capitali, le quali, per una serie numerosa di autorevoli opinioni in Italia e in America, non possono limitarsi a "perseguire il profitto per i propri azionisti", ma devono contribuire a risolvere "i problemi delle comunità di riferimento e del pianeta, curando, conseguentemente, anche gli interessi dei principali *stakeholders*". Assumendo così un ruolo sociale e più inclusivo. Senza sostituire lo Stato o la Politica, ma prendendo posizione quando "i cardini della società sono a rischio, perché nel lungo periodo questo influirà sulla capacità di chiunque di generare profitti" (58).

La prospettiva è chiara. Muta la narrazione e la mitologia del passato (59).

Dalla logica proprietaria "imprenditoriale e meritocratica", sempre più fragile e contraddittoria, si avverte, nel dibattito dottrinario e in numerosi documenti istituzionali, un rinnovato interesse per una nuova definizione dello scopo sociale ove il profitto può essere uno degli elementi, mentre interessi diversi da quelli dei soci hanno via via un riconoscimento sempre più evidente, nella riforma del diritto societario in Europa e in USA, come nei codici di autodisciplina. I quali contengono sempre più spesso un riferimento al "successo sostenibile nel lungo termine" per generare valore per i soci e per la comunità sociale (60).

Su tutto ciò preme un documento che disegna il futuro.

Il Next Generation EU dà impulso ad una trasformazione radicale degli Stati e dell'Unione europea ed appare evidente un dato. L'unità del diritto fondata su *'common values'* e su un'accorta miscela di *public and private law* da calibrare e avvicinare "attraverso un'elaborazione per principi" che compete anche e soprattutto "al formante giurisprudenziale e dottrinale" (61).

---

(58) Su questo v. ora gli studi di U. Tombari, "*Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019 e Id. *Corporate Purpose e Diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"*?, in *Riv. soc.*, 2021, 1, pp. 1 ss. con ampissimi riferimenti alla dottrina e non solo.

(59) U. Tombari, *Corporate Purpose e Diritto societario*, cit., pp. 2 ss.

(60) U. Tombari, *Corporate Purpose e Diritto societario*, cit., p. 4.

(61) B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, p. 239.

HANS-WOLFGANG MICKLITZ

I LIMITI DEL PATRIMONIO COMUNE EUROPEO E IL MOVIMENTO POSTCLASSICO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

1. Il patrimonio comune europeo. — 2. I limiti del patrimonio comune europeo. — 3. Il movimento postclassico nell'integrazione europea. — 4. La via da seguire?

Questo saggio si pone l'obiettivo di chiarire la "eredità comune", per poi illustrare la storia intellettuale della coscienza giuridica europea. L'eredità comune di Wieacker poggia su tre pilastri: personalismo, legalismo e intellettualismo. I suoi limiti sono emersi chiaramente all'indomani dell'Atto unico europeo e del fallimento dei due grandi progetti di una Costituzione europea e del Codice civile europeo. Tuttavia, il vertice di Lisbona, la Carta dei Diritti Fondamentali e la Nuova Governance indicano il passaggio dall'eredità comune a quello che viene definito il c.d. "movimento postclassico". Qui si trova il potenziale per rafforzare l'europeità del diritto privato (1).

1 *Il patrimonio comune europeo.*

La costruzione dell'Unione Europea poggia su due pilastri. Il primo è costituito dalla volontà politica dei sei Membri fondatori e dalla loro decisione di costruire un'Europa pacifica attraverso gli scambi commerciali. Il secondo è costituito dalla profonda storia intellettuale comune e dalla coscienza giuridica, che hanno fornito le basi per poter intraprendere la relativa azione politica.

---

(1) L'articolo condensa e approfondisce l'argomento sviluppato in *Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018.

Il fondamento politico del Trattato di Roma si trova nella Dichiarazione Schuman del maggio 1950. È lunga solo centotrentadue righe (estratto) (2). *Schuman* si riferisce alla civiltà ma non alla democrazia (3). La formula della "pace attraverso il commercio" abbraccia una storia europea comune, scaturita da secoli di interconnessione degli Stati e del commercio. *Schuman* presuppone implicitamente l'esistenza di un diritto privato nazionale che organizza gli scambi commerciali. *P. Pescatore* (4) ha analizzato, con magistrale precisione, le differenze tra il diritto internazionale e il diritto europeo dell'integrazione. Senza la vitalità degli Stati nazionali, delle loro costituzioni e dell'ordinamento di diritto privato, nonché un profondo affidamento a essi, il commercio non può essere organizzato. *Schuman*, e di fatto il Trattato di Roma, presuppongono la funzionalità degli Stati nazionali, del loro ordinamento giuridico, democratico costituzionale e dei loro ordinamenti di diritto privato, sulla base di una chiara divisione: il mercato spetta all'UE, il "sociale" agli Stati membri.

Le profonde basi filosofiche e l'eredità comune dell'Europa rendevano il piano *Schuman* politicamente realizzabile. Esiste lo Stato nazionale, eredità della pace di Westfalia, sviluppatasi nel corso dei secoli. Il primo Stato nazionale westfaliano si è trasformato in uno Stato nazionale e più tardi in uno Stato democratico. *Franz Wieacker* e *Paolo Grossi* hanno analizzato e scritto a lungo della storia moderna del diritto privato. *Wieacker* mette in evidenza le costanti dello sviluppo storico che si trovano nella cultura giuridica europea: personalismo, legalismo e intellettualismo (5). La trinità di *Wieacker* aiuta a comprendere il ruolo dell'eredità comune dell'Europa nella formazione degli sviluppi giuridici. In tale prospettiva, il personalismo si collega alla storia intellettuale inglese, il legalismo a quella tedesca e l'intellettualismo a quella francese.

---

(2) http://www.robert-schuman.eu/en/declaration-of-9-may-1950.

(3) J.H.H. Weiler, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay*: *An Exploratory Essay*, in J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, pp. 137-158, a pp. 139.

(4) P. Pescatore, *The Law of Integration. Emergence of new phenomenon in international relations, based on experience of the European Communities*, Leiden, 1974.

(5) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, in 38 *American Journal of Comparative law* (1990), pp. 1-29.

Il personalismo descrive la separazione tra soggetto e oggetto, la concezione teorica delle relazioni umane come "opposizione", e non nel senso di un "noi", che *Wieacker* fa risalire al giudaismo e al cristianesimo. Nella tradizione giudaico-cristiana l'uomo conosce un solo Dio, e si considera come "Io" nei confronti del "Tu" esigente e concedente. L'esperienza religiosa è il luogo di nascita della libertà ultima della decisione dell'Io, che si correla con la responsabilità personale come risposta al "Tu" esigente e concedente (6). Il personalismo si manifesta nella concezione del diritto, in particolare del diritto privato, nell'idea di libertà e autodeterminazione anziché in quella del soprannaturale o della costrizione collettiva. È qui che risiedono le origini comuni del libero arbitro basato sulla ragione, sull'autonomia di decisione, sull'autonomia privata nonostante le sue diverse forme nazionali. Nello "*Io-contro-Te*", nei diritti contro i doveri e nell'autonomia contro la responsabilità esiste una tensione che da allora ha tenuto in sospeso la filosofia giuridica e politica europea. Il commento *di E. Bodenheimer* sul rapporto tra repubblicanesimo e liberalismo, tra "teoria dei diritti individuali" e "pensiero dell'interesse pubblico" (7), è istruttivo e illuminante.

La seconda costante della cultura giuridica europea è il legalismo. Le decisioni sulle relazioni sociali e sui conflitti devono essere sottoposte a regole di diritto, la cui validità e accettazione non dipende da valori o scopi esterni, siano essi morali, sociali o politici. Il diritto e le regole giuridiche sono separati dalle altre regole e dai valori sociali, come le convinzioni religiose, gli imperativi morali, le abitudini e i costumi. *Wieacker* fa risalire la separazione tra diritto e morale allo sviluppo nell'antica Roma di una specifica amministrazione professionale. *Thomasius* e *Kant* hanno rimodellato questa tradizione per l'età moderna. Il legalismo considera gli obblighi sociali, i diritti e i privilegi come regole giuridiche oggettive non arbitrarie. Il legalismo nel diritto privato si manifesta nel passaggio

---

(6) Le profonde implicazioni della distinzione tra "Io" e "Tu" come eredità del cristianesimo sono analizzate da P. SLOTERDIJK, *Die schrecklichen Kinder der Neuzeit*, p. 278.

(7) M. J. HORWITZ, *Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought*, in 29 *William & Mary Law Review* (1987), pp. 57-74; ID., *Symposium on Republicanism*, in 97 *Yale Law Journal* (1988), p. 1493.

dallo "status" al "contratto" (8). *Wieacker* riconosce e affronta la questione del lato negativo del legalismo, che sacrifica i concetti morali materiali, i diritti sociali e, non da ultimo, la giustizia, in nome della razionalità formale del diritto. Affronta a fondo le antinomie e giustifica la necessità di una correzione del diritto formale attraverso l'interpretazione dei giudici e le correzioni legislative (9). Se e in che misura dissolvere i confini tra diritto e morale, in particolare attraverso il paradigma della non discriminazione, metta in pericolo "l'integrità del diritto", è oggetto di una critica ideologica (10).

La terza costante della cultura giuridica europea è l'intellettualismo, che si riferisce a un particolare modo di intendere e interpretare il fenomeno del diritto: come idealismo epistemologico, come pensiero cognitivo europeo che mira alla concettualizzazione, alla coerenza univoca del materiale giuridico empirico. Secondo questa linea di pensiero, la codificazione del diritto privato appare come il coronamento dell'intellettualità europea. Un sistema di Common Law avrà delle difficoltà di fronte a una tale concezione dell'intellettualismo europeo. Sembra più appropriato sottolineare la comunanza tra le codificazioni continentali e la Common Law nella loro comune ricerca di coerenza interna e di strutture sistematiche. (11) Il lato formale dell'intellettualismo europeo è bilanciato dall'idea di giustizia. *Wieacker* considera la distinzione tra giustizia correttiva e distributiva come la pietra angolare dell'intellettualismo europeo. Personalismo, intellettualismo e legalismo hanno potuto dispiegare un potere integrativo al di là delle particolarità nazionali — *perché* gli ordinamenti nazionali di diritto privato sono rimasti in gran parte

---

(8) H. Maine, *Ancient Law. Its Connection with the early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, edited by J.H. Morgan, London, 1917 (1861), p. 101.

(9) V., per una panoramica sul contesto, M. Renner, *Formalism, Substantive and Procedural Justice"* in S. Grundmann, H.-W. Micklitz e M. Renner, *New Private Law Theory, A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021, pp. 193 ss.

(10) R. Dworkin, *Integrity in Law*, in *Law's Empire*, Cambridge MA, 1986; Id., *L. Fuller's eight desiderata in the* Morality of the Law, New Haven, 1964; A. Somek, *Engineering Equality. An Essay on European Non-discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 83.

(11) T. Tridimas, *Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?*, in J. Dickson e P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, pp. 307-330.

intatti e perché gli Stati membri hanno potuto mantenere il loro particolare modello del sociale in linea con il rapporto Spaak.

2 *I limiti del patrimonio comune europeo.*

L'adozione dell'Atto unico europeo nel 1986 ha cambiato radicalmente le prospettive dell'Unione Europea. L'obiettivo generale era quello di costruire un mercato con un volto sociale attraverso il diritto derivato dell'Unione, promosso attraverso decisioni di maggioranza nel Consiglio. La caduta del muro di Berlino nel 1989 ha innescato un dibattito sul futuro a lungo termine dell'Europa. Gradualmente, ma costantemente, due progetti giuridico-politici hanno iniziato a dominare il discorso giuridico europeo (12): lo sviluppo di una Costituzione europea e la creazione di un Codice civile europeo. Se sia la Costituzione che il Codice civile fossero stati realizzati, essi avrebbero reso l'Unione Europea molto più vicina al concetto di Stato nazionale così come era andato sviluppandosi nel XVII secolo. Guardando indietro, il Libro bianco sulla governance del 2002 appare come un canto del cigno rispetto al progetto politico di un'Europa unita, molto prima che i nuovi Stati membri entrassero ufficialmente nell'Unione Europea. A un livello superficiale, la costruzione della costituzione e del diritto privato può essere associata all'eredità comune della pace di Westfalia e a quello che *Wieacker* ha chiamato il "trionfo finale" — un ordine di diritto privato codificato.

A un primo ma superficiale sguardo, le somiglianze storiche tra la costruzione dello Stato e la codificazione in Francia a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo e l'attuale dibattito sul futuro dell'Europa sono impressionanti. Queste somiglianze non sono state affrontate apertamente sul piano politico né su quello teorico. In realtà, entrambi i grandi progetti sono fortemente interconnessi dalle riflessioni sul loro grado di fattibilità alla fine del XX secolo, sulla misura in cui tengano conto del "sociale", sulla loro traballante legittimità, sulla distribuzione poco chiara in merito a mandati e competenze attribuiti ai redattori, sull'uso ambizioso — anche se un

---

(12) N. Walker, *Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay*, in 25 *Oxford Journal of Legal Studies* (2005), pp. 581-601.

po' fuorviante — della parola "Costituzione" e "Codice civile". In sintesi, la riflessione su tali questioni è stata guidata da preconcetti ideologici (13). In particolare, il Parlamento europeo, che era il principale motore della costruzione della Costituzione e del diritto privato come ultimo passo del progetto di integrazione europea, sembrava essere guidato da ideologie piuttosto semplicistiche.

Nel frattempo, i grandi progetti della Costituzione e del Codice Civile fallirono. L'eredità comune, le fondamenta più profonde, non potevano sostenere un cambiamento così radicale. Personalismo, intellettualismo e legalismo sarebbero potuti bastare per costruire una costituzione nazionale e un ordine giuridico privato nazionale. La trinità sarebbe potuta bastare anche per adottare il Trattato di Roma con la sua chiara divisione tra mercato e sociale. Tuttavia, sarebbe stata necessaria una decisione politica per andare oltre il patrimonio comune e per aprire una nuova pagina nella storia intellettuale dell'Europa, una discussione nei rispettivi forum democratici sulla giustizia, in particolare sul tipo di giustizia da raggiungere, a quale livello e a opera di chi (14). Entrambi i grandi progetti erano guidati da una filosofia simile, in cui l'integrazione europea era considerata molto più affine ad un processo tecnico, consistente nello sviluppo di regole corrette in grado di adattarsi alla promozione dell'integrazione del mercato piuttosto che in un dibattito sugli obiettivi e le prospettive politico-sociali, nonché sulla loro fattibilità in un ambiente sovranazionale (15). Questo non significa che i grandi progetti non si siano occupati di "giustizia" o non abbiano sancito un particolare modello di giustizia, ma tale pensiero è rimasto celato dietro tecnicismi o "grandi parole" senza alcuna specificazione, come è avvenuto per quelle impiegate nel testo dell'art. 2 TFUE.

---

(13) H.-W. Micklitz, *Failures or Ideological Preconceptions? Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, in K. Tuori and S. Sankari (eds.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, 2010, pp. 109-142.

(14) M. A. Wilkinson, *Politicising Europe's Justice Deficit: Some Preliminaries*, in D. Kochenov, G. de Búrca and A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, 2015, pp. 111-136.

(15) Manifesto del Gruppo di Studio sulla Giustizia Sociale nel Diritto Privato Europeo, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in 10 *European Law Journal* (2004), pp. 653-674.

La Costituzione europea è stata respinta dai referendum di Francia e Olanda. Nonostante la questione sull'opportunità di chiamare il progetto "Costituzione", i popoli di questi due Stati membri non erano disposti a cedere di un ulteriore passo nello sviluppo degli Stati Uniti d'Europa. Senza una discussione politica molto approfondita sulle ragioni del rifiuto, gli Stati membri e i loro governi hanno "salvato" il nucleo del progetto costituzionale nel testo del Trattato di Lisbona. Al contrario, il progetto del codice civile europeo ha portato a intensi dibattiti accademici e alla produzione dei principi dell'*acquis* (16) e del progetto di quadro comune di riferimento (DCFR) (17). Quest'ultimo si avvicina a un vero e proprio codice civile europeo, travestito da "esercizio accademico". Con l'aiuto e il sostegno di esperti legali, la Commissione europea ha trasformato il DCFR in un progetto di regolamento su un diritto comune europeo della vendita (CESL). La collaborazione tra la Commissione europea e la dottrina europea assomiglia, in modo inquietante, al *Professorenmodell* tedesco, dove l'accademia collaborava con un esecutivo autoritario, scavalcando un parlamento debole (18). La resistenza di sei Governi ha costretto la Commissione europea a ritirare ufficialmente la sua proposta. Entrambi i fallimenti raccontano una sola storia: il patrimonio comune ha raggiunto i suoi limiti. La costruzione della costituzione e del diritto privato si è spinta troppo in là.

L'opinione pubblica europea — se si può parlare di un'opinione pubblica rispetto alla discussione dei due progetti — era divisa sulla seguente idea: se la costruzione della Costituzione e del Codice civile a livello europeo fosse necessaria, fattibile e utile. Sembra che il patrimonio comune che unisce gli Stati membri e che ha permesso

---

(16) Research Group on EC Private Law, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. Contract I.; Contract II.

(17) C. v. Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano e F. Zoll (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. (DCFR)*, Münich, 2008.

(18) H. Schepel, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law Law*, in 32 *Law & Social Inquiry* (2007), pp. 183-199; U. Mattei e F. Nicola, *A "Social Dimension" in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*, in 41 *New England Law Review* (2006), pp. 1-65, p. 3.

di costruire l'UE ponga delle barriere ai tentativi politici di promuovere un'ulteriore integrazione contro la volontà dei popoli europei. Il progetto di codificazione del diritto civile ha suscitato forti reazioni tra i giuristi privati europei a causa del suo carattere antisociale e antidemocratico (19). La maggior parte delle resistenze, tuttavia, proviene dagli ambienti accademici nazionali, che difendono il codice civile nazionale come parte integrante della propria identità nazionale (20), e dai governi nazionali. Il dibattito sul DCFR e sul CESL non ha mai raggiunto il grande pubblico, almeno se si equipara il grande pubblico ai cittadini. I dati dell'Eurobarometro mostrano che i cittadini europei sono sempre stati favorevoli all'armonizzazione della legislazione sui consumatori a livello europeo. La resistenza proveniva più dalle élites politiche che dal pubblico in generale. Lo *Zeitgeist* (*Hegel/Constant* (21)) ha optato per la difesa degli ordini nazionali di diritto privato.

3. *Il movimento postclassico nell'integrazione europea.*

È paradigmatico che l'attuale fase dell'integrazione europea non possa essere associata a un "big bang", al contrario del Trattato di Roma, che ha dato forma alla prima fase, e dell'Atto Unico Europeo,

---

(19) M. W. Hesselink, *The Politics of a European Civil Code*, 10 *European Law Journal*, (2004), pp. 675-697; Ch. Joerges, *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechtsdisziplin*, in A. Furrer (ed.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern, 2006, pp. 133-188, p. 142.

(20) H. Honsell, *Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2008, pp. 621-630; con riguardo al sistema francese: Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de Monsieur von Bar* in *Recueil Le Dalloz*, (2002), pp. 2202-2214; B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un code civil européen?* In *Revue Trimestrielle De Droit Civil* (2002), p. 463; B. Fauvarque-Cosson, *Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission*, in *Recueil Le Dalloz* (2003), pp. 1171-1173; Ph. Malinvaud, *Réponse — hors délai — à la Commission européenne: à propos d'un code européen des contracts* in *Recueil Le Dalloz* (2002), pp. 2542-2551; J. Huet, *Nous faut-il un "euro" droit civil?*, in *Recueil Le Dalloz*, (2002), pp. 2611-2614; inoltre W. Wurmnest, *Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze-Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (2003), pp. 714-744.

(21) B. Constant, *De la Liberté des brochures, des pamphlets et des journaux*, in A. Roulin (ed.), *Œuvres*, Paris, 1957, pp. 1219-1243.

che ha messo in moto l'integrazione in materia sociale. Tre grandi documenti sono posti a fondamento di quello che viene definito "movimento postclassico" e che potrebbe essere associato alla trasformazione dell'ordine giuridico europeo in un ordine neo-formalistico: il Consiglio di Lisbona del 2000, la Carta costituzionale del 2000, la Governance europea del 2002. Il Trattato di Lisbona del 2007 non ha avviato un nuovo discorso sociale, forse con la sola eccezione dell'integrazione formale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico dell'Unione europea. L'economia e l'eurocrisi, tuttavia, ne hanno stabilito l'agenda. Nell'istituzione dell'Unione Bancaria emergono i contorni di una nuova costituzione economica, che valorizza la finanza e declassa il sociale.

Tutti e tre i documenti non sono giuridicamente vincolanti in senso stretto. Il legalismo è messo da parte a favore della politica. Il loro impatto, tuttavia, è ancora più palpabile di molti articoli che si sono fatti strada nei trattati, come le regole di competenza sul dialogo sociale o sulla politica dei consumatori. Il primo documento è costituito dalle "Conclusioni presidenziali" del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, ove i capi degli allora diciassette Stati membri (senza i dieci nuovi Stati membri e la Croazia) rispondevano a "*una svolta epocale risultante dalla globalizzazione e dalle sfide di una nuova economia basata sulla conoscenza*" (22). Il Consiglio di Lisbona indica lo spostamento verso l'efficienza economica *e* l'inclusione sociale come paradigmi chiave per il nuovo millennio. Il secondo documento, formalmente non collegato, ma politicamente fortemente interconnesso con il Consiglio di Lisbona, è l'adozione della Carta dei diritti fondamentali nel dicembre 2000 da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. L'efficienza economica deve essere controbilanciata dai diritti umani e fondamentali. Tuttavia, il titolare dei diritti non è l'individuo del XIX-XX secolo (23). Il terzo documento è il Libro bianco del 2002 della Commissione europea sulla c.d. "governance europea", teso ad affrontare "(...) un vero paradosso: da un lato, gli Europei chiedono

---

(22) La Strategia di Lisbona del 2000, paragrafo 1. 1.

(23) H.-W. Micklitz, *The Legal Subject, Social Class and Identity Based Rights*, in L. Azoulaï, S. Barbou des Places e E. Pataut (eds.), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Oxford, 2016, pp. 285-310.

loro di risolvere i grandi problemi della nostra società, dall'altro, questi stessi cittadini nutrono sempre minor fiducia nelle istituzioni e nelle politiche che queste adottano, o finiscono per disinteressarsene". (*Preambolo*). Si tratta di una versione sottile dell'intellettualismo francese. La governance porta la politica nella gestione del processo di integrazione europea. I tre documenti uniscono insieme economia (vertice di Lisbona), diritto (Carta dei diritti fondamentali) e politica. Essi sanciscono il passaggio a un ordine postclassico.

D. Kennedy (24) caratterizza lo stato attuale del pensiero giuridico privato come "neo-formalismo". Il neoformalismo è "neo", nuovo, perché trasferisce il pensiero del diritto privato al settore pubblico, alle politiche e alle istituzioni senza tener conto che "l'analisi della politica" è strutturalmente legata a un particolare soggetto politico e/o a un particolare oggetto (per esempio un settore dell'economia), e che la coerenza o qualcosa di simile può essere raggiunta, semmai, solo in campi politici ristretti che sono tenuti distinti da influenze generali di altri campi politici. Questo si adatta bene a *Luhmann* e *Teubner* (25) che sottolineano l'irreversibilità della differenziazione e della frammentazione della società o a *K. Tuori* (26) che usa la metafora delle "molte costituzioni dell'Unione Europea" o a *L. Niglia* (27) che sottolinea "il pluralismo e il diritto privato europeo". I tre documenti non vincolanti (l'Agenda di Lisbona, la Carta del 2000, ora integrata nel Trattato, e il Libro bianco sulla governance del 2002) letti insieme esemplificano un grande cambiamento al livello delle fondamenta dell'Unione. Il diritto privato europeo neoformalista non assomiglia più a un *sistema* giuridico. Dovrebbe essere inteso come un *ordine* giuri-

---

(24) D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge-New York, 2006, pp. 19-73.

(25) Th. Prien, *Under the Spell of Society. System Theoretical Perspective of Justice. System Theoretical Perspective of Justice*, in W. Matiaske, S. Costa e H. Brunkhorst (eds.), *Contemporary Perspectives on Justice*, München, 2010, pp. 41-68, in partic. p. 47.

(26) K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, 2015.

(27) L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013 e, in particolare, il contributo del medesimo Autore "*The Double Life of Pluralism in Europe*", pp. 13-28.

dico ([28]). Non vi è, o vi è in maniera molto ristretta, una coerenza nemmeno tra i vari campi del diritto privato europeo orientati alla politica.

4 *La via da seguire?*

M. Reimann fornisce due ragioni per cui il diritto americano (e l'erudizione giuridica?) è in vantaggio su quello dell'UE: ([29]) 1) la "fortuna sfacciata", cioè il vantaggio conseguente alla circostanza che il diritto globale è caduto nel "grembo americano" e 2) il passaggio dal diritto classico al diritto post-classico. Si dice che la tradizione europea continentale sia ancora profondamente radicata nell'universalismo e nel razionalismo che sostiene il concetto classico del diritto in linea con il pensiero del XVII secolo ([30]). La conoscenza è oggettiva, assoluta, universale e coerente. Nel corso del XX secolo questa concezione della conoscenza è stata superata nella scienza naturale attraverso *Einstein* e *Heisenberg*, ([31]) e nella filosofia attraverso *Nietzsche* e *Heidegger*. La conoscenza non è gerarchica, ma il risultato di reti orizzontali. *Sousa Santos* ([32]) e, più recentemente, *M. Hesselink* ([33]) negano l'esistenza di una verità oggettiva (o legge) e sostengono il pluralismo di ordini e valori concorrenti.

Le crepe nei sistemi continentali classici erano visibili e si sono manifestate prima della prima guerra mondiale e con ancora più forza nel ventennio tra le due guerre mondiali. *Raymond Aron*, il sociologo francese, e *Fritz Stern*, lo storico del diritto, concordarono, in un dibattito pubblico tenutosi nel 1979, sul fatto che al volgere

---

([28]) J. Dickson, *Towards a Theory of European Union Legal Systems*, in J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, pp. 25-53.

([29]) M. Reimann, *The American Advantage in Global Lawyering*, 78 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (2014), pp. 1-36.

([30]) A. Somek, *Zwei Welten der Rechtslehre und der Philosophie des Rechts*, in 71 *Juristen Zeitung* (2016), pp. 481-486.

([31]) H.-P. Dürr (ed.), *Physik und Transzendenz. Die Großen Physiker unserer Zeit über ihre Begegnung mit dem Wunderbaren*, Bern et al, 1986.

([32]) B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law* in 14 *Journal of Law and Society* (1987), pp. 279-302, in partic. p. 282.

([33]) M. Hesselink, *Justifying Contract in Europe, Political Philosophy of European Contract Law*, Oxford, 2021.

del XX secolo ci si poteva aspettare che la Germania avrebbe lasciato la sua impronta sul XX secolo, anche se non attraverso due guerre mondiali (34). Ciò avrebbe implicato che la Germania avrebbe potuto essere all'avanguardia nel passaggio dal diritto classico al diritto post-classico (35). Infatti, i riferimenti di *Reimann* alle figure chiave delle scienze naturali e della filosofia sembrano essere in linea con tale conclusione.

Nella ricerca di un futuro europeo, l'Europa ha guardato nel suo passato, nelle fondamenta culturali più profonde che hanno unito i sistemi giuridici non solo del continente ma anche del diritto comune. I "Fondamenti della cultura giuridica europea" *di Franz Wieacker* presuppongono una comunità Europea, che affonda le sue radici nella storia e nel diritto. Così, *Wieacker* aderisce alla tradizione dello *ius commune* proprio come *R. Zimmermann* (36). Se siamo entrati in un mondo in cui la *lex geometrica* è integrata dalla *lex "relativa"*, dobbiamo sviluppare una diversa comprensione del perché l'Europa potrebbe e dovrebbe servire come laboratorio per lo Stato post-nazionale e per il relativo ordine giuridico. Un tale cambiamento di prospettiva aprirebbe nuove prospettive per la "europeità" del diritto.

---

(34) E. Jäckel, *Das deutsche Jahrhundert: Eine historische Bilanz*, Stuttgart, 1996.

(35) La dottrina di Kantorowicz del diritto libero (Frei Rechtsschule) invece della Scuola Storica di Savigny.

(36) R. Zimmermann, R., *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...": Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, in 193 *Archiv für die civilistische Praxis*, (1993), pp. 121-173.

SAGGI

VALENTINA CALDERAI

UNA QUESTIONE DI PUNTI DI VISTA. INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI ASIMMETRICI E TEORIA DELLE FONTI

You see that impartiality is obtained
by taking the viewpoints of others into account. (1)

I. - 1. Premessa: un formidabile spostamento dei punti di vista. — 2. Dire-la-verità sul Diritto. — 3. Dalla fattispecie alla fonte: il contratto di diritto europeo. — II. - 4. Per una dogmatica dell'opera aperta. — 5. Ragione e politica nell'interpretazione dei contratti. — 6. Un quadro specificamente europeo di riferimento. — 7. I contratti B2C si interpretano nel solito modo? — III. - 8. Fondamento del controllo giudiziale in un principio di *accountability*. — 9. Struttura del giudizio di trasparenza. — 10. Un "nuovo principio" del diritto europeo dei contratti.

Abstract. Traendo spunto da un'intuizione di Max Weber, nella prima parte di questo studio si sostiene l'opportunità di ripensare i principi logici dell'interpretazione dei contratti segnando il passaggio da una prospettiva nazionale ad una prospettiva europea. Nella seconda parte si evidenzia la scarsa utilità, in questo quadro, dei concetti generali di autonomia privata elaborati nel contesto del diritto contrattuale nazionale e si pone in rilievo la necessità, in relazione all'interpretazione dei contratti BtoC, di una elaborazione teorica tanto sull'ordinamento giuridico europeo quanto sulle fonti del diritto. Nella terza parte si indicano alcune conseguenze di questa Verschiebung der Gesichtspunkte con riferimento al requisito di trasparenza e buona fede nei contratti con i consumatori.

Following an insight by Max Weber, the first part of this study argues for the merit of rethinking the logical tenets of the interpretation of contracts in the transition from a national to a European perspective. The second part contends that the general conceptions of private autonomy worked out within the context of national contract law are of little use in this framework, rather, a theory of the European legal order as well as of the sources of law is needed, in order to make

(1) H. Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, 1992, p. 42.

sense of the interpretation of BtoC contracts. The third part points to some consequences of this Verschiebung der Gesichtspunkte with reference to the requirement of transparency and good faith in consumer contracts.

I.

1. *Premessa: un formidabile spostamento dei punti di vista.*

"Il vantaggio di una disciplina legale dell'interpretazione sta nel ridurre nel più angusto margine possibile l'incertezza e l'incompiutezza del compito ermeneutico, e con essa il pericolo di una indefinita pluralità d'interpretazioni difformi, l'una dall'altra divergenti" (2).

"La disposizione che ha per oggetto l'interpretazione è oggetto d'interpretazione. O si applicano alla disposizione le regole d'interpretazione che da quella disposizione medesima prendono vita ('circolarità') o si delega alle decisioni degli interpreti di quella disposizione il potere d'interpretarla.

A sua volta, un tale potere — che, in termini di fatto, è conforme all'impossibilità, ormai nota, di vincolare giuridicamente un'attività intellettuale e volitiva — rinvia a contesti storici, politici e latamente culturali che non hanno un fondamento il quale sia determinato con precisione nel tempo e nello spazio, sebbene siano pur sempre ascrivibili, nel presente, a un costante confronto di singolari, e più o meno autorevoli, prese di posizione variamente critiche" (3).

Nell'antitesi esemplare dei punti di vista di Emilio Betti e Umberto Breccia a proposito delle norme sull'interpretazione della legge, si specchia la consumazione di una lunga fase di scienza normale della civilistica italiana (4) e il principio di una fase, forse di una scienza, nuova.

---

(2) E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1972, p. 137 s.

(3) U. Breccia, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "Teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019, pp. 373 ss., 382.

(4) T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago-London, 1996^3, p. 10 (trad. it. A. Carugo (a cura di), *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999^5), nel senso di una ricerca "... firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundation for its further practice".

In ogni ordinamento cronologico è insito un atto di arbitrio. Quello proposto non fa eccezione, se è vero che nello sguardo retrospettivo il Novecento del diritto civile italiano sembra quasi spezzato in due: all'impresa della codificazione e al suo consolidamento in un corpo di "dottrine fondamentali" seguì un movimento critico, all'insegna della "riscoperta dell'ordinamento in tutta la sua ampiezza e in tutte le sue valenze" (5). Il pensiero giuridico si scrollava di dosso il mito dell'"intima connessione che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità" (6), ritenendo del sistema un'idea regolativa e, insieme, diventava più esigente, più "aperto alla difesa di tutte le sue (prima non viste) potenzialità" (7).

Ma è pur vero che la "svolta ordinamentale" (8) è avvenuta all'insegna di un consapevole eclettismo, manifesto nel costante riferimento alle Scuole (9), e di una certa riluttanza a intraprendere una revisione dei concetti fondamentali del diritto privato nella prospettiva della teoria generale e del confronto con le scienze sociali. Le categorie inscritte nel Codice, depotenziate in parte e destituite dal ruolo di paradigmi dogmatici, conservano così nell'insegnamento e nella prassi il significato di una matrice comune di valori e di conoscenze, senza la quale l'unità della materia sarebbe affidata al dato estrinseco dell'applicazione della regola ai rapporti privati. Eppure le difficoltà e i dubbi in merito alla capacità di questo compromesso teorico-pratico di restituire una rappresentazione credibile e sincera del diritto civile attuale (10) esprimono un bisogno, caratteristico dei momenti di trasformazione, che non

---

(5) S. Rodotà, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1997, 1, pp. 5 ss., p. 7. Per una storia — e in un certo senso anche una (auto)biografia della civilistica italiana nel Novecento — v. di U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quad. fior*., 1999, I, pp. 293 ss.

(6) F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, I, § 33.

(7) U. Breccia, *Continuità e discontinuità*, cit., p. 394.

(8) A. Gentili, *Senso e Consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. I*, Torino, 2016, I, pp. 111 ss.

(9) Su questa grande vicenda v. ora in di G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche*, Milano, 2019.

(10) Tra le analisi di più ampio respiro nell'ultimo decennio: P. Femia, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in P. Perlingieri e L.

saprei descrivere con parole più esatte di quelle usate molto tempo fa da Max Weber, a proposito del metodo storico (11):

"Solo ponendo in rilievo e risolvendo problemi di fatto sono state fondate le discipline scientifiche, e si può sviluppare ulteriormente il loro metodo; e finora mai hanno contribuito in maniera decisiva a tale scopo le pure considerazioni di teoria della conoscenza o di metodologia. Esse diventano di solito importanti per l'opera della scienza stessa solo quando, in seguito a forti spostamenti dei "punti di vista" da cui una certa materia diventa oggetto di rappresentazione, emerge la convinzione che i nuovi "punti di vista" esigano anche una revisione delle forme logiche in cui si era mossa la precedente "impresa", e ne deriva quindi incertezza sulla "essenza" del proprio lavoro".

Lo studio del diritto civile sperimenta oggi indubbiamente una formidabile *Verschiebung der Gesichtspunkte* fondamentali della materia e una conseguente, fortissima condizione di incertezza sul proprio compito (12). Il trasferimento all'Unione Europea di due pilastri della sovranità economica (disciplina del mercato e manovra monetaria) e la parziale devoluzione del momento della legittimazione nel *jus condere* dalla rappresentanza politica ad altre istanze (giurisdizione, competenza tecnica e tecnologica, regolamentazione privata) (13) hanno scardinato il fondamento della giurisprudenza

---

Ruggeri (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, Napoli, 2009, p. 39; V. Roppo, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, e in particolare, *ivi*, "*Il problema dell'effettività del diritto comunitario*", p. 141; G. Vettori, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; E. Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; G. D'Amico e S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018.

(11) M. Weber, *Studi critici intorno alla logica delle scienze della cultura.* I. *In polemica con Eduard Meyer*, in *Il metodo delle scienze sociali*, trad. it. P. Rossi, Torino, 1974 [1958[1]], pp. 145 ss., 148 (tit. or. *Kritischen Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaftlichen Logik* (1906), in Id., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2. Aufl., Tübingen, 1951).

(12) C. Camardi, *Certezza*, cit., p. 10 ss.

(13) Sotto il profilo delle fonti interne del diritto privato la portata del mutamento è efficacemente ricondotta da F. Piraino, *La questione della "giustizia contrattuale"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 233, 238, al "deciso spostamento dell'asse dallo Stato-

teorica e pratica nel concetto formale di unità sistematica, inscritto nei postulati della auto-sufficienza e auto-referenzialità del diritto dello Stato (14), per la "difficoltà di azionare i dispositivi teorici sui quali si basa la riconduzione a sistema fuori del contesto di uno Stato sovrano unitario" (15). Il grado di accentramento delle fonti del diritto nell'ordinamento giuridico nazionale è diluito, al punto da non esprimere più una prospettiva autonoma per l'analisi sistematica, e deve essere affiancato, integrato, sostituito dai punti di vista nuovi, irradiantisi dal movimento del diritto privato regolatorio europeo "from autonomy to functionalism in competition and regulation" (16). Questi ultimi, d'altro canto, essendo esterni alla

---

regolatore allo Stato-decisore, dalla legislazione alla giurisdizione", anche se l'orientamento della giurisdizione non è nel senso, temuto dall'Autore, dell'acritica recezione della prassi mercantile, ma in quello — opposto — di una *unmittelbare Drittwirkung* non sempre rispettosa del criterio di universalizzabilità alla base del controllo di razionalità delle decisioni. Criticamente: E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, 2016, p. 129; N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, *ivi*, pp. 33 ss.; M. Nuzzo, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ*., 2016, pp. 966 ss.

(14) Sulle ripercussioni metodologiche del fenomeno (superficialmente) sintetizzato in termini di declino dello Stato: C. Wendehorst, *The State as a Foundation of Private Law Reasoning*, in R. Michaels, N. Jansen (eds.), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, 2008, p. 145. Per una lettura di questa dinamica nel quadro della "relentlessly expansionary dynamic of the Union" a partire dall'Atto Unico: N. Walker, *The Philosophy of the European Union Law*, in D. Chalmers, A. Arnull (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, pp. 3, 12 ss.

(15) C. Camardi, *Certezza*, cit., p. 173. Vale anche per gli studiosi del diritto privato la lezione di K. Tuori, *On legal hybrids*, in H-W.Micklitz, Y. Svetiev (a cura di), *A Self-sufficient European Private Law: A Viable Concept*, EUI Working Papers, Badia Fiesolana, 2012, pp. 67 ss., 73: "we cannot simply abandon concepts attached to modern nation states; rather, the task is to assign them a meaning suited to examining the transnational polity of the EU and its transnational legal order. They must be detached from their 'nation-state logic', so that they can capture the interaction between the transnational and the national, so typical of the EU and its law".

(16) H.-W. 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*, 2009, p. 3; H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, *The transformation(s) of private law*, in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato (eds.), *European Regulatory Private Law. The Paradigms Tested*, EUI Working Papers, LAW 2014/04, p. 69.

disciplina, la destabilizzano (17): di qui l'esigenza di ripensare alcune "forme logiche" del diritto civile, cristallizzate intorno al punto di vista costruito intorno al binomio del monopolio statuale delle fonti e del formalismo interpretativo (18).

2. *Dire-la-verità sul Diritto.*

In una comunità scientifica improntata al positivismo statuale il sistema delle fonti legali controlla l'interpretazione, sicché nell'insegnamento del diritto abbiamo due "caselle distinte, una per le fonti, l'altra per l'interpretazione dichiarativa". È una rappresentazione chiara e distinta, che però "non descrive nulla di vero [...] corrisponde alle vedute di chi non sa nulla" (19). O forse, si può pensare con un pizzico di ermeneutica del sospetto qualche volta corrisponde alle vedute di chi sa *tutto* e maschera un'eresia sotto le spoglie della "verità come menzogna" (20). Come Tullio Ascarelli, anno 1925: "ché invero come dal punto di vista strettamente giuridico [...] non può non riconoscersi nello Stato l'unica fonte [...] dal punto di vista storico e filosofico [...] può giungersi ad affermare che, rispetto al caso concreto, vera fonte del diritto è solamente l'interpretazione di quel caso, che tuttavia si pone come meramente dichiarativa rispetto all'astratta volizione statuale" (21).

In una comunità scientifica improntata al positivismo statuale la fortuna di una tesi interpretativa dipende dalla maggiore o minore possibilità di riduzione al sistema delle fonti dell'ordinamento giu-

---

(17) A. Gentili, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 (ora anche in Id., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 227).

(18) N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996.

(19) R. Sacco, *L'interpretazione*, in *Tr. Dir. civ.*, diretto da R. Sacco, in *Le fonti del diritto italiano 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, p. 291.

(20) P. Ricœur, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965, trad. it. E. Renzi (a cura di), *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Milano, 1967, pp. 46 ss.

(21) T. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. c.c.* (1865) *nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1925, pp. 235 ss., ora in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 223. Molti anni dopo, nel saggio "*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*", in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 186, si legge: "questa funzione storicamente creativa dell'interpretazione" è "insita nella sua stessa natura e si svolge perciò necessariamente in mancanza di qualsiasi espressa autorizzazione legale".

ridico dello Stato, asseverata in base ai metodi tradizionali di interpretazione. Nel caso limite di una comunità votata all'impresa di ridefinire integralmente i rapporti tra legge dello Stato e fonti *extra ordinem* in termini di recezione o qualificazione di fatti extragiuridici, quale indubbiamente è stata la cultura giuridica italiana dal decennio a ridosso della codificazione alla "prima costituzionalizzazione" (22) del diritto privato, il metodo di interpretazione degli atti normativi pubblici e privati è trincerato per cooptazione nelle fonti formali, fino a prefigurare una situazione legale pura: "un regime caratterizzato non dall'assenza di interpretazioni inventive, ma dall'assenza di interpretazioni dotate di autorità non commisurata al loro grado di conformità alla legge" (23).

In una comunità scientifica improntata al positivismo statuale, infine, l'autonomia privata è un fatto sociale regolato, fonte di rapporti cui lo Stato conferisce il crisma della "forza di legge". E anche questa rappresentazione, naturalmente, pare fatta apposta per salvare il fenomeno del monopolio statuale delle fonti e, insieme, mantenere in vita "the illusion that the 'law' will protect the public against any abuse of freedom of contract" (24).

Nell'art. 19, primo comma, TUE (già art. 229 (1) TCE) ora è scritto che la Corte di Giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati". Al pari del vincolo del giudice "an Gesetz und Recht" nella Costituzione di Bonn (art. 20, terzo comma) (25), ma con una direzione di senso diversa, la formula "deliberately goes beyond a mere positivist

---

(22) E. Navarretta, *Costituzione*, cit., pp. 1 ss.

(23) L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 505 s.

(24) F. Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract*, in 43 *Colum. L. Rev*. 629 (1943), p. 641, esule come Ascarelli dall'Europa nazifascista.

(25) Dove il riferimento al "diritto" apre uno spazio di discrezionalità per il Giudice, che in assenza di una disposizione applicabile al caso è chiamato a giudicare — nelle parole di una celebre decisione — "nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den 'fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft'": così BVerfGE 34, 269. Le radici teoriche di questo orientamento si leggono in K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaf*, 3. Aufl., Berlin [et al.], 1995, pp. 153 ss. Una analisi critica delle radici storiche e delle implicazioni costituzionale: B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2005 [1968], pp. 114 ss.; Id., *Die neuen Herren — Rechtsdog-*

concept of law" (26), e così è stata efficacemente adoperata dalla Corte (27). Che l'interpretazione sia fonte di diritto, con efficacia per giunta *erga omnes*, oggi è insomma una verità giuridica, non puramente storica e filosofica: un'affermazione (*Soll-Satz*) relativa a una norma (*Soll-Norm*) (28) retta da una disposizione di rango costituzionale, applicata dai Giudici del Lussemburgo al fine di costituire, modificare, estinguere regole nazionali in forza di principi certo non trovati, ma neppure inventati di sana pianta. Contro apologie edulcorate e drammatizzazioni inquisitorie conviene insomma riconoscere apertamente che quella giurisprudenza è autentica posizione di diritto e che l'idea di un diritto anteriore e superiore alle leggi, che le Corti si limiterebbero a dichiarare, è un'ennesima variazione sul tema molto moderno della deresponsabilizzazione del giudice (29): *bouche du Droit*.

Distinta — ma collegata alla precedente — è la questione se il diverso tenore delle disposizioni di rango costituzionale che in ossequio alla separazione dei poteri vogliono il giudice soggetto "soltanto" alla legge — art. 101, secondo comma, Cost. it. e art. 97, primo comma, *GG* (30) — esprima un punto di vista radicalmente

---

matik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, in *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 2005, 3, p. 1.

(26) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2015, p. 2.

(27) W. Van Gerven, *About Rules and Principles*, *Codification and Legislation, Harmonization and Convergence, and Education in the Area of Contract Law*, in A. Arnull, P. Eeckhout, T. Tridimas (eds.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 400-414.

(28) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1967 (trad. it. M. G. Losano (a cura di), *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990), pp. 88 ss.

(29) G. Tarello, *"Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete"*, in *Diritto, Enunciati, Usi*, Bologna, 1974, pp. 475 ss.; M. Troper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, in *Pouvoirs*, 16 (1981), p. 12; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 4, p. 1121. P. Grossi, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 4, p. 1138.

(30) Per opposte prese di posizione nella dottrina tedesca: W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in W. Hassemer, A. Büllesbach; G. Ellscheid; A. Kaufmann; U. Neumann; L. Philipps; J. Schneider; U. Schroth; F. Saliger (hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl., Heidelberg, 2016, p. 227; D. Simon, *Pianisten*, in *myops, Berichte aus der Welt des Rechts*, 2007, 1, p. 21; B. Rüthers, *Die Neuen Herren — Rechtsdogmatik*

diverso e incompatibile sul diritto (31). La struttura "irreducibly open-textured" (32) del linguaggio, che imprime agli atti aventi forza di legge la qualità di una δύναμις, essere-in-potenza, è la premessa di una presa di posizione non ideologica in merito. Nella misura in cui il contenuto normativo di una disposizione è sempre una funzione dell'applicazione al caso, il senso della legge è sempre caratterizzato da un rapporto "intensionale" con i fatti (33). La partecipazione del giudice alla formazione del diritto per mezzo di norme individuali costitutive (34) insiste su un sedimento roccioso di logica del linguaggio.

D'altra parte, la relativa indeterminatezza delle disposizioni di legge è ricorsiva: torna al livello delle interpretazioni, particolarmente nei giudizi di legittimità (35), sul crinale tra giustizia del caso singolo e "indefinita applicazione che una legge può trovare nell'avvenire" (36). Le riforme introdotte in Italia per estendere e rinsaldare la struttura piramidale dell'ordinamento giudiziario, con attribuzione ai vertici di dichiarare il "principio di diritto" nei confronti di

---

und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts, in *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 2005, 3, p. 1.

(31) Autorevolmente, M. Luciani, *(voce) Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX (2016), Milano, pp. 391, 401, in forza di una *reductio ad absurdum* della distinzione tra disposizione e norma, resa classica in Italia da V. Crisafulli, *(voce) Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss., 209 e convalidata dalla teoria analitica del linguaggio: G. Tarello, *"Introduzione al linguaggio* precettivo", in *Diritto*, cit., pp. 135 ss. e R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 97 ss.

(32) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1994^2, pp. 124 ss.

(33) Nel senso di G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung*, in *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, pp. 25 ss. La (altrimenti poco sensata) questione di chi — tra il caso o la legge — abbia "priorità" nell'interpretazione, molto si semplifica alla luce della distinzione tra senso e significato.

(34) H. Kelsen, *Dottrina*, cit., pp. 384 s.

(35) M. Luciani, *Interpretazione*, cit., p. 422. La critica indubbiamente esprime un forte argomento contro la retorica del giudice "creatore" di diritto, ma non dimostra affatto che l'interpretazione giudiziale sia "estrazione di significati da significanti" e neppure che l'interpretazione testuale sia soggetta a procedure di falsificazione/verificazione.

(36) N. Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, pp. 11 ss.

decisori (merito e sezioni semplici) recalcitranti (37), mostrano che la diade "disposizione e norma" scivola pericolosamente nella *mise en abîme*: intesa in senso assoluto, riproduce all'infinito le condizioni della propria rappresentazione.

I limiti analitici di un'opposizione che da decenni struttura la teoria giuridica s'intendono alla luce della grammatica dell'espressione "seguire una regola": "Jede Deutung hängt, mitsam dem Gedeuteten, in der Luft; sie kann ihn nicht als Stütze dienen" (38). Significanti e significati, lasciati a se stessi, restano "sospesi nell'aria" e non decidono il senso delle leggi e dei precedenti (39). A questo scopo c'è bisogno di una tecnica, un saper-fare verificato nella prassi e trasmesso nell'educazione, per riprodurre continuamente le condizioni di appartenenza di frammenti di testo e di decisione a una tradizione in movimento: istituzioni, concetti dogmatici, modelli di decisione e di argomentazione — i "paradigmi — interni alla giuridicità comprensivamente intesa" (40) — senza i quali non sarebbe possibile ragionare di disposizioni, norme, precedenti perché non avremmo un linguaggio adatto allo scopo.

Da queste considerazioni discende un principio di risposta alla domanda, se la soggezione del giudice "soltanto" alla legge nella Costituzione italiana e nel *Grundgesetz* esprima un concetto di diritto poi così distante da quello espresso nell'art. 19 TUE, nell'interpretazione della Corte di Giustizia. Il potere-dovere di garantire il rispetto del "diritto" è un officio, inscritto nella funzione giurisdizionale con efficacia maggiore o minore in ragione della posizione e del ruolo dell'organo giudicante, e non è *direttamente* inciso da disposizioni che riguardano piuttosto l'indipendenza del giu-

---

(37) L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. 14, espone efficacemente in questi termini il significato del potere di enunciare il "principio di diritto" all'indomani della riforma dell'art. 363 e 384 c.p.c.: "da veicolo dell'esatta osservanza della legge — nel senso di applicazione — a cui il giudice del rinvio deve uniformarsi, a manifesto dell'esatta osservanza della legge — nel senso di interpretazione — indirizzato potenzialmente a tutti i giudici".

(38) L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*, London, 1999 (1953[1]), p. 198.

(39) *Ivi*, loc. cit.

(40) U. Breccia, *Discorsi*, cit., p. 413.

dice (41); per le stesse ragioni, si deve respingere il pregiudizio eguale e contrario, che esalta unilateralmente il momento dell'applicazione, quand'anche nell'accezione di orientamento consolidato delle corti superiori, o diritto vivente e procedere nella direzione di "... una costruzione complessa del principio di legalità" (42). L'illusione di chiudere il significato del diritto in una formula, che rinvia ora alla legge, ora alla giurisdizione, ora alla scienza, perdendo di vista la "forma di vita" che la esprime, si fonda sull'incomprensione della natura storica, sociale e diffusa del governo delle azioni umane.

La restituzione del diritto positivo alla totalità della propria esperienza si inscrive in modo originale nella fenomenologia del "dire-il-vero" in occidente, al centro dell'ultima fase della ricerca e dell'insegnamento di Michel Foucault (43). Nella misura in cui non si limita alla trasmissione di una *techne*, ma implica una "critica dei pregiudizi, dei saperi esistenti, delle istituzioni dominanti, dei modi di fare attuali" (44), la riflessione sul rapporto tra le fonti e l'interpretazione partecipa del "parlar franco", del "dire tutto" (*parrhesia*) come "diritto di dire il vero", e del campo metamorfico e fratto dei discorsi per mezzo dei quali il governo del sé (individui e istituzioni) è affidato alla parola dell'altro (45).

L'esercizio di *parrhesia* sul diritto delle dottrine e sui movimenti antiformalisti del Novecento ha determinato una conversione nell'analisi dei principi: da proposizioni generali e apicali interne al sistema del diritto positivo, assunte a premesse di giudizi determinanti, o sussuntivi, a *Gesichtspunkte* del giudizio riflettente (46), adoperati ora come premessa dell'argomentazione, per mettere in

---

(41) G. Gorla, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i Tribunali supremi"*, in *Foro it.*, 1976, V, c. 127, 137 s.

(42) E. Navarretta, *Costituzione*, cit., p. 171.

(43) Cfr. M. Foucault, *Le courage de la verité. Le gouvernement de soi et des autres* II. Cours au Collège de France, Paris, 2008, trad. it. F. Gros, F. Ewald, A. Fontana, M. Galzigna (a cura di), *Il coraggio della verità*, Milano, 2011, pp. 35-42, sulla distribuzione dei modi fondamentali del "dire-la-verità" nelle coppie fondamentali: profezia-religione, filosofia-essere, sapere pratico-tecnica, parlar franco (parrhesia)-etica e politica.

(44) *Ivi*, p. 42.

(45) *Ivi*, pp. 20, 49.

(46) Nel senso kantiano di un modo di giudicare che a differenza dei giudizi "sussuntivi" (o determinanti) non dispone di concetti generali ma li cerca, non è oggettivo (non dice nulla dell'oggetto, non lo spiega), e ciò nondimeno "estende [il

luce relazioni tra fattispecie, disposizioni, istituti non analiticamente contenute nel sistema, idonee a giustificare un'interpretazione nuova delle regole esistenti, ora come direttiva teleologica, volta alla riduzione o al superamento delle regole esistenti e all'applicazione di regole generali nuove. L'interpretazione conforme a Costituzione e l'interpretazione del diritto interno alla luce dei principi espressi nelle direttive inattuate sono due manifestazioni notevoli della prima tecnica, l'interpretazione del diritto nazionale secondo il canone dell'effettività del diritto europeo è un esempio della seconda (47).

3. *Dalla fattispecie alla fonte: il contratto nel diritto europeo.*

Lo svolgimento, in forza del quale "chi ha la potestà di giudicare dà pienezza di determinazione al diritto che preesiste al suo giudizio" (48), con effetti sistemici di "irritazione" ogni volta che la coerenza interna è sacrificata a un'esigenza di adattamento all'ambiente esterno (49), non è una prerogativa del diritto unitario: l'impatto della Costituzione sul diritto privato è stato altrettanto e forse più significativo (50). Ma nel quadro dell'analisi del diritto dell'Unione, all'intersezione tra (teoria degli) ordinamenti pubblici e (teoria dei) poteri di ordinamento privati, la crisi delle "forme logiche" tradizionali alimenta una riflessione problematica nuova

---

predicato] all'intera sfera dei giudicanti": I. Kant, *Kritik der Urteilskraft*, Berlino et al., 1790, trad. it. E. Garroni e H. Honegger (a cura di), *Critica della facoltà di giudizio*, Torino, 1999, pp. 57, 139 (in questa pagina il giudizio estetico è preso a modello di un "procedimento" che si manifesta in forma esemplare quando diciamo si una cosa che è "bella", ma che "il Giudizio deve usare anche nella più comune esperienza"). Sulle potenzialità del paradigma del giudizio riflettente per la teoria giuridica: P. Ricœur, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996, p. 77; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 1; Id., *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 25, 46; V. Calderai, *(voce) Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2015, pp. 447, 474 s.

(47) E. Navarretta, *Costituzione*, cit., pp. 3 ss., 27 ss.

(48) U. Breccia, *Discorsi*, cit., p. 378.

(49) N. Luhmann, *Law as a Social System*, in 83 *Nw. U. L. Rev.*, 136 (1988-1989); Id., *Legal Argumentation: An Analysis of Its Form*, in 58 *Modern L Rev*, (1995), p. 285; G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies* in 61 *Modern L Rev*, (1998), p. 11.

(50) E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi*, in *Quad. fior.*, 2014, pp. 589 ss.

sulle relazioni tra autonomia, interpretazione, fonti del diritto, istituzioni politiche.

Dal punto di vista del diritto privato comune nazionale il problema dell'autonomia contrattuale è stato e sostanzialmente è ancora il problema della rilevanza dell'accordo: quali condizioni procedurali e sostanziali sono, in generale e in linea di massima, *a priori* necessarie affinché a un atto privato, esterno al sistema delle fonti ufficiali, sia attribuita "forza di legge tra le parti". Il problema dell'autonomia negoziale dal punto di vista dei contratti tra professionisti e consumatori, per contro, è quali condizioni, ulteriori rispetto alle condizioni generali e *a priori* di rilevanza *inter partes*, devono sussistere affinché un atto privato sia posto alla base di una decisione secondo diritto e integrato nella regolamentazione del mercato interno (51).

Quando àncora il giudizio di abusività delle clausole nei contratti tra professionisti e consumatori all'interpretazione del diritto nazionale, nella duplice valenza (i) sostanziale, di misura dello squilibrio conseguente alla deroga al diritto dispositivo (52), e (ii) processuale, di strumento efficace di reazione alle conseguenze

---

(51) Efficacemente A. Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in A. Zoppini, P. Sirena (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma, 2018, pp. 504 ss., 513: "il legislatore europeo guarda non tanto al singolo contraente ed agli interessi che questi persegue tramite il contratto, bensì al ruolo che quel contraente — effettivo o potenziale — può giocare sul mercato di riferimento e sul funzionamento di quest'ultimo".

(52) C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ECLI:EU:C:2013:164, parr. 68 e 74; C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, par. 59; C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc and Others v Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, par. 59. Si specchia in questa giurisprudenza la classica dottrina della *Leitbildfunktion* del diritto dispositivo, "normalen Ordnung des betreffenden Lebensverhältnissen": L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, p. 293; H. Kötz, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *Jus*, 2013, p. 289, presente del resto sullo sfondo del diritto tedesco: cfr. § 307 (2) 1 ("Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von derabgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist") e il commento di A. Fuchs, *§ 307. Inhaltskontrolle*, in P. Ulmer, H.E. Brandner, H.-D. Hensen, M. Bieder (hrsg), *AGB-Recht Kommentar*, 11. Aufl., Köln, 2011, pp. 564, 711. Nella letteratura italiana sulla funzione idealtipica delle regole dispositive si v. i pregevoli studi di M. Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, pp. 314 ss.; Id., *Integrazione del*

dell'abuso (53); subordina l'immunità dei *core terms* all'intelligibilità del funzionamento del contratto (54); impone il coordinamento tra tutele individuali e tutela collettiva, con effetto *erga omnes* e *pro futuro* (55), la Corte di Giustizia formula altrettante regole di riconoscimento (56), necessarie affinché una manifestazione sostanzialmente unilaterale di potere regolatorio privato (57) sia integrata nelle fonti del dispositivo della sentenza.

La prima regola affianca al contesto inteso come situazione comune alle parti al momento della formazione del contratto (cfr. art. 1362, comma secondo, c.c. it.), una nozione normativa di contesto, come totalità delle relazioni intertestuali tra il contratto e le fonti (sostanziali e processuali) regolatrici dell'atto e del rapporto obbligatorio (58), nell'interpretazione delle Corti superiori. Il giudizio di abusività delle clausole non è dopotutto "sospeso nel vuoto": il contratto, regola del rapporto tra le parti, s'interpreta per mezzo

---

contratto e norme dispositive, in A. Federico, G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2017, p. 33.

(53) C-180/2013 *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* ECLI:EU:C:2013:180; C-415/11, *Aziz.*

(54) C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné, Rábai c. OTP Jezálogbank Zrt*, ECLI:EU:C:2014:282.

(55) C-472/10*, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt. Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242, parr. 23 ss., e il commento di N. Reich, *Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht — die Bedeutung des Art. 47 Charta der Grundrechte der EU*, in *Verbraucher und Recht* 27 (2012), 9, p. 334; C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon* EU Sarl, ECLI:EU:C:2016:612, par. 56; C-119/15, *Biuro Podróży Partner Sp. z o.o, Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2016:987.

(56) Nel senso di H.L.A. Hart, *Concept*, cit., pp. 94 ss.

(57) Questo aspetto è costantemente enfatizzato nell'ultimo decennio quale fondamento del sistema di protezione riservato al consumatore: cfr. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, ECLI:EU:C:2013:341, parr. 60, 31; C-110/14, *Horaţiu Ovidiu Costea contro SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538; C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, ECLI:EU:C:2014:2099, par. 22; C-147/16, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v Susan Romy Jozef Kuijpers*, ECLI:EU:C:2018:320, par. 54.

(58) C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH e altri c. Hofstetter*, ECLI:EU:C:2004:209. Il metodo è messo a punto nella Giurisprudenza sull'art. 101 TFUE: v. C-430 e 431/93, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441.

delle altre fonti. E viceversa: l'idoneità del diritto nazionale a esprimere la regola del rapporto è interpretata in rapporto al contratto *sub judice*, al punto che né l'integrazione mediante disposizioni imperative e dispositive (59), né la clausola di rinvio al diritto nazionale (60) sono al riparo da una valutazione di adeguatezza e pertinenza al caso concreto (61), che un Autore ha riassunto nella formula della "giustezza" di una decisione (62).

La seconda regola di riconoscimento collega il parametro della trasparenza alla prevedibilità degli effetti e, così, inscrive nel contratto un principio (minimo ma necessario) di razionalità materiale, proprio delle regole come dispositivi di governo dell'incertezza (63).

La terza regola di riconoscimento sottopone l'esercizio unilaterale dei poteri regolatori privati a una *"privatrechtliche Kontrollkompetenz*" nell'interesse pubblico e prefigura lo sviluppo di dispositivi efficaci di coordinamento sia tra azioni individuali e azioni collettive, sia tra *public* e *private enforcement* (64).

---

(59) C-51/17, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt contro Teréz Ilyés e Emil Kiss*, ECLI:EU:C:2018:750.

(60) In questi termini AG J. Kokott, 19 marzo 2020, nella causa C-81/19, *NG, OH contro SC Banca Transilvania SA*, per cui la clausola riproduttiva di una norma di legge (nella specie il principio nominalistico *ex* art. 1578 Codul civil rumeno) non è immune dal giudizio di abusività, se dall'esame della disposizione risulta che la regola del rapporto ivi dettata è estranea e al limite incompatibile col fine di "stabilire un giusto equilibrio di interessi tra professionisti e consumatori". Nella sentenza del 9 luglio scorso peraltro la Corte ha disatteso l'indicazione dell'AG. Per un primo commento critico: F. Morello, *Norme suppletive non derogate e giudizio di vessatorietà*, in *NGCC*, 2021, 1, pp. 8 ss.

(61) C-186/16, *Andriciuc*, par. 30 (e l'opinione dell'AG Wahl, 59); C-34/13, *Monika Kušionová contro SMART Capital, a.s.*, ECLI:EU:C:2014:2189, par. 79.

(62) U. Breccia, *Che cos'è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in E. Ripepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, 2002.

(63) C-472/10, *Invitel*, par. 28: "in the assessment of the 'unfair' nature of a term, within the meaning of Article 3 of the Directive, the possibility for the consumer to foresee, on the basis of clear, intelligible criteria, the amendments, by a seller or supplier, of the GBC [general business terms of the supplier] with regard to the fees connected to the service to be provided is of fundamental importance"; C-92/11, *RWE Vertrieb*, par. 53; C-143/13, *Bogdan Matei and Ioana Ofelia Matei contro SC Volksbank România SA*, EU:C:2015:127, par. 74.

(64) C-381/14, *Jorge Sales Sinués and Youssouf Drame Ba v Caixabank SA and Catalunya Caixa SA*, ECLI:EU:C:2016:252. F. Cafaggi, *Towards Collaborative Gover-*

Questa giurisprudenza rappresenta una potente forza di armonizzazione minima e dal basso degli *standards* contrattuali prodotti dalle organizzazioni private nei settori strategici del credito, dei mutui immobiliari, delle assicurazioni, delle *utilities*. Il potere giudiziale di controllo *ex officio* e *a posteriori* del "diritto" europeo s'intende, in questa prospettiva, alla luce del *favor* dell'Unione per l'integrazione e il coordinamento tra regolazione pubblica e privata, in relazione a una serie di variabili che si compendiano in una valutazione di ordine pubblico europeo (65), catturata nella formula *framed autonomy* (66):

> [T]he general principle of autonomy cannot be theoretically and practically conceived without the existence of the countervailing principles of its limitations under public interest criteria which try to avoid abuses by a unilateral exercise of these freedoms by the stronger party to a contract, or to the detriment of competition and open markets.

L'orizzonte schiuso all'apprezzamento nel merito e in concreto dell'esercizio dei poteri di autonomia dal concetto di *framed autonomy* rappresenta una grossa fonte di disorientamento per un pensiero educato a procedere sul binario tracciato dalla sequenza *fattispecie-interpretazione-qualificazione-(integrazione)-effetti*, in ossequio alla separazione (*a priori*) tra degli interessi pubblici e privati e, di qui, alla divisione sia delle fonti di integrazione del contratto in

---

nance of European Remedial and Procedural Law?, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2018, p. 235.

(65) Nel corso inaugurato da C-430/93, *van Schijndel*, par. 13 s.; C-227/08 *Eva Martín Martín v EDP Editores SL*, ECLI:EU:C:2009:792; C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, parr. 29, 39 e prima: C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton NV*, ECLI:EU:C:1999:26, par. 37. Prima che le istituzioni europee si interessassero del diritto privato, il contrasto agli effetti di segmentazione (*partitioning*) del mercato interno realizzati dalle clausole di discriminazione dei prezzi (*dumping, dual-pricing*) negli accordi di distribuzione ha rappresentato il fondamento del diritto della concorrenza: *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères*, Bruxelles, 1956, pp. 16: "Des règles de concurrence qui s'imposent aux entreprises sont donc nécessaires pour éviter [...] que la repartition des marchés se substitue à leur cloisonnement". Cfr. P. I. Colomo, *Article 101 TFEU and Market Integration*, in 12 (2016) *Journal of Competition Law & Economics*, p. 749, per un'analisi sistematica della giurisprudenza sugli accordi di *partitioning*.

(66) N. Reich, *General principles*, cit., p. 21.

imperative e dispositive, sia delle modalità di tutela in amministrativa e ordinaria, assoluta o relativa, *erga omnes* o *inter partes* (67). Questa rappresentazione s'intende sullo sfondo storico e ideologico della grande dicotomia tra volontà individuali e volontà generale e del metodo di esposizione sillogizzante delle premesse in fatto e in diritto della decisione (68), ma restituisce un'immagine parziale e distorta della relazione tra l'interpretazione e le fonti. La questione apparirebbe invero in una luce completamente diversa se, accantonando la divisione positivistica tra interpretazione e integrazione del contratto, ricostruzione del "fatto" e applicazione del "diritto", considerassimo l'autonomia contrattuale come fonte di diritto oggettivo. Delle due, infatti, l'una: o il principio di autonomia è inteso nel senso della intangibilità del contratto da parte dei giudici, salvo che una legge di stretta interpretazione li autorizzi, nel qual caso vive effettivamente in una dimensione estranea al diritto amministrato dagli organi dello Stato, oppure le manifestazioni dell'autonomia privata entrano nella dinamica giuridica come fonti del dispositivo della sentenza, e il loro valore è determinato in rapporto alle altre fonti, come una grandezza relazionale.

Le pagine che seguono propongono una lettura dell'interpretazione degli atti di autonomia nel passaggio dalla prospettiva nazionale alla prospettiva europea e dalla fattispecie alla fonte. Intendo sostenere, in particolare, che è vano pretendere di estrarre da un concetto universale di autonomia privata le coordinate per stabilire il senso del contratto rilevante per l'ordinamento; al contrario, c'è bisogno di una teoria dell'ordinamento e delle fonti del diritto per interpretare le regole di fonte privata. C'è bisogno, in particolare di lasciar cadere la causa dell'illusione denunciata da

---

(67) S. Mazzamuto, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 605; V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 137; O. Cherednychenko, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, in 22 *ERPL* (2014), p. 37.

(68) Determinazione del "fatto" l'interpretazione del contratto, interpretazione del diritto (inteso come legge) l'integrazione, come se "l'integrazione riguardi il contratto interpretato e non sia piuttosto l'interpretazione che debba necessariamente riferirsi al contratto integrato": così N. Lipari, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 215, 230.

Kessler e abbracciare un'idea dell'autonomia privata come fonte di diritto oggettivo.

II.

4. *Per una dogmatica dell'opera aperta.*

Termine *a quo* della periodizzazione proposta al principio di questo studio è la grande disputa sul problema dell'interpretazione che nei venti anni a monte della Codificazione civile vide i più autorevoli giuristi italiani prendere posizione tra quanti, per lo più filosofi del diritto, tentano di preservare "un 'luogo' dell'ermeneutica in qualche modo resistente a una minimizzazione del diritto giurisprudenziale" (69) e quanti invece, per lo più studiosi del diritto positivo, ribadiscono la verità dogmatica dell'interpretazione come "lavoro esclusivamente logico" di sussunzione del fatto alla norma (70). Con vittoria di questi ultimi, all'insegna di uno statualismo fanatico o smaliziato (71). In quella cornice la sintesi sull'ermeneutica negoziale accolta nel Codice si è affermata con la forza geometrica di un sistema di assiomi: l'ordinamento come sistema chiuso e completo di imperativi legali (72), l'interpretazione come attività ricognitiva del senso che "è già nelle leggi o nel loro

(69) P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 1991, pp. 367 ss., 437. L'occasione fu la prolusione romana di Giorgio Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, ispirata a una polemica ripresa di temi del diritto naturale contro l'uso dei canoni ermeneutici a mo' di dispositivi di chiusura del sistema legale.

(70) *Ivi*, p. 439.

(71) T. Ascarelli, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, cit., pp. 209 ss., 223.

(72) Osserva P. Costa, *L'interpretazione*, cit., p. 430: "un sistema giuridico (concepito come completo funziona dunque in realtà soltanto grazie all'attivazione (almeno in "ultima istanza" di principi generali (ritenuti) capaci di fornire comunque la soluzione (sistematicamente necessitata) del caso. E, viceversa, perché un sistema giuridico possa dirsi completo (completo "in sé, auto-sufficiente") occorre che i principi generali siano concepiti come un momento interno al sistema giuridico positivo, come il più alto gradino di una scala che mette in comunicazione i più alti piani dell'edificio normativo, ma non conduce fuori di esso".

sistema" (73), il negozio come fattispecie, intento empirico cui l'ordinamento attribuisce efficacia giuridica (74).

L'immagine dell'interpretazione dei contratti consacrata nel Codice civile — "procedimento logico-giuridico" diretto a "determinare il senso rilevante per il diritto della manifestazione di volontà contrattuale" (75) — segue come un corollario da quelle premesse: *logicità* e *giuridicità* denotano, rispettivamente, la forma sillogistica e la sostanza eteronoma dell'interpretazione, segnando i confini ideali della competenza legislativa e giudiziale, mentre l'ascrizione dell'indagine al momento del giudizio di fatto sancisce la natura extra-ordinamentale, e in ultima analisi extra-giuridica, dell'autonomia privata.

Nella realizzazione di questo programma, il legislatore del 1942 aveva attinto a un vasto archivio di opinioni e massime consolidatesi nel vigore del vecchio Codice. Né la classificazione delle regole in "oggettive" e "soggettive", né il loro ordinamento secondo un criterio di sussidiarietà erano estranei a quella tradizione, dove rivestivano tuttavia un ruolo reminiscente dell'*interpretatio* nel diritto comune, illustrata da Gino Gorla in un saggio memorabile (76). In quella cornice pluriordinamentale *rationes et auctoritates* pressoché identiche governavano la divisione del lavoro tra giudici e legislatori (77). Trapiantate nella forma-codice e in una visione monistica delle fonti, le stesse *rationes* acquistano il senso, per certi aspetti riduttivo e certamente diverso, di regole cogenti sul modo di interpretare le leggi e gli atti di autonomia privata. Un segno

---

(73) Criticamente: G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it*., 1969, V, c. 112 ss., 130.

(74) G. Messina, *L'interpretazione dei contratti*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, p. 162.

(75) C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1939, p. 105.

(76) G. Gorla, *I precedenti storici*, cit., p. 115: "... una legge che non sia chiara ed espressa sul caso non può 'deciderlo' per sé come autorità vincolante o assoluta di decisione (come 'autorità necessaria'): sarà essa stessa oggetto di dubbio o di interpretazione, e in questa 'decideranno', sia pure in modo non vincolante, i dottori e i tribunali, mediante un concorso (o una dialettica) di autorità e ragioni".

(77) Romano (Santi), *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 [1947[1]], pp. 14 ss., 17.

duraturo di questa trasformazione è la parabola della massima *in claris*: da criterio di separazione di competenza tra fonti scritte e fonti non scritte nel diritto comune (78) all'uso moderno, e fallace, di regola d'interpretazione dichiarativa del significato "chiaro" e perciò "vero" di un testo. Lo stesso vale, a parti rovesciate, per l'*intentio auctoris* e la divisione dei canoni ermeneutici in soggettivi e oggettivi. Nella misura in cui l'interpretazione di una clausola contrattuale avanza un'ipotesi di significato, la scelta del metodo può essere unicamente corroborata da argomenti rilevanti rispetto al caso da decidere, non mai decisa in via generale e astratta sulla base della minore o maggiore approssimazione alla volontà delle parti, assunta come un dato storico.

La positivizzazione del canone dell'*interpretatio*, con l'ausilio dei raffinati strumenti dogmatici della teoria del negozio giuridico, ha inscritto nell'ordinamento un'ermeneutica generale di stampo ottocentesco, che la nostra giurisprudenza dura fatica a scrollarsi di dosso: teoria delle fonti, teoria dell'interpretazione, teoria della divisione dei poteri come modi diversi di declinare il principio della sovranità del volere nella sfera pubblica e privata. Mutato quel che c'è da mutare, vale insomma anche a proposito del metodo di interpretazione dei contratti l'intuizione di Gino Gorla a proposito del metodo di interpretazione della legge: il senso e lo spazio operativo di quelle disposizioni cambierebbe radicalmente qualora fossero ricondotte al problema della divisione dei poteri tra giudici, legislatori, privati (individui e organizzazioni), nell'interpretazione e nell'integrazione delle manifestazioni dell'autonomia negoziale.

La fase di "scienza normale" della civilistica italiana si è esaurita col primo ciclo di interventi delle fonti secondarie comunitarie nel diritto privato nazionale. Il Trattato di Maastricht (1992) è il baricentro di un nuovo *Funktionswandel* (79), dopo la costituzionalizzazione del secondo dopoguerra, inaugurato dall'Atto Unico (1987) e

---

(78) G. Gorla, *I precedenti storici*, cit., p. 116: "Il 'caso deciso dalla legge' o *casus legis* rappresentava il confine dell'*interpretatio*; se la legge appariva ingiusta o *irrationabilis*, si diceva *dura lex sed lex*; e questo detto, spesso usato da autori e tribunali dell'epoca, deve intendersi in questo senso, cioè limitato al 'caso deciso dalla legge', per il quale non era ammesso l'intervento delle *rationes* e delle *auctoritates*".

(79) Cfr. L. Raiser, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in Id., *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, pp. 71 ss. e L. Mengoni, *Forma Giuridica e Materia*

calibrato sulla tutela dei consumatori (80), che ivi attinge lo stato di politica della Comunità (art. 129a = art. 169 TUE), su basi formalmente autonome dal completamento del mercato interno (art. 100a = 114 TFUE). Le ragioni della scelta del *terminus ad quem* sono ora trasparenti: in questa fase l'ordinamento europeo pensa il diritto dei contratti non come uno strumento per attribuire efficacia giuridica agli accordi privati, alla maniera del diritto nazionale, ma come una tecnica tra le altre per promuovere e garantire la tutela delle libertà fondamentali nel mercato concorrenziale (81), in una logica di separazione tra (sistema delle) norme generali e (sistemi delle) discipline di settore (82): diritto privato comune e diritto privato economico e sociale (83).

Economica, in D. Pettito (a cura di), *Studi in Onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, pp. 1075 ss.

(80) Sutherland Report: *The Internal Market After 1992. Meeting the Challenge*, Eur. Pan. Doc (SEC 92-final) 2277 (1992).

(81) Di un "autonomo ordinamento giuridico, teleologicamente orientato alla realizzazione di un proprio modello costituzionale, quello appunto di una società basata sulle libertà individuali" scrive P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in G.A. Benacchio, M.Graziadei, (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD*, Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, pp. 335, 344 ss. *Adde*, sulle differenze e i limiti della variante europea dell'ordo-liberalismo rispetto al modello originario: G. Comparato, *Private Autonomy and Regulation in the EU Case-Law*, in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato (a cura di), *European regulatory private law — the paradigms tested*, EUI Working papers, LAW 2014/04, 4 ss.; H.-W. Micklitz, *The Concept of Competitive Contract Law*, in *Penn State International Law Review* 23 (2009) pp. 549, 562: "EC consumer law is, more than ever, focusing on the overall dimension of completing the Internal Market, but not — and how can it be — the formation of a European *Privatrechtsgesellschaft*".

(82) Con tutti i problemi di coordinamento legati alla difficoltà di attivare i tradizionali criteri di raccordo tra le fonti, fin dalla relazione generale/speciale. Tra gli interventi di maggiore interesse: U. Breccia, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 52; G. De Cristofaro, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, A.M. Benedetti, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 5 ss.; A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore"*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un Giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, p. 1335; A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 172. Criticamente: T. Della Massara, *La "maggior*

Questa trasformazione è insieme la causa e l'effetto di un ripensamento radicale dell'autonomia privata nel rapporto tra la società civile e lo Stato, diverso dall'uso del diritto dei contratti per finalità di redistribuzione proprie del *welfare State* novecentesco e affine piuttosto a un esperimento di *Sozialer Martkwirtschaft* (84) su scala continentale. Nell'intuizione originaria dei contratti tra professionisti e consumatori l'istituzione e il funzionamento del mercato concorrenziale transnazionale esigono — "con una politica indefinitamente attiva" (85) — la somministrazione omeopatica di limiti all'autonomia dal lato dell'offerta per rafforzare l'autodeterminazione dal lato della domanda: informazione precontrattuale, recesso di pentimento, controllo sul contenuto del contratto, nullità di protezione.

Ma risalendo nella *supply chain*, ai rapporti tra imprese, le differenze strutturali tra i settori da regolare dissuadono sia dalla meccanica trasposizione di tecniche modellate sul rapporto tra professionista e consumatore, sia dalla costruzione di una disciplina trasversale, modellata su una figura "media" di imprenditore debole, empiricamente e teoricamente ancora più evanescente del consuma-

---

tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE, in *Contr. impr.*, 2016, p. 743.

(83) Cfr. Sezione Consultiva del Consiglio di Stato, *Parere sul disegno di legge del codice del consumo* n. 11602 del 20 dicembre 2004, p. 11 (*http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pare/Parere-CdS-su-Codice-del-consumo.pdf*): "Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazi a micro-sistemi ordinamentali, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica".

(84) H.W. Micklitz, *The ECJ between the Individual Citizen and the Member States — A plea for a judge-made European law on remedies*, EUI Working Paper, LAW 2011/15, pp. 19 ss.; J. Drexl, *La constitution économique européenne — l'actualité du modèle ordolibéral*, in *Rev. Intern. Dr. écon.*, 2011, p. 419.

(85) Così M. Foucault, *Lezioni di biopolitica. Corso al Collège de France*, Milano, pp. 2015, 112, a proposito della fondazione della costituzione economica della Repubblica federale tedesca nel dopoguerra sulla teoria ordo-liberale della concorrenza. L'evidente continuità con l'ordinamento europeo non può essere qui approfondita: v. però L. Nivarra, *Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 801, 814 ss. In diversa prospettiva A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 39.

tore medio (86). Il fine generale di utilizzare il *private enforcement* come leva del mercato interno resta immutato, ma cambiano i mezzi: le discipline privatistiche di rapporti nominati, caratterizzati da asimmetrie macro-economiche estensibili in via tipologica (87), sono affiancate dal diritto della concorrenza (regolamenti delle *block exemptions* nelle intese verticali e negli accordi di trasferimento tecnologico: art. 101, comma 3, TFUE) (88) e, soprattutto, dalla vasta e indigesta mole del diritto dei nuovi mercati, nati dalle privatizzazioni di servizi pubblici (trasporti, poste e telecomunicazioni, energia) e dalla apertura dei mercati nazionali (servizi finanziari, telecomunicazioni, commercio elettronico) (89).

La discontinuità del diritto privato dei mercati regolati rispetto alla razionalità del diritto privato nazionale è molto più radicale e profonda rispetto al *consumer acquis*.

È un diritto compartimentalizzato e frammentario, che riflette la logica interna ai settori, secondo una prospettiva sistemica più che sistematica (90).

---

(86) G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 113; L. Nonne, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti*, 2016, p. 719.

(87) Cfr. M. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 131 ss.; E. Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ*., 2006, I, pp. 411 ss., 422 ss.; Ead., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici di impresa*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'Angelo, V. Roppo, Torino, 2012, pp. 83 ss.; Ead., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi*, in *Quad. fior*., 2014, pp. 589, 637 ss.

(88) S. Grundmann, *Europaisches Schuldvertragsrecht*, Berlin, 1999, p. 936; V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, *in Riv. dir. priv*., 2010, pp. 19, 25 ss.; G. Vettori, *Contract Without Numbers and Without Adjectives. Beyond the Consumer and the Weak Enterprise*, in 9 *ERCL*, (2013), p. 233. Sull'impatto del diritto della concorrenza sulla categoria del contratto: A. Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, pp. 110 ss.

(89) La prima trattazione sistematica della materia nella letteratura italiana si legge in *Mercati regolati, Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, V, Milano, 2014.

(90) È l'ipotesi dei "regulatory silos": H.-W. Micklitz e Y. Svetiev, *The Transformation(s) of Private Law*, in *European regulatory private law — the paradigms tested*, cit., pp. 69 ss., 78: "These sectoral regimes could be compared with 'silos', in which networks are established, networks between agencies, networks between agencies and industry/

È un diritto ibrido, per ragioni diverse, che tuttavia rinviano tutte all'esaurimento della vena euristica della separazione tra diritto pubblico e diritto privato. Dal punto di vista istituzionale, il tecnicismo e la dimensione transnazionale delle discipline di settore impongono il coinvolgimento di soggetti privati (organizzazioni imprenditoriali, comitati di esperti, associazioni non-governative): "*Hybrids* are the direct result of delegated lawmaking" (91). Il principio di legittimazione si sposta dalla rappresentanza politica alla competenza tecnico-professionale, al decentramento territoriale, al coinvolgimento dei destinatari delle decisioni (92). Dal punto di vista strutturale il diritto privato interviene negli interstizi del diritto della concorrenza, essenzialmente per fissare standard tecnici e indici di qualità, trasparenza, non-discriminazione nei rapporti tra fornitori e clienti (*customers*), professionali e non professionali (93). Dal punto di vista assiologico e funzionale la tutela dei diritti è il risultato del gioco combinato di diritto (nazionale) comune e diritto (europeo) di settore (94).

È un diritto impropriamente definito multilivello (95), secondo l'intuizione spontanea (ma ingannevole) della materia insita nella

---

business, to some extent public interest groups, networks in which the distinction between public and private, between national and international is withering away".

(91) H.-W. Micklitz, *Rethinking the public/private divide*, in M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, pp. 271, 290. Sul collegamento tra l'ascesa dei regolatori privati e i limiti del diritto statuale: F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in 38 *Journal of Law and Society*, 1 (2011), p. 20; Id., *The Many Features of Transnational Private Rule-Making: Unexplored Relationships between Custom, Jura Mercatorum and Global Private Regulation*, in 36 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2015), pp. 875 ss.

(92) K. Tuori, *On legal hybrids*, cit., p. 73.

(93) H.-W. Micklitz, *Rethinking*, cit., p. 294; K-H. Ladeur, *The evolution of general administrative law and the emergence of postmodern administrative law*, Osgoode CLPE Research Paper 16 (2011); A. Ottow, *Intrusion of public law into contract law: the case of network industries*, The Europa Institute Utrecht Working Paper 2 (2012).

(94) N. Reich, *Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights*, in 44 *Common Market Law Review*, 3 (2007), p. 708; F. Della Negra, *Mifid II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, Oxford-Chicago, 2019.

(95) Una critica a questo schema si legge in L. Azoulaï, *Introduction*, in Id. (a cura di) *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, 1, pp. 13 ss.; O. Beaud, *The Allocation of Competences in a Federation. A General Introduction*, *ibid*., p.

teoria classica del governo federale come distribuzione piramidale di competenze, che tuttavia mal si addice a un assetto policentrico come quello dell'Unione. Sulla concentrazione delle fonti e della giurisdizione prevalgono la struttura reticolare dei poteri, il negoziato tra istituzioni, la condivisione e l'adattamento reciproco di responsabilità, competenze, schemi di azione (96), secondo criteri che rispecchiano le conoscenze tecniche dei regolatori, il coinvolgimento dei destinatari, gli obbiettivi dell'intervento (97). Tipicamente i contratti individuali si inscrivono in strutture multilaterali, che prevedono l'intervento di soggetti privati in funzione di *standard setters*, camera di compensazione dell'incompletezza contrattuale, monitoraggio, esecuzione, risoluzione alternativa delle controversie (98).

È, infine, un diritto non semplicemente tecnico, ma tecnologico e tecnocratico. Non a caso i mercati degli strumenti finanziari, delle *utilities*, delle assicurazioni sono oggi il luogo elettivo delle applicazioni regolatorie dell'intelligenza artificiale (99). Uno standard espresso in linguaggio formale può essere integrato in un codice informatico — tipicamente un programma basato su un *distributed ledger*, che si esegue automaticamente al verificarsi di determinate condizioni — molto più facilmente delle regole tradizionali, eliminando i costi di monitoraggio e di esecuzione *ex post facto*.

È difficile prevedere quel che riserva il futuro. Se il solco tra diritto europeo e diritto comune si farà più largo e profondo, sotto la pressione della convergenza tra *market regulation* e tecnologie

---

19, dove la relativizzazione del problema della allocazione delle competenze apre uno spazio teorico per l'analisi dell'esercizio effettivo delle funzioni *outside and beyond* l'ordine delle competenze fissato nei Trattati. *Adde*: V. Mak, *Pluralism in European Private Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, p. 220.

(96) Cfr. L. Boucon, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. Azoulaï, *The Question of Competence*, cit., p. 168, 175 ss.

(97) C.F. Sabel e J. Zeitlin, *Experimentalist Governance*, in D. Levi-Faur (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, 2012, p. 169.

(98) C.F. Sabel e J. Zeitlin, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimental Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2008, p. 271.

(99) P. De Filippi e S. Hassan, *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, in *First Monday*, 21; Ph. Hacker, *AI Regulation in Europe*, (May 7, 2020), Available at SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3556532*.

digitali (100), o se prevarrà invece la solidarietà strutturale tra discipline privatistiche, con eventuale rottura dell'unità del diritto privato regolatorio e ri-aggregazione del diritto comune e del diritto dei contratti asimmetrici fuori dei *regulated markets*, in un "pragmatic and loosely coherent system" (101). Le Direttive sulla vendita e sulla fornitura di contenuti e servizi digitali parrebbero indicare nella seconda direzione, riaggregante e neo-sistematica, e così anche la Direttiva sulla "modernizzazione" del diritto dei consumatori — a condizione, s'intende, di astrarre dai mercati regolati. In ogni caso, l'aspirazione a superare la contraddizione tra il *pointillisme* del diritto europeo e il classicismo dei sistemi giuridici nazionali, centro propulsivo dei progetti di codificazione europea, rimarrà verosimilmente consegnata al repertorio delle idee del XX secolo; non perché il diritto privato europeo possa fare a meno di un disegno sistematico, ma per la difficoltà teorica e pratica di proiettare sul diritto di un ordinamento non statuale l'idea di sistema propria della tradizione dogmatica continentale, fondata sul nesso "organico", *à la* Savigny, tra diritto civile e Stato nazionale (102).

Questa difficoltà peraltro non scomparirebbe ove ci limitassimo a sostituire allo Stato il Mercato interno quale "principio di unità di molteplici conoscenze sotto un'Idea" (103) secondo il paradigma kantiano di conoscenza sistematica che la dogmatica giuridica ha

---

(100) H.W. Micklitz, G. Comparato, Y. Svetiev, *The Regulatory Character of European Private Law*, in C. Twigg-Flesner (eds.), *Research Handbook on EU consumer and Contract Law*, pp. 35, 55: "the outsourcing of the provision of public services is part of a broader trend of delegation of even the regulatory tasks by the State, with the disaggregation of the State as an actor [...] driven by factors such as complexity and technicality, characterising the underlying regulatory environment".

(101) M. Hesselink, *Private Law, Regulation and Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, 2016-03, 1, p. 16. In prospettiva affine: A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, pp. 1479 ss.

(102) V. Calderai, *L'eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell'epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1621.

(103) I. Kant, *Kritik der Reinen Vernunft*, in W. Weischedel (hrg), *Werke in sechs Bänden*, II, 2, Darmstadt, 1951^2, 860. Sull'influsso dell'idea kantiana di sistema sulla scienza giuridica del XIX secolo: H. Coing, *Der Juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering*, in J. Blüdhorn, J. Ritter (hrgs), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., 1969, pp. 149 ss.

ereditato da Savigny. Un primo ostacolo su questa strada discende dall'emersione della dimensione sociale del mercato interno. La transizione dall'unione economica a un' "area di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne" (104) e le ripercussioni della crisi finanziaria (105) hanno impresso alle politiche europee di coesione sociale e territoriale un *senso* eccedente le finalità storiche di garanzia della libertà di circolazione (art. 48 TFEU) e di camera di compensazione degli squilibri generati dalle liberalizzazioni dei servizi (106), che si compendia nello sviluppo di una razionalità economica e amministrativa specifica e di una panoplia di tecniche di intervento che affiancano il mercato, "to deal with circumstances *in which the needs of end-users are not satisfactorily met by the market*" (107). Il mercato interno come principio di unità sistematica nel senso del diritto classico, in altre parole, è un *non-starter*, per la buona ragione che non esiste *un* mercato interno, obbediente a una logica puramente concorrenziale, ma molti caratterizzati da assetti economici e istituzionali complessi e mobili.

Un secondo ostacolo è insito nella logica di un ordinamento per cui il mercato interno è un *telos* e non un dato (108). Un diritto "im werden" (109) è un oggetto di rappresentazione fondamentalmente diverso da un diritto il cui principio di conoscenza è *positum*, incorporato in una serie di forme compiute e stabili — soggetti, proprietà, autonomia privata, responsabilità — ordinate secondo criteri di coerenza, garantite dalla comune appartenenza all'ordine giuridico dello Stato. I concetti del diritto europeo sono in con-

---

(104) L. Azoulaï, *The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law*, EUI Working Papers, LAW 2014/14.

(105) G. Comparato, *The rationales of financial inclusion in the changing European private law*, in 11 *ERCL*, 2015, p. 22.

(106) P. Rott, *The Low-Income Consumer in European Private Law*, in K. Purnhagen, P. Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Cham [et al.], 2014, p. 676.

(107) N. Reich, *General Principles*, cit., p. 55; U. Breccia, *La parte generale*, cit., p. 402.

(108) E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, p. 97.

(109) K. Riesenhuber, *Die Auslegung*, in Id. (hrg), *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrecht*, Berlin, 2014, pp. 315-348, Rn. 43.

fronto molto più indeterminati e fluidi. In questo senso, partecipano del tipo ideale dell'esperimento permanente (110) o dell'"opera aperta" (111): forme strutturalmente incompiute che conferiscono al giudice nazionale un potere di iniziativa e un campo d'azione inedito, là dove non si tratta di interpretare un "dato positivo" già organizzato, ma di concorrere alla formazione del *diritto* applicabile secondo una direttiva di complementarietà tra la situazione soggettiva protetta dalle fonti europee e i mezzi di tutela apprestati dalle fonti nazionali: "in questi limiti — è stato scritto — il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema [...] che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere" (112).

Da queste considerazioni segue ancora che in mancanza di categorie definite *a priori* la posizione relativa di un concetto è più importante della rappresentazione per così dire statica suo contenuto. È questo il caso dell'autonomia privata, il cui "elusive character" dipende forse meno dalla mancanza nei *Trattati* di dispositivi efficaci di tutela contro le interferenze nella sfera privata (113), che dalla posizione che assume nelle fonti del diritto europeo dei contratti, come le pagine che seguono tentano di illustrare.

5. *Ragione e politica nell'interpretazione dei contratti.*

Il diritto europeo cambia insomma il volto dell'autonomia privata (114). Cambia anche l'interpretazione delle manifestazioni dell'autonomia negoziale dei privati? Consideriamo i "punti di vista" rilevanti.

Le codificazioni continentali del XIX e della prima parte del XX secolo non davano eccessiva importanza alla disciplina legale del-

---

(110) H.W. Micklitz, C. Sieburgh, *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, 2017, pp. 1, 45.

(111) U. Eco, *Opera aperta*, Milano, 1997, 4 ed., pp. 31 ss.

(112) G. Vettori, *(voce) Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, Annali, X, Milano, 2017, pp. 381, 404; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787.

(113) S. Weatherill, *The Elusive Character of Private Autonomy in EU law*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 9.

(114) A. Gentili, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 761.

l'interpretazione. La legge interviene con tocco leggero: ampie concessioni alla discrezionalità giudiziale, nel *Code civil*; poche, essenziali direttive generali, nel BGB. Il secondo Codice italiano rappresenta un'eccezione, in termini quantitativi (dieci articoli, nella sola parte generale del contratto) e, soprattutto, qualitativi: non basta codificare, è necessario prescrivere un metodo che esoneri il giudice "dal ragionare con la propria testa" (115). I "punti di vista" sul metodo inscritti nel Capo del Codice civile dedicato all'interpretazione dei contratti si compendiano in tre tesi, tre cerchi concentrici di una progressione logica inesorabile: dalla teoria dell'ordinamento giuridico alla teoria dell'interpretazione, passando per una teoria dell'autonomia privata.

Prima tesi. L'ordinamento giuridico dello Stato come sistema chiuso, coerente e completo di disposizioni di fonte legale, monopolista delle qualificazioni giuridiche.

Seconda tesi. L'autonomia privata come potere originario di dare vita a rapporti economici e sociali riconosciuti e garantiti *ab externo* dalle leggi dello Stato (questo, infatti soprattutto sta a cuore: depurare la teoria del contratto da qualunque nota concettuale che possa anche remotamente alludere alla formazione *extra ordinem* del diritto).

Terza tesi. L'interpretazione come attività diretta all'accertamento del senso "vero" della legge e degli atti giuridici, per mezzo di regole tecniche e in relazione a un ordine sistematico garantito dal riferimento all'ordine giuridico dello Stato.

Da tempo queste proposizioni non riflettono più la dinamica dei rapporti tra le fonti. La terza proposizione, in particolare, è stata di recente discussa e confutata in termini verosimilmente definitivi: l'interpretazione giuridica, intesa come (attività di) attribuzione di significato a proposizioni normative, non è soggetta al principio di verificazione, ma al principio di giustificazione secondo argomenti razionali e di politica legislativa. Corretta è l'interpretazione (risul-

---

(115) P. Calamandrei, *Cassazione civile*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, II, pp. 1074, 1078. Le basi teoriche risalgono a F. Stein, *Das private Wissen der Richter. Untersuchungen zum Beweisrecht beider prozesse*, Leipzig, 1893. Sulle *Erfahrungsätze* come forme di razionalizzazione del senso comune nel contesto della teoria sillogistica della decisione: M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 121.

tato) più giustificata, "tale cioè che chi la contesti si trovi a non poterle opporre alcuna ragione che la confuti" (116).

Anche il secondo punto di vista è stato riconsiderato dalla stessa dottrina in termini fortemente innovatori rispetto alla teoria della fattispecie. Il contratto è il significato di un enunciato prescrittivo: una norma privata. Più precisamente è la regola di un'operazione economica intersoggettiva.

Manca una tesi sull'ordinamento. Il ripensamento delle dottrine tradizionali sull'interpretazione e sul contratto è apparentemente tutto quel che serve per ripensare l'interpretazione e il suo *telos*. Interpretare significa stabilire la *ratio contractus*, la relazione tra le regole e i bisogni che mirano a soddisfare, al fine di comporre un dissenso. Razionalmente e normativamente giustificato è il senso che ha superato tutte le obiezioni: "L'interpretazione secondo questo criterio corrisponde alla concezione basilare del contratto", che è poi "il rispetto dell'autonomia privata" (117). Quel senso è insieme "conforme alla comune intenzione" e al canone di buona fede interpretato in senso soggettivo, come regola di protezione degli affidamenti reciproci. In modo ancora più limpido, nella pagina conclusiva è scritto: "Nei rapporti intersoggettivi, l'esito dell'interpretazione deve valere per entrambe le parti. E per valere non può fondarsi solo sull'autorità (il peggiore degli argomenti) deve fondarsi su ragioni, che superino le obiezioni. Abbiamo bisogno di un'ermeneutica secondo ragione" (118). Come corollario di questa tesi, anche l'interpretazione contro il predisponente nei contratti standardizzati di diritto comune (art. 1370 c.c.) e nei contratti tra professionisti e consumatori (art. 35, secondo comma, d.lgs. 206/2006), è subordinata all'interpretazione "secondo ragione" in quanto esprimono una direttiva politica.

La relazione strettissima stabilita tra interpretazione razionale e autonomia privata manifesta — per "implicatura", direbbe con Grice l'Autore — il punto di vista sull'ordinamento di questa autentica opera di rifondazione su basi razionali dell'ermeneutica dei contratti nell'ordinamento italiano. Quella relazione peraltro si è

---

(116) A. Gentili, *Senso e consenso*, I, cit., p. 254.

(117) *Ivi*, I, p. 310 (enfasi aggiunta) e II, 508.

(118) *Ivi*, II, p. 655.

realizzata, imperfettamente, solo nella cornice del modello di giustizia promosso dal *Welfare State* europeo della seconda metà del Novecento, dove alla (più o meno diretta) garanzia di istituto dell'autonomia gli ordinamenti nazionali hanno affiancato una direttiva di tutela della libertà anche in senso materiale e di protezione della parte socialmente debole, nella prospettiva del governo dei conflitti redistributivi tra gruppi economici e sociali.

Se questa è ora indubbiamente la cornice di ordinamento che dà senso alla distinzione tra regole "razionali" e regole "legali", o "politiche", di interpretazione, non è detto però che il modello di razionalità espresso dallo Stato costituzionale di diritto del XX secolo debba valere in una cornice diversa, senza dover subire un qualche adattamento, come è ragionevole supporre considerando i punti di vista del diritto europeo sull'ordinamento, l'autonomia privata, l'interpretazione.

Il diritto (privato) europeo è un fenomeno pluriordinamentale e policentrico. Manca un Soggetto, *Träger der Souveränität*, monopolista delle fonti, dell'applicazione, dell'esecuzione del diritto. Di questo vuoto di potere ha approfittato la CGUE per rinegoziare la distribuzione delle competenze fissata nei Trattati (artt. 4.1 e 5.2 TUE) nel nome della "leale cooperazione" (art. 4.3 TUE) e dell'interpretazione funzionale dei poteri normativi (119).

La formula *Market-State*, ripresa dagli studi strategici (120), descrive efficacemente la parabola del progetto europeo tra la fine del XX e la prima parte del XXI secolo: da Comunità di Stati, fondata su limitazioni volontarie del potere sovrano, a Unione *sui iuris*, fondata sull'instaurazione e il funzionamento di un mercato interno nella cornice di un'economia sociale di mercato (art. 3.3. TUE). Ora il tratto caratterizzante del *Market-State* europeo non si esaurisce in un particolare modo di essere dell'ordinamento quale luogo di esercizio della sovranità, ma include tutte le relazioni necessarie per garantire il funzionamento ordinato dei poteri eco-

---

(119) L. Azoulaï, *Introduction*, in Ead. (eds.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, p. 14.

(120) A. Afilalo, D. Patterson, *Statecraft and the Foundations of European Union Law*, in J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, pp. 275, 276.

nomici in uno spazio giuridico transnazionale e in un'economia internazionalizzata. Gli ordinamenti giuridici pubblici — gli Stati, con le loro articolazioni territoriali, e la stessa Unione — non sono da questo punto di vista che nodi, per quanto cruciali, di un *network* di regolatori pubblici e privati. La difficoltà di pensare utilizzando la categoria del Soggetto (con personalità, poteri, responsabilità definiti) gli effetti (più o meno) impermanenti di un campo di forze è il sintomo dell'esaurimento della potenzialità euristica delle categorie di teoria generale messe a punto nel Novecento nell'intento dare ragione del monopolio del diritto esercitato dallo Stato moderno. Di questo campo di forze il diritto europeo dei contratti è insieme causa ed effetto.

La transizione dallo Stato nazionale al *Market-State* policentrico non lascia indenne l'autonomia privata, che degli ordinamenti nazionali è una creazione (121). Le definizioni — "fonte di rapporti", "autoregolamento d'interessi" — coniate nella prima metà del Novecento per ribadire il dogma dell'esclusività del criterio di qualificazione giuridica in capo allo Stato e negare all'autonomia dei privati il crisma della giuridicità hanno poco senso in un simile contesto. Va osservato peraltro che il diritto europeo, se per un verso estende il raggio d'azione dei poteri di autonomia, in termini quantitativi (transazioni trans-frontaliere) e qualitativi (delega ai regolatori privati) (122), per altro verso li assoggetta a un'intensa "conformazione [...] dall'interno" (123), calibrando l'intervento regolatorio in rapporto al contenuto tecnico, al grado di internazionalizzazione del settore e di concorrenzialità del mercato rilevante, al coinvolgimento di organizzazioni pubbliche e private, alla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali (124). L'inclusione dei contratti standardizzati nella struttura governo del mercato interno — "as a form of private

(121) Sul significato di "autonomia" in senso moderno come categoria di relazione, più precisamente di riconoscimento da parte di un soggetto sovrano di poteri di ordinamento in capo a soggetti pubblici o privati: Santi Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (rist. inalt. ed. 1947), p. 14.

(122) H.W. Micklitz, *The Transformation of Private Law Through Competition*, in 22 *ELJ*, 5 (2016), pp. 627, 629.

(123) E. Navarretta, *L'evoluzione* dell'autonomia, cit., p. 620.

(124) Ead., *Costituzione*, cit., pp. 75 ss.

regulation and [...] as part of European contract law" (125)— è un corollario della relazione funzionale tra il diritto dei contratti e diritto della concorrenza che nel complesso ha determinato un deciso riorientamento della *ratio contractus* dal mondo chiuso dello scambio privato al cantiere aperto delle fonti del diritto europeo.

Anche le regole dell'interpretazione seguono una traiettoria eccentrica e quasi eversiva rispetto al diritto comune. Nelle materie delegate alla competenza dell'Unione, il parametro fondamentale di verifica della coerenza dei modelli di decisione è il cosiddetto principio di effettività, che promuove l'adeguamento dei mezzi nazionali di tutela alle finalità del diritto europeo (126). La sola regola di diritto europeo espressamente dedicata all'interpretazione dei contratti *BtoC* è una proiezione di questa stessa logica: "in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore" (art. 5, Dir. 93-13 e art. 35, secondo comma, cod. consumo). Il funzionamento del meccanismo presuppone la distinzione tra il fatto (l'accordo) eletto a fondamento del contratto e la dichiarazione oggetto di interpretazione (127): poiché le controversie sull'interpretazione riguardano l'efficacia della dichiarazione, non il senso di un fatto, il "dubbio" verte sugli effetti della clausola, non sulla volontà delle parti.

Ciò posto, la mappa del "dubbio sul senso di una clausola" può essere così schematicamente tracciata: il dissenso tra le parti si

---

(125) F. Cafaggi, *Private Regulation in European Private Law*, EUI Working Paper, RCCAS 2009/31, 19; H. Collins, *Regulating contracts*, Oxford, 1999; G. Cordero-Moss, *Standard Contract Terms as an Alternative to Legislation*, in C. Twigg-Flesner (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chelthenam, 2016, pp. 487 ss.; E. Hondius, E. van Schagen, *Private Actors in European Consumer Law*, in M. De Cock Buning, L. Senden (eds.), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, Oxford, 2020, p. 121; S. Choi, M. Gulati, *Contract as a Statute*, in 104 *Mich. L. Rev.*, (2006), pp. 1129 ss.; O. Ben Shahar, *Boilerplate: The foundation of market contracts*, Cambridge, 2007, p. 157.

(126) P. Rott, *The ECJ's Principle of Effectiveness and its Unforeseeable Impact on Private Relationships*, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherhill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 181; A. Östlund, *Effectiveness versus Procedural Protection. Tensions triggered by the EU law mandate of ex officio review*, Baden-Baden, 2019.

(127) P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345.

riferisce A) all'oscurità della clausola, intesa sia come ambiguità semantica o sintattica (direzione indecisa), sia come vaghezza (assenza di direzione), sia ancora come effetto di eccessivo tecnicismo (128); B) alla qualificazione di una clausola. Nelle fattispecie *sub* A) il dissenso ha per oggetto l'efficacia di una clausola di cui non è in discussione la qualificazione come *a*) principale o *b*) accessoria: nel primo caso l'oscurità apre alla valutazione del carattere abusivo delle clausole, e si tratta di decidere *i*) se l'oscurità integra in sé un "significativo squilibrio" o *ii*) solo il sintomo di un abuso, nel qual caso, *iii*) se una clausola oscura (ma in ipotesi non abusiva) possa essere conservata nel senso più favorevole all'aderente (*infra*, § 9.2); nel secondo caso si tratta di decidere se il consumatore o il giudice d'ufficio debba *iv*) limitarsi a rilevare l'oscurità della clausola e proporre l'interpretazione conservativa più favorevole, ovvero *v*) innestare sulla contestazione dell'oscurità l'interpretazione della clausola nel senso più ostile al consumatore al fine di ottenere l'annullamento. Nei casi *sub* B) il dubbio riguarda invece la qualificazione della clausola. Si tratta di vicende più complesse, considerato che i parametri individuati dall'art. 4 (2) per determinare quali clausole debbano essere considerate essenziali sono vaghi e per alcuni anche discutibili (129). Il problema dell'interpretazione del contratto si innesta in tal caso su un problema di interpretazione della legge e la fluidità di concetti come "oggetto principale del contratto" o "corrispettivo" schiude alla Corte un vasto *spielraum* per agire sul "marge d'indétermination qui éxiste fréquemment aux confins des qualifications préexistentes" (130). A parte questo, le

---

(128) C-448/17, *Eos KSI Slovensko s.r.o.* c. *Danko e Margita Dankóva*, ECLI:EU:C:2018:745, par. 68: la determinazione del TAEG in un contratto di credito al consumo per mezzo di una equazione matematica e senza indicazione del tasso di interesse rappresenta un "elemento decisivo nell'ambito dell'analisi da parte del giudice nazionale interessato della questione se la clausola di detto contratto relativa al costo del credito sia formulata in modo chiaro e comprensibile": M. Orlandi, *Forma espressa*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2019, pp. 885, 915.

(129) F. Gómez Pomar, *Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in 15 *ERCL*, 2 (2019), pp. 177, 188.

(130) F. Terré, *Volonté et qualification*, in *APhD*, 1957, pp. 98, 102; G. Scalfi, *La qualificazione del contratto nell'interpretazione*, Varese, 1962.

questioni che dipendono dalla soluzione di un dubbio rilevante coincidono con quelle prospettate *sub* A).

Nel campo di possibilità definito dal dubbio sul senso della clausola, l'art. 5 secondo per., Dir. 93-13, agisce come criterio di selezione del risultato desiderato. Al predisponente è imputato il rischio dell'imperfetta redazione del contratto come alla parte che può sostenerlo al minor costo, affinché le conseguenze negative di "quello strumento pericoloso che è, appunto, il contratto oscuro" (131) non siano sopportate dall'aderente, che non sa o non può negoziare una diversa distribuzione dei rischi, con ricadute sistemiche sulla domanda di beni e servizi e sulla concorrenzialità del mercato: un rimedio ai costi transattivi dell'opportunismo e un caso da manuale di *superior risk-bearer analysis* (132). Poiché, d'altro canto, il risultato "più favorevole" ben potrebbe consistere nel giudizio di irrilevanza della clausola (supra, *sub* i, ii, iv) (133), mediato dalla qualificazione *ex fide bona* di abusività (*considerando* 16 e artt.

---

(131) R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto. II*, Torino, 2003, p. 415.

(132) Sull'interpretazione più favorevole al consumatore nella prospettiva della *superior risk bearer analysis*: N. Jansen, *Unfair Contract Terms*, in N. Jansen, R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, p. 944. G. Howells, Ch. Twigg-Flesner, Th. Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, London, 2018, pp. 8 ss., 131 ss., propongono una lettura del diritto dei consumatori (in generale) e della Direttiva 93-13 (in particolare) "as an obligatory insurance against unfair terms, administered by the business". Nella letteratura italiana: V. Calderai, *Interpretazione del contratto e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, pp. 82 ss.

(133) Secondo una sequenza sperimentata dalla dottrina tedesca fin dall'art. 5 *AGB-Gesetz* (*Unklarheitsregel*): V. Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1975, pp. 227 ss.; V. Rizzo, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al Codice civile)*, Napoli, 2002, pp. 91 ss.; C. Scognamiglio, *L'interpretazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, 2 ed., Torino, 2006, pp. 1118 ss. Criticamente: W. F. Lindacher, in M. Wolf, N. Horn, W. F. Lindacher (hrgs), *AGB-Gesetz*, 4. Aufl., München, 1999, pp. 255 ss.; H.W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, in *ZEUP*, 1998, p. 260; Id., *Some Considerations on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, in H. Collins (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 19. Nella dottrina italiana: G. De Cristofaro, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al Capo XIV-Bis del titolo II del libro IV del codice civile: ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 395; A. D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, p. 16.

3.1 e 4.1 Dir. 93-13 e *infra* § 8) (134), le applicazioni della regola di preferenza sollevano delicate questioni di ricostruzione della disciplina del rapporto e delle modalità di tutela, che scompaginano la sequenza interpretazione della volontà delle parti/qualificazione della fattispecie/integrazione del contratto (135).

Con movimento circolare tipicamente ermeneutico del giudizio (136), si tratta, *i*) con un primo progetto di senso, di anticipare le possibili qualificazioni della clausola, combinando i predicati essenziale/accessorio e abusivo/non abusivo, in relazione a una istanza di tutela specifica; *ii*) alla luce delle qualificazioni ipotizzate, anticipare ulteriormente gli effetti della decisione: conservazione della clausola oscura (ma non abusiva) nel senso più favorevole al consumatore (137); inefficacia "pura e semplice" della clausola accessoria (138); nullità del contratto *tout court* per inefficacia della clausola essenziale (139); nullità parziale della clausola essenziale seguita da integrazione per mezzo del diritto dispositivo, in consi-

---

(134) Contrariamente alla lettura in chiave puramente conservativa della clausola (e del contratto) veicolata dalle categorie del diritto nazionale. Sul punto V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., p. 95. V. però sull'interpretazione *in favorem* quale "applicazione 'alternativa'" del canone di conservazione dell'efficacia del contratto: M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 318 s.

(135) Nella letteratura la prospettiva dell'integrazione del contratto mediante regole dispositive a valle della declaratoria di vessatorietà era vista generalmente con favore: G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1996, pp. 224 ss.; C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. privato*, 1998, pp. 38 ss.; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 248 ss.; A. Federico, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, pp. 103 ss.; L. Valle, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, pp. 116, 118; F. Azzarri, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *ODCC*, 2017, pp. 37, 63.

(136) H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1961, trad. it. G. Vattimo (a cura di), *Verità e metodo*, Milano, 1988, p. 427.

(137) C-96/14, *Jean-Claude Van Hove contro CNP Assurances SA*, ECLI:EU:C:2015:262, par. 49.

(138) Pura e semplice, cioè senza senza far luogo alla parziale eliminazione degli effetti della clausola: C-488/11 *Asbeek Brusse*; C-70/17 e C-179/17 *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA contro Alberto García Salamanca Santos e altri*, ECLI:EU:C:2019:250.

(139) C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, par. 71.

derazione del grave pregiudizio derivante al consumatore dall'annullamento del contratto (140); infine *iii*) selezionare (per forza di cose, a questo punto, non tanto il significato più favorevole della clausola, quanto) il *diritto* interno applicabile, interpretato dal punto di vista del diritto europeo. *Omnis interpretatio est applicatio* (141).

Questa conclusione corrobora l'autorevole lettura che nell'integrazione ravvisa l'autentico "punto di rilevanza ermeneutica" dell'interpretazione dei contratti *BtoC* (142). Con una postilla: non è verosimilmente necessario introdurre un principio generale di preferenza per il massimo effetto utile della tutela, del quale l'interpretazione più favorevole sarebbe l'"epifania settoriale". Caduta l'idea paleo-positivista per cui interpretazione e integrazione sono operazioni qualitativamente diverse, l'una volta a intendere la manifestazione di volontà, l'altra a colmare le "lacune" della manifestazione incompleta o contraria alla legge, la determinazione degli effetti del contratto si può rappresentare come l'esito del concorso di fonti autonome e eteronome nella norma singolare espressa dal dispositivo della sentenza come costruzione decisionale a referente unico (143). Il massimo effetto utile della tutela, in questa prospettiva, è il risultato intrinseco di un modo di guardare alla dicotomia interpretazione/integrazione come a una distinzione puramente descrittiva e ordinatoria interna all'attività di interpretazione del *diritto* in tutte le controversie "sull'essere e il modo di essere del contratto" (144) tra consumatori e professionisti dal punto di vista dell'ordinamento europeo (145).

---

(140) *Kásler*, *Dziubak*.

(141) Secondo la massima generale dell'ermeneutica: H.G. Gadamer, *Verità*, cit., pp. 343 ss.

(142) S. Pagliantini, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, p. 1147, 115; Id., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *NGCC*, 2019, II, p. 561.

(143) H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in 49 *Proceedings of the Aristotelian Society*, (1948), pp. 171, 182.

(144) Così M. Casella, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di dirittto positivo*, Milano, 1961, p. 61, in un lavoro che non ha perso nel tempo la sua attualità.

(145) Ma il discorso vale, mutato quel che c'è da mutare, anche per l'ordinamento interno. V., per il diritto non attratto alla competenza dell'Unione, le pagine di E. Navarretta, *Costituzione*, cit., pp. 196 ss.

In conclusione, l'interpretazione *in favorem* manifesta un orientamento alle conseguenze spregiudicato, una spiccata vocazione rimediale, una salutare attitudine a sovvertire dogmi sclerotizzati. Non è chiaro perché questa razionalità weberiana sarebbe meno razionalmente giustificata di quella espressa dalle tecniche di interpretazione soggettiva. Alla verifica di questo assunto è dedicata l'ultima parte di questo studio.

6. *Un quadro specificamente europeo di riferimento.*

Le considerazioni che precedono corroborano l'ipotesi della relatività degli argomenti ermeneutici in rapporto a un ordinamento. L'interpretazione contro il predisponente è un caso particolare di *Folgenorientierte Argumentation*: una tecnica di giustificazione riferita "alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale" (146), integrata nel metodo di interpretazione. Per molto tempo il diritto nazionale è stato il punto di riferimento esclusivo del controllo delle decisioni risultanti dall'argomentazione orientata alle conseguenze. Caduta la relazione biunivoca tra argomenti interpretativi e sistema del diritto nazionale, l'interpretazione dei canoni di interpretazione dipende in modo cruciale dalla capacità di individuare i tratti portanti di un *frame of reference* specificamente europeo.

Rispetto alla direttiva di interpretazione più favorevole al consumatore due questioni spiccano per rilievo sistematico generale, riguardanti rispettivamente la relazione della regola *i*) con l'interpretazione dei contratti nel diritto comune (§ 6) e *ii*) col giudizio di abusività delle clausole (§ 7).

Per ciascuno di questi problemi la *Verschiebung der Gesichtspunkte* autorizza in effetti una revisione del metodo di interpretazione, nel segno della predisposizione contrattuale come fonte di diritto oggettivo, se non la "più importante" (147), come pensava

---

(146) L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze, in Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 91, 95.

(147) F. Kessler, *Contracts*, cit., p. 641. Sulle conseguenze politiche della "degradazione" dell'autonomia da fonte a fattispecie nel diritto del capitalismo maturo: P.

Friedrich Kessler, verosimilmente la più necessaria dal punto di vista di un ordinamento che ha come ragion d'essere e base di legittimità l'esercizio delle libertà economiche e nel funzionamento del mercato interno.

Un principio di riflessione a questo riguardo è una certa somiglianza di famiglia della *ratio* del controllo sulle clausole abusive da *Océano* in poi, per un verso, con il controllo sulle restrizioni alle libertà economiche fondamentali (148), per altro verso, con il controllo delle intese restrittive della concorrenza (149). La matrice giuspolitica comune a queste manifestazioni è l'estensione ai rapporti tra privati dell'idea liberale del governo limitato, in rapporto a un potere che "la veste tecnica del contratto non rende meno generale" della legge (150), né — si deve aggiungere — meno potenzialmente oppressivo, ove non integrato in un sistema di *checks and balances*. Lo strumento giuridico formale è il controllo giudiziale di conformità, agganciato a un principio di ordine pubblico teleologicamente orientato alla realizzazione del mercato interno (151) e alla tutela dei diritti individuali che dal mercato dipendono (152).

"The community is a re-regulator" (153). Al modo in cui le restrizioni (pubbliche e private) all'esercizio delle libertà fondamentali devono essere giustificate alla luce di "overriding reasons in the public interest" (*Cassis de Dijon*), e le deroghe alla nullità delle intese

---

Femia, *Autonomia e autolegislazione*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 11, 35 ss.

(148) H.W. Micklitz, *Some Considerations on Cassis de Dijon*, cit., pp. 33 ss.

(149) G. Vettori, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Persona e Mercato*, 2014, pp. 137, 145: "Il controllo sul potere privato nella disciplina della concorrenza e del mercato ha posto in luce un altro settore fondamentale ove emerge non un problema di equilibrio fra forti e deboli, ma una valutazione su un interesse pubblico all'esistenza di un mercato concorrenziale che si declina come vero e proprio diritto soggettivo".

(150) Così P. Rescigno, *Premessa*, *I contratti in generale*, I, in Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino 2006, II ed., p. LV.

(151) H.W. Micklitz, *Some Considerations*, cit., p. 36.

(152) E. Navarretta, *Costituzione*, cit., pp. 62 ss.

(153) S. Weatherill, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market — EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, in S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of information in the Internal Market*, Berlin, 2001, pp. 173, 180.

anticoncorrenziali devono essere motivate in considerazione delle esternalità economiche (e in qualche misura anche non economiche) positive dell'intesa (154), in una logica non dissimile, l'esercizio unilaterale di un potere normativo privato è assoggettato a un controllo *lato sensu* di legittimità. L'intensità di tale controllo varia in relazione a quel che in prima approssimazione si potrebbe definire la portata generale (e in tal senso para-legislativa) del potere: se è formalmente inserito nell'architettura della regolamentazione del mercato (*Fra.bo*, *Schmitt*, *Elliott*), se è esercitato in modo collettivo da organizzazioni rappresentative di interessi (*Laval*, *Bosman*, *Wouters*), se genera esternalità negative sui diritti fondamentali di terzi estranei al rapporto (*Scarlet, Promusicae*); tuttavia, anche relazioni dove la dimensione collettiva è più tenue (o *prima facie* assente) possano essere considerate nella stessa luce, ove l'esercizio dei diritti derivanti dal contratto sia intrecciato all'esercizio unilaterale di un potere: "A right demands protection [...], power implies control" (155).

Forse nessun caso come *Invitel* illustra con altrettanta efficacia la "somiglianza" tra la ragion d'essere dell'*Inhaltskontrolle* nei contratti *BtoCe* il principio del governo limitato (156). Quando la Corte estende *erga omnes* gli effetti dell'accoglimento dell'azione inibitoria collettiva ai consumatori, anche non costituiti, che abbiano stipulato alle medesime condizioni col medesimo professionista, l'affermazione della *judicial review* (non solo direttamente sulle clausole, ma *funditus*) sul potere di predisposizione contrattuale in quanto tale è a un passo. Procede nella stessa direzione l'ammissibilità, nella cornice dell'armonizzazione minima, di dispositivi amministrativi di

---

(154) Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08. OJ C101/97), pp. 38 ss. Sull'incipiente rilevanza di interessi pubblici (segnatamente: la protezione dell'ambiente) non economici: B. Baarsma e N. Rosenboom, *A veritable tower of Babel: on the confusion between the legal and economic interpretations of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *Eur. Comp. Journal*, 2015, pp. 402.

(155) L. Azoulaï, *The Court of Justice and the social, market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realizations*, in *CMLR*, 2008, pp. 1335, 1345.

(156) Causa C-472/10 *Nemzeti Fogyaszróvédelni Hatóság v Invitel* [2012]. H.-W. Micklitz, N. Reich, *AGB-Recht und UWG — (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach Perenicova und Invitel*, in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2012, p. 257.

pubblicità delle clausole dichiarate abusive con provvedimento giurisdizionale definitivo, al fine estendere la tutela nei confronti dell'impresa che utilizza clausole equivalenti, a condizione che sia garantito l'esercizio del diritto di difesa di quest'ultima (157).

7. *I contratti B2C si interpretano nel solito modo?*

L'enfasi sulla dimensione regolatoria dell'autonomia è la premessa per la revisione delle forme logiche dell'interpretazione (158). Nel quadro della giurisprudenza sull'art. 101 TFUE l'indagine sullo scopo perseguito dalle parti è sostanzialmente estranea alla valutazione, che assume a punto di riferimento l'obbiettiva portata anticoncorrenziale dell'intesa (159). Analogamente, imporre al giudice di

---

(157) Causa C-119/15 *Biuro podróży 'Partner'*, parr. 22-47. V. F. Cafaggi, S. Law, *Judicial Dialogue and European Private Law: Introductory Remarks*, in Id., (eds), *Judicial cooperation in European private law*, Cheltenham, 2017, p. 1; Id., *Effect of Collective Proceedings* in E. Terryn, G. Straetmans, V. Colaert (a cura di), *Landmark Cases of EU Consumer Law: In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge, 2013, p. 653.

(158) Nella letteratura italiana: C. Scognamiglio, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm*., 1997, p. 960; G. Stella Richter, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, p. 1027; V. Rizzo, *Trasparenza*, cit., pp. 47 ss.; S. Martuccelli, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000; Id., *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, pp. 1018 ss.; A. Genovese, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano 2008, pp. 157 ss.; M. D'Auria, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano 2012; M. Pennasilico, *Contratto e interpretazione*, Torino, 2018, pp. 65 ss.; Id., *Contratto del consumatore e interpretazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, pp. 1041 ss. Il tema è al centro di un'agenda di ricerca unica nel suo genere, per la sintesi di teoria del contratto e analisi empirica della giurisprudenza e delle fonti su scala continentale: cfr. S. Pagliantini, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 291; Id., *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei* in *Contratti*, 2015, pp. 758 ss.; Id., *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *Contratti*, 2016, p. 1029; Id., *Interpretazione (e integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, 12, pp. 1147 ss.; Id., *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv*., 2019, p. 651.

(159) C-551/03, *General Motors Continental NV v Commission of the European Communities*, EU:C:2006:229, 77-78; C-209/07, *Competition Authority v Beef Industry*

selezionare il significato più favorevole al consumatore "in caso di dubbio sul senso di una clausola" (art. 5, per. 2, Dir. 93-13) stride con l'immagine dell'interpretazione soggettiva come presidio della libertà individuale e, per contro, si sposa al timore che l'esercizio della stessa libertà da parte delle grandi organizzazioni economiche si risolva per i più nell'inasprimento della tendenza alla "schematizzazione coercitiva dell'esistenza" (160).

Sotto le insegne del *Market-State* europeo questa dialettica tipicamente novecentesca ha subito una radicale conversione dalla materializzazione alla funzionalizzazione del diritto privato. In un ordinamento che usa il diritto dei contratti come un dispositivo di riequilibrio nella distribuzione del potere economico e di contrasto ai fallimenti del mercato, l'interpretazione soggettiva come principio di individuazione della regola contrattuale non basta. La duplicazione delle forme logiche e dei modelli di razionalità alla base dell'interpretazione si può rappresentare da questo punto di vista come un chiasmo: quel che per il contratto di diritto comune è un argomento contingente e sussidiario di politica del diritto — interpretazione contro il predisponente e a favore del consumatore — per il contratto di diritto europeo è viceversa necessario e prioritario.

La giurisprudenza pratica e teorica non vuol credere a un cambiamento tanto radicale di paradigma. Non vuol credere, in particolare, che quel che è (o appare) fondamentale per il contratto di diritto comune, diventi improvvisamente recessivo per il contratto di diritto europeo, dunque subordina l'interpretazione *in favorem* ai canoni d'interpretazione oggettiva (c.d. principio di sussidiarietà) o la condiziona all'affidamento legittimo dell'aderente sul significato più favorevole. *Id est*: solo dopo avere inutilmente sperimentato l'interpretazione soggettiva-razionale, e sul presupposto dell'affidamento incolpevole del consumatore, l'interpretazione del contratto

---

Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643, par. 21.

(160) I passi citati nel testo sono tratti da una pagina notissima: M. Weber, *Economia e società*, II, Torino, 1999, pp. 85 s. In termini sostanzialmente identici: F. Kessler, *Contract as a Principle of Order*, in F. Kessler, G. Gilmore, A. Kronman (eds.), *Contracts: Cases and Materials*, Boston, 1986, pp. 7 ss.

si apre a direttive di natura "politica". In breve: "il contratto del consumatore si interpreta nel solito modo" (161).

Questa lettura non è in verità del tutto persuasiva. Non solo perché, ha osservato un Autore, la subordinazione al ragionevole dubbio "immiserisce la valenza euristica" dell'interpretazione *in favorem*, degradandola a "norma residuale" (162), oltretutto in contrasto con l'obbligo di interpretazione del diritto nazionale "in the light of the wording and the purpose of the directive" (163), ma prima ancora forse per una petizione di principio, che si annida nella storia della disciplina.

La ricerca di un nucleo di regole universali, espressione della ragione naturale, distinte dalle regole che dipendono dai costumi dei popoli, è antica come la sapienza giuridica (164). Tra il XVII e il XIX secolo quella aspirazione è stata gradualmente assorbita nella "grande dicotomia" tra diritto pubblico, regno delle scelte politiche contingenti, e diritto privato, luogo della ragione universale (165), che

---

(161) A. Gentili, *Senso*, cit., II, p. 635. *Adde*: N. Irti, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv.trim. dir. proc. civ*., 1999, pp. 1154. Nella dottrina sul *Konsumentenschutzgesetz* austriaco, in termini analoghi: P. Bydlinski, *Thesen zur praktischen Handhabung des "Transparenzgebots" (§ 6 Abs 3 KSchG)*, in *Jur. Blätter*, 2011, p. 141.

(162) S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici*, cit., p. 1033.

(163) C-26/13 *Kásler*, cit., par. 64. L'affermazione del principio risale a C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, dove il dovere di *harmonious interpretation* è ricondotto all'interpretazione sistematica degli art. 288.3 TFUE e 4.3 TUE: A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Cambridge, 2018, pp. 157 ss. Sull'interpretazione conforme come fonte *extra ordinem*: A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv*., 2015, pp. 734.

(164) V. La summa diviso stabilita da Gaio tra "ius civile, quasi ius proprium civitatis" e "ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur", e il collegamento di quest'ultimo con la naturalis ratio: Institutiones, I, 1. Y. Thomas, *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome in Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987), Roma, 1991, pp. 201-227; M. Graziadei, *Natural Law in the Story of Comparative Law: Considerations on its Continuing Relevance*, in *JCL*, 2014, p. 13.

(165) *À la* Norberto Bobbio, che riprende l'idea dalle scienze sociali, come "uso sistematico" della suddivisione del diritto in due sfere: *a*) congiuntamente esaustive ("tutti gli enti di quell'universo vi rientrano"); *b*) reciprocamente esclusive ("un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda"); *c*) totale ("un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso

si staglia sullo sfondo dell'affermazione dello Stato moderno (166); trae alimento e vigore dall'emancipazione della società civile dalle strutture cetuali e corporative delle società di *ancien régime* e dall'apertura dei mercati nazionali della terra, del lavoro, dei capitali; si consolida oltre Manica con lo sviluppo di una *general contract law*, edificata sulla promessa assistita da *consideration*, e nell'Europa continentale con i Codici di prima generazione e il riordinamento del diritto privato in una serie di istituti generali — proprietà, contratto, illecito — edificati sull'unità del soggetto di diritto e sul potere della volontà (167). L'antica distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* si è trasformata nella divisione del lavoro tra poteri di ordinamento di rapporti privati (*Privatautonomie*, *private ordering*) e poteri dello Stato (168).

Le precomprensioni *quo adhuc utimur* sulla natura (di diritto comune), lo scopo (di coordinamento dal basso delle volontà individuali secondo un principio di giustizia correttiva), il metodo (di

---

nella seconda") e *d*) principale ("tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie"): N. Bobbio, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 130 ss. Cui *adde* però le osservazioni critiche di P. Cappellini, *Systema Iuris*, II, Milano, 1985, p. 175.

(166) Sulla distinzione tra diritto pubblico e privato presso gli antichi e i moderni: M. Kaser, *Ius publicum und ius privatum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 103 (1986), p. 1. Dal lato pubblicistico il "percorso estremamente frastagliato di emersione del pubblico" nell'età moderna è ricostruito da B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fior.*, 45 (2016), pp. 194-209, 196. Per una prima, notevolissima formulazione moderna della dicotomia: J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Livre Préliminaire*, II, e, *ivi*, la definizione della soggettività giuridica. Su Domat, oltre alle pagine di G. Tarello, *Storia del pensiero giuridico moderno*, Bologna, 1976, pp. 38 ss., v. B. Sordi, *Alle origini della grande dicotomia*: "*Le droit public" di Jean Domat*, in G. Dilcher, D. Quaglioni (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico.* III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, Bologna, 2011, p. 679.

(167) Il collegamento, accennato nel testo, tra la divisione pubblico/privato e la separazione tra Stato e società civile semplifica una relazione enormemente più intricata: v. P. Cappellini, *Systema*, cit., II, pp. 175 ss., 246 ss.; P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, I, Oxford, 1979, pp. 102 ss., 139 ss.; G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, pp. 26 ss.; II, pp. 415 ss.

(168) R. Michaels e N. Jansen, *Beyond the State? Rethinking Private Law: Introduction to the Issue*, e Id., *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in 54 *Am. J. Comp. Law*, (2008), p. 843.

indagine per concetti ordinati secondo relazioni di genere a specie) del diritto civile sono inseparabili da alcune premesse fondamentali relative al significato di "pubblico" e "privato", nella cornice dell'uso a fini sistematici della dicotomia. Tali assunti si compendiano, sul piano formale, nell'appartenenza del diritto privato all'ordinamento giuridico dello Stato, sul piano invece sostanziale, nell'affermazione della portata generale e neutrale dei suoi concetti e istituti fondamentali. Di qui la rivendicazione dell'autonomia del diritto civile da obbiettivi dettati dalla politica e dall'economia e il *refoulement* alla periferia del sistema delle regole che quegli obbiettivi incarnano.

I cosiddetti principi di gerarchia e di sussidiarietà dei canoni di interpretazione detta "oggettiva" (artt. 1367-1371 c.c.) rappresentano una proiezione di questa ideologia, in consonanza con l'ermeneutica dominante negli anni della Codificazione: se il contratto è accordo di volontà, è giuridicamente corretto il senso della dichiarazione corrispondente alla "reale" volontà dei dichiaranti (169). A un esito non dissimile giungono peraltro, e per altre vie, due autorevoli letture contemporanee, all'insegna di una teoria procedurale dell'interpretazione: che la correttezza del risultato dell'interpretazione dipenda dalla conformità al canone legale (170) o dalla razionalità degli argomenti che la sostengono (171), il comune intento delle parti domina la scena, nobilitato nella *ratio contractus*. Tale

---

(169) Quando Savigny, in ossequio a una direttiva di autoresponsabilità, separa il problema dell'interpretazione contraria al dichiarante dal tema generale dell'interpretazione dei negozi bilaterali ragiona precisamente in questa prospettiva: cfr. *Das Obligationsrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin. 1853, trad. it. G. Pacchioni (a cura di), *Le obbligazioni*, Torino, 1915, II, p. 177 e note. In questa stessa vena la dottrina che ha ispirato il metodo d'interpretazione dei contratti scritto nel Codice civile riteneva che solo le regole di interpretazione soggettiva, poiché si riferiscono a un dato reale (id quod cogitatum), riguardano l'ermeneutica in senso proprio, mentre le regole di interpretazione oggettiva, nella misura in cui hanno per oggetto un'apparenza, pur socialmente rilevante (*id quod actum est*), considerano un'operazione diversa: cfr. C. Grassetti, L'*interpretazione*, cit., p. 130: "la legge opera un'integrazione della volontà contrattuale [...] sostanzialmente incerta, non tanto nella sua generica esistenza, quanto nella sua più precisa direzione".

(170) N. Irti, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 139 ss.

(171) A. Gentili, *Senso*, cit.

conclusione, coerente col riconoscimento della natura "storicamente politica" (172) dei metodi ermeneutici nella prima dottrina (*auctoritas, non veritas, facit legem*), stride per contro con la rivendicazione, nella seconda dottrina, della razionalità del metodo d'interpretazione codificato negli artt. 1362-1371 c.c. depurato dal dogma della verità come corrispondenza (*auctoritas* et *veritas faciunt legem*).

Dalla premessa indiscutibile per cui "corretto" è il risultato dell'interpretazione più razionalmente e normativamente giustificato, però, non segue che nel dissenso sui possibili effetti di una clausola il senso che attinge al contesto e al co-testo immediato (interpretazione soggettiva) sia più giustificato del senso che attinge agli argomenti cosiddetti politici (interpretazione oggettiva) (173). Per giungere a questa conclusione è necessario introdurre una premessa intermedia, all'incirca così formulata: nell'interpretazione dei contratti il senso soggettivo è in assoluto più corretto perché conforme al principio di autonomia privata (174). Ma questa affermazione deve a sua volta essere giustificata: non è sufficiente a questo scopo addurre la continuità tra interpretazione soggettiva e principio di autonomia privata nel diritto comune dei contratti, occorre dimostrare la rilevanza di quel paradigma in relazione al modello di razionalità proprio di ordinamento diverso, se non si vuole trasformare l'autonomia privata in una sorta di universale (175). È insomma illusorio pensare di dedurre dal concetto autonomia privata le coordinate per stabilire il senso del contratto rilevante per l'ordinamento. Al contrario: è necessaria una teoria dell'ordinamento — e delle fonti — per interpretare le manifestazioni dell'autonomia privata.

All'obiezione, per cui il "dubbio" negli artt. 1370 c.c. e 35, comma secondo, cod. consumo, presuppone la resistenza della clausola alle tecniche dell'interpretazione soggettiva, si può replicare che solo se il contratto è una manifestazione di *Gestaltungsfreiheit*

---

(172) N. Irti, *Principi*, cit., p. 140.

(173) A. Gentili, *Senso*, I, p. 285.

(174) A. Gentili, *Senso*, II, p. 508.

(175) V. le riflessioni critiche ancora attuali di P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, in *Enc. Dir*., XXIV, Milano, 1974, p. 490, a proposito della "adozione aprioristica di un modello astorico di autonomia contrattuale [...] e l'affermazione della intrinseca 'razionalità di tale modello e dei princìpi in esso impliciti".

per entrambe le parti la "forma logica" dell'interpretazione si modella naturalmente su una congettura orientata al riconoscimento del senso originario dell'accordo: "ciò che fu una volta" (176). Se invece la manifestazione dell'autonomia è considerata come esercizio di un potere di ordinamento volto "a dettar norma a determinati interessi" (177), vale per l'ermeneutica dei contratti quel che già da tempo vale per l'ermeneutica della legge, in non casuale consonanza con l'ermeneutica generale: l'interpretazione ha "rotto gli ormeggi" con la psicologia dell'autore (178).

Questa conclusione si rafforza considerando che il vincolo a una ragione di dubbio nel quadro di una controversia sugli effetti del contratto dipendente dall'interpretazione di una clausola ha una propria e autonoma ragion d'essere. Indipendentemente dall'esistenza di un dubbio sulla volontà delle parti, essa si giustifica al fine di consentire agli attori del processo di esercitare i relativi poteri in sede di contraddittorio, esame delle prove, motivazione, impugnazione. Il dubbio sul senso della clausola serve insomma un criterio di fallibilismo, immanente alla dialettica processuale, per cui meritano di essere accolte solo le argomentazioni che resistono alla prova della critica. A questa conclusione non sfugge l'interpretazione soggettiva, che pure è una congettura, anche se per ragioni radicate nell'idea (e nell'ideologia) dell'"accordo tra le parti" le argomentazioni che dalla volontà astraggono sono presentate come un surrogato rispetto alla "determinazione" dell'intento originario, eletto a schema argomentativo di *default*. Il primato dell'interpretazione soggettiva, da questo punto di vista, è un fenomeno storico, legato al valore di archetipo dello scambio discreto, concluso tra individui su un piano di astratta eguaglianza, in capo a trattative più o meno complesse. Accentuando ora l'aspetto conflittuale, ora quello cooperativo di quel paradigma, si ottengono i due grandi generi antinomici sintetizzati dalle opposte letture della "comune intenzione": letterale e conversazionale, testo e contesto. Ma quanto più ampia è la distanza dal

---

(176) N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, p. 156 s.

(177) P. Schlesinger, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, pp. 1135, 1143.

(178) P. Ricœur, *Il modello del testo: l'azione sensata considerata come un testo*, in *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Milano, 1993, pp. 177, 181.

paradigma del contratto *in generale*, tanto più è legittimo porre la questione della pluralità dei contesti, delle ragioni sostanziali per la scelta di un contesto, degli argomenti per mezzo dei quali tali ragioni possono essere fatte valere. Nuovamente, vale per l'ermeneutica del contratto la lezione dell'ermeneutica generale: "la compresenza dei soggetti nel dialogo cessa di essere il modello di ogni 'comprensione'" (179).

Queste considerazioni acquistano un'evidenza tangibile se il contratto viene al mondo per partenogenesi e armato di tutto punto, come Atena dalla testa di Zeus, macchinalmente ripetendo clausole e condizioni tipiche di un settore industriale. Se predisponente e destinatario degli effetti coincidono *ex uno latere*, ad es. nelle clausole *boilerplate*, è ragionevole che il peso delle circostanze comuni alle parti nella fase della formazione dell'accordo si riduca in proporzione (180). Estrapolare una presunzione di volontà imputabile ai contraenti, alla luce delle circostanze reciprocamente note, è possibile e a certe condizioni (nei contratti commerciali tra *repeated* o *sophisticated players*) forse anche opportuno (181), ma ha perduto l'aura della *ratio (universalis) contractus*. Ora è una strategia argomentativa come un'altra, a disposizione del giudice alle prese (non con un dubbio, relativo alla "comune intenzione" delle parti, ma) con un problema di efficacia della norma privata, e la sua pretesa di razionalità deve essere dimostrata (non *contro* l'autonomia contrattuale, ma) a causa della "razionale incompatibilità [dell'autonomia] con una sovradeterminazione delle regole unilateralmente imposte" (182). Fa differenza se il contratto predisposto è regola di rapporti individualizzati o seriali? (183) Se recepisce i contenuti di

---

(179) P. Ricœur, *Che cos'è un testo?*, in *Dal testo all'azione*, cit., p. 183.

(180) S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, pp. 46 ss. per cui il fenomeno delle conduzioni generali di contratto tocca il "valore dell'accordo, poiché il momento della costruzione del regolamento viene esplicitamente posto fuori di esso e la sua funzione rimane esclusivamente quella di sanzionare la nascita del vincolo".

(181) V. le riserve espresse da S. J. Choi, G. M. Gulati, *Contract*, cit., p. 1132.

(182) U. Breccia, *(voce) Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, pp. 394, 400.

(183) Non è superfluo aggiungere che l'interpretazione oggettiva e la revisione in Cassazione è lo standard applicato dalla giurisprudenza tedesca alle *Allgemeine*

accordi conclusi tra rappresentanze di interessi? (184) Se i beni e servizi oggetto del contratto soddisfano bisogni primari in settori strategici dell'economia (mutui immobiliari, credito, prodotti finanziari, assicurazioni, *network utilities*)? Se i costi di informazione sono riversati sull'aderente? In breve: fa differenza se "the exercise of power by contract" (185) si riverbera con effetti sistemici sull'integrazione del mercato, sulla dinamica concorrenziale, sull'accesso a beni primari?

Al pari di altri testi già dominati dalla funzione-autore (186), la dissolvenza del Soggetto come condizione di intelligibilità del contratto apre uno spazio per la revisione delle "forme logiche" dell'interpretazione, affinché le manifestazioni di autonomia siano valutate non "soltanto nel loro valore espressivo, ma nelle modalità della loro esistenza" (187): per mezzo di quali tecniche e in vista di quali

---

Geschaftsbedingungen dalla metà del secolo scorso, avallato da L. Raiser, *Das Recht*, cit., pp. 252 s.

(184) Cfr. F. Cafaggi, *Self-regulation in European Contract Law*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 1 (2007), p. 163: "interpretive techniques of European standard contract forms should be adopted in order to foster legal integration. For example, the [interpretation of] existing terms or the gap-filling should look for the 'regulatory' purpose and interpret the contract in the light of the whole industry and the related market". *Adde*: S. Grundmann, *Modern Standard Contract Terms Law from Reasonable Assent to Enhanced Fairness Control. A View on Digital Environments and Post-Transaction Assent*, in 15 *ERCL*, 2 (2019), p. 148.

(185) F. Kessler, *Contracts*, cit., p. 640.

(186) M. Foucault, *Qu'est-ce-qu'un auteur?* Conferenza tenuta il 22 febbraio 1969 al *Collège de France*, trad. it. C. Milanese (a cura di), *Che cos'è un autore?*, in *Scritti letterari*, Feltrinelli, Milano, 1971, p. 11. Va osservato peraltro che Foucault annovera i contratti tra i testi sprovvisti di autore: "un contratto può benissimo avere un garante ma non ha un autore" (*ivi*, p. 9). C'è del vero in questa affermazione, nella misura in cui le parti del contratto non devono coincidere per forza con gli autori del *draft*. Ma una dissociazione per certi aspetti analoga si registra anche nel caso della legge (tra chi predispone materialmente il testo e l'organo che lo adotta) e nel caso della sentenza (tra il giudice estensore e il collegio). Si può dunque parlare di una funzione-parte (e di una funzione-legislatore, ecc.) che sta al contratto come la funzione-autore sta, ad esempio, ai testi scientifici, filosofici, letterari per designare ciò che manifesta un particolare "modo di essere di un testo" e lo caratterizza.

(187) *Ivi*, p. 22. In termini quasi identici N. Lipari, *Per una revisione della disciplina dell'interpretazione e dell'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 721, separa l'interpretazione dei contratti tra professionisti e consumatori dalla "ricerca di una comune intenzione o da un criterio riferito alle modalità di espressione".

tecnologie di commercializzazione e di negoziazione il contratto predisposto è redatto e concluso (*Perenicóva* (188)), sullo sfondo di quale distribuzione di poteri e di competenze (*Andriciuc*), quali bisogni è diretto a soddisfare (*Aziz*, *Sanchez Morcillo*, *Kušionova*), con quali ripercussioni sociali e sistemiche (*Mostaza Claro*, *Andriciuc*).

III.

8. *Fondamento del controllo giudiziale in un principio di* accountability.

Il dubbio se sia legittimo assimilare *tout court* l'oscurità all'abusività delle clausole, con abrogazione in via interpretativa dell'art. 5, per. 2, Dir. 93-13 e della sua attuazione nell'ordinamento interno, è insorto nella dottrina italiana a partire dalla giurisprudenza *Kásler.* Il ragionamento procede così: se l'oscurità dei *core terms* del contratto determina la nullità della clausola, allora *tutte* le clausole predisposte intrasparenti devono esser nulle (arg. *a fortiori ex* art. 4.2, Dir. 93-13), indipendentemente dalla valutazione in concreto della idoneità di una clausola a determinare un "significativo squilibrio" nei rapporti tra professionisti e consumatori (189). Dove è il più, è anche il meno.

La proiezione delle conseguenze invalidanti dell'intrasparenza oltre i *core terms* del contratto partecipa dell'intuizione originaria del controllo sull'abuso di potere contrattuale quale deroga eccezionale all'intangibilità dell'equilibrio economico del contratto. L'adesione a questo schema, consacrato nei progetti accademici di armonizzazione, è stata verosimilmente rafforzata in Italia dalla circostanza che per mezzo secolo — tra la pionieristica tutela formale dell'aderente

---

(188) C-453/10, *Jana Perenicová e Vladislav Perenic c. SOS Financ, spol. s r. o.*, par. 43 e punto secondo del dispositivo: "A finding that such a commercial practice is unfair is one element among others on which the competent court may, pursuant to Article 4(1) of Directive 93/13, base its assessment of the unfairness of the contractual terms relating to the cost of the loan granted to the consumer". Cfr. H.-W. Micklitz, N. Reich, *AGB-Recht und UWG*, cit., p. 257.

(189) Si v. la puntuale analisi di F. Azzarri, *Nullità*, cit., pp. 49 ss.

alle condizioni generali di contratto (artt. 1340-1341 e 1370 c.c.) e l'attuazione della Dir. 93-13 — tutte le istanze di materializzazione del diritto dei contratti sono passate per il filtro della dicotomia tra diritto comune e diritto speciale, ritagliando sullo sfondo omogeneo della nozione di "parte" del contratto coppie tipiche di contraenti, disegnate in contemplazione di modelli di conflitto redistributivo tra gruppi economici e sociali relativamente omogenei (190). Nello spartiacque tra contenuto economico e contenuto normativo del contratto la dottrina ha riconosciuto un profilo di continuità tra disciplina generale del mercato e diritto comune (191), sottovalutando la razionalità squisitamente economica di una politica del diritto improntata ai limiti dei mercati concorrenziali in condizioni di informazione imperfetta (192).

---

(190) Diversamente in Germania, dove l'inquadramento come *Sonderprivatrecht* del diritto dei consumatori ha sempre incontrato una certa resistenza: v. J. Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen, pp. 71-83. La questione assume un significato completamente diverso alla luce dell'integrazione delle nozioni di *Verbraucher* e *Unternehmer* nel diritto delle persone (§§ 13 e 14 BGB) e alla modernizzazione del diritto delle obbligazioni.

(191) Esemplare in tal senso la lettura di L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei "Contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e Teoria giuridica*, Milano, 2011, pp. 343, 353 s. *Adde*: P. Sirena, *art. 1469-ter, 2º e 3º comma*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, I, p. 559; J. Schmidt-Salzer, *Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)*, in G. Pfeiffer, J. Kummer, S. Scheuch, (hrgs.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996, p. 268.

(192) Le basi si leggono in G. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *QJ Econ*, 3 (1970), p. 488, e nell'analisi economica dei mercati in condizioni di informazione imperfetta: A. Schwartz e L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economical Analysis*, in 127 *U. Pa. L. Rev*. (1979), p. 630; S. Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law* in 39 *CMLR*, 2 (2002), p. 269; Id., *Wissen und Information*, in *Privatrechtstheorie*, Tübingen, 2015, p. 968; J. Drexl, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, 1998, p. 329 ss.; K. Riesenhuber, *Die Inhaltskontrolle von Vereinbarungen über Hauptleistung und Preis im Europäischen Vertragsrecht*, in T. Pfeiffer, W. Grunsky, J. Damman (hrgs), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, München, 2011, p. 123. Sul *fairness test* delle clausole considerate come prodotti in un mercato concorrenziale: M. Schillig, *Directive*

Kásler però non autorizza una lettura abrogante dell'interpretazione più favorevole e del controllo di abusività (193) e anche in tal caso utili indicazioni si evincono dallo spostamento del punto di vista sull'autonomia privata dalla fattispecie alla fonte. È difficilmente contestabile che il filtro introdotto dall'art. 4 (2) Dir. 93-13 si giustifichi "in the interest of the parties" freedom to arrange their own affairs and in the interest of a functioning market based on competition in respect of price and efficiency" (194). Ma è pur vero che l'ossequio alla libertà è un esercizio retorico se i contratti sono scritti e rappresentati agli aderenti per occultare il costo e le caratteristiche dei beni o dei servizi acquistati. E va da sé che se l'aderente non ha compreso il meccanismo di calcolo dei costi e di ripartizione dei rischi il contratto non può funzionare come un efficace strumento bilaterale di governo dell'incertezza e la dinamica concorrenziale è falsata (195). In breve, l'esercizio opportunistico dell'autonomia, ridotta a strumento di manipolazione dell'incompetenza o della necessità, sterilizzata della dimensione intersoggettiva e — *ora sì* — razionale (196), è un intralcio per la concorrenza e una negazione della libertà del volere quale veste giuridica degli interessi individuali. Così stando le cose sarebbe fuor di luogo rappresentare il controllo giudiziale come una deroga a un (evanescente, dal punto di vista europeo) principio generale di immunità del contenuto economico del contratto. Al contrario, l'immunità è un limite alla regola generale della *judicial review* sulla predisposizione contrattuale nei rapporti *BtoC*, giustificato dal carattere problematico di un

---

93/13 and the "price term exemption": a comparative analysis in the light of the "market for lemons" rationale, in 60 *Int. Comp. L. Q.*, (2011), 4, pp. 933, 935, 958 ss.

(193) V. lo studio di M. Della Casa, *Judicial review of "core terms" in consumer contracts: defining the limits*, in *ERCL* 2015, p. 152.

(194) Così l'opinione dell'A.G. Trstenjak, C - 484/08, *Cajade Ahorrosy Monte de Piedad de Madrid* (EU:C:2009:682) par. 62.

(195) Cfr. M. Schillig, *Directive 93/13*, cit., p. 959: "Obviously, market and competition can only work in respect of terms that are intelligible". Per altro verso è lecito dubitare della distinzione rigida tra clausole essenziali e inessenziali adottata dalla Corte sotto il profilo della idoneità a intercettare la dimensione della rilevanza economica (*salience*) della transazione per l'aderente: F. Gómez Pomar, *Core versus Non-Core Terms*, cit., p. 177.

(196) Sul collegamento tra intersoggettività, razionalità e principio di buona fede la pagina di U. Breccia, *Fonti*, cit., p. 400.

sindacato giudiziale diffuso e diretto sull'equilibrio economico del contratto e dal funzionamento della concorrenza. Di qui l'interpretazione stretta delle qualificazioni riconducibili al contenuto economico del contratto nell'art. 4(2) Dir. 93-13, "norma eccezionale antielusiva" (197), e la sostanziale inutilità di un'interpretazione abrogante dell'art. 5, secondo per., Dir. 93-13 (*infra*, § 9.2).

Per quel che si è detto finora il fondamento del principio di trasparenza nell'analisi dei "costs of disonesty" (198) e delle "behavioral market failures" (199) è neutrale rispetto alla natura (economica o normativa) delle clausole e, nel complesso, coerente con l'orientamento *consumer choice* della tutela che si riscontra nelle tradizioni giuridiche più aperte alle forze del mercato e alla libertà contrattuale (200), posto che il calcolo dell'utilità individuale rappresenta la base della produzione di utilità aggregata attraverso il coordinamento delle scelte individuali garantito dal sistema dei prezzi.

Libertà contrattuale e *consumer choice*, d'altro canto, offrono una base precaria alla legittimazione dell'esercizio dei poteri regolatori privati, se è vero che l'adesione a una regola stabilita da altri non è a rigore una manifestazione di autonomia, nel senso pieno e forte del potere di ordinamento dei rapporti, ma una manifestazione di autodeterminazione (201) o, peggio ancora, di quel surrogato dell'autodeterminazione che risponde al nome e alla pratica del "consenso informato" (202). Un criterio di legittimazione fondato

---

(197) S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici*, cit., p. 1150 s.

(198) Le conseguenze esiziali per i mercati concorrenziali dell'uso opportunistico delle asimmetrie informative: G. A. Akerlof, *Market*, cit., pp. 488, 496 s.

(199) O. Bar-Gill, *Seduction by Contract. Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, 2012, pp. 16 ss.

(200) Quale si riscontra nel concetto di *unsconscionability* nella Sect. 5 del *Draft Restatement of the Law of Consumer Contracts*: v. sul punto A.-L. Sibony, *European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends*, in *European Review of Contract Law*, 2019, p. 195.

(201) V. S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica*, cit., p. 655.

(202) Come suggeriscono i riferimenti al "consenso informato" nelle direttive sul credito al consumo (D 2008/48/CE) e sui mutui immobiliari (D 2014/17/UE) e la stessa giurisprudenza della Corte. V. P. Femia, *Autonomia*, cit., p. 36 s.: "l'adesione è la forma divisionale privata, equivalente al plebiscito nella dimensione del diritto pubblico: in entrambi i casi si assiste alla perversione della funzione legittimante del consenso".

sulla considerazione pressoché esclusiva degli interessi individuali, inoltre, difficilmente potrebbe dar conto del campo di forze tra poteri pubblici e privati che è la cifra della variante europea sul tema foucaultiano dell'arte liberale di governare. In questa prospettiva, non sarebbe arbitrario istituire una analogia e una connessione tra la *governance* del mercato interno e il controllo giudiziale, particolarmente nella dimensione sostanziale (203). Se questa ipotesi di lavoro è fondata, il controllo giudiziale sull'abusività delle clausole si fonda in ultima analisi su un'esigenza pressante e e in senso alto politica di giustificazione razionale — *accountability* — nell'esercizio del potere di predisposizione unilaterale del contratto: render conto delle ragioni che presiedono alla distribuzione dei rischi per compensare la carenza di legittimazione *ex ante*.

9. *Struttura del giudizio di trasparenza.*

L'indagine sul rapporto tra interpretazione *in favorem* e controllo di abusività poggia su premesse identiche, perché identico è il principio di giustificazione razionale alla base: *tutte* le clausole devono essere redatte e formulate "in modo chiaro e comprensibile" (artt. 4 (2) e 5 (2), Dir. 93-13). Nelle clausole protette dal filtro dell'art. 4 (2) Dir. 93-13, peraltro, l'oscurità testuale è il presupposto di un più stringente test di *substantive transparency* (204) — "la possibilità effettiva di prendere conoscenza" (205) non basta, bisogna far sì che l'aderente comprenda "la portata giuridica ed economica del suo impegno contrattuale" (206) — e dell'integrale eventuale inefficacia del contratto, ove un preminente interesse del consumatore non giustifichi la sostituzione della clausola abusiva con una regola di diritto dispositivo.

---

(203) *Infra*.

(204) Cause congiunte C-154/15, C-307/15 e C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, par. 48 s.

(205) Considerando 20, Dir. 93-13

(206) C-186/16 *Andriciuc*, 44 s. *Adde*: C-154/15 *Gutierrez Naranjo*; C-26/13, *Kásler*, 75; C-96/14 *Van Hove*, 50; C-143/13 *Matei*; C-348/14 *Bucura*; C-92/11 *RWE Vertrieb*. Cfr. M. Della Casa, *Judicial review*, cit., p. 172: "In order for a core term to be exempt from judicial assessment, it is then necessary for the information provided to the consumer to neutralize, as much as possible, the information asymmetry between him and the seller or supplier".

La giurisprudenza della Corte in materia è trasparente (207), mentre altrettanto non si può dire in merito al valore (assorbente o meramente indiziario) del test di trasparenza rispetto all'accertamento di un abuso, né alla rilevanza della diligenza del consumatore (208). Non è chiaro, soprattutto, in contemplazione di quale *Verbraucherleitbild* (209) si debba giudicare: se l'individuo "ragionevolmente attento e avveduto" (210), epigono *gender-neutral* del "buon padre di famiglia" e protagonista dei progetti di massima armonizzazione (211), o un soggetto più irrazionale (e indebitato), che "ignora o non comprende la portata dei suoi diritti" (212), punto di riferimento della giurisprudenza della Corte negli anni della crisi finanziaria (213), o se concetti ottenuti per aggregazione, utili per descrivere convergenze di massima d'interessi, non dovrebbero

---

(207) Causa C-96/14, *Van Hove*, cit., 47, e il commento di S. Pagliantini in *Contratti*, 2015, p. 758.

(208) *Ivi*, loc. cit. *Adde*: *Kásler*, cit., 74; *Andriciuc*, cit., par. 47.

(209) Cfr. J. Stuyck, *Consumer Concepts in EU Secondary Law*, in F. Klinck, K. Riesenhuber (hrgs.), *Verbraucherleitbilder*. Interdisziplinäre und europäische perspektiven, Berlin, 2015, p. 115.

(210) Secondo la formula coniata dalla Corte nel quadro della libera circolazione: cfr. C-210/96 *Gut Springenheide and Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, ECR, I 4657, p. 31 e C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*.

(211) Sul raccordo tra il paradigma del consumatore medio e massima armonizzazione, criticamente: J. Stuyck, *Consumer Concepts*, cit., pp. 133 s.; T. Wilhelmsson, *The abuse of the 'confident consumer' as a justification for EC consumer law*, in 27 *J Consumer Policy*, (2004), p. 317; C. Twigg-Flesner, *The importance of law and harmonisation for the EU's confident consumer*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law*, Oxford-Portland, 2016; H.-W. Micklitz, *Jack Is out of the Box: The Efficient Consumer-Shopper* in *Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, (2009), p. 417 e Id., *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, pp. 233 ss.

(212) Causa C-32/12, *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, par. 38 (sulla falsariga di *Aziz*, cit., par. 58). Ma v. già C-382/87, *R. Buet and Educational Business Services (EBS) v Ministère Public* [1989] ECR p. 1235: "the first and transformative identification of the 'vulnerable' consumer as an image recognised by EU law", così S. Weatherill, D. Leczykiewicz (eds.), *Images of the Consumer in the EU law*, Oxford, 2016, pp. 1, 4.

(213) E. Bargelli, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il* right to respect for the home *ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 83; F. Cafaggi, *On the transformations of European consumer enforcement law: judicial and administrative trialogues, instruments and effects*, in F. Cafaggi, S. Law (eds.), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., p. 238 s. V. per un'interessantissima analisi

dopotutto essere messi da parte per far posto a categorie più disaggregate, costruite sull'analisi empirica delle tipologie di mercati e dei bisogni che devono soddisfare.

La terza strategia appare preferibile, considerato che l'asimmetria va misurata sulla posizione (le conoscenze, le informazioni, il potere di mercato) di una controparte professionale e di conseguenza, che varia considerevolmente da un settore all'altro, sicché l'intrasparenza nella formazione del contratto dovrebbe essere apprezzata (in modo non molto diverso dalla "slealtà" delle pratiche commerciali (214)) "by looking at its effect on the average member of the targeted group, who is not necessarily well-informed and circumspect" (215). In quest'ordine di pensieri una risposta ai dubbi sollevati dal controllo di trasparenza fondata sulla buona fede soggettiva e in definitiva sulla diligenza del consumatore medio non sarebbe appagante. Con un avviso: irrilevanza della diligenza non significa predisporre un *commodus discessus* all'aderente opportunista (216), nell'illusione che sia un prezzo accettabile da pagare al contrasto dei fallimenti del mercato, per l'evidente ragione che alimentare la sfiducia dal lato dell'offerta di beni e servizi sarebbe un fallimento non meno esiziale e una flagrante sconfessione del *feedback loop* tra tutela della concorrenza e protezione dei consumatori alla base del controllo giudiziale sulle clausole vessatorie (cfr. Dir. 93-13, *considerando* 6 e 7).

L'insistenza della Corte sulla valenza bilaterale del principio di *fair dealing* (217), d'altra parte, suggerisce di cercare piuttosto nell'interpretazione secondo buona fede quale "strumento di valutazione globale dei vari interessi in causa" (Dir. 93-13 *considerando* 16)

---

strategica degli effetti distributivi dell'interazione tra giurisprudenza di merito, governo, e CGUE nel quadro della crisi dei mutui immobiliari: F. Gómez Pomar e K. Lyczkowska, *Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law*, in F. Cafaggi, S. Law (eds.), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., p. 93.

(214) Alla quale si sovrappone in parte: cfr. C 453/10, *Perenicóva*, cit., Conclusioni dell'A.G. V. Trstenjak, ECLI:EU:C:2011:788, par. 125, a proposito della convergenza della Dir. 2005/29 e dalla Dir. 93/13 nel sistema di protezione dei consumatori.

(215) J. Stuyck, *Consumer Concepts*, cit., p. 134.

(216) V. S. Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, pp. 1018, 1026.

(217) N. Reich, *General Principles*, cit., p. 200 s.

la risposta ai problemi dell'opportunismo. Se la correttezza di tale ipotesi di lavoro fosse confermata, anche il problema del rapporto tra trasparenza e abuso potrebbe essere analizzato in un modo più *context-sensitive*.

Svolgendo il filo di questa riflessione, è possibile ricostruire il controllo del significativo squilibrio come una argomentazione strutturata su due livelli, dove la trasparenza figura dapprima *i*) come conclusione di una inferenza che ha come premessa le modalità di redazione o del processo di formazione del contratto, quindi *ii*) come premessa di una seconda inferenza che ha come conclusione la pretesa di irrilevanza giuridica di una clausola (218).

i) Al primo livello, corrispondente alla valutazione di (in)trasparenza (artt. 4(2) e 5, primo per., Dir. 93-13) non si tratta di accertare una proprietà intrinseca e discreta del testo del contratto o del processo di contrattazione, ma di formulare sulla scorta di dati empirici e argomenti appropriati un giudizio relazionale e qualitativo: che è quanto dire un giudizio *ex fide bona* (219). Da questo punto di vista la nozione di trasparenza ha indubbiamente raggiunto uno stadio avanzato di autonomia dal diritto comune nazionale (220): ai materiali tipici delle regole d'inferenza proprie dell'interpretazione contro il predisponente (uso linguistico, modalità di presentazione del testo, accessibilità dei documenti rilevanti, e così via), cui del resto la stessa Direttiva espressamente rinvia (221), la Corte ha affiancato argomenti costruiti sulla razionalità limitata e sulla situazione sostanziale delle parti, che nel complesso assumono a punto di riferimento un parametro oggettivo di valutazione della condotta del predisponente, chiamato a trattare "in modo leale e equo con la

---

(218) Le basi, che non è possibile qui illustrare, si leggono in S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 2003.

(219) L. Bigliazzi Geri, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede: art. 1366 Cod. civ.*, Pacini Giuridica, Pisa, 1970; *(voce) Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto, Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 154 ss.; *L'interpretazione: appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994.

(220) E. Poillot, *Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives*, in *Dalloz*, 2017, p. 1098, ricollega questo orientamento alla giurisprudenza di *Gutierrez Naranjo* (C-154/15).

(221) Cfr. in particolare *considerando* n. 20, art. 5, secondo per., lett. *i*) e *j*) dell'Allegato, Dir. 93-13.

controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi" (*considerando* n. 16).

Particolarmente nella proiezione materiale della trasparenza, lo sviluppo di test giurisprudenziali volti a correggere gli effetti dell'opportunismo nella redazione e nella formazione del contratto (222) ha impresso una curvatura relazionale e fiduciaria al rapporto, più o meno intensa in ragione delle caratteristiche strutturali delle transazioni che possono inasprire la vulnerabilità economica e la condizione di dipendenza del consumatore dalla controparte: la complessità economica e giuridica è inversamente proporzionale alla capacità di prendere decisioni ragionevolmente informate e consapevoli (223), la durata amplifica l'esposizione alle sopravvenienze (224); la natura e l'oggetto del contratto possono condizionare direttamente o indirettamente l'accesso a beni primari e i livelli di inclusione sociale (225). Il risultato, in linea con la rilevanza della "natura dei beni o servizi" nella valutazione dell'abuso (*considerando* n. 18), è la progressiva articolazione del controllo giudiziale per settori economici e la possibilità di graduare la responsabilità all'interno di ciascun settore, anche in relazione a particolari tipologie di clausole (226). Nonostante la propensione della Corte a separare funzione di finanziamento *BtoC* e funzione

---

(222) Causa C-26/13; C-260/18, C-186/16 *Andriuciuc*. In dottrina, S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica*, cit., p. 651.

(223) C-96/14, *Van Hove*, 48; C-186/16, *Andriciuc*, parr. 42 ss. Y. M. Atamer, *Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contract Might Not Always Be The Right Answer — Insights from Behavioural Law and Economics*, in 80 *Modern Law Review*, 4 (2017), p. 624.

(224) Cfr. Causa C-472/10 *Invitel*, parr. 21-23 e Causa C-92/11 *RWE Vertrieb*, parr. 40-55. Sull'influenza di questa giurispridenza sullo sviluppo del concetto di trasparenza: C. Leone, *Transparency revisited — on the role of information in the recent case-law of the CJEU*, in 10 *ERCL*, 2 (2014) p. 312

(225) CGUE, C-168/05, *Mostaza Claro*. I. Domurath, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law. An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucher- recht*, 2013, p. 124.

(226) F. Della Negra, *Protecting consumers against unfair terms in mortgage contracts: trends and perspectives in the recent case law of the CJEU*, in *EJCL*, 2020, p. 205; H.-W. Micklitz, *Some Considerations on Cassis de Dijon*, cit., p. 36.

di investimento (227), è verosimile ad esempio che la giurisprudenza sugli obblighi sostanziali di trasparenza nei contratti di mutuo denominati in valuta estera rifletta, oltre la logica general-preventiva del prospetto introdotto dalla Dir. 2014/17/UE (228), l'influsso dei più stringenti modelli di tutela degli investitori introdotti dalle direttive Mifid e dal Regolamento PRIIPs (229). Se questo sviluppo fosse ribadito e rafforzato, la tutela dei consumatori che hanno sottoscritto contratti di mutuo dalle spiccate caratteristiche finanziarie sarebbe sempre più avvinta al paradigma fiduciario della tutela degli investitori *retail* (230), rovesciando per certi aspetti la parabola della consumerizzazione degli investitori (231): in questo segmento del mercato la direzione della tutela procede in effetti in senso opposto — dai (piccoli) investitori ai consumatori — trainata dall'analisi delle *behavioural market failures* (232).

L'esempio illustra bene il carattere sperimentale e di "opera

---

(227) C-312/14, C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt. v Márton Lantos, Mártonné Lantos*, ECLI:EU:C:2015:794, parr. 57, 76.

(228) D. Maffeis, *Direttiva 2014/17/UE: Rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *BBTC*, 2016, p. 190. F.L. Schäfer, *Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht*, in *Verbraucher und Recht*, 2014, p. 207.

(229) F. Zunzunegui, *Mortgage Credit Misselling of Financial Product*s, Study requested by the ECON committee, PE 618.995 (2018). Nella letteratura italiana sui mutui indicizzati: D. Maffeis, *Dir. 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, p. 188; A. Dalmartello, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, p. 1; F. Azzarri, *I prestiti in valuta estera nella direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *ODCC*, 2017, 1, p. 187; S. Pagliantini, *I mutui indicizzati e il mito di un consumatore 'costituzionalizzato'. La 'dottrina' della Corte di Giustizia da Arpad Kasler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 5, p. 1258; G. D'Amico, *La Corte di Giustizia e la vicenda ungherese dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *I contratti*, 2020, 1, p. 5.

(230) A. Perrone, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *BBTC*, 2015, pp. 31 ss.

(231) N. Moloney, *The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumers or Investors?*, in 13 *European Business Organization Law Review*, 2012, p. 169.

(232) M.G. Faure e H.A. Luth, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in 34 *Journal of Consumer Policy*, 2011, pp. 337-358, spec. 348 ss.

aperta" del diritto europeo dei contratti (233): in luogo di un ordinamento per tipi, uniti dal riferimento comune a un concetto, una struttura policentrica e reticolare, che ammette in via di principio l'associazione in via induttiva e analogica di *rationes* e di modelli di decisione appartenenti a settori diversi.

ii) Al secondo livello dell'argomentazione, l'intrasparenza si converte nella premessa della domanda (o dell'eccezione) di inefficacia della clausola e si tratta di precisare se l'oscurità sia una *species* del "significativo squilibrio", sul modello del § 307, abs. 1 (2) BGB (234), o una qualificazione autonoma in rapporto di specialità eventuale, nel qual caso sarebbe sempre necessario dimostrare che ha determinato "in contrasto con il requisito della buona fede" l'abuso. La risposta a questa domanda dipende intimamente dalla valenza, più o meno astratta o concreta, riconosciuta al controllo giudiziale (235).

La ragion d'essere di una valutazione secondo buona fede dell'abusività delle clausole risponde per questo aspetto a un'esigenza di individualizzazione, manifesta già nel collegamento testuale tra "il significativo squilibrio" e i criteri di valutazione dell'abuso: la natura dei beni e servizi, le circostanze che accompagnano la conclusione, le altre clausole del contratto o di un contratto collegato. Se, in altre parole, "abusiva" non è la clausola che determina un " 'qualsiasi squilibrio' bensì [...] uno svantaggio significativo in contrasto col principio di buona fede" (236), allora le ragioni pertinenti a una nozione (parzialmente, trattandosi di accertamento riservato al giudice nazionale) autonoma di buona fede sono quelle, tipicamente oggettive, indicate in via generale dall'art. 4 (1) Dir. 93-13.

---

(233) *Supra*, p. 14 e note.

(234) A. Fuchs, *§* 307, cit. Nella dottrina italiana, nell'immediatezza dell'attuazione della direttiva: A. A. Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive*, in C. Castronovo, A. Albanese (a cura di), *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 1444, 1470 s.; G. Cian, *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419. A valle della giurisprudenza *Kásler*, la lettura è riproposta da M. Della Casa, *Judicial Review*, cit., p. 173 s. *Contra*, sul presupposto che la riduzione dell'intrasparenza all'abusività trasforma il significativo squilibrio in un controllo sulla formazione del consenso: S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica*, cit., p. 657 s.

(235) H.-W. Micklitz, *Some Considerations on Cassis de Dijon*, cit., p. 32.

(236) S. Pagliantini, *L'interpretazione più favorevole*, cit., p. 315.

L'estensione delle circostanze rilevanti oltre il limite della situazione comune alle parti, in particolare, segna una soluzione di continuità rispetto al modello di *ratio contractus* proprio dell'interpretazione soggettiva e apre uno spazio per l'elaborazione di *rationes* — con Max Weber diremmo "forme logiche" — nuove. Di questo spazio la giurisprudenza della Corte si è infatti efficacemente avvalsa al fine di ricondurre alle "circostanze" il contesto nel senso più ampio delle transazioni — giuridico, economico, e sociale — nella misura in cui si riflette sull'esecuzione del rapporto (237). Se il rinvio alle circostanze nelle leggi risponde a un'istanza di "collegamento [dell'atto] con le cose che *quae circum stant*, ossia [...] il resto del mondo e della storia" (238), interpretare i contratti *BtoC* non significa più "ricostruire l'ordine migliore in un mondo chiuso" (239).

Dalla lettura della buona fede quale istanza di contestualizzazione del controllo giudiziale segue che l'oscurità non dovrebbe surrogare — nella cornice, s'intende, di un'armonizzazione minima (art. 8 Dir. 93-13) — l'accertamento in concreto di un "significativo squilibrio" alla luce dei criteri indicati dall'art. 4(1). All'obiezione per cui in tal modo la tutela sarebbe condizionata a una difficile (e tardiva) ricostruzione del contesto economico della transazione (240), si può replicare che scindere la valutazione di una variabile del rapporto — tale è la trasparenza — dal contesto economico e giuridico indebolisce le basi razionali dell'accertamento e riduce il controllo processuale sulle clausole abusive a un "fantasma" (241). La risposta adeguata ai limiti intrinseci del controllo giudiziale appartiene all'architettura istituzionale del diritto dei consumi: al coordinamento tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale (242) e alla

---

(237) C-186/16, *Andriciuc*, parr. 54-56.

(238) Nelle parole peraltro di un grande volontarista della prima metà del secolo passato: F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 307 s.

(239) A. Gentili, *Senso*, cit. II, p. 485; I, p. 264.

(240) M. Della Casa, *Judicial Review*, cit., pp. 173 s.

(241) H.W. Micklitz, *Some considerations*, cit., pp. 29 s.; Id., *Politics*, cit., pp. 131 ss.

(242) F. Cafaggi, *On the transformations of European consumer enforcement law: judicial and administrative trialogues, instruments and effects*, in F. Cafaggi, S. Law (a cura di), *Judicial cooperatio*n, cit., p. 223; Id., *The Great Transformation: Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, in 21 *Loyola Consumer Law Review*, (2009), p. 496. Sul controllo amministrativo delle clausole

valorizzazione del ruolo delle associazioni di professionisti e consumatori in funzione di negoziatori e "organized control intermediaries" (243).

Le stesse ragioni dissuadono, a ben vedere, da un'adesione incondizionata alla tesi opposta. Se la "mancanza di trasparenza" è una variabile, un concetto di relazione che nelle controversie sui contratti tra professionisti e consumatori serve da premessa della declaratoria di inefficacia o (in subordine) della selezione dell'effetto di una clausola più favorevole al consumatore (*supra*, § 5), il valore specifico che le è attribuito dipende dalle regole e dalle ragioni che la sostengono. Sarebbe in altre parole irragionevole, oltre che scorretto alla luce del diritto comune, trattare il dubbio determinato da un'ambiguità (lessicale, sintattica, funzionale) alla stessa stregua del dubbio determinato dalla vaghezza o dall'oscurità di una clausola, o di un collegamento tra clausole, che impedisca di determinare la causa (ad es. di finanziamento o investimento) o l'oggetto (ad es. della copertura assicurativa) del contratto. La razionale implicazione tra circostanze giuridiche e fattuali, funzione dell'atto e garanzia delle condizioni minime di significanza, racchiuse nella causa e nelle qualificazioni dell'oggetto del contratto, risponde a un requisito minimo di intelligibilità necessaria per *fare cose con le regole* in una comunità di diritto (244). Anche oltre l'incerto confine degli *essentialia negotii*, del resto, sarebbe irragionevole equiparare l'ambiguità della stipulazione degli interessi moratori, della caparra confirmatoria, del diritto di recesso del consumatore a una situazione di radicale indeterminatezza delle relative stipulazioni. In breve: nelle ipotesi di vaghezza e oscurità del contratto, dipendenti da un *drafting* carente o eccessivamente complesso, la mancanza di trasparenza può bene integrare la ragion sufficiente per presumere un

---

vessatorie nell'ordinamento italiano (art. 37-*bis* Codice di consumo): E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 563 ss.; E. Battelli, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, *in Europa e dir. privato*, 2012, pp. 1093 ss. e già G. Alpa, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, p. 469.

(243) S. Grundmann, *A Modern Standard Contract Terms Law from Reasonable Assent to Enhanced Fairness Control: — A View on Digital Environments and Post-Transaction Assent*, in 15 *European Review of Contract Law*, (2019), 2, pp. 170 s., 173 ss.

(244) W.L. Twining, D. Miers, *How to do things with rules*, London, 1999[4].

abuso (245), indipendentemente dalla natura principale o accessoria della clausola.

Tale soluzione non implica la conversione del controllo sulle clausole essenziali da oggettivo in soggettivo — dall'accertamento del "significativo squilibrio" alla tutela del diritto di autodeterminazione dell'aderente (246) — a condizione di riconoscere nella manifestazione di autonomia una delle fonti della norma individuale espressa dal dispositivo della sentenza. Da questo punto di vista, che è poi quello del giudice nazionale chiamato a valutare quali presupposti, ulteriori rispetto alle condizioni generali e *a priori* di rilevanza, devono sussistere affinché un contratto sia posto alla base di una decisione secondo *diritto*, la trasparenza è condizione di legittimità dell'esercizio dei poteri regolatori privati. Prima che garanzia di comprensibilità e prevedibilità soggettiva, il valore della trasparenza è nella oggettiva garanzia del controllo pubblico sulla predisposizione contrattuale *BtoC*.

10. *Un "nuovo" principio del diritto europeo dei contratti.*

Nel capitolo finale dello studio dedicato ai principi del diritto civile europeo, Norbert Reich osserva, con la consueta garbata ironia, che la buona fede è ancora soltanto "half a general principle" del diritto privato europeo (247). Se le considerazioni che precedono sono in qualche misura fondate quel giudizio potrebbe essere in parte riconsiderato: nella Direttiva sugli *unfair contracts terms* c'è una nozione parzialmente autonoma di interpretazione secondo buona fede del contratto, contenuta nel raccordo tra i criteri per l'accertamento di un significativo squilibrio e il giudizio di trasparenza.

Il senso della buona fede europea è bene illustrato a mio avviso da un notissimo passaggio di *Kásler*, dove il "dubbio" rilevante è riferito al "meccanismo" di funzionamento del contratto. La Corte allude evidentemente alle clausole di indicizzazione del mutuo,

---

(245) M. Della Casa, *op. et loc. cit.*

(246) S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 652.

(247) N. Reich, *General principles*, cit., p. 212.

oggetto della questione pregiudiziale sollevata della *Kúria* ungherese, ma l'immaginario del meccanicismo si presta felicemente al gioco della metafora. Quando una macchina non funziona, o funziona male, capire quel che non ha funzionato e perché, se si può riparare e come, è più importante che non accertare l'uso immaginato dall'utilizzatore al momento dell'acquisto. Analogamente, nel controllo della predisposizione contrattuale si tratta d'intervenire per riparare un prodotto normativo difettoso, con lo sguardo agli effetti sistemici di medio e lungo periodo (248). La copertura argomentativa di un tale intervento è garantita, per quel che riguarda l'accertamento del "significativo squilibrio", dalla clausola generale di buona fede, a condizione naturalmente che per essa s'intenda qualcosa di diverso dal significato che un soggetto ragionevole, previdente, informato avrebbe dovuto attribuire al contratto — "in un'orgia di *aurea mediocritas*" (249) — per l'evidente ragione che la diligenza non restituisce un criterio attendibile di decisione là dove non si tratta di intendere la regola così come avrebbe dovuto intenderla il "buon" consumatore, ma proprio di *trovare* una regola di decisione alternativa a quella, inadeguata, che assume l'efficacia del contratto. Nel qual caso, il senso della buona fede come principio generale del diritto europeo verrebbe in ultima analisi a coincidere con quello di uno strumento di interpretazione evolutiva: "(...) se è vero che un problema di ermeneutica si pone sia con riguardo alla legge che al contratto ed in termini, tramite strumenti e con esiti affatto analoghi" (250).

---

(248) Cfr. il riferimento in *Andriciuc* (C-186/16) alla Raccomandazione del comitato europeo per il rischio sistemico (2011) in merito ai mutui indicizzati in valuta estera. V. S. Issacharoff, I. J. Samuel, *The Institutional Dimension of Consumer Protection*, in F. Cafaggi, H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of of Consumer Protection: Combining Private and Public Enforcement*, Antwerp, 2009, p. 4.

(249) L. Bigliazzi Geri, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, pp. 53, 56 (ora in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 231).

(250) Ead., *L'interpretazione del contratto*, cit., pp. 11 s.

MICHELE GRAZIADEI

OBVIOUSLY EUROPEAN?

1. European private law. — 2. A first encounter with 'European private law': personal story. — 3. Broadening horizons. — 4. Of law and language. — 5. United in diversity — 6. A new ethos, a new awareness. — 7. Europe and beyond...with a little help from our friends. — 8. Obviously European?

Abstract. Il presente saggio pone in luce il modo in cui l'Unione e i suoi giuristi hanno sviluppato l'idea di un "diritto privato europeo". L'autore sostiene che le sfide sollevate nello sviluppo del diritto europeo in tale ambito debbano essere affrontate interrogandosi in modo critico su cosa debba intendersi per "europeo". Si è tentati di presumere che ciò che è europeo abbia le sue radici nel suolo europeo, ma in realtà non tutto ciò che è italiano o tedesco ha origine in Italia o in Germania e non tutto ciò che è europeo ha origine in Europa. Per comprendere cosa è l'Europa è necessario anche guardare altrove, oltre i confini europei.

This essay explores how the Union and its jurists have worked on the idea of "European private law". The author maintains that the challenges raised in the development of European law in this respect should be addressed by critically considering the question of what is "European" in this context. It is tempting to assume that what is European has its roots on European soil, but then not all that is Italian or German originates in Italy, or in Germany, and not all that is European originates in Europe. To understand what Europe is, it is also necessary to look elsewhere, beyond European borders.

1. *European private law.*

Comparative law has offered me wonderful opportunities to reflect on what it means to be European, and I am happy to pay homage to Hans W. Micklitz and Giuseppe Vettori, two wonderful scholars, by addressing their intriguing question: what is *European* in European private law? What follows cannot be considered more

than a *tour d'horizon* on this theme, which I have also approached on a different occasion (1).

Giuseppe and Hans have provided in their fundamental works outstanding contributions to the field of European private law, thanks to their immense learning, profound critical thinking, and the magic of a fascinating personal touch. Beyond the professional dimension, on the personal side, their friendship itself shows what a European commitment is. While approaching that question, I will sketch a picture that draws as well partly on personal experience, and partly on my research path, to unveil a certain understanding of the European ingredients of European law.

The idea of "European private law" is not self-explanatory. As a starting point, the intellectual contexts where the notion belongs must be highlighted, and its various meanings clarified, because they are not very stable over time.

The way the notion is used across Europe today is mostly linked to the existence of vast tracts of law that have been harmonised or made uniform in Europe, thanks to the action of the European institutions. International conventions binding many European countries have sometimes being considered as relevant to the field as well (e.g. the Vienna convention on the law of sales). The adjective *private* refers to the distinction between private and public law that, at the national level, is used to refer to legal norms regulating legal capacity, family relations, successions, property, contracts and liabilities, business and non profit associations, etc. These norms form the basis of the regulatory structure directly influencing conduct in society. The tendency of most doctrinal writers is to present these areas of the law from a rational, abstract perspective. As Vettori tells us with his great human empathy, an embellished improving narrative does not capture reality: private law is "the fiercest battlefield", as "every human relationship often explodes in absurd and atrocious conflicts. Between children and parents, siblings and relatives. For succession or contracts, to

(1) M. Graziadei, *Fostering a European legal identity through contract and consumer law*, in C. Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, p. 82 ff.

conquer or defend a property, to win the cutthroat race of competition, to vindicate a fundamental right" (2).

At the European level, not all these fields are covered by European law with the same intensity, especially as far as EU law is concerned. Nonetheless, in one way or another, all these subjects are now under the profound influence of EU law and of the human rights jurisprudence of the Strasbourg Court. Although in this context I will not comment upon the latter, this is as well a major source of change in Europe with respect to private law as well.

The distinction between private law and public law is by no means free from problems, nor is uniformly understood or applied throughout Europe (3). But to haste to the conclusion that it is meaningless is not correct either. (4) Rather, this distinction tends to "naturalise" some assumptions about the place of individuals in society, and their powers and entitlements, that nineteenth century liberalism first managed to entrench in the law after the end of the *ancien regime*.

In most European countries, the distinction is still a pillar of the teachings imparted at the law Faculties, amidst increasing signals of the tendency to overcome it. Beyond the pedagogical dimensions, the practice of the law in these countries shows as well its continuing relevance — if not its vitality —. For example, in several European jurisdictions certain claims are adjudicated by administrative courts, rather than by the courts of general jurisdiction, and distinct rules apply to the liability of the public administration for its wrongs.

At the EU level, the relevance of the distinction is a hotly debated topic, because the Union does not recognise any founda-

---

(2) G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666.

(3) G. Benacchio, M. Graziadei (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, *Atti del IV congresso nazionale Sird*, Trento, 24-26 settembre, Napoli, 2015.

(4) Cp. O.O. Cherednychenko, *Rediscovering the public/private divide in EU private law* in *European Law Journal*, 1, 2019, at 3: "... despite the blurring line between public and private law, the conceptual distinction between these two legal categories has not entirely lost its significance today, neither within national legal orders nor within the EU private law itself".

tional value to it (5). EU law "it is both and it is neither" (6) public or private. Reasoning on the hybridisation and on the hybrids that EU law produces with respect to the public law\private law distinction is also a question of perspective (7).

Colleagues in the common law world who are now working on "private law" may be justified in thinking that the label "private law" has acquired prominence in European legal theory only in the last few decades. They could think that a recent, protracted effort directed at disentangling a set of rules applicable to horizontal relations in society from the general framework of the legal system has highlighted norms governing transactions among individuals inter se, on the basis of personal autonomy. Make no mistake. Nothing is more well settled in the law of continental Europe than the notion of "private law". This is the bedrock foundation of the national codifications in the nineteenth century and of the jurisprudence that accompanied them during the same period. A classic piece published by John Merryman half a century ago remarked about the impact of the distinction on the average lawyer based in one of the countries of continental Europe: "Some legal scholars attack the 'mighty cleavage' as neither fundamental nor necessary, and certainly not clear, but to the average continental lawyer such questions seldom occur. He *knows* that public law and private are essentially different." (8). Much has changed since then, and yet this picture still captures a settled mentality, at least as far continental Europe is concerned (9): a mentality with a genealogy that is best assessed in historical perspective (10).

---

(5) For a lucid historical reconstruction see: N. Reich, *The Public/Private Divide in European Law*, in H.-W. Micklitz and F. Cafaggi (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham U.K, 2010, p. 56 ff.

(6) D. Leczykiewicz and S. Weatherill, *Private Law Relationships and EU Law*, in D. Leczykiewicz and S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, p. 1, at p. 2.

(7) H.-W. Micklitz, *Rethinking the Public/Private Divide*, in M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 271.

(8) J. H. Merryman, *The Public Law – Private Law Distinction in European and American Law*, in 17 *Journal of Public Law*, 1968, p. 3.

(9) For the view from England see, e.g.; W. Lucy, A. Williams, *Public and Private: neither deep nor meaningful?* in K. Barker, D. Jensen, *Private Law: Key Encounters with*

What is new in Europe is not the idea of "private law", it is instead the adjective *"European"* applied to the concept of private law (11).

Private law in the age of national codifications was mostly conceived as a national project. Facing this situation, a critical spirit like Rudolf von Jhering in 1852 deplored the degradation of legal science to "national jurisprudence", namely a "humiliating and unworthy form of science". (12)

Looking back to the picture portrayed by Jhering, one may think that his diagnosis was far too pessimistic. Even in the age of nationalism, a sense of unity remained alive in what I am tempted to term "the Republic of jurists".

The flow of translations of important monographs, the citations in major doctrinal works, the codifications in all parts of Europe, from the second part of the nineteenth century onwards, show that progress of learning and improvement in the law still depended upon keeping channels of communication open across national boundaries. Even if the law elaborated on such basis was conceived as national law in very emphatic terms, even when the bombs dropped, jurisprudence had a broader basis than the national setting. One could draw on a wider repertoire, and in many cases one could not really do otherwise. In the good old days, legal reforms at the national level did not ignore what happened elsewhere either (the idea of "comparative legislation" originates in this epoch). This did not happen by chance. For centuries, since the medieval beginnings of the study of law at the Universities, lawyers in Europe shared a vehicular language — Latin — and relied on shared philosophical, political, and religious truths. When religion became a divisive factor across Europe, a secular form of natural law was devised to find once more a common ground joining the different camps. In this intellectual world, the very idea of "law", as opposed

---

Public Law, Cambridge, 2013, p. 45 ff.; J.W. F. Allison, *Variation of View on English Legal Distinctions Between Public and Private*, in 66 *Cambridge Law Journal*, 2007, pp. 698 ff.

(10) This is the purpose of the fundamental new study by: B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*, Bologna, 2020.

(11) See, e.g., G. Alpa, *Il diritto privato europeo*, in *Federalismi.it*, 19 March 2019.

(12) R. von Jhering, *Der Geist des Roemischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Vol. 1, 9th ed., 1955 (1st ed. 1852), p. 15.

to custom, evoked a universal measure applicable to human affairs. Roman law often stood as the symbol of this fundamental unity and was often praised as a positive contribution in this respect. A more appropriate assessment would be that Roman law could play such a role because in Europe a sense of unity flowed from the existence of a civilisation that eventually, as far as law was concerned, rescued Roman law from the obscurity. Productive inventions brought about by the trade practices of the mediaeval merchants, such as the bill of exchange and the insurance policy, speak about it just as well (13). The canon law developed in the context of the same civilisation, which had its roots beyond the learned laws in variety of agrarian regimes and customs, although these were gradually submerged by the upcoming tide of learned laws. As the famous dictum goes "taught law is tough law" (14). Beyond the local dimensions of the law, a European civilisation existed for centuries in the law as well, under the fundamental conditions determined by the incompleteness of political power in the medieval period (15). It included those geographical areas of Europe where the Roman law was never received as *ius commune* (16).

Against this background, the movement to broaden once more the horizon, and overcome the straitjacket of nationalism, to produce a law for Europe in the field of private law, took off no more than a few decades ago. In historical terms, the fall of the Berlin wall, and the collapse of the iron curtain, with return of Central and Eastern Europe to democracy (17), were a call for action and a unique opportunity to join forces in this project.

---

(13) R. von Jhering, *Geist des Romischen Rechts*, I, p. 232 ("Ein Zwischenhandler war der erste Vorkampfer der Kultur; er vermittelte mit dem Austausch der materiellen Güter auch den der geistigen und bahnte die Strassen des Friedens").

(14) F.W. Maitland, *English Law and the Renaissance*, Cambridge, 1901, 18.

(15) P. Grossi, *A History of Law in Europe*, (English translation edited by L. Hooper), Malden-Oxford, 2010, p. 1, defines this incompleteness as: "... the lack of any totalizing ambition in the political system of the time: its inability, and its unwillingness, to concern itself with controlling all forms of social behaviour".

(16) See A. Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017.

(17) For a critical reflection on the ways Central and Eastern Europe was integrated into Western Europe and how the process played out disappointing expectations of a smooth acceptance of liberal democracy: I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed: A Reckoning*, London, 2019.

In the 1990's different groups of academics began to examine the consequences of the growing impact of the action of the European institutions in the field of private law, which had become more visible with a series of directives: the directive on products liability (1985); door to door sales (1985): commercial agency (1986); consumer credit (1986); package travel (1990); unfair contract terms (1993), consumer sales (1999), etc... I will not retrieve this story for the present occasion because it is well documented (18). It is enough to say that the label "European private law" — coined in this new context — brought with it some elements derived from distinction between private and public law elaborated at the national level, but also raised formidable new problems, connected to the unprecedented initiatives of the EEC and then the EU in this field.

The elements in common with the "naturalised" notion of private law elaborated at the national level relate, first, to the identification of the fields that make up private law at the European level as well; second, to the central idea of private autonomy, still cherished by many as the lodestar of private law in this new environment as well; third, by the vision of a general system of law, with its inner coherence and equilibrium, an equilibrium that would be inherently just. In the new scenario each of these elements was transfigured, each of them came in a new attire.

"Private law" was not present on the scene of jurisprudence as such, but only in so far as private law rules intersected one of the competences attributed to the EU under the Treaties. "Private autonomy" in the guise of freedom of contract, acquired a market integrating function, being conceived as the principal device to secure the growth and the integration of the of the internal market. The inner, just equilibrium of private law, which at the national level was the fruit of the deliberations of parliamentary democracy was as well put under the pressure of the target of market integration.

As many academic endeavours, the "naturalised" model of private law was, first of all, a theoretical model. Initially, it was devised to provide a template to show how to reconcile freedom,

---

(18) M. Kenny, *Those magnificent men in their unifying machines: exploring the wreckage of the unification initiative in European Private Law*, in R. Halson, D. Campbell (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, 2019, pp. 42 ff.

justice, and order under the law, to reject the paternalism of the enlightened rulers, following the teachings of Immanuel Kant and German idealism (19). With the advent of market oriented, capitalist societies, the same model went hand in hand with economic liberalism, extolling the virtues of free choice and free competition on the market (20), although the withdrawal of the State to a night watchman role never fully happened simply because could have imperilled its own existence (21).

The social critique of the model began early on, by showing its profound contradictions. (22) The politics of justice of today's Europe lie their roots in this critique. (23) A substantial amount of social law, produced under the pressure of various actors in Europe, thus brought about whole sets of mandatory laws since the end of the nineteenth century. This is the genealogy of whole parts of labour law, workmen's compensation systems, pension law, and in the twentieth century consumer law, universal health coverage, and so on. The gender bias inscribed in the law for much too long was one of those glaring contradictions: a fundamental, profound contradiction, visible well into the twenty first century. The call to end gender discrimination eventually changed the face of family law, labour law, and other fields of private law as well (and yet much still remains to be done in this respect). The legacy of the national legal systems to the European institutions was thus much more complex than a "pure" theory of private law, squarely based on liberalism, would acknowledge (24).

---

(19) For references see: M. Graziadei, B. Pasa, *Happiness Once More*, in *Journal of Comparative Law*, 14, 2019, pp. 203, 208 ff.

(20) *Ibid*., p. 2013 ff.

(21) In these terms, for Germany: M. Stolleis, *History of Social Law in Germany*, New York, 2014, pp. 17, 20.

(22) Vv. Aa. *Il "socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, in *Quaderni fiorentini* III/IV (1974/75).

(23) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018, provides a much needed discussion of the socio political and economic background of the idea of social justice in France, Germany, Britain, leading up the present European context.

(24) A close reading of the sources shows how problematic certain assumptions about nineteenth century legal history are: S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Priva-*

The philosophical critique of that model was late to come, and it is much more indirect and fragmented. It goes to the great merit of Giuseppe Vettori to have taken up the challenge to articulate it with regard to the present condition of private law in a brief, poignant *aperçu* dedicated to the notion of effectiveness, in *L'attuazione del principio di effettività* (25). Effectiveness is the springboard to a less abstract, more concrete, notion of legality that expands the duties of the States: a notion of legality for our age.

On the other hand, the problems raised by the incipient idea of "European private law" in the last decades of the twentieth century were in great measure of different nature from those relating to the national codifications of private law (26). Nonetheless, they were often debated by wearing the theoretical lenses borrowed from the heady codification debates of the nineteenth century. This was not really helpful. The idea that history repeats itself is a fantasy. By establishing the European Communities, Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, The Netherlands had taken a turn in a new direction, away from the darkest legacies of the past. To look at the future by wearing old garbs in the 1990's only spoke about the difficulty of pouring new wine in old bottles.

---

trechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen, 2001, and the discussion of this contribution by A. Abegg and A. Thatcher, *Review Essay*: *Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources*, in *German Law Journal*, 5 (2014), 1, p. 101; On France: A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt a.M., 1991.

(25) G. Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 2017, 4. Vettori's philosophical outlook draws upon M. Heidegger's facticity as presented in his ontology. The distance from idealism is marked with the citation of a passage by Heidegger that Vettori highlights in the footnotes to his reading of Heidegger, *Ontology — The Hermeneutics of Facticity* (J. van Buren trans., 1988): "No accident that Brentano, from whom came the first impulses for the development of phenomenology, sensed in German Idealism the deepest ruin of philosophy. A year of reading and one can talk about everything, such that it really looks like something and the reader himself believes he's really got something... with schemata like form-content, rational-irrational, finite-infinite, mediated-unmediated, subject-object.".

(26) R. Michaels, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, pp. 139 ff.

2. *A first encounter with 'European private law': personal story.*

The sea change that was about to come for European private law was initially hardly perceived as such in the early 1990's by the average lawyer in private practice, or by the national judiciaries.

In 1963 the first President of the European Commission, Walter Hallstein, sent a strong message out to scholars in a conference at the Max-Planck Institute in Hamburg on "The harmonisation of private and procedural law in the European Economic Community" (27). Surprising as this could be at first sight to outsiders, the European Economic Community was to deal with the harmonisation of private law and procedural law. Harmonisation was to be conducted not in the spirit of *l'art pour l'art*, as Hallstein nicely put it, but to respond to the need to rationalise the law (*die Rationalisierung des Rechts*) (28). The sense of making history must have been palpable in the room (*welche eine Aufgabe, und welche eine Chance*!): "Of course this [i.e. the harmonisation of laws in Europe] is not an automatism. Nothing is happening of European unification automatically; everything is deliberation, imagination, choice, decision, and constant will". (29)

A personal episode is worth recalling, to remind to younger colleagues that the wind of change blew rather softly at first, and that similar calls were indeed hard to get for outsiders, although a volume coming out of the European University Institute 1978, under the editorship of Mauro Cappelletti, on the *New Perspectives for a Common Law of Europe — Nouvelles perspectives pour un droit commun de l'Europe* signalled the contributions of a downright *parterre des rois* on the new perspective (30).

I hit upon my first specimen of "European private law" while doing research in Oxford. Prof. Francis Reynolds had known me as

---

(27) W. Hallstein *Angleichung des Privat-und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in 28, *RabelsZ.*, 1964, pp. 211 ff.

(28) *Ibid.*, pp. 214, 215.

(29) *Ibid.*, p. 230.

(30) M. Cappelletti (ed.) *New Perspectives for a Common Law of Europe. Nouvelles perspectives pour un droit commun de l'Europe*, Leyden-London-Boston, 1978. The contributors were G. Calabresi, H. Coing, R. David, D. Evrigenis, G. Gorla, J.A. Jolowicz; O. Kahn-Freund; T. Koopmans, J. Limpens; J. Merryman, J.D.B. Mitchell, L. Neville Brown, J. Rivero, R. Sacco.

a young researcher working on the law of agency in comparative law. As the author of the new edition of the most important book on agency featuring in the distinguished series "The Common Law Library" by Sweet and Maxwell he had to guide the reader through the UK regulations implementing the commercial agents directive (86/653/EEC). Reynolds was frank, he told me he was not familiar with the type of professional intermediary that the directive intended to regulate, and that whole approach adopted by the directive was at odds with several doctrines of the common law. A common lawyer could not easily see why, for instance, a commercial agent should have the right to an indemnity or a "compensation" after the termination of the agency contract, even if no sum had been agreed upon for this between the parties to the agency contract. Although I had not studied the directive, I had at least a clear sense of what problems it covered. Commercial agents were well known intermediaries in Italy, as in other continental countries. It turned out that the most important provisions of the directive could only be understood by being familiar with some aspects of French and German law on commercial agents. The Directive harmonized aspects of these national regimes by leaving open to the parties themselves a degree of choice between the applicable harmonised law. To be ready for our conversations on the directive I began to research the law, and to prepare notes on how the national laws were interpreted and implemented on the continent. Reynolds found this work useful. Much to my surprise, he told me that we were to co-sign the chapter on commercial agency in the forthcoming new edition of *Bowstead on agency* ([31]). This collaboration went on until eighteenth edition of the book (2006). After ten years since the collaboration had begun, there were enough English or Scottish cases to provide authoritative guidance to practitioners: my task was finished!

This piece of EEC legislation on a specific contract was essentially asking for a comparative commentary, built as it was out of national materials that reflected the French and the German law and

---

([31]) F.M.B. Reynolds, M. Graziadei (eds.), *Commercial Agents*, in *Bowstead and Reynolds on Agency*, 16th ed., London, pp. 688 ff. (my assistance was limited to the chapter on commercial agents).

practice. I must add that, although the whole idea of regulating commercial agents raised some difficulties in the United Kingdom, the implementation of the Directive in Italy was going to be just as difficult, as it soon emerged.

At this point, very few could think of a future in which things were to be radically different. The Directive aimed at minimum harmonisation of the laws of the Member States. The norms thus enacted had a market integrating function, but also a "social" dimension designed as they were to preserve the rights of the weaker party of the relationship, the agent, vis à vis, the principal (who could have unduly reaped gains to be attributed to the agents instead). A comparative lawyer equipped with the tools of the trade could make sense of the directive, and the directive itself owed much to an inventive comparative law approach to the problems it targeted. A similar conclusion was not totally unwarranted. After all, Hallstein himself had closed his lecture on a similar note: "...legal harmonisation is a case of applied comparative law" (32).

"European private law" at this point, seemed to be little more than an add on to the field of comparative law. Things were not to remain that simple for long, however; the working environment was changing rapidly.

3. *Broadening horizons.*

In one of its most recent writings, Micklitz recalls the debates in the 1990's over the action of the EU for the completion of the internal market, and how it came to be that the Union managed to reach out and have an impact on what traditionally had been lawyers' law, namely several private law fields. By reserving more competence to themselves, the Commission and EJC gradually also attracted more criticism, in a dynamic that is a classical example of heterogony of ends: "The more competences the EU assumed, the more the EU appeared as a political actor not only with regard to the market, but also — and in particular — with regard to the 'So-

(32) W. Hallstein, *Angleichung des Privat- und Prozessrechts*, p. 231.

cial'." (33). This lead to a situation in which the Union became first the catalyst and then the scapegoat of the Member States, as shown by the prominent example of labour law (34).

With respect to private law, a similar dynamic unfolds between the publication of the *Action Plan for a More Coherent European Contract Law* in 2003 and the withdrawal of the draft regulation for a common European sales law in 2014.

The Commission first acted as a catalyst for an ambitious approach to the contract law, including the possibility to develop non sector specific instruments, such a common frame of reference: "This common frame of reference should provide for best solutions in terms of common terminology and rules, i.e. the definition of fundamental concepts and abstract terms like 'contract' or 'damage' and of the rules that apply for example in the case of non-performance of contracts." (35). The Commission published this document while it was at the receiving end of criticism levelled at its poor capacity to handle the basic grammar of private law, but the document responded as well to higher aspirations, vented in three Resolutions of the European Parliament from 1989 to 2001 (36). It thus represented that it intended to improve its performance on a broader scale, not just wishing to return to the drawing board, but the document had a shandean flair: one sentence after the other, the Commission was leaving every option open on the table. (37)

Up to this moment, "European private law" was a title in search of an author. For most lawyers working at the national level, "European" was simply the law resulting from the legislative process

---

(33) H.-W. Micklitz, *The Transformative Politics of European Private Law* in P.F. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge, 2020, pp. 205-227, 213.

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*

(36) European Parliament Resolution of 26 May 1989, 1989, OJ, p. 158/400. 18. European Parliament Resolution of 6 May 1994,1994, OJ, p. 205/518. 19. European Parliament Resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States, 2001, COM, no 398.

(37) L. Sterne, *Tristram Shandy*, London, Vol. VII, 2: "[O]f all the several ways of beginning a book which are now in practice throughout the known world, I am confident my own way of doing it is the best — I'm sure it is the most religious — for I begin with writing the first sentence — and trusting to Almighty God for the second".

of the Union vs the laws of the Member states. What came out of the EU was sectorial, and as such could hardly aspire to truly become an integral part of the general texture of the law, as expressed in the civil codes, or in the common law. The most benevolent commentators passed judgement on these initiatives by considering it "pointillistic", so many islands in a sea of national law in the metaphor that Hein Kötz coined in 1981 (38). This approach was considered disruptive of the national legal orders, because it was not framed in the style in which national legislation was usually written, or interpreted, nor reflected the way case law proceeded. Its aesthetic was unknown, its local adaptation often haphazard. The enigmatic judgments of the ECJ in these areas did not much to further cast light on this new terrain (39). Furthermore, maximum harmonisation, pursued by the Union to move on "from consumer protection law to consumer law, putting an emphasis on securing access to products and services", (40) — posed a threat to those Member States who wished to go further in the protection of specific interests than European Union law allowed.

However, once it dawned upon academia that European private law had come to stay the reaction across Europe to build up expertise and expand ambitions was truly impressive. In a few years a new field of studies emerged, with its law reviews, its conferences, its textbooks and its books, its specialists. Looking back to this "big bang", the motley composition of the group of scholars who were attracted to the new field from every corner of Europe was striking. Few had credentials as researchers on EU law, some were trained in comparative law or private international law (or both), many more

---

(38) H. Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht* in H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag* (1981) pp. 481, 485 ("*Inseln in einem Meer nationaler Rechtsordnungen*").

(39) J. Basedow, *The gradual emergence of European private law*, in T. Einhorn, K. Siehr (eds.), *Intercontinental cooperation through private international law. Essays in memory of Peter E. Nygh*, The Hague, 2004, pp. 1 ff, 14 (considering the ECJ judgment in Case C-168/00, *Simone Leitner v TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2002:16; note, however that the Opinion of the Advocate General A. Tizzano in this case provided a comparative basis in support of the decision of the Court, as Basedow duly notes).

(40) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, p. 224.

were experts in the national private law, with only a marginal interest in European developments. Those who had access to the EU institutions were a minority. I could name just a handful of colleagues who had contacts in Brussels.

The call for a European private law rapidly became something different. It became a call to check what principles could sustain the efforts made by the Union in this field, and how to overcome the parochialism that national systems of private law up to then had fostered. The question of the EU competence to proceed on this uncertain terrain was discussed, but many colleagues did not consider it a problem of the first order, as the push was to concentrate on the product, rather than on process (41).

4. *Of law and language.*

When the wheels finally set in motion, there was a crying need for a vehicular language to conduct this new and exciting enterprise.

EU legislation is enacted in the languages of the Member States. This level of multilingualism was unworkable to carry on collaborative research on European private law, or to publish its results. This created a paradox. European private law lawyers intended to transcend the boundaries of the national legal systems to open discussions about what common grounds could be established to think private law in Europe once more. And yet, an essential prerequisite for the conversation, the linguistic tool, was lacking. Looking back to the 1990's this difficulty was very real indeed, although, surprisingly, it was hardly discussed as a separate issue (42).

The vocabulary of European law, as established by the relevant legislation of the EEC and of the Union was at first both unstable

---

(41) For a lucid contribution on this point: S. WEATHERILL, *Competence and European private law* in C. TWIGG-FLESNER (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, 2010, pp. 58 ff.

(42) For two pioneering, searching contributions: L. CASTELLANI, R. SACCO (eds.), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999; N. KASIRER, *European Private Law in Boxes and Bundles*, in *European Review of Private Law*, 3, 2002, p. 417 (making the important point that law was beyond the linguistic expression chosen for it in this context).

and very limited. It was simply not enough to proceed with any confidence to a sophisticated discussion of the law.

One thing was clear, the only language that was widely practiced by most scholars across Europe was English (as practiced by non-native speakers) and thus English became the most serious candidate to communicate about private law as well. European private law developed in other European languages too. At least two of the leading law reviews in the field publish in English and French or German as well, and all European Publishers have now titles on the topic in their catalogue. Nonetheless, all major projects used English as the working language, with the single exception of the project advanced by the *Académie des Privatistes Européens*. It is impossible to describe the lively terminological discussions involved in the making of each new publication on European private law in the subsequent decades, especially where the publication was the result of wide collaborative work (43). The way forward was often marked by reflections on the experience of mixed jurisdictions, where English was used to express concepts and rules of the civil law. A degree of hetheroglossia was thus injected in the language of the law, as the same speech would sometimes convey different world views, concepts, and opinions.

In my experience, quite often it was not too difficult to agree generally on a certain principle or rule among the participants to the discussion in the room, even when the ten or more colleagues coming from all over Europe joined in. When it came to set pen to paper the story was different. What was a good statement of law for a French, was too vague for a German; what was neat and precise for Germans was too long for many among us... When asked for advice, being native speakers of the language, the English often recused themselves, gently making the point that the drafting style they were familiar with would have been unhelpful. National habits were

---

(43) I have taken active part to these discussions in the circles of the Common core of European private law project, launched by my friends Mauro Bussani and Ugo Mattei in 1995. Cp. M. Graziadei, L. Smith, U. Mattei (eds.), *Commercial Trusts in European private Law*, Cambridge, 2005, pp. 45-55, offers a summing up of the conversation around the terminological problems concerning a though topic. On contract law: B. Pozzo, *Looking for a Consistent Terminology in European Contract Law*, in *Lingue Culture Mediazioni-Languages Cultures Mediation*, 2020, Vol. 7, 1, p. 103.

sometimes part of the picture, of course, the layered construction of a European identity left traces in the new context (44), but the over all impression was that everybody could contribute. A new epistemic community was thus born (45). It was fostered by the exchange and training of young researchers, supported by the Union, in an atmosphere that was seldom competitive and more often strongly collaborative, and often quite colourful (especially at dinner!).

The outcome of the work done on the linguistic means to frame European projects in the field of private law are an important, productive legacy of this season.

The evolution of suitable linguistic tools for the development of scholarly research in the area of private law was one thing, but the realisation of an agenda required much more: it required substantial agreement on what European private law was to be. In this respect, although for over a quarter of century the debate over the possibility, the ends, the features of a system of private law went on in Europe, no agreement was finally reached for a comprehensive European instrument, not even for one covering sales and analogous transactions in the form of an optional instrument.

5. *United in diversity.*

It was simply not possible to replicate at the European level what had been done at the national level in several Member States, namely the enactment of a full set of principles and rules applicable to an entire field of private law. Private international law has been much more successful in this endeavour in the last decades in Europe, but that subject — at least in Europe — has a deep cosmopolitan outlook, that is part of its genetic code, as is well

---

(44) G. Comparato, *Nationalism and Private Law in Europe*, Oxford-London, 2014.

(45) H. Shepel, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, in 32 *Law & Social Inquiry*, 2007, p. 183; the wider picture, concerning the EU is the subject of the important books by A. Vauchez, *Brokering Europe Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge, 2015; A. Vauchez, B. De Witte (eds) *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Oxford, 2013.

known. Furthermore, private international law, by its structure, does not mirror the full complexity of private law.

An assessment of why the proposal for such an instrument was not successful leads highlights two major obstacles along the road, of a very different nature. The first was the controversial result obtained in terms of quality of the projects that were considered for the legislative track (46). The second was the methodological nationalism backing the draft common frame of reference, a text that did not really take into account that what is best at the national level may not be optimal at the European level (47).

The number of hot, unresolved issues that a partial codification of private law in Europe would have left open would have been huge anyhow. The number of preliminary references to the ECJ would have grown to impossible numbers, and this was just one of the foreseeable unintended consequences of such project. The possible gain in terms of legal certainty and facilitation of transactions would have been modest, and the support for it was thus at best lukewarm from many economic sectors, when the consultation process on the Common frame of reference was opened. The difficulty of obtaining satisfactory results in this respect is highlighted by the recent assessment of the consumer credit directive by the European Economic and Social Committee. After forty years since the enactment of the first directive on this matter, the opinion of stakeholders, as reported by the EESC, is that the legislation in force not yet ensure a level playing field or promote a single market for consumer credit in several respects (48).

On the other hand, the atmosphere of excitement and the sense of challenge that the promised land of a new European private law was unparalleled in the history of law in Europe since the foundation of the European Communities. In this climate, contrarian challenges, warning against a starry eyed view of the process and

---

(46) R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, in 57*Am. J. Comp. Law*, 2009, pp. 479 ff.

(47) J.M. Smits, *The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward*, in 3, *European Review of Contract Law*, 2008, p. 270.

(48) EESC, *Consumer Credit Directive (evaluation)* INT/884 (2019), 4.2.4.

criticizing a sort of *Weltverbesser* approach to the whole exercise, just managed to pepper up the soup (49).

The works dedicated to the projects running under the label "European private law" managed to invigorate the idea of a transnational, European wide set of private law principles and rules that at least could help to put the national law in a wider context and that could support a better, more consistent drafting and interpretation of the EU law. This endeavour has not been abandoned, and research inspired by it will remain alive, if for no other reason, for the necessity to support the drafting, interpretation and the application of EU law in the area of private law, which should be conducted with sufficient knowledge of the laws of the Member States (50). The digital revolution that is taking place is casting all these efforts in a new dimension, full of new opportunities and risks (51).

As a result of this protracted effort, "European private law" now goes beyond the *acquis communautaire* in private law matters and refers more broadly to the laws of the Member States, considered as a whole set of solutions that produce variations around common themes. The notion of *acquis commun* has emerged to refer to it. This vision has inspired a new pedagogy of law in Europe. Several law faculties are now offering programs that aim at the education of lawyers whose horizon is Europe, rather than the municipal law. These are not castles in the air. The European Law Faculties Association has highlighted the importance of overcoming merely national approaches to the formation of lawyers in Eu-

---

(49) P. Legrand, *European Legal Systems are not Converging* in 45 *International and Comparative Law Quarterly*, (1996), 1, p. 52. Legrand was surely correct in maintaining that: "If anything, by linking the two legal worlds [i.e. the civil law and the common law], the European Community has dramatised their cognitive disconnections and has made possible a new awareness of difference (or 'otherness')" (p. 80).

(50) See, e.g., N. Jansen, R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018.

(51) F. De Franceschi, R. Schulze (eds.), *Digital revolution. New Challenges for the Law. Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies*, Baden-Baden, 2019. The contribution by M. Hesselink, *Private Law, Regulation, and Justice* in 22 *European Law Journal*, (2016), p. 681, offers a wonderful discussion of how the Commission's digital agenda fits in the debate over the new dimensions of European private law after the withdrawal of the CESL regulation.

rope (52). There is a real demand for this, and some European law faculties are racing to satisfy it, while some others are already well-equipped in this respect. Comparative law and European private law courses have been foundational of this new approach. Double diplomas in the laws of at least two European jurisdictions are now offered by many law schools throughout Europe. The example set with the launch of the transsystemic law program at McGill in the 1990's provided a source of inspiration for Europeans too, when new ambitions for the education of lawyers in Europe took off (53). Thinking over all these initiatives, a hermeneutics of suspicion, such as that cultivated by an healthy distrust of value generalities may still lead to ask: what if we here "...no more than a rather superficial 'gentleman's agreement', which allows us to communicate with each other whilst maintaining our own preconceptions?" (54).

6. *A new ethos, a new awareness.*

Although the influence of EU law has been pervasive in various areas of private law, much scholarly work done under the label "European private law" has been produced in accordance with techniques usually applied to deal with the national law. Scholars, practitioners of (national) private law alike tend to approach EU law through the lenses of the respective national laws. From this perspective EU law is still an island in a sea of national law. At the national level, the appreciation of EU law as a body of law into itself, perhaps not spotless, nor self-sufficient, but still robust, with its own purposes, methods, categories, is always at risk. When that appreciation develops, the reaction is often a warning against the instru-

---

(52) See the Resolution of the *European law faculties association* at its Annual General Meeting held in Torino on 11th and 12th April 2019 (available at *https://elfa-edu.org/wp-content/uploads/2019/04/ELFA2019Resolution.pdf*).

(53) Y. Emerich, M.A. Plante (eds.), *Repenser les paradigmes: approches transsystémiques du droit*, Toronto, 2018.

(54) H-W. Micklitz, *On the Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*, in 4 *Penn. St. J.L. & Int'l Aff.* (2015), p. 1, who poses this question with respect to the notion of "freedom of contract", in France, Germany and England.

mentalisation of private law to the ends of EU law (55). The drive to market integration would be a threat for the existence of private law. The politics of market integration endangers private law, a repository of a richer set of societal values than EU law.

There is a flip side of the coin to this view of the matter. This is the growth of a new awareness about what is it to be a lawyer in Europe today. The incompleteness of European law, its tendency to "constantly blurring categories and questions rules and Member State practices" (56) are elements that have fostered a new legal ethos in Europe. Comparative law has been helpful as well in this respect, acting as a midwife for the development of forms of post classical legal consciousness that, as contemporary north American jurisprudence, oscillate between legal instrumentalism and autonomy-based conceptions of law. Micklitz's signature notion of "regulated autonomy", which is to be recognised as a fundamental contribution to the field of European private law, belongs to the dialectic of this vibrant intellectual environment (57).

This outlook on the law is now competing and winning over the old methodological tenets rooted in the history of European jurisprudence and its spiritual constitution, as traditionally conceived (58). Granted, this new approach at first was part and parcel of the European integration project and was co-opted by it to fully legitimise it. This justifies a healthy dose of criticism directed at the enterprise (59), especially for those sectors of the law, like labour law,

---

(55) See, e.g., C.U. Schmid, *The instrumentalist conception of the acquis communautaire in consumer law and its implications on a European contract law code*, in 21 *European Review of Contract Law*, (2005), 2, p. 211.

(56) H.-W. Micklitz, *A European Advantage in Legal Scholarship?*, in R. van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin (eds.), *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*, Cambridge, 2017, pp. 262, 264.

(57) On this tension see the essential contributions by M. Hesselink, *Private Law, Regulation, and Justice*; H. Dagan, *Between Regulatory and Autonomy - Based Private Law*, in 22 *European Law Journal*, (2016), p. 644.

(58) A. von Bogdandy, *The Current Situation Of European Jurisprudence In The Light Of Carl Schmitt's Homonymous Text*, in *Mpil Research Paper Series*, No. 2020-08.

(59) See G. Davies, *Tough Love in the Internal Market*, in F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov, J. Lindeboom (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, pp. 15 ff.

that have experienced the full impact of the above mentioned approach (60). But those problematic origins do not diminish its salience in the present jurisprudential context. Even staunch defenders of the classical approach realise that these new dimensions of European jurisprudence cannot be ignored. Nostalgia for the old ways is anachronistic and impractical in today's Europe (61).

The new ethos is not fostered by the dynamic of the internal market alone, and EU law cannot be reduced to it. Beyond it, constitutional law and human rights law have contributed powerfully to the awakening in the European laboratory of new dimensions of the law, for private law as well, reclaiming a distinct if eclectic method for it.

7. *Europe and beyond... with a little help from our friends.*

There have been countless efforts to build a narrative giving Europe a precise identity, in the field of law as well. The post second world war period has been productive in this respect too (62). The Treaty on the European Union and the Charter of Fundamental rights mark the identity of EU (and thereby of EU law) by reference to a series of values and fundamental rights (63). Critics point to the difficulty of the Union of living up them. This, for example, is the case with respect to the lodestar represented by the rule of law

---

(60) S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo: una introduzione critica*, Padova, 2017, at p. 52: "In this fall in prescriptiveness, the labour law of the European Union has lost its fundamental function which has been and should be to ensure the consistency and interdependence of national social constitutions in the common space..." (my translation).

(61) See the penetrating analysis by G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civile*, 2017, 3, pp. 666, 680 ff.

(62) For a major study in genealogy: K. Tuori, *Empire of Law: Nazi Germany, exile scholars and the battle for the future of Europe*, Cambridge, 2020.

(63) A. von Bogdandy, *The European Constitution and European Identity: Text and Subtext of the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, in 3 *Intl. J. Const. L.*, 2005, pp. 295 ff.; F. Foret, O. Calligaro (eds.), *European Values: Challenges and Opportunities for EU Governance*, London, 2018. Concerning fundamental rights, under both the Treaty and the Charter the constitutional traditions common to Member States have foundational value as well: S. Cassese, *The Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, p. 939 ff.

because the level of instrumentalism embedded in the law of the Union at times makes the reference to this notion problematic or illusory (64).

The construction of a European identity in the area of private law proceeds by following its own course, which pays due homage to such values, but refrains at the same time from the reference to certain public law notions, such as the notion of "constitutional identity" (although there are European countries where a good deal of private law has been constitutionalised!). In the area of private law the tension is still essentially between socially oriented forces and neoliberal ones, two forces that across the European space play against the background of different national settings.

As many commentators have noticed. there has been a change of heart in thinking about consumer policy in the EU in the last two decades of the twentieth century (65). The EU consumer agenda for the first decade of the twenty first century showed a tendency to conceive consumer law mostly as a market-making tool. "Consumer law is clearly linked to macro perspective of the market, and its purpose is to stimulate demand and bring about economic growth, which is obviously in the common interest... "Protection" plays a marginal role in this narrative: the language is about confidence and empowerment, which are directed toward market-making rather than with any concern for consumer protection" (66). This is more than a whiff of a neoliberal construct put to use for market integration purposes. Differences among the laws of the Member States are identified per se as obstacles to the completion of the

---

(64) Cp. L. Pech, D. Kochenov, *Strengthening the Rule of Law within the European Union: Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid*, Reconnect Policy Brief No. 1, 2019 (Leuven), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 28/2019. T. Tridimas, *Constitutional Fluidity and the Problem of Authority in EU Law*, in F. Amtenbrink et al. (eds), *The Internal Market and the Future of European Integration*, pp. 65 ff.

(65) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 225 ff.; M. Bartl, *Socio-Economic Imaginaries and European Private Law* in P.F. Kjær (ed.), *The Law of Political Economy: Transformations in the Function of Law*, Cambridge, 2020, pp. 228 ff.

(66) *Ibid*., p. 246.

internal market (67). Under this approach, what should be achieved through consumer protection seems to be driven by a "more economic approach". An economic approach to consumer protection holds that the law should not almost automatically leap to the consumers' defence. An intervention would be justified only where there is a market failure; that is, where market forces do not guarantee efficient allocation of goods and services. This turn in consumer policy shows a certain transatlantic orientation, pairing standard assumptions in mainstream law and economics literature (68). The next Consumer Policy Agenda, which is due by the end of 2020, may bring in different perspectives. In a continent ravaged by the Covid-19 pandemic they would surely be more helpful (69).

Beyond these remarks, the point worth raising is broader. Can EU law, including EU private law, be understood without knowing much about US law?

This is almost a rhetorical question by now (70). Although the identity of EU law, both in terms of substance and procedure, reflects the structure of the EU polity, that is neither a nation state, nor a federation, some themes are common across the Atlantic. The constitution of some building blocks of EU consumer law calls for a

---

(67) Whether this empirical assumption holds is still a matter for debate: J.M. Smits, *Diversity of Contract Law and the European internal market*, in J. Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal perspectives*, Europa Law Publishing, Groeningen, 2015, p. 153 ff.; T. Wilhelmsson, *The Abuse of the "Confident Consumer" As Justification for EC Consumer Law* in 27 *Journal of Consumer Policy*, (2004), p. 317. As these works show, there are reason to believe that the evidence presented by the Commission in various documents of this period on this point is not robust, and presents methodological flaws.

(68) S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge MA, 2004, pp. 212-214. The author focuses on product safety, but similar arguments can be made more generally: S.I. Becher and O. Bar-Gill, *Consumer Protection*, in U. Procaccia (ed.), *The Economic Approach to Law*, in *Harvard Public Law Working Paper* No. 18-42, available at *https://ssrn.com/abstract=3194411*.

(69) Cp. V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford, 2020.

(70) Cp. E. Hondius, *The Impact of American Law and American Legal Theory: Threat or Incentive?*, in AA.VV., *De Tous Horizons — Melanges Xavier Blanc-Jouyan*, Société de législation comparée, Paris, 2005, pp. 271 ff. See as well, in a global perspective: M. Reimann, *The American Advantage in Global Lawyering*, in *RabelsZ.*, 2014, pp. 1-36.; Id., *European Advantages in Global Lawyering*, in *RabelsZ*, 2018, p. 885.

consideration of US precedents (71). They have been present on the European scene at least as terms of comparison, if not as a direct source of influence, along with the more evident presence of the laws of the Member States. The path-breaking *Integration through the law* project, conducted in the 1980's at the European University Institute by Mauro Cappelletti and Joseph Weiler, abundantly showed that certain problems, trends and patterns that are worthy of comparative analysis in a EU-US perspective (72). The evolution of European law in areas as different as passenger's rights, package travels, antitrust, and disability rights has produced once more a wave of comparative analysis about whether the EU is emulating U.S. patterns of private enforcement, or following different paths, which rely on stronger public law enforcement (73).

The grounding of EU law does not rest exclusively on European soil. The jurisprudence of the European Court of Justice provides examples of the inspirational role played by US law in several areas of EU law, including private law (74). Academic debates over the

---

(71) The should be considering in the setting of a broader landscape: F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU law Stories: Contextual and Critical Histories in European Jurisprudence*, Cambridge, 2017; F. Nicola, *National Legal Traditions at Work in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, in 64 *American Journal of Comparative Law*, 2016, 4, p. 865.

(72) For a retrospective on this project: *Annuario di diritto comparato 2016*, with contributions by M. Infantino and L. Azoulaï; on the wider picture: G. Martinico, *The Federal Language and the European Integration Process: The European Communities viewed from the US*, in *Politique europeenne*, 2016, 3, p. 38.

(73) R.D. Kelemen, *Eurolegalism: The transformation of law and regulation in the European Union*, Cambridge MA-London, 2011; M.L. Volcansek, *The Americanization of the European legal space* in J. Magone (ed.), *Routledge Handbook of European Politics*, London-New York, 2015,pp. 153 ff; F. Bignami, R.D. Kelemen, *Kagan's Atlantic Crossing: Adversarial Legalism, Eurolegalism, and Cooperative Legalism*, in J. Barnes, T. F. Burke (eds.), *Varieties of Legal Order: The Politics of Adversarial and Bureaucratic Legalism*, London, 2017; K. van Elten, B. Rehder, *Dieselgate and Eurolegalism. How a scandal fosters the Americanization of European law*, in *Journal of European Public Policy*, 2020; C. Foster, *Legalism Without Adversarialism: Public and Private Enforcement in the European Union*, in *Working paper, 2020* available at: *https://scholar.harvard.edu/chasefoster/publications /legalism-without-adversarialism-public-and-private-enforcement-european*.

(74) For a recent attempt to map the terrain see: M. Graziadei, *The European Court of Justice at work: comparative law on stage and behind the scenes*, in 13 *Journal of Civil Law Studies*, 2020, pp. 1 ff.

destiny of European law have seen among the protagonists some of the bright and the brave from the other shore of the Atlantic. I just need to mention the names of Joseph Weiler, James Gordley, Duncan Kennedy, James Whitman, to evoke contributions that, in different moments and in various ways have inspired and provoked European audiences. Distinct voices from other jurisdictions as well have been present in various debates, and we owe a great debt to scholars like Nichola Kasirer, Vernon Palmer, Mathias Reimann, Lionel Smith, Cornelius van der Merwe, who generously shared their insights and learning in various encounters on European themes.

In a broader perspective, one should as well consider how the European construction project engaged with other areas of the world, with strategies that cast light once more on the legacies of the past (75).

8. *Obviously European?*

What conclusions follow from these brief remarks?

In Europe, a civilisation that found expression in architecture, literature, music, politics, religion, etc. etc. exists in law as well. This should neither be idealised — although it often has — nor obscured, but rather be considered the legitimate object of critical examination. After the fall of nationalism and dictatorial regimes, legal history has taken up the challenge to broaden its horizons, and to leave behind purely nationalist approaches to the subject. As Europeans, we now gain a better, fuller view of our common legal past, problematic as it is.

With the establishment of the European Communities in 1957, a first group of European countries decided to depart from the trodden path that linked the law to the state. This move involved entrusting law making powers to the supranational entity that is now the European Union, with fateful consequences for private law as well.

---

(75) For a path breaking contribution, arguing that Europe advanced a new form of colonialism in Africa: P. Hansen, S. Jonsson, *Eurafrica: The untold history of European integration and colonialism*, London, 2014.

After the fall of the Berlin wall in 1989, the aspirations to have a common framework for private law in Europe grew into more ambitious projects. One is reminded of Baron Münchhausen's fantastic act of pulling himself and his horse out of a mire by his own hair, when considering what followed in the next three decades in term of research, debates, collaborative initiatives, scholarly publications, etc., to give new substance to the idea of European private law. The vision of a fully fledged European private law unleashed energies that were hugely productive, although they did not lead to a successful piece of legislation.

Working on collaborative projects established new epistemic communities in Europe, and created a new ability to address legal problems in a European perspective, even when advancing national reform projects only. Critical thinking of European legal traditions as handed over from the past is an essential, salient component of this picture. Much of this work was doctrinaire, but in the laboratory of European private law much else has been going on over the years. As a consequence, the cultures of European lawyers have been transformed. In this framework, EU law provided a good dose of legal instrumentalism, that needs to be balanced with less unilateral approaches to market integration. The use of knowledge about US law and legal methods to frame issues and to elaborate solutions for Europe is a less apparent, but fertile ingredient in the world of European law. In the making of European private law one should keep in mind the contributions coming from jurists working in mixed law jurisdictions, like Québec and South Africa. Identities are complex, and complexity is the hallmark of 21st century law. Not all that is European has its roots on European soil, but then not all that is Italian or German originates in Italy, or in Germany. One is tempted to call this complex and curious state of affairs very European, obviously European.

Considering the trajectory of European private law in the last decades, one is also reminded of Italo Calvino's Nonexistent Knight and his dialogue with the old spiritual father of Europe, emperor Charlemagne. Upon finding out that a knight in his army has some remarkable properties, the emperor entreaties the knight: "Well, well! Who'd have thought it!" exclaimed Charlemagne "And how do you do your job, then, if you don't exist?" "By will power," said Agilulf, "and faith in our holy cause!".

STEFAN GRUNDMANN

PROCESSI DECISIONALI NEI CONTRATTI A CATENA E NELLE RETI DI CONTRATTI (*)

1. Fenotipi di contratti organizzativi di durata e di rete. — 1.1. I rapporti di durata e le reti. Una pluralità di morfologie e di caratteristiche fondamentali. — 1.2. Le spiegazioni delle scienze sociali dei contratti organizzativi di durata e di rete. — 2. Teorie decisionali

---

(*) Scrivere un unico saggio per due cari amici, che insieme "addivengono" alla somma di 140 anni, potrebbe normalmente sembrare impossibile: come compiacere adeguatamente entrambi? Si potrebbe certamente pensare al celebre verso di Schiller: *"Ich sei, gewährt mir die Bitte, in Eurem Bunde der Dritte"* (F. Schiller, *Die Bürgschaft*). Ciò, tuttavia, risulterebbe complicato per due ordini di ragioni. In primo luogo, avrei dovuto assumere le vesti dell'antico tiranno Dioniso I di Siracusa. Per di più, ciò avrebbe invertito il reale corso degli eventi — così come essi si sono invece effettivamente svolti tra Giuseppe Vettori, Hans Micklitz ed io. Se il rapporto di amicizia è particolarmente stretto e gli amici si apprezzano reciprocamente almeno quanto le personificazioni nel celebre dipinto di Overbeck "Germania e Italia", tale unità dell'impossibile diviene, piuttosto, normalmente possibile. Infatti, l'uno è stato compartecipe dello sviluppo e dell'invenzione del concetto del c.d. "contratto organizzativo" — quel tipo di contratto, assolutamente fondamentale e paradigmatico nella economia reale, in cui il carattere di durata e l'organizzazione del contratto in reti si combinano. In aggiunta, l'altro amico, potrebbe aver già preso parte alla conferenza tenutasi presso l'EUI (Firenze), dalla quale il libro ha avuto origine. Concretamente, questo potrebbe essere il momento esatto in cui, per la verità, l'amico Giuseppe e l'amico Hans (Giovanni) si sono incontrati per la prima volta (e durante il quale è stato piantato il primo seme per il progetto dei 140 anni)! In modo ancora più rilevante per questo saggio, tuttavia, l'amico Hans Micklitz potrebbe essere colui con il quale condivido in modo più tangibile la mia passione per un approccio pluralistico alla scienza giuridica, vale a dire la teoria di diritto privato. Pertanto, non c'è niente di più naturale e ovvio che dedicare a entrambi, *insieme* — uniti e giovani come *Germania e Italia* nel dipinto di Overbeck — le riflessioni su un *approccio pluralistico* ai processi decisionali nel *contratto organizzativo*, ovviamente in italiano. Così come Firenze è la città che ha dato i natali alla lingua italiana, come tutti noi ben sappiamo, e così come nella medesima l'amico Hans (Giovanni) ha tenuto il suo primo seminario in italiano, egualmente tutti noi dovremmo adesso apprendere questa lingua — se già non la conosciamo.

relative ai contratti di durata e di rete. — 2.1. Introduzione alle teorie decisionali applicate ai contratti organizzativi — Un atteggiamento pluralistico. — 2.2. Decisioni in condizioni di incertezza. — 2.3. Informazioni a cascata, saggezza dell'apprendimento collettivo o apatia? — 2.4. Il ruolo della teoria dei giochi — inclusa la teoria dei giochi ripetuti e della reciproca aspirazione. — 2.5. Una casa di reciproco affidamento e generosa reciprocità. — 3. Implicazioni giuridiche delle teorie decisionali per contratti organizzativi di durata e di rete. — 3.1. Restituzione dei profitti inattesi? — 3.2. Protezione dei valori comuni? — 3.3. La necessità di doveri e azioni diretti — più precisamente, di informazioni? — 3.4. *Caveat.* — 4. Conclusioni.

ABSTRACT. Le reti di contratti fungono principalmente da forma di organizzazione di lungo termine. Pertanto, le caratteristiche contrattuali della durata e della rete sono in genere combinate. Questa combinazione — il c.d. contratto organizzativo — è ritenuta un ibrido tra il mercato e l'impresa. Tuttavia, sono fornite giustificazioni diverse circa la sua esistenza. Tra di esse, due risultano particolarmente rilevanti. Williamson ritiene i contratti di rete uno strumento di governance per affrontare il problema dell'incertezza conseguente a eventi futuri, in situazioni cioè in cui una parte ha investito nello specifico rapporto più dell'altra ed è pertanto "più dipendente" dalla sua prosecuzione. Per converso, Powell li considera uno scenario in cui non prevalgono né il modello gerarchico dell'impresa né il modello di scambio anonimo dei mercati, bensì il reciproco (e spesso personalizzato) affidamento e la reciprocità basate sulla salda conoscenza dei partners. Già solo queste due spiegazioni lasciano intuire quanto affascinante possa essere il contratto organizzativo — non l'impresa e il mercato — per le teorie decisionali e per il diritto. Questo saggio si rivolge in primo luogo al fenotipo dei contratti di reti (di lunga durata) e riguarda un'ampia tipologia di accordi, che spaziano da quelli meramente standardizzati a quelli altamente su misura — il che comporta una base eterogenea per le teorie decisionali e la loro applicazione. Con riguardo alle teorie decisionali che saranno esaminate nel secondo paragrafo, il saggio assume una prospettiva ampia. Sebbene si possa essere tentati di applicare principalmente una sola teoria decisionale al fenomeno analizzato, il saggio si propone piuttosto una visione a volo di uccello (pluralista) e si domanda quali teorie decisionali abbiano un particolare valore esplicativo e in che senso — nonostante gli evidenti scontri tra di esse. Pertanto, una più ampia indagine sul variegato complesso di teorie può risultare particolarmente adatta per forme ed aspetti eterogenei del fenomeno. In terzo luogo, infine, il saggio si pone il problema di quali ripercussioni possano avere sul diritto il fenomeno analizzato e le teorie decisionali illustrate.

Networks of contracts serve mainly as a long-term form of organization. Therefore, the long-term and the network character of contracts are typically combined. This combination — the so-called organizational contract — is seen as a hybrid between market and firm. There are, however, different explanations for its existence. Among them, two are particularly prominent.

Williamson sees them as a governance device to cope with the problem of uncertainty of future events, namely in situations where one party has invested into this particular relationship more than the other and therefore is 'more dependent' on its continuance. Conversely, Powell sees them as a scenario where neither command like in the firm nor anonymous exchange like on markets dominate, but mutual (often personalized) trust and reciprocity based on strong knowledge of the partners. These two explanations alone already imply how fascinating organizational contract may be for decision theory and the law — neither firm nor market. This paper addresses, first, the phenotype of (long-term) networks of contacts and sees a large variety ranging from rather standardized to highly tailor-made arrangements — which implies a heterogeneous basis for decision-making theories and their application. With respect to decision-making theories that are considered in the second section, the paper takes a broad perspective. While it may be attractive to apply mainly one decision theory to the phenomenon, the paper rather takes a bird's eye (pluralist) vision and asks the question which decision theories might have particular explanatory value, and how — despite the obvious clashes between them. Thus, a broader survey on a multi-facetted compound of theories might be particularly suitable for the heterogeneous forms and aspects of the phenomenon. Third and finally, the paper addresses the question of which repercussions the phenomenon and the discussed decision theories might have in law.

1. *Fenotipi di contratti organizzativi di durata e di rete.*

1.1. *Rapporti di durata e le reti. Una pluralità di morfologie e di caratteristiche fondamentali.*

Non solo le reti di lunga durata trovano plurime giustificazioni — come avviene con Williamson da un lato e con Powell dall'altro — ma esse si manifestano nella vita reale con fenotipi piuttosto diversi (1). In tutti i casi, tuttavia, la combinazione della natura di lunga durata e di rete, relativamente alla base organizzativa, appare fondamentale (2). Un punto, tuttavia, deve essere chiarito fin dal principio. Sebbene, da un lato, i rapporti di lungo termine senza la

(1) Si vedano S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori (a cura di), *The Organizational Contract — From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, 2013 e S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, *New Private Law Theory — a Pluralist Approach*, Cambridge Press University, Cambridge, 2020.

(2) Per un'indagine già comprensiva della base delle scienze sociali, si veda S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori (*supra*, nt. 1).

formazione di una rete di contratti siano possibili e addirittura frequenti, dall'altro tuttavia non sempre è vero il contrario. Esistono, certamente, contratti di mutuo a lungo termine, accordi di agenzia e di consulenza, servizi di cura alla persona, locazione di fondi commerciali, senza che tali contratti siano necessariamente integrati in un sistema di contratti di rete. Al contrario, la costituzione di una rete di contratti — la creazione di un obiettivo comune all'intero network — ha senso primariamente e produce dei risultati solo quando ciò avvenga per una durata più estesa. Anche la forma più basilare — il sistema dei contratti collegati — è caratterizzato da meri contratti di scambio (c.d. "contratti discreti") esclusivamente dal lato del cliente — e non anche dal lato delle altre parti, cioè dei professionisti coinvolti, come ad esempio il fornitore di beni o servizi e il finanziatore professionista. Da questo lato, ancora una volta, siamo di fronte a rapporti di durata. Pertanto, sebbene le principali spiegazioni— storicamente — siano state inizialmente fornite per giustificare il carattere di lunga durata (v. par. 2), è solo la base della rete che, per necessità, crea un contratto organizzativo. Entrambe tali figure fondamentali, tuttavia, sono egualmente interessanti dal punto di vista della teoria decisionale — con la differenza che finora la figura della rete è stata meno studiata da questo angolo prospettico.

Quando si sottolinea che vi è un'ampia varietà di contratti organizzativi di durata e di rete, due poli opposti sembrano emergere. Da un lato si trovano le reti standardizzate, relative ad attività quasi meccaniche, come ad esempio nei sistemi di pagamento. Dall'altro lato, all'estremo opposto, troviamo reti completamente individualizzate e su misura, dalla flessibilità e informalità elevate, spesso destinate ad un intenso scambio di informazioni, spesso progettate anche per innovazioni di livello particolarmente elevato — come la rete della Silicon Valley, così importante per Powell (v. *infra* parr. 1.2 et ss.). Mentre queste costituiscono i due poli opposti, un'ampia varietà di figure intermedie sembrerebbe risiedere tra di esse e riflettere una ricca e sfaccettata gamma della realtà. L'immagine è pertanto quella di un *continuum* piuttosto che quella di due poli e forme tra loro opposti. Questo panorama è ampio anche quando non si considera che — al di là di quel fenomeno — il ventaglio di alternative continua da un lato con l'impresa e dall'altro

con il mercato. È sufficiente richiamare pochi esempi per rendere chiaro quanto sia importante il contratto organizzativo nella prassi e che esso costituisca peraltro la spina dorsale della economia moderna. Per di più, nonostante sia meno conosciuto e studiato rispetto alle alternative del mercato o della impresa, il contratto organizzativo potrebbe risultare addirittura più rilevante o quantomeno più antico — costituendo il vero "originale" ([3]). Infatti, il tipico processo di dare forma e di realizzare prodotti, e spesso anche servizi, è impensabile senza le reti: da un lato, a monte, la catena di produzione e dall'altro, a valle, la filiera di distribuzione. I processi in sé possono essere meno meccanici rispetto al tipico sistema di pagamento, ancorché situati da questo lato dello spettro, con precisione relativamente alta e con continuità delle caratteristiche richieste per la prestazione (alto livello di standardizzazione). Una delle principali differenze di queste catene rispetto ai sistemi di pagamento che influenzano fortemente il processo decisionale sembrerebbe risiedere nel modo in cui i requisiti della prestazione sono decisi. In caso di catene di produzione o di distribuzione, una parte — spesso il produttore, a valle anche le grandi catene di vendita, sia pur dopo la consultazione con gli altri componenti della rete — decide su tali requisiti mentre in caso di sistemi di pagamento, un ruolo fondamentale è svolto da disposizioni e accordi o legislazioni standard di livello nazionale. Un simile livello di precisione nella determinazione dei requisiti non si trova solo nelle catene verticali ma anche nei rapporti orizzontali, come nei sistemi di *franchising*. Quando ci si sposta maggiormente sul versante opposto delle reti più sartoriali, personalizzate, vengono alla mente non solo reti di rapporti di scambio come nella Silicon Valley. Piuttosto simili, anche se già più formalizzate, sono le *joint ventures* per ricerca e sviluppo. Qui il

---

([3]) In anticipo rispetto alle due discussioni di veda da un lato, I. MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in 66 *Wisconsin Law Review*, (1985), pp. 483-525; *ibidem*, p. 490: "*Tale discrete economia [consistente esclusivamente in contratti discreti] ... avrebbe scarsa capacità* produttiva"; dall'altro, all'opposto, W. POWELL, *Neither Market nor Hierarchy — Network Forms of Organization*, in 12 *Research in Organizational Behaviour*, (1990), pp. 295-336; *ibidem*, pp. 296/297, 298-301: il mercato in particolare è dipinto come creazione (*spin off*) di reti, pertanto come "l'ibrido" (la rete ibrida), storicamente discorrendo, piuttosto che costituente "l'originale".

confine con le imprese è palpabile e in alcuni ordinamenti, come nel sistema giuridico tedesco, già si sono sovrapposte. Ricerca, sviluppo, produzione, distribuzione e marketing, uniformità e presentazione ai mercati, pagamento del prodotto/servizio — tutto questo sembra impossibile in assenza di reti di contratti. La preponderante importanza delle reti come forma organizzativa è evidente, eppure l'ammontare della formalizzazione o della spontaneità è molto diverso — e di qui, anche i problemi del processo decisionale.

Quando, nel corso dell'introduzione, si sono brevemente puntualizzate alcune caratteristiche fondamentali del contratto organizzativo di durata e di rete, per esigenze di semplificazione ciò è avvenuto con riguardo prevalentemente ai due poli estremi, ma può trovare applicazioni, con modifiche, anche alle varianti. Non è questa la sede per concentrarsi su tutte le caratteristiche e le configurazioni di siffatte reti, ma solo per dare un'idea di alcune delle caratteristiche fondamentali che potrebbero avere un forte impatto sulla adeguatezza del processo decisionale.

Tre caratteristiche sembrano avere specifico rilievo. In primo luogo, il processo decisionale è fortemente legato alla distribuzione e all'uso dell'informazione. Segnatamente, per i modelli standard di economia istituzionale, una informazione (sufficientemente) completa è indispensabile per qualsiasi processo decisionale come prerequisito normativo del funzionamento e dell'affidabilità del modello o dei modelli — e anche ove questo presupposto non sia rispettato, come avviene parzialmente nei modelli comportamentali (*behavioural models)*, è pur sempre rilevante il modo in cui le informazioni sono rese disponibili e utilizzate. Di conseguenza, soprattutto la teoria della decisione in condizione di incertezza è di evidente importanza perché si rapporta con il sistema di informazioni incomplete o probabilistiche (v. par. 2.2.)

Per questo motivo, in secondo luogo, è importante comprendere se, nello specifico sistema, lo scambio di informazioni è uno scopo in sé o un semplice mezzo di adempimento. Questo è più spesso quanto accade dal lato dello spettro delle reti fortemente personalizzate e individualizzate, in particolare con gli accordi di scambio su ricerca e sviluppo (Silicon Valley). Al contrario, i sistemi di pagamento sono principalmente e più direttamente rivolti al trasferimento di valori monetari e le informazioni trasmesse fungono

solo a tale scopo, puramente strumentale. Per questa ragione, le teorie su come le informazioni sono scambiate o diffuse (incluso il problema di quale impiego venga fatto delle informazioni) sembrerebbero essere rilevanti. Questo si collega, per esempio, alla teoria delle informazioni a cascata e dell'apprendimento osservazionale (con la saggezza delle folle), incluso il problema di quanto insistentemente tale informazione sia sfruttata (cfr. apatia, v. par. 2.3.).

In terzo e ultimo luogo, sembra particolarmente significativo come ciascuna parte possa reagire alle reazioni che si attende dalle altre parti. Questo è il campo di applicazione della teoria dei giochi, potenzialmente, tuttavia, sotto forma di teoria della reciproca aspirazione (Reinhard Selten) piuttosto che sotto forma di aspettativa di comportamento perfettamente razionale delle altre parti (si veda il par. 2.4). In questo caso, tuttavia, processi decisionali non parametrici potrebbero rivelarsi particolarmente difficili da modellare. Questo problema, tuttavia, è il campo di applicazione di una teoria che non individua il presupposto principale delle decisioni nelle reazioni che ci si attende dalle controparti quanto piuttosto nella fiducia riguardante più in generale il risultato della collaborazione in termini di reciproci vantaggi nel lungo termine (senza calcolo di immediata reciprocità; rete come una "casa di fiducia": v. par. 2.5.). Sebbene queste tre caratteristiche — con le loro peculiarità e persino divergenze nei diversi tipi di contratti organizzativi di durata e di rete — sembrerebbero essere particolarmente rilevanti per il problema del rapporto tra le teorie decisionali e il diritto, esse non ne esauriscono in alcun modo gli aspetti potenzialmente rilevanti. Esse sono difatti paradigmatiche, non comprensive.

1.2. *Le spiegazioni delle scienze sociali dei contratti organizzativi di durata e di rete.*

Quando attualmente si fornisce una spiegazione del contratto organizzativo di durata e di rete, gli articoli di Macaulay e Macneil — giuristi con un forte *background* di sociologia giuridica — sono generalmente ritenuti il punto di partenza (4). Genuinamente pio-

(4) Si veda S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business — a Preliminary Study*, in 28 *American Sociological Review*, (1963), pp. 55-67; I. Macneil, *Relational*

neristici, tuttavia, sembrerebbero essere solo i contributi di O. Williamson (per rapporti di durata, le loro peculiari problematiche e vulnerabilità) (5) e di W. Powell (per gli accordi di rete e la *ratio* ad essi sottesa) (6) — un economista istituzionale e un sociologo economista. Williamson sostiene che le caratteristiche dei *rapporti di durata* sono spesso tali per cui il futuro è sconosciuto e imprevedibile ed è molto più costoso provare a negoziare tutte le possibili future contingenze rispetto, al contrario, a lasciare la decisione a una buona governance *ex post* del contratto. Una peculiare caratteristica della teoria di Williamson è che tale accordo è consigliato principalmente per una sola ragione. Si tratta della vulnerabilità derivante dalla circostanza che una parte — nonostante l'ignoranza del futuro — potrebbe investire di più in questa particolare relazione (investendo in una catena di produzione per un particolare pezzo, investendo nello spostamento di un determinato luogo di lavoro, etc.). La realizzazione di "investimenti specifici per il rapporto" rende quella parte particolarmente vulnerabile (rischio di costi irrecuperabili in caso di comportamento opportunistico della controparte). Tuttavia, poiché tale investimento può essere reciprocamente vantaggioso quando la collaborazione garantisce rendimenti più elevati, "l'*impasse*" descritta dovrebbe invece essere superata introducendo degli strumenti affidabili di governance *ex post.*

Powell, dall'altro lato, sostiene che le *reti di contratti* siano un terzo modello organizzativo di collaborazione economica — diverso sia dai mercati che dalle imprese — e non un ibrido collocato tra di essi (come era sempre stato sostenuto nelle precedenti teorizzazioni del fenomeno). Ciò che distingue completamente le reti di contratti

---

Contract: What We Do and Do Not Know, in 66 *Wisconsin Law Review*, (1985), pp. 483-525; per ulteriori riferimenti, v. nt. 4, ulteriore dibattito in: S. Grundmann in: S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, (*supra*, nt. 2), Capitolo 17 — anche per O. Williamson and W. Powell, si veda *oltre*.

(5) Si veda O. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in 22 *Journal of Law & Economics* (1979), 233-261; e id., *The Economic Institutions of Capitalism — Firms, Markets, Relational Contracting*, MacMillan, New York-London, 1985, 15-42 (Capitolo 1), particolarmente rilevanti pp. 20-22 e 26 (preferenza per una governance *ex post* invece di decisioni *ex ante*) e 30-32 (relazioni di fiducia come unica eccezione dove trovano applicazione altri meccanismi).

(6) Si vedano i riferimenti indicati *sub* nt. 4.

sia dai mercati che dalle imprese sono le aspettative fortemente differenziate delle parti — nonché i campi di applicazione — e, di conseguenza, l'approccio decisionale completamente diverso. Per Powell, il processo decisionale nelle reti è guidato dalla sensazione di una generalizzata fiducia nelle controparti della rete, la quale (sulla base di una buona, reciproca conoscenza) viene loro conferita senza attendersi un concreto riconoscimento, quanto piuttosto con la fiducia che il rapporto nella rete risulti vantaggioso nel lungo termine. Mentre le decisioni nei mercati si fondano sulle aspettative di ricompense immediate e nelle imprese sul potere di dare ordini entro una gerarchia, il processo decisionale nelle reti da questo punto di vista è completamente diverso. Esso è visto come una decisione tra soggetti in posizione paritaria (senza alcun potere di comando), con affidamento reciproco e in assenza di aspettative di ritorno immediato e calcolabile (atmosfera di reciprocità, assenza di filosofia "dell'affare" o di scambio sul mercato).

Questi due approcci di Williamson e Powell — entrambi pionieristici, ciascuno per una delle due caratteristiche chiave dei contratti organizzativi di durata *e* di rete — non hanno tuttavia la medesima pertinenza rispetto alla teoria decisionale. La teoria di O. Williamson non si concentra su come sono prese le decisioni ma piuttosto consiglia di posticipare le decisioni e di allocare correttamente il potere decisionale. L'unica eccezione sembra essere costituita dai rapporti di affidamento dove le decisioni, con riguardo al comportamento corretto e in buona fede dell'altra parte è presupposto (a causa di forti legami amicali o familiari). Questa ipotesi, tuttavia, costituisce una rara eccezione secondo Williamson. Di conseguenza, questa teoria può essere ritenuta chiarificatrice per quanto riguarda le caratteristiche fondamentali dei rapporti di durata, ma ha scarso rilievo per i relativi procedimenti decisionali. Al contrario, W. Powell formula realmente una teoria su come e su quali basi i contraenti delle reti assumono le loro decisioni, di qui una teoria decisionale dove l'affidamento sugli effetti vantaggiosi di lungo termine è la forza trainante e gli stimoli sostanziali sono necessari finché questo atteggiamento verso la rete (o almeno uno dei contraenti) non venga meno.

2. *Teorie decisionali relative ai contratti di durata e di rete.*

Basandosi sulla breve analisi sin qui condotta con riguardo alle caratteristiche chiave, ad alcuni elementi fondamentali e alla *ratio* dell'esistenza di contratti (organizzativi) di reti di durata e dei loro diversi fenotipi, nelle prossime due Sezioni si tenta di indagarne i motivi meno conosciuti. Meno sviluppate, nel presente studio, sono infatti le due questioni residue: come sono assunte le decisioni nelle reti di contratti riguardanti i diversi tipi menzionati (fondato su una discussione di quali teorie del processo decisionale spiegherebbero le decisioni assunte più spesso) (par. 2) e che tipo di conseguenze giuridiche possono discendere da tali spiegazioni (par. 3).

2.1. *Introduzione alle teorie decisionali applicate ai contratti organizzativi — Un atteggiamento pluralistico.*

Ci possono essere prospettive diverse in base alle quali affrontare il problema di come le teorie decisionali possano influenzare il ragionamento giuridico. Ci si può proporre di trovare quella teoria che spiega nel modo migliore il fenomeno e fornisce le migliori indicazioni per la più solida policy (giuridica) da adottare (7) — un approccio adottato in principio da approcci monistici come quello di *law & economics* (8). Si può anche descrivere un determinato campo del diritto, per esempio il diritto commerciale e più concretamente le decisioni assunte nelle grandi società per azioni, come un'area dove nessun legislatore dovrebbe decidere la questione concernente quale teoria decisionale dovrebbe essere seguita, lasciando invece siffatta decisione ai principali attori del diritto privato. Questo significherebbe che anche la questione sul se tali attori si comportino razionalmente o meno e come le informazioni siano

---

(7) Si veda in questo senso A.-L. Sibony, *Did you say Protecting Consumer Choice?* in S. Grundmann, Ph. Hacker (a cura di), *Theories of Choice. The Law and Social Science of Decision Making*, Oxford, 2020, Capitolo 6 — tuttavia complessivamente critica se tale scelta possa mai essere presa, forse addirittura se sia auspicabile.

(8) Sulla differenziazione tra approcci interdisciplinari monisti e pluralistici nel campo della dottrina giuridica, si veda S. Grundmann, *Pluralism and Private Law Theory: How From a Pluralist Legal Value Basis Only a Pluralist Law Theory Can Ensue ('Normative Pluralism')* (pubblicazione imminente) — anche per maggiori indicazioni sul resto di questo sottoparagrafo.

trasmesse e impiegate sarebbe, almeno in linea di principio, irrilevante — o meglio: lasciato alle parti — per ed entro questa scelta legislativa (9). Il primo augurio sembrerebbe non solo irrealistico, bensì normativamente problematico (come sarà spiegato oltre). Similmente, l'ultimo approccio può solo costituire il risultato di considerazioni già svolte e non il punto di partenza in un mondo dove il *market failure* ha rilievo giuridico accettato e dove, in secondo luogo, riconosciamo l'esigenza di correggere il *market failure* almeno ogni qualvolta il risultato prodotto dal mercato possa essere complessivamente migliorato. Dopo aver analizzato i processi decisionali, il risultato raggiunto potrebbe essere che il processo è così privo di difetti, o viziato in misura così limitata, che lasciare tutto alla capacità decisionale delle parti costituisce la soluzione raccomandabile. Poiché questo problema è molto meno studiato per i contratti organizzativi di durata e di rete rispetto a quanto avviene per le società e i processi decisionali al loro interno (ma altrettanto vale per i mercati), sembrerebbe opportuno comprendere i processi decisionali nel nostro campo più approfonditamente che in ogni altro caso e perfino al di fuori di una tale prospettiva precipuamente regolatoria.

Questo approccio, tuttavia, solleva un'ulteriore questione riguardo alla scelta del metodo — tornando a quanto è stato detto a proposito degli approcci monistici. Il processo decisionale può essere certamente analizzato da un'unica prospettiva metodologica o, più precisamente, dal punto di vista di una unica teoria decisionale. Generalmente, il vantaggio di tale approccio consisterà nel fatto che esso sarà maggiormente mirato e pertanto fornirà risposte maggiormente precise. Questo vantaggio, tuttavia, si ottiene al prezzo di escludere una pluralità di approcci che non sembrano estranei al problema decisionale in questione. Se in tutte le democrazie occidentali in cui vige lo stato di diritto e che presentano

---

(9) Si veda in questo senso, in linea di principio circa le decisioni nelle grandi società per azioni J. VELASCO, *Decision Theory and Allocating Decision Making in the Firm*, in S. GRUNDMANN, PH. HACKER, cit. (*supra*, nota 8), Capitolo 10. Più intrigato dalla questione se coloro che decidono fare uso di effetti di rete si vedono garantiti alti ritorni e pertanto sono incentivati ad assumere tali decisioni attive in cooperazione con gli altri: L. ENRIQUES, A. ROMANO, *Institutional Investor Voting Behavior — a Network Theory Perspective*, in S. GRUNDMANN, PH. HACKER, cit. (*supra*, nota 8), Capitolo 11.

economie di mercato, la base di valori costituzionalmente e democraticamente presupposta è pluralistica, e se le diverse discipline si rivolgono primariamente all'attuazione di valori fra loro diversi — le scienze economiche, per esempio, mirano alla efficienza e non prevalentemente alla solidarietà (redistribuzione sociale) o anche alla dignità umana — una conclusione sembra evidente. (10) Il sistema giuridico nel suo complesso — cioè anche la dottrina giuridica nel suo complesso — non può rinunciare a quelle ulteriori teorie decisionali sviluppate in altri contesti e discipline al prezzo di concentrarsi esclusivamente su un'unica teoria ("superiorità normativa" di una teoria giuridica pluralistica). Questa analisi resta favorevole a assumere qui una prospettiva globale, "a volo d'uccello", piuttosto che una più mirata prospettiva monistica (anche se saggi più specifici rappresentano certamente utili contributi). C'è un ulteriore aspetto che ci spinge a preferire la visione globale "a volo d'uccello" e a tentare di guardare e ispezionare il panorama complessivo, la moltitudine piuttosto che "l'unico" approccio — un aspetto che sembrerebbe essere particolarmente fermo nell'area dei contratti organizzativi di durata e di rete. Sembrerebbe trattarsi di quei casi in cui, con riguardo a molte questioni e addirittura settori

---

(10) Si veda ad esempio, l'opinione maggioritaria, secondo la quale le Costituzioni occidentali si fondano su un pluralismo di valori, fra cui non è certamente preminente quello dell'efficienza: St. Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford, 2005; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in 65 *The Modern Law Review* (2002), pp. 317-359; U. Di Fabio, *Grundrechte als Werteordnung*, in *Juristenzeitung (JZ)* 2004, pp. 1-8; E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*[6], Stuttgart, 1974, pp. 197 ss.; nonché M. Ovádek, *Constitutional Pluralism between Normative Theory and Empirical Fact*, in *VerfBlog* del 23 ottobre 2018; l'art. 2(2) TUE qualifica il pluralismo esplicitamente come caratteristica chiave dell'Unione Europea e delle società e degli Stati in essa uniti. Per una prospettiva sociologica sui diritti fondamentali come garanzie di differenziazione sociale di distinte aree e sistemi nella società, v. G. Verschraegen, *Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory*, in 29 *Journal of Law and Society* (2002), pp. 258-281; sull'influenza del concetto di pluralismo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e del diritto antidiscriminatorio si veda D. Wielsch, *The Function of Fundamental Rights in EU Private Law — Perspectives for the Common European Sales Law*, in 10 *European Review of Contract Law* (2014), pp. 365-389, in partic. pp. 370-372. Per le conseguenze specificate nel prosieguo v. l'articolo sulla teoria del pluralismo giuridico *supra*, nt. 9; per le ripercussioni sulla metodologia giuridica v. già: O. Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, in 52 *Der Staat*, (2013), pp. 157-186.

giuridici, gli approcci monistici e i loro risultati sono già piuttosto sviluppati. Per converso, tuttavia, la sintesi complessiva — l'interazione, la ponderazione, le decisioni su come stabilire le gerarchie — della maggior parte o comunque di buona parte delle teorie prevalenti — in particolare, delle teorie decisionali — raramente ha avuto luogo o non l'ha avuto affatto. Quanto meno per il contratto di durata e di rete, si tratta di una innegabile lacuna, che questo saggio tenta di tracciare per la prima volta.

A tal fine, il saggio affronta il problema dell'assunzione di decisioni in contratti a catena e in reti di contratti in due fasi. In questa par. 2 e nella prima fase, sono esposti quegli approcci teoretici che sembrano più promettenti come strumento di spiegazione nella sfera dei contratti di durata/di rete (c.d. "contratti organizzativi") — seguiti da una seconda fase, riferita al sistema giuridico (v. oltre, par. 3). In questa Sezione, dedicata alle teorie decisionali, il saggio identifica quattro approcci particolarmente promettenti. Si tratta delle teorie della decisione in condizioni di incertezza (Tversky e Kahneman da un lato, Sunstein, Jolls e Thaler dall'altro), la teoria dei giochi (precisamente sotto forma di giochi ripetuti, con particolare enfasi sui problemi informativi: Aumann, Selten), informazioni a cascata e apprendimento osservazionale (Bikhchandani, Hirshleifer, Welch et al.), e reti come la "casa di reciproco affidamento o di reciprocità" (Powell et al.). Con riguardo a queste teorie decisionali, il saggio approfondisce la questione di quanto proficuamente esse possano essere utilizzate nei due fenotipi principali sopra citati per i problemi (giuridici) che di volta in volta sorgono, nonché per spiegare le decisioni (giuridiche) assunte.

Un'ultima osservazione è utile per una immagine complessiva della "attività decisionale organizzata" prima di affrontare le quattro teorie decisionali già citate. È ovvio che sia i mercati che le imprese sono studiati più approfonditamente rispetto ai contratti organizzativi di durata e di rete. Sembra tuttavia meno noto che anche i punti centrali dell'odierno dibattito — scelta razionale contro razionalità limitata (con differenti tipi di *bias*) — sono più direttamente riferiti ai mercati e persino alle imprese. Lo studio sulla razionalità limitata, anche se i *bias* sono senz'altro universali e profondi anche nel

contesto dei processi decisionali dei professionisti (11), continua a concentrarsi primariamente sui consumatori (12) e — similmente in questo senso — sugli investitori, quantomeno privati (13) o addirittura sulla eterogeneità degli investitori come problema (14). Al contrario, nella prospettiva paritaria ("*peer-to-peer*") dei contratti organizzativi di durata e di rete — con una visione di lungo termine

---

(11) P. Brest, L. H. Krieger, *Problem Solving, Decision Making, and Professional Judgment*, Oxford-New York, 2010, 300 ss.; M. Haigh, J. List, *Do professional traders exhibit myopic loss aversion? An experimental analysis* in 60 *The Journal of Finance* (2005), pp. 523-534; M. Fenton-O'Creevy et al., *Trading on illusions: Unrealistic perceptions of control and trading performance*, in 76 *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, (2003), pp. 53-68; L. Cabantous, *Ambiguity aversion in the field of insurance: Insurers' attitude to imprecise and conflicting probability estimates*, in 62 *Theory and Decision*, (2007), pp. 219-240; D. Pope, M. Schweitzer, *Is Tiger Woods loss averse? Persistent bias in the face of experience, competition, and high stakes*, in 101 *American Economic Review*, (2011), pp. 129-157; B. LeVeck et al., *The role of self-interest in elite bargaining*, in 111 *Proceedings of the National Academy of Sciences* (2014), pp. 18536-18541; B. Bornstein, A. Emler, *Rationality in medical decision making: a review of the literature on doctors' decision-making biases* in 7 *Journal of Evaluation in Clinical Practice*, (2001), pp. 97-107; Ph. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, Tübingen, 2017, pp. 132-135.

(12) V., sul punto R. Thaler, *Toward a positive theory of consumer choice*, in 1 *Journal of Economic Behavior & Organization*, (1980), 39-60; Id., *Mental accounting and consumer choice*, in *Marketing Science*, 4 (1985), pp. 199-214; D. DiClemente, D. Hantula, *Applied behavioral economics and consumer choice*, in 24 *Journal of Economic Psychology*, (2003), pp. 589-602; G. Foxall et al., *The Behavioral Economics of Brand Choice*, Houndmills-New York, 2007; G. Foxall, *Behavioral economics in consumer behavior analysis*, in 40 *The Behavioral Analyst*, (2017), pp. 309-313.

(13) Per la loro somiglianza con i consumatori nei modelli comportamentali relative all'attività decisionale, v. S. Benartzi, R. Thaler, *How much is investor autonomy worth?*, in 57 *The Journal of Finance*, (2002), pp. 1593-1616, 1595 ss.; J. Campbell et al., *Consumer financial protection*, in 25 *Journal of Economic Perspectives*, (2011), pp. 91-114, in partic. 105 ss..; in senso ampio v. N. Chater, S. Huck, R. Inderst, *Consumer decision-making in retail investment services: A behavioural economics perspective*, Report finale della Commissione Europea/SANCO (2010).

(14) Su questo problema di eterogeneità (così come sulle sue ripercussioni su come conceettualizzare e potenzialmente influenzare i processi decisionali), si vedano A. Schwartz, *Regulating for rationality*, in 67 *Stan. L. Rev,.* (2015), 1373-1410; Ph. Hacker, *The Behavioral Divide*, in 11 *European Review of Contract Law*, (2015), pp. 299-345, in partic. 305 ss.; S. Grundmann, Ph. Hacker, *Conflicts of Interest*, in D. Busch, G. Ferrarini (a cura di), *Regulation of the EU Financial Markets*, Oxford, 2017, pp. 165-204, in partic. par. 7.23.

di vantaggio globale che non richiede e non ha necessità di essere esattamente calcolato — questo rilevante tema sembrerebbe perdere molta dell'importanza e della centralità che riveste nelle attuali riflessioni sui mercati e sui mercati di capitali. Ciò non significa che lo studio sulla razionalità limitata non possa risultare utile, anche per il nostro tema, con riferimento ad *alcuni* aspetti, come per esempio quando occorre decidere quale variante della teoria dei giochi possa essere particolarmente chiarificatrice nello specifico contesto (oltre, par. 4). Al contrario, le teorie sull'assunzione di decisioni gerarchiche — come la teoria che l'incertezza nell'assunzione di decisioni assume tendenzialmente una struttura gerarchica per affrontare l'incertezza — (15) sembrerebbe finire per essere meno rilevante quanto il rapporto paritetico tra le parti è fondamentale. Un'eccezione significativa a questa asserzione potrebbe necessariamente aversi in quei casi in cui sono trasmesse informazioni pratiche e alcuni dei membri della rete non possiedono gli strumenti cognitivi per elaborarle (complessità eccessiva, informazioni tecniche — v. oltre, l'esempio nella par. 3.3).

2.2. *Decisioni in condizioni di incertezza.*

Mentre Williamson ha concettualizzato in modo così rigoroso la vulnerabilità che deriva dall'ignoranza del futuro in primo luogo nel lungo termine, il problema di fondo dell'incertezza con riguardo a come una decisione possa essere assunta è stato analizzato in primo luogo — e certamente in modo più approfondito — nel solco del tracciato stabilito da D. Kahneman and A. Tversky (16). Essi per

---

(15) V., ad esempio, S. Grossman, O. Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, in 94 *Journal of Political Economy*, (1986), pp. 691-719; O. Hart, J. Moore, *Property Rights and the Nature of the Firm*, in 98 *Journal of Political Economy*, (1990), pp. 1119-1158; O. Hart, *Firms, contracts, and financial structure*, Oxford, 1995; ma, per una applicazione particolarmente importante, cioè nello scenario delle acquisizioni (*takeover*): S. Grossman, O. Hart, *One Share/One Vote and the Market for Corporate Control*, in 20 *Journal of Financial Economics*, (1988), pp. 175-202.

(16) D. Kahneman, A. Tversky, *Judgment under Uncertainty — Heuristics and Biases*, in 185 *Science*, (1974), pp. 1124-1131; D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in 47 *Econometrica*, (1979), pp. 263-291; quest'ultimo, il secondo saggio più citato in ambito economico durante il periodo

primi hanno descritto che le persone, quando giudicano sulle prospettive future, in genere fissano un certo livello di aspettativa (punto di riferimento) al di sotto del quale i risultati sono valutati come perdite e al di sopra del quale i risultati sono valutati come guadagni. Successivamente, in una seconda fase di valutazione, esse in genere ritengono più importante evitare una perdita che acquisire un'identica somma di guadagni ("le perdite appaiono maggiori dei guadagni") — contrariamente agli standard attesi dalla teoria utilitaristica (17). Questo approccio, definibile come "euristico", aiuta a decidere in situazioni di incertezza con indagini meno approfondite, ma la strategia almeno generalmente finisce per non massimizzare il risultato di colui che assume la decisione. Un altro aspetto collegato può essere visto chiaramente come un autentico *bias* cognitivo. Si tratta cioè di quei processi decisionali in condizioni di incertezza, con riguardo ai cui futuri sviluppi gli attori tendono a sovrastimare i guadagni immediati (ad esempio, il consumo) e sottostimano i guadagni lontani, soprattutto con riguardo ai rischi futuri (come i

---

1975-2000, secondo D. Laibson, R. Zechhauser, *Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics*, in 16 *Journal of Risk and Uncertainty*, (1998), pp. 7-47, è stato successivamente revisionato in A. Tversky, D. Kahneman, *Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty*, in 5 *Journal of Risk and Uncertainty*, (1992), pp. 297-323, e ripreso, per esempio, in: P. Bordalo, N. Gennaioli, A. Shleifer, *Salience theory of choice under risk*, in 127 *The Quarterly Journal of Economics*, (2012), pp. 1243-1285; N. Barberis, R. Thaler, *A survey of behavioral finance*, in G.M. Constantinides, M. Harris, R.M. Stulz (a cura di), *Handbook of the Economics of Finance*, Part 1 B, Amsterdam, 2003, pp. 1053-1128, in partic. 1069 ss.; M. Rabin, *Psychology and economics*, in 36 *Journal of Economic Literature*, (1998), pp. 11-46; si veda anche (circa l'assunzione dei rischi nella circolazione dei veicoli) P. Grossman, R. Cearley, D. Cole, *Uncertainty, insurance and the Learned Hand formula*, in 5 *Law, Probability and Risk*, (2006), pp. 1-18; Kahneman e Tversky hanno ricondotto a sistema le loro ricerche e hanno individuato in seguito una lista di *bias* sistematici, precisamente in due saggi ancora fortemente correlati alle decisioni assunte in condizioni di incertezza: A. Tversky, D. Kahneman, *Extensional versus Intuitive Reasoning — The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, in 90 *Psychological Review* (1983), pp. 293-315; Id., *Rational Choice and the Framing of Decisions*, in 59 *The Journal of Business*, (1986), pp. 251-278.

(17) Sulla base di questa idea e nel tentativo di dimostrare la sua esistenza anche per piccolo importi, v. M. Rabin, *Diminishing Marginal Utility of Wealth Cannot Explain Risk Aversion*, in D. Kahneman, A. Tversky (a cura di), *Choices, Values, and Frames*, New York, 2002, pp. 202-208.

gravi inadempimenti, con conseguente insolvenza — i c.d. "*present bias*") (18).

Per i rapporti di durata, il fenomeno dell'ignoranza dei futuri sviluppi della relazione è di ovvia importanza e altrettanto lo sono naturalmente gli aspetti di decisioni assunte in siffatte condizioni di incertezza. Negli accordi di durata e di rete, tuttavia, il principale oggetto di indagine non è costituito solo dai professionisti in posizione di parità e dai loro processi decisionali e pertanto i problemi e i *bias* descritti potrebbero risultato in concreto meno rilevanti (19). Può altresì trattarsi dell'ipotesi in cui il loro interesse principale sia infatti rivolto al complessivo successo della rete e all'impatto di essa sul contraente individuale e tanto questo successo quanto il suo impatto individuale dipendono da così tanti fattori che un meccanismo simile è innescato con la diversificazione. L'incertezza può in qualche misura essere "diversificata" (20). In aggiunta, se i contraenti si limitano al solo livello di aspirazione al quale sono felici (più ricco che senza la rete), probabilmente spesso non possono essere ritenute frustrate le aspettative anche se *il* miglior risultato (il massimo) non è raggiunto.

---

(18) Si veda nel dettaglio D. Laibson, *Golden eggs and hyperbolic discounting*, in 112 *The Quarterly Journal of Economics*, (1997), pp. 443-478; J. Benhabib, A. Bisin, A. Schotter, *Present-bias, quasi-hyperbolic discounting, and fixed costs*, in 69 *Games and Economic Behavior*, (2010), pp. 205-223; C. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, in 122 *Yale Law Journal*, (2013), pp. 1826-1899, in partic. 1842-52.

(19) Nel medesimo senso v., ad esempio, S. DellaVigna, *Psychology and economics: Evidence from the field*, in 42 *Journal of Economic Literature*, (2009), pp. 315-372, in partic. 361; per una riduzione della eccessiva fiducia nei servizi di previsione meteorologica (probabilmente dovuto all'immediato 'feedback' sul tempo), v. S. Lichtenstein, B. Fischhoff, L. Phillips, *Calibration of probabilities: The state of the art to 1980* in D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge, 1982, pp. 306-334, in partic. 330; per il minore eccesso di fiducia degli esperti giocatori di bridge, v. G. Keren, *Facing uncertainty in the game of bridge: A calibration study*, in 39 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, (1987), 98-114; ma v. anche i riferimenti *sub* nt.12.

(20) Un'idea simile si può trovare, per esempio, con riguardo alla riduzione degli effetti dei *bias* sulle decisioni di investimento: si veda S. Beach, C. Rose, *Portfolio Rebalancing to Overcome Behavioral Mistakes in Investing*, in 1 *Journal of Behavioral Studies in Business*, (2009), pp. 1-11, in partic. p. 9: "Il riequilibrio annuale del portfolio sembra aiutare gli investitori a raggiungere i loro obiettivi di investimento e a superare i *bias* comportamentali negli investimenti" *(traduzione propria).*

2.3. *Informazioni a cascata, saggezza dell'apprendimento collettivo o apatia?*

Mentre l'assunzione di decisioni in condizioni di incertezza e la teoria ad esso pertinente può ed è stata certamente applicata in schemi contrattuali plurilaterali (21), il fulcro della dottrina sulle informazioni a cascata e sull'apprendimento collettivo conduce questo fenomeno al suo reale centro di riflessione — gli schemi contrattuali plurilaterali sono ovviamente connessi con la seconda caratteristica fondamentale dei contratti organizzativi di durata e di rete, vale a dire, i legami tra molte parti che prendono decisioni. Difatti, se la teoria delle decisioni in condizioni di incertezza si concentra sull'aspetto di lungo termine, le teorie delle informazioni a cascata e dell'apprendimento collettivo aggiungono qualcosa sulle caratteristiche della rete nei contratti organizzativi di durata e di rete. Su un piano squisitamente di economia politica, i meccanismi di diffusione dell'informazione sono essenziali e possono determinare il successo economico (22). I contratti organizzativi di durata e di rete, nonché i problemi ad essi connessi tendono ad essere più granulari, più connessi ai processi decisionali individuali.

Con riguardo alle informazioni a cascata, procedendo per semplificazioni, il contributo essenziale per il nostro argomento sembra risiedere nella descrizione delle tipiche situazioni in cui esse sorgono e sul tipico comportamento che esse innescano. Tale teoria si applica alle situazioni in cui le persone assumono decisioni liberamente e possono modificarle, la decisione è piuttosto semplice (sì/no) ed è assunta in sequenza, nonché le decisioni prese da altri possono

---

(21) Si vedano, ad esempio, P. Jones, P. Roelofsma, *The potential for social contextual and group biases in team decision-making: Biases, conditions and psychological mechanisms*, in 43 *Ergonomics*, (2000), pp. 1129-1152; C. Robert, P. Carnevale, *Group choice in ultimatum bargaining*, in 72 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, (1997), 2, pp. 256-279; D. Messick, D. Moore, M. Bazerman, *Ultimatum bargaining with a group: Underestimating the importance of the decision rule*, in 69 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, (1997), 2, pp. 87-101.

(22) Pioneristici, sicuramente, i saggi già nelle prime decadi dopo il secondo conflitto mondiale, specificamente F. A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, in 35 *The American Economic Review*, (1945), pp. 519-530; G. Stigler, *The Economics of Information*, in 69 *Journal of Political Economy*, (1961), pp. 213-225; per il contesto generale e ulteriori sviluppi riassunti in S. Grundmann et al., *New Private Law Theory*, cit, (nt. 2), Cap. 12.

essere osservate, ma non i motivi per cui esse sono prese. Allo stesso tempo — è questa la chiave per innescare il meccanismo — coloro che decidono osservando gli altri non hanno una forte conoscenza personale su come prendere la migliore decisione. In questo caso, la prima persona che assume la decisione successiva, che osserva la prima decisione presa, tende già a non indagare più in modo altrettanto approfondito circa la soluzione da preferire e, quando non esiste alcun chiaro convincimento preferibile, tende ad adottare l'unica decisione già presa (anche in una situazione in cui, in assenza di quella precedente, avrebbe pure potuto ben prendere l'altra decisione o anche l'avrebbe leggermente preferita). Per di più, questo orientamento tende a cristallizzarsi (e le decisioni contrarie ad essere meno probabili) quanto più ampia diventa la catena dei suoi sostenitori — persino quando tutti coloro che sono chiamati ad assumere decisioni, ancora una volta hanno deciso solo sulla base delle osservazioni e non del proprio giudizio ([23]). Su tali basi, già prima della crisi finanziaria globale, Wagner e altri hanno descritto ad esempio la forte volatilità dei mercati finanziari mondiali come caso paradigmatico — cioè anche come una ipotesi di economia politica ([24]). In modo coerente con la teoria delle informazioni a cascata, essi definiscono la situazione generale sottolineando la circostanza che gli attori globali sono sempre meno in grado di giudicare l'affidabilità e le motivazioni altrui. Gli autori pertanto ipotizzano una riduzione della possibilità di mettere in discussione le decisioni già assunte — fino al punto che anche decisioni fortemente implausibili continuano ad essere seguite (nonostante i gravi dubbi

---

([23]) Avveniristiche le descrizioni (anche nel prosieguo) di: S. Bikhchandani, D. Hirshleifer, I. Welch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades*, in 100 *Journal of Political Economy*, (1992), pp. 992-1026; A. Banerjee, *A simple model of herd behavior*, in 107 *The Quarterly Journal of Economics*, (1992), pp. 797-817; I. Welch, *Sequential sales, learning, and cascades*, in 47 *The Journal of Finance*, (1992), pp. 695-732; L. Anderson, C. A. Holt, *Information Cascades in the Laboratory*, in 87 *American Economic Review*, (1997), pp. 847-862; S. Bikhchandani, D. Hirshleifer, I. Welch, *Learning from the behavior of others: Conformity, fads, and informational cascades*, in 12 *Journal of Economic Perspectives*, (1998), pp. 151-170; per una panoramica, v. M. K. Brunnermeier, *Asset Pricing under Asymmetric Information*, Oxford, 2001, pp. 147 ss.

([24]) H. Wagner, W. Berger, *Globalization, Financial Volatility and Monetary Policy*, in 13 *Empirica* (2004), pp. 163-184.

in coloro che assumono le decisioni alla fine della catena) perché una rottura di questa "common opinion" richiederebbe una convinzione contraria estremamente forte e solidamente basata sulle circostanze di fatto.

Diversamente da questi fenomeni di *herd behaviour stricto sensu* ([25]), tuttavia, un tentativo di cambiamento si può invece osservare (anche se non nella crisi finanziaria globale) — e questa possibilità sembrerebbe essere tanto più realistica, quanto più chiaramente possa essere (super)visionata la platea di attori, cioè in genere quanto più gli attori si conoscono reciprocamente e tanto più piccola è la platea di essi. Si tratta dell'ipotesi in cui un attore, che è fortemente convinto di una diversa e migliore soluzione, non solo sceglie questa ulteriore soluzione, bensì spesso ha persino il potere di cambiare completamente il percorso — anche per tutti coloro che saranno successivamente chiamati a decidere. In altri termini, spesso questo nuovo soggetto che assume la decisione è più dissuasivo di tutti gli altri suoi predecessori. Questa spiegazione comporterebbe che coloro che saranno successivamente chiamati a decidere riterranno che un mutamento nel processo decisionale è espressione di una conoscenza molto approfondita all'opposto ([26]).

([25]) Le informazioni a cascata (*information cascades*) e il comportamento del gregge (*herding*) sono confrontate, ad esempio, da L. Corazzini, B. Greiner, *Herding, social preferences and (non-) conformity*, in 97 *Economics Letters*, (2007), pp. 74-80, in partic. pp 74 s.; A. Hung, C. Plott, *Information cascades: Replication and an extension to majority rule and conformity-rewarding institutions*, in 91 *American Economic Review*, (2001), pp. 1508-1520, in partic. pp. 1508 ss. Sebbene la terminologia differisca leggermente tra gli autori, il comportamento del gregge si riferisce alle somiglianze e alle interdipendenze fra le scelte che potrebbero essere dovute a una cascata di informazioni (v., ad es., A. Banerjee, *A simple model of herd behavior*, in 107 *The Quarterly Journal of Economics*, (1992), pp. 797-817, 798, e spesso assume una connotazione maggiormente negativa; le cascate [di informazioni] in genere si riferiscono alla integrazione di informazioni osservative all'interno delle informazioni private di colui che decide e che potrebbero risultare vantaggiose o svantaggiose, a seconda della qualità del segnale esterno.

([26]) Si vedano i riferimenti *sub* nt. 24 e 25, e più specificamente S. Bikhchandani, D. Hirshleifer, I. Welch, *A Theory of Fads*, cit., pp. 994 e 1009; sulle informazioni a cascata a contrario più in generale si veda I. O. Lee, *Market crashes and informational avalanches*, in *The Review of Economic Studies*, 65 (1998), pp. 741-759, in partic. 746; J. Goeree et al., *Self-correcting information cascades*, in 74 *The Review of Economic Studies*, (2007), pp. 733-762.

Un'ultima parola sull'apatia — che è molto più discussa nel mondo dei processi decisionali degli azionisti (27). Le informazioni a cascata e l'apprendimento osservazionale suggerirebbero, in questo caso, di vedere un altro vantaggio dei contratti organizzativi di durata e di rete in confronto con le imprese (accanto a quelli individuati da W. Powell). Gli ostacoli a che le informazioni che ciascuno possiede abbiano un impatto sulla realtà (far valere questo nuovo modo di decidere) sono minori — dal momento che ogni attore può decidere per sé autonomamente, senza dipendere dall'ottenimento o meno di un consenso (di maggioranza) tra gli altri. Questo dovrebbe tradursi in una più attiva raccolta di informazioni — dal momento che sono rimosse due tipiche cause dell'apatia degli azionisti (diminuite chances di ottenere il risultato delle informazioni ottenute, necessità di ciascun azionista di ridurre i propri investimenti in informazioni nell'ipotesi in cui detenga solo poche azioni e così non profitti adeguatamente — e chiaramente meno di 100 % — dei vantaggi della propria decisione e del proprio intervento). Pertanto, dal punto di vista di colui che assume una decisione individuale, le *chances* di un uso e di una raccolta di informazioni efficienti sono considerevolmente accresciute. Persino ulteriori vantaggi — adesso non solo per coloro che assumono decisioni in modo indipendente, ma per tutti — eventualmente consistenti nella possibilità che una decisione fortemente informata si imponga (e non sia di per sé il contrario), sono aumentati ed altrettanto eccellenti. Come è stato affermato, si è notato che una tale decisione non solo devia dalla lunga serie di decisioni assunte in precedenza, ma spesso modifica completamente il percorso delle decisioni future.

2.4. *Il ruolo della teoria dei giochi — inclusa la teoria dei giochi ripetuti e della reciproca aspirazione.*

La teoria dei giochi — nella sua seconda variante dei giochi ripetuti (senza un orizzonte temporale definito) — risulta in grado di

---

(27) Su questo fenomeno si veda TH. BAUMS, *Germany*, in TH. BAUMS, E. WYMERSCH (a cura di), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, The Hague-London-Cambridge-MA 1999), p. 109-130, in partic. 111 ss..; F. EASTERBROOK, D. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, 2 ed., Cambridge-MA, 2005, pp. 66 ss.; S. GRUNDMANN, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, 2 ed. (nuova ed.), Antwerp-Oxford, 2012, § 3 parr. 29 ss.

fornire una chiara spiegazione anche per i contratti organizzativi di durata e di rete soprattutto quando si tiene conto della sua variante modificata di cosiddetta 'reciproca aspirazione' di R. Selten (28). Con riguardo a questi ultimi, questa versione modificata sembra essere particolarmente interessante non solo perché il c.d. "mutamento comportamentale" ha avuto un impatto anche sulla teoria classica dei giochi — fornendo una risposta anche agli studi empirici che smentivano l'ipotesi di scelte pienamente razionali nell'organizzazione del gioco (29). Dal lato dei presupposti comportamentali, la teoria di giochi presenta persino un doppio problema di *bias* cognitivi — non uno solo, come nella maggior parte dei casi. Per la verità, i *bias* possono aversi sia nella sfera di colui che ha basato e modellato la propria decisione sulla teoria dei giochi, sia al contempo nella sfera di coloro le cui azioni (così come previste) dovrebbero riflettersi nella decisione idealmente assunta ma che, ancora una volta, possono essere influenzate dai *bias* (30). Con riguardo ai contratti organizzativi di durata e di rete, tuttavia, il

---

(28) Per un saggio pionieristico e in anticipo sui tempi si veda H. Sauermann, R. Selten, *Anspruchsanpassungstheorie der Unternehmung*, in 118 *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, (1962), pp. 557-597; più recentemente, M. Ahlert, L. Lajtos (v. nota successiva). Il background può essere rinvenuto nel concetto di meri "satisfattori" (in luogo di "massimizzatori") di H.A. Simon: H.A. Simon, *A Behavioural Model of Rational Choice*, in 69 *The Quarterly Journal of Economics*, (1955), pp. 99-118, 103-106 in partic.

(29) Per un lavoro empirico che si basa in modo considerevole su queste previsioni si veda: R. McKelvey, T. Palfrey, *An Experimental Study of the Centipede Game*, in 60 *Econometrica*, (1992), pp. 803-836; R. Nagel, F.F. Tang, *An Experimental Study on the Centipede Game in Normal Form: An Investigation on Learning*, in 42 *Journal of Mathematical Psychology*, (1998), pp. 356-384; *amplius*, H. Gintis, *Game Theory Evolving*, 2 ed., Princeton, 2009; C. Camerer, *Behavioral Game Theory*, Princeton, 2003; per un buono resoconto, v. M. Ahlert, I. Lajtos, *60 years after Nash's bargaining solution: Trends in Bargaining Theory* (Working Paper), Martin-Luther-Universität, Jur. und Wirtschaftswiss. Fak., Halle-Saale, 2011. C. Vogt, *Kooperation im Gefangenen-Dilemma durch endogenes Lernen — ein evolutionär spieltheoretischer Ansatz*, Magdeburg, 2001, riferiva un 21 % di cooperazione nei casi di scuola progettati come semplici ipotesi di "dilemma del prigioniero" — dove la teoria classica dei giochi prevedeva lo 0 %.

(30) In questo caso, la teoria classica dei giochi affronta il problema in cui una parte non si comporta razionalmente, persino se l'altra parte è, di fatto, razionale (la teoria classica dei giochi dipende dai calcoli alla luce del comportamento prevedibile e razionale *dell'altra* parte contrattuale). Il problema c.d. "della mano tremante" è innovativo in questo senso: R. Selten, *Re-examination of the Perfectness Concept for*

"mutamento comportamentale" è solo uno dei motivi per focalizzarsi ulteriormente sulla teoria della reciproca aspirazione e sulle altre versioni che prendono in considerazione i *bias* (31). L'altra ragione è che, come direbbe Powell, anche la componente della forza di volontà potrebbe divergere (32). Potrebbe persino non esserci la volontà di migliorare la propria posizione al massimo (indipendentemente dalle capacità cognitive di farlo), quanto piuttosto solo di raggiungere un livello soddisfacente e, in alternativa, di riporre la fiducia nel complessivo effetto favorevole della rete (v. *infra*, par. 5).

I contratti organizzativi di durata e di rete, nella prospettiva della teoria dei giochi, dovrebbero generalmente essere analizzati come giochi ripetuti entro un orizzonte temporale indefinito — giochi diversi dagli altri (giochi "one-shot" o giochi ripetuti con orizzonti temporali definiti) in cui i problemi di comportamenti opportunistici delle controparti sono percepiti come radicalmente ridotti a causa della reciproca possibilità di reagire e imporre

---

Equilibrium Points in Extensive Games, in 4 *International Journal of Game Theory*, (1975), pp. 22-55 (i contraenti prevedono che l'altra parte possa essere sottoposta a un *bias* quando è chiamata a decidere sul suo "colpo" — cioè potrebbe avere una "mano tremante"). Per un buon e più recente resoconto del problema, si veda H. Gintis, *The Bounds of Reason: Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences*, Princeton, 2009.

(31) V. manuali e saggi citati *supra*, nt. 29-31 di H. Gintis e R. Selten; ancora, J. Harsanyi, *Measurement of Social Power, Opportunity Costs, and the Theory of Two-Person Bargaining Games*, in 7 *Behavioral Science*, (1962) pp. 67-80; Id., *Bargaining in ignorance of the opponent's utility function*, in 6 *Journal of Conflict Resolution*, (1962), pp. 29-38.

(32) Sulla volontà vincolata ("bounded willpower") v., ad es., D. Laibson, *Golden eggs and hyperbolic discounting*, in 112 *The Quarterly Journal of Economics*, (1997), pp. 443-478; R. Thaler, *Doing economics without homo economicus*, in S. Medema, W. Samuels (a cura di), *Foundations of Research in Economics: How Do Economists Do Economics*, Cheltenham, 1996, pp. 227-237, in partic. 232 ss.; Ch. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in 50 *Stanford Law Review*, (1998), pp. 1471-1550, lista annessa a pp. 1548-1550; sulla distinzione tra massimizzazione e soddisfacimento v. H. A. Simon, *Theories of decision-making in economics and behavioral science*, in 49 *American Economic Review*, (1959), pp. 253-283, in partic. pp. 262-264; id., *Theories of bounded rationality*, in C.B. McGuire, R. Radner (a cura di), *Decision and Organization*, Amsterdam-London, 1972, pp. 161-176, in partic. pp. 168 ss.

sanzioni (33). Dall'altro lato, la teoria dei giochi è notoriamente debole per quanto concerne la sua efficacia verso terzi — come già mostra l'esempio fondamentale del dilemma del prigioniero (34) — e ciò costituisce un grave inconveniente quando si dà rilievo alle reti, specialmente ai network informali. Secondo una prospettiva giuridica, sembrerebbe meno importante stabilire la soluzione ottimale (in quanto si tratta di una questione che la legge in genere lascia alle parti, concedendo loro l'autonomia privata) che garantire gli strumenti che manterrebbero intatte le opportunità di contrattazione. Da questo punto di vista, il maggior contributo sembrerebbe essere quello più conforme al concetto di *governance* di Williamson. L'analisi giuridica dovrebbe concentrarsi sugli strumenti con cui i risultati complessivi dei giochi possono essere migliorati, specialmente dove la disciplina sanziona la parte che "contravviene" (nei "giochi") (azioni deleterie).

2.5. *Una casa di reciproco affidamento e generosa reciprocità.*

Il fondamentale lavoro di W. Powell "*Né mercato né gerarchia*" (35) contiene a sua volta — anche se in modo nascosto — una

---

(33) Scontato per i giochi "one-shot", ma anche per i giochi ripetuti con orizzonte temporale definito, questa possibilità è ritenuta ridotta (la teoria classica dei giochi, a causa della c.d. induzione a ritroso, la riterrebbe addirittura pari a zero). Si veda R. J. AUMANN, *Backward Induction and common knowledge of rationality*, in 8 *Games and Economic Behavior*, (1995), pp. 6-19.

(34) Gli effetti nei confronti di terzi sono irrilevanti "all'interno" della teoria dei giochi. Ciò può essere inferito dalla spiegazione su come risolvere il dilemma del prigioniero (cioè come farli collaborare a non confessare, nonostante le condizioni avverse): v., ad esempio, D. ROSS, *(voce) Game Theory*, in D. ROSS (a cura di), *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2010, *sub* 2.7. Ross non ritiene che, per ragioni di giustizia fondate sul principio retributivo e sullo scopo di prevenzione generale, l'ordine giuridico vorrebbe in realtà prevenire tale collaborazione.

(35) V. *supra*, nt. 2 e 3 (su POWELL e la contestualizzazione); v. anche C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction*, Princeton-NJ, 2003, p. 2: *"I passaggi rilevanti negli anni Sessanta consistevano nella presa di coscienza che il comportamento in sequenze ripetute di giochi potevano differire sostanzialmente dal comportamento in giochi 'one-shot'* (...)*"*. Powell deve molto all'idea di M. Granovetter concernente la "incorporazione" dell'azione economica nelle norme e nei contesti sociali. Si veda M. GRANOVETTER, *The Impact of Social Strucutre on Economic Outcomes*, in 9 *Journal of Economic Perspecitves*, 1 (2005), pp. 33-50; ID., *Economic Action and*

teoria decisionale. In questa teoria, si può persino trovare un germe della teoria delle informazioni a cascata — *avant la lettre* — perché Powell sembrerebbe sostenere che la deviazione dal generale atteggiamento di fiducia può essere innescata solo da gravi motivi, cioè una volta intrapreso un percorso la deviazione da esso richiede uno stimolo molto forte. Le riflessioni strutturali fondamentali sono, tuttavia, piuttosto diverse per il resto. Ancora più importante, il sentimento di fiducia nei network tende a fondarsi non sulla conoscenza piatta e superficiale quanto piuttosto sulla esperienza che — proprio al contrario — è salda e profonda. Questo spiega pertanto perché le previsioni svolte con riguardo a entrambi gli aspetti della teoria conducono nella maggior parte dei casi a risultati differenti (v. nel prosieguo).

Quando Powell descrive le reti come totalmente distinte dal mercato e dalla impresa, sicuramente non come un ibrido ("*né carne né pesce, né un qualche incrocio ibrido, ma una forma chiaramente distinta*" / "*neither fish nor fowl, nor some mongrel hybrid, but a distinctly different form*"), la principale ragione può essere riassunta come segue. Prima di tutto, come ricordato dal suo vasto studio socio-empirico ([36]), Powell vede l'accordo/il sistema — prima di tutto, ma non ad ogni istante — come "reciproco", in particolare con riguardo allo scambio del valore e con riguardo al flusso e alla distribuzione di informazioni — e basato sulla responsabilità personale/individuale di ciascuna "controparte" (senza un sistema di *pooling* di investimenti o guadagni negli accordi stabiliti dalle parti!). Powell spiega nel dettaglio perché e quanto il network viene ad esistenza. Questo equivale ampiamente alla questione di quali vantaggi offrano le due forme alternative. La sua risposta — tipica della sociologia (economica) — non è monocausale, nel senso di

---

Social Structure: The Problem of Embeddedness, in 91 *American Journal of Sociology*, (1985), pp. 481-510.

([36]) W. Powell, *Research in Organizational Behaviour*, 12 (1990), pp. 295-336; pp. 305-322, citazione p. 299. Le idee di seguito riportate trovano alcuni paralleli soprattutto con il pensiero della *reputation* dell'impresa. Anticipatore dei tempi, in tal senso, F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago et al., 1948, p. 97; per una bella concettualizzazione e indagine, v. L. Klöhn, K. U. Schmolke, *Unternehmensreputation (Corporate Reputation)*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2015, pp. 689-697.

dipendere, ad esempio, *esclusivamente* dai costi di transazione. Al contrario, Powell interpreta il materiale empirico nel senso di contraddire qualsiasi pretesa delle parti a scegliere gli accordi esclusivamente o addirittura prevalentemente per i relativi vantaggi in termini di costi di transazione.

Queste sono le scoperte più impressionanti: le reti dipendono molto più dalla reciprocità e dall'ininterrotto, reciproco affidamento che da qualunque alternativa; nei mercati, l'uscita è conveniente e nelle organizzazioni, una struttura gerarchica esiste e risolve (la maggior parte de) i problemi ([37]). Pertanto le decisioni sono assunte in un atteggiamento che ripone la fiducia negli effetti vantaggiosi nel lungo termine e nelle controparti finché esse sono percepite come corrette. Questo spiega perché il mercato e l'impresa sono istituti con una chiara struttura e con altrettanto chiari strumenti, mentre i network sono più flessibili e vaghi (anche per quanto riguarda gli strumenti applicabili). Per effetto di queste caratteristiche strutturali, il flusso di informazioni è ritenuto particolarmente rilevante, più concentrato che in altri rapporti, e basato su una posizione equivalente dei "peer" (che pretendono e richiedono reciprocità e affidabilità, sulla base, ovviamente, di esperienze positive).

I networks pertanto superano i mercati dove le informazioni sono complesse e individualizzate ma pure prevalgono sulle organizzazioni gerarchiche dove le informazioni sono complesse, individualizzate e in rapido cambiamento; ciò avviene in entrambi i casi perché lo scambio tra soggetti in posizione paritaria fa la differenza. L'assunzione di decisioni in condizioni di fiducia è lo strumento — o il prezzo da pagare. I mercati coordinano ma (poiché si limitano a trasferire "segnali") sono percepiti come "deboli" con riguardo a informazioni altamente complesse e innovative. Le imprese sono percepite come particolarmente adatte nell'ambito della produzione di massa e dei processi ripetitivi, ma non per cambiamenti netti e innovativi. Powell si riferisce spesso all'economia istituzionale, ma spesso anche all'insufficiente complessità di tale approccio. Il nucleo fondamentale di tale affermazione è che essa si basa troppo su una

---

([37]) W. POWELL, *Research in Organizational Behaviour*, 12 (1990), pp. 295-336, in partic. 296-302; circa la disgregazione della fiducia come problema fondamentale, v. pp. 304 ss.

rigida aspettativa di equivalenza nello scambio (‘*do ut des*’), che egli rigetta in favore di un modello alternativo. In linea con i modelli sociologici, Powell rileva come la fiducia riduca la complessità (N. Luhmann).

Pertanto, se è vero che c’è un’aspettativa di reciprocità che molto spesso forma un minimo necessario, non c’è alcuna aspettativa di rigida equivalenza degli scambi, in quanto una siffatta aspettativa metterebbe a repentaglio il fondamento profondo delle reti. Il modello di Powell si concentra nello spiegare più accuratamente perché tali network riescano a mantenere un equilibrio tra posizioni paritetiche (“peers”) a lungo nel tempo, offrano buoni (e migliori) contesti per l’apprendimento e la diffusione delle informazioni (come nella Silicon Valley) e perché essi risultino più diffusi quando le relazioni hanno a che fare con valori immateriali, non facilmente “afferrabili” e difficili da tutelare attraverso gli strumenti giuridici. In questo modello, le riflessioni sui costi di transazione sono marginali; ciò che è infatti enormemente più importante sono le riflessioni strategiche, per le quali la quantificazione è semplicemente impossibile: *“concentrarsi esclusivamente sulla operazione — piuttosto che sulla relazione — come principale elemento di analisi è errato”* (38). Il trasferimento del *know-how*, la velocità di adattamento e la fiducia nel lungo termine sono le tre principali caratteristiche — nonché un contesto analitico degno di nota.

3. *Implicazioni giuridiche delle teorie decisionali per contratti organizzativi di durata e di rete.*

Nell’ultimo paragrafo di questo contributo, occorre affrontare la questione di quali conseguenze possano trarsi da tali scoperte per la progettazione di contratti organizzativi di durata e di rete o per la legislazione o ancora per l’evoluzione del diritto attraverso la giurisprudenza. A tal fine, in quest paragrafo si analizzerà una serie di casi giurisprudenziali rilevanti, spesso oggetto di discussione giuridica. Questi vanno dalle ipotesi di restituzione dei guadagni aggiuntivi realizzati all’interno dell’intera rete quando esse crescono e sono

---

(38) W. Powell, *Research in Organizational Behaviour*, 12 (1990), pp. 295-336, in partic. p. 323; si vedano principalmente pp. 302 ss., 322 ss.

pertanto ottenuti degli sconti, alle ipotesi in cui l'attività di un singolo membro è dannosa per la reputazione complessiva del network. Altri casi ancora riguardano la previsione di diritti di revoca diretta o di ispezione nelle catene e nelle reti o riguardano i doveri di proteggere e avvertire i membri dei network che non sono controparti contrattuali dirette. In tutti questi casi, i diversi approcci teoretici svelano diverse caratteristiche del caso e si palesano a favore dell'assunzione di approcci di policy diversi. Il collegamento con i processi decisionali è in genere ovviamente indiretto in quanto normalmente i problemi in genere sorgono e le controversie hanno luogo solo una volta che le decisioni sono state prese (durante la fase di stipula del contratto o nel corso del rapporto). Perciò, la questione è piuttosto se la sentenza in questo ultimo punto rispecchia le aspettative del precedente processo decisionale. Un'altra questione rilevante, in questo momento, è quanto una sentenza o una norma giuridica incideranno sulla collaborazione e sui processi decisionali futuri. Pertanto, sia pur in quale modo indirettamente, l'influenza delle norme e del provvedimento giurisdizionale riguarda comunque le decisioni e le loro conseguenze.

3.1. *Restituzione dei profitti inattesi?*

Una questione dibattuta in vari ordinamenti riguarda come ripartire i profitti inattesi ([39]). I principali casi decisi al riguardo — quantomeno in Germania — riguardano gli accordi di *franchising* ([40]), dunque un'intesa che non è collocabile a nessuno dei due

---

([39]) Si vedano: J. Brickley, F. Dark, *The Choice of Organizational Form — The Case of Franchising*, in 18 *Journal of Financial Economics* (1987), pp. 401-420; S. Norton, *Franchising, brand name capital, and the entrepreneurial capacity problem*, in 9*Strategic Management Journal*, (1988), pp. 105-114; A. Dnes, *The Economic Analysis of Franchising and its Regulation*, in C. Joerges (a cura di), *Franchising and the Law — Theoretical and comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, 1991, pp. 133-142; H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, p. 253; Ch. Wonnell, *(voce) Unjust Enrichment and Quasi-Contracts*, in B. Bouckaert, G. De Geest (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. II: Civil Law and Economics*, Cheltenham, 2011, p. 795 (801).

([40]) A favore dei doveri di restituzione di tali guadagni si veda il caso *Bundesgerichtshof (BGH)*, KZR 19/02 del 20 maggio 2003, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (*ZIP)* 2003, pp. 2030-2035; in dettaglio per esempio (per ampi doveri di restituzione di sifatti

poli (le reti di esecuzione prettamente meccanica da un lato e le reti fortemente flessibili e informali dall'altro), ma in mezzo ad essi. Nei sistemi di pagamento, siffatti profitti inattesi non sembrerebbero possibili. Al contrario, nelle reti informali e flessibili destinate all'innovazione, l'idea di una attribuzione individuale a ciascuno per il proprio successo sembrerebbe prevalere. La questione pertanto sembrerebbe essere più rilevante per gli accordi intermedi entro lo spettro che per quelli collocati ai due poli. La tipica fattispecie è la seguente. Un network — in questa ipotesi con una parte dominante (il *franchisor*), che organizza il rapporto secondo uno schema "a stella" attorno a sé — ha un successo maggiore di quanto atteso o semplicemente si espande. Spesso non solo la progettazione, ma anche il materiale grezzo è fornito dal *franchisor* (acquisto congiunto). In siffatti casi — come nell'ipotesi decisa — il successo della rete porterà a un incremento degli ordini attraverso il *franchisor* che può (e lo ha fatto) approfittare dell'accresciuto potere di domanda per negoziare sconti con i fornitori. La questione centrale che scaturisce da tali casi è pertanto la seguente: se i prezzi nel rapporto con i *franchisee* possono rimanere invariati (a fronte di una prestazione invariata) o se gli sconti devono essere proporzionalmente restituiti (e allora i prezzi nell'anzidetto rapporto devono riflettere anch'essi tali sconti).

Nel caso deciso, l'incremento non era previsto da alcuna delle parti al momento della formazione del contratto ma esso era noto a tutti al momento della controversia. Pertanto, le teorie delle informazioni a cascata e dell'apprendimento osservazionale non sembrerebbero essere di grande utilità. La teoria delle decisioni in condizioni di incertezza spiegherebbe che questa mancanza di previsione degli sconti, cioè di profitti aggiuntivi non molto alti, in un futuro ipotetico, costituirebbero un *bias* ben noto. La questione fondamen-

---

guadagni, in ogni caso): R. Böhner, *Vom Franchisevertrags- zum Franchisenetzwerkrecht*, in *Betriebsberater (BB)* 2004, pp. 119-124; G. Teubner, *Profitsharing als Verbundpflicht? Zur Weiterleitung von Netzvorteilen in Franchise-Systemen*, *ZHR* 168 (2004), pp. 78-96. *Contra* tali doveri di restituzione: *Bundesgerichtshof (BGH)* caso KZR 11/97 del 2 febbraio 1999, *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW)* 1999, pp. 2671-2677, in partic. p. 2675 ss. (Sixt) e *Bundesgerichtshof (BGH)* caso VIII ZR 59/01 del 17 luglio 2002, *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport* (*NJW-RR)* 2002, pp. 1554-1556, in partic. p. 1556 (Hertz).

tale sarebbe pertanto se si debba procedere alla correzione dei *bias* in una relazione B2B esclusivamente in casi eccezionali, quando sono superate alcune soglie predeterminate. In Italia, per esempio, l'approccio è quello secondo cui gli accordi di *franchising* sono assimilati a rapporti consumeristici, in quanto i *franchisee* stessi sono ritenuti le parti più deboli (41). La Corte suprema tedesca (*Bundesgerichtshof)* ha negato, in linea di principio, l'esistenza di un dovere di restituire tali profitti ma nell'ultimo caso ha deciso in senso opposto, utilizzando un argomento che, dall'esterno, potrebbe apparire come un *escamotage* giuridico. Il *Bundesgerichtshof* ha fondato la sua decisione sulla circostanza che, tra le clausole di stile, vi fosse anche la previsione secondo la quale "*Apollo fornisce il proprio supporto alla controparte, con riguardo alle prestazioni commerciali e alle operazioni procedurali basate sul sistema e trasmette alla controparte vantaggi, idee e miglioramenti per raggiungere il successo commerciale ottimale*". La Corte ha sostenuto che la clausola include anche la restituzione dei profitti — con la conseguenza che l'accordo di *franchising Apollo* è stato subito dopo immediatamente modificato, espungendo siffatta clausola. Ciò che emerge chiaramente dal giudizio (e che differisce apparentemente in primo luogo in Italia) è che tale questione è lasciata in linea di principio all'autonomia privata (alle decisioni delle parti, se lo desiderano). Al contrario, in una prospettiva normativa, occorrerebbe porsi altri interrogativi. Questi includerebbero se un intervento normativo in favore della parte presunta debole debba essere limitato ai soli casi estremi nei rapporti B2B (per non incidere eccessivamente nel funzionamento della concorrenza) e se il ricorso al paradigma della scelta razionale non sia sempre stato utilizzato per diminuire il rilievo normativo anziché aumentarlo. Queste riflessioni ci riportano alle teorie decisionali.

Le teorie decisionali che più direttamente contribuiscono a fornire le argomentazioni decisive per la soluzione del caso sembrerebbero essere la teoria della reciproca aspirazione e la concezione delle reti come una "casa di fiducia", potenzialmente combinata con elementi di *governance*. Con riguardo alla teoria decisionale richia-

---

(41) V., per un'indagine e una valutazione ampie, v. C. Rinaldo, *Beyond Consumer Law — Small Enterprises, Independent Contractors and Other Professional Weak Parties*, in 14 *European Review of Contract Law*, (2018), pp. 227-250.

mata per prima, sembrerebbe piuttosto evidente che la "aspirazione" e l'aspettativa (anche) dei *franchisor* fosse quella di avere una salda base di partenza — i prezzi effettivi all'inizio — su cui costruire il proprio business. L'argomentazione, pertanto, potrebbe essere esclusivamente quella che essi avrebbero potuto negoziare maggiormente, se fossero stati più razionali. Si tratta del ragionamento inverso a quello più comune, ove si sosterrebbe che nelle relazioni B2B la garanzia di parità di condizioni in base alle quali dei contraenti razionali possono assumere le proprie decisioni costituisce la massima protezione auspicabile (anche per salvaguardare il principio di concorrenza). Tale parità di condizioni esisteva certamente in questi casi, perché l'aumento del volume di affari dell'intero network è uno scenario molto realistico per ogni attore razionale. Sullo sfondo di questi due risultati — la reciproca aspirazione è soddisfatta ed è complicato imporre una regolamentazione che corregge la lettera l'accordo, a meno che la *ratio* non risulti molto chiara — il ricorso all'idea del reciproco affidamento come valore primario nei network risulta ancor più chiarificatore. Il problema è pertanto quale approccio promuoverebbe meglio il reciproco affidamento: quello di aprire a nuovi motivi di contestazione o l'altro, contrario — al di fuori dei casi estremi in cui, tuttavia, ipotesi di profitti inattesi sono difficili da trovare. Tale affidamento non è meglio protetto quando esiste un solo presupposto — quello che le reciproche aspettative siano soddisfatte — ma, al contempo, le attribuzioni del singolo siano egualmente salvaguardate? I guadagni aggiuntivi non sono così facili da attribuire. Essi potrebbero anche essere dovuti all'ampliamento della rete da parte del *franchisor*. Ancora, sembrerebbe piuttosto chiaro che, nel lungo termine, per esempio in futuri cicli di negoziazioni, un incremento del genere si verificherà in qualche modo. Ciò si adatta piuttosto chiaramente all'idea di Powell di una generalizzata aspettativa a trarre in qualche modo profitto dal complessivo sviluppo vantaggioso della rete — anche solo nella misura in cui ne è aumentata la stabilità. Sulla base degli approcci teoretici ai processi decisionali e alla loro conclusione, quasi tutte le argomentazioni a sostegno sembrerebbero essere contrarie alla configurazione di un rigido dovere di restituzione. Questo è meno chiaro — per aggiungere alcuni elementi di *governance* nella linea di pensiero di Williamson — se si individua in esso

un mero obbligo di rinegoziazione in siffatte ipotesi, quanto meno quando gli sconti diventano più significativi (42). La periodica rimessa in discussione del rapporto è generalmente percepita come uno strumento che aumenta la fiducia (43). Pertanto, tale discussione su come disporre degli sconti raggiunti — per esempio agli incontri periodici della rete di *franchising* — potrebbe non solo essere una idea di business, ma oltretutto potrebbe fondarsi su un dovere giuridico. Il *franchisor* pertanto può — ma anche deve — sostenere le proprie ragioni.

3.2. *Protezione dei valori comuni?*

Si tratta del più grande scandalo nel settore del fast-food del 2014 (44). Il più grande *franchisee* di Burger King in Germania, Yi-Ko, con ottantanove punti vendita, è stato oggetto di un'indagine del [programma televisivo] "*Team Walraff — reporter undercover*", che ha mostrato il mancato rispetto generalizzato delle norme igienico-sanitarie e una sistematica truffa con riguardo agli standard qualitativi degli alimenti. Burger King ha risolto il contratto per gravi motivi. Si tratta di un caso in cui tutti gli ordinamenti giuridici fondamentalmente convergerebbero e consentirebbero l'esercizio di tale diritto di risoluzione (45). In aggiunta, in applicazione del diritto tedesco, l'opinione maggioritaria è nel senso che gli altri membri

---

(42) Con riguardo al sistema giuridico tedesco, si veda A. Nelle, *Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, Munich, 1993.

(43) Si veda B. Cherry, *Entrepreneur as trust-builder: interaction frequency and relationship duration as moderators of the factors of perceived trustworthiness*, in 14 *International Journal of Business and Globalisation*, (2015), pp. 97-121; cfr. anche J. K. Rempel, M. Ross, J. Holmes, *Trust and communicated attributions in close relationships*, in 81 *Journal of Personality and Social Psychology*, (2001), pp. 57-64 [per quanto concerne l'oggetto delle discussioni, non la loro frequenza]; M. Jaasma, R. Koper, *The relationship of student-faculty out-of-class communication to instructor immediacy and trust and to student motivation*, in 48 *Communication Education*, (1999), pp. 41-47.

(44) *Burger King erwartet längeren Streit mit Yi-Ko* in *Die Welt* del 23 novembre 2014.

(45) Per un'indagine comparatistica si veda A. Venezia (a cura di), *Termination of Franchising and Distribution Agreements in EU*, Milano, 2018. È importante ricordare tuttavia che la pressione politica dell'opinione pubblica — Yi-Ko aveva una forza-lavoro di circa tremila impiegati — ha finalmente spinto Burger King a rinegoziare e a

della rete hanno un diritto a obbligare il *franchisor* ad agire quando è colpito il valore comune del marchio ed essi rischiano di subire forti perdite (46). Il "caso Yi-Ko", tuttavia, non è stato portato nelle aule di giustizia.

La giustificazione di una tale uniformità può essere trovata nella ulteriore circostanza che anche tutte le teorie decisionali sembrano convergere in questo caso. Tutti i diversi approcci giudicano il comportamento di Yi-Ko lo sviluppo più negativo possibile. A partire dalla teoria delle decisioni in condizioni di incertezza, l'ambito in cui l'intervento normativo è messo in discussione è quello dei *bias* che influenzano la situazione. La questione è pertanto se una disciplina sia desiderabile quando l'incertezza avrebbe potuto essere più correttamente esaminata, ma non lo è stata a causa di *bias* come il c.d. "*present bias*". Tale prospettiva di valutazione è totalmente diversa da quella che riguarda l'informazione che è strutturalmente inattendibile per la parte colpita — cioè questa parte *non può* recedere —, e ancor più quando c'è un'asimmetria informativa strutturale — una parte ha delle informazioni, l'altra non è in condizioni di poterle conoscere (strutturale *indisponibilità delle informazioni*). Ogni regolazione delle informazioni considera questo motivo come il più grave per introdurre al contrario regole di *disclosure* — ogniqualvolta le informazioni sono essenziali per il rapporto (*alta importanza delle informazioni*) (47). Non c'è dubbio

---

ripristinare il contratto con un nuovo direttivo di Yi-Ko, prevedendo poteri ispettivi più ampi.

(46) Si veda G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund*, Baden-Baden, 2004, pp. 195-197; Oberlandesgericht München (Corte d'appello di Monaco), caso 7 U 2604/13 del 14 ottobre 2014, *Betriebsberater* (*BB)* 2015, p. 527.

(47) Fra la numerosissima letteratura negli ambiti del diritto e della teoria (nel diritto dei consumatori, nel diritto dei mercati capitali, etc.), si vedano G. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *The Quarterly Journal of Economics*, (1970), pp. 488-500; S. Grundmann, *Information, party autonomy and economic agents in European contract law*, in 39 *Common Market Law Review*, (2002), pp. 269-293, 272 ss.; O. Bar-Gill, O. Board, *Product-use information and the limits of voluntary disclosure*, in *American Law and Economics Review*, 14 (2012), pp. 235-270; O. Ben-Shahar, C. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, in 159 *Univ. Penn. L. Rev.*, (2011), pp. 647-749; S. Choi, A. Pritchard, *Securities Regulation*, 3 ed., New York, 2012, 22 ss.; R. Veil (a cura di), *European Capital Markets Law*, Oxford, 2013, Cap. 4, parr. 209-238; V. Eleswarapu, R. Thompson, K. Venkataraman,

che il valore del marchio comune — il rischio di perdere clienti — è infatti essenziale e tanto più lo è con riguardo alle più importanti risorse nelle relazioni commerciali.

Altrettanto chiara è la valutazione fornita dalla prospettiva della reciproca aspirazione, nonché della casa di fiducia. La stabilità delle basi fondamentali del business congiunto rientra chiaramente tra le aspirazioni fondamentali che generalmente hanno i partner commerciali. Questo include anche più chiaramente quelle basi che già sono venute ad esistenza quando l'investimento è fatto, rispetto a quando la base deve ancora essere creata (48). Di conseguenza, il valore del brand Burger King era una parte essenziale della aspirazione reciproca del *franchisor* e di tutti i *franchisee* — inclusi quelli al di fuori del complesso di Yi-Ko degli ottantanove punti vendita. Nella prospettiva del reciproco affidamento, dove tale reciproco affidamento è l'essenza delle relazioni peer-to-peer, sembrerebbe esserci uno scambio stringente: se, da un lato, i partners non possono attendersi guadagni immediati in ciascuna transazione, dall'altro lato l'affidabilità nel lungo termine è maggiormente essenziale — dove ci sono meno vantaggi concreti e immediatamente calcolabili, la stabilità dei rapporti di durata è l'aspetto più rilevante. Il comportamento di Yi-Ko era assolutamente da evitare in tali rapporti di "casa di fiducia".

The impact of Regulation Fair Disclosure: Trading costs and information asymmetry, in 39 *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, (2004), pp. 209-225, in partic. 209 ss.; C. Veljanovski, *Economic Approaches to Regulation*, in R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, pp. 17-36, in partic. 21; Ph. Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität* Tübingen, 2017, § 9.

(48) Per un tale impatto del cosiddetto "endowment effect" nel fissare le reciproche aspirazioni v., ad esempio, D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in 47 *Econometrica* (1979), pp. 263-291, in partic. 286; M. Schweitzer, *Disentangling status quo and omission effects: An experimental analysis*, in 58 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, (1994), pp. 457-476, in partic. 459 (entrambi sul "endowment effect" come punto di riferimento per la futura valutazione dei cambiamenti); ancora D. Kahnemann, J. Knetsch, R. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in 98 *Journal of Political Economy*, (1990), pp. 1325-1348; con riguardo alle aspettative razionali come punto di riferimento, si veda B. Kőszegi, M. Rabin, *A model of reference-dependent preferences*, in 121 *The Quarterly Journal of Economics*, (2006), pp. 1133-1165; D. Pope, M. Schweitzer, *Is Tiger Woods loss averse?*, cit., p. 155.

Infine, la teoria delle informazioni a cascata aggiunge un aspetto che riguarda la prevenzione. Nella misura in cui le informazioni a cascata — qui intesa come una potenziale cascata fra i clienti — può essere difficile da interrompere o da invertire/annullare e nella misura in cui vi è necessità di un segnale particolarmente chiaro, molto sarebbe a favore di sanzioni rigide e dissuasive. Nell'ipotesi di (rischio di) ingenti danni al complessivo valore del marchio, in combinazione con la violazione dolosa di disposizioni sostanziali (la cui violazione prevedibilmente può innescare una tale valanga di informazioni), la conseguenza auspicabile sembrerebbe la previsione di un'azione di risoluzione, senza ulteriori requisiti (né la previsione di un previo ammonimento disciplinare né di un periodo complementare).

3.3. *La necessità di doveri e azioni diretti — più precisamente, di informazioni?*

Una delle questioni in cui più di tutte i vari ordinamenti divergono fra loro è la questione di come concepire la relazione tra i membri dei contratti di rete che non intrattengono tra sé alcun rapporto contrattuale diretto. Un aspetto di questo problema è già stato richiamato quando, nella controversia tra Burger King e Yi-Ko, è stato fatto riferimento alla regola, presente nel sistema giuridico tedesco, secondo la quale gli altri *franchisee* avevano il diritto di fare pressione su Burger King affinché risolvesse il rapporto con Yi-Ko, nell'ipotesi in cui quest'ultimo danneggiasse gravemente il marchio comune (soggetto a eccezioni, come nel caso in cui ci siano altre misure di salvaguardia dell'interesse comune meno invasive ma altrettanto effettive). Ancora, in quel caso, gli altri *franchisee* azionerebbero solo il loro vincolo contrattuale diretto con Burger King, tuttavia con effetti rispetto a Yi-Ko con il quale non intrattenevano alcun rapporto contrattuale. L'effetto sugli altri membri della rete contrattuale è ancor più immediato quando ci sono azioni esercitate direttamente contro di essi, senza che ci sia alcun vincolo contrattuale tra attore e convenuto. Questo è per esempio il caso in cui ci si chiede se la parte danneggiata possa agire nei confronti di un terzo, parte della rete, ma non vincolato direttamente da un contratto con la parte danneggiata. Un esempio ben noto è costituito dall'azione diretta di un acquirente nei confronti di un produttore

(di motoveicoli) quando il suo prodotto è difettoso ma è stato venduto attraverso una catena di distribuzione da un rivenditore al dettaglio (che è controparte diretta dell'acquirente). Il compratore può subire un'azione per le perdite cagionate, ad esempio, perché ha dovuto noleggiare una auto di cortesia per le vacanze. Per motivi di capacità finanziaria o per imputare la colpa più facilmente, il produttore può apparire come il convenuto più attraente. Questo è il caso in cui il diritto francese e il diritto tedesco divergono diametralmente (49).

Solo un aspetto di questa complessiva prospettazione del problema dell'azione diretta sarà brevemente esaminato, cioè quello relativo all'avvertimento della propria controparte — il quale è particolarmente interessante per due ordini di ragioni. Da un lato, esso riguarda un caso in cui, a mio avviso, un'eccezione è giustificata se, più in generale, si devono preferibilmente negare azioni dirette tra membri della rete che non sono contrattualmente vincolati in modo diretto. Pertanto, si tratta di un caso particolarmente interessante. Dall'altro lato, questa eccezione può essere spiegata in modo particolarmente chiaro e giustificata facendo riferimento alla teoria delle informazioni a cascata mentre questa teoria non ha avuto un ruolo particolarmente rilevante nelle altre ipotesi. Il problema sempre controverso è se i membri di una rete devono avvisare anche quei membri, cui non sono direttamente vincolati per contratto, nei casi in cui è chiaro che tali informazioni sono rilevanti per tutti i membri della rete (50). Due distinzioni sono necessarie. In primo luogo, tale situazione può anche riguardare informazioni che si

---

(49) Per ulteriori riferimenti e per le ragioni che giustificano la preferenza per l'uno o l'altro approccio, non occorre ripetersi in questa sede: si veda sul punto S. GRUNDMANN, *Contractual networks in German private law*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham et al., 2011, pp. 111-162, in partic. 143-151 — nel senso di negare le azioni dirette a questo riguardo. Vale tuttavia la pena ricordare che una risposta negativa in una ipotesi, per esempio il caso del produttore di motoveicoli, non comporta necessariamente una risposta negativa anche nelle altre — come si può osservare nel prosieguo.

(50) G. TEUBNER, *Netzwerk* (*supra*, nt. 47), pp. 151 ss.; S. GRUNDMANN, *Die Dogmatik der Vertragsnetzwerke*, in 207 *Archiv für die Civilistische Praxis (AcP)*, (2007), pp. 718-767, in partic. v. 757-759 e S. GRUNDMANN, *Contractual networks in German private law*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham et al., 2011, pp. 111-162, in partic. 151 ss.; C.M. BIANCA,

risolvono in un particolare vantaggio concorrenziale per uno dei membri (es. segreti commerciali). In secondo luogo, si può avere la medesima situazione con riguardo al mondo esterno — cioè con soggetti non affiliati alla rete. Nonostante le difficoltà nel definire "l'interno" e "l'esterno" della rete e quantomeno nei casi in cui le informazioni non costituiscono un vantaggio concorrenziale rilevante (segreti commerciali), a mio avviso le migliori argomentazioni si mostrano a favore di un dovere di informare i membri della rete — anche se non esiste alcun vincolo contrattuale tra di essi. Sembrerebbe infatti che la teoria del reciproco affidamento ma ancor più le teorie delle informazioni a cascata e dell'apprendimento osservazionale facciano la differenza in queste ipotesi.

Si tratta esattamente di quel tipo di situazioni — condivisione di informazioni non concorrenziali ma tuttavia rilevanti — in cui il reciproco affidamento può essere potenziato. È in tutte queste situazioni che le reti, che si caratterizzano per i loro vantaggi di lungo periodo, sia pur non strettamente reciproci, possono emergere e ci si può ragionevolmente attendere che tutti i contraenti decidano di aderire. Essere "all'interno" di una rete è decisivo nella misura in cui una tale fiducia è stata positivamente creata, invocata e pertanto ritenuta meritevole di tutela. La teoria delle cascate di informazioni aggiunge un punto centrale a siffatta argomentazione. Essa comporta che tali informazioni costituiscono una preziosa risorsa — una risorsa che giustifica la creazione di una rete. Nelle imprese, tali informazioni devono circolare. Sui mercati, l'interesse a non dover condividere tutte le informazioni con chiunque è generalmente prevalente. Nelle reti, queste informazioni costituiscono una preziosa risorsa perché il meccanismo delle informazioni a cascata generalmente dovrebbe funzionare più sistematicamente. I membri in genere saranno a conoscenza delle attività degli altri affiliati con più facilità e pertanto seguiranno il flusso di informazioni ancora più facilmente. Pertanto, la mancata comunicazione delle informazioni può innescare una spirale verso il basso, mentre la condivisione di informazioni tende a innescare un flusso positivo. Se in una società o in un'economia di mercato — come sostiene Engel — la diffusione

---

Good Faith Related Duties of Disclosure and a View on Franchising, in S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI (a cura di), *The Organizational Contract* (*supra*, nt. 1), pp. 181-196.

sottile e più capillare di informazioni crea una maggiore fiducia complessiva, (51) altrettanto vale per le reti con maggiore intensità. In questa prospettazione, specialmente le informazioni che scambiano un intero flusso di informazioni sono di fondamentale importanza. A meno che non vi siano buone ragioni per l'ipotesi opposta (rilevante vantaggio concorrenziale), si tratta esattamente del contesto in cui ci sono buone argomentazioni per sostenere che la condivisione dovrebbe essere la regola. Un colpo di scena finale prenderebbe in considerazione le capacità cognitive. La condivisione dovrebbe essere la regola solo se la parte che condivide le informazioni non ha motivo di sospettare che gli altri membri non saranno in grado di processare correttamente le informazioni da un punto di vista cognitivo (come accade con riguardo alla dottrina euristica e sui bias). Questo può essere significativo se l'informazione è molto tecnica e complessa ma alcuni membri della rete non sono altrettanto evoluti rispetto al resto, e potrebbero fraintendere le informazioni o reagire eccessivamente in modo contrario alla rete.

3.4. Caveat.

Il principale *caveat* con riferimento alla precedente discussione è che essa riguarda solo un piccolo campione di casi, taluni controversi, talaltri pacifici e addirittura risolti in modo identico dalla giurisprudenza. Anche con riguardo alle azioni dirette (v. *supra*, par. 3) si ha un solo caso — ed è stato dimostrato che alcuni avrebbero probabilmente fornito una soluzione diversa. La spinta fondamentale è stata pertanto quella di dimostrare l'interdipendenza delle teorie e il loro rilievo — anche reciproco nel confronto l'una con l'altra. Ancora una volta, il campione dovrebbe essere più vasto per raggiungere conclusioni più salde. Potrebbe essere particolarmente interessante, tuttavia, vedere come ha dimostrato di essere relativamente importante la teoria della "casa di fiducia" — una teoria fondata sul concetto sociologico di relazioni; essa è quasi risultata la teoria dominante nella spiegazione delle ipotesi sopramenzionate.

---

(51) Si veda in questo senso Ch. Engel, *The Proper Scope of Behavioral Law and Economics*, in S. Grundmann, Ph. Hacker (a cura di), *Theories of Choice. The Law and Social Science of Decision Making*, Oxford, 2020, Capitolo 1.

4. *Conclusioni.*

I contratti di rete di durata, che fungono da base organizzativa in un'ampia pluralità di ambiti applicativi e che adottano un'ampia pluralità di forme — dalla mera esecuzione meccanica alle reti maggiormente dipendenti dalla fiducia, informali e innovative — costituiscono un tesoro raro per le teorie decisionali. Tuttavia, finora le teorie decisionali difficilmente vi sono state applicate. Questo saggio prova a colmare questa lacuna e "testa" principalmente quattro teorie: le decisioni assunte in condizioni di incertezza; la teoria (dei giochi) di reciproca aspirazione; la teoria delle informazioni a cascata e dell'apprendimento osservazionale; la teoria del reciproco affidamento. Un quinto campo di sviluppo teoretico, molto più rilevante, si profila sullo sfondo — in termini più generali, si parla di "*diritto ed economia comportamentali" (behavioural law and economics)* (di cui la teoria dei processi decisionali in condizioni di incertezza è sicuramente una parte). Tra i risultati principali, tuttavia, il primo potrebbe essere quello che il *diritto e l'economia comportamentali (behavioural law and economics)*, in termini generali, risultano maggiormente chiarificatori nelle transazioni di mercato rispetto ai rapporti di rete di lunga durata. Il secondo risultato principale si combina con il primo. Per le reti di contratti di durata, la teoria del reciproco affidamento sviluppata da W. Powell appare particolarmente utile, combinata con la teoria della reciproca aspirazione di R. Selten come sottospecie di teoria dei giochi. In alcune circostanze, la teoria delle informazioni a cascata e dell'apprendimento osservazionale fornisce una spiegazione della fragilità del processo decisionale. Complessivamente, si è preferito ricorrere ad una serie di teorie piuttosto che a una sola per ragioni normative (questo approccio sembra adattarsi meglio a riflettere cosa è una base di valori chiaramente pluralistica) nonché, in larga misura, perché l'approccio pluralistico è ancora scarsamente applicato.

MARTIJN W. HESSELINK (*)

TOWARDS A CRITICAL THEORY OF JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (**)

1. European private law as an agent of (in)justice. — 1.1. Justifying the basic structure of European private law. — 1.2. Ontological and epistemological considerations on scope. — 2. Injustices in European private law. — 2.1. Critique, immanent and transcendent. — 2.2. No private law injustice without private law democracy. — 2.3. Legal doctrine and democratic inclusion. — 2.4. Beyond consumer protection. — 2.5. What is European in EU private law. — 2.6. The ideology of functional competences. — 3. The power of private law theory. — 3.1. Against private law essentialism. — 3.2. No blueprint. — 3.3. The priority of justice in private law.

Abstract. Questo saggio individua gli elementi centrali di una teoria critica della giustizia nel diritto privato europeo. In primo luogo, in esso si discute il centro, la finalità e le priorità di un approccio critico alla giustizia verso il diritto privato a partire dall'idea di giustizia come "legittimazione in base a ragioni". Successivamente, esamina in senso critico l'ingiustizia di alcune caratteristiche fondamentali dell'attuale struttura-base del diritto privato europeo. Infine, si concentra sulle differenze tra la teoria critica della giustizia del diritto privato europeo e altre teorie contemporanee di diritto privato.

This paper formulates core elements of a critical theory of justice in European private law. It, first, discusses the focus, scope, and priorities of a critical justice approach towards private law starting from the idea of justice as justifiability with reasons. Then, it critically examines the injustice of certain core features of European private law's current basic structure. Finally, it considers key differences between the critical justice theory of European private law and other contemporary private law theories.

(*) European University Institute, Florence.

(**) This paper was written in honour of two dear colleagues and was presented at the workshop "What is European in European private law? 140 years Hans-W Micklitz and Giuseppe Vettori", held on 13 September 2019 in Florence to celebrate them.

1. *European private law as an agent of (in)justice.*

1.1. *Justifying the basic structure of European private law.*

What does it mean to rethink European private law in terms of justice? A good starting point might be the idea that European private law ought to be justifiable towards all those subject to it. For it would seem difficult to speak of an even minimally just European private law if its main rules, doctrines and institutions could not be justified, with convincing reasons, towards the persons subject to their force and effects. Unlike validity, justifiability is not a binary matter, but a question of degree: European private law can be more or less justifiable, and insofar more or less just — or, conversely, unjust. Similarly, different parts of it may matter more or less from the perspective of justice, and the former are in more urgent need of a proper justification than the latter. We can refer to the elements of European private law that matter most from the point of view of justice as European private law's basic structure. Moreover, to the extent that the basic structure of private law is among the main institutions responsible for justice in a given society it can meaningfully be said to be part of the basic structure of that society. Thus, insofar as European private law's basic structure determines the justice of the EU we can consider it part of the EU's basic structure. This would mean that the core elements of European private law are among the institutions of the EU that are most in need of a proper justification. Or, to put it in Rawlsian terms, they would be part of the primary subject of justice, to which principles of justice apply most directly and strictly (1).

However, it could be argued that the European Union is not a society at all, and that, therefore, it cannot even have a basic structure. The result would be that any principles of justice would not be applicable to the EU. Put differently, no part of the EU's institutional structure, as determined by primary and secondary EU law, would be in need of justification. However, such an argument would get things backwards. The view it expresses is typically based

---

(1) J. Rawls, *The basic structure as subject*, in Id., *Political liberalism*, expanded ed., New York, 2005, lecture VII.

on a version of the "no demos" thesis. According to that thesis, the EU is not a democratic polity because there exist no European people that has constituted itself as such (2). Most versions of this thesis are based on an ethical understanding of a people that is essentially primordialist-nationalist, going back to German romanticism. It views peoples as communities sharing thick cultural-historical bonds, which, crucially, are understood as prior (both temporally and conditionally) and exogenous to socio-economic interaction and political institutions. A much more plausible view of nations and societies, however, is that of imagined communities (3), i.e. as socially constructed and, in particular, as very much the product of nation building, in the process of which institution building — and the support therefore — play a crucial role. Similarly to the nation, also the wider concept of a society is perhaps best understood today as a "plébiscite de tous les jours" (4). If this is true, then we should start from the other end. We should ask ourselves whether the EU, as it has developed by now, has a basic structure, in the sense that its main laws and institutions pervasively determine distributive shares for groups as well as rights and obligations in interpersonal relationships, that urgently *calls for* justification (in terms on distributive and interpersonal justice, respectively). And if the answer to this question is positive — as it definitely seems to be — then there *has got to be* a society whose basic structure it is. In other words, it follows from the pervasive

---

(2) See (in)famously *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon*), at p. 372: „Das Europäische Parlament ist ... kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes". In support of versions of the no-demos thesis, see eg D. Grimm, *Does Europe need a constitution?*' in 1 *ELJ* (1995), pp. 282-302; F. W. Scharpf, *Legitimacy in the multilevel European polity*, in 1 *European Political Science Review* (2009), pp. 173-204, 177; K.Nicolaïdis, *European demoicracy and its crisis*, 51 *Journal of Common Market Studies* (2013), pp. 351-369, 351 and 356; R. Bellamy, *A republican Europe of states: cosmopolitanism, intergovernmentalism and democracy in the EU*, Cambridge, 2019, p. 119. With specific reference to European private law, see e.g. P. Saprai, *Contract law without foundations: toward a republican theory of contract law*, Oxford, 2019, p. 204.

(3) B. Anderson, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*, revised ed. (Verso, 2006). With regard to European private law, see G. Comparato, *Nationalism and private law in Europe*, Oxford, 2014.

(4) E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?: conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, 2nd ed., Paris, 1882, p. 27.

impact that the EU has had on distributive shares and on relational rights and obligations, that we must understand the EU as a society, whose members we may call, in Rainer Forst's expression, a "demos of subjection" (5). This, in turn, means, however, that in the EU there must also be human agents who can be held accountable for any injustices in the EU's basic structure. But to whom can the persons to whom EU law applies be legitimately subject other than to themselves collectively? The EU's demos must, therefore, consists of all EU citizens, who are collectively responsible for the EU, in particular the justice of its basic structure, which, as said, includes the basic structure of European private law. They share this responsibility in their double capacity as EU citizens (represented in the European Parliament) and as citizens of the joint Member States (as represented in the Council) (6). Existing injustices within the EU are not natural disasters but human-made — because injustices do not just happen, they are done — and Europe as a society is responsible for them. As members of that European society we all owe those subject to the actions and omissions of the EU's institutions — in particular its basic structure — a justification. And insofar as good reasons cannot be found we will have to use our *pouvoir constituant mixte* to change the EU's basic institutional structure (7).

---

(5) R. Forst, *A critical theory of transnational (in-)justice: realistic in the right way*, in Brooks Th. (ed.), *The Oxford handbook of global justice*, Oxford, 2020, pp. 451-472, 467.

(6) See J. Habermas, *The crisis of the European Union: a response*, Cambridge, 2012; Id., *Citizen and state equality in a supranational political community: degressive proportionality and the* pouvoir constituant mixte, in 55 *Journal for Common Market Studies* (2017), pp. 171-182. In the same sense, with specific reference to the EU's external relations, see C. Eckes, *The paradox of EU external relations: taking back control* (inaugural lecture, Amsterdam. 2018).

(7) According to J. Rawls, "justice is the first virtue of social institutions" (J. Rawls, *A theory of justice.* Cambridge MA-London, 1971, p. 3. By the same token, injustice would be institutions' gravest vice. However, social institutions are always the institutions of a society, of a polity. And citizens of that polity are jointly morally responsible for the injustices they create or facilitate collectively through their institutions. According to Rawls, individual citizens have an individual duty to support, uphold and further just institutions (*ibidem*, pp. 115, 333). That duty implies a further duty to bring about just institutions where these are totally lacking and to reform or abolish unjust institutions, when this can be done with little cost to themselves (*ibidem*, p. 334). However, in

What could count as good justificatory reasons for European private law, in particular its basic structure? Following Jürgen Habermas, we can distinguish between different types of reasons, appropriate in different justificatory contexts, responding to different practical questions about what to do (individually or collectively), in particular moral, ethical and pragmatic reasons (8). Moral reasons respond to the question of what we owe to each other as human beings. By their nature they claim universal validity. They refer to moral rights and obligations (in particular human rights, i.e. rights we all have by virtue of our humanity). A human agent is morally autonomous if in moral contexts she grounds her actions in moral reasons. Ethical reasons respond to the question of how to live a good, fulfilling and meaningful life. Ethical reasons claim validity within the relevant ethical community. They refer to ethical values (which may be personal or shared) and identities (which may be individual and collective). A human agent is ethically autonomous if she lives up to her values and is true to her own identity. Finally, pragmatic reasons are reasons concerning the most appropriate means for reaching given ends. Habermas understands the difference between these types of reasons as grounded in validity claims already implicit in the relevant type of discourse (moral, ethical, and pragmatic discourses, respectively). However, as Rainer Forst points out, this tells human agents which types of reason are appropriate in which context, but not *that* we owe one another justifications with reasons appropriate for the practical context at hand (9). Such a duty to provide appropriate reasons only follows if we understand every human being as having a basic human right to justification (10). His discourse theory of justice is less formal than Habermas's discourse ethics in that he formulates two sub-

---

addition to this ultimately individual responsibility don't citizens also share a collective responsibility for the justice of their main institutions? In the words of Forst, in the political context the autonomous person takes responsibility, together with other citizens, for the justifiability of the main socio-political institutions (R. FORST, *The right to justification: elements of a constructivist theory of justice*, New York, 2007, Ch. 5).

(8) J. HABERMAS, *Justification and application: remarks on discourse ethics*, Cambridge, 1995, Ch. 1 and 2.

(9) R. FORST, *The right to justification*, p. 57.

(10) *Ibidem*, VII.

stantive demands that any justificatory discourse must meet. First, reasons must be reciprocal. This means that no one is allowed to claim privileges for themselves that they are not prepared to grant others as well (reciprocity of content) and that no one should project their own higher truths onto others (reciprocity of reasons). Secondly, reasons must be general. This denotes that no one's point of view should be excluded from the justificatory discourse. Forst grounds the right to justification morally in moral constructivism and reconstructs it empirically from the various historical struggles for emancipation. The moral constructivism is reflexive, in that it applies the right of justification with general and reciprocal reasons to itself, and recursive, by not relying on any arguments (be they empirical or normative) coming from outside the construct. In other words, the argument is circular (a virtuous circle, in this case): a basic human right to justification cannot reasonably be rejected with reasons that are both reciprocal and general. Even for those who regard the idea of a basic human right to justification as too much indebted to (secular) natural law thinking, the pressing question still remains: can the demand for justifiability with general and reciprocal reasons be reasonably rejected as a constraint on political decision-making, at least as a pro tanto constraint, and at least for the most fundamental political questions?

1.2. *Ontological and epistemological considerations on scope.*

Before we delve further into this question, and its implications for European private law, a few brief comments are in order concerning the nature and scope of the present inquiry. In particular, we need to be somewhat clearer, from the outset, about the terms "critical", "theory", "justice", "European", "private", and "law". By "critical" I mean that the theory situates itself in the Frankfurt school tradition of critical theory, in particular — but not exclusively — the theories of law, democracy and justice developed by Jürgen Habermas and Rainer Forst. By "theory" I intend neither grand theory nor ideal theory, but a reflection on what European private law could become starting from where we are. As to "justice", the role of private law in achieving a just society (social justice) is not limited to ensuring just relationships (interpersonal

justice) but extends also to its impact on the distribution of various rights and goods (distributive justice). The critical theory of justice will cover each of these aspects of private law justice. When it comes to "European", the critical theory will not take the justifiability of the EU's boundaries for granted. Nor will it leave any reified conceptions of the nature of the EU, its values and objectives, its "others", or the distribution of responsibilities between Union and members states, unquestioned. By "private law" nothing more specific is meant than a focus on the law applicable to horizontal relationships, determining the rights, obligations and remedies between private parties. The justifiability of any more specific definitions of "private law", "private party" or "private autonomy", and their implications, will be subjected to critical scrutiny (and in many cases be rejected as ideological). Similarly, with regard to "law" the theory is not based on any a priori distinctions between law and justice, law and regulation, or law and private standards. Instead, it will critically examine the reasons offered for such distinctions. In sum, rather than being based on any ontological preconceptions concerning the reality of European private law the theory critically assesses the justice dimensions of such ontological claims. What justice in European private law is cannot be neatly separated from what it could be and ought to be. Realism concerning law and justice doesn't mean falling prey to naturalistic reductions. The implication is that, as a starting point, the theory is relatively open-ended (and reflexive) with regard to its own scope in various dimensions.

Having said that, there is a lot to be known and to be understood about European private law that remains beyond the scope of the present account. The critical theory of justice in European private law is epistemically neither imperialistic nor hegemonistic. First, as we will see, a critical justice approach is primarily interested only in certain aspects of European private law. Secondly, normative European private law scholarship offers merely one view of the cathedral, leaving ample room (infinite, in principle) for any number of other perspectives. This does not mean, however, that the relationship between various claims to knowledge and understanding is

always harmonious. (11) Different truth claims may clash, and disciplines may contest each other's premises. Indeed, any contention about the *justificatory force* — as opposed to mere explanatory capacity — of insights coming from empirical legal studies, law and economics, or comparative law, to name but a few, will be subjected to critical scrutiny.

2. *Injustices in European private law.*

If indeed we accept a right to — or justified demand for — justification with reciprocal and general reasons in the context of European private law (12), in particular its basic structure, then a number of important implications seems to follow for the private law of the EU (13).

2.1. *Critique, immanent and transcendent.*

First and foremost, the theory of justice in European private law based on the right to justification, being a fundamentally critical theory, will be primary focused on injustices. In particular, it questions the justifiability, with reasons that no one could reasonably reject, of its core institutions, principles and doctrines (its basic structure). However, a critique of justice in European private law cannot remain merely immanent. It must also transcend the existing practice, including the practices upheld by the main European private law institutions. It has to show, not only how a more just understanding of the acquis communautaire is possible, but also where we can and must move beyond the acquis in order to achieve a more just European private law. This does not turn the theory into

---

(11) See I. KANT, *The conflict of the faculties (der Streit der Fakultäten)* edited by M. J GREGOR, London, 1992. With specific reference to European private law, see C. JOERGES, *The europeanisation of private law as a rationalisation process and as a contest of disciplines — an analysis of the directive on unfair terms in consumer contract*, in 3 *ERPL* (1995), pp. 175-191.

(12) For the context of contract law in general, see M. W. HESSELINK, *The right to justification of contract*, in 33 *Ratio Juris* (2020), pp. 196-222.

(13) As will be explained further below (in sections 2.1 and 3.3), for political agency and epistemic reasons the selection of salient instances of injustice in European private law presented here cannot but be tentative.

an ideal theory that is detached from the reality of actual European private law; it merely allows for an idealising element in critical thinking which helps avoiding "practice positivism" (14), in our case acquis positivism. Yet, a critical theory of justice in European private law will not offer a blueprint for a fully just European private law, not even an outline of the basic structure of a minimally just one. Instead, a critical theory of justice in European private law starts from the other end, as it were, i.e. from claims made (actually or potentially) by persons subject to European private law to the effect that a certain rule, doctrine, or institution of EU private law — or its absence — is not reasonably justifiable towards them, because it cannot be sustained with reciprocal and general reasons. And the first concern, in this regard, is that those claims and demands for justification be heard and responded to, and where pertinent — i.e. where European private law is indeed unjust — will lead to change towards a more just European private law. This requires the presence of robust and highly accessible institutions where those confronted with private law injustices can speak for themselves (15).

2.2. *No private law justice without private law democracy.*

An important reason why legal rules may be unjustifiable towards those to whom they claim application is that the legal subjects are merely subjected to them. However, for any law to be legitimate, it must be the case, in the words of Habermas, that its addressees can at the same time also regard themselves as their co-authors. (16) Or, as Forst puts it, "justice cannot be produced by unjust means", while democracy, properly understood, is "not just one, but *the* practice of justice". (17) This has a number of important implications also for private law.

---

(14) Against practice positivism in critique, See R. Forst, *A critical theory of transnational (in-)justice: realistic in the right way*, p. 453.

(15) Cf G. C. Spivak, *Can the subaltern speak*? [1985], in *Colonial discourse and post-colonial theory: a reader* edited by P. Williams, L. Chrisman, New York, 1994, pp. 66-111.

(16) J. Habermas, *Between facts and norms*, p. 408.

(17) R. Forst, *Normativity and power: analyzing social orders of justification*, Oxford, 2017, pp. 135-136.

For example, it places limits on the legitimate role for experts in European private law making. While there is nothing per se against the specialisation and expertise that are characteristic of all advanced societies, when it comes to law making experts will always have to be at the service of democratic lawmakers, informing democratic deliberation rather than replacing it.

A second instance concerns judicial law-making. Although a degree of law-making is inevitably present in all law applications, nevertheless from the perspective of democratic legitimacy judge-made law always remains second-best. For this reason, under normal circumstances judicial activism should be avoided, also in (European) private law making. Readings of judicial law-making as "deliberative", that have become popular among European legal scholars, are flawed because, even when this involves reason-giving of a "high quality" (by some standard), it inevitably denies political agency to all those who are not heard in the judicial proceedings at hand, but to whom the judicial precedent nevertheless will come to apply as law, and whose political autonomy insofar is violated. In particular, the voice of those at the periphery of political society — their reasons, given from their points of view, based in their experiences — will not be heard by definition (otherwise, they would not be at the periphery but at the political centre, having the judge's ear). The same applies for so-called "judicial dialogues". These may all be very cosy — and perhaps also a sophisticated way of preventing conflict —, but such judicial dialogues — including the much hailed one (for as long as it lasted) between the German Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union — also fundamentally deny political agency to citizens and, in so doing, equally undermine their political autonomy. Courtrooms cannot be the first-best forum for any truly democratic debate. At best, courts can act as caretakers where properly democratic law-making institutions (most notably, parliament) are failing or have collapsed. However, even then the first concern should be to help restore — or, as the case may be, newly create — properly functioning democratic institutions. It should be underlined that this concerns private law making no less than law making in any other field. This follows directly from both the Habermasian democratic principle and the Forstian demand that legal rules should be justi-

fiable with general reasons, which requires that the points of view of everyone affected should be included (18).

(18) What, then, about trans-European private law? One of the greatest challenges for a political-agency oriented theory of justice in private law, such as the present one, is constituted by its internal and external effects on non-citizens. By definition, non-citizens cannot regard themselves as the co-authors of the laws that apply to them. Yet, via private international law, in cross-border cases national legal rules are applied routinely to non-citizens inside and outside the national borders. In addition, a body of transnational principles, rules and standards is developing, that is not even obviously the law of any specific polity ("transnational law"). Outcome-oriented theories of justice see no difficulty in justifying any personal scope of legal rules extending beyond citizens. As long as transnational law promotes the individual or common good, or ensures interpersonal human rights, that is fine on those views. It does not matter where the transnational rules and rights come from, or, depending on the theory, that is simply a different question (e.g. about the rule of law). However, for source-sensitive understandings of justice, and in particular agency-oriented theories (which includes all emancipatory theories) it is not enough that individuals receive the right outcomes (see O. O'Neill, "*Agents of justice*", in Id, *Justice across boundaries* (Cambridge, 2016, Ch. 11). On these latter views, the addressees of the norms that apply to them — in our case private law rules — must be able to understand themselves also (in a meaningful way, not merely nominally) as the co-authors of these rules. How — if at all — can this be assured for transnational private law? There are basically three models for the democratic legitimacy of transnational law. What they all have in common is that they aim to make the legal order coincide with a polity responsible for it. The first is the Westphalian, intergovernmental model that tries to ground transnational legitimacy in the legitimacy of national legal orders and of the international agreements (actual or hypothetical) concluded between them. The Westphalian model is often ridiculed in transnational legal scholarship as backward. However, this overlooks the important fact that the Peace of Westphalia brought an end to a century of religious wars which had millions of lives. Put differently, it was a response in part to the then new pluralism of worldviews. That response was certainly imperfect, because based on a model of religious tolerance between nations, not within them. And the point here is not to defend understandings of transnational justice as international justice, the best-known example of which is J. Rawls, *The law of peoples.* Cambridge MA-London, 1999. It is rather that if we move beyond the Westphalian model, we must find a different way of ensuring transnational justice, one that ensures not only political agency but also remains non-partisan towards different worldviews. The current global economic order fails spectacularly on both counts: the basic structure of transnational law is predominantly a *laissez-faire* libertarian legal order (built mostly on private law) and almost everyone subject to it did not have a say in it. (These two main traits of transnational law are hardly a coincidence.) The second, cosmopolitan model grounds global justice in global democracy. A global democracy would not necessarily have to be a world republic, raising the spectres of "soulless despotism" and the "graveyard of freedom" (I. Kant, *Perpetual peace*, First

A final implication is that, from the point of view of justice, neither "input legitimacy" (responsiveness), nor "output legitimacy" (effectiveness), nor indeed "throughput legitimacy" (process) ([19]) are good enough as a normative conception of legitimacy; only fully democratic legitimacy, ensuring public autonomy and political agency for all addressees of EU private law, including notably those at the periphery, will do.

2.3. *Legal doctrine and democratic inclusion.*

At least as important as robust democratic institutions is a healthy public sphere. Although specialised public spheres are entirely legitimate, there is a risk, certainly with regard to private law, that specialised debates lose their open connection with the general public sphere, thus endangering the free flow of arguments between specialised debates and the general political debate. This risk is particularly acute when debates become unduly technocratic. By this I do not mean technical in the general sense, which is an inevitable consequence of the division of labour in advanced societies and which is not per se illegitimate — and even desirable —, but more specifically of being dominated by a jargon which unduly excludes non-experts and covers up important political dimensions.

This risk of democratic exclusion is particularly high in doctrinal debates among private law scholars in Europe, which in contrast,

---

supplement). The global legal order, its constitution and its polity could still be understood as partial orders (after the model of the EU), which would entail (and premise) merely partial moral responsibility for a merely partial (i.e. non-federal) global order and its justice. Finally, the third model is that of de-globalisation. On this latter view, since postnational private law can never become legitimate we must renationalise it. The necessary consequence would be a return to more autarchic economic and legal orders. While certainly consistent, it is not clear how realistic the prospect of rewinding globalisation really is today. Of course, global value chains could be domesticated, and the internet could be compartmentalised along national lines, but will the global economic and legal orders really be reversed to a significant degree? Another question — more to the point here — is whether closing the borders and withdrawing behind the Maginot line would even be just. This important question of interpersonal and distributive injustice in trans-European private law cannot be further explored here.

([19]) On "throughput legitimacy", see V. A. Schmidt, *Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output*, and *"throughput"*, in 61 *Political Studies* (2013), pp. 2-22.

for example, to American debates (that benefit from the lasting impact of the legal realist revolt against formalism that took place almost a Century ago) is still highly conceptual (20). In a healthy public sphere, arguments flow freely and have a realistic chance of making a real impact on political decision making. This is a process that should be guided only by "the unforced force of the better argument" (21). Just like arguments should not prevail politically merely because they are backed up by economic or administrative power, so too they should not win the day merely because they are untransparent, owing to the fact of being cloaked in legalistic jargon. Again, the point is not that we should be sceptical about legal expertise and its possible contribution to political debates about European private law (otherwise, the present contribution would constitute a performative contradiction). Just like in other fields of expertise, also in law concepts are indispensable for any debate that does justice to the complexity of today's societies. They may embody also important experience and learning by the society at hand. Nor can they be reduced entirely, without loss, to a mere superstructure at the service of vested economic interests. However, one does not need to be a legal sceptic to believe that the use of concepts in debates about law is often ideological, while at other times it reifies what in reality are merely contingent understandings of legal questions and their proper answers. In any case, the imposition of a conceptual structure on a legal field is always an exercise of power, foregrounding certain dimensions and backgrounding others. And while power is not per se illegitimate or suspect, from a justificatory point of view it is crucial that power — in our case the power to shape the discourse about European private law — be only the power of the better argument.

A final point in this regard, highly relevant for private law, is that the public sphere itself is the most appropriate place for determining the private/public divide, ie the boundary between the private and the public spheres, which is related (but not identical) to the boundary between private and public law. Where these boundaries are drawn — and especially by whom — can have immense

---

(20) See further, M. W. HESSELINK, *The new European legal culture*, Deventer, 2002.

(21) J. HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 306.

justice implications, as feminist theorists have long demonstrated (22). Similarly, the proper scope of European private law, as well as the question of whether the EU should reconsider its current agnosticism in favour of explicitly adopting a conceptual private/public law divide in its discourse (23), is a political question — historically a battleground — that should not be turned into a merely doctrinal one.

2.4. *Beyond consumer protection.*

Private law is concerned with horizontal legal relationships. Therefore, injustices done in interpersonal relationships ('relational' or 'interpersonal' injustices) are especially relevant to private law — and vice versa. Most notably, unjustifiably asymmetrical relationships are a critical justice concern in (European) private law. In particular, domination and exploitation stand out as typically grave instances of relational injustice that call into question the private law rules shaping and facilitating them. While distributive injustice is analytically distinct, as a wrong, from interpersonal injustice, this does not mean that they may not co-instantiate in practice. Quite the contrary, unjustifiable social inequalities are often at the origin of unjustifiable relational inequalities (24). It is in various interpersonal relationships that the impact of social injustice is often felt most acutely. In particular, interpersonal relationships of domination and exploitation tend to reproduce and exacerbate societal inequalities (25). And some of the worst instances of interpersonal injustice occur at the intersection of various social injustices (26).

---

(22) See eg N. Fraser, *Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, in *Social Text* (1990), pp. 56-80, 71.

(23) This was recently proposed by O. O. Cherednychenko, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, 26 *European Law Journal*, (2020), pp. 27-47.

(24) And vice versa. For a powerful account of how general private law (property, contract, and company law) creates social and political inequalities, see K. Pistor, *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*, Princeton, 2019.

(25) A. Bagchi, *Distributive justice and contract*, in *Philosophical foundations of contract law*, edited by G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford, 2014, p. 193-212, at p. 199.

(26) Seminal on intersectionality, see K. Crenshaw, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in 139 *University of Chicago Legal Forum* (1989), Issue, Art 8,

In this light, the near exclusive focus of EU private law on the protection of consumers seems detached, to say the least, from core justice concerns. Not only does consumerism reflect a very specific (and hardly uncontroversial) conception of the individual and common good; it is also not even clear that being thwarted in consumption constitutes, as such, an injustice. Similarly, while any person has a moral right not to be exploited or dominated in any relationship, including notably contractual ones, it is questionable that we should understand ourselves as having such rights in our capacity as consumers (as "consumer rights").

In addition to the questionability of the market-reductionist framing by EU private law of protection against interpersonal injustices, consumer protection law also has the notorious flaw — especially from an interpersonal justice perspective — of being structurally both over- and under-inclusive (a flaw it shares, to be sure, with other instances of categorical protection, as opposed to contextualised individual protection). It protects everyone defined as a consumer, including those who are the stronger parties in a contractual relationship, while it fails to protect non-consumers (for example small businesses) who are in a similar predicament (27). Moreover, consumer protection law generally has a blind spot for cases of exploitation and domination *by* consumers (28).

Further, the focus in certain EU directives on average consumers as a benchmark for protection standards flies in the face directly

---

critiquing the dominant way of thinking about discrimination in terms of singular issues, which remains blind towards compound discriminations.

(27) See J. Klijnsma, *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law* (doctoral thesis, University of Amsterdam, 2014). For a recent timid step towards the protection of businesses against unfairness in contracts, see directive 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. Although this directive provides only for administrative enforcement, and not also for private law remedies, it could nevertheless turn out to have an impact on the validity of unfair contract clauses. In this latter sense, see M. P. de la Cuesta de los Mozos, *SMEs in the (food) global value chain: a European private law perspective* (doctoral thesis EUI, 2020).

(28) See L.K.L. Tjon Soei Len, *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Oxford, 2017; Id., *Consumer protection, sexual services and vulnerability: exploring social justice in European contract law*, in 11 *ERCL* (2015), pp. 127-147, discussing, respectively, the cases of consumer contracts relying on global value chains involving sweatshops, and of consumer contracts for sexual services.

of the core justice concern for the most vulnerable persons, as it is expressed, for the case of social justice, in the Rawlsian difference principle, which allows social inequalities to exist only to the extent that they also benefit the least well-off (29). By contrast, a European private law aiming at improving the position of the least well-off could do so most directly by preventing social inequalities from reproducing themselves in exploitative and other very unbalanced contracts (30). Within the consumer law frame, this would require a central focus on the protection of vulnerable consumers, something EU law has undertaken so far only in the narrow context of ensuring continued access to formerly public utilities after their privatisation ("essential services") (31).

Finally, there is the important question of distributive justice between Europeans at the core and those at the socio-economic periphery. The high level of consumer protection from which consumers in rich EU member states are benefiting, may come at the expense, in the absence of additional measures for protection, of the interests of groups of people in poorer member states, e.g. consumers who can afford only low prices or sellers who cannot survive if they have to meet the high consumer protection standards (32).

2.5. *What is European in EU private law.*

The theme of the Conference where an earlier version of this paper was presented, was: what is European in European private

---

(29) J. Rawls, *Justice as fairness: a restatement*, Cambridge MA-London, 2001, § 18.

(30) Cf for the US context, S.V. Shiffrin, *Paternalism, unconscionability doctrine, and accommodation*, in 29 *Philosophy & Public Affairs* (2000), pp. 205-250, 235.

(31) See Directive 2002/22/EC of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services ("Universal Service Directive") as amended by Directive 2009/136/EC. On access justice, see H.-W. Micklitz, *Social justice and access justice in private law*, in Id. (ed.) *The many concepts of social justice in European private law* Cheltenham, 2011, 3-60; Id. *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018.

(32) See D. Caruso, *Qu'ils mangent des contrats: rethinking justice in EU contract law*, in *Europe's justice deficit?*, edited by D. Kochenov, G. de Búrca and A. Williams, Oxford-Portland, 2014. See more generally, D. Kukovec, *Taking change seriously: the rhetoric of justice and the reproduction of the status quo*, *ibidem*, pp. 319-337, 323, and Id., *Law and the periphery*, 21 *European Law Journal* (2015), pp. 406-428.

law (33)? From the perspective of a critical theory of justice the core question in this regard would be: what can justifiably — or to be more precise, non-rejectably — be European in European private law? If we take postcolonial critique as seriously as we should, then the European in private law cannot be Eurocentric. This conclusion is only seemingly contradictory. To be more precise, only from a Eurocentric point of view this demand would come across as a contradiction in terms. Instead, in order to be justifiable with reciprocal and general reasons, European private law must be decolonial.

It would be a mistake to think that postcolonialism in private law concerns mostly the external relationships of the European Union. Undeniably, the relationships with private law systems outside the EU urgently needs thorough rethinking and reshaping. Think, for example, of private international law, with its public policy exceptions, that lend themselves all too easily to orientalism (34). Think also of comparative law, for example when non-western systems are still presented as exotic or less developed, or in the structurally colonial frame of "legal families" in which legal systems around the world are understood fundamentally as offspring of mother countries, which invariably are Europe's most powerful nations, i.e. England, France and Germany, or indeed in the idea of "legal transplants" which seems neutral (indeed clinical) enough but in practice invariably refers to the adoption at the global periphery of laws coming from its political-economic core (35).

However, a decolonial European private law means much more than respecting foreign private laws as equals. Also a homogenising reading of justice in European private law from the perspective of the dominant majority would mean a grave injustice towards all minoritized European citizens with an immigration background, including in many cases a background in colonial injustice. Legal scholarship, which not only considers itself sometimes a source of

---

(33) Conference held on 13 September 2019 at the University of Florence.

(34) E.W. Said, *Orientalism: Western conceptions of the Orient* [1978], London, 1995.

(35) As S. Munshi, *Comparative law and decolonizing critique*, in 65 *American Journal of Comparative Law* (2017), pp. 207-236, 225, underlines more generally "(...) comparative law — despite the efforts of many in the field — remains resolutely Eurocentric".

law, but in any case structurally has a powerful position in presenting and representing the law, holds an important responsibility in this regard, not only for decolonising the law curriculum, but also for revising (European) private law's taxonomy wherever it de facto reifies one particular (i.e. Western) understanding of the world at the exclusion of others.

There is more. So far, the building and shaping of the field of European private law has been nearly exclusively a white privilege. The main protagonists in the making of European private law have been predominantly white. Among the main actors at the European Commission (the Commissioners and their civil servants), the European Parliament (MEPs and their assistants), the Court of Justice (judges, advocates-general, referendars, the parties in the leading cases and their lawyers) and in legal academia (scholars as well as students in master's and doctoral programmes) there have been hardly any persons of colour ([36]). This demography of the field is in stark contrast with the general population in the European Union.

This is a critical justice concern, because it is unacceptable for the majority to project their experience and understanding of the world onto others, in this case through European private law. Or, to put it in terms of Miranda Fricker's influential concept of epistemic injustice, European legal scholars — and wider, European private law makers — commit an injustice when some people's understanding (of themselves, their surroundings, what matters) is impaired by dominant ways of looking at the world ([37]). Therefore, contemporary European legal scholarship must uncover situations where

---

([36]) Similarly, most leading cases seem to recount everyday consumer experiences, such as the purchase by instalments of an encyclopaedia (*Océano*, C-240/98 to C-244/98, EU:C:2000:346), a defective second-hand laptop computer (*Pia Messner*, C-489/07, EU:C:2009:502), a ruined holiday at a beach club (*Simone Leitner*, C-168/00, EU:C:2002:163), a mobile telephone subscription (*Pannon*, C-243/08, EU:C:2009:350), a cancelled flight (*Sturgeon*, C-402/07 and C-432/07, EU:C:2009:716), unwanted shading on tiles or a defective dishwasher (*Weber and Putz*, C-65/09 and C-87/09, EU:C:2011:396) of white European consumers. Indeed, the *Aziz* case (C-415/11, EU:C:2013:164) stands out exactly because it brings to the fore the experience of a Moroccan immigrant worker and his family who were evicted from their home during the financial crisis.

([37]) See M. Fricker, *Epistemic injustice: power & the ethics of knowing* (Oxford University Press, 2007). With reference to contracts in global value chains, see L.K.L.

voices are structurally granted lower authority (testimonial injustice) and where legal categories and taxonomies foreground or background, respectively, the ways in which specific groups in society experience their interaction with the law (hermeneutical injustice), in our case European private law. Justification with general and reciprocal reasons demands a decolonial basic structure of European private law. This follows directly from the requirement that only general and reciprocal reasons can justify the core institutions of a society, in our case the basic structure of the EU, which includes, as said, at least the basic structure of European private law. General reasons are ones that do not exclude, or treat as lesser (backward, exotic, emotional, or otherwise irrational) the points of view of those at the periphery of society or of European private law making. Reciprocal reasons are ones that do not claim a privilege (including epistemic privilege, in particular testimonial or hermeneutical privilege) for oneself or one's own social group.

A further, more fundamental question arises: is perhaps the whole idea that we should rely on the forceless force of the better argument misguided, either because it is naïve (because reason is the result of knowledge production dominated by illegitimate powers) or — worse — ideological (because the invocation of reason serves to preserve the status quo, which works well for the haves, but much less so for the have-nots)? Moral scepticism and relativism with regard to the moral power of reasons, both question the possibility of universal truths concerning morality, including justice. Decolonial versions of such views (and, vice versa, sceptical and relativist versions of decolonialism) consider the modern achievements of enlightenment, such as the idea of human rights, as essentially Western values, which we should move beyond in postcolonial — or Southern — visions and experiences of the world, which, it is claimed, are ontologically and epistemologically different (38). What is at stake here is whether from a decolonial point of view we should

---

TJON SOEI LEN, *Hermeneutical injustice, contract law, and global value chains*, 16 *ERCL* (2020), pp. 139-159.

(38) See eg B. DE SOUSA SANTOS, *The end of the cognitive empire: the coming of age of epistemologies of the South*, Durham, 2018. It is important to note that Santos understands "the South" in a much wider than a merely geographical sense, essentially

reject the modern project of justification with reasons, or whether, instead, we should try together to achieve a better, less biased and more inclusive understanding of fundamental concepts such as reasonableness, justification, right and wrong, interpersonal and distributive justice, and their relevance to various political debates, including for European private law. The question is, then, whether the justified critique of Eurocentrism entails that we should accept different truths on these matters for different groups, or whether, instead, we should try to find a common point of view — grounded in a shared epistemology — from which we can criticise Eurocentric claims, arguments, and understandings of justice as *false*. The former path, based as it is on cultural essentialism (39), risks leading us towards forms of "reverse orientalism" (40). On the other hand, it is also clear that in order to reach a common point of view it does not suffice merely the expand and aggrandise the Eurocentric point of view, making it become more inclusive — that would still be a form of neo-colonialism (or of neo-imperialism). What is needed is a genuine debate on justice — in European private law, in our case —, where the idea of a right to justification with general and reciprocal is but one candidate, for which it must be determined reflexively whether or not it is too much imbued with a particular, Western (perhaps even specifically protestant) form of life (41), for a justifiable claim to universal applicability.

2.6. *The ideology of functional competences.*

A crucial element in the basic structure of European private law as it exists today is the requirement of a legal basis in one of the functional competences. This may not be a very visible aspect of EU

---

including all dominated groups, especially all those oppressed by capitalism, colonialism, and patriarchy.

(39) See U. NARAYAN, *Essence of culture and a sense of history: a feminist critique of cultural essentialism*, in 13 *Hypatia* (1998), pp. 86-106.

(40) On ontological orientalism in reverse, see S. J. AL-'AZM, *Orientalism and orientalism in reverse*, New York, 1981, reprinted in A. L. MACFIE (ed), *Orientalism: a reader*, New York, 2000, pp. 217-238. See also A. SEN, *Identity and violence; the illusion of destiny*, London, 2006.

(41) In this sense, A. ALLEN, *The end of progress: decolonizing the normative foundations of critical theory*, New York, 2016, Ch. 4, esp. p. 144.

private law's basic structure, but it is a highly consequential one, nevertheless. It is also the main characteristic that makes EU private law stand out from all other private law systems in the world. (Indeed, it makes it even questionable whether European private law should be properly understood as a *system*) (42).

The EU is not a federal state; it cannot make laws except in areas where the member states have explicitly conferred the competence to legislate to the EU (and insofar have given up their sovereignty) (43), either exclusively or shared with the members states (exclusive and shared competences, respectively) (44). Crucially, these legislative competences do not correspond to any classical legal fields. Rather, they set out certain objectives that the EU should attain (hence, functional competences). Thus, most relevant here, the Treaties do not grant any general competence for the field of private law.

The EU constitutional requirement of a valid legal basis in one of the functional competences has had a very significant impact on the scope, nature, and content of European private law. In particular, it has severely constrained the choices open to the EU private law maker — in practice, to the Commission which has the exclusive right of initiative for new EU legislation (45). Thus, the existing EU private law is almost exclusively based on the current Art 114 TFEU, which is the functional competence for EU laws aiming at the establishment and functioning of the internal market. As a result, the EU has effectively constitutionalised the market-instrumentality of its private law (46).

---

(42) On this question, see M. W. Hesselink, *How many systems of private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law*, in L. Niglia (ed), *Pluralism and European private law*, Oxford, 2013, pp. 199-247. More generally with regard to EU law, see J. Dickson, *How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union*, in 9 *Problema* (2008), pp. 9-50.

(43) Art 5 TEU.

(44) Art 2 TFEU.

(45) Art 17 TEU.

(46) Even judicial cooperation in civil matters, which notably includes private international law, is geared towards the necessities of a properly functioning internal market (see Art 81(2) TFEU).

It is important to realise that there is nothing inevitable about this state of affairs. The member states, as masters of the treaties, were entirely free to limit their sovereignty quite differently. In particular, they could have agreed on non-functional competences, for example an exclusive or shared competence for the EU to legislate in the field of private law, or a subfield of it, such as contract law. They could also have agreed on a competence specifically for ensuring justice in the EU or in a specific section of it, i.e. for justice in the internal market. Indeed, the Member States would still be free to do so today. This point is important because this capacity that the Member States share (and which is exclusively theirs, as "lords of the treaties"), to choose a fundamentally different basic structure for European private law, and to constitutionalise it quite differently, for instance by entrenching interpersonal and social justice concerns, comes with moral responsibility. The exclusive political agency in shaping a key characteristic of the basic structure of a transnational — in this case European — legal order entails the moral obligation to ensure that the order be just, or at least not unjust. This means, in particular, as said, that it must be justifiable towards all those subject to it. Is it?

The answer seems decidedly negative. While a merely partial limitation of sovereignty, expressed in a limited set of lawmaking competences, seems neutral in principle from a justice point of view, the constitutionalisation specifically of market-instrumentalist reason in private-law-making seems strongly ideological — and, as such, in violation of the justice demand of reciprocity of reasons. A legal order that entrenches in its basic structure, through the combination of the principles of conferral and of the primacy of EU law, one specific, very limited understanding of — in our case — private law unjustifiably projects a highly controversial worldview — in this case, a conception of the common good, where interpersonal relationships are instrumentalised for economic growth ("justice for growth") — onto all those who do not share it. In this regard, it is important to realise that, as a result of the constitutional principle of attributed competences, and given the instrumental, market-building nature of the main competence grounding the EU's private law acquis, EU private law is not only constitutionally but also *exclusively* a functional legal order: any other justification for private law

than instrumental "means-end" reasons (in this case, private law as a means for the end of market building) would be ultra vires (47).

In sum, the limited set of functional competences conferred upon the EU, that were once experienced as more contingent but have increasingly become reified (especially when the dynamic of regular treaty reforms came to a sudden halt after Lisbon (2007) out of fear for new public backlashes in referendums), produces and reproduces socio-economic structures that require a justification towards all those subject to them. However, the current make-up of the constitutional order of European private law, with its reductive and essentialising understanding of private law exclusively as the law of the market, which reduces the human agents that are parties in interpersonal relationships strictly to economic agents (consumers, service providers), seems hard to justify with reasons other than ideological ones.

3. *The power of private law theory.*

The critical theory of justice in European private law differs significantly from most other contributions to private law theory. In particular, it does not aim to determine private law's ultimate foundation. Nor does it offer a blueprint for an ideal private law system, not even an outline of the basic structure of a minimally just private law. Instead, its aim is to contribute to uncovering private law injustices.

3.1. *Against private law essentialism.*

The critical theory of justice in European private law rejects all essentialist and other monistic private law theories as a proper normative basis for the basic structure of European private law. The

---

(47) On EU private law's instrumentalism, see further M. W. Hesselink, *European contract law: a matter of consumer protection, citizenship, or justice?*, in 15 *European Review of Private Law* (2007), pp. 323-348; C. U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union: Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung*, Baden-Baden, 2010); M. Bartl, *Internal market rationality, private law and the direction of the Union: resuscitating the market as the object of the political*, in 21 *European Law Journal* (2015), pp. 572-598.

point here is not that it is impossible to design a complete and coherent system of private law on the basis of a single ultimate value. Quite the contrary, building a seamless system is what doctrinal lawyers have specialised in since the law of reason (48). Doctrinal scholarship — or dogmatic scholarship, as it is called on the Continent — builds doctrine based on a dogma, in this case private law's ultimate value. Once private law's essential value or ultimate goal is determined, legal scholars can construct a perfect pyramidal system, as a matter of sheer logical deduction (in the strongest version) or of systematic or teleological reasoning (in more moderate versions). Indeed, as doctrinal specialists they are able to offer a fully-fledged blueprint for a perfect legal system, ready to be adopted and implemented by the official lawmakers (be they legislators or courts). Alternatively, where a drastic reform is not in the cards, in interpretative theories they can reconstruct an existing legal system from the internal perspective, presenting the legal authorities of that system (its civil code or its judicial precedents, as the case may be) in their best light, i.e. the shining radiance of private law's asserted ultimate value. Nor is this a mere hypothesis. In contemporary contract theory, for example, we find a rich variety of monistic contract theories, each based on a different understanding of contract law's ultimate value or essential characteristic. These

---

(48) The ideal of contract law as an axiomatic system based on one core value or principle (or a limited set of these, among which there is a clear, pre-established hierarchy) from which the main doctrines and rules can be logically deduced, has always been the background ideal of doctrinal legal scholarship since the law of reason (*Vernunftrecht*). The problem, however, is that while skilled legal rationalists can be entrusted with building a perfect system quite independently from which ultimate value or core principle is understood to be contract law's axiom, they will not be of any assistance in deciding which value — and hence, which system — to adopt. Kant's critique of practical reason was directed, not only against any empirical grounding of morality, but also against the rationalist natural law systems, such as those of Leibniz and Wolf. Kant can therefore rightly be considered the first critical legal scholar. On the law of reason, see F. Wieacker, *A history of private law in Europe: with particular reference to Germany*, Oxford, 1995, Chapter 17. On Kant's relationship to Christian Wolff, see M. Kuehn, *Kant: a biography*, Cambridge, 2001. Against neorationalism in contract theory, with a specific focus on the common law, see S. Swaminathan, *Mos geometricus and the common law mind: interrogating contract theory*, in 82 *Modern Law Review* (2019), pp. 46-70.

theories offer nothing less than an account of the basic structure of an ideal contract law system — or of the most attractive reconstruction of its existing basic structure. Indeed, there exist as many normative private law systems as there are foundational values ascribed to private law. This is not in itself a problem, of course, as long as one of the theories is correct and the others false. The fact that today we do not yet know which is which should not worry us either because from uncertainty about true values it does not follow per se that a determinate correct answer does not exist (49).

However, the main problem with essentialist metaphysical and monist ethical theories of private law is not ontological or epistemic, but moral. A deep pluralism of worldviews is both the premise and the natural result of modern constitutional democracies. Even under ideal circumstances, citizens, however reasonable and respectful towards one another (a condition which excludes the political pursuit of fundamentalist objectives), are unlikely to convince each other of the best way to live their lives or about what is valuable in a human life. Rather, in each new round of the debate on ultimate values, with fresh arguments and salient examples, citizens are likely to become more entrenched in their views. This is what John Rawls referred to as the fact of reasonable pluralism (50). In order to be convinced by this Rawlsian insight we do not need to understand society as atomistic, nor do we have to make individualistic assumptions about citizens. Most people derive meaning, determine value and build (or discover) their identities in their meaningful relationships with others. Similarly, consensus — or at least strong convergence — on certain fundamental ethical values or metaphysical truths is the foundation of any ethical community. However, in all modern societies — and across them — there exist a great many ethical communities, each with their own accepted values and

---

(49) Against "epistemic abstinence", i.e. the idea that disagreement about values should provide a ground for governments to abstain from including values among the reasons for their decisions, see J. RAZ, *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford, 1995, Ch. 4 and 5.

(50) J. RAWLS, *Political liberalism*, XVII, XL, and *passim*.

metaphysical truths (51). These may be religious or secular, comprehensive or merely concerned with a certain aspect of their members' lives. Moreover, individuals tend to belong to various different communities, and adhere also to different values, which may conflict or even be incommensurable (52), at the same time. For each of us, the combination of these allegiances, values and aspirations is what constitutes our respective identities.

Different essentialist and monistic private law theories represent what would be the ideal private laws for different ethical communities. Self-authorship, independence, efficiency, solidarity, tradition (national or of a "legal family"), and the Holy Script, among others have been proposed as the ultimate foundation of private law. Each of the theories would be accepted as the ideal blueprint for the basic structure of private law in an ethical community sharing the same ultimate value or metaphysical truth. However, modern societies are not ethical communities. They are deeply divided about ethical values and metaphysical truths. To be sure, most proponents of essentialist and otherwise monistic private law theories will readily concede this. They fully endorse constitutional democracy and its premise, the fact of reasonable pluralism. All they are doing, they will argue, is offer their theories as democratic input. The question, however, is how useful these theories are going to be in the democratic debate. By definition, being monistic theories, none of them has anything to say about how they could be combined with theories based on other values or metaphysical truth claims. Indeed, each of these monistic theories by their very nature has to be a maximizing theory, aiming to occupy as large as possible a part of the field, and insofar (and only insofar!) is fundamentally intolerant.

---

(51) Ethical nationalists understand values as differing from nation to nation. In their view, a nation is a thick ethical community, sharing various values that distinguish it from other nations, and — in the primordialist nationalist view — that is prior, both historically and ontologically, to the state. Such views deny the fact of reasonable pluralism. Conversely, accepting the fact of reasonable pluralism implies rejecting the no-demos thesis concerning the EU insofar as this thesis relies, as it usually does, as discussed above, on a reading of a demos as an ethical community (which is not the same, to be sure, as an ethnic community).

(52) I. Berlin, *The pursuit of the ideal*, in Id., *The crooked timber of humanity: chapters in the history of ideas*, edited by H. Hardy, London, 2003, pp. 11-29.

From the perspective of each monistic theory, a private law partly based on other values means a pro tanto loss. For each of them, the question of whether and how to compromise with other theories would amount to nothing more than partial compliance theory. The consequence is that if monistic theories were all we had as input for the democratic debate on private law, we would have to understand democratic private law making as nothing more than logrolling, where ethical communities become interest groups pushing the debate on private law in the direction that will assure as large a territory as possible for their own flag (i.e. their supreme value) to reign over.

Rawls' ideas of the fact of reasonable pluralism and the related "fact of oppression", i.e. the fact that a society can ensure a shared adherence to the same worldview (be it religious or nonreligious) or ultimate value only by the oppressive use of power (53), were inspired by the European experience with a century of wars of religion, and especially, with religious tolerance as the only solution. Forst's insight that ethical and metaphysical theories must reach the threshold of non-rejectability with general and ethical reasons is based on the same idea. They do not make any strong epistemic claims about the incapability for truth of ethical and metaphysical theories. Rather, they remain agnostic about the possible truth of such claims. The point is rather that if ethical and metaphysical theories want to offer a justification for the basic structure of society, which, as said, includes the basic structure of private law, they must reach the threshold of non-rejectability with general and reciprocal reasons (54). And given that the requirement of reciprocity of reasons

---

(53) J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Cambridge MA-London, 2001, p. 34.

(54) It might be objected that the focus on reasonably non-rejectable reasons constitutes a bias towards the status quo (obstructing reform) or towards deregulation (obviating e.g. social regulation). However, that impression would be mistaken. Critique can be directed both towards the introduction and towards the removal of a rule or doctrine of European private law, and both to the justification and to the rejection thereof. Therefore, it does not follow from the right to justification that European private law should remain as it is until a proposal for change can be justified with reasonably non-rejectable general and reciprocal reasons. If the existing law is unjustifiable it must be changed; no status quo bias follows from the right to justification. Similarly, there is nothing in the right to justification on account of which deregulation is more likely to be

entails that we should not project our own ultimate values onto others, the implication is that in pluralist societies like our own, where citizens mutually respect each other as equals (in spite of the fact that they may consider each other's worldviews misguided or plainly false), it is unacceptable to elevate one's own ultimate value or conception of the individual or common good to a constitutional value, as it were, by entrenching it in the basic structure of private law, which, as said, is part of the basic structure of society ([55]).

3.2. *No blueprint.*

A critical theory of justice in European private law does not offer a blueprint for a fully just European private law, not even an outline for the basic structure of a minimally just one. Instead, it focuses first and foremost on the agency and reasons of those subject to that legal order. In addition, what it can do to a degree ([56]), is track injustices, i.e. cases where European private seems to have become (or risks becoming) an agent of injustice, because it creates, maintains or facilitates interpersonal relationships or social structures that are not reasonably justifiable (or to be more precise, are

---

justifiable than regulation or re-regulation. The standard for justification is identical, i.e. general and reciprocal reasons. Perhaps, the idea of an intrinsic bias is derived from the practical problem that some laws must always be in place and that at any given moment there has got to be a legal answer to a legal question that has arisen. This may lead one to the conclusion that, therefore, as long as no reasonably non-rejectable reform can be formulated the status quo must be preserved. However, apart from the fact that such an argument might also be directed against deregulation (because it might lead to a regulatory void), it should not be forgotten that the questions that concern us here are questions about justifiability. The problem of transition from an unjustifiable to a more justifiable state constitutes a separate question, which however, is subject to the same criterion: what would be a reasonably non-rejectable argument for or against a proposed path (timeframe, modalities) towards the replacement of an unjustifiable law with a more justifiable one? The fact that the road to reform may be challenging and that strong resistance against it may be expected does not make the status quo any more justifiable. Unfortunately, it is also true that the right to justification alone does not make existing injustices any less factual.

([55]) See further, M. W Hesselink, *Justifying contract In Europe: political philosophies of European contract law*, Oxford, 2021, chapter 9.

([56]) But only to a degree. Private law theorists, including critical private law theorists, can never speak on behalf of those subject to the legal order.

reasonably rejectable) towards those subject to them (57). Unlike materialist critique (e.g. Marxian and other strands of political economy), a critical justice theory focuses on the reasons that are (or could be) offered for justifying — in our cases — European private law rules, doctrines, and institutions and the power relationships they shape, facilitate and maintain. In particular, it exposes given reasons for being merely ideological or otherwise fail to pass the test of reciprocity and generality. Here follow a few instances of how a critical justice approach to European private law theory might proceed concretely.

EU private law assumes the presence of legally binding force of contracts. Much of the private law of the EU, e.g. the remedies for breach of consumer sales (58), credit (59), timeshare (60), package travel (61), or commercial agency (62) contracts would make no sense if such contracts were not legally binding (63). EU law relies on the fact of existing legally binding force of contracts in the member states (64). However, it does not demand it, nor does EU law itself provide for the legally binding force of contracts throughout the EU. Is it unjust for EU law not to ensure the binding force of contracts

---

(57) For the normative standard of reasons that cannot reasonably be rejected, see T.M. Scanlon, *What we owe to each other* (Belknap Press, 1998), esp. Ch. 5; Forst, *The right to justification*, 174 and *passim*.

(58) Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods.

(59) Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers.

(60) Directive 2008/122/EC of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.

(61) Directive (EU) 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements.

(62) Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on self-employed commercial agents.

(63) The same applies for unfair terms control pursuant to directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, which assumes the presence of an otherwise binding contract. See explicitly Art 6 Para 1, which provides that, while any unfair terms "shall not be binding on the consumer", the remainder of the contract "shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair terms".

(64) Such a merely descriptive reading also seems the best way to understand the "general principle of civil law" that the CJEU referred to in case C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains*, ECLI:EU:C:2007:440, para 24.

concluded in the internal market? Should everyone in the EU have a right to the enforcement with proper remedies of the contracts they conclude? Some theorists think we do have a moral right to the legally binding force of the contracts that we freely conclude (65). If we voluntarily limit our freedom by consenting to a contract, they claim, it is the state's task to ensure that we abide to our agreement by providing appropriate remedies for breach. Indeed, according to some of these theories (called transfer theories) a breach of contract constitutes a theft of the performance to which the other contract party is already entitled. On such views, if the state fails to grant specific performance, or its financial equivalent (i.e. expectation damages), as a remedy for breach this means that the state effectively tolerates a moral wrong, and in so doing, sanctions the unjustified redistribution of holdings from one person to another (66). Therefore, on these views, the state should protect, and ideally also constitutionalise, the binding force (or "sanctity") of contract. However, it is clear that such a state duty to enforce moral rights to contract depends, not only on the general (natural law) view that the state should enforce morality, but also on a conception of the world where individuals give up of part of their pre-institutional innate right to liberty through consent (formally understood), and only in that way. This is the view appropriately referred to as libertarianism (67). It is clear that such a controversial worldview cannot

---

(65) Other theorists argue that we should accommodate persons who understand their contractual obligation also as moral obligations, following from the moral duty to keep one's promises. See S. V. Shiffrin, *The divergence of contract and promise*, in 120 *Harvard Law Review* (2007), pp. 708-753. Contrast A. Bagchi, *Separating contract and promise*, in 38 *Florida State University Law Review* (2011), pp. 709-758, 712, who argues that the best we can do to support the private practice of promise is to minimize the overlap between private promises and publicly enforceable contracts.

(66) See R. Nozick, *Anarchy, state and utopia* [1974] Malden MA, 2006, 151. See also R. E. Barnett, *A consent theory of contract*, in 86 *Columbia Law Review* (1986), pp. 269-321, 291-292, with explicit reference to Nozick's theory of entitlement.

(67) Some transfer theories, while equally formal, claim not to be libertarian, because they presume distributive background justice, such as Rawlsian justice as fairness (see notably P. Benson, *Justice in transactions: a theory of contract law* Cambridge MA, 2019). While this latter characteristic certainly distinguishes their transfer theories from Nozickian ones (according to which formal justice in transfer is all there is, excluding in particular any notion of social justice), they nevertheless are grounded in

legitimately be projected onto other citizens by making it become the core principle of a generally applicable system of private law. That would be unjustifiable towards all those citizens who do not believe in an innate right to liberty. The same applies for ethical theories of contract that claim that our lives go better if our self-chosen contracts are legally binding and enforceable (68). In-

---

a libertarian default, i.e. a presumption of a generalised pre-institutional right to liberty (understood as freedom from interference), as opposed to merely specific post-institutional basic liberties, to the effect that any interferences with "liberty" would carry the burden of proof, expressed in the principle of no liability for non-feasance. See further M. W Hesselink, *Justice in transactions: a public basis for justifying contract law?*, in 17 *ERCL* (2021), pp. 231-244.

(68) It is important, in this regard, to note the crucial distinction, proposed by Forst, between first and second-order conceptions of ethical autonomy. First-order conceptions propose personal autonomy as a conception of the good life. Think, for example, of Joseph Raz' claim that an autonomous, self-authored life, lived by one's own lights, in accordance with the ideal of "self-creation", is a better life than the life of someone "who drifts through life unawares" (*The morality of freedom*, Oxford, 1986, pp. 370, 382), or of the assertion by H.H Dagan and M. Heller that the aim of contract law is to enhance autonomy, understood as self-determination and self-authorship through choice, from which it derives its value (*The choice theory of contracts* (Cambridge, 2017, 1, 5, 40 and *passim*)). By contrast, according to the second-order conception, people have a moral right to live their lives in accordance with a first order conception (where first order ethical conceptions understanding the good life as an autonomous life are merely one set of ethical doctrines among many others, including notably more communitarian ones). It is this second-order autonomy that, pursuant to the right to justification, cannot be reasonably denied anyone (see Forst, *The right to justification*, 131-133). For (European) contract law, it follows that a contract law proclaimed as expressing, protecting or promoting the (first-order) ethical value of autonomy would violate the moral right to (second-order) ethical autonomy because it would fail to respect fully all those citizens who adhere to different values, i.e. to different ethical doctrines than those claiming that a good life is an autonomous, self-authored life. In a recent paper, H. Dagan and A. Dorfman read various quite detailed contract law rule choices as matters of interpersonal justice (see *Justice for contracts, https://ssrn.com/abstract=3435781*). It is not clear whether their justice theory is ethical or moral, i.e. whether they understand justice as a value or as a norm. Are all the rule choices for contract law they discuss a matter of right and wrong or merely of good and bad? In other words, insofar as contract law is 'unjust', in their view, does it wrong the parties towards whom it is unjust or is it merely bad for them (ranging from suboptimal to disastrous) from the point of view of one conception of the good life? And if justice is a mere value, and not (also) a norm, then how does this relate do Dagan and Heller's claim that autonomy is contract law's ultimate value? Surely, contract law can have only

deed, a right to contract, as part of the basic structure of European private law, cannot be justified, it seems, with reasons that reach the justificatory threshold of reciprocal and general non-rejectability, and would therefore itself be incompatible with the respect we owe each other in the pluralist society of European citizens (69). It, therefore, seems fully acceptable that the EU does not require or ensure a general right to the binding force of contract, let alone constitutionalise it.

Much the same applies for the oft asserted right to freedom of contract. A general right to freedom of contract, entrenched in the

---

one ultimate value. Does this mean that justice is subject to autonomy, be it as a first-order intrinsic value or even as instrumental to it, in which case latter case autonomy concerns would have priority over considerations of justice? This would be the exact opposite of the priority of the right over the good that characterises deontological theories. Either way, Dagan and Dorfman, seem to understand interpersonal justice entirely in terms of outcomes (whether good or right) without any concern for the political autonomy of the persons subject to the private law rules in achieving "just" outcomes for contracts, or their dignity as justificatory subjects, as is characteristic of the present and other agency-oriented conceptions of justice.

(69) A different take could be to argue for a moral right to the legal recognition and enforceability of at least some contracts. On such a view, the right to at least some binding force of contract would follow from our moral right to autonomy (or human dignity). If we respect each other as different persons — as free and equal, and as ends, not merely means for our own ends — then we must acknowledge each other some agency to live our lives in accordance with values, a worldview, or a life plan of our own. In Forst's terminology (see the previous footnote), this is the moral right to second-order ethical autonomy (i.e. the right to have a first-order ethical conception).The argument would be that if we set up the main institutions in our society in such a way that not everyone has a right, at least in principle, to the public enforcement, in one way or another, of at least some of their agreements, then insofar that society would not be sufficiently just, because its basic institutional structure would be insufficiently justifiable. People in that society, the argument would go, would have a moral right to "veto", in Forstian terminology (borrowed from Kant), the public decision to totally abolish any legally binding force of contract, or the categorical refusal to (re-)introduce it, or to extend it to everyone. However, it is an open question whether a society that only gave reliance damages in case of the breach of wholly executory contracts (i.e. ones that merely oblige both parties to perform in the future — see P. Atiyah, *Essays on contract*, Oxford, 1986) would necessarily be an unjust society, be it in terms of interpersonal or of distributive justice (even though it might be a miserable one on certain ethical conceptions of the individual or common good). Much would depend on the other institutions and practices in that very different society. See further, Hesselink, *Justifying contract In Europe*, chapter 5.

basic structure of EU contract law (e.g. through its constitutionalisation), it seems, could be defended only with reference to conceptions of the human person or their good that are not accepted generally (or even widely) among Europeans. In particular, reasons aiming to justify the European constitutionalisation of freedom of contract could not pass the threshold of general and reciprocal non-rejectability. Therefore, the CJEU's radically libertarian *Alemo-Herron* ruling, that seemed to constitutionalise a right to freedom of contract (as an aspect of the 'fundamental' right to conduct a business, itself hardly justifiable as a fundamental right) (70), but which the Court has not repeated since, is perhaps best read as a one-off aberration (71). Indeed, it much rather seems that the EU's own choice to build an economic constitution for an internal market came with the responsibility to prevent injustices from occurring in that market. If the economic constitution of the internal market is entrenched in the Treaties, then, it seems, from a justice point of view, the moral constitution of that market should be equally constitutionally entrenched. This means that the EU should formulate and enforce clear moral limits to the internal market, and firmly establish these in the treaties. In particular, the EU cannot leave the prevention of any exploitation or domination in contractual relationships within the EU's internal market to the sovereign choice of its member states. And, for that matter, there is also no good reason why the EU should constitutionalise the invalidity of contracts restricting or distorting competition within the internal market (Art. 101, Para 2 TFEU) while not also constitutionalising the invalidity of immoral contracts (72). Indeed, from the point of view of interpersonal justice an internal market where exploitative, dominative or

---

(70) See CJEU, 18 July 2013, C-426/11, *Alemo-Herron and Others*, ECLI:EU:C:2013:521, 31-32, where the Court interpreted Art 16 CFREU as laying down "the freedom to conduct a business, a fundamental right [which] covers, inter alia, freedom of contract".

(71) In this sense, S. WEATHERILL, *Use and abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of "freedom of contract"*, in 10 *ERCL* (2014), pp. 167-182.

(72) The same applies for 102 TFEU on abuse of dominant position, which aims at preserving competition (and consumer welfare), and not (also) at ensuring fairness (and dignity) in contractual relationships.

other immoral contractual relationships are welcome, is not even "properly functioning". The current narrow reading of Art 114 TFEU merely as a competitive market, seems unjustifiable towards human agents with a justifiable claim to be fully and securely protected against exploitation and domination in the internal market.

By contrast, arguably, much of EU consumer protection law could be reread and justified as a genuine attempt to ensure interpersonal justice in the internal market. Insofar (and with the important limitations and modifications discussed above), a critical theory of justice in European private law ought to vindicate the relevant parts and aspects of EU consumer law as what could be referred to as the "interpersonal justice acquis". In particular, the unfair terms directive ([73]), whose core provisions require member states to ensure that terms causing a significant imbalance in the parties' contractual rights and obligations (Art. 3) will not be binding on consumers (Art. 6), can be read as aiming to ensure substantive interpersonal justice ([74]). This reading is reinforced by the CJEU's interpretation of Art 6 as a provision which "aims to replace the formal balance which the [contract] establishes between the rights and obligations of the parties with an effective balance which re-establishes equality between them" ([75]). Yet, in other respects, from a justice point of view the consumer acquis seems to display important deficiencies. First, in an agency-oriented conception, where justice is not merely a question of outcomes, but also of how these outcomes are achieved, it matters whether EU law is concerned with contractual imbalance chiefly with a view to the collectivist aim of ensuring a

---

([73]) Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

([74]) For such a reading in terms of substantive interpersonal justice of the Court's case law on unfair terms, see M. W Hesselink, *Unjust conduct in the internal market: on the role of European private law in the division of moral responsibility between the EU, its member states and their citizens*, in 35 *Yearbook of European Law* (2016), pp. 410-452, esp. 436 ff. More recently, see also C. Leone, *The missing stone in the cathedral: of unfair terms in employment contracts and coexisting rationalities in European contract law* (doctoral thesis University of Amsterdam, 2020), whose analysis, however, is based on impersonal "rationalities" (akin to systems theory) rather than on political agency and moral responsibility for justice.

([75]) CJEU, *Mostaza Claro*, Case C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, at para 36.

level playing field among competitors in the internal market, with a high level of consumer protection as a side-constraint thereof (as per Art 114 Para 3 TFEU), or rather as a matter of interpersonal justice. Secondly, from the perspective of substantive interpersonal justice the exclusion of core terms from the unfairness control seems misguided. If the aim of the directive is indeed, in the words of the Court of Justice, to replace the substantive imbalance between rights and obligations of the parties in the contract with 'an effective balance which re-establishes equality between them', then the core terms of the contract ought to be the directive's main target. From a substantive interpersonal justice point of view, the exclusion from the unfairness control of all contract terms relating to 'the definition of the main subject matter of the contract [or] to the adequacy of the price' (as long as these terms are written in plain intelligible language), as provided for in Art 4 Para 2 of the directive, makes no sense. It is the core terms that are most likely to create a significant imbalance in the parties' contractual rights and obligations, not the contract's ancillary terms. The restriction was introduced at the time for purely ideological reasons, as a direct response to a sustained libertarian attack denouncing the Commission's original proposal as "establishing within the EC the system of control and regulation underlying the socialist law of contract" (76). If the recent shift in the European Commission's language from "justice for growth" towards "delivering a fairer single market" (77), was meant as more than a mere change of tone, then ensuring that *all* contractual terms causing a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract be banned from the internal market, would seem a first priority. From the point of view of justice, there is no reason for a legal order to enforce any terms that it considers unfair (however transparent they may be). The idea that unfairness control of core terms would undermine liberty is not only ideological (neoliberal) but also inconsistent: if one party managed unilat-

(76) H. E. Brandner, P. Ulmer, *The Community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission*, in 28 *CMLR* (1991), p. 647-662, 649.

(77) Commission Press Release of 11 April 2018, *A new deal for consumers: Commission strengthens EU consumer rights and enforcement* (IP/18/3041).

erally to impose certain unfair ancillary terms on the other, then how can the validity of unfair core terms in the same contract still be based on any meaningful understanding of private autonomy?

3.3. *The priority of justice in private law.*

A final distinctive characteristic of a critical theory of justice in private law (or in one of its branches) is that it remains largely agnostic with regard to many private law rules and doctrines. Its objective is not to explain private law (or, as the case may be, contract, tort, or property law); its core concern is to uncover injustices. From this point of view, most private law rule choices matter rather little. For example, in a justice approach to comparative private law only a few of the many differences existing between different private law systems, within Europe and around the world, would be salient: only those which raise justice concerns, not the many merely doctrinal ones. As said, it is not even clear that justice demands the binding force of contract as a general principle. A society that refused to grant expectation remedies for breach of contract would not necessarily seem to be an unjust society, at least not for that reason alone. This would mean that we have no moral 'right to contract' the legal enforcement of which could reasonable be denied by no one. Much rather a critical theory of justice in private law takes the binding force of contract as a fact of the society at hand and asks whether that principle is acceptable in the absence of robust safeguards against exploitative, dominative, and other immoral contracts.

A critical theory of justice in private law is concerned with all major instances where private law rules, doctrines and institutions are — or risk becoming — agents of interpersonal or distributive injustice. Beyond that, it remains largely indifferent with regard to the many choices made by legitimate private law makers. If other considerations than justice can legitimately inform private law, then by definition a theory of justice in private law cannot account for the full range of choices in private law making. Thus, the critical theory of justice in private law steers a middle ground between positivism and natural law. While it claims the priority of justice — understood as a demand for justification with reciprocal and general reasons of the basic structure of private law —, beyond the demands of justice

it remains agnostic with regard to further private law choices made by legitimate private law makers. Put differently, from the point of view of a critical theory of injustice in private law many of the questions that have divided contract law theorists appear to be de minimis (which does not exclude their possible importance on other grounds than justice).

Consequentially, a critical justice approach to private law rejects universalism in private law theory. It does so on two levels. First, although the demand for justifiability with general and reciprocal reasons of the basic structure claims universal applicability, the questions of what exactly this entails remains firmly grounded in the empirical circumstances of the society at hand. Secondly, beyond justice it allows, and justifies as legitimate, the existence of differences between legal systems (some of which may be quite significant from a doctrinal perspective) as the natural outcome of a legitimate (in the first place democratic) private-law-making process.

How do we know which is which? How to determine whether a private law question involves justice concerns? Being a discourse theory, the critical theory of justice in private law answers: through inclusive democratic deliberation. There is an epistemic dimension to this last point, that, however, should not be confused with moral relativism. Although justice is a matter of objective moral truth (in other words, the theory is committed to moral realism) the only way we have for arriving at this truth is through democratic deliberation where only general and reciprocal reasons are acceptable in determining which matters belong to the basic structure of European private law and which ones do not. It should be remined, however, that justice (unlike validity) is not a binary matter (just versus unjust), but rather a question of degree (more or less just). And similarly, some institutions have a stronger justice impact than others (not only in the case of distributive justice but also concerning interpersonal justice). Therefore, the basic structure question is also a matter of degree, not a binary one. Thus, from the perspective of a critical theory of justice the question of which-is-which should be rephrased as the question of which institutions, doctrines and rules constituting injustices in European private law are the ones the European Union must most urgently address and redress. And the epistemic dimension here is that only if empowered citizens them-

selves have a realistic chance of demanding justification with good reasons, can we be sure that the most serious injustices, as experienced at the periphery, are even noted and considered as such at the political centre of European law making (78), which is the first indispensable step towards ensuring justice in European private law. This also explains why the selection of salient instances of injustice in European private law in section 2 could not but be tentative (79).

(78) The Habermasian idea of the core and the periphery of the public sphere is akin to Rawls' idea of the burdens of judgment, in that both accept that one's normative view of justice is partly determined by the factual circumstances in which one finds oneself, and which one can never fully escape even through reflection. However, the difference is that in Habermas' view the public sphere, and the free flow of arguments from the periphery to the core where decisions are made in legitimate political institutions (chiefly representative democracy), has the epistemic role of collective learning about justice, while in Rawls' view justice is a matter of a factually overlapping consensus between comprehensive doctrines on principles of justice. The idea of the epistemic function of a healthy public sphere should not be confused with sheer democratic decisionism, which would justifiably meet with scepticism. For Habermas, democratic majority voting, also in matters of justice, is nothing more than a "caesura" in an ongoing debate where no other power than the unforced force of the better argument should prevail, and while decisions are needed from time to time for the practical reason that citizens need laws to coordinate their actions, the debate always remains fundamentally open for the next round of arguments. See J. HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 179.

(79) On the central importance of the voices of victims of injustice, not only because of their right to moral and political agency, but also for our very understanding of justice, see J. N. SHKLAR, *The faces of injustice*, New Haven, 1990.

EMANUELA NAVARRETTA

PRINCIPI DELL'UNIONE EUROPEA, POLITICHE ECONOMICHE E DIRITTO PRIVATO (*)

1. La funzione dei principi dell'Unione europea e il coinvolgimento del diritto privato. — 2. I principi dell'Unione europea rilevanti nel diritto privato: una possibile tassonomia. — 2.1. Funzioni dei principi nel diritto europeo e tecniche elaborate a partire da essi. — 2.1.1. Il ruolo dei principi funzionali. — 2.1.2. Il ruolo dei principi sostanziali. — 3. La funzione dei principi nella costruzione di un'identità condivisa nelle politiche economiche. — 3.1. Dinamiche privatistiche nei rapporti fra l'Unione e gli Stati. — 3.1.1. La competizione "privatistica" fra ordinamenti attraverso la *Drittwirkung* immediata delle libertà fondamentali dell'U.E. e il graduale superamento di approcci avversi ai diritti sociali nazionali. — 3.1.2. La crisi Covid-19 fra sospensione del patto di stabilità, Trattato MES e *Next Generation*. Verso una solidarietà inclusiva degli stati? — 4. La complessa coesistenza di principi teleologici, istituzionali ed assiologici nella disciplina del contratto fra diritto europeo e aspirazioni nazionali. — 4.1. La giustizia inclusiva e le nuove prospettive del diritto contrattuale dell'Unione europea. — 4.2. La giustizia inclusiva e i nuovi orientamenti della Corte di Giustizia. — 4.3. La giustizia inclusiva e l'indiretto effetto preventivo di ingiustizie sociali nelle sentenze sul diritto all'abitazione. — 4.4. La giustizia inclusiva e la tutela del "consumatore vulnerabile": il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37 e l'attuazione della direttiva 2014/92. — 5. Cosa c'è di "europeo" nei principi nel diritto europeo? Un piccolo bilancio sulla costruzione di un'identità condivisa nelle politiche economiche.

Abstract. Questo saggio riflette sul ruolo dei principi del diritto eurounitario che impattano le relazioni economico-politiche e di diritto privato. Tali principi sono organizzati secondo una tassonomia che distingue i principi funzionali (a partire dal principio di effettività), che soprassiedono il funzionamento dell'Unione europea, dai principi sostanziali, che incarnano gli obiettivi dell'Unione europea e si dividono in principi assiologici e teleologici. Questa intelaiatura di principi presiede due livelli: l'uso di strumenti e metodi

---

(*) Il contributo rielabora la relazione tenuta all'incontro di studi "*What is European in European Private Law*" che si è tenuto a Firenze il 13 settembre 2019 in onore di due Illustri Maestri del diritto privato europeo: il Prof. Hans Micklitz e il Prof. Giuseppe Vettori.

del diritto civile, finalizzati a espandere le competenze dell'Unione e, più in generale, a regolamentare i rapporti tra Unione Europea e Stati; lo scopo di ottenere obiettivi generali attraverso la disciplina dei contratti tra privati e, in particolare, di contratti di consumo. Ad entrambi i livelli, la relazione dialettica tra principi prevede il crescente superamento delle concezioni neoliberali basate sull'utilitarismo attraverso ideali tratti dall'ordoliberalismo. Da un lato, queste concezioni suggeriscono la necessità per l'Unione Europea di creare condizioni tali per cui gli Stati mettano in atto politiche sociali attraverso interventi pubblici o misti. Dall'altro lato, una ideologia basata sull'ordoliberalismo ambisce ad affidare alla disciplina dei contratti il compito di garantire la giustizia distributiva, la "access justice" o giustizia inclusiva all'interno del mercato. Seppur essa non sia in grado di rimuovere le ingiustizie sociali e non si sostituisca ai necessari interventi pubblici, la "access justice" è in grado di contenere quella serie di problemi grazie alla sua effettività nella loro prevenzione. Si tratta di un punto di equilibrio che può contribuire ad atteggiare i principi assiologici — inclusi i diritti sociali di protezione — e teleologici, in particolare il libero mercato, le libertà fondamentali e la libertà contrattuale. Conseguentemente, il dissenso celato tra gli Stati e l'Unione europea potrebbe essere mitigato e il contributo dei principi, lungi dal generare conflitti, dovrebbe essere l'aiuto a costruire una identità comune e condivisa tra gli Stati e l'Unione Europea.

This paper reflects upon the role of EU law principles that have an impact on economical politics and on civil-law relationships. Such principles are arranged by a taxonomy that sets the functional ones (beginning with the principle of effectiveness), which oversee the functioning of the European Union, apart from the substantive ones, which embody EU objectives and are divided into axiological and teleological principles. This grid of principles presides over two levels: the use of civil-law tools and methods in order to expand the EU competences and, more in general, in order to regulate relationships between the European Union and the States; and the aim to obtain general objectives through the discipline of contracts among private parties and, particularly, of consumer contracts. At both levels, the dialectic relation among principles envisions the increasing overcoming of utilitarianism-based neoliberal views by ideals drawn from ordoliberalism. On the one hand, these conceptions suggest the need for the European Union to create conditions such that the States put into effect social policies, through public or mixed interventions. On the other hand, an ordoliberalism based ideology aims to rely on the discipline of contracts for the task to guarantee "access justice" within the market. Though it does not remove social injustices and does not replace necessary public interventions, "access justice" is able to contain that cluster of problems, because of its effectiveness in their prevention. This is a balance point which might contribute to poise axiological principles — protection of social rights included — and teleological ones, and particularly free market, basic freedoms, and the principle of freedom of contract. As a result, the hidden dissension among States and the European

Union might be mitigated and the job of principles, far from engendering conflicts, should be the help to build a shared and common identity among European Union and States.

1. *La funzione dei principi dell'Unione europea e il coinvolgimento del diritto privato.*

Il ruolo dei principi nel diritto dell'Unione europea sfugge alla tradizionale contrapposizione fra Antigone e Creonte (1): tra l'invocazione del potere salvifico dei valori, sganciati dalle regole, e la strenua difesa della "fattispecie".

Essi alimentano, piuttosto, raffinate tecniche giudiziarie che fanno interagire principi e regole dell'Unione europea con principi e regole dei sistemi nazionali, creando spazi al diritto dell'Unione, in seno alle discipline nazionali, e garantendo al potere giudiziario un'attitudine costruttiva di nuovo diritto (2), che trae impulso dai principi, ma non si avvale mai unicamente di essi (3).

È attraverso la dialettica fra regole e principi dell'Unione e regole nazionali che l'Unione ha affermato la sua esistenza giuridica, ricavando — tramite il criterio della competenza e la disapplicazione — spazi che un tempo erano coperti dai diritti nazionali; è attraverso la dialettica fra principi dell'Unione e regole nazionali che la prima si è assicurata un'effettività e una capacità operativa, idonea a bilanciare l'originaria limitatezza delle sue competenze, specie nell'ambito delle tutele. Ma soprattutto è ai principi dell'Unione, nel confronto dialettico con le Costituzioni nazionali, che è spettato e spetta il compito primario di imprimere un'identità ideologica comune, ispiratrice della complessa architettura pluri-ordinamentale.

Non deve, dunque, stupire la constatazione che il destino stesso dell'Unione dipende, in larga misura, da come simile dialettica si svilupperà.

---

(1) Sull'attualità della storica contrapposizione cfr. il volume di M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte. Per indagare i dilemmi del diritto continuamente riaffioranti nelle nostre società*, Bologna, 2018.

(2) Sul tema cfr. di recente S. Pagliantini, *Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo fra le Corti*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2018, pp. 322 ss.

(3) Ci sia consentito rinviare al nostro volume *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung*, ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 42 ss.

I principi possono essere il viatico per edificare un'identità condivisa, attraverso un confronto istituzionale costante, fatto di reciproche concessioni e di progressivi avvicinamenti, così come possono, viceversa, trasformarsi — come talora si è verificato in passato (4) — in strumenti di contrapposizione e di frattura che finiscono per contraddire non solo la funzione propria dei principi, ma lo stesso fondamento dell'Unione che dagli stati trae la propria legittimazione.

Questo bivio epocale, che con il succedersi delle crisi è divenuto sempre più cruciale, coinvolge anche il punto di vista del civilista per molteplici ragioni.

Le tecniche demolitorie e ricostruttive, fondate sui principi, di cui si è avvalsa la Corte di Giustizia, utilizzano paradigmi *lato sensu* privatistici, a partire dall'efficacia orizzontale di principi, di diritti e di doveri, che spesso conducono ad un apparato rimediale civilistico sia nei rapporti tra privati sia nei rapporti tra lo stato e i privati.

D'altro canto, il cuore delle competenze dell'UE riguarda la disciplina del mercato, affidata ad una regolamentazione fortemente privatistica, sicché è proprio sul terreno dei principi di politica economica che si giocano alcune fra le più importanti partite nella costruzione di una comune identità dell'Unione e nella creazione dei presupposti per una tutela effettiva della persona (5).

I principi ispiratori delle politiche economiche evocano *in primis* gli stessi rapporti fra Unione e stati nazionali e, in particolare, la competenza degli stati nazionali in materia di politiche sociali a fronte delle politiche economiche dell'Unione. Tale prospettiva ha, in particolare, attratto lo sguardo del civilista, allorché la Corte di Giustizia ha messo in competizione gli ordinamenti statali rispetto alla disciplina dei diritti sociali, utilizzando la proiezione orizzontale delle libertà fondamentali sugli atti di autonomia privata. Del resto, le politiche economiche dell'Unione europea nei confronti degli stati nazionali — alcune delle quali, a partire dal trattato MES (6), fortemente intrise di una logica privatistica — condizionano in

---

(4) V. *infra* par. 3.

(5) Buona parte degli studi di Giuseppe Vettori si sono incentrati sui rapporti fra "persona e mercato" e al tema è dedicata l'omonima rivista fondata dall'Autore.

(6) L. Gianniti, *La riforma del Trattato istitutivo del MES e la governance economica dell'eurozona*, in *Diritto pubblico*, 2020, 1, p. 315 definisce il Trattato MES *extra ordinem* rispetto all'impianto istituzionale comunitario.

radice la possibilità per gli stati membri di approntare interventi di giustizia sociale.

A tali incursioni privatistiche nelle dinamiche di diritto pubblico si affiancano, nell'impostazione dell'Unione europea, logiche *lato sensu* pubblicistiche trasfuse nel diritto privato, là dove l'Unione persegue finalità generali attraverso la disciplina di istituti privatistici, e in specie del contratto (7).

Su entrambi i piani il recente passato, nonostante l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, continua a consegnare l'immagine di una latente contrapposizione fra il mercantilismo dell'Unione, talora ancora attratta da visioni neoliberiste o neo-utilitariste, e il personalismo degli stati (8).

A tale sterile e pericolosa conflittualità occorre, dunque, reagire aiutando e potenziando la virata dell'Unione verso l'impronta ideologica sottesa al paradigma dell'economia sociale di mercato. Si tratta, in particolare, di affidare agli strumenti privatistici, e in specie al contratto, il compito di perseguire non la pura efficienza, bensì una giustizia inclusiva nel mercato (9), capace di contribuire alla prevenzione delle ingiustizie sociali, e, al contempo, di dare corso a quel corollario dell'economia sociale di mercato che è la consapevolezza dei limiti della regolamentazione del mercato, che non può *in toto* sopperire a taluni interventi di giustizia sociale. E poiché questi competono agli stati membri, essi non devono trovare ostacoli nel diritto europeo alle loro politiche sociali e devono essere in grado di poterle attuare, anche e in specie nelle congiunture di crisi.

Simile sforzo di ricostruire una condivisione nei contenuti dei principi ispiratori delle politiche economiche fra Unione e stati deve,

---

(7) Sul tema la letteratura è sconfinata. Cfr. da ultimo M. L. Chiarella, *Market Regulation and Paramount Principles Between Theory and Practice*, in *Osser. Dir. civ. comm.*, 2019, p. 119 ss.

(8) Tale contrapposizione è nata non solo da alcune infelici pronunce della Corte di Giustizia (v. *infra* par. 3.1.1), ma anche da quella parte della dottrina che "con logica suicida" ha messo "in dubbio la possibilità che la Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea] potesse [costituire un elemento di] discontinuità", così S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 95.

(9) Il riferimento è al secondo dei due Autori, che il presente contributo intende onorare: H.-W. Micklitz, il cui illuminato pensiero esposto nel recente volume *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, verrà, a breve, di seguito illustrato (v. *infra* par. 4.1).

prima ancora di essere analizzata nelle sue varie implicazioni, misurarsi con i lineamenti e con i meccanismi di funzionamento dei principi dell'Unione europea, che dimostrano una maggiore rilevanza per il diritto privato.

2. *I principi dell'Unione europea rilevanti nel diritto privato: una possibile tassonomia.*

Sette, secondo un'autorevole dottrina (10), sono i principi dell'Unione europea rilevanti nel diritto privato: la "*framed autonomy*"; la "*protection of the weaker party*"; la "*non-discrimination*"; l'"*effectiveness, together with the principle of equivalence*"; il principio di "*balancing*"; la "*proportionality*"; la "*good faith*".

L'Autore, con una scelta tanto inevitabile, quanto velatamente assertiva, precisa che "a reader may wonder why this study has discovered seven principles of EU civil law? I am not attached to any magical number like T.E. Lawrence's 'Seven Pillars of Wisdom', nor would I contest any criticism telling me that there are more or fewer principles" (11).

L'aperta sollecitazione a considerare possibili ulteriori principi o magari a escluderne taluno induce non tanto a confutare in sé la selezione o a contrapporre a quello di sette un differente numero, quanto piuttosto a provare a delineare una tassonomia capace di dare un ordine alle differenti tipologie di principi, la cui varietà — anche solo richiamando quelli analizzati da Reich — è di tutta evidenza. Scrive sempre l'Autore che "It should not be forgotten that the structure and content of these principles are somewhat

---

(10) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014, *passim*. Cfr. Sul tema cfr. anche U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (a cura di), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013; X. Groussot, H. H. Lidgard, *Are there general principles of community law affecting private law*?, in U. Bernitz, J. Nergelius, C. Cardner, X. Groussot (a cura di), *General principles of EC law in a process of development*, Alphen aan den Rijn, 2008; A. Hartkamp, *The General Principles of EU Law and Civil Law*, in *RabelsZ*, 2011, p. 241; M. Hesselink, *The general principles of civil law: their nature, role and legitimacy*, in D. Leczykiewicz, S. Weatherill (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, 131; T. Tridimas, *General Principles of EC Law*, 2 ed., Oxford, 2006.

(11) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 16.

different, which may be explained by their origin and function, even if they can now be more or less found in the Charter" (12).

Ed è proprio la considerazione del contenuto e della struttura dei principi che suggerisce di proporre una prima dicotomia concettuale volta a distinguere fra principi di natura funzionale e principi di natura sostanziale.

I primi — come la denominazione palesa — sovraintendono al funzionamento dell'Unione europea, perseguendo molteplici finalità: garantire l'operatività dell'UE, attraverso il "principio di effettività" (13) (14), nella sua valenza sostanziale e processuale; assicurare sempre all'Unione una riserva di rimedi e un termine di paragone fra tutele nazionali ed europee, attraverso il "principio di equivalenza";

---

(12) N. Reich, *op. loc. ultt. citt.*

(13) Tale principio è al centro della riflessione di Giuseppe Vettori, cui si deve la bella voce: *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Ann.*, 2017, Milano, pp. 281 ss.

(14) Cfr. altresì sul tema M. Accetto, S. Zleptnig, *The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, vol. XI, p. 375 ss.; A. Arnull, *The Principle of Effective Judicial protection in EU Law. An Unruly Horse*, in *European Law Review*, 2012, pp. 51 ss.; E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, pp. 661 ss.; F. Cafaggi, P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017, pp. 575 ss.; S. M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, *passim*; U. Grusic, *The Principle of Effectiveness in European Law and European Private International Law: The Case of Transnational Employment in the European Court of Justice and English Courts*, in *Boundaries of European Private International Law*, 2015, J.-S. Bergé, S. Francq, M. Gardeñes Santiago (a cura di), Bruxelles, 2015, pp. 427 ss.; N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 892; S. Pagliantini, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di giustizia*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra *Giurisprudenza per i principi e autonomia privata*, Torino, 2017, pp. 81 ss.; P. Piva, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2014, *passim*; N. Reich, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, pp. 337 ss.; M. Ross, *Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?*, in *European Law Review*, 2006, p. 474; F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes,Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 1993, vol. LVI, pp. 19 ss.; P. Rott, *The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforeseeable Impact on Private Law Relationships*, in D. Leczykiewitz, S. Weatherhill (a cura di), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, pp. 181 ss.

preservare un approccio pluralistico e democratico tramite il "bilanciamento degli interessi"; rispettare le dinamiche istituzionali fra Unione e stati nazionali tramite "i principi di proporzionalità e di sussidiarietà".

Natura sostanziale, per converso, va riconosciuta a quei principi che disegnano l'identità e il vòlto dell'Unione europea e che, a loro volta, possono distinguersi in: *principi teleologici*, in quanto rappresentano le finalità perseguite dall'Unione europea (fra quelli richiamati da Reich la "*protection of the weaker party*" e la "*non-discrimination*", cui possono aggiungersi la tutela del mercato unico e concorrenziale e la difesa delle libertà fondamentali per l'UE); *principi istituzionali*, in quanto tutelano istituzioni fondamentali nel contesto pluri-ordinamentale (la "*framed autonomy*", sempre nella visione di Reich, ma parimenti la libertà di impresa e il diritto di proprietà di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE); e, infine, *principi assiologici*, che abbracciano tutti i principi riconducibili alla tutela dei valori fondamentali della persona.

Il solo principio, fra quelli menzionati da Reich, che in parte sfugge alla tassonomia sopra proposta, è quello della buona fede (15). La ragione è che tale principio, dettando un canone di comportamento da valutarsi in relazione alle circostanze del caso, presenta

---

(15) Sulla buona fede nel diritto privato europeo cfr. fra i tanti M. Auer, *Good Faith: A Semeiotic Approach*, in *European Private Law*, 2002, pp. 279 ss.; C.M. Bianca, *Buona fede e diritto private europeo*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003, pp. 201 ss.; C. Castronovo, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 589 ss.; A. Di Majo, *L'osservanza della buona fede nei Principi* UNIDROIT in M.J. Bonell, F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, pp. 145 ss.; S. Grundmann e D. Mazeaud (a cura di), *General Clause and Standards in European Contract Law*, The Hague, 2006; M. Hoch, *Is fair dealing a workable concept for European contract law?*, in *Global Jurist*, 2005, p. 5; O. Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, 2007, pp. 841 ss.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, pp. 507 ss.; Ead., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 953 ss.; E. Poillot, *Influence du droit de l'Union Européenne et primauté de la loyauté: une protection incidente du consommateur?*, in *Petites Affiches*, 2011, pp. 34 ss.; G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 915 ss.; R. Zimmermann, S. Whittaker (a cura di), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, pp. 8 ss.

una natura non solo difficilmente assimilabile a quelli in precedenza menzionati, ma che, per taluni profili, pur ispirandosi a taluni principi assiologici, si avvicina maggiormente alla dimensione delle regole (16). Per questo la buona fede oggettiva può semmai definirsi un principio ordinatorio o regolatorio, a sottolineare la sua medianità fra principi e regole, là dove, per un verso, si ispira a principi, quale la solidarietà e la stessa tutela dei diritti della persona, ma, per un altro verso, sprigiona in via autonoma una capacità regolatoria, come del resto è proprio delle clausole generali.

2.1. *Funzioni dei principi nel diritto europeo e tecniche elaborate a partire da essi.*

2.1.1. *Il ruolo dei principi funzionali.*

Compito primario dei principi funzionali del diritto europeo è stato quello di garantire al contesto ordinamentale dell'Unione, che si andava ad innestare sugli ordinamenti statali, di crearsi uno spazio al loro interno e di acquisire una operatività, a dispetto di competenze (specie sul piano rimediale) necessariamente limitate, in ragione dell'eterogeneità degli apparati di tutela previsti nei diversi sistemi nazionali. Queste prime due funzioni hanno generato rispettivamente una tecnica *destruens*, la disapplicazione, certamente inedita per i giudici nazionali nell'ambito di ordinamenti dotati di Corti costituzionali, e nuove tecniche *construens* di regole a partire dai principi, parimenti atipiche in ordinamenti a prevalente genesi legislativa, quali i sistemi di *civil law*.

---

(16) Se è vero, infatti, che la buona fede non consente di rispondere *a priori* alla domanda "yes or not" e non abbraccia la logica "del tutto o niente", sicché è certamente evocativa dei lineamenti con i quali R. DWORKIN, *"Il modello delle regole"*, in ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 (ed. originale, ID., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977), p. 90 ss. tratteggiava i principi, tuttavia, essa consente al giudice di ricostruire la regola del caso tramite la sola comparazione fra il canone generale che proclama e le caratteristiche del caso medesimo. In questo, dunque, diverge nettamente dagli altri principi, specie da quelli assiologici, che non permettono al giudice di ricostruire la regola solo attraverso la comparazione fra principio e caso, ma che impongono un costante confronto dialettico fra principio, caso e regole (cfr. per tutti L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in, ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 51 ss.) e, talora, fra principio, caso e "sistema giuridico aperto" (cfr. a riguardo il nostro *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 175 ss.).

Un ruolo trainante rispetto a tali funzioni *destruens* e *construens* è stato svolto dal principio di effettività (17), affiancato da quello di equivalenza e dal bilanciamento di interessi, mentre il compito di contenere e controllare l'impatto dell'Unione sugli stati nazionali è stato affidato ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

La capacità di detti principi, e segnatamente dell'effettività, di generare tecniche giudiziali sia demolitorie sia ricostruttive è scaturita dall'interazione con almeno altri due paradigmi: il criterio della competenza, che impone una gerarchia di tipo orizzontale, e la teorica della *Drittwirkung*, nelle sue molteplici varianti e declinazioni: impropria o propria; indiretta o diretta; mediata o immediata (18).

---

(17) V. *supra* note nn. 13 e 14.

(18) La *Drittwirkung* è la teorica elaborata dalla dottrina tedesca con riguardo alle norme costituzionali (cfr. C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, pp. 201 ss.; L. Enneccerus, H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des burgerliches Recht*, Tübingen, 1959, pp. 93 ss.; H.P. Ipsen, *"Gleichheit"*, in F.L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Schener (a cura di), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, pp. 143 ss.; H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, in Id., (a cura di), *Festschrift fur E. Molitor*, München-Berlin, 1962, pp. 17 ss.; W. Leisner, *Grundrechte und Privatrechte*, München, 1960, spec. p. 312 e, più di recente, J. A. Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in D. Friedmann, D. Barak-Erez (a cura di), *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2002, pp. 13 ss.; M. Sieren, *Drittwirkung der Grundrechte in Privatrecht*, Norderstedt Germany, 2013, *passim*. Essa ipotizza una loro efficacia nei confronti dei terzi, e non soltanto dello Stato, cioè l'efficacia orizzontale delle norme costituzionali, il che immediatamente solleva il problema del rapporto fra varie tipologie di norme: fra norme costituzionali e norme ordinarie; fra norme costituzionali e norme di fonte autonoma, a loro volta regolate anche da fonti eteronome. Di qui, il senso delle classificazioni richiamate nel testo. Il binomio *Drittwirkung* indiretta o diretta evoca il dibattito che ha visto contrapporsi Autori (cfr. H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrechte*, cit., p. 17 ss.) favorevoli a riconoscere ai principi costituzionali la possibilità di operare sia attraverso la mediazione delle clausole generali (la c.d. *mittelbare Drittwirkung*), sia senza tale mediazione, dunque in via diretta (la c.d. *unmittelbare Drittwirkung*) ad Autori (cfr. G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in Maunz T. (a cura di), *Festschrift fur Hans Nawiasky*, München, 1956, pp. 157 ss.) che negano la possibilità della proiezione diretta adducendo che tale meccanismo risulterebbe distruttivo dei capisaldi del diritto privato, a partire dall'autonomia contrattuale, a loro volta radicati nelle norme della Costituzione. Alla diatriba è poi subentrata la raffinata riflessione di C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 201 ss, il quale ha rilevato come la proiezione orizzontale possa essere sia indiretta sia diretta, ma che, in questo secondo caso, si impone la necessità di combinare e di coordinare la norma-principio con le altre norme del sistema. Nel caso, viceversa, della

L'associazione fra l'esigenza di garantire effettività al diritto dell'Unione e l'affermazione del necessario arretramento delle disposizioni nazionali rispetto agli ambiti di competenza dell'Unione hanno legittimato — come si è anticipato — il potere di disapplicazione.

Per converso, l'affermazione di un dovere di protezione e di garanzia dell'effettività ai diritti dell'Unione, dunque una *Drittwirkung* riferita non solo ai diritti, ma anche ai doveri, sono stati gli strumenti posti alla base del potere ricostruttivo di rimedi.

In particolare, il dovere verticale degli Stati di garantire *effettività* al diritto dell'Unione ha generato il rimedio privatistico della responsabilità civile degli stati, secondo la logica tipica della *Drittwirkung* impropria; la *diretta efficacia* orizzontale non soltanto di diritti ma anche di doveri ha condotto all'elaborazione fra privati di rimedi civilistici (e non solo) (*Drittwirkung* diretta); e, infine, l'*efficacia immediata* all'interno di relazioni contrattuali del dovere di garantire una protezione effettiva a diritti proclamati dall'UE ha condotto alla ricostruzione di rimedi capaci di incidere direttamente sull'atto di autonomia privata (*Drittwirkung* immediata).

Come si palesa da tale classificazione, mentre l'elemento decisivo per invocare il principio di effettività è la rilevanza orizzontale del *diritto* codificato nel sistema UE, viceversa, il profilo che deter-

---

fonte autonoma, che, a sua volta, è regolata da altre fonti eteronome, l'Autore richiamato ritiene che il raccordo delle norme costituzionali possa operare solo con le fonti eteronome che disciplinano il contratto, ma non in via immediata con la fonte autonoma. Il riconoscimento di una *Drittwirkung* diretta, ma non immediata sul contratto, oltre a sottendere l'ulteriore distinzione fra *Drittwirkung* mediata e immediata, nasconde la preoccupazione di evitare la diretta imposizione di doveri in capo ai privati, diversi da quelli di protezione già contemplati dalle fonti sul contratto. Deve però rilevarsi che, una volta affermata la *Drittwirkung* diretta, se le altre fonti eteronome che regolano il contratto non disciplinano uno specifico profilo, non può escludersi — salvo incorrere in una contraddizione — che la norma costituzionale possa anche interagire in via diretta anche con la fonte privata.

Infine, completa il quadro del dibattito tedesco sulla *Drittwirkung* il pensiero di J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971, pp. 16 ss. che nega la possibile proiezione orizzontale delle norme costituzionali, ma reputa che, essendo lo Stato responsabile per non aver garantito i diritti dei cittadini, che sono *Abwehrrechte*, la loro lesione debba comunque suscitare un rimedio orizzontale: la responsabilità civile dello Stato. Si delinea in tal modo quella *Drittwirkung* impropria che sarà alla base della responsabilità civile degli Stati membri elaborata dalla Corte di giustizia.

mina il tipo di *Drittwirkung* coinvolta e, correlativamente, il livello al quale sono applicabili i rimedi civilistici dipendono dall'efficacia (solo verticale o anche orizzontale) dei *doveri* (in specie del dovere di protezione), così come l'impronta contenutistica della *Drittwirkung* deriva dalla proiezione orizzontale, oltre che dei diritti, dei principi sostanziali.

2.1.2. *Il ruolo dei principi sostanziali.*

Se i principi funzionali sono serviti a demolire e a ricostruire regole e, dunque, a garantire il funzionamento stesso dell'Unione, ai principi, che abbiamo sopra definito sostanziali, spetta il compito di imprimere l'identità dell'Unione, in un tempo in cui è maturata, a livello globale, una piena coscienza dell'ipocrisia circa una presunta, assoluta neutralità del diritto, e in specie del diritto privato.

Il riferimento è, innanzitutto, ai principi che identificano la genesi stessa del diritto europeo, ossia la formazione del mercato unico concorrenziale. La tutela delle libertà fondamentali per l'UE, il principio di non discriminazione, la tutela della concorrenza e delle *weaker parties* sul mercato sono principi teleologici, in quanto incarnano il fine originario dell'ordinamento dell'UE. Ad essi, si affiancano i principi istituzionali, a partire dall'autonomia privata, che identificano quegli istituti privatistici senza i quali il mercato neppure potrebbe sussistere e che ricevono dai principi teleologici un orientamento finalistico — la *regulatory civil law* (19) — che li induce a perseguire finalità generali, oltre a quelle particolari che solitamente connotano gli istituti di diritto privato.

A questo primo gruppo di principi sostanziali, finalizzati ad imprimere un'ideologia e finanche un'impronta regolatoria al diritto privato, si sono poi aggiunti altri principi, quelli c.d. assiologici che incarnano i valori del personalismo. Questi sono stati inizialmente dedotti dai principi comuni e dalle tradizioni costituzionali comuni ai paesi membri (20) e hanno svolto un ruolo essenzialmente difensivo della normativa europea rispetto ai controlli di costituzionalità

---

(19) H.W. Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Civil Law*, in *YEL*, 2009, pp. 3 ss.

(20) Cfr. per tutti, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*.

nazionali. Per converso, con l'approvazione del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (21), pur persistendo il coordinamento con le tradizioni costituzionali comuni e con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, si è attuato un processo di acquisizione autonoma da parte dell'Unione di principi fondamentali che, nell'includere i cardini del personalismo, li affiancano a taluni principi istituzionali, quale l'iniziativa economica privata e la tutela della proprietà, e a taluni principi teleologici, a partire dal divieto di discriminazione e dalla tutela del consumatore. Ma soprattutto è apparsa mutata la prospettiva con cui l'Unione ha accolto il personalismo: non si persegue più una strategia difensiva rispetto ai giudizi di costituzionalità nazionali, bensì si realizza un approccio propositivo e propulsivo di un autonomo "controllo di costituzionalità europeo", attuato dai giudici ordinari sotto l'ègida della Corte di Giustizia e riferito non solo alla normativa europea, ma anche a quella nazionale attratta nelle competenze dell'Unione europea.

Si è trattato, chiaramente, di un mutamento di prospettiva tutto elaborato all'interno del sistema UE e per questo non solo circoscritto dentro i confini delle sue competenze, ma di necessità non sostitutivo, bensì cumulativo rispetto ai controlli nazionali, non avendo gli stati membri *mai* rinunciato alla loro competenza in merito al controllo di costituzionalità.

3. *La funzione dei principi nella costruzione di un'identità condivisa nelle politiche economiche.*

3.1. *Dinamiche privatistiche nei rapporti fra l'Unione e gli Stati.*

Se la tecnica privatistica della *Drittwirkung*, riferita ai principi sostanziali e, in specie, a quelli codificati dalla Carta, ha suscitato — come si è sopra accennato — un processo di confronto, scontro e

(21) La dottrina sul punto è sterminata. Doveroso, tuttavia, è ricordare il volume curato proprio da G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, *passim*, e, fra i costituzionalisti, sempre M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in EAD. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2009, pp. 17 ss.

graduale costruzione condivisa (22) di un patrimonio comune di valori, nel rapporto tra giudizio di costituzionalità e controllo diffuso

(22) Epocale è stata la svolta segnata dalla nota vicenda Taricco, che ha visto alternarsi una prima pronuncia della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia 8 settembre 2015, C-105/14 caso *Taricco e altri*), che ha tentato di far prevalere un "approccio europeo", divergente da quello nazionale, nell'interpretazione del principio di legalità, ad un innovativo giudizio della Corte costituzionale italiana (C. cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Consultaonline*) che, a sua volta, ha dato luogo a un secondo intervento dei giudici di Lussemburgo (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17).

Da tale dialogo fra le Corti è emersa, sul piano sostanziale, l'esigenza di un processo di reciproco avvicinamento tra costituzionalismo europeo e nazionale che impone uno sforzo sia alle Corti costituzionali sia alla Corte di Giustizia. Le Corti costituzionali nazionali devono contribuire alla costruzione di un costituzionalismo europeo, rinunciando a talune specificità del costituzionalismo nazionale. Si legge, a riguardo, nella risposta della Corte di Giustizia alla prima sentenza Taricco che "l'obiettivo dell'unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali". Al contempo, la legittimazione (*ex* art. 11 della Costituzione italiana) e "la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri".

D'altro canto, poiché il delicato equilibrio è, di necessità, anche il frutto di una dialettica istituzionale, alla raffinata dialettica sostanziale non può non associarsi anche una strategia procedurale. Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale n. 269 del 2017 (C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269) nonché n. 20 e n. 63 del 2019 (C. cost., 20 febbraio 2019, n. 63) che, senza entrare in conflitto con le pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Melki* e *Abdeli* e *Melloni* e *Aklagaren*, contrarie a qualsivoglia preclusione del rinvio pregiudiziale e del potere giudiziale di non applicazione, "suggeriscono", tuttavia, un itinerario che prediliga — senza imporlo — il previo accesso alla Corte costituzionale. Scrivono a riguardo i giudici delle leggi nella prima pronuncia richiamata che "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE". Aggiunge, in sintesi, la sentenza n. 63 del 2019 che, "sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019, a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento [...] — per il tramite degli

di conformità ai principi dell'Unione, la medesima tecnica, unita al principio di effettività, ha altresì generato un terreno di confronto, scontro e auspicabile riavvicinamento anche fra i principi ispiratori delle politiche economiche nell'Unione europea e nei sistemi nazionali, con rilevanti ricadute sulle discipline privatistiche.

Più precisamente, la tecnica della *Drittwirkung* riferita alle libertà economiche fondamentali, unita ad una concezione neoliberale e neoutilitaristica, ha generato una contrapposizione con le politiche statali sulla tutela dei diritti sociali. In tal modo si è creata non soltanto una latente frattura con i valori nazionali, ma si è anche alterato un tassello fondamentale degli equilibri fra competenze nazionali e competenze dell'Unione. Se gli stati nazionali non sono assecondati nel loro attuare politiche sociali o, in congiunture di crisi, non sono posti nelle condizioni di realizzarle, si determina una schizofrenia rispetto alle politiche economiche dell'Unione che presuppongono una situazione di benessere nel mercato, la cui regolamentazione, comunque venga orientata, non è mai in grado di

---

artt. 11 e 117, primo comma, Cost. — alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e — ricorrendone i presupposti — di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta. Laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione".

Le ragioni della Corte costituzionale italiana sono evidenti. Poiché la Corte di Giustizia formula il suo giudizio non su mere disposizioni, ma su norme, che sono il frutto dell'interpretazione nazionale, è palese che se viene prima sollecitata la Corte costituzionale essa ha la possibilità, con tutta la forza istituzionale di quell'organo, di prospettare in partenza un'interpretazione il più possibile conciliativa fra principi costituzionali nazionali ed europei o di palesare, immediatamente, la sussistenza di un aspetto "sensibile" del costituzionalismo nazionale tale da giustificare il riferimento all'identità nazionale. In altri termini, non si tratta di imporre la prima o l'ultima parola per una mera ragione di braccio di forza tra le Corti, ma di individuare l'itinerario più corretto, considerando il termine di paragone del giudizio operato dalla Corte di Giustizia, oltre che la soluzione più idonea a prevenire eventuali conflitti.

risolvere situazioni di conclamata sofferenza sociale. Viceversa, quello che la regolamentazione del mercato potrebbe realizzare è una riduzione degli ambiti di sofferenza sociale attraverso una redistribuzione della ricchezza funzionale alla prevenzione di tali ingiustizie. Ma per far ciò è doveroso che anche al livello della regolamentazione dei rapporti tra privati vengano abbandonate concezioni di stampo neoliberista e neoutilitarista a favore di logiche regolatorie più coerenti con il paradigma dell'economia sociale di mercato.

3.1.1. *La competizione "privatistica" fra ordinamenti attraverso la* Drittwirkung *immediata delle libertà fondamentali dell'U.E. e il graduale superamento di approcci avversi ai diritti sociali nazionali.*

Il primo terreno nel quale si è palesato, da parte della Corte di Giustizia, un approccio neoliberista tendenzialmente antagonista rispetto al personalismo nazionale è stato quello della proiezione orizzontale immediata delle libertà fondamentali dell'Unione europea, che ha evidenziato alcune peculiarità nel bilanciamento di interessi attuato dai giudici di Lussemburgo. Tali peculiarità riguardano sia la qualificazione degli interessi coinvolti sia il termine di paragone su cui ricade il bilanciamento.

Sotto il primo aspetto, il valore costitutivo e fondante che hanno i principi teleologici e quelli istituzionali rispetto alla stessa esistenza dell'Unione ha indotto la Corte di Giustizia a qualificare tali principi di rilievo equivalente agli stessi principi assiologici, che hanno invece un ruolo costitutivo e fondante non di una specifica istituzione, ma di qualsivoglia istituzione che intenda qualificarsi come democratica ([23]). Quando, poi, sono state coinvolte le libertà fondamentali dell'UE, termine di paragone del bilanciamento di interessi non è risultato un singolo testo di legge, come avviene nei giudizi della Corte costituzionale, ma il confronto tra leggi di differenti ordinamenti europei, che offrono un diverso livello di tutela dei diritti

([23]) Cfr. per tutti N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, secondo cui "Oggi il concetto stesso di democrazia è inscindibile da quello dei diritti dell'uomo".

sociali, e che le libertà fondamentali dell'UE hanno finito per mettere in competizione (24).

La sommatoria di tali ragioni di complessità ha palesato delle criticità in alcuni gruppi di casi, inerenti al settore giuslavoristico.

In particolare, a dispetto degli sforzi inizialmente compiuti dalla disciplina europea per garantire, con l'armonizzazione minima, degli *standards* essenziali di tutela dei lavoratori, si è verificato, proprio dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, che avrebbe dovuto potenziare la curvatura personalistica dell'Unione, una proiezione orizzontale immediata delle libertà economiche fondamentali sugli atti di autonomia privata (e, in particolare, sui contratti collettivi) che ha orientato la Corte di Giustizia a preferire la soluzione legislativa meno favorevole ai diritti sociali del lavoratore rispetto a quella maggiormente protettiva (25), senza peraltro avere quale

---

(24) S. Deakin, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *Lavoro e diritto*, 2011, pp. 467 ss.

(25) Corte di Giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, caso *International Transport Workers' Federation Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*; Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05, caso *Laval un Partneri Ltd* c. *Svenska Byggnadarbetareförbundundet*; Corte di Giustizia, 8 aprile 2008, C-346/06, caso *Dirk Rüffert* v. *Land Niedersachsen*; Corte di Giustizia, 15 luglio 2010, C-271/08, caso *Commissione europea v. Repubblica Federale Tedesca*. Sui casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert* cfr., fra i tanti, M.V. Ballestrero, *Le sentenze* Viking *e* Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 371 ss.; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, 2014, pp. 160 ss.; E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privato: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 878 ss. e spec. 883 ss.: T. Novitz, *A Human Right Analysis of the Viking and Laval Judgments*, in C. Barnard (a cura di), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, p. 541 s.; G. Orlandini, Viking, Laval, Rüffert: *i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, *www.europeanrights.eu*, 2008, p. 1 ss.; G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, pp. 43 ss.; S. Sciarra, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo* Laval, in *Giorn. Lav. e rel. ind.*, 2011, pp. 363 ss.; G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, p. 91 ss.; F. Vecchio, *Dopo* Viking, Laval *e* Rüffert*: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti fondamentali?*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, in *www.europeanrights.eu*, pp. 1 ss.

interlocutore le corti costituzionali, posto che le libertà fondamentali andavano direttamente ad incidere sull'atto di autonomia dei privati.

Successivamente, forse a cagione del rilievo solo incidentale delle libertà economiche fondamentali nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., la Corte di Giustizia non ha mancato, con le sentenze *Alemo-Herren* (26) e *Agit Iraklis* (27), di spostare il *focus* del paradigma opposto ai diritti sociali dai principi teleologici al principio istituzionale della libertà contrattuale, implicitamente dedotto dall'art. 16 della Carta, così sacrificando nuovamente le normative nazionali protettive dei diritti sociali (28).

Le forti reazioni critiche all'atteggiamento neo-liberista della Corte di Giustizia (29), che hanno fatto parlare di "una potente *Liberalisierungsmaschine* [capace di dar luogo] al più compiuto esperimento di 'iper-globalizzazione' neoliberale oggi esistente" (30), non sono state, invero, prive di conseguenze ed è proprio da quelle critiche che deve ripartirsi per individuare nuove potenzialità costruttive.

---

(26) Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, C-426/11. La sentenza è stata fortemente criticata da S. Weatherill, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'. Judgment of the Court of 18 July 2013: Case C-426/11, Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, in *European Review of Contract Law*, 2014, p. 167 ss. e da J. Prassl, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law Case C-426/11 Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd*, in *Industrial Law Journal*, 2013, pp. 434 ss.

(27) Corte di Giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, Caso *Aget Iraklis*, C-201/15, nel quale la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità di impedire un licenziamento collettivo motivato con "l'intento di evitare che un settore economico, e quindi l'economia del paese, ne subisse le conseguenze negative", motivo giudicato dalla Corte meramente economico, ma che in realtà sottende la tutela di lavoratori contro gli effetti di un licenziamento collettivo.

(28) Questo, peraltro, accadeva mentre alcuni degli ordinamenti statuali (si pensi in particolare alla Grecia), nei quali le vicende sopra richiamate si verificavano, lottavano per cercare di uscire da una pesantissima crisi finanziaria, avvalendosi di prestiti in buona parte erogati da un ente di diritto privato, lo *European Financial Stability Facility*: una società lussemburghese.

(29) V. *supra* note nn. 25 e 26.

(30) S. Giubboni, *Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta: opportunità e rischi*, in *Politiche sociali*, 2019, pp. 3 ss. e spec. 6, che richiama il pensiero di W. Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, 2013, Berlin, p. 141 ss. e di D. Rodrik, *Straight Talk on Trade*, Princeton-Oxford, 2018, pp. 48 ss.

Sul fronte dei diritti sociali un'inversione di tendenza, nel senso di escludere che la libera circolazione possa assecondare un gioco al ribasso nella difesa di tali diritti, si registra, a livello legislativo, nella proposta di Risoluzione del Parlamento europeo sul *dumping* sociale del 18 agosto 2016, (2015-2255), così come nella direttiva 2014/67/UE e, in specie, nella direttiva 2018/957 UE sul distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi. In particolare, a fronte dell'auspicio, più teorico che concreto, di una futura armonizzazione delle tutele sociali — che trapela da alcuni documenti, come il Libro Bianco sul futuro dell'Europa della Commissione e la risoluzione del Parlamento su "*Il pilastro europeo dei diritti sociali*" — la soluzione che, al momento, viene disegnata è quella di un sostanziale recupero di autonomia degli stati nazionali nelle politiche sociali.

D'altro canto, poiché non tutte le partite si giocano sul terreno legislativo, è parallelamente doverosa una correzione di rotta sul piano del bilanciamento di interessi. In particolare, poiché la libera circolazione mette di necessità in competizione leggi diversamente protettive dei diritti dei lavoratori e la discrasia nelle tutele si è potenziata specie a seguito dell'inclusione nell'Unione dei paesi dell'est Europa, deve essere chiarito che sarebbe ostativa della libertà di circolazione solo una disciplina che ponesse ostacoli specificamente riferiti alle imprese straniere operanti sul territorio nazionale, mentre non può in alcun modo ritenersi un ostacolo alla libera circolazione il tipo di legislazione sociale che ciascuno stato disegna. La mera diversità di discipline fra gli stati non può reputarsi, in quanto tale, un ostacolo, poiché tale dato, se messo a confronto con la libera circolazione, può essere interpretato in due sensi assolutamente rovesciati a seconda del punto di vista: come ostacolo alla libera circolazione, se si opera una comparazione con le imprese che possono avvalersi di una legislazione meno protettiva dei lavoratori, o, all'opposto, come pretesa di poter operare una concorrenza sleale ai danni delle imprese, che non possono (o non vogliono) ridurre il livello di tutela. E poiché l'Unione europea deve favorire la libera circolazione ispirata ad una concorrenza corretta e non sleale, la maggiore tutela dei lavoratori non può in alcun modo configurarsi come fattore ostativo del mercato, sicché non resta che considerarla quale dato neutrale ed estraneo alle problematiche governate dall'Unione europea e, per converso, spettante alle scelte

degli stati nazionali, che al più devono essere orientati verso un innalzamento delle tutele e non certo verso un gioco al ribasso. Del resto, lo stesso Parlamento europeo nella risoluzione del 2016 su "*Il pilastro europeo dei diritti sociali*" ha proclamato che una "convergenza economica e sociale verso l'alto è fondamentale per la prosperità e una maggiore domanda interna in tutta l'Unione" (lett. *f*).

A fronte di tale chiarimento va altresì precisato che i segnali provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ultimo biennio sono, a loro volta, piuttosto positivi e incoraggianti: le libertà dell'UE tornano ad essere invocate a favore dei lavoratori e non delle imprese, come palesa il caso *Maria Vester* del 14 marzo 2019, C-134/18 ([31]), e l'interpretazione della disciplina sul distacco è sempre più orientata verso il potenziamento della tutela del lavoratore, come emerge nel caso *Walltopia* del 25 ottobre 2018 C-451/17 ([32]).

3.1.2. *La crisi Covid-19 fra sospensione del patto di stabilità, Trattato MES e* Next Generation*. Verso una solidarietà inclusiva degli stati?*

Se, dunque, già prima del 2020 l'Unione europea ha iniziato ad abbandonare posizioni ostative della tutela offerta dagli stati nazio-

---

([31]) CG, 14 marzo 2019, C-134/18, caso *Maria Vester v. Rijksinstituut voor ziekte-en invaliditeitsverzekering*.

([32]) CG, 25 ottobre 2018, caso *"Walltopia" AD contro Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite — Veliko Tarnovo*, secondo cui l'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in combinato disposto con l'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 883/2004, come modificato dal regolamento (UE) n. 465/2012 della Commissione, del 22 maggio 2012, deve essere interpretato nel senso che "un lavoratore subordinato assunto nella prospettiva del suo distacco in un altro Stato membro si deve ritenere come essere stato, "immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, [...] già soggett[o] alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito", ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento n. 987/2009, quand'anche detto lavoratore non avesse la qualità di assicurato a norma della legislazione di tale Stato membro immediatamente prima dell'inizio della sua attività lavorativa subordinata, nella misura in cui il lavoratore fosse, a quell'epoca, residente in tale Stato membro, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare".

nali ai lavoratori, ci è voluta una crisi di proporzioni mondiali, come quella creata dal Covid-19, per sospendere la tenaglia del patto di stabilità che, già in condizioni di normalità, rendeva non agevoli gli interventi di giustizia sociale e che, certamente, in un contesto grave e patologico come quello determinato dalla pandemia, avrebbe impedito di apportare qualsivoglia sostegno sociale.

Sennonché, sospendere il patto di stabilità non basta certo a risolvere le crisi degli stati e, se non si fa fronte ad esse, la prima conseguenza sarebbe quella di un vuoto nelle tutele sociali.

La crisi Covid-19 ha posto, dunque, un problema di inclusione nel sistema (e di prevenzione del *default*) degli stati stessi, prima ancora che dei privati.

Tale esigenza impone di abbandonare l'approccio prevalentemente privatistico e ispirato ad una visione neoliberista che ha guidato la gestione della crisi greca e che si è poi riflesso nella costruzione di quel singolare intreccio tra diritto comunitario, diritto costituzionale, diritto bancario e diritto privato che è il Trattato MES ([33]). Il MES, pur essendo un'organizzazione intergovernativa di diritto pubblico, coordinato all'UE attraverso l'art. 136, comma 3°, del TFUE e agli stati nazionali, attraverso la composizione del consiglio dei governatori, ha l'impianto privatistico di un istituto finanziario (che però gode di privilegi e immunità, relative a beni e a persone) chiamato ad erogare finanziamenti che, pur con il fine pubblicistico di preservare la stabilità dell'euro zona, maturano interessi che il consiglio di amministrazione può rivisitare (art. 20) e sono sottoposti a condizioni capaci di incidere, con differenti gradi di intensità, sulle scelte politiche degli stati.

Non è mancato chi ha portato alle estreme conseguenze l'approccio privatistico del MES, ipotizzando rimedi civilistici legati alla possibile illiceità delle condizioni, ove queste inficino la sovranità degli stati ([34]), così come potrebbe rilevarsi che l'approccio privatistico del Trattato MES non appare neppure conforme ad alcuni principi generali dell'Unione europea, a partire dalla tutela delle

---

([33]) Cfr. in proposito il bel volume collettaneo A. Mangia (a cura di), *Mes. L'Europa e il Trattato impossibile*, e-book, Morcelliana-Scholé, 2020.

([34]) Cfr. in proposito G. Gitti, *Il MES alla prova del diritto privato del mercato*, in A. Mangia (a cura di), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, cit.

weaker parties, se è vero che sembra piuttosto consegnare gli stati più deboli nelle mani dei "contraenti forti", anziché favorirne l'inclusione.

Tuttavia, pur risultando ampiamente condivisibili le considerazioni svolte in merito alla disciplina della condizione e pur non potendosi negare che l'approccio privatistico è proprio quello promossa dall'Unione europea — si pensi solo alla responsabilità civile degli stati — ciò nonostante è fortemente dubitabile che quella privatistica possa essere una risposta concretamente prospettabile non si sa bene dinanzi a quale corte e per di più invocando una disciplina nazionale.

Piuttosto, se si vuole portare alle sue estreme conseguenze il parallelismo tra disciplina dei rapporti con i privati e disciplina dei rapporti con gli stati è da rilevare che, mentre sino a quando si rientra nell'ambito di situazioni "fisiologiche" gli strumenti del diritto privato possono attuare riequilibri e redistribuzioni, viceversa, a fronte di situazioni del tutto patologiche si impongono interventi solidaristici e, come la conclamata sofferenza sociale del privato necessita della tutela dello stato ispirata alla giustizia sociale, parimenti la conclamata crisi di uno stato richiede l'intervento solidaristico dell'Unione, se si vuole evitare una fuoriuscita dal mercato e dalla stessa Unione.

Per questo la crisi Covid-19 ha spostato il *focus* dal MES al *Recovery Fund* la cui giustificazione deve ravvisarsi non solo nell'art. 136, comma 3°, del TFUE, ma anche, specie per la componente a fondo perduto, nell'art. 122 del trattato di funzionamento. Quanto alle condizionalità, esse in tale contesto vanno intese più come impegni politici (da affidare ai processi di negoziazione politica) giustificati dalla condivisione di un comune progetto di ripresa, che motiva l'intervento solidaristico, che come condizioni di diritto privato.

Questa soluzione accolta per affrontare la crisi Covid-19 può ritenersi, dunque, un ulteriore segnale del nuovo itinerario intrapreso, in linea con l'idea dell'economia sociale di mercato, che non si affida solo ed esclusivamente ai meccanismi del mercato e alla regolamentazione privatistica, ma che implica un equilibrato dosaggio fra interventi solidaristici a beneficio degli stati, così come dei privati, e strumenti di regolamentazione del mercato volti a poten-

ziare i benefici della circolazione economica a vantaggio del maggior numero possibile di operatori.

4. *La complessa coesistenza di principi teleologici, istituzionali ed assiologici nella disciplina del contratto fra diritto europeo e aspirazioni nazionali.*

Creati i presupposti affinché gli stati nazionali possano approntare interventi di giustizia sociale, contestualmente deve riflettersi sui principi di politica economica che devono ispirare la regolamentazione della disciplina del contratto, su cui primariamente si incentra l'intervento dell'Unione.

L'indagine, dunque, si sposta su ciò che compete o non compete all'autonomia privata e su come questa possa essere plasmata dai principi, e da quali principi, nella dialettica fra Unione e stati nazionali.

Il contratto, nella prospettiva dei principi, incarna, al tempo stesso: per il diritto dell'Unione, oltre che il principio istituzionale di autonomia privata, lo strumento orientato a perseguire il principio teleologico della regolamentazione del mercato e, nel dibattito nazionale, l'istituto su cui si riverbera l'anelito di una redistribuzione coerente con le esigenze dettate dal solidarismo e dal personalismo.

Una tale convergenza di principi ha generato una latente conflittualità tanto più in quanto, dal lato del modello europeo, il contratto è stato plasmato, attraverso concezioni neo-liberiste o neo-utilitaristiche, verso il puro obiettivo dell'efficienza, e, all'opposto, dal lato della riflessione nazionale, si è generata l'illusione che la sola disciplina del contratto possa attuare una redistribuzione di ricchezze risolutiva dei problemi di giustizia sociale. A quest'ultimo obiettivo tende, in particolare, l'ingenuo tentativo di affidare il raggiungimento di obiettivi di giustizia sociale ad un generalizzato controllo sulla giustizia del contratto, sganciato dal presupposto dell'asimmetria di potere contrattuale e affidato alla buona fede oggettiva o alla proporzionalità: un tentativo che, involontariamente, torna all'auspicio proprio del corporativismo fascismo — espressamente formulato nella relazione ministeriale al codice (punto 656) — di "una vita regolata dall'ordinamento corporativo e quindi dalla proporzione e dalla solidarietà: l'equilibrio fra le prestazioni delle

parti o l'equità del vantaggio conseguita da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali; [essa] rappresenta la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all'autonomia contrattuale".

Sennonché, simile ambizione tendeva sostanzialmente a distruggere il principio di autonomia, che è il fondamento stesso di un'economia di mercato, per la quale vale — non solo per l'Europa che sul mercato è stata edificata, ma anche per gli stati nazionali — quello che Keynes diceva del capitalismo, che "non è né intelligente, né bello, né giusto, né virtuoso, né si comporta come dovrebbe [...], ma quando ci [venisse] chiesto cosa mettere al suo posto [resteremmo] estremamente perplessi".

E allora proprio dinanzi ad una crisi di sistema come quella alla quale stiamo assistendo non ha senso né continuare a crogiolarsi in visioni neo-utilitariste, facendo finta di ignorare le crisi di sistema, né all'opposto smantellare l'economia di mercato, tornando o a posizioni neo-corporativiste o alle illusioni interventiste degli anni '70 che, oltre a comprimere indebitamente la garanzia di istituto che compete all'autonomia privata, tradivano l'obiettivo di una equa e proporzionale redistribuzione dei costi sociali (35) e sono state rigettate dagli stessi meccanismi di mercato.

Il diritto privato, invero, può fare molto nella redistribuzione della ricchezza, ma solo se riconosce i propri limiti e il principale limite è quello di non poter essere risolutivo delle già conclamate

---

(35) Emblematico è stato il caso della legge sull'equo canone, che non solo dava rilevanza nel contratto a diseguaglianze sociali, ma imponeva al contratto contenuti ispirati alle esigenze della giustizia sociale: il canone (socialmente) equo, che evocava l'immagine di una correzione geometrica attuata nella singola negoziazione. Il fallimento di tale modello — com'è noto — è stato duplice: esso ha tradito il concetto stesso di giustizia redistributiva, poiché attuava una redistribuzione né equa né proporzionale dei costi sociali (far gravare sui proprietari di case il costo sociale dei bisogni abitativi finiva, infatti, per esonerare da tali costi sociali coloro la cui ricchezza, magari ben maggiore, non era di tipo immobiliare e avvantaggiava fra gli stessi proprietari immobiliari quelli più ricchi, cui restava l'opzione di togliere dal mercato delle locazioni il proprio immobile); d'altro canto, tale legge ha determinato una progressiva riduzione dell'offerta, sul mercato delle locazioni, di immobili e ha portato ad escludere da esso proprio i contraenti più deboli, agevolando il formarsi di un mercato occulto: si è così dimostrata un *boomerang* nei confronti degli stessi soggetti che intendeva tutelare.

situazioni di povertà. Per converso, il diritto dei contratti può attuare benefiche redistribuzioni di rischi sopravvenuti che alterino gli originari equilibri concordati (36) così come può sindacare la giustizia del contratto, a condizione che ciò non annienti il potere di autonomia e persegua finalità generali idonee a far convergere le esigenze del mercato con istanze *lato sensu* solidaristiche.

A tal fine, il processo di avvicinamento del diritto europeo alle istanze assiologiche nazionali può essere affidato proprio a quella nozione elaborata da Hans Micklitz, che è l'*access justice* o giustizia inclusiva nel mercato.

4.1. *La giustizia inclusiva e le nuove prospettive del diritto contrattuale dell'Unione europea.*

Come Alexander Rüstow aveva cercato una soluzione alternativa al liberismo e alla pianificazione economica collettivistica, l'*access justice* si propone di essere "*more than allocative libertarian justice but less than social distributive justice*" (37).

Così scriveva Hans Micklitz due anni prima che la crisi Covid-19 mettesse a nudo i limiti dell'approccio *libertarian* e la presa di coscienza che la soluzione diretta della *social justice* vada riservata ad interventi di natura pubblicistica.

Ma questa presa di coscienza non sminuisce il ruolo che può svolgere il diritto contrattuale orientato verso una corretta direzione finalistica.

In particolare, se la caratteristica del modello contrattuale europeo è stata quella di mettere in relazione un possibile controllo sulla giustizia del singolo contratto, fondato sulla rilevanza assegnata a talune diseguaglianze nell'esercizio dell'autonomia, legate a fisiologiche disfunzioni del mercato, e un effetto redistributivo generale, il profilo più importante e delicato è proprio l'individuazione dell'obiettivo regolatorio perseguito, che si riverbera non solo sulla selezione delle asimmetrie rilevanti, ma anche sulla tipologia di rimedi applicabili.

---

(36) Sul punto, proprio in relazione alla recente crisi Covid-19, ci sia consentito rinviare al nostro contributo su *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute del contratto. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *N.G.C.C.*, 2020, 3, pp. 87 ss.

(37) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, cit., p. 19.

Sull'obiettivo regolatorio si sono, invero, riflesse una pluralità di differenti impostazioni, *lato sensu* riconducibili al neoliberalismo, e nelle quali si sono intrecciate teorie economiche, concezioni giuridiche e filosofiche, concrete strategie politiche (38), che dalla fine degli anni '30 in poi si sono stratificate. Queste procedono da visioni che si rifanno all'influenza del pensiero economico della Scuola di Chicago e misurano il diritto attraverso il paradigma dell'efficienza (39), avvalendosi dell'analisi economica del diritto (40), e così mostrando un vòlto neoutilitarista (41), a concezioni teoriche e a concrete politiche nordamericane sull'*antitrust* (focalizzate sull'obiettivo regolatorio della concorrenza e non sulla tutela dei *competitors* (42)), a visioni *libertian* (43), sino a giungere a concezioni più vicine alla Scuola ordo-liberale (44) di Friburgo che, del resto, aveva, a sua volta, contribuito alla fondazione nel neoliberalismo (45).

Tale varietà di ricostruzioni, con le relative profonde differenze implicate, ha generato, nel dibattito sul diritto europeo, una prima polarizzazione dell'effetto regolatorio verso l'efficienza, verso la concorrenza e verso il potenziamento delle libertà economiche fondamentali: un po' semplificando potrebbe parlarsi di una lettura

---

(38) Su tali commistioni cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, Corso al *Collège de France* 1978-1979, trad. it. M. Bertani, V. Zini (a cura di), Milano, 2005, pp. 129 ss.

(39) I. R. Macneil, *Contract Remedies: a Need for Better Efficiency Analysis*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1988, pp. 6 ss.; B. E. Hermalin, A.W. Katz, R. Craswell, *Contract Law*, in A. M. Polinsky, S. Shavell (a cura di), *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam, 2007.

(40) F. Denozza, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. Sacchi, A. Toffoletto (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico neoliberale"*?, Milano, 2019, p. 3 ss.

(41) L. Sacconi, *Non tutta la massimizzazione viene per nuocere (e i molti significati di "agente massimizzante")*, in R. Sacchi, A. Toffoletto (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico neoliberale"?*, cit., p. 308.

(42) R. Bufano, *Il controllo sui contratti asimmetrici nel diritto privato europeo. Armonizzazione delle tecniche ed economia dei rapporti di consumo*, Tesi di dottorato, Università di Pisa, pp. 35 ss.

(43) R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1980.

(44) Per una recente riflessione della portata dell'eredità neoliberale cfr. M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Moneta e credito*, 2019, pp. 301 ss. e M. Maugeri, *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi*, *ivi*, pp. 365 ss.

(45) Il riferimento è alla scuola di Friburgo i cui esponenti (in particolare Röpke e Rüstow) parteciparono al Colloquie Walter Lippmann, organizzato in Francia nel 1939, che pose le basi del neoliberalismo.

del diritto europeo attraverso le influenze, più o meno marcate, della riflessione nord-americana. Tale orientamento, difeso da una parte della dottrina europea e nazionale (46), ha trovato riscontro nelle sentenze della Corte di Giustizia, già sopra richiamate: dal c.d. quartetto *Laval*, a *Alemo-Herron*, ad *Agit Iraklis*. Sennonché proprio la diffusa critica a tali orientamenti giurisprudenziali, il diverso modo di concepire il diritto *antitrust* in Europa rispetto al sistema nordamericano, la virata verso l'economia sociale di mercato da parte del Trattato di Lisbona, i condizionamenti prodotti dal succedersi di crisi finanziarie ed economiche (sino a quella attuale determinata dal Covid-19) hanno iniziato a far emergere una differente impostazione che identifica l'obiettivo regolatorio generale, cui tende la giustizia contrattuale (e cui mira il divieto di discriminazione), in quella che viene qualificata l'*access justice* (47).

L'*access justice*, che in italiano può tradursi come giustizia inclusiva, intende garantire la massima inclusione nel mercato (48) del maggior numero possibile di lavoratori, di consumatori, di imprenditori, specie medio-piccoli, sul presupposto che l'accesso al mercato sia lo strumento più idoneo a massimizzare il benessere generale, senza con questo illudersi di poter fare del tutto a meno della giustizia sociale, che viene riservata agli stati nazionali.

Se, dunque, l'obiettivo regolatorio del modello dell'UE non devono essere l'efficienza e la concorrenza in quanto tali, ma l'inclusione nel mercato degli operatori e la tutela dei concorrenti (49), l'apparato rimediale adeguato a correggere l'ingiustizia del singolo

---

(46) M. Bartl, *Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political*, in *European Law Journal*, 21(2015), 5, pp. 572 ss.; Id., *Internal market rationality. In the way of reimagining the future*, in *European Law Journal*, 24 (2018), 1, pp. 99 ss. e v. *supra*, nota n. 34.

(47) Cfr. per tutti H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, cit.

(48) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, cit., pp. 22-23 secondo cui *l'access justice* "seeks to break down the barriers which limit participation and access; second, it aims to strengthen the position of consumer and workers to enforce their rights in a multigovernance legal order; and third, to develop an institutional design that is necessary to cope with the move from protection laws to the laws on the labour and consumer market society".

(49) Cfr. R. Bufano, *Il controllo sui contratti asimmetrici nel diritto privato europeo. Armonizzazione delle tecniche ed economia dei rapporti di consumo*, Tesi di dottorato, Università di Pisa, pp. 35 ss.

contratto deve tendere all'obiettivo di prevenire future condotte scorrette degli imprenditori e la fuoriuscita dal mercato dei consumatori e dei piccoli e medi imprenditori.

4.2. *La giustizia inclusiva e i nuovi orientamenti della Corte di Giustizia.*

L'obiettivo della giustizia inclusiva, oltre a trasparire da taluni interventi normativi dell'Unione ([50]), sembra riverberarsi sulla disciplina relativa alle clausole vessatorie e, in particolare, sull'effetto preventivo e deterrente che viene non solo rafforzato, ma anche reso più compatibile con le istanze di giustizia del contratto attraverso una duplice strategia: tramite specifici interventi sanzionatori (previsti, in particolare, dalla direttiva 2019/2161 ([51])) e tramite un miglior coordinamento fra l'obiettivo deterrente e i rimedi contrattuali.

Sotto quest'ultimo profilo pare delinearsi una tendenziale evoluzione negli orientamenti della Corte di Giustizia.

In una prima fase i giudici di Lussemburgo perseguivano l'obiettivo regolatorio adottando soluzioni rimediali relative ai singoli contratti, sulla base di ragionamenti ipotetici astratti circa il loro ipotetico impatto sui comportamenti dei professionisti e imprenditori, così assecondando, grazie alla loro astrattezza, una prevedibilità del rimedio, coerente con le esigenze di efficienza dei professionisti e delle imprese. Ne derivava l'immagine di una sorta di contrasto ossimorico (quasi che il mezzo possa contrastare con il fine ([52])) tra la correzione del singolo contratto, ispirata alla giustizia, e l'effetto regolatorio, ispirato all'efficienza, che poneva limiti e condizioni alla correzione del contratto; in tal modo, l'efficienza finiva, in realtà, per assecondare strategie di aggiramento della disciplina da parte di

---

([50]) V. *infra* par. 4.4.

([51]) Al fine di affrontare le innumerevoli nuove problematiche poste dal ricorso alle negoziazioni tramite l'*e-commerce* e tramite le piattaforme, la direttiva prevede, tra le altre soluzioni, l'irrogazione di "sanzioni pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti di professionisti responsabili di infrazioni diffuse o di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale" (consid. n. 4; art. 8 *ter* aggiunto alla direttiva 93/13 e art. 13 sostitutivo del pregresso articolo della direttiva 2005/29).

([52]) L'immagine del mezzo e del fine è di S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 613.

imprenditori e di imprese e, dunque, per frustrare la stessa esigenza di prevenire condotte scorrette.

Viceversa, spostandosi il *focus* dell'obiettivo regolatorio sulla giustizia inclusiva e sull'esigenza di prevenire future condotte poste in violazione della normativa, ha finito per emergere come la massima tutela in concreto del consumatore realizzi nel modo più efficiente lo stesso obiettivo regolatorio, dimostrando come tra mezzo e fine non vi possa essere alcuna opposizione.

Secondo questa diversa linea di pensiero, la stessa Corte di Giustizia, nei più recenti sviluppi, pur cercando di preservare una continuità con i propri precedenti, sembra orientarsi verso un approccio, che persegue l'obiettivo regolatorio potenziando l'accertamento in concreto sull'idoneità delle soluzioni rimediali a garantire la massima giustizia del singolo contratto. In particolare, comincia ad emergere che un approccio volto a prediligere la valutazione caso per caso della soluzione maggiormente protettiva per il consumatore determina un'incertezza *a priori* sui risvolti applicativi conseguenti all'invalidità, che opera come potente deterrente nei confronti dei professionisti e delle imprese. Questi, infatti, più difficilmente possono escogitare strategie di contenimento o di aggiramento dei controlli offerti dalla legislazione protettiva e, dunque, dovrebbero orientarsi verso condotte più caute nella scelta delle clausole. Ne viene, di riflesso, potenziata la giustizia del singolo contratto e, al contempo, rafforzato l'effetto deterrente.

Il nuovo orientamento della Corte si manifesta, talora, in maniera palese, talora, appare invece filtrato da un qualche equilibrismo interpretativo, dettato dal tentativo di preservare una coerenza con i precedenti.

È questo il caso della sentenza *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA* (53) che affronta principalmente due temi: se si possa operare una nullità selettiva all'interno della clausola vessatoria, finalizzata ad eliminare solo la parte "più contaminata" dall'abusività, e se si possa procedere ad un'integrazione del contratto decurtato da una clausola vessatoria, ove l'integrazione avvantaggi il consumatore.

---

(53) Corte di Giustizia, 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, causa *Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt.*

Sul primo tema la pronuncia opportunamente esclude la legittimità di una strategia, che condurrebbe a una sostanziale riscrittura della clausola e che, troppo facilmente, si presterebbe a tecniche di aggiramento e di depotenziamento della disciplina protettiva da parte di professionisti e di imprenditori. Ma è rispetto al secondo profilo trattato che la Corte imbocca la via di un'acrobazia interpretativa. Dietro, infatti, l'apparente continuità con i precedenti, che già avevano ammesso l'integrazione della clausola vessatoria, ove la stessa inficiasse un profilo essenziale del contratto, rischiando di travolgerlo *in toto*, si cela, invero, un differente problema. Nello specifico caso, infatti, il tipo di clausola implicata nel caso *Abanca* non aveva alcuna attitudine a travolgere l'intero contratto e il vero problema era quello di consentire, anche al di fuori di detta ipotesi, l'integrazione della clausola, in quanto più favorevole al consumatore. La clausola implicata consentiva, infatti, alla banca di far valere la risoluzione automatica del contratto in ipotesi di mancato pagamento anche di una sola rata di interessi o di capitale, con conseguente possibile iscrizione della clausola nel registro pubblico immobiliare, il che avrebbe dato accesso alla procedura esecutiva speciale di cui all'art. 693 della legge spagnola n. 1/2000. La clausola evidentemente non era tale da rendere nullo l'intero contratto, ma la sua mancata integrazione avrebbe impedito di accedere alla procedura esecutiva speciale, più protettiva per il consumatore di quella generale. Ecco allora che la Corte di Giustizia prospetta che quel tipo di clausola fosse tale da mettere in discussione la resistenza dell'intero contratto, rendendo così percorribile, senza sconfessare i precedenti, la sua sostituzione con una disposizione suppletiva nazionale, suscettibile di applicazione in caso di accordo fra le parti e idonea a preservare il ricorso alla suddetta procedura esecutiva speciale.

Ma è del tutto evidente che alla Corte di Giustizia è semplicemente mancato il coraggio di rettificare i precedenti (54) e di

(54) Negare sempre la possibile integrazione di contratti decurtati dalle clausole vessatorie si fonda, infatti, su una duplice supposizione astratta, non necessariamente fondata, che traspare da quanto postulano le pronunce *Banco Español* (Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, C-618/10, causa *Banco Español de Credito*) e *Asbeek Brusse* (Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, C-488/11, causa *Asbeek Brusse* e *de Man Garabito v. Jahani BV*.)

riconoscere che il fatto di orientare il giudice verso una nullità parziale necessaria, non seguita da integrazione del contratto, in quanto soluzione normalmente più favorevole al consumatore e all'effetto deterrente, non deve indurre sempre ad escludere l'integrazione, ove questa sia più favorevole al consumatore. Ammettere l'integrazione della clausola, solo ove essa sia più vantaggiosa per il consumatore, amplifica, infatti, anche l'effetto preventivo e deterrente: il professionista sa che le alternative rimediali che gli si prospettano sono o la nullità parziale necessaria *tout court* o l'integrazione del contratto, ma *solo ove ciò potenzi il beneficio del consumatore*.

L'orientamento della Corte a favore di una maggiore considerazione in concreto dell'interesse del consumatore rispetto alle soluzioni conseguenti all'invalidità è stato, del resto, confermato e si è potuto costruire in modo più lineare quando ha riguardato il problema rovesciato: vale a dire le conseguenze dell'invalidità di una clausola vessatoria suscettibile di travolgere la validità dell'intero contratto. Anche in tale ipotesi, a partire dal caso *Kàsler*, si era diffusa una supposizione astratta, che cioè la nullità integrale fosse "*mehr Stein als Brot*" per il consumatore e che la nullità generale del contratto potesse incoraggiare i professionisti a perseverare nelle loro prassi scorrette: l'"arma" di poter far "saltare" l'intero contratto è apparsa un disincentivo a preferire prassi corrette o addirittura un

---

secondo cui: "se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti [... tale] facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive [...], dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti".

Con tale argomentazione, evidentemente, si suppone, in primo luogo, che la norma deputata alla sostituzione sia necessariamente vantaggiosa per il professionista, il che è, viceversa, sconfessato proprio dalla vicenda esaminata nel caso *Abanca*, nel quale è la mancata integrazione a comportare le conseguenze più svantaggiose per il consumatore. In secondo luogo, si assume che, tramite l'integrazione, il giudice sarebbe orientato verso una soluzione più protettiva dei professionisti; al contrario, il giudice è obbligato ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto conforme al diritto dell'Unione e, dunque, conforme ai suoi principi, fra i quali spicca — quale principio teleologico — proprio la tutela del consumatore.

incentivo a inserire clausole vessatorie proprio al cuore del contratto, così indebolendo l'effetto regolatorio generale.

Sennonché anche tale supposizione è stata smentita nei fatti da due casi nei quali, rispettivamente, la disposizione chiamata ad integrare il contratto non è apparsa idonea a tutelare il consumatore e, in altra vicenda, la soluzione della totale invalidità del contratto si è dimostrata in concreto più protettiva del consumatore rispetto alla via dell'integrazione.

La prima problematica si è posta nel caso *Zsuzsanna Dunai* ([55]) (ma similmente anche nel caso *OTP Bank* ([56])) nel quale un contratto di mutuo prevedeva clausole che applicavano il tasso di cambio di acquisto di una determinata valuta al momento dell'erogazione del finanziamento e il tasso di cambio di vendita di un'altra valuta per il rimborso del finanziamento. Al contempo, in attuazione della giurisprudenza *Kàsler*, la legislazione ungherese aveva previsto, con efficacia retroattiva, la sostituzione automatica delle clausole invalide con una norma che contemplava l'applicazione del tasso di cambio ufficiale, fissato dalla Banca Nazionale per la valuta corrispondente, sia per quanto concerneva l'erogazione del prestito sia per quanto riguardava il suo rimborso. Tale sostituzione automatica, tuttavia, non eliminava il rischio di cambio fra il momento dell'erogazione e quello della restituzione, sicché è stato sottoposto alla Corte di Lussemburgo il problema della possibile vessatorietà di dette clausole. L'Avvocato generale, intervenuto nel giudizio Dunai, ha provato a sostenere che l'obiettivo deterrente invocato in altri giudizi dalla Corte avrebbe dovuto orientare per la salvaguardia del contratto che, in quanto inficiato in una sua clausola essenziale, senza la sostituzione automatica avrebbe rischiato di essere integralmente travolto. Per un altro verso, ha lasciato trapelare le ragioni della prevedibilità per le banche, ossia per i professionisti, e dunque la capacità della soluzione della sostituzione automatica di preservare le ragioni dell'efficienza. Per converso, la Corte di Giustizia non

---

([55]) Corte di Giustizia, 14 marzo 2019, C-118/17, causa *Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt.*

([56]) Corte di Giustizia, 20 settembre 2018, C-51/17, causa *Abanca Corporación Bancaria SA v. Alberto García Salamanca Santos (C-70/17) e Bankia SA v. Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez.*

solo ha negato la possibilità di invocare la scriminante della riproduzione della norma di legge, ma oltretutto ha ritenuto che la norma sostitutiva fosse suscettibile di essere giudicata ulteriormente vessatoria. In particolare, constatato il carattere non trasparente della clausola contrattuale e, dunque, l'idoneità dell'oggetto a rientrare nel vaglio della vessatorietà, ha ravvisato l'incapacità della norma sostitutiva di eliminare il rischio di cambio per il consumatore e dunque la necessità di rimuoverla, anche a costo della nullità dell'intero contratto.

La virata nettamente a favore della giustizia del contratto e del mercato e non della pura efficienza, che avrebbe richiesto la certezza del diritto garantita dalla legge operante la sostituzione automatica, palesa la vera logica del sistema dell'Unione finalizzata alla giustizia inclusiva.

Non vi è dubbio, infatti, che dal punto di vista dell'effetto preventivo e deterrente non vi sia monito più efficace per gli imprenditori di quello di astenersi da clausole svantaggiose per il consumatore, non essendo *a priori* determinabile e prevedibile con certezza l'effetto sul contratto del giudizio di vessatorietà, in quanto questo sarà orientato prevalentemente dalle ragioni di tutela della *weaker party*.

Infine, il cerchio si chiude con la sentenza *Dziubak* (57) che delinea ulteriori paradigmi tesi ad orientare le conseguenze dell'invalidità delle clausole vessatorie nel solco di una verifica sempre più affidata ad accertamenti concreti, dominati da due elementi trainanti: da un lato, l'accertamento in concreto della soluzione rimediale più protettiva per il consumatore, che genera un'incertezza coerente con l'effetto deterrente per i professionisti e per gli imprenditori, da un altro lato, la difesa di un nucleo essenziale e intangibile insito nell'autonomia privata. Nello specifico, in una vicenda in cui la clausola vessatoria relativa all'indicizzazione del mutuo poneva a rischio la validità dell'intero contratto, l'alternativa fra la possibile integrazione o la nullità generale viene affidata ai seguenti criteri. L'integrazione può avvenire: solo se la sostituzione è in concreto per il consumatore più vantaggiosa della nullità

(57) Corte di Giustizia, 3 ottobre 2019, C-260/18, causa *Kamil Dziubak e Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG.*

generale; solo se è effettuata attraverso norme suppletive o attraverso norme che presuppongono l'accordo delle parti e non tramite tecniche integrative che si avvalgono dell'equità o degli usi; solo se le norme suppletive non si dimostrano — come era emerso nel caso Dunai — in concreto abusive. Ove le molteplici condizioni non si verifichino, può applicarsi la nullità generale e non può il giudice utilizzare l'argomento del suo eventuale carattere svantaggioso per il consumatore per non applicare la relativa disciplina, ove questa sia invocata dal consumatore medesimo. Se il consumatore può opporsi al rimedio della nullità, operante a suo vantaggio, in caso di rilievo d'ufficio, *a fortiori*, deve potersi opporre al rifiuto giudiziale (pur motivato da un presunto interesse del consumatore) di concedergli il rimedio della nullità.

La logica dell'*access justice* comincia a prendere maggiormente forma.

Il principio teleologico della tutela del consumatore e quello della regolamentazione del mercato non confliggono, bensì è il primo che realizza il secondo. La massima tutela del consumatore accertata in concreto e non supposta in astratto attua il primo obiettivo e, al contempo, orienta i professionisti verso una correttezza reale nella determinazione del contenuto contrattuale, che non asseconda calcoli utilitaristici volti ad aggirare o mitigare la disciplina protettiva, prevedendone gli esiti. In tal modo, il primo principio realizza alla perfezione anche il secondo.

Ci si potrebbe a questo punto chiedere perché non sia stata ammessa l'integrazione affidata all'equità o agli usi. Le ragioni possono essere due: il timore che il risultato cui conducono simili parametri possa sfuggire ad una effettiva verifica di non vessatorietà per il consumatore e la preoccupazione per un'eccessiva ingerenza su un elemento portante dell'atto di autonomia privata. La prima ragione, invero, non appare giustificata, in quanto sarebbe stato sufficiente orientare tale valutazione in un senso non svantaggioso per il consumatore. Ma la seconda, viceversa, è ampiamente giustificata. L'integrazione del contratto in una parte essenziale dell'accordo, quale l'oggetto, altera l'essenza dell'autonomia privata e non corrisponde a quanto viene in effetti consentito, di regola, nei sistemi nazionali. La fonte equitativa, che lo stesso ordinamento italiano prevede nell'art. 1374 c.c., opera infatti per completare il

contratto privo o decurtato di clausole che non inficino tuttavia gli elementi essenziali, per i quali opera la nullità generale.

Ecco, dunque, che alla perfetta saldatura fra i due principi teleologici si unisce il doveroso contemperamento con il rispetto dell'essenza del principio istituzionale.

E la giustizia sociale e i principi assiologici?

Apparentemente, restano all'esterno delle dinamiche descritte, ma in verità rappresentano piani che proprio grazie al potenziamento della dimensione della giustizia del singolo contratto subiscono un riverbero indiretto.

L'effetto redistributivo focalizzato sulla tutela concreta del consumatore non solo tende a mantenere il mercato aperto al maggior numero di operatori, a beneficio delle stesse imprese, ma certamente determina una riduzione dei costi nell'accesso a beni e servizi che può certamente considerarsi — come già anticipato — un generale strumento preventivo della povertà.

D'altro canto, i principi assiologici, e specificamente i diritti sociali, pur non potendo e non dovendo condizionare la giustizia contrattuale possono (e hanno pesato) sulla selezione dei rimedi conseguenti alla vessatorietà delle clausole.

È quanto si palesa nelle sentenze della Corte di Giustizia che, dopo l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali, sembrano tenere conto degli effetti sulla scelta rimediale della tutela di un diritto sociale, com'è quello all'abitazione.

4.3. *La giustizia inclusiva e l'indiretto effetto preventivo di ingiustizie sociali nelle sentenze sul diritto all'abitazione.*

Per meglio comprendere l'esistenza di una qualche connessione fra giustizia sociale e giustizia inclusiva, occorre trarre spunto dalla banale constatazione che le criticità sociali rappresentano una dimensione per lo più ai margini del mercato o del tutto esterna ad esso.

Non deve, dunque, stupire che l'obiettivo di prevenire la fuoriuscita dal mercato di soggetti, specie se "vulnerabili" rispetto alle dinamiche del mercato, possa indirettamente determinare un beneficio anche alle esigenze della giustizia sociale.

In termini generali, la capacità di evitare costi opachi a carico dei consumatori o sovrapprezzi alle imprese più piccole o in situa-

zioni *lock-in*, cui corrispondono sovraguadagni per le imprese più forti e scaltre, realizza una redistribuzione di ricchezza che, certamente, determina un benefico, benché generico, effetto preventivo di situazioni di debolezza sociale.

In sostanza, la giustizia inclusiva certamente non risolve i problemi della giustizia sociale, oramai determinatisi, ma può contribuire a prevenire il loro insorgere.

Se questo può ritenersi un generico effetto collaterale dell'*access justice*, la sua capacità di indiretta prevenzione di ingiustizie sociali diviene più specifica, là dove vengono attivati interventi vòlti ad impedire l'estromissione dal mercato di consumatori "vulnerabili".

È questo il caso della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che va dal caso *Aziz* del 2013 (58), all'ordinanza Banco *Popular Español SA* e *Banco de Valencia SA*, sempre del 2013 (59), dalla sentenza *Sancez Morcillo* del 2014 (60), alla pronuncia C-34/13 del 10 settembre 2014 *Kušionova c. Smart Capital a.s.* (61), dal caso *Aleš* e *Jožef Kuhar* del 2018 (62), alle cause riunite *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA* del 2019 (63). In tutti i casi richiamati la disapplicazione o l'interpretazione conforme al diritto nazionale vengono orientati verso la costruzione di un percorso rimediale che, attraverso la rilevabilità d'ufficio o su istanza del consumatore, riesce ad impedire che il consumatore e la sua famiglia perdano l'abitazione e ottengano una mera tutela risarcitoria. In sostanza, il diritto all'abitazione condiziona il giudizio sulla proporzionalità del rimedio fondato sull'invalidità della clausola abusiva posto che "la perdita dell'abitazione familiare non è solamente idonea a violare gravemente il diritto dei consumatori, ma pone i familiari del

---

(58) Corte di Giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, causa *Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*.

(59) Corte di Giustizia, 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12, C-116/13.

(60) Corte di Giustizia, 17 luglio 2014, C-272/13, causa *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*.

(61) Corte di Giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, causa *Kušionova c. Smart Capital a.s.*

(62) Corte di Giustizia, 26 giugno 2018, causa C-407/2018, causa *Aleš Kuhar, Jožef Kuhar contro Addiko Bank d.d.*

(63) Corte di Giustizia, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA contro Alberto García Salamanca Santos e altri*.

consumatore interessato in una situazione particolarmente delicata" (64). Alla necessità che la tutela del consumatore sia tale da non fargli perdere, per effetto delle clausole vessatorie, il diritto all'abitazione, posto che la "tutela *a posteriori*, sotto forma di risarcimento finanziario, *[sarebbe del tutto] incompleta e insufficiente, [proprio] in quanto il pignoramento immobiliare abbia ad oggetto l'abitazione del consumatore e della sua famiglia, che sarebbe in tal caso definitivamente perduta*", si aggiunge, nella pronuncia relativa al caso *Kuhar*, la precisazione che "siffatta tutela *a posteriori* non costitui[rebbe] pertanto un mezzo adeguato né efficace per far cessare il ricorso a una clausola abusiva, in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13". In sostanza, l'inadeguatezza del rimedio per il consumatore, misurata nella sua proporzionalità rispetto al diritto all'abitazione, viene direttamente associata anche all'effetto regolatorio e deterrente nei riguardi degli imprenditori.

Qual è, dunque, il senso di queste gocce di giustizia sociale che paiono instillate nella disciplina sulla tutela dei consumatori?

Il loro significato non può cogliersi se si continua a leggere il diritto dei contratti attraverso i due opposti della logica puramente mercantile o dell'anelito ad una giustizia sociale attuata attraverso il contratto. Appare, infatti, inadeguata la lettura di chi vi ravvisa un profilo puramente incidentale rispetto alla focalizzazione della disciplina incentrata sulla logica mercantile della tutela del consumatore. Ma sarebbe parimenti falsato ravvisarvi uno strumento di attuazione della giustizia sociale posto che la Corte di Giustizia non si preoccupa di assicurare al consumatore, attraverso il contratto, l'accesso al diritto all'abitazione, tant'è che non viene evocato l'art. 34 della CDFUE sul diritto all'assistenza abitativa, né certo il diritto all'abitazione condiziona il giudizio sulla giustizia del contratto.

Viceversa, la circostanza che non l'attuazione del bisogno abitativo, bensì la protezione del diritto all'abitazione, associata all'art. 7 della CDFUE sul "rispetto della propria vita privata e familiare", condizioni il giudizio di proporzionalità del rimedio rispetto al consumatore vuol dire che l'effetto regolatorio nel tendere ad un

---

(64) Corte di Giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, causa *Kušionova c. Smart Capital a.s.*

mercato il più possibile aperto ed inclusivo riesce talora a determinare, sia pure indirettamente, anche uno *specifico* effetto preventivo di squilibri sociali.

4.4. *La giustizia inclusiva e la tutela del "consumatore vulnerabile": il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37 e l'attuazione della direttiva 2014/92.*

Se il modello della giustizia inclusiva si è spinto sino a orientare i rimedi a tutela del consumatore verso l'obiettivo di prevenire il rischio di una loro fuoriuscita dal mercato, non deve stupire che alcuni interventi normativi dell'U.E. si siano preoccupati di far entrare all'interno del mercato taluni contraenti "vulnerabili".

Il riferimento è alla direttiva 2014/92 che individua una serie di strategie finalizzate a sviluppare "un'economia moderna e socialmente inclusiva attraverso la prestazione 'auspicabilmente' universale di servizi di pagamento, tenendo conto a tal fine 'delle esigenze dei consumatori più vulnerabili' " (65).

In attuazione di tale direttiva, il d.lgs. n. 37/2017, oltre a prevedere un potenziamento dei doveri di informazione e trasparenza, ha stabilito all'art. 126-*vicies quater* che "con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, [siano] individuate le fasce di clientela socialmente svantaggiate e i titolari di trattamenti pensionistici ai quali il conto di base [deve essere] offerto senza spese".

Orbene, se indubbiamente tali previsioni presentano profili evocativi della giustizia sociale, sia nel richiamare categorie di soggetti socialmente deboli sia nel prevedere l'obbligo per gli enti creditizi di fornire il servizio di conto di pagamento di base a titolo

---

(65) Tali strategie includono la garanzia che "il conto di pagamento con caratteristiche di base sia messo a disposizione del più ampio numero di consumatori [e, in particolare, per] incoraggiare la partecipazione dei consumatori vulnerabili sprovvisti di un conto bancario al mercato dei servizi bancari al dettaglio, gli Stati membri [dovrebbero provvedere affinché] i conti di pagamento con caratteristiche di base siano offerti a tali consumatori a condizioni particolarmente vantaggiose, ad esempio a titolo gratuito" (consid. n. 46 e art. 16). A tali esigenze si aggiungono il dovere di fornire congrue informazioni, specie ai consumatori vulnerabili (consid. n. 48), nonché il dovere di orientarli e assisterli per una "gestione responsabile delle loro finanze", onde prevenire un indebitamento eccessivo (consid. n. 49 e art. 28 lett. *j*).

gratuito, l'immagine che trasmettono non è certo quella di voler risolvere, attraverso il contratto, le iniquità sociali, quanto piuttosto quella di creare un ponte fra le criticità sociali, che restano al di fuori del mercato, e il mercato medesimo, favorendo l'inclusione degli esclusi, com'è proprio della c.d. *access justice*, e cercando di evitare che i soggetti vulnerabili si sovraindebitino, con il rischio di uscire repentinamente dal mercato.

In altri termini, il modello ordo-liberale affida il benessere economico-sociale al mercato regolamentato e corretto, ma lo fa nella consapevolezza che vi sono sacche di sofferenza sociale che restano proprio al di fuori del mercato. Ebbene, se tali ambiti chiaramente necessitano di strumenti pubblicistici o misti — come già sopra evidenziato — ciò non toglie che il modello ordo-liberale, ove ispirato ad una giustizia inclusiva, possa, a sua volta, spingersi verso la dimensione che resta all'esterno del mercato, operando in una triplice direzione: con la forza attrattiva in ingresso del divieto di discriminazione; con la forza attrattiva in ingresso di alcuni servizi gratuiti riservati a soggetti vulnerabili (che, non a caso, sono comunque considerati una sottocategoria dei consumatori); e cercando, alfine, — come si è già precisato — di evitare la fuoriuscita dei consumatori dal mercato.

D'altro canto, i soggetti a cui, nell'esperienza che si sta delineando, l'UE tende a far pagare i costi dell'attrazione sul mercato di chi è fuori da esso (o rischia di uscirne), sono, di regola, le banche, vale a dire una categoria di soggetti non solo "forti", ma la cui ricchezza viene potenziata dal numero delle transazioni e che, ove eccezionalmente entrino in sofferenza, sono tali da chiamare in causa l'intervento statale.

In altri termini, non c'è una finalizzazione del modello ordo-liberale alle esigenze della giustizia sociale, ma un'attenzione ad alcuni profili di patologia del mercato che, in quanto incarnati dagli esclusi dal mercato o da coloro che rischiano di esserne esclusi, finiscono per intercettare le patologie sociali, il che determina una qualche convergenza di interessi fra giustizia inclusiva e giustizia sociale. Questo ovviamente non vuol dire che la giustizia inclusiva riesca a risolvere i problemi della giustizia sociale, ma solo che possa dare un qualche contributo a prevenirli, specie là dove anche la

disciplina nazionale riesca ad elaborare rimedi contrattuali finalizzati a perseguire obiettivi di prevenzione delle ingiustizie sociali (66).

5. *Cosa c'è di "europeo" nei principi nel diritto europeo? Un piccolo bilancio sulla costruzione di un'identità condivisa nelle politiche economiche.*

La possibilità di orientare la disciplina del contratto europeo verso obiettivi capaci di coniugarsi con le istanze del solidarismo e del personalismo, radicate nei sistemi nazionali, senza tradire la logica di fondo della regolamentazione del mercato è il punto di arrivo di un complesso processo che ha visto l'apporto di tante tradizioni nazionali concorrere alla costruzione dei principi del diritto europeo.

Estremamente significativo è stato il contributo della dottrina tedesca sia nel ricorso articolato e diffuso alla teorica della *Drittwirkung* sia nella centralità assegnata ai principi che governano le politiche economiche. Le libertà economiche evocano quel medesimo collante che aveva consentito, più di mezzo secolo addietro, proprio ai tedeschi di risalire, attraverso il diritto privato, la china del baratro profondo cui li aveva condotti il fallimento del diritto pubblico. "Solo lo Stato che riconosce la libertà economica — scriveva nel 1948 Erhard — e che, di conseguenza, fa posto alla libertà e alla responsabilità degli individui può parlare a nome del popolo" "l'economia, lo sviluppo e la crescita economica — proseguiva Schiller — producono sovranità politica [...] In altri termini l'economia è creatrice di diritto pubblico".

A latere di questa prima originaria matrice, non può poi tacersi — a dispetto dell'oramai avvenuta *Brexit* — la sicura influenza del

---

(66) Ovviamente la disciplina europea del contratto non esclude che anche a livello nazionale sarebbero auspicabili interventi di riforma meno ispirati ad approcci puramente liberisti, quali quelli sottesi al codice, e, viceversa, orientati all'obiettivo dell'inclusione nel mercato e della prevenzione delle ingiustizie sociali. Tali fini andrebbero perseguiti, per un verso, attraverso una riforma della nullità parziale che renda più efficace la reazione ai contratti con clausole discriminatorie o lesive dei diritti fondamentali e, per un altro verso, con una doverosa riforma dell'attuale disciplina della rescissione. Ci sia consentito, a riguardo, rinviare al nostro contributo su *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva e prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giustizia civile*, 2020, 2, pp. 243 ss.

modello anglosassone di *common law* con il ruolo determinante assegnato al principio di effettività, al correlato approccio c.d. rimediale e alla centralità trainante acquisita dalla giurisprudenza (della Corte di Giustizia così come dei giudici ordinari).

Da ultimo, senza voler con questo omettere l'apporto dei tanti altri ordinamenti giuridici che hanno concorso alla costruzione del diritto europeo, non può tacersi l'influenza della stessa riflessione giuridica italiana sulla non neutralità del diritto privato e sul ruolo decisivo che svolgono i principi fondamentali nell'orientare e nell'imprimere un'identità e una capacità regolatoria generale al diritto privato (67).

Quest'esercizio di ricerca delle origini del ricorso ai principi dell'U.E. potrebbe chiaramente ben oltre protrarsi e svolgersi con ben più adeguati approfondimenti, ma quel che conta è il risultato: quello di un diritto europeo che ha saputo attingere alle culture nazionali una metodologia e una tecnica di ricorso ai principi alla quale deve la sua stessa esistenza, la sua forza rimediale e la costruzione della sua identità ideologica.

Sennonché, come si è rilevato in premessa, questa che è la ragione della forza dell'Unione e che si propone agli stati come modello da cui attingere importanti insegnamenti, ha dovuto misurarsi con non poche criticità e deve ora — in una delle congiunture più critiche della storia recente, paragonabile solo al dramma dei due conflitti mondiali — attingere proprio alla forza dei principi per costruire fondamenta più solide a sostegno dell'Europa.

A tal fine, il diritto dell'Unione europea non deve mai dimenticare che la sua forza emana dagli stati e che per questa ragione l'uso dei principi deve preservare costantemente il dialogo con i costituzionalismi nazionali, ricercando un punto di equilibrio fra politica unitaria e rispetto delle identità costituzionali nazionali. Parimenti, l'Unione europea deve rispettare non solo formalmente ma nella sostanza la competenza degli stati nazionali nell'attuazione delle politiche sociali e, pertanto, non deve osteggiarle tramite tecniche privatistiche applicate alle libertà fondamentali e ispirate a logiche neoliberali e neo-utilitariste.

---

(67) La riflessione evocata nel testo è sorta una ben prima che la dottrina nordamericana approfondisse il tema della non neutralità del diritto privato.

Al contempo, i principi di politica economica dell'Unione europea devono ispirare la disciplina del contratto orientandolo verso obiettivi regolatori del mercato non finalizzati alla massima efficienza di pochi, ma all'auspicabile inclusione di tutti. Questo deve avvenire nella duplice consapevolezza di quanto una buona economia regolamentata possa contribuire al benessere generale, e, dunque, anche alla prevenzione degli squilibri sociali, e, al contempo, dei limiti dell'economia di mercato, che deve di necessità integrarsi con alcuni interventi di giustizia sociale, affidati alla competenza degli stati. Di qui l'esigenza che le politiche economiche nei rapporti fra l'Unione e gli stati (e, dunque, nei reciproci rapporti fra gli stati) siano parimenti ispirate non alla massima efficienza di pochi, ma all'auspicabile inclusione di tutti. In tale prospettiva, il recente accordo sul *Recovery Fund*, o *Next Generation*, deve ritenersi il segno più tangibile di una comune volontà, nonostante le originarie tensioni e divisioni, di un rafforzamento dell'Unione affidato a processi di inclusione degli stati "in sofferenza".

Simile itinerario di avvicinamento e di progressiva condivisione dei valori ispiratori delle politiche economiche, nel segno della massima inclusione, nel sistema, di tutti gli stati e, nel mercato, del maggior numero possibile di operatori, deve ritenersi il solo e più efficace rimedio contro quelle crisi di rigetto che — come è stato rilevato dalla dottrina giuslavorista (68) — hanno alimentato movimenti "populisti" e "sovranisti" "tutti animati, in fin dei conti, seppure per ragioni molto diverse e talvolta tra di loro apertamente contraddittorie, da [...] sentimenti profondi di frustrazione sociale".

Solo, dunque, la lotta a tali ingiustizie, attraverso le politiche sociali statali, e la prevenzione delle stesse, attraverso congrue politiche economiche comunitarie (oltre che statali), può, in uno sforzo sinergico fra Unione e stati e fra diritto pubblico e diritto privato, contribuire realmente a costruire una condivisione di valori nel contesto pluri-ordinamentale e una reale coesistenza virtuosa fra persona e mercato (69), com'è implicitamente sotteso al paradigma dell'economia sociale di mercato.

---

(68) S. Giubboni, *Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta: opportunità e rischi*, cit., p. 6.

(69) Cfr. *supra* nota n. 5 e il relativo richiamo al pensiero di Giuseppe Vettori, che sembra, dunque, perfettamente coniugarsi con quello di Hans Micklitz.

STEFANO PAGLIANTINI

UN GIRO D'ORIZZONTE SULLE NULLITÀ DEL TERZO MILLENNIO

1. Premessa. — 2. L'odierna curvatura funzionalistica del "di protezione". — 3. Il consumerizzarsi, nella "dottrina" della Corte, delle nullità assolute: spigolature. — 4. La ragionevolezza quale formante unitivo di una nullità giurisdizionalizzata ? Un arcipelago rimediale per i contratti a valle. — 5. Intermezzo. — 6. Il "secondo tempo" della Cassazione sulle nullità selettive e gli equivoci di un concettualismo dottrinale *d'antan*. — 7. La "fucina" creativa della CGUE (e dei giudici del rinvio): dal mito di un art. 1374 quale norma preclusiva ai *nova* di una giustizia inclusiva unitamente al binomio *Lintner - Kancelaria Medius SA*. — 8. I "mobili" confini della giustizia inclusiva. — 9. ... e la resilienza della CGUE. — 10. Una giustizia inclusiva apparente. — 11. A mo' di epilogo: l'illusione di un terzo paradigma e dintorni.

Abstract. Il presente saggio svolge alcune profonde riflessioni sulla nullità di protezione. La quale nella sua complessità pone in luce, non solo profili tipizzati nella regola (legittimazione relativa, parzialità necessaria, e rilievo officioso sui generis), ma anche una diretta incidenza della disciplina speciale su una pluralità di istituti postcontrattuali (dalle restituzioni, al termine di prescrizione, fino alla sanabilità e opponibilità ai terzi). Da qui la conclusione sulla inopportunità di un'eventuale nuova fattispecie esplicativa. Occorre invece, secondo l'autore, un cammino che principi dalle cose, secondo una sequenza che dal particolare risalga al generale. Il che richiede un necessario ripensamento dell'intelaiatura degli articoli 1418 e seguenti. Senza la quale "la scorciatoia del c.d. rimedialismo continuerà a dilagare, rompendo ogni argine".

This essay carries out some profound reflections on the nullity of protection. Which in its complexity highlights not only profiles typified in the rule (relative legitimacy, necessary partiality, and a particular detectability by the judge), but also a direct impact of the special discipline on a plurality of post-contractual juridical institutions (such as restitutions, limitation periods, curability and opposability to third parties). Hence the conclusion in the sense of the inappropriateness of a possible new explanatory legislative provision. According to the author, instead, a path that starts from the concrete situations is necessary, according to a sequence that proceeds from the

particular to the general. This requires a necessary rethinking of the framework offered by articles 1418 and following. Without which "the shortcut of the so-called remedialism will continue to spread, breaking every embankment".

1. *Premessa.*

In un suo magistrale saggio del 2005, Vincenzo Scalisi scrive che il modello euristico del "molteplice" ha investito pure "le forme di qualificazione negativa dell'agire autonomo dei privati", con una nullità che da singolare si fa plurale, passando da categoria "*a priori* a giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*" (1). È una pluralità, diremmo, che ormai è apprezzabile all'ennesima potenza, avendo oltrepassato le colonne d'Ercole dello schema diarchico *b2c* — *b2b*, per uno scomporsi di ogni singola partizione in tanti segmenti fittamente contrassegnati da presupposti e condizioni di uno statuto normativo cangiante. È vero che pure quelle di ispirazione europea sono pur sempre delle comminatorie ordinabili secondo il binomio *nullità strutturali* e *funzionali*, due qualificativi ancora utili a restituire l'immagine plastica di una nullità rinserrata in una incompletezza della fattispecie o nel disvalore verso clausole illecite perché inique o più sfavorevoli al contraente protetto. Sappiamo però che, diversamente da quelle codicistiche, le nuove nullità, come sempre Scalisi per primo ha evidenziato (2), *non nullificano* in quanto piuttosto *rimodellano* il contratto che ne sia afflitto. *Ergo* la loro messa a regime passa per dispositivi riportanti in auge uno statuto che, come ormai è invalso chiamarlo, è (in senso proprio) di *gestione conservativa* del regolamento contrattuale.

Fin qui, lo direbbe pure l'interprete meno smaliziato, niente che giustifichi però una nuova narrazione, corposa o sintetica che sia, sulle nullità in quanto che la post-modernità abbia archiviato il mondo *di ieri*, trasformando le nuove nullità in un *rimedio* (3), è una

---

(1) V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, ora in id., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 197 (dal quale si cita).

(2) In *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv*., 2001, 2, pp. 489 ss.

(3) V. L. Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv*. 2015, 3, pp. 597 s. mentre si mostra scettico, se il rimedio lo si confina alla c.d.

constatazione che ci ripetiamo, più o meno stancamente, da circa un trentennio. Se non fosse, arriviamo così subito al punto, che il richiamo al "di protezione" quale lemma, diremmo, incorporante un *autonomo* dover essere normativo (4), qui ci serve non tralatiziamente bensì a guisa di una premessa sintetica dalla quale prendere le mosse per svolgere tre notazioni che, come cercheremo di dimostrare, di ricorsivo hanno invece ben poco.

2. *L'odierna curvatura funzionalistica del "di protezione".*

La prima.

Per quanto possa suonare scomoda, c'è una domanda che si mostra ineludibile: quanto ha senso, nella cornice odierna, continuare ad etichettare il nesso unitivo del "di protezione" come *speciale* quando, a livello di post-nullità, le deviazioni dal modello codicistico sono così pingui e folte da far emergere un diverso *principium individuationis*? Al netto della constatazione che la si è sempre maneggiata incardinandola su parametri disomogenei, di talché quanto era *speciale* per un interprete tale spesso non è apparso ad un altro, non è piuttosto vero che la specialità odierna null'altro è che un *commodus discessus* di ripiego, se non gattopardesco, occultante la circostanza che quel genitivo esprime sì un ibrido ma se per bussola continuiamo a prendere un dualismo oppositivo nullità-annullabilità, già increspato da più di una screziatura nel 1942, che il XXI secolo ha ormai trasformato in un paradigma, se non consunto, decisamente sbiadito? L'idea di una specialità, stiamo dicendo, è succosa se la si *storicizza*, declinandola quale momento di un più vasto processo di evoluzione delle categorie, non più racchiuse in un "unico orizzonte globale di senso" (5), ma perde di ogni mordente allorché da una prima stagione, tutta intessuta in effetti da

---

riconformazione strutturale della fattispecie, V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, p. 156.

(4) Tutt'uno, va da sé, con un potere del consumatore di neutralizzare, perché inefficiente *market oriented*, una predisposizione unilaterale abusiva.

(5) Così V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in Id., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 202.

un avvicendamento riflettente una *pluralizzazione* degli statuti normativi di protezione, si prende contezza che si è passati ad una seconda fase, nella quale ci troviamo pienamente immersi, dominata diremmo da una decisa accelerazione della *curvatura funzionalistica* di queste nullità: le quali, non a caso, sono da riguardare come *inoperanti* quando, alla maniera dell'art. 156, comma 3, c.p.c., sia stato comunque raggiunto lo scopo protetto dalla norma violata (6). Volendo potremmo dire che si va radicalizzando, nell'odierna stagione, quel processo, lucidamente evidenziato dalla dottrina più attenta (7), di un regolamento contrattuale che si *emancipa* dalla sua fonte in quanto il piano della regola intercetta dei principi, e quello iscritto nel codice di rito è riteniamo il più pregno di significato (8), la cui applicazione è il riflesso, detto di nuovo alla Scalisi maniera (9), del *contesto situazionale* nel quale *quella* fattispecie si trova calata come un segmento. Di passata ci limitiamo ad osservare che il *focus* sull'art. 156, comma 3, c.p.c. non dovrebbe suonare fantasioso o bizzarro al civilista che, memore della lezione falzeiana, riscoprisse la valenza euristica del principio di convenienza dell'effetto al fatto (10), con una *strumentalità antiformalistica* della comminatoria allo *scopo*: è piuttosto il calcolo differenziale di Adolf Merkl che non si addice in realtà al "di protezione", prodromico com'è questo sì ad una *Stufen der Nichtigkeit* ma astratta e neutrale, nel senso di *indifferente* al concreto assetto degli interessi.

---

(6) Per qualche spunto di passata v. già S. Pagliantini, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?*, in *Giur. it.*, 2020, I, pp. 280 ss.

(7) V., pur con una diversità di accenti e toni, U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, pp. 31 ss.; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 83 ss. e P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 227 ss.

(8) Ben riassunto da A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6 ed., Napoli, 2014, p. 208 che discorre di una sanatoria oggettiva per convalidazione oggettiva dell'atto. L'art. 156, comma 3, è — leggiamo — il luogo "più antiformalistico" che "si possa immaginare" perché è fondato tutto "sul principio della strumentalità delle forme rispetto allo scopo". Una lettura formalistica di (in)estensibilità del principio nell'area delle nullità sostanziali alberga ancora invece, e assai vividamente, in Cass. 9 marzo 2018, n. 5662.

(9) In *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 226.

(10) V. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 456 ss.

Che non sia allora vero, come adesso ci ammonisce limpidamente Nicolò Lipari (11), che la soggezione giustapposta al "di protezione" talora viene vista dalle Corti, a riprodurla "nei modi del suo riconoscimento formale", come causativa di "una situazione di oggettiva disuguaglianza"? Nell'ottica di raccordare il *ius dicere* al principio di eguaglianza, ha del plausibile in effetti pensare che un *abuso*, quale limite ostativo alla giustiziabilità della pretesa dedotta dal consumatore o dal cliente, rappresenti niente più di un *escamotage* argomentativo occultante, in realtà, un'applicazione diretta dell'art. 3 cpv. Cost. Visto infatti che il giudice è chiamato ad applicare il "di protezione" ad una fattispecie concreta, allorché le condizioni effettive del soggetto normativamente protetto *non corrispondano* a quelle astrattamente previste ai fini della tutela, questo "fatto", proprio a motivo del versare di codesto soggetto in una situazione *migliore*, va a *reagire* sull'*an* e/o sul *quomodo* della protezione, nel senso che dà "alla previsione astratta una diversa valenza concreta". Il caso di un art. 9 l. 192/1998 non più applicabile al momento del giudizio, se l'impresa dipendente, rispetto al tempo della domanda, si trovi a reperire sul mercato delle alternative soddisfacenti, è istruttivo di come una curvatura funzionalistica sia chiamata a sterilizzare una continuazione coattiva del contratto *non* più abusivo. Qui, come può agevolmente dedursi, il rimedio risarcitorio/restitutorio fa da sé, senza l'ausilio di stampelle invalidanti: e, al tempo stesso, il parallelismo con l'art. 1448, comma 3, si mostra di un'evidenza lampante.

All'interprete provveduto non dovrebbe sfuggire, chiosiamo, quanto questa prospettiva sia concorrente a quella di un art. 1424 *ter*, intitolabile alla "sanatoria" del di protezione (12), immaginando così *de iure condendo* una norma che reciterebbe di una convalida espressa ad opera del soggetto legittimato. Pure infatti ad ammetterla, una siffatta disposizione non coprirebbe i casi nei quali, nonostante la diversa volontà del soggetto protetto, una nullità non si ha da dare.

---

(11) In *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, pp. 537 s.

(12) Così M. Girolami, *La fiera delle nullità*, in, *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'Angelo, V. Roppo, Torino, 2019, p. 73.

3. *Il consumerizzarsi, nella "dottrina" della Corte, delle nullità assolute: spigolature.*

La seconda.

Siccome nessuna riflessione sulle nullità ha senso prescindendo da una storicizzazione del discorso, la *novitas*, che c'era da attendersi, si sta già compiendo: una nullità quale tecnica di costruzione mobile del regolamento contrattuale non è più infatti monopolio di diritti secondi ormai percorsi da una dottrina delle Corti che li fa somigliare a dei quadri in movimento. Profondamente scossa è pure l'area delle nullità codicistiche, già intessute nel 1942 da un elegante ricamo di genere a specie, che nel terzo millennio declina fino a stingere nel nuovo ordine di un'*inefficacia contestualizzata*, lasciando così intravedere il compiersi di una metamorfosi senza precedenti. Le nullità assolute delle c.d. leggi speciali, dalle urbanistiche a quelle delle intese passando per l'intermezzo del mutuo fondiario e della *claims made* (pura ed impura) (13), sono invero tutto un fiorire di

(13) Paradigmatico di un *modus operandi* finalizzato ad individuare un punto di equilibrio tra gli interessi delle parti è Cass. 13 maggio, 2020, n. 8894, in *Dejure*, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda di un ospedale, citato in giudizio dai genitori di un bambino, per vederlo condannare al risarcimento dei danni subiti da quest'ultimo durante la degenza. La struttura sanitaria opponeva la manleva dalle Generali in virtù di una polizza assicurativa r.c. che tuttavia annoverava una *claims made* condizionante la manleva alla denuncia del sinistro, da risarcire, entro 12 mesi dalla cessazione di efficacia della polizza. Com'è intuitivo, si era al cospetto di una sperimentata clausola di decadenza temporale a carico dell'assicurato non imputabile ad una sua condotta. Stando al testo della clausola, l'assicurato poteva infatti sì beneficiare della manleva ma soltanto se, nei dodici mesi dalla cessazione della polizza assicurativa, ne avesse fatto richiesta alla compagnia assicuratrice. Il che presuppone, evidentemente, che la richiesta di risarcimento del danneggiato venga formulata nel medesimo arco temporale. Di qui un dispositivo della S.C. che, dopo aver evidenziato il possibile contrasto con l'art. 1341 c.c., con un qualche costrutto ne fa una questione di violazione dell'art. 2965 c.c.: norma, questa, comminante la nullità per gli atti che, contemplando delle decadenze, rendono oggettivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di una delle parti. Ora, se un termine di 12 mesi, onde procedere alla denuncia del sinistro, vessatorio *non* lo è, in quanto espressivo di uno *spatium temporis* più che sufficiente ad attivare la manleva, è pur vero che riconnette l'imputazione del rischio alla condotta del terzo danneggiato, cioè ad un *fatto* sul quale, nonostante la propria diligenza, l'assicurato non può interferire. Di qui, un'*illiceità* ai sensi dell'art. 2965 c.c., con annessa nullità della *claims made*, annoverata nella specie tra quelle prescindenti dalla diligenza della parte assicurata e che riconnettono l'esercizio del diritto al manifestarsi di condotte imprevedibili di terzi.

comminatorie *funzionalizzate*, nel senso proprio di ancillari ad un *graduarsi* dell'inefficacia originaria, con discipline, improntate ad una inefficacia irretroattiva e sospesa, conformabile *ex novo* o sanabile, approdanti ad una gestione "consumerizzata" del rapporto contrattuale. È una consumerizzazione, notiamo, che si situa nel contaminare quella dimensione di una nullità quale *negazione*, e quindi "non concessione-rifiuto della protezione giuridica" (14), sovrapponendole un ritaglio conformativo del regolamento pattizio nella chiave di una *gestione graduata* dell'efficacia del contratto. Cass. 9719/2020 è paradigmatica, al riguardo, di una "decodificazione giurisprudenziale" dell'art. 1419, comma 1 (15): la nullità del preliminare non travolge — leggiamo — la dichiarazione di scienza del venditore di aver ricevuto il prezzo onde innervare il diritto del promissario acquirente al credito restitutorio *ex* artt. 2033 ss (16).

Altra domanda allora: pure le nullità assolute, messo in un canto il fine demolitorio, si sono perciò incamminate lungo un percorso tipico di *nullità efficienti*, perché comandate alla gestione degli effetti, con una trasformazione *in progress* da comminatorie non più *a priori* ma a valle, in vista cioè di assetti "preferiti e sottratti al divieto"? (17).

Se, notiamo, l'interrogativo è prodromico all'agnizione di una nullità assoluta che, sul modello dell'imperante parzialità necessaria, si fa *ortopedica*, con una correzione sovrastante un effetto totalmente ablativo, sottinteso quando la *ratio* della comminatoria "sia meglio soddisfatta" (18), siamo più che propensi a crederlo. *Idem*, va da sé, laddove si prenda le mosse da questo assunto per ribadire, come la

---

(14) Così V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 208.

(15) L'espressiva formula è di V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, 271.

(16) Cass. 26 maggio 2020, n. 9719, in *Dejure*.

(17) V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 213. Esemplare, pur se con un distinguo finale, la sintesi che ne fa S. Mazzamuto, *Ricordo di Vincenzo Scalisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, p. 109 s.

(18) Così, incisivamente, S. Polidori, *Integrazione del contratto e nullità parziali*, in A. Federico, G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2019, p. 70.

dottrina più sensibile segnala da tempo (19), che un'integrazione del contratto, oltre che per addizione, la si pratica pure sottrattivamente. Se invece, arriviamo così al punto, la formula, anziché evocare una *teleologische Reduktion* compressiva di una nullità totale quando andrebbe a vulnerare la *ratio* della comminatoria (20), è al servizio dell'idea che la parzialità necessaria possa ultrattivamente trascorrere dai diritti secondi a quello primo, dando così luogo ad un'ipertrofica analogia *quoad effectum* (21), ne dubitiamo fortemente.

L'obiezione, di innegabile spessore, che potrebbe invero farsi è sunteggiabile nel rilievo che il "di protezione" nasce rispetto a scambi non sostenuti da un accordo o muniti di un accordo la cui bilateralità è così contratta che l'ordinamento *bilancia* l'asimmetria di potere con una *dissimmetria rimediale* di segno opposto. Chi volesse prestare fede ad una siffatta premessa, siccome verrà a riconnettere il darsi di rimedi unilateralmente orientati al presupposto di uno svuotamento *ex uno latere* della libertà di autoregolamentazione, dovrebbe per riflesso trarne la deduzione che un consumerizzarsi della nullità codicistica postula paritariamente un *bypass* destabilizzante l'art. 1322, comma 1, c.c. in un modo che risulta idoneo ad alterare "anche (la struttura del) l'atto" (22). Ora, è vero che ogni nullità racchiude un disallinearsi tra l'essere ed il dover essere del contratto: ma quella codicistica rimane congegnata secondo una tipicità modulare *interdittiva* che, prescindendo dallo *status* del contraente o dalla prestazione negoziata, non è plasmabile *ad finem*, cioè inoculando nel suo statuto ablativo una concorrente tutela satisfattiva di "particolari esigenze delle parti o di terzi" (23). Al di fuori di talune fattispecie edittali (artt. 2126, 2332 e 2035 c.c.), quella codicistica non nasce insomma come una nullità

---

(19) V. adesso, ritornando sul tema, A. D'Adda, *Le nuove stagioni dell'integrazione del contratto*, in A. D'Angelo, V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto 2019*, Torino, 2020, p. 30.

(20) Sul che conviene adesso pure V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 267 ss.

(21) Per una applicazione analogica dell'art. 36 c. cons. in favore del contraente "debole" non consumatore v. la ricca ed interessante monografia di F. Trubiani, *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, 2020, pp. 271 ss.

(22) Così V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 233.

(23) Cfr. V. Scalisi, *op. ult. cit.*, p. 243.

quale dispositivo di orientamento selettivo della disciplina applicabile e tantomeno dischiude il *quid* di una *mala fides* del predisponente che vada ad integrare l'inverarsi di una declaratoria di nullità. Di fondo torna, ecco una possibile chiosa, la stessa ragione assiale per cui un'autorealizzazione degli interessi, ostativa a che la nullità possa poi ragionevolmente operare, non alberga nel *set* degli artt. 1418-1424 c.c.

Più che di un consumerizzarsi, se così è, dobbiamo allora discorrere di un ambito codicistico non più riguardabile come un sistema chiuso quanto e piuttosto a guisa di un *set* normativo segmentato nel quale converge una ricca serie indeterminata "di fenomeni concreti" (24)?

È assai probabile: ma, *cave*, se la suddetta fenomenologia trova senz'altro il suo laboratorio sperimentale nella riscoperta di un art. 1419, comma 1, c.c. distillato per il medio di una buona fede "selettiva" (25), non è men vero che tra le sue evidenze, allo stato, continua a difettare *quella* di una nullità virtuale per contrarietà a buona fede. Il tutto non foss'altro perché, ci verrebbe da osservare, un dilagare dell'art. 1418, comma 1, c.c. avrebbe un *effetto concorrenziale* sulla disciplina consumeristica e su quella dell'annullabilità (26): destinate va da sé ad una smaccata marginalità applicativa nel momento in cui, in luogo dei rigidi presupposti dell'una e dell'altra, il contraente danneggiato potesse invocare *recta via* una nullità opponendo una *pura slealtà* della controparte. È semmai vero che l'incrociarsi di regole di comportamento e di validità vive una stagione corrente di decostruzione retta da parametri essenzialmente mobili (27): la lettera riformata dell'art. 13, comma 6, l. 43119/98 continua a certificare come la *condotta illecita* del locatore legittima

---

(24) Così P. Rescigno, *I contratti in generale*, in N. Lipari, P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, Milano, 2009, p. 3.

(25) V., a titolo esemplificativo, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5794; Cass. 30 luglio 2018, n. 20069; Cass. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, pp. 735 ss.; Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, in *Banca borsa tit. cred*., 2012, II, 131 ss. e Cass. 26 maggio 2008, n. 13561. In dottrina D'Adda, *Enzo Roppo e le stagioni dell'integrazione del contratto*, cit. spec. pp. 28 ss.

(26) V. pure E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ*., 2020, 2, p. 255.

(27) V., perspicuamente, F. Addis, *Brevi note sul festeggiato e su una particolare tecnica di attuazione del diritto (la "riconduzione a condizioni conformi")*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 371. Ci permettiamo di os-

il conduttore ad ottenere giudizialmente la costituzione di un rapporto nullo. *Il quod nullum est* qui si eclissa: e, a farne *tabula rasa*, è la violazione di una regola di condotta azionante il diritto del conduttore, Cass. 18214/2015 *docet* (28), ad una tutela premiale.

4. *La ragionevolezza quale formante unitivo di una nullità giurisdizionalizzata? Un arcipelago rimediale per i contratti a valle.*

La terza.

Prende corpo sempre più l'idea che, se il fine ultimo dell'odierno *ius dicere* è addivenire alla confezione di un regolamento contrattuale "senz'altro meritevole di tutela giuridica" (29), allora il problema non consiste tanto nel constatare il sempre più frequente darsi, in un sistema di fonti multilivello, di una gamma di possibilità interpretative per *ogni caso* bensì, e *recta via*, nel commisurare la regola contrattuale ad una ponderazione virtuosa dei contrapposti interessi, con il conio di regole di azione viste come *adeguate* in quanto attuano un contenuto di valutazione improntato a ragionevolezza (30). Una siffatta impostazione, siccome non ravvisa di per sé nella nullità il rimedio tuzioristico cannibalizzante gli altri (31), si mostra in verità proficua più di altre a scrutinare la sorte, nel tempo presente, delle fideiussioni *omnibus* stipulate a valle ricalcando un

---

servare che rimarcavamo una siffatta connessione in M. Maugeri, S. Pagliantini, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, p. 88, evidenziando come, dichiarata la nullità per difetto di forma di un contratto di finanziamento rotativo, il consumatore si venga a trovare, *ora* come *allora*, nella condizione preferenziale di una restituzione del solo capitale, senza nessun interesse, precipuamente allo scopo di sanzionare il professionista colpevole di aver dato causa alla nullità.

(28) V. Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, con nota di F. Trubiani, *La forma del contratto di locazione ad uso abitativo oltre il dualismo tra sostanza e prova*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, I, pp. 215 ss., decretante una rilevabilità officiosa disapplicata quando la violazione del precetto fosse imputabile in via esclusiva alla pretesa illecita del locatore.

(29) Così V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 212.

(30) V., per tutti, N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, pp. 31 ss. e, pur se con una diversità (in più luoghi) di intonazione, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 93 ss.

(31) V. S. Bastianon, *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust "a monte" e contratti "a valle"*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 2, pp. 694 ss.

modello ABI bollato, nel 2005, come un'intesa restrittiva della concorrenza (art. 2, comma 2, lett. *a*), l. 287/1990). Anziché ridurre la questione ad un conflitto tra le Corti, con Cass. 29810/2017 che contempla una nullità disattesa viceversa da Cass. 24044/2019, incline invece ad ammettere il solo risarcimento dei danni per il fideiussore danneggiato (32), appare non a caso più realistico un approccio che, com'è stato incisivamente rilevato (33), ne fa un problema di esercizio mirato del canone di un *distingue frequenter* preso sul serio. È evidente infatti che una nullità parziale, se si mostra pertinente quando la clausola "partecipi alla strategia escludente e/o anticoncorrenziale" (34), *sporge* invece allorché o il contraente a valle, nonostante l'esistenza di un cartello sul prezzo, non abbia subito alcun danno ovvero ne lamenti uno che una parziarietà dell'effetto ablativo, se per es. il contratto *medio tempore* ha esaurito i suoi effetti e le restituzioni sono precluse, non curerebbe (35), donde qui il delinearsi *esclusivamente* di una tutela risarcitoria nei riguardi di chi abbia partecipato all'intesa. Dopo di che, ai fini di un'autentica effettività della tutela, vien da sé che la variabile, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., di una nullità dell'intero contratto potrà darsi soltanto laddove risulti l'essenzialità funzionale della parte di contratto caducata. È lapalissiano invece, come nelle due fattispecie decise dalla Cassazione, che una pura soppressione delle clausole illecite può talora mostrarsi pienamente utile allo scopo, se è vero che l'espunzione qui tanto della deroga al termine decadenziale dell'art. 1957 c.c. che di una reviviscenza della garanzia, per il caso specifico (notiamo) di una revocatoria fallimentare del pagamento effettuato dal debitore principale, fa sì che *hic et nunc* si restauri la pratica concorrenziale "di non inserire", nelle fideiussioni, "il tipo di clausole", aggravanti va da sé la condizione del fideiussore

---

(32) Vedile rispettivamente in *Corr. giur.*, 2018, pp. 1063 ss. ed in *Giur. it.*, 2020, I, pp. 358 ss.

(33) Da M. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 415 ss.

(34) Così M. Maugeri, *op. ult. cit.*, p. 416.

(35) Se, tecnicamente, la prima fattispecie evoca la figura di un contratto a valle che non è un *Ausführungsvertrag*, in quanto non ha concorso al prodursi dell'illecito anticoncorrenziale, la seconda prefigura il caso di un contratto a valle che, isolatamente inteso, non è sufficiente a ritualizzare una forma di lesione della concorrenza.

rispetto a quanto previsto dal diritto comune, "convenute nell'intesa" (36).

Quindi, potremmo così osservare, ci sono in realtà *tanti* rimedi *quante* sono le varianti fattuali registrabili, considerando poi che neppure è da escludere che un'intesa vietata stilizzi a sua volta un abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 192/1998) o una posizione dominante collettiva di sfruttamento (art. 3, l. 287/1990), donde il prodursi di un illecito che, intercettando almeno altre due fattispecie, esita perciò in un *concorso* di regimi normativi. E qui poi, come si sa (37), il ventaglio dei rimedi è riarticolabile secondo delle modularità che possono pure mostrarsi *equivalenti*: in termini di risultato non corre, in effetti, una qualche differenza tra il concepire una nullità parziale *ex* art. 1419, comma 1, c.c. abbinandola ad una restituzione del *surplus* a titolo di indebito, il maneggiare l'art. 1339 c.c. praticando una sostituzione a guisa di un *als ob* ovvero l'azionare un risarcimento dei danni quantificato nel solo differenziale tra prezzo concorrenziale e quello abusivamente imposto. È pure vero però che la suddetta equivalenza non è una *costante*: in specie quando si tratti di clausole normative come quella, non a caso ricordata dalla dottrina più attenta (38), di un'esclusiva per una durata superiore a quanto normalmente convenuto all'interno di mercati concorrenziali.

Ecco allora, si dirà, di nuovo il profilarsi di una molteplicità incipiente, operante in luogo di un'asfittica unità: il che, riducendo il discorso all'essenziale, di per sé nulla ha di stupefacente. È tipico infatti, nel senso che le è consustanziale, della ragionevolezza non esaurirsi in una "definita positività" (39). Residua però il fatto che rimane problematico quanto sia modulabile sia in intensità che in estensione questo riequilibrio giudiziale: che, quando esce dal perimetro dispositivo ed entra nel territorio di un'auto-integrazione, cioè di una conformazione giudiziale della regola pattizia nel modo

---

(36) V. M. Maugeri, *op. loc. ult. cit*.

(37) Per una ricapitolazione serrata che fa il punto sull'intrigata vicenda v., per tutti, M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, II, pp. 378 ss.

(38) V. N. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., p. 417.

(39) Così N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 32.

in cui l'avrebbero convenuta delle parti negozianti *ex fide bona*, suscita ancora forti riserve di natura tecnica e, prima ancora, ideologica (40). Il fatto però è che, se "la tecnica sia adeguata allo scopo è altro ordine di valutazione" (41): mentre, per contro, è *in re ipsa* che la capacità selettiva della ragionevolezza offre un qualche ancoraggio ad un ambito, così irrequieto e relativizzato (42), da apparire sempre più come un'esperienza punteggiata da una multiforme applicazione di *regole* e *prassi* concorrenti. Cass. 19 febbraio 2020, n. 4175 (43), che rinnova la nullità, rilevabile pure d'ufficio in Cassazione *ex* art. 101, § 2 TFUE, della fideiussione frutto di un'intesa anticoncorrenziale, è al riguardo di un'evidenza sintomatica che parla da sé. Se infatti, *contro* la disciplina del tipo, si aggrava la condizione del fideiussore trasformandolo in un garante autonomo, la nullità assoluta diventa il grimaldello per ripristinare quella *contrattualità* della deroga al diritto dispositivo che, nella cifra assiologica dell'art. 1322, comma 1, c.c. è non soltanto *bilaterale* ma pure espressione di un negoziare "liberamente". Il problema, rimasto sottotraccia, è semmai il seguente: esportando l'art. 1374 c.c. nell'area dei contratti asimmetrici, lo si carica di problemi *nuovi*, nel senso di *estranei* al diritto comune, con il risultato di insufflarvi delle *rationes* settoriali così specifiche spesso da risultare fisiologicamente idonee a mutarne la fisionomia. Ora, se così è, non può pensarsi, detto sinteticamente,

---

(40) Ne è un esempio, da ultimo, la pagina di F. Delfini, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, pp. 547 ss., spec. 565 ss.

(41) Così V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 223 e, in sintonia, G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, pp. 84 ss.

(42) V. Cass. 23 aprile 2020, n. 8117 che, in tema *claims made*, decide in senso opposto da quanto statuito da Cass. 8894/2020, cit.

(43) Consultabile in *Dejure*. Per altro qui la Cassazione si esprime nel senso che *inammissibile*, semmai, è una *nuda* eccezione di nullità, sollevata per la prima volta in Cassazione, che non si abbini alla deduzione di contestazioni effettuate in precedenza. Siamo, perciò, dalle parti di una nullità derivata che non viene denegata *in sé* ma in quanto *non* sussistano gli elementi necessari per poterla rilevare sulla base di dati fattuali già acquisiti e, nel rispetto del contraddittorio. Per il resto, con riguardo specifico all'interpretazione che la S.C. ivi fornisce dell'art. 345, comma 2, c.p.c., viene spontaneo osservare che è una sentenza iterativa di quanto già statuito dalle decisioni gemelle del 2014.

di maneggiare l'art. 1374 dando per buono che una sua interpretazione assiologicamente orientata sia sufficiente a normalizzare quanto di problematizzante scaturisce dal servirsene "caso per caso" quale "norma imperativa di diritto comune" (44). Insomma l'equivoco abbacinante risiede, con tutta probabilità, nella circostanza che, se l'art. 1374 viene letto come un disposto che si ramifica settorialmente, ha poi dell'illusorio ritenere che una siffatta espansione avvenga mantenendo intatta la "purezza" originaria della norma.

5. *Intermezzo.*

Fin qui un terzetto di questioni che, non foss'altro per ragioni di pulizia concettuale, ogni studioso delle nullità deve scandagliare per non esporsi alla critica di restare altrimenti intrappolato in un sistema giuridico chiuso e/o autoreferenziale (45). D'ora in avanti ci eserciteremo invece in una breve rassegna di aggiornamento da intendere, visto quanto è bulimico l'evolversi del diritto vivente interno ed europeo, come un tentativo grezzo di scrutinare se l'idea di una comunità interpretativa stabilizzante è un *atout* sparigliante o se, al netto della suggestione evocata all'Ascarelli maniera (46), siamo ancora dalle parti di una sofisticata illusione. Com'è diremmo nell'ordine delle cose, la disamina avrà due epicentri: il flettersi del "di protezione" al materializzarsi di una *chicane* speculativa e l'accrescersi di un intervento positivo del giudice per rimediare alla situazione di disuguaglianza tra professionista e consumatore. Per fare progredire il discorso è necessario ingegnarsi su questi due aspetti che, lungi da una declinazione separata, sono in realtà classificabili come due facce della stessa medaglia. Se la prima questione infatti ci restituisce l'immagine di una nullità sì *satisfattiva*

---

(44) Così, intuendolo da par suo, A. Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 208, nt. 43.

(45) Lucidissimo, al riguardo, G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, pp. 386 s. È un'illusione ottica alla quale si sottrae recisamente G. Perlingieri, *Portalis e i "miti" della certezza del diritto e della c.d. "crisi" della fattispecie*, Napoli, 2018, pp. 70 ss.

(46) V. la classica *Premessa* a *Problemi giuridici*, Milano, 1959, pp. VI s.

ma, anziché secondo il massimo effetto utile (47), *a misura di legge*, la seconda fa da paratia ad introiettare nel discorso la *novitas* di una giustizia inclusiva che, contrariamente ai suoi intendimenti, dà nuova linfa al costrutto sperimentato di una *consumer protection* dissuasiva non in chiave personalistica quanto e piuttosto per debellare condotte impastoianti la razionalità di un mercato concorrenziale.

6. *Il "secondo tempo" della Cassazione sulle nullità selettive e gli equivoci di un concettualismo dottrinale* d'antan.

Specificando il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite 28314/2019, Cass. 3 giugno 2020, n. 10505 ha disposto che, laddove l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per paralizzare o circoscrivere, nei limiti dell'utilità complessiva tratta dall'esecuzione di un contratto — quadro nullo, un uso selettivo dell'azione di nullità promossa dall'investitore, "le cedole *medio tempore* riscosse [da quest'ultimo]" non rilevano da indebito né come frutti civili ai sensi degli artt. 820 e 2033 c.c., fungendo soltanto da "limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore" (§ 3.4).

Dunque, come ci era capitato di segnalare altrove, l'*exceptio* definisce la misura di un credito restitutorio unilaterale, con una disciplina dell'indebito che subisce un effetto *conformativo* quando il "di protezione" si abbini ad un contratto nullo eseguito. Il genitivo, per la S.C., non è un *a priori* ma va contemperato, leggiamo, da un "obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente ..." (§ 3.3.) (48). Insomma, qui sta una caducazione restitutoria che, a farla operare in purezza, è *bilateralmente inappropriata*.

Come i capitoli a seguire evidenzieranno, è una notazione di prepotente impatto, considerando che l'approntare un diverso re-

---

(47) Così A. Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 205.

(48) Esemplare, al riguardo, G. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4, p. 22 laddove scrive di una buona fede "come strumento capace di assicurare la *tutela adeguata* alla lesione subita e di porre un limite allo statuto soggettivo di debolezza" (c.vo aggiunto).

gime restitutorio corre lungo una linea che, riscoprendo l'effettiva bilateralità della buona fede, maneggia in pari tempo la slealtà da limite negativo allo svolgersi del "sistema di protezione del cliente" (§ 3.3.).

Con una punta di malizia, ci verrebbe perciò da osservare che, se entro il limite del pregiudizio l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede, allora il nostro dire, quando insisteva sul (mutato) rapporto innestatosi tra nullità ed ingiustificato sacrificio economico, onde va da sé impedire che la prima tracimi innescando così degli "effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice" (§ 3.3.), non soffriva affatto, come invece ci è stato di recente ribattuto (49), del difetto di provare troppo. In realtà riemerge qui prepotentemente quella connessione tra "di protezione" e "fatto", all'insegna di una condizione del singolo investitore che non ricalca quella *deteriore* assunta dalla legge come basamento della tutela, da riguardarsi come preordinata a tracciare un punto di equilibrio neutralizzante lo iato che un applicarsi della norma invece comporterebbe a motivo "dei rapporti di fatto sottostanti [alla vicenda dedotta in giudizio]" (50). Dunque, diremmo, nell'approntare un diritto restitutorio disuguale ad aleggiare è pure un problema di giustizia sostanziale o, detto alla Kaufmann maniera (51), di una legge e di un diritto che le Corti non percepiscono più come degli equipollenti. Del resto un'eccezione di slealtà che scherma in tutto od in parte il *petitum* restitutorio dell'investitore, che cos'è se non un'applicazione del genitivo "differenziata in relazione alle peculiari condizioni del destinatario" (52)? Calmierare *ex fide bona* la nullità protettiva, se da un lato esprime una rimedialità *manutentiva* scher-

---

(49) Da M. Girolami, *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, pp. 565 ss., spec. 587, nt. 45.

(50) Così N. Lipari, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 544.

(51) In A. Kaufmann, "*Gesetz und Recht*", in Id., *Rechtphilosophie im Wandel Stationen eines Weges*, 1977, Athenäum-Verlag, Frankfurt a. M., p. 157 ove il rilievo che la legge "è una norma generale per la molteplicità dei casi possibili, il diritto decide invece una situazione reale, qui ed ora".

(52) Così N. Lipari, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 545 che, non a caso, prosegue ragionando di una "previsione legislativa ... suscettibile di essere modulata in relazione alla situazione oggettiva del destinatario". E se ogni nullità di protezione, a rischio di banalizzare, è una previsione legislativa, il cerchio, diremmo,

mante una sanzione che, nell'ordito del "di protezione" ha tutt'al più una valenza *cadetta*, significa dall'altro ripianare soprattutto una condotta speculativa "non in sede enunciativa ma applicativa" (53). Anche infatti a ritenere che la buona fede delle Sezioni Unite non sia quella *in executivis* dell'art. 1375 c.c. bensì uno stratagemma argomentativo (54), come si fa, ci (ri)domandiamo, ad assimilare l'investitore esperto che, fattosi scientemente beffe di una norma imperativa, ha lucrato nel tempo ingenti guadagni perdendo poi ben poco in proporzione (e magari per sopravvenienze imprevedibili) con la situazione fattuale dell'investitore inesperto e mal consigliato che abbia perso molto avendo concentrato, nell'acquisto andato *in default*, ben l'80% del proprio portafoglio ? Per inciso, non è vero che una ripetibilità unilaterale del saldo negativo è equiparabile, come si vorrebbe, ad una legittimazione dell'intermediario a ripetere le somme guadagnate dall'investitore sleale: ove infatti costui abbia contezza di un maggior differenziale, lo conserverà ... sol che banalmente non opponga una nullità destinata, per l'appunto, a rivelarsi ... *sconveniente*.

Ma v'è di più.

Se una qualche succosa reminiscenza ad una siffatta narrazione

---

allora si chiude. Tanto così ci basta, detto di passata, per replicare a chi, pur intingendo la critica nella pregiata penna di Francesco Maria Piave, persevera nell'errore di concepire uno stato primigenio del "di protezione" che, ammesso sia mai esistito, è da almeno un lustro che si è volatilizzato. V., al riguardo, G. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, cit., pp. 21 ss. Non sempre, notiamo, esercitando l'arte del togliere, si riporta il discorso all'essenziale. E, quando leggiamo se l'attuale "sia ancora il tempo della nullità di protezione, per come conosciuta" (così F. Greco, *La nullità "selettiva" e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev*., 2020, p. 838) è, in realtà, al fantasma di una Violetta che, persino dopo aver esalato l'ultimo respiro, rimane tenacemente sul palco, che il nostro Alfredo, da un asintoto argomentativo ad un altro, mostra di voler prestare un'imperitura fedeltà.

(53) Cfr. N. Lipari, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 537. Il che sfugge, invece, a A. De Mauro, *Buona fede e invalidità: un binomio inedito*, in *Diritto del Risparmio — Osservatorio del diritto*, 6 aprile 2020, *www.dirittodelrisparmio.it*, fin troppo lapidario, a tacer d'altro, nel sostenere che le Sezioni Unite incappano in un cortocircuito.

(54) V. G. D'Amico, *Il profilo "selettivo" del rimedio della nullità di protezione*, pp. 4-5 del manoscritto (letto in anteprima grazie alla cortesia amicale dell'A.).

già si incontrava nel fitto argomentare di *Messner* (C-489/07) (55), pioniera nel concettualizzare una clausola generale di buona quale norma imperativa comune che corregge uno *ius speciale* consumeristico deragliante, nel solco delle Sezioni Unite, notiamo, è adesso pure l'ACF (56), incline ad ammettere una *paralisi*, totale o parziale, della protezione da bilanciare: segno, osserviamo, che una rideterminazione *in peius* del credito restitutorio, lungi dal palesarsi come un esito "peggiore del problema da risolvere 'a monte' " (57), comunque serve ad evitare il risultato ingiusto di un investimento a *rischio zero* per il cliente (58). D'altronde, con un'eccezione dell'intermediario che, giova rimarcarlo, ha da essere specifica e circostanziata (59), il pericolo di un investitore beffato due volte non è tarato, ci sembra, su di una esponenzialità crescente. Vien fatto semmai di domandarsi se, come riconosciuto dall'ACF (60), una parziale neutralizzazione della tutela si dia pure nell'ipotesi di un utilizzo

---

(55) CGUE, 3 settembre 2009, non a caso recitante di un consumatore recedente tenuto al "pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa". Avevamo provato ad abbozzare questo ruolo correttivo della buona fede in S. Pagliantini, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 281 ss.

(56) V. ACF, 8 gennaio 2020, n. 2127 ed ACF, 2 marzo 2020, n. 2297 ove, non a caso, si legge di un intermediario resistente che non aveva "contestato che la somma richiesta dalla ricorrente (pari a € 155.295,54) [fosse] pari al saldo tra flussi attivi e passivi generati dal contratto nullo, e quindi ten[esse] già conto dei flussi attivi incassati dalla ricorrente".

(57) Così F. Greco, *La nullità "selettiva" e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, cit., p. 846.

(58) Con il che, ci sembra, possono pararsi le obiezioni, mosse da una raffinata dottrina, sulla maniera con cui conteggiare la somma ripetibile, se in maniera proporzionale ovvero utilizzando un criterio cronologico: v. G. D'Amico, *Il profilo "selettivo" del rimedio della nullità di protezione*, cit., p. 8.

(59) V. ACF, 27 marzo 2020, n. 2393, ove significativamente si legge che "secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, nelle ipotesi di uso selettivo della nullità del contratto quadro è pur sempre compito dell'intermediario *eccepire* tale circostanza, e se del caso, per paralizzare la pretesa restitutoria, almeno *allegare* che l'operatività complessiva eseguita sulla base del contratto nullo elide la perdita in questione" (c.vo aggiunto).

(60) V. ACF, 29 aprile 2020, n. 2517, recitante di un intermediario ammesso ad opporre un'eccezione definita, nel solco delle S.U., di buona fede onde rideterminare la misura del risarcimento dovuto all'investitore.

selettivo della domanda risarcitoria, con una liquidazione del danno sì accordata ma secondo una logica c.d. di portafoglio, donde un risarcimento disposto detraendo nello stesso modo dal *quantum* le plusvalenze delle operazioni eseguite nel tempo. È evidente d'altra parte che, ad ammettere, ove non sia andata prescritta, una tutela risarcitoria selettiva potrebbe, in effetti, prodursi il risultato di anestetizzare il principio espresso dalle S.U. sol che, in luogo di una nullità, venisse dedotto dall'investitore deluso l'inadempimento, ad un obbligo informativo o di adeguatezza, dimidiante una sua piena consapevolezza dei rischi connessi agli investimenti realizzati (61). *Tout se tient*, alla fine: e, se non si maneggia oculatamente l'eccezione, la variabile di una selettività che risorge dalle sue ceneri è emendabile va da sé soltanto per il medio di un rilievo officioso alla maniera delle Sezioni Unite del 2014.

Dopo di che, ecco la chiosa, se gioca un ruolo così cruciale, persino all'interprete più scettico dovrebbe riuscire persuasiva l'idea che, se ha prodotto nel tempo delle significative plusvalenze, un'attività di investimento decennale, quantunque l'intermediario sia incorso *medio tempore* nella violazione di regole di validità o di diligenza, non è, come invece ci si ostina a credere, derubricabile al rango di un accidente. Qui un *positivo apprezzamento* verso l'atto di esecuzione, in quanto ha prodotto un lucro per l'investitore, forte quanto basta ad evitare che si trasli sull'intermediario un danno che *non c'è* (62), obliquamente si dà in quanto la si viene a far passare come provvista di una sufficiente giustificazione. Da un'altra specola può discorrersi di un mutato ruolo dell'*exceptio doli* (63), non

---

(61) Prendendo spunto dalla vicenda decisa dall'ACF 2517, non è da scartare l'eventualità che l'investitore batta la via di una non corretta rilevazione del profilo, deducendo che, "secondo il principio del più probabile che non, in presenza di diverse informazioni e di una valutazione di inadeguatezza delle operazioni, [costui] si sarebbe astenut[o] dal darvi esecuzione".

(62) Ovvero è esistente ma in una percentuale minore.

(63) Acutamente è F. Addis, *Brevi note sul festeggiato e su una particolare tecnica di attuazione del diritto (la "riconduzione a condizioni conformi")*, cit., p. 372, a cogliere il *proprium* di un'efficacia preclusiva che, leggiamo, "permetterebbe di limitare l'impiego di *tecniche meramente recuperatorie*" (c.vo aggiunto).

costitutiva ma preclusiva della pretesa altrui (64), il cui operare tende ad ampliarsi se viene commisurato ad una scorrettezza piuttosto che ad una illiceità. La diversità di specola, esaltante il ruolo di una buona fede che *si innova* perché alla coppia risarcimento — inesigibilità associa il rimodellamento dei "rimedi restitutori" (65), esprime senz'altro un diverso modo di scrutare ma, va da sé, non spariglia: il risultato infatti, nello specifico, non cambia, mentre cambierebbe, ed assai, se fosse vero, come taluni critici delle Sezioni Unite sostengono (66), che il *dictum*, oltre ad essere declinato in chiave giusrealistica, *deraglia* da un'interpretazione europeisticamente conforme visto che, nella giurisprudenza della CGUE, è dominante il tratto di uno statuto forte del "di protezione" onde ottimizzare l'efficacia deterrente del rimedio. *Ergo* un intermediario, che possa ripetere o calmierare il debito restitutorio con un'eccezione paralizzante, andrebbe così a far scemare l'effettività della protezione, disincentivando per riflesso pure una spontanea osservanza ad opera del professionista dell'art. 23 TUF.

Orbene, la replica ad una siffatta critica, senz'altro la più insinuante tra quelle messe in campo, ci piace trarla dalla constatazione intrecciata che una nullità selettiva in purezza sarebbe vistosamente espressione di una *overprotection* dischiudente un'indiscriminata espansione della funzione sanzionatoria il cui trapasso, dal *b2c* al mercato finanziario, è però tutto da appurare che sia acconcio. Ma poi, ed ecco il secondo argomento dirimente, quella della Corte è una giurisprudenza dove *deterrenza* e *bilanciamento* in realtà coesistono: sicché la deduzione opposta, di una selettività pura quale interpretazione orientata al diritto eurounitario, è tutta da verificare. Anzi, *Dziubak* e *Raiffesen Bank*, a tacer d'altro, ci sembra che la smentiscano, come vedremo nei prossimi capitoli, apertamente. Non è poi forse vero, d'altra parte, che mai la CGUE ha sentenziato di una nullità dell'intero contratto quando risponda all'interesse del

---

(64) V. F. Addis, *La "riconduzione a condizioni difformi" del contratto non negoziato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, pp. 43 ss.

(65) Così G. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 29.

(66) Esemplarmente rappresentati da D'Amico, *Il profilo "selettivo" del rimedio della nullità di protezione*, cit., p. 12.

consumatore a favore del quale sia stata disposta la comminatoria? Quindi, da questo cono visivo, più dubbi che certezze.

Dopo di che, rinviando naturalmente al proseguo per un'analisi più dettagliata, ci pare improprio parlare di S.U. salomoniche se l'aggettivo sta ad indicare che il loro recitativo bypassa ogni prospettiva normativistica (67). Il discorso, e lo vedremo, è più complesso e la peculiarità del caso, per quanto innegabile (68), non deve obnubilare quanto di costruttivo v'è in una decisione il cui respiro europeo, come ci accingiamo ad evidenziare, è incontrovertibile.

7. *La "fucina" creativa della CGUE (e dei giudici del rinvio): dal mito di un art. 1374 quale norma preclusiva ai* nova *di una giustizia inclusiva unitamente al binomio* Lintner — Kancelaria Medius SA.

Dopo, ed a dispetto di *SC Banca Transilvania SA* (C-81/19), ecco il rinvio pregiudiziale C-243/20 (*DP* ed *SG* c. *Trapeza Peiraios AE*): che, non foss'altro per le molte opacità inficianti il periodare di una Corte mostratasi nel caso rumeno insolitamente stringata, dovrebbe indurre ad una riflessione, se non scopertamente critica, almeno pensosa.

L'occasione è offerta dall'ennesimo caso di un mutuo espresso

---

(67) Con il rischio, a seguire la fine impostazione di Irti, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, I, pp. 1542 s., che, in quanto sentenza basata su dei valori, non sarebbe catalogabile quale precedente a motivo di uno spiccato carattere di "irripetibilità".

(68) In effetti, nella vicenda dedotta in giudizio, la nullità denunziata dall'investitore era quella di un contratto monofirma, perché carente della sottoscrizione dell'intermediario, passata in giudicato nelle due fasi di merito. Orbene, è vero che le Sezioni Unite del 2018 hanno sentenziato la validità di un siffatto contratto: ma la preclusione processuale formatasi impediva di riesaminare la (non nullità) del contratto-quadro. Tecnicamente, quindi, se il giudicato non si fosse formato, l'investitore non avrebbe beneficiato di una qualche tutela restitutoria, ben potendo la S.C. rigettare l'impugnativa. La singolarità della vicenda non ci pare però che vada enfatizzata, se non si vuole virare nel paradosso di derubricare il disposto delle Sezioni Unite ad una decisione che "rifiuta qualsiasi confronto ed esclude qualsiasi relazione di conformità": così N. Irti, *op. ult. cit.*, p. 1543.

in valuta estera (69), qui sottoscritto da due consumatori greci rinegoziando un mutuo immobiliare, inizialmente espresso in euro ed a tasso variabile, con un quesito che viene formulato in una maniera alquanto suggestiva: siccome l'art. 8 della dir. 93/13 contempla la facoltà di ogni Stato membro di innalzare il livello di protezione del consumatore, nella deroga *in melius* può includersi l'art. 1, § 2, assoggettando così al sindacato di vessatorietà pure le clausole riproduttive di previsioni "legislative o regolamentari di diritto imperativo o suppletivo"? Più avanti vedremo come l'immunità derivata da una norma dispositiva non è, contrariamente a quanto asserito da una *communis opinio* alquanto recalcitrante, un *automatismo* bensì un'esenzione di tipo *condizionale* (70): qui intanto ci preme rilevare che pure l'art. 291 del codice civile greco reitera il principio nominalistico. Di conseguenza, se la clausola sul rischio di cambio fosse confezionata ricalcando una norma siffatta, pur sempre si darebbe un significativo squilibrio in danno di un consumatore, per inciso ivi non informato adeguatamente sul costo complessivo del contratto rinegoziato. Perché, diremmo, quando il diritto dispositivo sia *inadeguato*, non sperimentare allora, in sua vece, delle regole duttili di conio giurisprudenziale?

L'originalità della vicenda risiede, notiamo, nella circostanza che, alla lettera, il diritto derivato greco non contempla l'art. 1, § 2 anche se la S.C. greca, con una decisione resa a maggioranza (n. 4/2019), ha reputato che possa ragionarsi di una sua adozione indiretta, dedotta in conformità ai (recepiti) artt. 3, § 1 e 4, § 1, dir. 93/13. Il giudice del rinvio è quindi alla *dissenting opinion* di minoranza, corposamente emersa in seno all'*Areios Pagos* riunito in seduta plenaria, che si appella, mostrandosi, insieme a questa, incline a ritenere che non possa configurarsi una recezione indiretta *ope interpretationis* sul presupposto che se "il legislatore nazionale

(69) Su cui, da ultimo, v. E. Valletta, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, pp. 20 ss., con una fitta ricognizione bibliografica.

(70) V., il saggio *What is european in european private law ? (a partire da CGUE — Grande Sezione, Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA e dintorni)*, in Id. (a cura di), *Ricerche di diritto europeo tra sostanza e processo*, Napoli, pp. 11-42, e Id., *Tutela del consumatore e Direttiva n. 93/13 nelle sentenze di Santa Veronica*, in *Dir. civ.*, 2020, pp. 1853 ss.

avesse voluto [trasporre l'art. 1, § 2], lo avrebbe fatto in modo specifico e esplicito" (§ 15). È un ragionamento stringente ma, se vogliamo, pure capzioso: se, leggiamo, l'art. 1, § 2 non è stato trasposto *testualmente*, contemplare un'immunità implicherebbe, interpretando *contra legem* il diritto derivato nazionale, una *disapplicazione* in presa diretta dell'art. 8 dir. 93/13. Ora, la capziosità, notiamo, consiste nel ritenere che un sindacato generale di vessatorietà ivi si dia soltanto a configurare il *darsi* di una deroga nazionale *più rigorosa* ad un'armonizzazione pacificamente parziale e di contenuto minimo, una "possibilità", rileggiamo, che invece non esisterebbe nell'ipotesi in cui tale eccezione potesse essere considerata effettivamente incorporata nel diritto greco a livello interpretativo" (§ 16). Senza voler proletticamente esporre il nostro pensiero, vien fatto già qui di osservare che la bipolarizzazione prospettata omette invero di considerare che la "giustezza" del diritto dispositivo è sì da presumersi ma *iuris tantum*: di talché, ove dovesse appurarsi che la singola norma suppletiva equilibrata *non* lo è, in quanto ritualizza un assetto a vantaggio del professionista, cadrebbe pure la ragione di un'immunità da ravvisarsi non in astratto bensì *in concreto*. Dopo di che, se non vale ad immunizzare, la medesima norma neanche però andrebbe maneggiata da unico imperativo di secondo grado comandato ad emendare, ai sensi dell'art. 1374 c.c., una lacuna essenziale sopravvenuta (71): il che, come sappiamo, rimane invece una costante inossidabile per chi reputa che l'art. 1374 continui a stare quale *norma preclusiva*, ostativa nel senso etimologico del termine a che delle fonti sub-primarie integrino il contratto senza un'espressa previsione edittale primaria (72).

Dopo di che, come vedremo, la crepa che inficia l'impalcatura argomentativa della CGUE non risiede tanto nell'aver coniato, quando il contratto mutilato sia autosufficiente, una *nullità pura*

---

(71) Sintomatica, da ultimo, la pagina di F. Delfini, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, cit., p. 567 che, non a caso, discorrere di norme dispositive restanti *efficaci* quando si abbia una "predisposizione unilaterale difforme".

(72) Il fascino di una siffatta impostazione ha dell'endemico nella pur elegante ricostruzione di A. Azara, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 194 ss. e nelle fitte pagine ricostruttive di V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit., pp. 302 ss.

deterrente (73): è piuttosto una crepa che intanto muove da un'omissione irragionevole, perché allora, ci verrebbe da dire, pretermettere il caso di un *surplus* di deterrenza conseguente ad un'integrazione dispositiva *più favorevole* al consumatore?, ed approda ad un paradosso tanto esiziale che esemplare, perché, (ri)notiamo, affidare al solo diritto dispositivo, che non a caso può pure rivelarsi *in danno* del consumatore, la *vis* esclusiva di scacciare una nullità totale sconveniente? (74) L'immagine di un diritto dispositivo nazionale, quale luogo di "attualizzazione normativa dell'equità contrattuale" (75), esprime in realtà una visione neopositivistica che, riconnettendo la generalità soggettivistica della norma suppletiva al principio di eguaglianza formale, ne esclude in radice un'irragionevolezza, trascurando così di riflettere sul fatto che è proprio lo *status* di contraente debole, detto ellitticamente, a giustificare una *disparità di trattamento* (76). Ciò, naturalmente, non vuol significare che non si abbia un diritto dispositivo quale luogo di oggettivazione di un criterio di giustizia distributiva: è che una siffatta immagine, come intuito dalla dottrina più avvertita (77), riproduce soltanto *una* delle anime in cui si scompone un plesso normativo pure ampiamente innervato da un fine concorrente di espansione della razionalità mercantile.

---

(73) Opposto è l'avviso di D'Adda, *Enzo Roppo e le stagioni dell'integrazione del contratto*, cit., p. 48.

(74) Come sostenuto, per stare alla ricostruzione più rigorosa di una derogabilità del diritto dispositivo *condizionata* allorché unilaterale sia la determinazione del contenuto contrattuale, da G. D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'Amico, S. Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, pp. 222 s., 244 s. e 248.

(75) Così F. Delfini, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, cit., p. 567, nt. 40.

(76) Come prontamente intuito da A. Nicolussi, *I consumatori*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 422 ove si legge che "derogare all'egualitarismo formale qualificando soggettivamente una disciplina ... significa ... applicare il secondo comma dell'art. 3 [Cost.]".

(77) V, in luogo di tanti, G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, I, 504 ss.; D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1 ss. e, già prima, P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, ora in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 299 s.

In un contesto siffatto, ragionare perciò di una CGUE che, siccome non ha talora escluso, pur al cospetto di norme nazionali di integrazione sostitutiva, la vessatorietà del rischio di cambio (*OTP Bank*, C-51/17) (78), allora pilota un obbiettivo generale di *access justice* (79), se da un lato è sottilmente intrigante, dall'altro mostra però i panni di un *nuovo*, magari affiorante in filigrana come obbiettivo della giustizia contrattuale europea (80), ma allo stato (diremmo) sunteggiabile in non più di un abbozzo ancora *in fieri*.

Di una giustizia inclusiva, quale recupero al mercato del maggior numero possibile di contraenti deboli, onde far sì che, per riflesso, venga ad ottimizzarsi il benessere sociale, diventa invero problematico discorrere nel momento in cui, anticipiamo così la nostra idea, si massimizza, senza calarlo nella singola fattispecie concreta, il ruolo di un diritto dispositivo a guisa di un arsenale sostitutivo monopolizzante. Pure a non volerle etichettare come altrettante evidenze di un'efficienza *market oriented*, *OTP Bank Nyrt* e *Zsuzsanna Dunai*, *Dziubak* e *SC Banca Transilvania SA*, non sono, come vedremo, il manifesto di un sistema rimediale calibrato a garantire la "massima giustizia del singolo contratto" (81). Giustizia del singolo contratto ed effetto deterrente non sono infatti un binomio che la "dottrina" della Corte mostri di maneggiare sempre con oculatezza (82). In realtà, senza uno statuto restitutorio premiale per la *weaker party* (83), la nullità del-

---

(78) CGUE, 18 settembre 2018.

(79) Così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., p. 265.

(80) Le cui epifanie edittali può convenirsi che siano l'art. 8 *ter* della 93/13, introdotto dalla dir. 2019/2161, e la disciplina sui consumatori "vulnerabili" tipizzata fin dalla dir. 2005/29. Se la prima infatti, nella cornice della negoziazione tramite *e-commerce* e piattaforme contempla la comminatoria di "sanzioni pecuniarie", naturalmente effettive, proporzionate e dissuasive, a carico dei professionisti "responsabili di infrazioni diffuse o di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale", la seconda formalizza, a sua volta, una figura edittalmente regolata, in attuazione della dir. 2014/92, dal d.lgs. n. 3720/17. V. E. Navarretta, *op. ult. cit*., p. 266, nt. 57.

(81) Cfr. E. Navarretta, *op. ult. cit*., p. 266.

(82) Donde il dubbio che non sia vero che "la massima tutela del consumatore e la regolamentazione del mercato non confliggono mai": così invece E. Navarretta, *op. ult. cit*., p. 271.

(83) Quello sì riguardabile come un *addendum* che perfezionerebbe l'immagine di una giustizia c.d. inclusiva nel senso per primo suggerito da H.-W. Micklitz, *Politics of*

l'intero contratto continua invero ad essere un'opzione ridondante a vantaggio dell'impresa: con il risultato che, accantonato ogni effetto di gestione correttiva del contratto, tramonta pure in pari tempo il proposito di impedire quell'espulsione dal mercato vanificante, diremmo, ogni "effetto redistributivo generale" (84). Vien fatto poi, provocatoriamente, di chiedersi: ma davvero una giustizia inclusiva la si pratica riconoscendo alla nullità una *funzione punitiva* quando, a livello di legislazione europea (85), una siffatta vocazione neanche è stata riconosciuta al risarcimento del danno *antitrust*? Vero che la finalità di tutela individuale, è così che chiosiamo sul punto, è parametrata su di uno "scopo esterno" (86): ma ogni maggiore dissuasività, ammesso che recuperi allo scambio, lo fa pur sempre in un'ottica di efficienza concorrenziale.

E non solo.

In realtà, più che a favore di una giustizia inclusiva, ci sembra ([ri]diremmo) che il cerchio si stia piuttosto stringendo intorno ad un *test* giurisdizionalizzato di ragionevolezza investigante il tasso di satisfattività insito nel sistema delle tutele nazionali: le quali, pur se vengono rivisitate dalla CGUE in ordine sparso (87), si smarcano da una visione atomizzata, con un ordinamento processuale domestico che si va così cadenzando in una maniera sempre più ibrida. Nella sua essenzialità (88), il dispositivo, fin troppo negletto in verità, di

---

Justice in European Private Law, Cambridge, 2018, pp. 19 e 22 s. Come nota da par suo N. Lipari, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 536 s., pure il paradigma astratto di consumatore è insufficiente senza il *fatto*, laddove cioè non "si valut[i]no in concreto le condizioni del soggetto che ne risulta investito".

(84) Così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., p. 261.

(85) Come ci rammenta M. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., p. 417.

(86) Così A. Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 211.

(87) V., al riguardo, le ficcanti osservazioni di S. Caporusso, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, pp. 1265 ss., e di S. Mazzamuto, *Osservazioni sui poteri del giudice francese e di quello italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 173 ss.

(88) CGUE, 4 giugno 2020, la cui narrativa era riferita, come esponiamo nel testo, ad una vicenda nella quale il giudice del rinvio non disponeva, agli atti, del contratto, costituente il titolo del credito controverso, sottoscritto da entrambe le parti, bensì soltanto di una *copia* di un contratto quadro sprovvista della firma del convenuto. A

Kancelaria Medius SA (C-495/19), certifica invero quanto ormai l'autonomia processuale degli Stati membri si eclissi ogni qual volta affidi la protezione a norme di rito le cui caratteristiche specifiche risultino idonee a pregiudicare un livello di tutela consumeristica che, da *minimo*, si è in realtà, nell'ultimo lustro, attestato sul grado *più elevato* imposto dalla CGUE traghettando, qui sta il punto, l'*adeguatezza rimediale* dell'art. 7 dir. 93/13 in quell'*effettività dei diritti* garantita dall'innesto, nell'ordinamento unionale, dell'art. 47 CDFUE ([89]). È, non a caso, da questo *mix* che trae adesso origine il principio per cui una *contumacia volontaria*, quando convenuto sia un consumatore, *non impedisce* l'esercizio officioso di poteri istruttori allorché il giudice nutra dei dubbi sull'abusività delle clausole fondanti la pretesa del professionista (*Kancelaria Medius SA*, § 52). Come si legge al § 46 della motivazione, se si dovessero considerare veritiere *iuris et de iure* le affermazioni fattuali del professionista, l'intervento positivo del giudice, "richiesto dalla direttiva 93/13 per i contratti che rientrano nel suo ambito di applicazione, risulterebbe vanificato".

È il suddetto un dispositivo che muove dall'assunto, come *Profi Credit Polska* (C-419/18 e C-483/18, § 64) ha ben messo in forma ([90]), che non può esercitarsi alcun rilievo officioso, subordinato questo com'è al disporre degli elementi fattuali e di diritto utili, se il giudice non dispone del contratto di credito al consumo: ed in *Kancelaria Medius SA* agli atti, *cave!*, figurava la *sola copia* di un contratto quadro utilizzata dal professionista ricorrente. Il che notiamo, se ha del vero, implica però il riconoscere che viene così allestita un'istruzione officiosa riconnessa ad una scienza privata del giudice ([91]): con il risultato che, tecnicamente, è come se la CGUE,

---

cadere, perciò, è la norma del codice di rito polacco legittimante il giudice ad emettere una sentenza contumaciale, quando il consumatore non sia comparso e neanche abbia esperito una qualche attività difensiva, basata unicamente sulle dichiarazioni rese dal professionista nell'atto introduttivo del giudizio.

([89]) V., secondo un percorso ormai sperimentato, C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. cost*., 2014, 3853; C. cost., 12 luglio 2017, n. 164, in *Resp. civ. prev*., 2018, pp. 484 ss. e Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it*., 2013, I, c. 3121.

([90]) CGUE, 7 novembre 2019.

([91]) In *Profi Credit Polska* leggiamo che, pur in assenza del contratto, il giudice è "a conoscenza del contenuto di altri contratti abitualmente utilizzati dal professionista" (§ 64).

ammettendo richieste di chiarimenti o di prove documentali, stesse traghettando l'*obbligatorietà* del rilevare all'attività di acquisizione prodromica di quanto occorre per farlo (92). Se il fine è quello di appurare il rispetto dei diritti riconosciuti ai consumatori, *Lintner* (C-511/17) (93), da questa specola, aggiorna *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08) (94), se è vero che, da un'istruzione officiosa circoscritta all'ambito di applicazione della dir. 93/13 (in quanto cause aventi ad oggetto una clausola attributiva di competenza territoriale esclusiva), ci si sta adesso attestando su di un'istruzione officiosa operante *anche* in sede di valutazione dell'abusività (95). Il dubbio è se, circoscrivendo il sindacato officioso alle *sole* clausole (non contestate dal consumatore) *collegate* all'oggetto della controversia, nel mentre si fa salvo il principio dispositivo, non si dia pure ingresso ad un *giudicato*, sulla validità delle clausole non connesse, evitabile se l'obbligatorietà dell'esame officioso includesse *tutte* le clausole del contratto, quindi anche di quelle *non necessarie* a decidere sulle pretese delle parti dedotte in giudizio. Nella sostanza, e discostandosi da *Jőrös* (causa C-397/11) (96), è ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, § 1 che la CGUE, allo stato inceppandosi, mostra invece di voler aderire.

Una certa casistica, notiamo, dimostra allora che un fine regolatorio di massima inclusione spesso incespica: *Lintner*, non a caso,

---

Nella vicenda, si dibatteva su di una domanda fondata su un pagherò cambiario, emesso in bianco e successivamente completato dal professionista, volto a garantire il credito derivante da un contratto di credito al consumo.

(92) Non varrebbe opporre che la *prova dell'esistenza del credito* non rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13: per l'elementare ragione che l'art. 4, § 1 incentra pur sempre il sindacato di vessatorietà su tutte le altre clausole del contratto.

(93) CGUE, 11 marzo 2020.

(94) CGUE, 9 novembre 2010.

(95) Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Tanchev "la circostanza che la Corte, nella sua giurisprudenza, abbia sottolineato la necessità di elementi di prova sufficienti *per fondarsi sulla direttiva 93/13* può essere considerata come un avallo della posizione secondo cui il giudice nazionale dispone di elementi di diritto e di fatto sufficienti per l'esame d'ufficio, *potendo disporre d'ufficio, se necessario*, misure istruttorie a tal fine (§ 62, c. vo aggiunto).

(96) Corte giust. UE 30 maggio 2013, *Erika Jőrös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, dove la Corte di giustizia UE aveva contemplato un rilievo officioso, ad opera del giudice d'appello, di *ogni* causa di nullità risultante in atti.

è l'opposto di una "incertezza *a priori*" sul post-vessatorietà visto che una siffatta aleatorietà di risultato dovrebbe passare, com'è evidente, per un controllo officioso di *ogni* clausola predisposta. Per di più, se è il caso che ha una funzione ordinante, pure l'altalenante giurisprudenza della Corte sulla tipologia di consumatore tutelabile (97), dischiude un altro filone che stona: un'inclusione ottimizzata, il rilievo vien da sé, dovrebbe infatti implicare che direttiva 93/13 protegga *ogni* consumatore, incluso perciò quello avventato o colpevolmente irragionevole.

8. *I "mobili" confini della giustizia inclusiva.*

Nel saggio di rara sottigliezza, di cui prima dicevamo, si legge che, tramontata la stagione del contratto ossimorico (98), è andata in archivio una *prevedibilità* del rimedio la quale, nella misura in cui infeudava la correzione del singolo contratto *b2c* entro un recinto di effetti pronosticabili, peccava in realtà di un'autentica carica dissuasiva, frustrando sul nascere "la stessa esigenza di prevenire [delle] condotte abusive" (99). Il che, come a noi pure era capitato di osservare (100), è senz'altro esatto, se è vero che soltanto un'*imprevedibilità rimediale*, vanificando ogni giudizio di prognosi postuma del professionista, presidia la giustizia del singolo contratto evitando in pari tempo che essa divenga *cadetta* rispetto ad un effetto regolatorio di pura efficienza. Insomma, è per il medio di un'*imprevedibilità* del dispositivo di tutela che si accresce un tasso di deterrenza assurto, nell'interpretazione autentica della Corte, a fonte di evoluzione additiva della "massima tutela in concreto del consuma-

---

(97) Per un diffuso ragguaglio della quale è utile consultare CGUE, 3 settembre 2015, *Costea c. SC Volksbank Romania SA*, C-110/14 e le Conclusioni dell'AG Cruz Villalòn.

(98) V. pure S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 613.

(99) Così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., p. 266.

(100) Fin da *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2 ed., Torino, 2015, pp. 85 ss.

tore" (101). Pellier, dalla Francia, ci ammonisce che la protezione dei consumatori conduce spesso a dei "*résultats a priori surprenants*" (102).

Orbene, se pure noi siamo dell'avviso che l'*Abschreckungswirkung* dell'art. 7 dir. 93/13 sia idoneo a ritualizzare una *policy* regolatoria efficiente, e non a caso una nullità parziale pura è da più di un lustro il *mezzo* prescelto per un *fine* di effettività diffusa, *a monte*, del diritto dispositivo quale serbatoio di massima giustizia endocontrattuale, più di una seria perplessità continuiamo a nutrirla sulla giurisprudenza europea del dopo *Kásler*, a volerla rileggere quale vessillo di una giustizia inclusiva apprestante un "miglior coordinamento dell'obbiettivo deterrente con la disciplina correttiva del contratto" (103).

Intendiamoci, se la giustizia contrattuale europea ha, come ben ci dice Emanuela Navarretta, "quale obbiettivo regolatorio generale" la massima iscrizione al mercato di attori razionali, l'effettività dell'apparato rimediale correttivo è *una* soltanto: quella che, scongiurando dissuasivamente il nugolo di condotte abusive, idonee ad espellere dal mercato i contraenti deboli, ne mette per contro in forma la massima inclusione possibile. Epperò il fatto è che la saga magiara dei mutui in franchi svizzeri, ma erogati e da restituire in valuta nazionale, riprodotta quale esempio di un *access justice* proattiva, postula l'inoculare in quella tortuosa vicenda un plusvalore che, pur se intrigante, non ci sembra (diremmo) calzante a pieno. *Dziubak*, poi, lo è ancora meno, con un antefatto polacco che, siccome non contemplava, all'ungherese, una sostituzione coattiva di un tasso legale modificante *ex tunc* il rischio di cambio, ha visto allora il giudice del rinvio farne una questione calibrata sul se una nullità parziale pura della clausola di *spread* potesse rilevare da tecnica ivi trasformante la *causa contractus*, se è vero che, passando da un'indicizzazione in CHF ad una in PLN, cade pure il rischio nel cambio, venendo in effetti a mostrarsi difforme la prestazione

---

(101) Così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., p. 269.

(102) In *Le droit de la consommation au secours du voyageur sans titre*, in *RDC*, 2020, p. 65.

(103) Cfr. E. Navarretta, *op. ult. cit.*, p. 266.

principale delle parti. Anziché dibattere sulla selezione dell'apparato rimediale finalizzato alla massima giustizia, il primo quesito di *Dziubak* andava, insomma ed all'opposto, ad impingere sull'esistenza di un *limite materiale* al dispositivo di una pura espunzione allorché sia di un'*altra natura* il contratto che, pur premiando l'interesse del consumatore, residuerebbe. E, se così è, tutto può dirsi fuorché *Dziubak* mimi un arresto che "chiude ... il cerchio" (104). È intuitivo infatti che un *access justice* presa sul serio avrebbe semmai implicato, nell'ipotesi di un'*impossibilità* di esecuzione del contratto mutilato, il reputare *possibile*, nonostante la carenza di una norma dispositiva, una *non declaratoria* di nullità del contratto. Orbene, la CGUE, scartando viceversa tanto un'integrazione *ex fide bona* quanto una *conservazione giudiziale* della clausola abusiva, quando il sopprimerla produrrebbe un effetto *sfavorevole* al consumatore, posterga le sole *due* tecniche *inclusive* giacché teleologicamente idonee a scongiurare una *nullità sconveniente*. Non è un caso, se l'appendice di *Dziubak* sono adesso due rinvii pregiudiziali nei quali viene ad essere dibattuta sia la penalizzazione consustanziale ad un interpello disinformato (*I.W.* e *R.W. c. Bank BPH Spólka Akcyjna* (C-19/20)) che la variabile, questa volta in *X Bank S.A.*(C-198/20), dell'ammissione di una domanda di risarcimento dei danni per la *nullità pregiudizievole* del contratto.

Ma è ormai tempo di scendere ancor più nel dettaglio.

9. *... e la resilienza della CGUE.*

È vero che la CGUE, per non intaccare l'immunità rampollante dall'art. 1, § 2, dir. 93/13 è ivi ricorsa ad un'acrobazia interpretativa molto sofisticata: e tuttavia, notiamo, questo fine *atout* è servito a smontare, dopo che *Kásler* (C-26/13) aveva dichiarato l'abusività delle clausole sulla differenza dei tassi di cambio, una modifica *ex lege* dei contratti pendenti, con sostituzione retroattiva di un tasso di cambio ufficiale, fissato dalla Banca nazionale d'Ungheria, ai corsi di vendita bancari della valuta estera nella quale il mutuo era stato stipulato. Testualmente, è esatto, la legge DH1 si applica(va) ai mutui conclusi con i consumatori tra il 1° maggio 2004 e la sua data

(104) Così E. Navarretta, *op. ult. cit.*, p. 270.

di entrata in vigore (2014). Ma il fatto è che, soppressa, in quanto abusiva, la clausola sulla differenza dei tassi, di acquisto e di vendita, della valuta estera, nessuna caducazione si era invece sancita per la clausola sul rischio di cambio: che, con un'obbligazione restitutoria pattuita in fiorini, un dispositivo normativo di conversione forzosa va da sé mitiga ma non smonta se, come accaduto nell'intero arco della vicenda ungherese, si sia nel frattempo registrato un vistoso deprezzamento della valuta nazionale rispetto a quel franco svizzero in cui il mutuo è stato dall'inizio contratto.

Insomma, *nulla quaestio* che l'ortopedia normativa avesse soppresso la ragione che aveva prodotto, detto ellitticamente, il *motivo* di nullità sentenziato dalla *Kásler*: ma, restando il mutuo indicizzato al franco svizzero, visto che comunque si avrà un saldo negativo imputato *esclusivamente* al consumatore, *non* cade affatto la ragione per cui costui, debitore di un *quantum* largamente superiore al proprio merito reddituale di solvibilità, avrà un concreto interesse ad impugnare.

Fin qui la narrativa di una vicenda ove di *access justice*, è bene rimarcarlo, non si dà neanche una pallida imitazione visto che, semmai, la *policy* del legislatore ungherese era scopertamente improntata, per pretesi motivi di ordine pubblico economico, a calmierare in favore dei mutuanti delle obbligazioni restitutorie così ingenti da venire rappresentate, se fosse stato *d'emblée* soppresso il rischio di cambio, come destabilizzanti l'intero sistema bancario ungherese. Non a caso, con la legge DH2, il credito restitutorio del consumatore era stato circoscritto al *differenziale* tra quanto corrisposto per effetto della clausola di *spread* ed il diverso ammontare dovuto se la suddetta pattuizione (abusiva) non vi fosse stata.

Riaffiora così l'interrogativo iniziale: perché, se così stanno le cose, riguardare il combinato giudiziale di *OTP Bank Nyrt* (C-51/17) e *Dunai* (C-118/17), non poi detto di passata degli arresti così spumeggianti, come l'emblema di una giustizia inclusiva che la CGUE sperimenterebbe senza più appiattirsi in un'efficienza regolatoria *market oriented* ? Non certo, diremmo, perché la Corte qui incornici un "accertameno in concreto della soluzione rimediale più protettiva" (105), in quanto, tutto al contrario, lo stratagemma argomentativo è quello di evidenziare che, se le clausole riproduttive di

(105) Così E. Navarretta, *op. ult. cit.*, p. 271.

norme imperative sono *fuori* dal perimetro della 93/13, non è che un'*altra clausola*, quale è giust'appunto quella relativa al rischio di cambio, vada anch'essa integralmente indenne da un sindacato giudiziale: pienamente operante invece, ai sensi dell'art. 4, § 2, in caso di *intrasparenza* (106). L'argomento ordinante consiste quindi nell'evitare, come già *Sziber* (C-483/16) e *Ilyés* (C-51/17) avevano lasciato presagire, che la sostituzione automatica rendesse *impossibile* il sindacato di vessatorietà del rischio di cambio, con il combinato disposto degli artt. 4, § 2 e 5 quali cuneo ad impedire, per il medio di un'*esclusione* rampollante direttamente dalla DH1, il dimidiarsi di un sindacato giudiziale nella forma prescritta dall'art. 4, § 1 della direttiva (107). Quanto all'*an* della tutela consumeristica, le due decisioni non implicano però *niente di più*: altro è sostenere che una norma di sostituzione automatica non è incompatibile con i principi di livello sovraordinato del diritto europeo laddove, sottinteso, rimanga circoscritta al solo motivo (di nullità) rilevato, altro è ritenere che una siffatta statuizione *innalzi* la tutela recuperando *per ciò stesso* il consumatore al mercato. *Banco Santander SA* ed *Escobedo Cortés* (C-96/16 e C-94/17) fa, del resto, da baricentro: la potestà di un legislatore nazionale di qualificare come abusiva *un tipo* di clausola non include quella di schermarne altre, coniando un'immunità incondizionata a motivo di una presunzione assoluta di validità.

A titolo di pulizia concettuale aggiungiamo che, in *Dunai*, la CGUE è semmai comprensibilmente *tranchant* nel sentenziare l'illegittimità della legge DH2 nella parte in cui l'art. 37, § 1 formalizzava un'irretroattività non già giudiziale, alla maniera per intendersi officiata dal *Tribunal supremo* spagnolo nell'epopea delle c.d. *suelo*, bensì legale della declaratoria di vessatorietà di una clausola *diversa*, così invero recitava il disposto normativo, da quella di *spread* o di *ius variandi*. Se infatti, *Gutierrez Naranjo docet*, ogni clausola abusiva è da reputarsi inesistente fin dall'origine, non sortendo così alcun

(106) A motivo, come già si leggeva in *Andriciuc* (C-186/16, § 43), di un rado di informazione insufficiente e/o decettivo su di una clausola identificante l'oggetto del contratto.

(107) V. G. D'Amico, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, pp. 6 s.

effetto nei riguardi del consumatore, una statuizione edittale di *validità* del contratto *fino* alla data della decisione marchianamente impedisce, secondo il modello di una nullità *de futuro*, il ripristino dello *status quo ante* la confezione della suddetta clausola (108).

Se ciò è stato deciso, torniamo a chiederci: siccome giustizia inclusiva è un sintagma denso (109), quali sarebbero i motivi cardine trasformanti *OTP Bank Nyrt* e *Dunai* in un laboratorio che ne fornirebbe un distillato esercizio *in action*? Vero che una giustizia inclusiva *seleziona* e *conforma* la qualità di una tutela *effectiveness oriented*: ma, e lo ribadiamo, per la Corte non esiste una *validità parziale*, se la legge nazionale la ritualizza in modo *conforme*, che sia postergabile deducendo il contro-motivo che un *principio* sovraordinato, quale è quello che si legge nell'art. 47 CDFUE, garantirebbe una *miglior tutela* penalizzando più efficacemente un professionista mostratosi, fin dall'atto della stipula, scopertamente infedele. Il recitativo di *J.Z. c. OTP Jelzálogbank Zrt* (C-932/19), allo stato ancora pendente, è emblematico di come il principio di *Dunai* sia in realtà riguardato dalle Corti ungheresi come una regola non innervante granché una tutela consumeristica reputata claudicante se non è ritagliabile, nel segno di *Dziubak*, un *non automatismo* della sostituzione *ex lege*. Non a caso, il giudice del rinvio adesso si domanda se, statuendo *Dziubak* un'integrazione dispositiva rimessa al mancato dissenso del consumatore, l'art. 3, §§ 1 e 2 della legge DH1, contemplanti viceversa un'ortopedia contrattuale imperativa applicata *anche* nell'ipotesi di un'*espressa* volontà contraria del consumatore, non sia da reputare illegittimo rispetto all'art. 6, § 1, dir. 93/13 e, per questo motivo, vada *disapplicato*. La pre-compren-

---

(108) Alle corte potremmo così etichettare *Dunai* come un'appendice iterativa della Grande Sezione, se è vero che il suo dispositivo, ricalcante *in parte qua* quello di *OTP Bank Nyrt*, imbastisce pure un'illegittimità neutralizzante un risultato, se non identico, *analogo* a quello che, ma per una via giudiziale, era stato (infruttuosamente) sperimentato in terra di Spagna. *Nihil novi*, diremmo perciò: se non una riedizione, ma in *senso debole* non ottimizzando l'interesse protetto, del principio di effettività.

(109) Espressivo, come vien detto benissimo, della coesistenza tra "principio teleologico della tutela del consumatore e quello della regolamentazione del mercato": che "non configgono, [essendo] il primo che realizza il secondo": così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., pp. 265 s.

sione del giudice ungherese è quindi cristallina risollevandosi il quesito che la DH1 non sia una disposizione che protegge effettivamente il consumatore visto che neppure si dà a costui un interpello in merito a se voglia "chiedere una tutela in forza di tale normativa" (§ 1). La parzialità dell'effetto ablativo senza dubbio corrisponde al fine dell'art. 6, § 1, di una validità del contratto *per il resto*: ma la fattispecie *nascosta*, nell'ordito dell'art. 6, di una persistenza del contratto mutilato in contrasto con il miglior interesse del consumatore, è un'eccezione attinta da un peculiare stato, fattuale e di diritto, delle clausole principali.

Al netto di tante altre declamazioni, c'è, detto in sintesi, una certezza: l'intera vicenda si sta continuando a svolgere dopo che la legge DH3 aveva convertito in mutui in valuta nazionale l'intero debito residuo dei contratti pendenti, disponendo altresì un divieto di stipulare per il futuro dei mutui in valuta estera con i consumatori (110). Orbene, stante la circostanza che però l'obbligazione restitutoria originaria rimaneva indicizzata al franco svizzero, ci sembra che abbia più di un costrutto osservare che la CGUE non ha ivi abbozzato né latamente tipizzato una teoria della giustizia inclusiva. Per almeno un quintetto di ragioni dirimenti.

Nell'ordine,

primo, intanto sentenziando che la modifica *ex lege* non implica l'automatismo di statuire una nullità *per relationem* della clausola sul rischio di cambio, la Corte rigetta il *rimedialismo* di affidare al giudice nazionale il potere, caduto il contratto, di fargli produrre gli effetti di un *contratto diverso* quando, non avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti bensì all'esclusivo interesse del consumatore, "debba ritenersi che" costui lo avrebbe "voluto, se" avesse "conosciuto la nullità". *Ergo*, nessun principio di effettività può ritualizzare in sé una tensione attualizzante una *conversione atipica*, e non alla maniera dell'art. 1424 c.c., del contratto a motivo di una *validità contraria* al miglior interesse del consumatore;

secondo, con un contratto che cade, lo spettro di una nullità sconveniente è scacciato dal *bypass* del correlato darsi di un'obbli-

---

(110) Non a caso G. D'Amico, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, cit., p. 6 ragiona di un "*divieto secco*" (c.vo nel testo).

gazione restitutorio da indebito. A scanso di ogni equivoco, non consta però che *OTP* e *Dunai* formalizzino un qualche appiglio in cui incastellare una conversione atipica schermante l'operare degli artt. 2033 ss c.c.;

terzo, se la clausola sul rischio di cambio dovesse *stare*, in ragione di una sua *trasparenza* in concreto, nessuna qualifica di indebito riceverà quanto corrisposto dal consumatore a *quel titolo*. Qui il contratto evidentemente *sta*, dandosi soltanto per il mutuante un'obbligazione restitutoria limitata al differenziale prescritto dalla DH2 (111);

quarto, se, complice l'intrasparenza, il mutuo cade nella sua interezza, in quanto il rischio di cambio è pur sempre un *essentiale negotii* qualificante la natura del tipo, è innegabile che la banca sarà tenuta alle conseguenze restitutorie rampollanti dal giudizio di abusività. Epperò non è meno incontestabile che, a carico del mutuatario, scatterà pure un debito restitutorio di diritto comune: il cui statuto normativo, come sappiamo, risaputamente premia, secondo il concetto operativo di una nullità sconveniente, il mutuante;

quinto, se proprio vuol ragionarsi di una giustizia inclusiva, l'impressione è che la CGUE abbia già affidato questo valore alla variabile di una *nullità totale soggettiva*: la quale, secondo il noto dispositivo di *Perenicová* (C-453/10), si dà soltanto però quando una legislazione nazionale, nell'ottica di massimizzare l'interesse del consumatore, abbia derogato *in melius*, nella forma di cui all'art. 8 dir. 93/13, allo standard di una tutela minima che, lo ribadiamo, in alcun modo viceversa recepisce un *maggior vantaggio* per il consumatore quale criterio che, sunteggiando, possa decidere della sorte di un contratto la cui esecuzione resti *oggettivamente possibile*.

A voler trarre dal quintetto un primo consuntivo, ci parrebbe azzeccato compendiarlo in un quartetto di deduzioni:

a) l'imprevedibilità del rimedio dissuade, svolgendo così pure una funzione sanzionatoria, quando l'utilità che un consumatore

---

(111) Non a caso, come si legge nel rinvio pregiudiziale C-932/19, cit., "non è possibile per i giudici ungheresi *estinguere del tutto* il rapporto giuridico fondandosi *soltanto* sull'invalidità derivante dalla differenza tra i tassi ... e applicare le conseguenze giuridiche dell'invalidità all'intero contratto" (§ 22), disapplicando le disposizioni della DH1 (c.vo aggiunto).

acquisisce dal post-vessatorietà sia di stampo extracompensativo. Ma, conviene precisarlo nuovamente,

b) *senza* il riconoscere un potere di veto espresso all'operare della sostituzione edittale, quell'extracompensazione qui latita, l'omissione dell'interpello avendo macroscopicamente l'effetto di indebolire la tutela garantita ai consumatori;

c) è un interpello che tiene se il post-vessatorietà di una nullità totale indossa i panni di una conversione atipica che si appropria della scena. Diversamente, anziché dischiudere un risultato più favorevole, l'opposizione finisce per mostrarsi *hic et nunc* sconveniente. Con un minimo di attenzione, ci si avvede quindi che tutto gravita attorno alla declinazione, *non monistica ma duale*, delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla nullità dell'intero contratto di mutuo. *Ergo* è il pacchetto delle suddette conseguenze che instrada la condotta processuale del consumatore;

d) non è che *Dziubak* abbia disatteso il principio, messo in esergo da C-26/13, di un'integrazione dispositiva quale correttivo ad una nullità totale penalizzante: ha soltanto escluso che l'integrare edittalmente costituisca un *automatismo* quando la variabile di una *conversione più favorevole* rilevi da *posterius* di una nullità pronunciata, su domanda del consumatore, nella sua interezza. *Dziubak*, se vogliamo, *integra* perciò i precedenti, interpolando nell'art. 6, una volontà del consumatore reputata *determinante* tanto rispetto alla declaratoria di vessatorietà quanto in merito alla latitudine dell'effetto ablativo. È, così chiosiamo, una volontà selettiva che rende visibile l'esserci, a livello di diritto derivato nazionale, uno statuto plurimo del post-vessatorietà. È così partendo da questa multiformità che la "nuova" dottrina della Corte valorizza, diremmo, il contrappunto di una volontà autoresponsabile del consumatore la quale fa da sbarramento, in almeno un *trittico* di fattispecie, al potere (di eteroconformazione contrattuale) del giudice.

10. *Una giustizia inclusiva apparente.*

Quand'è così, ci verrebbe da chiosare, quel che registriamo, in realtà, è un vischioso turbinio di luci ed ombre: con *OTP Bank Nyrt* e *Dunai* simboleggianti piuttosto un equilibrismo sofisticato, tra una validità ed una nullità ambedue *sconvenienti*, che ha dell'arduo

comprendere chi, tra il professionista ed il consumatore, alla fine davvero premi. Una giustizia inclusiva avrebbe in realtà implicato, nel segno dei rinvii pregiudiziali (112), l'avallare una *conversione giudiziale* del mutuo indicizzato in uno scevro dal rischio di cambio senza l'intermezzo di uno scrutinio sul grado di trasparenza informativa messa in forma dal professionista. Dunque un *access justice* in tanto sta, diremmo, in quanto incontri l'esserci di un diritto del consumatore ad ottenere un mutamento della qualificazione giuridica del contratto.

Se non fosse, e qui è *Dziubak* (C-260/18) ad evidenziarlo, che una conversione giudiziale avrebbe, al pari di una nullità parziale pura, l'effetto di conservare un *tipo* di operazione economica molto *diversa* da quella stipulata. Come leggiamo, depurato dal meccanismo di indicizzazione prescelto, è *in rebus* che qui in esecuzione rimarrà un *mutuo diverso*: e non ci vuol molto allora a comprendere che, similmente ad una nullità parziale pura, una conversione giudiziale finirebbe per assurgere ad un dispositivo legalizzante una modifica incidente direttamente sull'oggetto principale del contratto. Qui, alle corte, una conversione giudiziale, purgando dal vizio, altera perché *trasforma* il contratto. Ora, come *Dziubak* rimarca, quel diritto nazionale che contemplasse una *nullità totale*, quando convertire o amputare il contratto sortirebbe l'effetto di mutare l'oggetto principale del contratto (§§ 34, 36, 44-45), è legittimo: se la clausola che cade è infatti sinallagmaticamente essenziale, *è già* invero un'applicazione rigorosa della direttiva che riporta al disposto di un art. 6, § 1, ultimo cpv., denegante la parzialità quando *quel* contratto non possa "sussistere senza le clausole abusive". Qui, osserviamo, è un fatto che, se a trasformarsi è il *tipo* di indicizzazione contrattuale, la base negoziale *muta*, con un palese sovvertimento dell'operazione economica (113). D'altro canto, ci verrebbe da aggiungere, pure una nullità parziale pura non è che

(112) Che, notiamo, una conversione intendevano praticarla per disapplicare, *in via principialista*, una normativa nazionale, la quale però, *se non* conia una presunzione assoluta di validità del rischio di cambio, europeisticamente infedele, questo ci dice la CGUE, non è.

(113) Diremmo, alla tedesca, che l'impegnatività di ogni contratto *b2c*, purgato della clausola vessatoria, è pur sempre "*auf derselben Grundlage*", cioè "a patto che conservi la medesima base negoziale".

ridondi *in toto* a vantaggio del consumatore: se la penale cade, perché di un importo manifestamente eccessivo, non è che il consumatore venga esonerato da una sua responsabilità per inadempimento nei riguardi del professionista.

La deduzione, in un contesto che rinnova l'assunto di una trasparenza materiale quale *limite imperativo* consustanziale ad ogni diritto derivato nazionale, vien perciò da sé: *OTP* e *Dunai* non sono un esercizio di giustizia inclusiva bensì un'applicazione mirata di quel principio di effettività preposto ad impedire che i consumatori ungheresi dovessero sopportare un'intrasparenza contrattuale ed una declaratoria irretroattiva. È tanto, certo: ma, nel contempo, è *troppo poco* perché la parabola dei mutui in valuta estera integri dei casi che si prestino a divenire dei *precedenti*. Dalla casistica europea traspare semmai che il principio "è fonte di diritto" (114), evocante un parametro valutativo espresso "dall'ordine che si deve attuare" (115). Se non fosse che l'impressione che la "dottrina" della CGUE talora comunica è quella di un'*astrattezza* delle tutele complice la propensione a mitizzare un diritto dispositivo che, torniamo a ribadirlo, è invece un plesso normativo dai mille volti nel quale *Gerechtigkeitsgeboten* ed efficienza si mescolano, con una fluidità il cui risultato si sostanzia in una scala ove la giustizia contrattuale mette in mostra *minimi* e *massimi*. Ora, se l'effettività la percepiamo come un principio che *dà* "valore al fatto" è illusorio pensare ad un solo *benchmark*, perché edittale, di attuazione giurisdizionale dei rimedi. Non a caso, se la bussola sta in un'imprevedibilità del rimedio, la sua nota dominante andrebbe piuttosto ordinata secondo un'efficienza fondata su di almeno una *duplice* opposizione binaria: da un lato una nullità parziale pura in quanto tendenzialmente più vantaggiosa ma, se il diritto dispositivo, allorché il contratto sia autosufficiente (116), si mostrasse *più favorevole* di una soppressione secca, la deterrenza in realtà ivi *raddoppia* perché *aggravata* qui è la punizione; dall'altro, quando il *Gerechtigkeitsgehalt* del diritto di-

---

(114) Così G. Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, I, p. 956.

(115) Cfr. G. Vettori, *op loc. ult. cit.*

(116) V., da ultimo, CGUE, 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, *NMBS*.

spositivo difetti, è un'integrazione giudiziale che, evitando una nullità nociva, *include* rispetto ad un effetto ablativo che, nella sua interezza, invece *esclude*. Come si è sopra esposto, l'inclusione va *anteposta* quando soddisfa un'esigenza civil-costituzionale di effettività della protezione giuridica. Altrimenti siamo *fuori* dall'ambito della giustizia inclusiva.

Dopo di che, limitandoci qui ad un accenno davvero fugace, dovremmo iniziare a riconoscere che una riflessione sull'effettività protettiva officiata da una *ergänzende Vertragsauslegung* è, in realtà, tutta da investigare visto che, se le coordinate essenziali di una dottrina della Corte apertamente contraria sono ben conosciute, negletti si mostrano invece i due elementi base di un siffatto ostracismo: rispettivamente il preconcetto che un'integrazione correttiva, non a caso in *Dziubak* domandata dal mutuante, si mostri *premiale* per il professionista e l'assunto complementare di un'equità e degli usi tutt'uno con una prassi di mercato. Sono due argomenti, lo diamo per buono, senz'altro di spessore ma ispirati dalla presunzione che un intervento creativo del giudice sempre ridondi a vantaggio del professionista: quando ci sembra piuttosto vero che, siccome si registrano tanto prassi buone che inique, non si dà una *ergänzende Vertragsauslegung* che risulti etichettabile come un rimedio *inappropriato* in sé. Tra l'altro, la precomprensione di una nullità parziale pura opera sul presupposto che la sostituzione dispositiva sarebbe più vantaggiosa per il professionista: ebbene quando l'integrazione dispositiva, applicata per neutralizzare una nullità totale sconveniente, *esita in una validità non meno sconveniente* per il consumatore, la Corte apertamente sovverte la premessa del suo ragionamento, in quanto deflette dal *tertium genus* di un'integrazione *ope iudicis non sfavorevole* al consumatore. Qui, ribaltando il dire di Emanuela Navarretta, tra mezzo e fine corre una vistosa dissimmetria.

Si potrebbe, naturalmente, spostare il discorso sugli esiti interpretativi incerti di un'integrazione giudiziale preclusa quanto all'oggetto del contratto (117): se non fosse che così, senza il medio tedesco dell'*unzumutbare Härte* (§ 306, *Abs.* 3 BGB), obliquamente si

(117) V. E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., pp. 271 s.

parcellizzano le fattispecie enumerabili come di giustizia inclusiva in quanto questa si eclisserebbe sempre nei casi di una nullità totale, dando così luogo ad una cesura netta tra valori e norme. Ebbene, considerando che *Dziubak* recita di una protezione del consumatore che si dà soltanto quando "vengono presi in considerazione i suoi interessi reali e quindi attuali" (§ 51), ci vien fatto di osservare che, se costui non invoca la protezione contro una nullità sconveniente, a meno che non si versi nella variabile contingente di sopravvenienze patrimoniali cospicue, è perché ivi abbiamo un soggetto che dispone di una tutela *più favorevole* (118). Se invece un siffatto dispositivo non si dà e neanche può venire in soccorso una *ergänzende Vertragsauslegung*, il mantenimento delle clausole abusive, quando la loro espunzione penalizzerebbe, rappresenta allora niente più di una forma di tutela inclusiva *residuale*: che, come deduciamo da *Dziubak*, si iscrive nel disposto dell'art 6 sì quando il consumatore vi *acconsenta* ma quale *extrema ratio*. È segno che, in assenza di un'integrazione giudiziale, allo stato il consumatore può avvalersi non di un *maius* ma di un *minus* di tutela. Il che, se da un lato preserva l'autonomia contrattuale quale principio "dotato di una garanzia d'istituto" (119), rimedialmente stona.

11. *A mo' di epilogo: l'illusione di un terzo paradigma e dintorni.*

Chiosa finale.

Vero che l'interprete odierno non può sfuggire ad "un'opera di rivisitazione storico — reale e [di] contestuale risistematizzazione teorico — concettuale [delle nullità]" (120): ma, nel procedere alla definizione di un quadro organico, rimane incerto, se non stipulativo, comprendere quante e quali nullità irregolari sono, anziché

---

(118) Siccome la non declaratorietà di abusività, perché il consumatore reputa più conveniente non espellerla, è, nell'economia dell'art. 6, un'*eccezione*, *Dziubak* esclude che la stessa possa operare rimettendo al sindacato giudiziale un test di *vantaggiosità*. Per la Corte, v. § 67 della motivazione, il giudizio di convenienza è monopolio esclusivo del consumatore.

(119) Così E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit., p. 272.

(120) Così V. Scalisi, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, in Id., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 262.

espressione di norme contingenti, l'epifania di nuovi principi. Farne, alla francese, una questione di interesse protetto, distinguendo così quello privato da uno di stampo generale, non serve a granché in quanto sottende un distinguo, per altro lasco, solidamente ancorato alla logica della fattispecie: quando centrale, lo ripetiamo, è un *conformarsi* del regolamento contrattuale ad un razionalizzarsi efficiente di un mercato che sia concorrenziale. Se il punto sta, diremmo, nel constatare che la tecnica modale del nostro "di protezione" incorpora la vocazione assiologicamente mediatrice dell'inefficacia tedesca (*Unwirksamkeit*), urge pertanto, laddove ovviamente non se ne voglia fare un problema di *situazione complessiva* ove il contratto si trovi ad interagire, scovare il fattore valoriale che, con qualche ragionevole approssimazione, governi la complessità del nuovo senza affidarsi a concettualizzazioni di fine Ottocento (121): ogni categoria, come non a caso Lipari è tornato a rammentarci, "definisce ma all'un tempo", cioè nel momento in cui si sedimenta, "esclude" (122).

Diversamente, anziché a riveder le stelle, continueremo a procedere (irragionevolmente) lumeggiando l'oscuro per mezzo del più oscuro (*obscurum per obscurius*). Una nomofilachia, come antidoto al dilagare dell'incertezza, pur a configurarla come orizzontale/circolare e non più in senso verticistico (123), è senz'altro di aiuto ma

---

(121) V., per più di uno spunto utile, G. Doria, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, pp. 488 ss., spec. 495 ss.

(122) V. *Diritto civile e ragione*, cit., p. 71. V. pure G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2 ed., Napoli, 2010, p. 96.

(123) Secondo l'idea suggerita da G. Canzio, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, pp. 383 ss. e, prima ancora, E. Scoditti, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 417 ss., che si spinge a reputare il precedente giurisprudenziale come "il garante della certezza del diritto in luogo della norma generale e astratta".V. poi L. Rovelli, *Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 138, nitidissimo nell'evidenziare che centralità dell'interpretazione e della funzione giurisdizionale sono due valori basilari che si specchiano in una *calcolabilità* presa sul serio quando il precedente giudiziario ed il suo stabilizzarsi si inseriscono nell'orizzonte di una "comunità interpretante". Diversamente, come nota N. Lipari, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., p. 542, senza "superare la 'prova di resistenza'" del dibattito dottrinale, sia pure complessivamente considerato, difficilmente può formarsi su una *quaestio iuris* alcun diritto vivente. Il che, notiamo,

non risolve: al pari, ed è così che ci congediamo, del *τόπος* di un "di protezione" quale *tertium genus* corredato da un proprio statuto disciplinare. Un terzo paradigma, al netto di istituzionalizzare taluni profili tipizzanti (dalla legittimazione relativa alla parzialità necessaria passando per un rilievo officioso *sui generis*) finisce infatti per mostrarsi *debole*, se è vero che la *vis* espansiva del di protezione tende ormai a riverberasi in una pluralità di istituti postcontrattuali (dalle restituzioni al termine di prescrizione fino ai profili di una sanabilità e dell'opponibilità ai terzi) riplasmanti copiosamente (e dall'esterno) l'identità dei singoli tipi contrattuali. Un art. 1424 *bis* c.c., esplicativo di una fattispecie puntuale e specifica (124), rischia perciò di palesarsi come un'operazione sì elegante ma di retroguardia, esposto come sarebbe al repentino fioccare di situazioni concrete che, per il ribollire di lacune tecniche conseguenti, sfibrerebbero una trama ordinativa pur sempre confezionata sul modello del paradigma astratto. Come dire, che il problema di un "di protezione" inafferrabile *non* lo si cura coniando una fattispecie formale che, a motivo della sua rigidità, finirebbe subito sotto l'assedio di un principio di legalità sostanziale o di un "giusto" rimedio (125). *Per incidens*, senza uno statuto restitutorio conformato, è pure l'idea, largamente sperimentata, di un'equivalenza sostanziale "nel riequilibrio del contratto fra risarcimento e eliminazione degli effetti" (126), che salta.

La rappresentazione più compiuta di questo discorso è in Giuseppe Benedetti: "c'è verità", quindi chiosiamo ogni definizione sta, "fino a che essa", scrive il Maestro, "non venga smentita da

---

dovrebbe archiviare il pericolo che una legalità, presidiata da principi e regole, si "nell'assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante": così N. Irti, *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, p. 24.

(124) Come quella, più in generale, auspicata da E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. giust*., 2020, 1, pp. 60 ss.

(125) Esemplare il passo ove M. Barcellona, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 684 osserva come "la conformità aritmetica del caso concreto alla fattispecie non regge e la riduzione della *ratio* alle essenze non è in grado di fluidificarlo abbastanza".

(126) Così, puntualmente, G. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 29.

nuove esperienze" (127). Se "complessità significa ... ampliamento dell'orizzonte ermeneutico" (128), il riduzionismo di un art. 1424 *bis* c.c. ci sembra che finisca per mettere in un angolo, "le *diversità*" che potrebbero turbare "l'unità e la purezza del concetto". In luogo di un concetto univoco, meglio un cammino che principi "dalle cose" (129): quindi dalle fattispecie concrete che popolano l'esperienza giuridica (130), secondo un moto che dal "particolare" risale al generale. Non è un caso se, nell'esperienza giuridica francese, l'impatto del "di protezione" si è semmai tradotto nell'aggiornamento della disposizione sulla nullità parziale: l'art. 1384-2 *Code civ*., laddove recita di un effetto conservativo istituzionalizzato quando "*les fines de la règle méconnue exigent son maintien*", è infatti nel segno di una *teleologische Reduktion* tipizzata che riscrive un luogo topico della nullità assoluta. Segno, allora, che è piuttosto l'intelaiatura degli artt. 1418 ss. che, nella cornice di addivenire al distillato di un rimedio *adeguato*, meriterebbe di venire ripensata. Altrimenti la scorciatoia del c.d. rimedialismo continuerà a dilagare rompendo ogni argine.

---

(127) In *Sull'in-certezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in Id., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 163.

(128) Così G. Benedetti, *op. ult. cit*., p. 166.

(129) Cfr. G. Benedetti, *op. loc. ult. cit.*

(130) Sintomatico G. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 29, laddove scrive di una "flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili e complesse, alla ricerca, appunto, del rimedio più adeguato".

ANTONIO PUNZI

L'ATTITUDINE ERMENEUTICA DEL GIURISTA EUROPEO. LA LEZIONE DI GIUSEPPE BENEDETTI

1. La ragione legislatrice e Nietzsche. — 2. L'invenzione del diritto e Heidegger. — 3. La ricerca di un nuovo ordine e la via ermeneutica. — 4. L'identità plurale del diritto europeo. — 5. La bussola dei princìpi e l'ermeneutica delle buone ragioni.

Abstract. Il saggio ripercorre il pensiero forte di Giuseppe Benedetti teso, sino agli ultimissimi scritti, alla ricerca continua, muovendo dal pensiero di Nietzsche e di Heidegger, di un nuovo ordine, scandito dall'identità plurale del diritto europeo e dalla attuazione dei princìpi, guidata da una argomentazione capace di convincere e persuadere.

The essay retraces the strong reflection made by Giuseppe Benedetti aimed, up to his latest works, at a continuous research, moving from Nietzsche's and Heidegger's thoughts, of a new order, marked by the plural identity of European law and the implementation of principles, guided by an argumentation capable of convincing and persuading.

Scorrendo la produzione scientifica di Giuseppe Benedetti, in specie quella che ha caratterizzato la fase più recente della sua giornata terrena (1), viene da chiedersi perché un fine e rigoroso

(1) Nella più recente produzione di Benedetti risaltano alcuni lavori a carattere monografico, uno più strettamente civilistico (*Il contratto in generale. Vol. VIII. La rescissione*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007), uno con un taglio giuridico-filosofico (*Oggettività esistenziale dell'interpretazione, Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014). Nel marzo del 2020, infine, in coincidenza del novantesimo anniversario della sua nascita, è stato altresì pubblicato, per i tipi de *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, raccolta di diversi saggi, tra i quali il corposo e fortunato *Contemporaneità del civilista* (già in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, pp. 1240 ss.) e l'inedito, splendido *impromptu*: *Sull'in-certezza del diritto*.

civilista mostri una attenzione così spiccata, non solo e non tanto per la questione dell'interpretazione — oggi motivo d'interesse per tanti giuristi — ma per lo stile ermeneutico in filosofia. Il che consente altresì di interrogarsi, più in generale, sul perché il giurista europeo abbia sviluppato un'attitudine ermeneutica e su cosa ci sia di ermeneutico nel suo ragionare ed operare (2).

1. *La ragione legislatrice e Nietzsche.*

Nei suoi magnifici affreschi sulla crisi delle mitologie giuridiche della modernità (3), Paolo Grossi, che sempre ha cura di ribadire il suo ritegno a cimentarsi nel campo della filosofia, suggerisce spesso al lettore riferimenti all'ermeneutica e al ruolo da essa giocato nella svolta metodologica della scienza giuridica contemporanea (4). E proprio su tale rivolgimento ermeneutico si interroga Benedetti a partire dagli anni Novanta, con la misura prudente del giurista positivo, ma insieme con la consapevolezza che, se si parla di ermeneutica, bisogna comunque fare i conti con alcune questioni eminentemente filosofiche. Questioni complesse, se è vero che i sentieri ermeneutici sono perigliosi ed alcuni finanche interrotti, come Heidegger avverte nel titolo di una celebre opera che vale anche come segnale di pericolo per il cammino dello studioso (5). Perché, dunque, il civilista dovrebbe inoltrarsi in simili sentieri?

Una prima risposta può già individuarsi a partire dalla richiamata crisi delle mitologie giuridiche moderne. Tale crisi, come il lettore ben sa, ha assunto anzitutto le forme: di una crisi della riduzione del diritto alla legge, specie a quella nazionale, e correlativa rimessa in discussione della tradizionale e rigida gerarchia delle

---

(2) Sul tema, ad es. G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., § 11, pp. 225 ss.

(3) P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3 ed., Milano, 2007.

(4) Cfr. ad es. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, 5 ed., Roma-Bari, 2005, pp. 106-107; Id., *Novecento giuridico. Un secolo pos-moderno*, Napoli 2011, pp. 65 ss.

(5) M. Heidegger, *Sentieri interrotti* [1950], La Nuova Italia, Firenze 1986. Significativamente l'autorevole traduttore dell'opera, Pietro Chiodi, scrive: "Gli *Holzwege* sono quei sentieri che cominciano al liminare di un bosco e che, man mano che si inoltrano nel fitto, vanno sempre più perdendosi, fino a scomparire del tutto; perciò *auf dem Holzwege sein* significa 'essere su un sentiero che porta fuori strada'".

fonti; di una presa d'atto dell'insufficienza della legge come strumento di governo della società complessa; di un ripensamento ed approfondimento della testualità del diritto e superamento della fede sette-ottocentesca nella certa, esegetica interpretazione della legge e nella sua automatica applicazione al caso concreto. Ce n'è a sufficienza per sancire la fine, non solo del giacobinismo giuridico, ma di ciò che esso filosoficamente rappresenta: l'illusione che l'ordine del diritto possa nascere da una superba ed astratta ragione pianificatrice, convinta di poter plasmare la realtà a modello di astratte idee (6).

Affiora, così, una prima risposta alla domanda sull'orientamento ermeneutico: il giurista che s'interroga sul proprio metodo dopo la crisi dell'idealismo moderno, sa che la crisi di quel modello di razionalità e della pretesa del *cogito* di costruire la storia secondo paradigmi astratti, è stata proclamata anzitutto da un filosofo, Friedrich Nietzsche, che non a caso è ritenuto un progenitore dell'ermeneutica.

Le predilezioni filosofiche di Benedetti, invero, non lo avvicinano a Nietzsche e al suo nichilismo, che pure è approdato nella biblioteca dell'odierno civilista grazie alle belle pagine di Natalino Irti (7). E nondimeno, benché Nietzsche non sia il "suo" autore, Benedetti lo richiama spesso, perché ben sa che l'unico modo per uscire dalla crisi è anzitutto accoglierla nella sua radicalità e dunque

---

(6) In continuità con la critica di Paolo Grossi alle mitologie moderne, merita un'attenta lettura il lavoro, da poco uscito in seconda edizione, di un altro storico del diritto, R. Ferrari Zumbini, *Tra norma e vita. Come si forma una costituzione tra diritto e sentire comune*, Roma 2019.

(7) N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007. Peraltro, nel saggio *La tenaglia*, del 2008, Irti propone, sin dal significativo sottotitolo, una *difesa dell'ideologia politica* che merita una specifica considerazione ad evitare di fraintendere il nichilismo irtiano. Irti differenzia anzitutto l'ideologia dal dottrinarismo: "L'ideologo muove da una filosofia o concezione della vita verso la realtà, e ad essa la applica e commisura; il dottrinario ripudia la realtà, e, dove le cose siano diverse e discordi, le dice erronee e le rifiuta nella loro effettualità. Il dottrinario giudica la realtà dall'esterno, come conforme o difforme; l'ideologo sta all'interno della realtà, e vi esprime il proprio pensiero e la propria azione". Fatta tale distinzione, l'elogio dell'ideologia si rivela essere una sorta di linea di resistenza della ragione, che, a dispetto di ogni nichilistica rassegnazione, rivendica la propria responsabilità nella costruzione di nuovi ordini, così evitando le insidie sia del sognante utopismo, che rifiuta una diagnosi realistica dell'esistente ed anzi sa immaginare il futuro solo a muovere dalla distruzione dell'ordine costituito, sia del neopragmatismo "capace

confrontarsi a viso aperto con chi, per primo e con implacabile lucidità, quella crisi ha annunciato (8).

Il che non vale, evidentemente, come invito a far nostre le acrobazie del Nietzsche che contrappone la morale dei signori a quella dei servi (9) o che ostenta disprezzo verso il valore dell'eguaglianza (10), insomma il Nietzsche che tanto piaceva negli anni del "sonno della ragione". Recepire la sua lezione significa piuttosto comprendere che il vecchio ordine è ormai polverizzato e l'edificazione del nuovo esige un nuovo stile di pensiero (11). Si tratta anzitutto di rinunciare alle certezze che la filosofia moderna — anche la filosofia della legislazione e della giurisdizione — ci aveva promesso ed acquisire familiarità con l'incertezza: questa è la lezione del padre dell'ermeneutica.

---

di intravedere soltanto l'oggi, non congiunto al passato e non aperto al futuro" (N. IRTI, *La tenaglia. Difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari 2008, p. 70).

(8) G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 32 ss. e 66 ss.

(9) F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, in ID., *Opere*, vol. VI, tomo II, Milano, 1972, af. 260, pp. 178 ss.

(10) Un celebre passo nicciano, con il consueto incedere della sua prosa secca e senza infingimenti, merita di essere riportato: "Siamo avversi a tutti gli ideali in cui, perfino in questa fragile, già frantumata età di trapasso, qualcuno potrebbe ancora sentirsi come a casa propria; per quanto poi riguarda le 'realtà' di questi ideali, non crediamo che esse abbiano *durata*". "Noi non "conserviamo" nulla, non vogliamo neppure regredire in alcun passato, non siamo assolutamente 'liberali', non lavoriamo per il 'progresso', non abbiamo bisogno di tapparci le orecchie contro le avveniristiche sirene del mercato — quel che esse cantano, 'uguaglianza di diritti', 'libera società', 'basta con i padroni e con gli schiavi', non ci attira. Non consideriamo in alcun modo auspicabile che il regno della giustizia e della concordia sia fondato sulla terra (perché in tutti i casi sarebbe il regno dell'estrema mediocrità e cineseria), ci rallegriamo di tutti coloro che come noi amano il pericolo, la guerra, l'avventura, che non si lasciano appagare, accalappiare, rappacificare e castrare, annoveriamo noi stessi tra i conquistatori, meditiamo sulla necessità di nuovi ordinamenti, perfino di una nuova schiavitù — perché a ogni rafforzamento e innalzamento del tipo 'uomo' è strettamente connesso un nuovo genere di schiavismo — non è vero?" (F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, in *Opere*, vol. V, tomo II, Milano 1965, af. 377, p. 256).

(11) "Si tratta davvero di fare i conti con un ordine del discorso radicalmente mutato rispetto a quello che ha fatto la storia del pensiero moderno" (così A. ANDRONICO, *Governance*, in B. MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto*, Torino, 2009). "L'essenza della giuridicità muta e tale mutamento fa sì che la regola debba essere individuata in un contesto qualitativamente diverso" (G. VETTORI, *Effettività tra legge e giustizia*, Milano, 2020, Cap. II, § 10).

2. *L'invenzione del diritto e Heidegger.*

L'incertezza profetizzata da Nietzsche ha sempre, comprensibilmente, suscitato inquietudine presso i giuristi. Col tempo, d'altronde, quella profezia sembra essersi via via avverata: anche solo considerando l'assetto delle fonti negli odierni ordinamenti di democrazia costituzionale (12), non può seriamente negarsi che anche il diritto sia entrato nell'età dell'incertezza. Con tutto ciò che ne segue quanto all'effettivo svolgimento della sua funzione: se da un lato non può più pacificamente affermarsi, con il Bobbio degli anni Cinquanta, che "il diritto o è certo o non è neppure diritto" (13), d'altronde è pur legittimo, al cospetto di uno scenario in cui vengono meno i punti di riferimento, che si continui a cercare nella certezza del diritto "un'ancora di salvezza" (14).

Il punto è che l'incertezza esprime appieno lo spirito del nostro tempo, specie di quello inauguratosi dopo la Seconda guerra mondiale. Un tempo vòlto al futuro e non più al passato, giacché il passato non può più offrire risposte certe (anche in forma di fattispecie astratta) alle domande di giustizia: le risposte vanno piuttosto cercate, forse addirittura inventate; il che impone, se non altro, una visione chiara del quadro in cui ci si muove e della direzione da intraprendere, dunque piena consapevolezza dei valori di riferimento.

Di qui il confine epocale segnato, almeno nel nostro ordinamento, dall'entrata in vigore della Costituzione (15). Una carta ambiziosa, intrisa di valori, ma che impone di guardare avanti, di inoltrarsi nel sentiero dell'incertezza e che proprio per ciò segna una cesura rispetto al passato, coinvolgendo molti attori nel processo di

---

(12) Bifulco scrive di un "carattere dilemmatico" della democrazia costituzionale (R. Bifulco, *Democrazia costituzionale*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, 2012, vol. I, pp. 127 ss.).

(13) N. Bobbio, *Ragione e diritto nell'ultimo libro di M.R. Cohen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 1951, pp. 549-557.

(14) G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 43. Alpa peraltro suggerisce di rovesciare il problema, per "chiedersi non tanto quali siano i presìdi della certezza del diritto, ma piuttosto quale sia — in uno Stato di diritto — la soglia tollerabile *dell'incertezza* del diritto" (*ivi*, p. 26).

(15) P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, pp. 24 ss. e 60 ss. Sul denso libriccino di Grossi, v. G. Benedetti, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 109 ss.

produzione (meglio: positivizzazione (16)) del diritto fino ad imporre una ridefinizione dello stesso principio di separazione dei poteri.

Un tale mutamento di orizzonti non poteva non incrinare le antiche certezze. Era già la funzione formante della carta costituzionale, confortata dalla prima pronuncia della Consulta sull'interpretazione costituzionalmente orientata (17), a far sorgere un dubbio: l'attribuzione al giudice di un ruolo inventivo, sia pure inteso nel senso dell'*invenire* latino, rappresenta davvero una conquista per la civiltà del diritto o, all'opposto, spalanca le porte alla tirannia dei valori? (18).

Al filosofo del diritto spetta qui il compito di sollevare, per dir così, una questione preliminare: le preoccupazioni della citata dottrina in ordine all'innegabile contributo fornito dal giudice al processo di positivizzazione del diritto — dunque le perplessità circa un diritto giurisprudenziale ormai quasi assurto a fonte del diritto — vengono formulate sul piano descrittivo o prescrittivo? La questione non è di poco momento. Quando Paolo Grossi, raggiunti i vertici

---

(16) Sulla nozione di positivizzazione, v. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 207 ss.

(17) C. cost. n. 3/1956. Com'è noto la decisiva apertura in direzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata fu segnata dalla sentenza n. 356/1996, ove si affermò il principio per cui le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime quando è possibile darne un'interpretazione incostituzionale, bensì quando è impossibile darne un'interpretazione costituzionale, con tutto ciò che ne segue in termini di inammissibilità della questione sollevata quando il tentativo ermeneutico non sia stato appieno esperito dal giudice *a quo* (sul punto, v. F. Modugno, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, pp. 77 ss.). Nell'ultimo decennio, poi, la Corte ha avuto cura di rimarcare che la componente testuale della disposizione costituisce comunque un vincolo all'interpretazione costituzionalmente orientata e che, conseguentemente, ove sia improbabile che una tale interpretazione venga fornita, la questione debba essere esaminata nel merito.

(18) Emblematico, in tal senso, il contributo critico di Natalino Irti: "i valori, di cui nessuno ha cura di indicarci né il 'dove' né i modi di intuizione o percezione, sono, per poco che si rifletta, costruiti dalla volontà, la quale innalza un proprio contenuto e lo riempie della propria energia. Così, un certo contenuto, elevato a criterio di misura, si fa giudice di altri contenuti, e li assolve o condanna secondo le alleanze del momento" (N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 62). Dello stesso Irti, v. anche *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, *ibidem*; *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, spec. p. 19.

dell'ordinamento costituzionale, da Presidente della Consulta intitola il suo libro "L'invenzione del diritto" (19), infatti, non sta prospettando una dottrina normativa dell'interpretazione. È lo stesso ufficio del giurista che oggi esige di apprendere l'arte dell'invenzione, del ragionare senza assiomi ed attivando l'intelligenza euristica. La decisione del caso non può dedursi logicamente (o comunque: non sempre e non solo) seguendo un percorso a tappe obbligate, sulla falsariga del modello protasi-apodosi-conclusione: il sentiero va trovato.

Di qui l'insistenza di Benedetti sui sentieri di Heidegger, che è pensatore geniale, benché ostico e talora ambiguo. È proprio il filosofo di *Messkirch*, infatti, ad aver tematizzato la condizione di spaesamento che vive l'uomo del Novecento, ad averlo osservato nella sua storicità, nel suo esser-ci: un ente che comprende se stesso interpretando un mondo fatto anzitutto di linguaggi.

Ecco perché un civilista come Benedetti si interroga su una questione ontologica (20). A muoverlo è la consapevolezza che, ad evitare che l'invenzione si traduca in una costruzione arbitraria del senso — e così spiani la strada alla tirannia dei valori — si debba ripartire proprio dall'ontologia. E dunque chiedersi che cos'è interpretare, che ruolo gioca la precomprensione, quando il precomprendere degrada a pregiudizio che acceca e conduce fuori strada.

Atteso che il processo di costituzione del senso non è appannaggio dell'autore del testo, ma continua nell'interpretazione, il *Beruf* del giurista postmoderno è seguire questo viaggio del *logos* per poterlo tracciare e sorvegliare.

---

(19) P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

(20) Sulla sua lettura dell'ontologia del comprendere di Heidegger, v. ad es. G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., § 12 II), p. 247 ss. nonché Id., *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 127 e 149 ss., ove si legge: "Heidegger è pensatore che per tutta la vita ha fissato lo sguardo sul problema dell'*essere*, ma ribaltando la tradizione: sorpassato l'io astratto di stampo cartesiano, ha fatto irruzione nella *Vita* puntando proprio sul soggetto che si pone il problema dell'essere, l'uomo, che chiama *Da-sein*, *Esser-ci*, esaltando il suffisso *ci*, a indicare ciò che noi stessi siamo, *qui*, avvolti dall'esistenza, nella temporalità e nella finitudine". Su ciò, v. D.M. Cananzi, *L'ermeneutica oggettività del diritto. Nota su G. Benedetti* Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 2015, p. 183. Dei numerosi lavori di questo autore su tematiche ermeneutiche ques'ultimo, v. ad es. *Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto*, vol. 2, Torino, 2016.

3. *La ricerca di un nuovo ordine e la via ermeneutica.*

Al cospetto delle sirene del postmodernismo, la lezione di Benedetti è chiarissima: il giurista che avverte lo spaesamento non può abbandonarsi ad esso, ma deve andare alla ricerca di un nuovo ordine (21). Che, dismessa la pretesa moderna di *reductio ad unum*, sarà anzitutto un ordine plurale (capace di tenere insieme le identità nel rispetto delle differenze) e mobile (sensibile alla stessa realtà che ordina). L'ordinamento, non più protetto dalle mura della validità kelseniana, è destinato ad aprire le porte alla realtà mutevole dei fatti e dunque a rideclinarsi e riformarsi nel corso del tempo (22).

Affiora, così, un altro profilo sotto il quale il giurista che cerca la via di uscita dallo spaesamento si imbatte nell'ermeneutica: il tempo (23). È proprio la filosofia ermeneutica a riconciliare l'uomo con la sua storicità, congedando lo stato di natura come fittizio *dies a quo* dal quale istituire l'ordine. L'interprete è collocato in una storia, costituisce la sua identità a partire dall'ascolto della tradizione, naturalmente una tradizione che chiede non supina obbedienza, ma continua rilettura e riscrittura. L'ermeneutica insegna che, se un ordine vuole ricostruirsi dopo la perdita delle antiche certezze, questo dovrà essere sensibile alla storia — ai linguaggi, alle identità, alle tradizioni — e insieme capace di comporre le differenze, facendole dialogare (24).

---

(21) Si tratta, dunque, per richiamare le parole utilizzate da Cananzi proprio a proposito di Benedetti, di "andare avanti, verso la nuova giuridicità che non vuole arrendersi alla liquidità come paradigma (dal pensiero debole al pensiero liquido) e non vuole solo ripetere una dogmatica ingenua, oramai inattuale e inattualizzabile" (*ivi*, pp. 188-189).

(22) P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., cap. II, p. 33 ss.

(23) Sulla lettura della temporalità heideggeriana fornita da Benedetti e sulla nozione di contemporaneità del giurista e in particolare del civilista, v. G. Vettori, *Effettività tra legge e giustizia*, cit., II § 2.1.

(24) Il che non esclude che, in certe sue declinazioni, la stessa ermeneutica possa avere derive nichilistiche. V. ad es. G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma-Bari, 2002, pp. 4 ss. e P.G. Monateri, *"Correct our watches by the publick clock". L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida, G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Annuario filosofico europeo, Roma-Bari, 1998, ad es. p. 204 Su ciò, in senso critico, v. F. Ciaramelli, *Legislazione e giurisdizione*, Torino, 2007, p. 123 ss.

Non è forse un caso che il filosofo che per primo ha dato compiuta identità all'ermeneutica filosofica, Hans-Georg Gadamer, si sia mostrato così attento alla questione dell'identità europea (25).

4. *L'identità plurale del diritto europeo.*

La logica del *multiversum* — Benedetti cita finanche il *logos* eracliteo che tiene insieme il molteplice — rileva per il giurista europeo sotto diversi profili. Il diritto europeo, infatti, scavalca non solo il primato dello Stato, ma la stessa logica della sovranità, perché prodotto da attori diversi e in forme diverse. E anche quando sembra calato dall'alto — direttiva, regolamento, *soft law* — nasce spesso da procedure di consultazione degli interessati e ha comunque bisogno, per acquisire il suo autentico significato, di sedimentarsi e via via correggersi nell'interpretazione e nell'applicazione (26).

La lezione del (fallito) progetto di Costituzione europea è chiara: il processo di armonizzazione del diritto degli Stati membri

---

(25) Un passo per tutti: "Dobbiamo imparare a pensare ecumenicamente. Non è appunto soltanto la varietà dell'Europa a volersi associare, forse, in un'unità. È l'umanità su questo globo che lo deve fare per imparare a vivere l'uno con l'altro e per differire così, forse, l'autoannientamento, o per evitarlo addirittura attraverso una costituzione mondiale" (H.G. Gadamer, *Europa e l'Oikoumene* [1993], in Id., *Ermeneutica. Uno sguardo retrospettivo*, Milano, 2006, p. 533). E ancora: "Più urgente che mai è divenuto però il compito d'imparare a riconoscere nell'Altro e nell'alterità ciò che è in comune. Nel nostro mondo che si fa sempre più strettamente accalcato s'incontrano culture, religioni, costumi, valutazioni profondamente diversi. [...] Lo stesso vale al cospetto della molteplicità di lingue. Anche qui, nell'ambito dell'attuazione pensante della nostra esistenza, siamo messi a confronto con la molteplicità delle altre lingue [...]. Anche qui dovremo prendere in custodia persino nel pensiero il concetto il colloquio tra le lingue e tra le possibilità d'intesa che sono insite in tutte le lingue. La scienza dell'uomo in tutta la sua varietà diviene un compito morale e filosofico per tutti" (H.G. Gadamer, *Cittadini di due mondi* [1985], in *Ermeneutica. Uno sguardo retrospettivo*, cit., p. 465). In generale rilevanti sul tema sono tutti i saggi raccolti in *L'eredità dell'Europa* [1989], Torino, 1997, a proposito dei quali l'autore ebbe a scrivere: "Nel mio libro l'eredità dell'Europa ho già messo in evidenza come l'autentico motivo della civiltà europea e la sua grande eredità civile e culturale consista proprio in questo senso della tolleranza [...] e tutto questo non sulla base del semplice rifiuto delle religioni o delle diverse tradizioni culturali, ma del senso della propria forza e dell'eccellenza della propria identità culturale" (H.G. Gadamer, *L'ultimo dio. Un dialogo con Riccardo Dottori*, Roma, 2002).

(26) Su ciò v. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 254 ss. e *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, pp. 154 ss.

non può riprodurre la logica ordinatrice della sovranità moderna. Esso non ha alle spalle un'identità collettiva conchiusa — ammesso che ne esistano — ma si forma andando alla ricerca di un'integrazione tra tradizioni giuridiche e ordinamenti diversi. Se il diritto statuale moderno costruiva l'ordine secondo un modello astratto di ingegneria politica, il diritto europeo postmoderno segue un modello evolutivo, per prove ed errori, convive con la condivisione del potere e con l'incertezza circa tempi e modi di realizzazione del proprio progetto.

D'altronde, precisa Benedetti, la formazione del diritto europeo "non è fenomeno che si risolve esclusivamente in una dimensione positiva", ma deve presentarsi come "atteggiamento di una cultura giuridica" grazie al quale i giuristi "acquisiranno mentalità e strumenti concettuali" e "conosceranno soluzioni normative e tecniche disciplinari" dai quali nascerà "un patrimonio culturale" che "interagirà immediatamente sul terreno applicativo indicando ai giudici lacune" da colmare e "consentirà ai giuristi di esprimere, con sufficiente anticipo e adeguata forza di convincimento, soluzioni di cui il legislatore non potrà non tenere conto" (27).

Ecco che il giurista europeo può trovare nell'ermeneutica un valido supporto, ma non più tanto nell'ontologia del comprendere, quanto nel suo farsi filosofia della pratica, che individua la virtù per eccellenza nella *phronesis*, quella saggezza pratica che non ha a che fare solo con regole, ma è capace di valutare volta per volta la decisione più conveniente, offrendone adeguata motivazione. La ragione ermeneutica come ragione pratica offre un ambiente favorevole per la ricerca di soluzioni per il caso concreto e di argomentazioni secondo criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità.

Certo l'itinerario ermeneutico ha bisogno di un corretto orientamento. E la bussola, che il giurista deve utilizzare in assenza degli abituali punti di riferimento, è rappresentata anzitutto dai principi (28).

---

(27) G. Benedetti, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 79-80.

(28) Su incertezza e ragionamento per principi, v. il bel libro di C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, ad es. pp. 15 ss.

5. *La bussola dei princìpi e l'ermeneutica delle buone ragioni.*

Proprio perché, nel diritto, alla decostruzione non può seguire il deserto di senso, dunque alla perdita di certezza non può seguire l'abbandono della decisione ad un giudice-re, assumono particolare importanza gli sforzi della dottrina intesi a ricomporre un quadro di principi per quanto possibile organico e coerente (29). Perse le certezze, il diritto ha comunque bisogno di punti di riferimento ragionevolmente stabili (30).

Certo, se regole, diritti, tutele vanno ricercati in un sistema plurale di fonti in cui giocano un ruolo decisivo i princìpi (31), di tali princìpi va anzitutto evitato l'abuso. Ed è proprio qui che il giurista ritorna a dialogare con la filosofia, con quella filosofia che, sulla scia di una tradizione che va da Aristotele alla *nouvelle réthorique* fino all'ermeneutica e oltre, intende il *logos* non solo come *supremo principio di ragione* in senso metafisico, ma come discorso di ragione, come parola che vuole convincere sulla base di *buone ragioni* (32),

---

(29) Il dibattito in tema, com'è noto, è molto ampio. Sulla definizione dei principi, sulla distinzione rispetto alle regole e sull'uso dei principi nel ragionamento giuridico, v. per tutti G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 51 ss. e G. Vettori, *Effettività tra legge e giustizia*, cit., Premessa, § 7.

(30) Emblematico in tal senso il monumentale lavoro svolto da Norbert Reich al fine di individuare i *General Principles of EU Civil Law*, traendoli ora dalle fonti legislative dell'Unione ora dalle pronunce della Corte di giustizia. Di qui l'indicazione ed approfondita trattazione di sette princìpi — *Framed autonomy, Protection of the Weaker Party in consumer and employment law, Non discrimination and equality, Effective legal protection, Balancing opposing interests, Proportionality, Good Faith and Prohibition of Abuse of Rights*) — "based on the Charter, which guide interpretation, gap-filling, and legality analysis of EU law" (p. 214).

(31) G. Vettori, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 15.

(32) "Buone ragioni" la cui declinazione trae spunto dalla retorica novecentesca, ma, anche grazie all'ambientazione ermeneutica, finisce per arricchire e superare la stessa nozione perelmaniana di persuasione e di uditorio universale. Su ciò, v. C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* [1976], Milano, 1979, parte seconda, p. 157 ss. Le buone ragioni della retorica perelmaniana svolgono un ruolo importante anche nella teoria dell'argomentazione di Tullio Ascarelli, come mostrato da C. Camardi, in *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, 1, p. 72.

come argomentazione addotta a sostegno motivazionale delle decisioni e per ciò esposta a controllo, confutazione, censura.

Un tale controllo sul ragionamento pratico, dunque, non potrà più concentrarsi solo sulla sussumibilità del caso nello schema astratto. E di ciò la dottrina sembra ben avvertita, come testimoniato da studiosi formatisi proprio alla Scuola di Giuseppe Benedetti. A giudizio di Vettori, ad esempio, gli antidoti contro l'abuso dei principi ci sono e vanno individuati anzitutto nel fatto e nell'argomentazione. La ricostruzione puntuale ed esatta della fattispecie concreta, infatti, indica subito i termini entro cui deve articolarsi la risposta al problema di vita (33). Spetta poi alla tecnica argomentativa di giustificare il corretto utilizzo di regole e principi (34).

D'altronde i princìpi non hanno solo una funzione suppletiva, integrativa e correttiva, ma anche nomogenetica in un sistema di fonti che, scrive Addis, impone "anche a soggetti diversi dal legislatore, il compito di enucleare quello che il legislatore non riesce più a fare in via esclusiva" (35). Il che impone una solida costruzione della decisione con argomenti coerenti con le "attese collettive che rendono democratico ciò che altrimenti dovrebbe di per sé essere considerato privo di legittimazione" (36). Ché poi, a ben vedere, persino il positivista Santoro, lo ricorda proprio Vettori, era infine giunto a riconoscere che "il fatto sorretto dal consenso generale, fa legge" (37).

Certo, in questo "consenso che fa la legge" potrebbe annidarsi il pericolo di un volontarismo del decisore, tiranno dei valori, privo di legittimazione democratica. Ma proprio qui l'ermeneutica può

---

(33) G. Vettori, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Persona e Mercato*, 2016, § 5-6, pp. 137 ss.

(34) Pur da una prospettiva di tipo analitico, opportunamente Velluzzi scrive che proprio perché "la discrezionalità è, nell'attività giudiziale, presente e ineliminabile", "ciò impone la vigilanza, il controllo sul decisore e sulla decisione" (V. Velluzzi, *Giudizio*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma, 2015, p. 267.

(35) F. Addis, *Sulla distinzione tra regole e principi*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 4, p. 1043.

(36) *Ivi*, pp. 1053-1054.

(37) F. Santoro-Passarelli, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, pp. 1455-1458.

fare la differenza: un'ermeneutica che dall'ontologia passa alla filosofia del ragionamento pratico e non a caso valorizza la retorica, intesa non come eristica, bensì come scienza delle buone ragioni (38), può davvero costituire per il processo cognitivo e decisionale del giurista una diga efficace rispetto al flusso incontrollato dei valori.

Nel far ciò, peraltro, l'ermeneutica svela anche il suo profilo etico. L'interprete, infatti, è chiamato non solo al rigore logico-argomentativo nel mostrare il prescelto equilibrio tra regole, princìpi e precedenti nel processo di formazione della regola per il caso concreto, ma deve essere mosso — per dirla con uno dei maestri di Benedetti — da una particolare disposizione dello spirito connotata da abnegazione di sé, apertura mentale e fraterna *pietas* (39).

È anzitutto questa la grande, indimenticata lezione di Giuseppe Benedetti: la fraternità e l'apertura mentale ispirino il nostro lavoro di giuristi e la nostra vita di cittadini europei.

---

(38) G. Benedetti, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 70 ss. e 90 ss. Sul ritorno della retorica nella teoria dell'interpretazione più recente, *e pluribus* v. F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, 2 ed., Padova, 2012, pp. 205 ss.

(39) E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* [1955], Milano, 1990, vol. I, pp. 270 ss.

GIORGIO RESTA

IN SEARCH OF THE "EUROPEANNESS" OF EUROPEAN PRIVATE LAW

1. Introduction. — 2. What is "European" (Private Law)? — 3. European private law's *culture*. — 4. One or more cultures of European private law? — 5. European private law's *rules*. — 6. Internal and external perspectives. — 7. Private law and "European capitalism". — 8. From market governance to market containment. — 9. European private law beyond the market domain. — 10. Conclusions.

Abstract. Questo saggio sostiene che per rispondere adeguatamente alla domanda "cosa è europeo nel diritto privato europeo" dovremmo trovare un accordo preliminare sul significato della formula "diritto privato europeo". A seconda della sua reale portata e del suo contenuto, la valutazione di ciò che può intendersi per propriamente "europeo" cambierà di conseguenza. Viene introdotta una distinzione fondamentale tra la cultura del diritto privato europeo e il diritto privato europeo come insieme di regole, principi e istituzioni. Dopo aver discusso il problema dell'esistenza di una o più culture del diritto privato europeo, si propone una disarticolazione in chiave verticale e orizzontale della nozione di "diritto privato europeo", rigettando la tesi per cui esso dovrebbe identificarsi esclusivamente con il diritto privato dell'Unione Europea. Nell'ultimo paragrafo, si sostiene che una delle caratteristiche salienti del diritto privato europeo — considerato in un'ottica di comparazione giuridica — è data dal modo in cui esso opera un re-embedding (in senso polanyiano) dei mercati, demarcando sfera economica e sfera non mercantile e definendo una serie di regole particolarmente garantistiche per l'ipotesi in cui il rapporto contrattuale incida su beni e valori personali fondamentali.

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. *Introduction.*

I must confess that when Hans Micklitz and Giuseppe Vettori invited me to take part in this conference, I hesitated a while before accepting. One is bound to be on his guard when is confronted with a topic as challenging as that of "What is European in European Private Law", and which lies beyond one's own specific field of expertise. However, I felt so honored by the invitation, and so pleased at the prospect of paying a tribute to two distinguished scholars and dear friends, that I put any doubts aside. I had the chance to meet both Hans and Beppe at the beginning of my doctoral programme and I am still struck by their attitude and generosity towards young researchers. I still remember, for instance, when I first met Hans Micklitz in Bamberg in 1997. I planned to interview him on some aspects of the German law of contract and I was expecting a very formal exchange with a busy and formal German professor. After a while, we ended up in a nice *Gasthaus*, eating a delicious *Schweinshaxe* cooked in the famous Bamberger smoked beer and talking about some critical contributions on the law of obligations published in the *Alternativkommentar zum BGB*. This is the sort of interaction that we had since then, and this explains my sincere enthusiasm in participating to this conference to celebrate the 140 years of Hans Micklitz and Beppe Vettori.

2. *What is "European" (Private Law)?*

The word "European" appears twice in the title of this symposium. At first glance, one might think that the first occurrence is the most important one, and namely that we are called upon to single out, define, and discuss a series of features which might be taken as distinctive of the "Europeanness" of "European private law". This is undoubtedly a critical task, but it cannot be adequately performed

if sufficient attention is not given to the second part of the title. Said otherwise, to answer the question of "what is European", it is necessary to find a preliminary agreement on the meaning of the formula "European private law" (1). Indeed, depending on the actual scope and content of the notion of "European private law", the assessment of its "Europeanness" will change accordingly.

As a matter of fact, there is no uniformity in the uses of such a notion. Discourses about European Private Law follow different patterns and pursue various aims (2). For the limited purposes of this paper, I will isolate only two of them, which deal respectively with the *culture* of European private law and with its *substantive content* (3).

3. *European private law's* culture.

A distinctive tendency of European (Continental) discourses about the law is to assert a close relationship between law and "culture". In particular, law tends to be seen as deeply embedded in a certain legal culture. This is a term of art, which is rarely defined, but is mainly used to mean what the legal sociologist Lawrence Friedman defined the "internal" legal culture, that is the understandings that legal professionals have "of law as a concept" (4), as opposed to the "external" legal culture (the general public's attitude toward the law, the legal process and law professionals) (5). Less explicit in such discourses, but hardly disputable, is the correlation

---

(1) It is worth recalling the title of the essay written by the legal historian W. Brauneder, *Europäisches Privatrecht — aber was ist es?*, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1993, p. 225; and a few years later V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto private europeo?*, in *Studi in onore di Lino Salis*, Turin, 2000, p. 1255.

(2) See R. Schulze, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 7; A. Gambaro, *'Iura et leges' nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 993.

(3) Other possible meanings of the formula are related to the *style* (V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto private europeo?*, in *Studi in onore di Lino Salis*, cit., p. 1261) or the *future* (G. Alpa, *Il diritto private europeo*, in *Federalismi*, n. 7, 2019, p. 1) of European Private Law.

(4) Å.B. Grødeland-W.L. Miller, *European Legal Cultures in Transition*, Cambridge, 2015, p. 21.

(5) L.M. 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;

between legal culture and legal scholarship: *la doctrine* is mainly regarded as the most important component of legal culture, if not its source at least its oracle (6). As a result, according to such perspective, to find out "what is European in European private law", one should look into the "culture" of European private law, rather than into the characters of institutional settings or substantive provisions of private law (7).

There is a long list of forefathers of such an attitude, and Friedrich Carl von Savigny is certainly the most famous and important one. Amongst the various celebrations of Savigny's contribution, and namely of his landmark piece "Of the Vocation of Our Age for Legislation and Legal Science", it deserves to be specifically recalled, for its resonance on contemporary debates, Carl Schmitt's famous essay on "The situation of European jurisprudence" (8). Based on conferences held between 1942 and 1943, the small book was the first to come out, in 1950, after the end of the publication ban imposed on him in 1945, and soon followed by *Donoso Cortès in gesamteuropäischer Tradition* and *Ex captivitate salus* (9). In contrast with many ideas defended by Schmitt in previous decades, and namely with the dichotomy between legality and legitimacy (10), the book arrived at the conclusion that jurisprudence (*Rechtswissenschaft*) is the true source (11) and "last asylum" of the rule of

---

the internal legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks".

(6) It is worth contrasting R. Zimmermann, *Savigny's Legacy: Legal history, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, in 112 *Law Quarterly Review* (1996), p. 576; with R.C. Post, *Constitutional Scholarship in the United States*, in 7 *Int'l J. Const. L.* (2009), p. 416.

(7) Particularly useful, from this point of view, is the book edited by G. Helleringer and K. Purnhagen, *Towards a European Legal Culture*, Münich, 2014.

(8) C. Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1950; I will quote from the Italian translation, *La condizione della scienza giuridica europea*, with an introduction by A. Carrino, Roma, 1996.

(9) For a detailed and balanced account of genesis and aims of the book, see R. Mehring, Carl Schmitts *Schrift "Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft"*, in *ZaöRV*, 77 (2017), p. 853, 855 et seq.

(10) On this R. Mehring, Carl Schmitts *Schrift "Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft"*, p. 870.

(11) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, at p. 68.

law (12), the faithful custodian of the values of unity and consistency of the legal system (13), now menaced by powerful technological and economic forces, as well as by the modern trend towards a "motorized legislation" (14). Schmitt urged to go back to Savigny and to seriously reflect on the reasons behind his call for a legal science purposively independent of contingent positive law. Hence, he strongly defended the primacy of legal scholarship over other formants, and namely over law-making with "modern characteristics". The arguments put forth by Savigny in his case against the codification, despite some flaws and contradictions, observed Schmitt, were inherently forward-looking. The gist of the whole contribution was to disentangle jurisprudence, on the one hand, from the philosophical and theological legacy, represented by the tradition of natural law, and, on the other hand, from a close dependency from law-making activity (15). "Autonomy" of the legal science has always been one of the distinctive features of European jurisprudence, the mark of its rationalist attitude, which preceded and contributed to the emergence of natural sciences. To preserve it in light of the risks of colonization from other disciplines and from the orgy of legislative and executive law-making was, according to Schmitt, one of the main tasks of contemporary legal culture.

It is worth noting that Schmitt put the emphasis on the strong commonality of ideas and methods, which made it possible to speak about a truly common "European" legal culture, despite the fragmentation of national positive laws (16). Such a commonality was the result of endless "encounters and mutual influences", of long-lasting processes of "mutual receptions" (17). Most of them were triggered by the diffusion of roman and canon law (18), but another important pillar consisted of the tradition of public law (19). Substantially, Schmitt identified the *proprium* of the European legal culture in a set

(12) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, at p. 63, 80.
(13) *Ibid.*
(14) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, at pp. 57-63.
(15) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, at pp. 65 et seq., 76.
(16) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, p. 39.
(17) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, at p. 40.
(18) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, pp. 41-47.
(19) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, p. 48.

of basic elements, such as "a recognition as person based on mutual respect, which does not even cease in combat; a sense of logic and consistency of concepts and institutions; a sense of reciprocity and the minimum of an orderly procedure, a due process of law, without which there is no law" (20).

Various objections have been raised against the Schmittian discourse, and they do not only relate to the opportunistic character of some propositions and selective quotations, aimed at conceiling the darker side of his legal and political thought and at substituting the old (and then unspeakable) *Grossraumdenken* with the more palatable European ideal (21). Nonetheless, his emphasis on the historical reality of a common European legal culture as autonomous and distinct from its national variations deserves to be underlined, as it predates several other analyses along the same path.

Another prominent example is offered by Franz Wieacker. In his long essay "Foundations of European Legal Culture" (22), prepared for the 1983 Conference of the International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, the celebrated legal historian provided an insightful and detailed overview of the historical processes that led to the development of a fundamentally homogenous legal culture in Europe ("Europe" being defined in a geographical sense as the Continent between the seas in the north and the Mediterranean, between the Atlantic and the Ural mountains, and in an enlarged "spiritual" sense as including its zones of influence on a global scale) (23). At the end of the historical overview, he embarked on the difficult task of identifying the invariables, which, on the *longue durée*, define the peculiar physiognomy of the European Legal Culture (24). The first feature is

---

(20) C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, p. 83.

(21) See A. von Bogdandy, *The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt's Homonymous Text*, MPIL Research Paper Series, n. 2020-08, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561655.

(22) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, in *Am. J. Comp. L.* 38 (1990), p. 1.

(23) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, p. 5.

(24) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, pp. 19 et seq.; on this see also A. Padoa-Schioppa, *Verso una storia del diritto europeo*, in A. Padoa-Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 589-594.

"personalism", that is the idea of the "primacy of the individual as subject, end, and intellectual point of reference in the idea of law" (25); as noted by Wieacker, freedom and self-determination in the ordering of legal relationships lie behind the notion of private law "as a bundle of subjective entitlements among responsible persons" (26). The second constant is "legalism", that is the general assumption about the "need to base decisions about social relationships and conflicts on a general rule of law, whose validity and acceptance does not depend on any extrinsic (moral, social, or political) value or purpose" (27). The third one is "intellectualism", which is related to the typically European tendency to "grasp all phenomena by means of general epistemological methods" (28); in the specific field at issue, Wieacker observed, it drove legal thinking "in the direction of thematization, conceptualization, and contradiction-free consistency of empirical legal materials" (29).

4. *One or more cultures of European private law?*

Neither Schmitt nor Wieacker provide an express definition of "legal culture" (30). However, they both regard European legal culture as an objective entity, capable of being observed and described both as a matter of historical development (how we became *us*) and as a matter of distinction (why *we* differ from the *others*) (31). They are both interested in the isolation of the distinctive features that, as a result of a genealogical analysis, separate the *European*

---

(25) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, p. 20.

(26) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, p. 20.

(27) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, p. 23.

(28) F. Wieacker, *Foundations of European Legal Culture*, p. 25.

(29) *Ibid*.

(30) R. Michaels, *Legal culture*, in J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, 1060 et seq., available at *http://scholarship.law. duke.edu/faculty-scholarship/2390.*

(31) See generally H. Dedek, *When Law Became Cultivated: 'European Legal Culture' Between* Kultur and *Civilization*, in G. Helleringer and K. Purnhagen, *Towards a European Legal Culture*, pp. 367-390.

from other (mainly non-Western) legal cultures and traditions (32). This implies the adoption of a transnational, or to recall Helge Dedek's terminology an Enlightenment-oriented perspective, which downplays the importance of national or local legal cultures within Europe (Counter-Enlightenment perspective) (33). It is not without significance that both Wieacker and Schmitt use the singular form of the word "culture"; taking a different stance, other scholars would rather talk about several European legal *cultures* (34).

The whole debate about the European legal culture(s) has been revitalized in recent years by two main events.

The first one was the confrontation with the politically contested issue of the European constitution. This was a debate having strong normative implications and in which the argument concerning the existence of a common European legal culture was closely related on the one hand to the assumption (contested by many) of a common European *demos* and on the other hand to the *telos* of a stronger European integration (35).

The second event was the Europeanization of private law (36). The general assumption about the existence of a homogeneous "European" legal culture, either conceived as the result of a long historical evolution or the specific byproduct of the post-war integration process, has been easily transposed into private law and put

---

(32) For a critique of the premises of such discourses (and in particular Wieacker's), see T. Duve, *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, in H. Pihlajamäki, M. D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, 2018.

(33) *Ibid*.

(34) Å.B. Grødeland, W.L. Miller, (eds.), *European Legal Cultures in Transition*, above at 1.

(35) D.-J. Mann, *(Legal) Culture in the European Union and the United States*, in G. Helleringer and K. Purnhagen, *Towards a European Legal Culture*, at p. 52; in particular as regards the issue of the European *demos*, J.H. Weiler, *The State Über Alles. Demos, Telos, and the German Maastricht Decision*, EUI Working Paper n. 95/19, San Domenico (Florence), 1995, p. 18 et seq.

(36) R. Michaels, *Legal culture*, at pp. 1060 et seq.; G. Vettori, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1341.

at the service of (or against) the case for a European civil code (37). Such a conceptual shift is all but surprising, considering the foundational role that private law has historically played in respect of the definition of the characters of the legal culture in Europe (38).

Among others, Martijn Hesselink argued, more than a decade ago, that the "Europeanization" of private law, and namely the impact of EU directives and regulations, has been one of the major factors of transformation of the "culture" of private law in Europe (and more generally of the "European legal culture"). According to Hesselink, "the instrumentalist and impressionist approach of directives, the pragmatic style of the ECJ, the subversive role of comparative law with its functional method, the external economic, cultural and political perspectives given by academics, the success of soft law which is based on substantive authority rather than on formal enactment, and the depositivization of legal education as a result of the implementation of the Bologna Declaration together contribute to a new European legal culture that is significantly less formal, dogmatic and positivistic than national legal cultures in Europe have been" (39). Such a diagnosis has been partially revised by the same author ten years after the original publication of the article, as a result of major events such as the EU enlargement, the war on international terrorism, and the "constitutionalisation" process started with the Lisbon Treaty, which led to a sort of "re-formalization" of the European legal culture. However, the basic tenets of the original analysis have been kept unchanged.

The assumption of a common European private law culture has been strongly contested — both from a descriptive and a normative point of view — by other scholars, taking a "counter-Enlightenment" perspective. Pierre Legrand, famously, brought the culturalist perspective to its most radical results, arguing that European legal systems are not and will not be converging, simply because the

---

(37) See H.-W. Micklitz, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, in G. Helleringer and K. Purnhagen, *Towards a European Legal Culture*, p. 81, at 83.

(38) See only F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967; P. Rescigno, in P. Rescigno, G. Resta and A. Zoppini, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 14.

(39) M. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001, p. 9.

differences existing at the level of the cognitive attitudes towards the law, that is the local *mentalités*, are not capable of being easily bridged (40). The major differences would characterize the civil law and the common law tradition; however, taking this perspective further, one might argue that even within the civil law tradition the inherent plurality rooted in the variety of national histories prevents the merging of the several legal cultures into a single, common European one with homogenous characters.

Several arguments have been raised against the latter perspective, and not without reason (41). It implies the adoption of a rather "ossified" notion of (legal) culture, presented as if it were internally consistent and "historic given", that is ontologically subtracted from development, transformations and "identity negotiations", a notion which as such would be probably rejected today by most cultural anthropologists (42). As a matter of fact, it is sufficient to reflect on the impressive changes produced not only by the Europeanization, but also by the globalization of legal professions (43), to understand how different the legal landscape is, from the one of only twenty years ago. Legal education has been transformed not only as a result of the success of the Erasmus program (44) and the diffusion of various forms of transsystemic education (45), but also by the striking success of the "American style" in post-graduate programs (the

---

(40) P. Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 45 (1996), p. 52; Id., *Against a European Civil Code*, in 60 *The Modern Law Review*, (1997), pp. 44; Id., *A Diabolical Idea*, in A. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, p. 245.

(41) See only V. Zeno-Zencovich, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 60.

(42) D.-J. Mann, *(Legal) Culture in the European Union and the United States*, at pp. 57-58.

(43) Å.B. Grødeland, W.L. Miller, *European Legal Cultures in Transition*, at pp. 13-14; E. Jayme, *Die kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, in 67 *RabelsZ*, (2003), p. 211.

(44) M. Horspool, *Erasmus. Past, Present and Future*, in F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov, J. Lindeboom (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, p. 288.

(45) A.W. Heringa, *European Legal Education: The Maastricht Experience*, in 29 *Penn State International Law Review*, 81 (2010), pp. 91-92; P. Ancel, *Quelle place pour le droit national dans l'enseignement du droit en Europe?*, in 43 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, (2003), pp. 89 et seq.; Id., *Towards a New Model of Legal*

number of German professors holding an LLM awarded by US law schools is an unmistakable sign of that) (46). The same is true as regards the upper tier of the law practice and namely the organization and "acculturation" of bigger law firms, which reflects the trend towards a "globalization of Anglo-Saxon legal practice" (47). Transnational networks of judges, lawyers and obviously academics have been created and have become increasingly effective in influencing the daily activities of lawyering, decision-making, learning and teaching (48). New journals have been launched and textbooks written with an explicit transnational orientation (49). The funding programs by European Institutions (such as Horizon2020, ERC, etc.) have promoted interdisciplinary research methods with strong innovative potential, thereby marginalizing more traditional research projects focusing on the mere description or systematization of posited law (50). In sum, even though it is difficult to say that a homogeneous "European legal culture" has unambiguously emerged, surely it would be untenable to argue that the divide between local cultures is so wide to prevent conscious or uncon-

---

Education: The Special Case of Luxembourg, in C. Jamin, W. van Caenegem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, Cham, 2016, p. 195.

(46) For some remarks M. Stürner, *How International Should the German Einheitsjurist Be?*, in C. Jamin, W. van Caenegem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, pp. 115, 118.

(47) K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, pp. 177-178; C. Jamin, W. 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 C. Jamin, W. van Caenegem (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, p. 9.

(48) As regards the importance of such transnational networks, see G. Vettori, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, pp. 143, 146.

(49) For some examples, see R. Zimmermann, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., Oxford, 2019, p. 567 et seq., 574.

(50) It is telling, from this point of view, that law lacks an autonomous position within the ERC panels (whose classification, in my country, has been now transposed even into the national funding schemes, such as the Research Projects of Relevant National Interest, PRIN), being splitted in different subsectors, with SH2_4 being probably the most relevant. As regards the epistemological issues involved in such a classification, see D. Howarth, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, in 3 *Arts & Humanities in Higher Education*, 9 (2004).

scious phenomena of *métissage* and fusion. Rather, the juxtaposition of more traditional local nodes with a transnational texture of increasing solidity gives rise to a multi-layered network which is characterized by its inherent plurality and complexity, as it is typical of the so-called European identity (51).

In light of these considerations, we may go back to the initial question about what is "European" in European private law's *culture*. The answer seems to be dictated by the stance taken by each observer as regards the alternative between a "cosmopolitan" and a "romantic" perspective on legal culture (52).

Starting from the "Counter-Enlightenment" assumption of the incommensurability of local cultures, one would be naturally led to adopt a very narrow reading of the notion of European (private law) culture. This would be limited, from an objective viewpoint, to the private law of the European Union, which by itself covers a much narrower field of private-law relationships than national private law (see below, § 4); and, from a subjective viewpoint, mainly to the "culture" of the European elite of public officials, judges of the main European courts, academics and other people directly in charge of the development of EU law (53). At a first glance, this would ensure a stronger internal coherence of the underlying notion, which would be easily filled up by referring to specific features such as functionalism, anti-conceptualism, empiricism, pro-market orientation, etc. (54). In particular, some authors have strongly emphasized the relationship between the EU model of a market-state and the distinctive features of its legal culture: "[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

---

(51) G. Resta, *Beethoven's Ninth and the Quest for a European Identity. A Law & Music Perspective*, in G. Colombo and F. Annunziata (eds.), *Law & the Opera*, Berlin-New York, 2018, pp. 361, 362, 372-373.

(52) See again H. Dedek, *When Law Became Cultivated: 'European Legal Culture' Between Kultur and Civilization*.

(53) In particular as regards the attitudes of European judges see the literature quoted in Å.B. Grødeland, W.L. Miller, *European Legal Cultures in Transition*, p. 5.

(54) See H.-W. Micklitz, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, pp. 97-99, as regards the faith in a market-state as opposed to national legal cultures, bound to the idea of the nation-state.

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 behaviour. Both of these, we argue, have developed to become cornerstones of a decentralized European legal culture" (55). However, such internal coherence should not be overemphasized. It would be sufficient to contrast the attitude of people working in some bureaux of the EU Commission with the network of data protection experts to understand how different attitudes toward legal techniques and fundamental value-choices may lie behind a formally homogenous "market-state" legal culture (56). As always, one should be aware of the identity-trap, which prevents the adoption of black and white assumptions about the internal consistency and resistance to change of cultural traits. Patterns of integration, exchange, resistance and conflict are always too complicated to be predicted and prejudicially left at the margins of the discussion (57).

On the other hand, if one focuses on the interplay between local and supranational legal cultures, the emphasis will be not only on the growing networks of academics and legal professionals, finding in common European fora a new "legal public sphere" (58). More importantly, one would be led to underline the critical role assigned to legal scholars as silent drivers of the Europeanization process, in particular as a result of their privileged position within the system of legal education (59). As underlined several years ago by Hein Kötz and Antonio Gambaro, there will never be true harmonization of the law in Europe if this is limited only to the black letter rules. In order

---

(55) A. Afilalo, D. Patterson, K. Purnhagen, *Statecraft, the Market State and the Development of European Legal Culture*, in G. Helleringer and K. Purnhagen (eds.), *Towards a European Legal Culture*, p. 279.

(56) For other examples, illustrating the importance of sub-cultures within legal insiders, Å.B. Grødeland, W.L. Miller, *European Legal Cultures in Transition*, p. 16.

(57) On this point, as regards the importance of enquiring on a detailed basis the patterns of interaction between European and national concepts of justice, H.-W. Micklitz, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, p. 100.

(58) Particularly important from this point of view is the essay by A. von Bogdandy, *Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin*, in *JZ*, 2017, pp. 589, 590-593.

(59) A. Gambaro, *"Iura et leges" nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, pp. 999 et seq.

to achieve a stable convergence, the Universities have a critical role, as monopolists (at least on the Continent) of legal education (60).

5. *European private law's* rules.

The second discursive practice deals with the *substantive content* of European private law, regarded as the whole gamut of rules, doctrines and institutional settings, arising from a variety of legal sources and formants (61). As already observed, the notion of European private law suffers from a certain ambiguity, being capable of acquiring different meanings in various discursive practices (62). Minimalist definitions coexist with broader conceptions. In order to find a common ground, it seems useful to narrow it down on the basis of two different axes, the vertical and the horizontal.

Let us first consider the *vertical* dimension, which connects the supra-national layer with the national and sub-national one. Most often, the word "European" is used in this context to designate the "European Union". Accordingly, the sources of European Private Law would consist of the relevant primary and secondary law of the European Union, as well as the normative materials arising from the case law of the European Court of Justice. The study of European private law, from this viewpoint, would focus on "the impact of European Union (EU) legislation and case law on private law" (63).

---

(60) H. Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 481; A. 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.*

(61) As regards the pluralism of the sources, see V. Mak, *Pluralism in European Private Law*, in 20 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, (2018), p. 202; J. Smits, *Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?*, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (eds.)*, The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, p. 323.

(62) See R. Schulze, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 7, at 8; Id., *Contours of European Private Law*, in R. Schulze, H. Schulte-Nölke, *European Private Law — Current Status and Perspectives*, Munich, 2011, p. 3; V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*; G. Alpa, *Il diritto privato europeo*; N. Lipari, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7.

(63) C. Twigg-Flesner, *Introduction: key features of European Union private law*, in C. Twigg-Flesner (ed.), *Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cam-

This is the stance taken by the majority of the scholars and reflects a top-down perspective. Alternatively, one might take a bottom-up viewpoint, by looking at the interaction between national private laws, their common core, and the whole body of EU law (64). The Trento *common core* project is a clear example on the point (65). This would also have the important advantage of widening the notion of Europe beyond its strictly political dimension as to include its cultural components: typically, Swiss law (which had historically a strong influence on the development of private law in Europe, with regard both to methodology and substance, as evidenced by the issue of compensation for non pecuniary damages), would become part of the analysis (66). However, the two approaches are not mutually exclusive. In fact, the relationship between the national and the European layer is a circular one. As dozens of studies have demonstrated, (certain) national legal models inspire the legislation moulded in Bruxelles, which eventually influences — sometimes by way of irritation (67) — the national legal order, with a circular and constantly replicating process (68).

However, the traditional distinction between *ius communitatis* and *ius commune* (69), enshrined respectively in the *Acquis* project of the European Commission and in the *Draft Common Frame of*

---

bridge, 2010, 1; G. Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padua, 2013.

(64) See for instance M. Bussani and F. Werro (eds.), *European Private Law. A Handbook*, Brussels-Athens-Berne, 2009.

(65) M. Bussani and U. Mattei, *The Common Core Approach To European Private Law*, in 3 *Columbia Journal of European Law*, (1997/1998), p. 339; along the same line, in the neighbouring field of administrative law, see G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Naples, 2019, pp. 49 et seq.

(66) V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, p. 1256.

(67) G. Teubner, *Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New Divergences*, in P. A. Hall and D. Soskice (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2010, pp. 417 et seq.

(68) V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, pp. 1257 et seq.; G. Alpa, *Problemi e prospettive del "diritto privato europeo"*, in G. Alpa, R. Danovi, (eds.), *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Milano, 2004, pp. 9, 12.

(69) On this dychotomy and underlying rationalities see S. Grundmann, *Ius Commune und Ius Communitatis — ein Spannungsverhältnis*, in *Festschrift für Fikentscher*, Tübingen, 1998, p. 671; R. Michaels, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S.

Reference, is even too narrow. It needs to be supplemented by including at least a third pillar, which is represented by the legal sources of the Council of Europe. The several COE Conventions — and among them the European Convention of Human Rights — and the wide gamut of Recommendations and Declaration issued by the Council, together with the impressive case-law of the European Court of Human Rights, have exerted in the last decades enormous influence on the development of private law across Europe (70). Not only in the fields most directly impacted by technological innovation, such as privacy and biomedical research, but also in the core of traditional private law, the developments triggered by the supranational provisions and above all by the case-law of the Strasbourg court have been critical. It is sufficient to mention the law of property in Italy (71), or the law of tort and privacy in the UK (72), to understand the extraordinary importance of this component of European private law.

The *horizontal* dimension deals with those subjects and sectors of legal experience covered by what we call "European private law". If one opts for a minimalist definition of "European" law, as detailed above, the focus of the analysis shall be on those sectors most strongly and widely impacted by the EU legislation. Among them are competition law, business law, consumer protection, civil liability (73), as well as digital contracts and intellectual property (74). A

Weatherill (eds.)*, The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, p. 139; see also A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Turin, 2003.

(70) In particular as regards the ECHR, see J.P. Schaefer, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration*, in *EuR*, 2017, p. 80; D. Anagnostou (ed.), *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy*, Edinburgh, 2013; AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2016.

(71) A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, in F. Caggia and G. Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Rome, 2019, p. 165; S. 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*, in 8 *European Property Law Journal* (2019), p. 172.

(72) P. Giliker, *The Influence of EU and European Human Rights Law on English Private Law*, in 64 *Int. Comp. L. Q.* (2015), pp. 237, at 246-249; H. Fenwick and G. Phillipson, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford, 2006.

(73) R. Schulze, *Contours of European Private Law*, p. 6.

clear example of this approach is offered by Hans Micklitz's masterful book on the politics of justice in European private law (75). At the outset of the analysis, it is made clear that, for the purposes of the book, private law is understood as economic law. "It covers contract and tort as well as labour law, non-discrimination law and consumer law" (76). As a result, the study of European private law — and hence a discussion of the distinctive features of it — should primarily be concerned with rules and institutional settings emanating from the EU and specifically dealing with the regulation of market relationships. Namely, it should cope with what is currently labelled "regulatory private law" (77). A similar solution has the advantage of making the object of the analysis less heterogenous and more affordable. However, limiting a discourse on private law just to the sectors more specifically concerned with the circulation (and hence redistribution) of wealth, such as business law and consumer law, while leaving aside those parts of the private law system that directly cope with the production (and the originally allocation) of wealth, such as property law, might seem unsatisfactory.

In light of the above, it is preferable to adopt a wider perspective, not limiting the analysis to the sectors directly covered by the EU legislation but having regard to the whole province of private law (also including law of the persons, family, property and succession law).

6. *Internal and external perspectives.*

Having clarified the objective scope of the notion of European Private Law, we may go back to the initial question. What is

---

(74) See for instance G. Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, pp. 199-535.

(75) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, p. 4.

(76) *Ibid.*, p. 4.

(77) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 161 et seq.; A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. Maugeri and A. Zoppini (eds.), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di Bologna, 2009, p. 9; P. Sirena, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. Mezzanotte (ed.), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, Rome, 2016, p. 121.

distinctively "European" in such a conglomerate of rules, principles and institutional settings? Leaving aside the form — un-systematic character, internal pluralism, etc. (78) — and looking only at the substance, one shall distinguish between an "internal" (micro-) and an "external" (macro-) assessment.

The orthodox legal approach would be to look at posited law in order to extract a gamut of "civilian ground rules", which might then be generalized and taken as representative of a peculiar European approach to private law. A paradigmatic illustration of such a perspective is offered by Norbert Reich's book on the "General Principles of EU Civil Law" (79). Focusing on the specific pillar of EU private law, he isolates and discusses seven basic principles of European civil law: *a*) "framed autonomy" (grounded in Arts 16 and 17 of the Charter); *b*) protection of weaker party (above all in employment and consumer law); *c*) non-discrimination; *d*) effective legal protection; *e*) balancing of opposing interests; *f*) proportionality; *g*) good faith (80). In a similar vein, it is worth recalling Hans Micklitz's seminal book on the *Politics of Justice in European Private Law*, where it is argued that "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" (81).

Instead of looking inside the box of European private law, referring only to its own analytical categories and conceptual taxonomies, one might also opt for a different viewpoint, one that focuses on the specific role played by private law within the broader social and economic settings, either at the national or at the supra-

---

(78) As regards the form and style of European Private Law, see V. Zeno-Zencovich, *Ma cos'è il diritto privato europeo?*, p. 1261; H.-W. Micklitz, *The (Un)-Systematics of Private Law as an Element of European Culture*, pp. 86-87; Id., *The Politics of Justice*, pp. 246 et seq.

(79) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013, pp. 1 et seq.

(80) For a summary of his arguments, see N. Reich, *General Principles and Fundamental Rights in EU Civil Law*, in *Revista romana de drept european (RRDE)*, 2014, p. 88.

(81) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, p. 162.

national level. Whereas the former perspective is mainly internal to the legal system and is of the utmost concern for the community of law professionals, the latter is at least partly external and addresses the broader community of social scientists. James Whitman's seminal paper on consumerist v. producerist legal systems is a good case in point (82). Internal and external perspectives are not mutually exclusive but may be fruitfully integrated in order to get a better understanding of what is "European" in European private law. In particular, given the marked instrumentality of EU private law in respect of a specific set of macroeconomic objectives, and namely the establishment of a single highly competitive economic area ("regulatory private law") (83), it seems important to raise the general question of the relationship between European private law and the peculiar model of European capitalism.

7. *Private law and "European capitalism".*

Two assumptions have to be better clarified at this point.

First, I rely on the idea that modern markets are an artificial legal construction (84) and that the law "shapes and reshapes market

---

(82) According to J.Q. Whitman, *Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law*, in 117 *Yale L.J.*, (2007), p. 340, a meaningful comparative study should be aimed at an understanding of the specific role played by the law in different socio-economic systems, and namely at the deeply entrenched values that orient the policy choices of various legal "spaces". European law, from this point of view, would be representative of a tipically supply-side policy orientation, whereas American law would be illustrative of the opposite stance. This framework allows to explain the different weight accorded to the interests of producers (workers, competitors, authors, and inventors, etc.) and those of consumers in various parts of the law, such as antitrust, unfair competition, labour law, intellectual property, consumer protection. Such a classification would automatically displace alternative and more traditional taxonomies, such as those based on the sources of law (for instance common law v. civil law systems), which are of the utmost concern for lawyers, but are much less meaningful for social scientists interested in understanding the role played by law as a system of social ordering and in shaping socio-economic systems.

(83) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 180 et seq., pp. 246 et seq.; Id., *The Transformation of Private Law Through Competition*, in 22 *Eur. L.J.*, 5 (2016), p. 627.

(84) See e.g., K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, pp. 6 et seq.

behaviour" (85). Despite the financialization of the economy and the widening gap between markets and politics, there are still reasons to believe in "law's agency in influencing market behaviour" (86), and therefore, in the bilateral relationship existing between a specific economic system and the substantive characters of the law. Private law has a peculiar role to play, as its governance function, as Bertrand Lomfeld has put it, is "not to limit or redistribute market outcomes, but to constitute the market mechanism itself. Basic private law institutions like property or contract not only constitute, but could thereby also reshape markets" (87).

Secondly, going beyond the traditional distinction between liberal and coordinated market economies (88), I share the belief, expressed by many scholars, that the European model of capitalism has specific features, which make it distinguishable from other models and therefore can be relied upon, as an analytical category, for the purposes of taxonomy (89). According to Franco Amatori, it would be based upon four main pillars: *a*) contractual cooperation between firms to control the markets; *b*) firms of limited size and the hegemony of family business; *c*) an active presence of the State in the economy; *d*) a worker's movement that shares the idea of using

---

(85) B. Lomfeld, *Epilogue: the power of law to reshape markets*, in B. Lomfeld, A. Somma and P.C. Zumbansen, (eds.), *Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge, 2017, p. 347.

(86) B. Lomfeld, *Epilogue: the power of law to reshape markets*, p. 348.

(87) B. Lomfeld, *Epilogue: the power of law to reshape markets*, p. 348.

(88) For an introduction, see P.A. Hall and D. Soskice (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2010; W. Streeck, *E Pluribus Unum? Varieties and Commonalities of Capitalism*, in M. Granovetter and R. Swedberg, *The Sociology of Economic Life*, 3rd ed., Boulder (Col.), 2011, p. 419; R. Westra, D. Badeen and R. Albritton, *The Future of Capitalism After the Financial Crisis. The Varieties of Capitalism Debate in the Age of Austerity*, London, 2014.

(89) As regards the conceptual problems involved in the assumption of Europe (as well as European society or economy) as a holistic unit, see in particular A. Martinelli, *The European Union and the United States as two variants of Western modernity*, in Id. (ed.), *Transatlantic Divide. Comparing American and European Society*, Oxford, 2007, p. 1 et seq.; B. Hancké, M. Rhodes and M. Thatcher (eds.), *Beyond Varities of Capitalism: Conflicts, Contradictions, and Complementarities in the European Economy*, Oxford, 2007; for a different and more traditional perspective, see V.A. Schmidt, *The Future of European Capitalism*, Oxford, 2002.

power to change society (90). This is of course not the only possible description of the European model of capitalism. However, what really interests here is the possibility of shifting the focus from the (national) *varieties* of capitalism to the supra-national, homogenous category of European capitalism (something which is in line with the modern acquisitions of comparative law) (91).

In light of the above, it is easier to express some general considerations about the role of the private law in market governance, and namely in shaping a peculiar "European way" to capitalism. The seminal contributions by Hans Micklitz (92) and Giuseppe Vettori (93) on contract law, constitutional values and models of justice offer specific guidance on the issue and might help us in distinguishing two main aspects of the problem: *a*) the role of law in shaping the characters of markets and pursuing some form of distributive justice; *b*) the role of law in defining the boundaries between the market domain and the non-market domain.

The two dimensions are particularly important if one adopts an analytical framework based on Karl Polanyi's political philosophy and its account of the relationships between the economy and other

---

(90) F. Amatori, *In Search of European Capitalism*, available at *https://www.economia.unicampania.it/images/eventi/Amatori_EuropeanCapitalism_draft_March2018.pdf*; Id., *Alla ricerca del capitalismo europeo*, in *Economia e management*, 2020, 1, pp. 71-76.

(91) V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. An Introduction*, Rome, 2nd ed., 2019; G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Polemos*, 2010, pp. 31 et seq., 34.

(92) Among the most recent contributions, H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice, passim*; Id., *The Transformative Politics of European Private Law*, in P.F. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge, 2020, 205; Id., *The "New" European Private Law*, in F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov, J. Lindeboom (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, p. 578; Id., *The Transformation of Private Law Through Competition*, p. 627.

(93) See in particular G. 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*, Turin, 2016; Id., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milan, 2005; Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milan, 2009; Id., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*.

spheres of life (94). According to Polanyi, any meaningful comparison between social and economic systems, be it synchronical or diachronical, should turn around one basic question: what is the "place occupied by the economy in the society as a whole, in other words the changing relation of the economic to non-economic institutions in society" (95). Focusing the analysis on Western liberal democracies, the enquiry into the specific place of the economy could follow the matrix embedded/disembedded, whereas "embedment" means essentially the way in which non-economic institutions shape the workings of the market mechanism (96).

For the sake of legal comparison, this assumption may be reformulated by suggesting — along the same line of Stefano Rodotà (97) — that contemporary legal systems fundamentally differ on the basis of the answers given to two fundamental issues: *i*) the objective scope of the market domain (what is inside and outside the market machinery); *ii*) the type of protective arrangements aimed to prevent markets from producing disruptive effects on society.

If we look at the literature on European private law (and more specifically on EU private law) from this specific perspective, it seems that the emphasis has been put almost exclusively on the latter issue. Many important analyses have focused on the extent to which EU law replicates, or to the contrary overturns, the social justice models adopted by national legal systems (98). There is broad

---

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

(95) K. Polanyi, *General Economic History*, in K. Polanyi, *For a New West. Essays 1919-1958*, edited by G. Resta and M. Catanzariti, Cambridge, 2014, p. 133.

(96) On the idea of an embedded (and disembedded) economy, see K. Polanyi, *The Economy as Instituted Process*, in K. Polanyi, C.M. Arensberg and H. W. 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*, Turin, 1974, p. 74. On contemporary issues M. Cangiani, *Karl Polanyi's Institutional Theory: Market Society and Its 'Disembedded' Economy*, in 45 *Journal of Economic Issues* (2011) p. 177.

(97) S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2nd ed., Bologna, 1990, p. 15; Id., *"Le proprietà comuni dell'umanità"*, in *Le strutture del capitalismo e l'impresa nella società contemporanea*, Milan, 1991, pp. 262, 266.

(98) See lastly H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 161 et seq.

consensus on the assumption that the shift from a nation-state to a market-state has deeply and irreversibly altered the social model that marked classical private law, leading to the emergence of post-classical arrangements inspired by the logic of "access justice" (99). This is immediately apparent when one looks at the sectors most strongly affected by the EU normative enactments, and namely consumer law, employment law and the law of non-discrimination; sectors in which private law has been instrumentalized, as observed by Hans Micklitz, "as a tool to institute *fair access* to the market, by compensating for information asymmetries and by clearing the market from unfair conditions, terms and procedures that block access" (100).

These analyses have not only unvealed some distinctive features of the supranational model of justice but have also clarified to what extent the European differs from other approaches to market governance, such as the American one, as clearly highlighted by the example of contract law and consumer protection (101). However,

---

(99) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 16-18, 390.

(100) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, p. 20.

(101) The example of consumer protection is illustrative as it reflects different trust in the promises of self-regulating markets, as well as a different idea of the consumer's subjectivity: as observed by D. Caruso, *The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law*, in 61 *Am. J. Comp. L.*, (2013), p. 479, whereas American legal and economic thought "assumes the inherent efficiency of markets and holds pro-consumer rules to prohibitively high justification standards", the European approach is not only aimed at enhancing market efficiency (by eliminating market failures, mostly arising out of information asymmetries), but also at ensuring a high level of protection for the consumer's economic *and non-economic* interests. Whereas US law is concerned with maximizing consumer's choice, by making it possible for consumer to purchase goods and services at the lowest possible price, EU law is focused in ensuring the consumer's personal well-being (by ensuring the quality and safety of goods and products, by legislating on non-deceptive advertisements, by allowing compensation for moral harms suffered as a result of defective travel packages, etc.), even to the detriment of his/her economic interests (having the widest available range of goods at the lowest possible prices). Indeed, as explained by J.Q. 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

for a more comprehensive assessment of where European private law stands, it is worth considering also the first of the two questions previously mentioned.

8. *From market governance to market containment.*

Whereas contract law, consumer protection and anti-discrimination essentially deal with the secondary allocation and re-distribution of wealth within existing markets, contemporary legal systems are increasingly faced with a different and more general issue, and namely the demarcation between market and non-market domains. The trend towards universal commodification puts the legal system under strain. Several goods and social relationships, which were traditionally under control of non-economic institutions, such as politics, religion, or ethics, are increasingly absorbed by market rhetoric and economic calculation (102). As a result, there is a growing pressure toward continuously broadening the scope of property and alienability (103). New fictitious commodities demand recognition and the statute of alienable properties, not differently from what happened at the dawn of the modern capitalist era, when land, labour and money were artificially transformed into tradeable goods (104). Among the new fictitious commodities are the human body, aspects of the personality, sexual relationships, emotions, and above all data (105). In the wake of expanding market relationships,

---

consumers to choose". On this see also A. Afilalo, D. Patterson, K. Purnhagen, *Statecraft, the Market State and the Development of European Legal Culture*, pp. 296-297; H.W. Micklitz, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 859.

(102) On this topic see the interesting books by M.J. Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York, 2012 and D. Satz, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford-New York, 2010.

(103) See J. E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Construction of Informational Capitalism*, Oxford, 2019, p. 15 et seq.; K. Pistor, *The Code of Capital*, p. 108 et seq.

(104) K. Polanyi, *The Livelihood of Man*, edited by H. W. Pearson, New York, 1977, 10; Id., *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, in 3 *Commentary*, (1947), p. 109.

(105) J.E. Cohen, *Between Truth and Power*, pp. 48 et seq.; see also more generally B. Jessop, *Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian*

the legal system is the focal point of two competing forces: on the one hand the logic of private autonomy and contractual freedom, and on the other hand the inherent need of preserving — to recall the jargon of political philosophy — functionally different "spheres of justice" (106). To strike an adequate balance between such competing forces is a crucial task of the law, regarded as the central framework for the integration of society (and hence for the embedding of markets) (107).

Looking at the characters of private law from this specific viewpoint may provide interesting comparative hints and could help isolating a set of less appreciated, but nonetheless meaningful features of European private law. A comparison with the US legal system, in particular, is enlightening, since the very idea of a non-market domain may even appear questionable, since commercialization, as observed by the historian Maury Klein, "rolled like a tsunami into every corner of American life" (108). More specifically, she noted, at the end of a fascinating overview of the historians' work on the rise of big business in the United States over the last century, that "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" (109). In a similar vein, the economic historian Harm Schröter listed 5 economic-related values that can be regarded as distinctive of the

---

Perspective, in A. Buğra, K. Ağartan (eds.), *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, New York, 2007, p. 115.

(106) M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, 1983.

(107) See P.F. Kjaer, *The Law of Political Economy. An Introduction*, in P. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge, 2020, p. 1, 12.

(108) M. Klein, *Coming full circle. The study of big business since 1950*, in 2 *Enterprise & Society*, (2001), 3, pp. 425 et seq., at p. 454.

(109) *Ibid.*

American socio-economic system: "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*" (110). Consistent with this general approach are the emerging solutions in the field of body rights, markets for data, exploitation of personal identity, not to speak about employment relationships, which are illustrative of the broader trend toward commercialization of many aspects of social life (111). Contract, property, and intellectual property have all offered specific support to the libertarian idea of preventing government from interfering in personal choices concerning the exploitation of material and non-material aspects of the identity (112).

By contrast, European law seems more confident with a different assumption, and namely with the idea that the embedment of markets — not only with regard to their actual working, but also with regard to their conceptual boundaries — is a critical and unavoidable purpose of legal ordering. Despite the central role played by economic integration within the institutional framework of the European Union, the history of the relationship between economics and non-economic institutions has traditionally prevented — on the basis of deep-rooted background values — an

---

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

(111) See M.J. SANDEL, *What Money Can't Buy*; M. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge-London, 1996.

(112) See generally G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

"unprejudiced appraisal of the market" (113). Therefore, one might convincingly argue that among the primary tasks of contemporary private law is not only market-regulation, but also market-containment. The techniques available to this purpose are several, ranging from the recognition of a larger domain of common goods (such as water, basic knowledge, or the human genome) (114), to the adoption of fine-tuned inalienability rules (115). We might even speak of "regulatory private law", but of a different character, not only concerned with the maintenance of an open and accessible market, but rather with the isolation of spheres of justice shielded from commercialization and/or the protection of fundamental values of the personhood across existing markets (116).

9. *European private law beyond the market domain.*

One may witness, indeed, a circular interaction between national private laws and supranational enactments, having the effect of strengthening the boundaries between market and non-market domains. Particularly illustrative, from this point of view, is the legal regime of human biological materials (body parts, tissues, cells, products, etc.). Forerunner of the trend towards a de-commodifica-

---

(113) J. Habermas and J. Derrida, *February 15, or What Binds Europeans Together: A Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in the Core of Europe*, in 10 *Constellations*, (2003), p. 291 et seq., at p. 296.

(114) U. Mattei, *Protecting the Commons: Water, Culture, and Nature: The Commons Movement in the Italian Struggle against Neoliberal Governance*, in 112 *South Atlantic Quarterly*, (2013), p. 366; Id., *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto.* Annali, V, Milan, 2012, p. 1117; S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. Marella (ed.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 311; Id., *"Mondo delle persone, mondo dei beni"*, in *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 R. Bin, S. Lorenzon, N. Lucchi (eds.), *Biotech Innovation and Fundamental Rights*, Berlin-New York, 2012, p. 11.

(115) See A. Porat and S. Sugarman, *Limited Inalienability Rules*, in 107 *Georgetown Law Journal*, (2019), p. 701; S. Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, in 85 *Columbia Law Review* (1985), pp. 931 et seq.; G. Resta, *(voce) Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milan, 2021.

(116) See E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Turin, 2017, p. 193.

tion of body rights has been French law. Since the adoption of the famous laws on bioethics of 1994, amending the first title of the first book of the *Code civil* (artt. 16 et seq.) (117), France has adopted a particularly courageous and challenging stance on the body as the object of extra-patrimonial and inalienable rights (118), thereby preventing the adoption of market-based procurement and allocation systems of body parts, such as those proposed by the economic analysis of law (119). The French model has been transplanted horizontally into other legal systems and vertically into the COE Convention on human rights and biomedicine (1997) and the European Charter of Fundamental Rights (2000). As a matter of fact, it is particularly meaningful that in a quasi-constitutional enactment, such as the Charter, one may find not only detailed guarantees of human rights, but also detailed prohibitions aimed at safeguarding a non-market domain. Art. 3 of the Charter, in particular, provides that the human body and its parts should not, as such, give rise to financial gains. This provision is commonly interpreted as to imply an absolute prohibition of first-degree market exchanges concerning the human body, its products and parts (120). Coherently, a large gamut of provisions in EU secondary law concerning the transplantation of organs and tissues, as well as the storage and reutilization of human cells (Regulation 536/2014; Directives 2016/17/CE; 2004/23/CE; 2006/86/CE; 2015/565 e 2015/566), strengthen the principle of market-inalienability. Each

---

(117) 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.

(118) See J.C. Galloux, *Le corps humain dans le code civil*, in L. Leveneur, Y. Lequette (a cura di), *1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, pp. 381 et seq., 387; F. Bellivier and C. Noiville, *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in T. Revet (a cura di), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, 2005, p. 101; M.-A. Hermitte, *Le corps humain, hors du commerce, hors du marché*, in *Archives de philosophie du droit*, 1988, pp. 120 et seq.

(119) See K. Healy, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, Chicago-London, 2006; J.D. Mahoney, *Altruism, Markets and Organ Procurement*, in 72 *Law & Cont. Prob's*, (2009), p. 17.

(120) G. Resta, *(voce) Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milan, 2011, pp. 510, 516.

individual is thereby prevented by law from selling body parts, tissues and products, either *inter vivos* or *post mortem*. Rights over the human body may be transferred only by means of a gift (121). Sometimes, this principle is taken further in national law as to preclude any economic valorisation of body rights, also with regard to implementation of the law of restitutions and civil liability (see art. 16-3 *code civil*). Human body is therefore protected by European law — differently from US law (122) — mostly by market-inalienability rules. Markets concerning body parts and tissues do exist in Europe, but only as secondary markets, concerning the further uses of cells and biological materials for research and industrial application (123). This example illustrates a deliberate refusal by European law to recognize a new fictitious commodity, the biological sample, whose appropriation and market-alienability would run against the fundamental value of respect of human dignity. Private law works from this point of view as the source of specific limits to private autonomy and not, as usually, as an enabling tool; such restrictions, however, have the aim of making effective the protection of the paramount value of private law, and namely human dignity.

Another example illustrates how, without outlawing market exchanges, European law opts for a protective regime, aimed at balancing the reliance interest with the protection of fundamental rights (124). The example is offered by data protection, and namely by the contested issue of data as consideration. It is undeniable that in the era of big data and data-driven innovation personal data have become an invaluable raw material, the "oil of the future" as the

---

(121) S. Rodotà, *"Il dono"*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milan, 1998, p. 124.

(122) J.A. Robertson, *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, in 43 *Col. Journ. Transnat. Law* (2004), p. 189; J.D. Mahoney, *The Market for Human Tissue*, in 86 *Va. L. Rev.*, (2000), p. 163.

(123) F. Bellivier and C. Noiville, *Contrats et vivant*, in J. Ghestin (ed.), *Traité des contrats*, Paris, 2006, p. 82; Id., *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in T. Revet (ed.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, 2005, pp. 101, 115.

(124) For a more detailed analysis on this point see G. Resta, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir., I tematici: Il contratto*, Milan, 2021.

Economist once put it (125). It is also a matter of common knowledge that data are traded on a daily basis in exchange for "free" services, like access to social networks, discounted insurance rates, free use of search engines, free download of smartphone "apps", various types of mailing or other communication services (126). Does this mean that data are legally constructed as alienable property, just like any others?

The debate raised by the Draft Directive on the supply of digital content (now Directive 2019/770) suggests that data are neither perceived, nor regulated as such (127). The very idea of "paying by data" (128), which was explicitly mentioned in the original text of the proposed directive with the aim of strengthening consumer protection in digital markets, sparked criticism, above all but not only by the data protection community. As a result, the final text of the Directive carefully avoids the expression "to pay a price" and simply refers to the act of "providing personal data to the trader" (art. 3). More specifically, Recital 24 emphatically states that "that the protection of personal data is a fundamental right and that therefore personal data cannot be considered as a commodity". This modification is probably more symbolic than operational, since the original draft made it clear that the conditions for the validity of consent are

---

(125) J.E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Construction of Informational Capitalism*, Oxford, 2019, p. 48; H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, pp. 51, 69-74; A.-A. Wandtke, *Ökonomischer Wert von Persönlichen Daten. Diskussion des 'Warencharakters' von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht*, in *Multimedia und Recht*, 2017, p. 6; C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Turin, 2020.

(126) K.E. Davis and F. Marotta-Wurgler, *Contracting for Personal Data*, in *New York University Law Review*, 94 (2019), p. 669; A. Metzger, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, in 8 *JIPITEC*, (2017), p. 2; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, Naples, 2017.

(127) See 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*, edited by A. D'Angelo and V. Roppo, Turin, 2019, p. 127.

(128) C. Langhanke and M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, p. 218; A. Metzger, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 2016, p. 818.

those set by the Regulation 2016/679 (hereinafter GDPR) (129). However, symbols have a specific meaning in law, and the legislative language is the most important tool of such a signalling function. Moreover, if the attention is focused on the whole GDPR's architecture, one is led to conclude that, despite their huge economic value and their commerciability, personal data are not regarded in Europe as the object of full-scale property rights but are governed by a legal regime aimed at balancing economic interests and fundamental rights (130).

As carefully explained by Josef Drexl, the data protection regime cannot be regarded as the source of exclusive rights. First of all, it cannot be overlooked that consent to data processing should be "freely" given (and this notion of "freedom" implies a quite high standard), can be withdrawn at any moment (art. 7), and the erasure of data can be requested according to art. 17, with no consequence whatsoever (131). Second, the access rights and the right to portability ensure that the data subject will never lose control over the processing of its personal data, even in contractual settings. Third, art. 7 provides for a ban on tying, stating that the agreement to the "performance of a contract, including the provision of a service", is invalid if made "conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract" (132). Lastly, the peculiar integration of private law techniques and administrative remedies (the creation of an independent agency in charge of the supervision and enforcement of data protection rules is a critical factor) strengthen the impression of a peculiar form of market regulation aimed at protecting fundamental values and not just an unimpeded access to the marketplace.

---

(129) But see for a careful assessment of this innovation, G. De Cristofaro, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*, in T. Pertot (ed.), *Rechte an Daten*, Tübingen, 2020, pp. 151, 164; T. Riehm, *Freie Widerruflichkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation. Daten als Gegenleistung?*, *ivi*, pp. 175, 190.

(130) See G. Resta, *Towards a Unified Regime of Data Rights: Rapport de Synthèse*, in T. Pertot (ed.), *Rechte an Daten*, p. 231.

(131) G. De Cristofaro, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*.

(132) S. 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.

Markets over data, in other words, are strictly constrained by legal provisions, which are mostly aimed at safeguarding human dignity and related values. This is a typically European assumption, which is not shared by US law, opting for an opposite marketplace discourse and relying on the idea of idea of privacy consumers "whose interests merit governmental protection in a marketplace marked by deception and unfairness" (133). It is not by chance that just after the introduction of the first drafts of the GDPR, various US observers have expressed skepticism about the planned EU regime, conceived only as a form of disguised protectionism. The reason lies, once again, in a different perception about the tasks of the law and the limits of the legal regulation of emerging markets.

10. *Conclusions.*

All of the above leads us to conclude that the instrumentalization of private law for internal-market integration principles does not necessarily mean a further disembeddment of market relationships, or an indirect support for universal commodification. Depending on the specific characters and institutional settings of such regulatory law, it may even work as an effective tool of market governance. Hans Micklitz has masterfully shown that EU private law may respond to the decrease of state sovereignty and the challenges of globalization by supplying in the transnational settings a valid alternative to nation-state social justice, in the form of what he calls "access-justice" (134). If we broaden the scope of the analysis and take into account the contested frontiers between economic and non-economic relationships, we may advance the hypothesis that European private law pursues also a different form of social justice, aimed at preserving the autonomy of different spheres of justice and non-economic institutions, as well as pursuing the re-embedding of

---

(133) As regards the transatlantic clash, P.M. Schwartz, K.N. Peifer, *Transatlantic Data Privacy Law*, in 106 *Georgetown Law Journal* (2017), pp. 115, 118; K.E. Davis and F. Marotta-Wurgler, *Contracting for Personal Data*; M. 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, pp. 361, 363-365.

(134) H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice*, pp. 16-18 and *passim*.

markets having a direct bearing on fundamental personal goods and values. This is consistent with the idea that critical legal scholarship "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" (135).

Of course, the values embedded in such policy choices are subject to change and may be contradicted by decisions made in other parts of the system. This is also the result of the multi-layered structure of European private law, which defies any oversimplification. Experimentalism and openness to change, are, on the other hand, two constant features of one might call the European spirit. It is worth quoting, in conclusion, the masterful book by Paul Hazard on the history of European thought, which is still enormously insightful also for the tasks of the law.

" 'What is Europe? A spirit that is for ever seeking. Unsparing of herself, she is ceaselessly pursuing two goals; one of them is Happiness; the other — and this she holds the more vital, the more dear — is Truth. No sooner does she make some discovery that seems to her to satisfy her twofold need, than she suspects, nay, she knows, that what she grasps, all too precariously, is, after all, but a makeshift, an imperfect thing. And so she sets forth once more on her eternal quest, at once her glory and her endless pain'. Yes, that indeed is how it was; and that, too, is how it is for this eighteenth century, and so, without doubt, it will continue; through all her failures, all her disappointments, the lasting vigour of a principle that save" (136).

---

(135) H.-W. Micklitz, *The Transformative Politics of European Private Law*, p. 227.

(136) P. Hazard, *European Thought in the 18th Century. From Montesquieu to Lessing*, translated into English, London, 1954, p. 467.

ANDREA SIMONCINI-ELIA CREMONA (*)

EUROPEAN PRIVATE LAW INTEGRATION THROUGH TECHNOLOGY: THE CONSTITUTIONAL DIMENSION

"*Where is the wisdom we have lost in knowledge?* ;
Where is the knowledge we have lost in information?"
(T.S. Eliot, *Chorus from the Rock)*

1. Two great explorers and the story of a long trip. — 2. The Constitutional Trajectory of Private Law. — 3. Technology beyond public-private law divide: facing the Private Powers. — 3.1. De facto powers. — 3.2. No Money, Just Data: a Constitutional issue. — 4. The EU Regulatory Approach: an "Epistemological Obstacle"? — 4.1 About GDPR and Copyright Directive. — 4.2 About Competition Law: Digital Monopolists thanks to the Market. — 5. Conclusions for an epistemological disruption.

Abstract. Il contributo ricostruisce il percorso della cosiddetta costituzionalizzazione del diritto privato, con particolare riferimento alla regolamentazione europea della tecnologia. In tale ambito, infatti, vengono in rilievo plurimi diritti costituzionali. Pure al livello costituzionale si colloca la regolamentazione del fenomeno, che avviene essenzialmente a livello europeo. Le relazioni giuridiche che si realizzano nell'ambiente digitale sono sempre più caratterizzate da un grande squilibrio: da una parte i nuovi poteri privati digitali, padroni degli algoritmi più potenti del mondo, dall'altra il consumatore digitale, che "aliena" i propri dati personali in cambio di prodotti e servizi apparentemente gratuiti. Si osserva che l'odierno paradigma regolatorio europeo è condizionato da una sorta di "ostacolo epistemologico", dato dalla riproposizione — anche nell'ambiente digitale — dei tradizionali diritti

---

(*) The article is the fruit of a thorough conversation between the two co-authors, held on the occasion of the conference held in Florence on September 13, 2019, entitled *What is European in European Private Law?*, for the "140 years" of Professors Hans-W. Micklitz and Giuseppe Vettori. More specifically, credits are to be acknowledged to A. Simoncini for paragraphs 2 and 5 and to Elia Cremona for paragraphs 1, 3 and 4. We are also grateful to Matteo Corsalini and Elisa Spiller for reviewing a first draft of the work.

del consumatore. Al riguardo, occorre chiedersi se sia sufficiente a riportare in equilibrio i rapporti privati digitali, ad esempio, elevare il livello di informazione del consumatore. O ancora quale grado di effettività di tutela assicurino il consenso "granulare" al trattamento dei dati personali e concetti come l'autodeterminazione informativa. Anche sul piano del diritto antitrust emergono analoghe criticità, avendo l'idea di "benessere del consumatore" consentito la formazione di veri e propri monopoli nei mercati digitali. Il contributo conclude con alcuni spunti per una "disruption" epistemologica della regolamentazione europea della tecnologia.

The essay follows the path of the so-called constitutionalization of private law, with particular reference to the European regulation of technology. In this context, in fact, several constitutional rights come into relevance. Also at the constitutional level is the regulation of the phenomenon, which takes place essentially at European level. The legal relations that take place in the digital environment are increasingly characterized by a great asymmetry: on one side the new private digital powers, masters of the most powerful algorithms in the world, on the other side the digital consumer, who "alienates" his personal data in exchange for products and services apparently free of charge. It should be noted that today's European regulatory paradigm is conditioned by a sort of "epistemological obstacle", given by the reproposition — even in the digital environment — of traditional consumer rights. In this regard, we need to ask ourselves whether, for example, raising the level of consumer information is sufficient to bring private digital relationships back into balance. Or what degree of effective protection is provided by "granular" consent to the processing of personal data and concepts such as informational self-determination. Similar critical issues emerge in the field of antitrust law, since the idea of "consumer welfare" has allowed the formation of real monopolies in digital markets. The essay concludes with some suggestions for an epistemological "disruption" of European technology regulation.

1. *Two great explorers and the story of a long trip.*

Giuseppe Vettori and Hans Micklitz are well known for having illuminated the path towards the constitutionalisation of European private law. And in doing so, they focused not only on the protection of subjective legal situations (and in particular those involving consumers), but also on the greatest transformations that characterized the last 50 years of private law. Its constitutionalisation in particular (1).

---

(1) Just to mention some of the most fundamental contributions: H.-W. Micklitz, *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014; Id., *The Visible Hand of*

This has been done, it must be said, bravely. And with the courage to cross the borders of private law to reach as far as the territories of public and constitutional law. Then they brought something back, back to private law.

This cannot be taken for granted. Traditionally, the dialectic between "public" and "private" represents a milestone in the legal systems of civil law. Norberto Bobbio, in the "*public/private*" entry written for the Einaudi Encyclopaedia in 1981, speaks about a *"great dichotomy"*: a distinction capable of *"dividing the universe into two spheres, jointly exhaustive [...] and mutually exclusive"* (2).

Also for one of the most important private law scholars, Cesare Massimo Bianca (3), private law was the *"law that regulates the common relations between the citizens"*: i.e. the law of people and the economy. Whilst, the author continues, public law should have been the *"law of special authoritarian relations"*: i.e. those relations in which are expressed special positions of supremacy (and in particular that of the State).

For a long time, the border drawn between the two territories was considered "virtually impassable", except for a few skillful

---

European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, in 28 *Yearbook of European Law*, 1 (2009), p. 3. G. Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; Id., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; Id., *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti, Firenze 26 novembre 2004*, Padova, 2005.

(2) N. Bobbio, *(voce) Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, now in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3, cit. in B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli 2016, p. 3. Going backwards, Federico Carlo di Savigny, reviewing *"the whole law"* affirms, in his *System of actual Roman law*, that two branches are distinguished in it: the *Staatsrecht* and the *Privatrecht*. The first "has as its object the State", the second "the set of legal relations, in which each individual carries out his or her own life"; Immanuel Kant, in the same way, divides his metaphysical principles of the doctrine of law between private law, which governs possession, acquisition and contract, and public law, which includes the law of the State, the law of peoples and cosmopolitan law. And so on, "without substantial changes" (N. Bobbio, again), we come to Ulpiano, according to which "Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet", Dig. I, 1,1,2. *Inst*., I, 1, 4.

(3) C.M. Bianca, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Milano, 2002, p. 35-37.

explorer (4). However, today this rigid distinction does not seem to stand up to modernity. And, as we will see, this is especially true with reference to the technological paradigm, which has definitively "mixed" private autonomy and constitutional rights (5).

Also, it should be said that for some decades private law stopped being the "happy place" of self-determination (if it ever was). Notwithstanding this, it is equally true that with the advent of the era of data and algorithms, *de facto* inequalities (6) arose. What is more, such inequalities have grown so exponentially that the equal bargaining power of the parties (which is the assumption of their contractual autonomy) is nothing more than a remembrance (7).

The already mentioned thought and the works of Giuseppe Vettori and Hans Micklitz have accompanied step by step the long trip towards discovering the "constitutional potential" of private law, as well as its close implications for fundamental rights and freedoms. Further, their thought also represents the basis for addressing the challenges of modernity with a holistic approach.

2. *The Constitutional Trajectory of Private Law.*

From an accurate reflection on this theme, it emerges that the existence of an integration process of European private law is *per se*

---

(4) G. Vettori, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milan, 2005; H.-W. Micklitz, *The Many Concepts of Social Justice in European private Law*, Cheltenham, 2011; S. Rodotà, *"Ipotesi sul diritto privato"*, in *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, p. 9 ff.

(5) A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, pp. 19 ff.; G. De Minico, *Towards an Internet Bill of Rights*, in 37 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2015, 1, pp. 27 ff.; Id., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, p. 191 ff.; F. Modugno, *Diritti dei consumatori come diritti di terza generazione?*, in G. Cocco (ed.), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, p. 53 ff.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 122 ff.

(6) A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal — Rivista di Biodiritto*, n. 1/2019, p. 63 ff.; on the relationship between digital (or intangible) economy and inequalities, see also J. Haskel, S. Westlake, *Capitalism without Capital. The Rise of Intangible Economy*, Princeton-Oxford, 2018.

(7) F. Mezzanotte, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Politica del diritto*, 3 (2018), p. 508.

a constitutional issue. And this is due to the *de facto* constitutional nature of the European Legal order.

As is known, the supremacy clause plus the direct effect doctrine, as interpreted and enforced by the European Court of Justice (8), practically "transformed" Europe (to recall the famous J.H.H. Weiler's article) from a classical international-law organization to a "*Sonderweg*" constitutional legal order (9).

We could sketch the trajectory as follows: as soon as some private (or sometimes civil) (10) law principles become part of the European Law — via judicial activity or via legislation — they become equally constitutional (or quasi-constitutional) principles within the European member States (11).

It is the culmination point of the phenomenon of the Constitutionalisation and neo-Constitutionalisation of private law (12) that we want to concisely summarise.

---

(8) Since the historical decision *Van Gend & Loos*, 5th february 1963, case C-26/62, principle of Direct Effect has made a decisive contribution to the construction of the European Union as we know it today. Although neither Direct Effect nor Supremacy were at the time innovative doctrines under international law, we can say that this decision launched the process of constitutionalisation of European Law, establishing a new legal order. See J.H.H. Weiler, *Revisiting* Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal (eds.), *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, Luxembourg, 13th May 2013, available on https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/en/. More recently, on Direct Effects, see ECJ, 5th December 2017, case C-42/17, *Taricco II*; Id., 8th september 2015 case C-105/14, *Taricco*; 5th December 2017, case C-42/17, *M.A.S. e M.B.*; Id., 5th June 2018, case C-612/15, *Kolev et al.*

(9) J.H H. Weiler, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in K. Nicolaidis, R. Howse (eds.), *The Federal Vision, Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford-New York, 2001, p. 56; T. Groppi, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *Le fonti del diritto oggi. Studi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006.

(10) ECJ, 10th April 2008, in cause C-412/06, *Hamilton*.

(11) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014; B. De Witte, *The nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (edited by), *The evolution of EU law*, Oxford, 1999, pp. 177 ff.

(12) G. Conte, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in G. Alpa, G. Conte (a cura di) *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, pp. 601 ff.

For a long time, the relationship between private law and the Constitution was characterised by a rigid division of the legal space, which also divided legal practitioners and scholars (13). For example, this has meant that in Italy until 1970, the Constitution was seen only as a limitation for the legislator. By contrast, private law has developed independently, with its own logic and principles (14), having as a "polar star" much more the Civil Code than the Constitution.

This approach has been suitable for positivist and formalist legal systems in which judges do not strive to orient interpretation towards constitutional values and principles (15).

The consequence of this has been the laborious search, inside the text of the Constitution, for "rules" as directly applicable as possible. And this was when the well-known doctrine of the *Unmittelbare Drittwirkung* emerged as a result. Broadly put, according to this theory constitutional rights should be directly applied against — or brought by — private parties in front of the Courts (16).

More exactly, *Drittwirkung* stemmed from the creativity of German case law (17) and was later taken up also by the ECtHR in some

---

(13) G. Pino, *Tre concezioni della costituzione*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2015, available on *http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Tre%20concezioni%20della%20costituzione.pdf*.

(14) G. Pino, *Tre concezioni, ibidem*.

(15) L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, pp. 2793 ff.; G. Conte, *Il processo*, cit., p. 607; V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 11, where he argues that "the constitution, like any other law, is first and foremost and always a normative act and therefore its provisions must normally [...] be understood as normative provisions; [...] real legal norms [...]. In other words, a constitution must be understood and interpreted, in all its parts, magis ut valeat, because this is the way its nature and its function want it, which are and could not be, let us repeat, a normative act, intended to compulsorily regulate public and private conduct" [the translation is ours].

(16) G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia Civile*, 3, 2016, p. 443 ff.; G. Alpa, *Il "diritto costituzionale" sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 3, pp. 15 ff.

(17) BVerfGE 7, 198, case *Lüth*, on the applicability between private individuals of the constitutional principle of freedom of expression. Cfr. E. Navarretta, *Costituzione europea e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 40 ff.

of its judgments (18). Additionally, it contributed to the transformation of certain areas of private law (19) (such as labour law) (20).

Further, and according to some, *Drittwirkung* has now re-emerged in some Court of Justice rulings recognising the horizontal direct effects (21) of the EU's Charter of Fundamental Rights (for example, on digital privacy (22)).

Overall, through the *Mittelbare Drittwirkung* national and EU law constitutional rules (23) obtained greater pervasiveness (24), (if not a totalizing dimension) (25) despite their less immediate force.

---

(18) ECHR, *X and Y c. Netherlands*, n. 91 (1985).

(19) G. Alpa, *Il "diritto costituzionale" sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 2, p. 23; M. Macario, F. Lobuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, pp. 109 ff.

(20) G. D'Amico, *Problemi (e limiti)*, cit., p. 448; O. Cherednychenko, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?*, in S. Grundmann, *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 51; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 166 ff.; S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.,* 1949/50, 1, p. 189; Id., *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori, ibidem*, 1951, 2, p. 175; R. Nicolò, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, *ibidem*, 1951, 2, pp. 5 ff.; R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore,* in *Foro civ*., 1951, pp. 352 ff.; U. Natoli, *Ancora sull'art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. giur. lav*., 1952, 2, pp. 9 ff.; Id., *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I, Introduzione*, Milano, 1955, pp. 19 ff.

(21) E. Navarretta, *Libertà Fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 905 ff., now in F. Mezzanotte (ed.), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, pp. 74 ff.

(22) ECJ, 24th September 2019, in cause C-507/17 *Google LLC c. Commission National de l'informatique et des libertés (CNIL)*; ECJ, 3rd October 2019, in cause C-18/18, *Eva Glawschischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*; ECJ, 13th May 2014, in cause C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. c. Agencia Espanola de Protecciòn de Datos (AEPD) and M. Costeja Gonzalez*. O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 16 ottobre 2019; Id., *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in V. Piccone, O. Pollicino (eds.), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Napoli, 2018, pp. 263 ff.

(23) For a distinction between *"strong indirect effect"* and *"weak indirect effect"*, see C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the impact of*

What this means in practice is that from that moment on courts were required to consider fundamental constitutional law principles when deciding private law cases (through interpretation (26) and concretization of general clauses (27)).

And this approach has favoured the process of *"writing and rewriting the rules"*, as Giuseppe Vettori explains (28). The latter, in turn, led on the one hand to recognising the fundamental role of Judges in protecting rights (29). Whilst on the other, it progressively eroded the canons of predictability and legal certainty (30).

In the field of private law, the problem of the application of constitutional principles and the protection of rights and liberties is substantiated by a "balance". This is a weighing exercise (basically left to judges) between the needs for "private autonomy" and the needs for "solidarity". The former (autonomy) tends to reject the

---

Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 55 ff.

(24) G. Conte, *Il processo di neo-costituzionalizzazione*, cit., pp. 615.

(25) M. Kumm, *Who's afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7, 2006, p. 341 ff., where the Author even suggests the idea to consider private law as *"applied constitutional law"*.

(26) E. Navarretta, *Costituzione europea e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, pp. 211 ff.

(27) G. Vettori, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Persona e Mercato*, 1/2019, p. 4; P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in Aa.Vv., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 22.

(28) G. Vettori, *La forza dei principi*, cit.; this produced a sort of circular interpretive dynamic that is well described: "We are progressively shifting from a system of rules and structures requiring conformity, to a scenario where priority is given to internal constitutional principles and community principles. Norms, which often lack a situation required by law and which do not allow for a judgment of conformity to a given rule, require instead the balancing of different values (...), law is more and more written and re-written by different subjects: legislators, judges, Authorities, scholars, private powers" [the translation is ours]; cfr. G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi di ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, pp. 85 ff.

(29) Since the historical decision of Italian Constitutional Court, 22nd October 1996, n. 356; cfr. V. Onida, *L'attuazione della costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 514 ff.

(30) See G. Benedetti, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020.

intrusion of everything that is extraneous to the *Will* of the contractual parties. Whilst the latter (solidarity) instead tends to intrude into the contractual relationship to correct its asymmetries or to protect rights (31).

For example — in Italy — the principle of good faith and fairness has been recognised in contract law as a corollary of the principle of solidarity enshrined within art. 2 of the Constitution (32). However, this has led to some excesses and forcing, such as the declaration of nullity of contractual clauses for direct violation of the Constitution, which have caused particular concern to private law scholars (33). In fact, it might be said that it is certainly appropriate for constitutional principles to act as a "filter" between contracts and private relations. Yet, some would rebut that this would amount to a dangerous referral of questions over the "validity" of legal transactions to judicial interpretation (however constitutionally oriented) (34).

With the "incorporation" of the EU's Charter of Fundamental

---

(31) G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 743 ff.; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2008, p. 515 ff.; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 769 ff.

(32) *Ex multis*, Cass., 27th May 1975, n. 2129, about *privacy*; Cass., 22nd June 1985, n. 3769, about *personal identity*; Cass., 31st May 2003, nn. 8827 and 8828; Cass., UU.SS., 11th November 2008, n. 26972; C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in A. D'Angelo, V. Roppo, *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, pp. 45 ff.

(33) See Italian Constitutional Court, ordd. 21st October 2013, n. 248 and 26th March 2014, n. 77, which, in direct application of Article 2 of the Constitution, grant the Judge the power to reduce the amount of the deposit of its own motion (in the event of manifest disproportion) and to find that the contractual clause providing for an excessively onerous deposit is null and void. See F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685; G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, pp. 927 ff.

(34) Critically, see R. Pardolesi, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2039 ff.; favorably, see P. Grossi, *Presentazione al volume: Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, of G. D'Amico, Milano, 2017, p. XIII.

Rights within the European Treaties (35), thus borrowing their legal force, (together with the increasing importance attributed by the courts of the member states to the EDU Convention (36)), the phenomenon of the "intrusion" of principles, rights and freedoms into private relations accelerated significantly. This is what is today called "neo-Constitutionalisation". (37) In this context, two factors are substantially enhanced.

Firstly, the enlargement of the catalogue of fundamental rights, affecting private relations (in addition to the national Constitutions) (38).

Secondly, the possibility of substantially diffuse models of constitutional review (39) through the instruments of interpretation (40) and disapplication; despite the objections by some Constitutional Courts (41).

On closer inspection however, the neo-Constitutionalisation process of private law does not simply follow a descending trajectory (more and more rights "falling" from European charters).

---

(35) G. Vettori, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Persona e Mercato*, 3 dicembre 2007, p. 1-14.

(36) D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2008, pp. 133-136.

(37) G. Conte, *Il processo di neo-costituzionalizzazione*, pp. 622 ff.

(38) A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, pp. 2 ff.

(39) A. Anzon, *"Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del Seminario* (Pisa, 25-26 maggio 2001), Torino, 2002, pp. 379 ff.

(40) Italian Constitutional Court nn. 49/2015, 200/2016; cfr. V. Sciarabba, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

(41) We refer to Italian Constitutional Court n. 269/2017, in which the Court stated that, because of the essentially constitutional tone of the rights and freedoms affirmed in the EU Fundamental Charter, in case of conflict with an internal rule the judge, instead of disapplying, should raise the issue of constitutionality before the Constitutional Court in order to allow the annulment of the rule with *erga omnes* effect. Cfr. R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza 269/2017*, in *Riv. Dir. Comp.*, n. 1/2018; A. Anzon Demming, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 febbraio 2018.

Rather, this process is characterised by a double movement (one descending and another ascending). Not only an increasing number of rights derive from European and international law, but also more and more subjective private legal situations are regulated at European level. Examples include the EU Treaties, regulations and directives with the consequence that rules traditionally placed at the level of primary sources such today are placed at the constitutional level. This has been especially the case, as we shall see, in the field of technology, in which the legislation of the European Union is a major player compared to the legislation of the Member States.

From a wide-ranging perspective we can at least assume that perhaps the failure in developing *expressly* the European Treaties into a Constitutional Treaty (42) boosted the idea that private-law flexible and conventional tools could have offered a second-best strategy to achieve the same objective. Paraphrasing a well-known saying, to do "whatever it takes" (43) to preserve the super-constitutional scope of the EU Law that is best epitomised by the creation of the Single Market (44).

There are many clear examples of that "constitutional trajectory" of the European law integration's process. The most evident case is the antitrust discipline. Italy, for example, lacked free market's constitutional principles in its 1948 Constitution altogether. Actually, the opposite holds true insomuch as articles 41, 42 and 43 of the Italian Constitution allow for strong state intervention in the economy and the markets.

Based on this, it has been argued that the advent of the "European economic Constitution" has effectively deprived the "national economic Constitution" of its content (45).

In particular, it has been observed that mainly because of the direct application of Articles 101 and 102 TFEU by the Antitrust

---

(42) Because of the French and Dutch 2005 referendums.

(43) We're referring to the expression used by the ECB President, Mario Draghi, in his famous speech of July 26th, 2012, *verbatim*, *https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html*.

(44) H.-W. Micklitz, *The Transformation of Private Law Through Competition*, in *European law journal: review of European law in context*, 2016-09, Vol. 22 (5), pp. 627-643.

(45) S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000; G. Ghidini, E. Arezzo, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 859 ff.

Authority and the courts, the internal system has been substantially bypassed. A top-down relationship between the Treaties and Italian constitutional law was thereby established. (46) In any case, and regardless of the fundamental source of competition law, no one would reasonably doubt about the constitutional *nature* of the antirust discipline today (47). And the same holds true for other disciplines, from environmental protection and consumers' rights to data protection, public procurement and so forth.

All that being said, we must not forget that the neo-Constitutionalisation (both descendant and ascendant) of Private Law *through Europe*, is not a *neutral* process. There is a price to pay. And this clearly emerged from Hans Micklitz's research paper "*The Transformation of European Private Law: from Autonomy to Functionalism*" (48).

During the last decade, and from a Darwinian perspective, the evolution of the European legal order selected preferentially the most functional values and practices for reinforcing the core practical objective of the Union. That is, the creation of the Single Market. Two examples are particularly illustrative in this respect: the notion of "confident consumer" (49) and the transformation of the

---

(46) G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è altro oltre l'efficienza economica?*, in M. Ainis, G. Pitruzzella, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, pp. 9 ff. The idea that the Italian economic Constitution has been bypassed by the European one is not actually unanimous. According to some comments, the national constitution would be "ready to intervene" in case of "excess of neoliberalism" at European level. Cfr. O. Chessa, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, pp. 117 ff.

(47) Probably the first monography on the issue is from R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994; Cfr. G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997; Id., *I fondamenti e i fini della concorrenza*, in F. Di Ciommo e O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido*, Roma-Piacenza, 2018, pp. 371-374.

(48) H.-W, 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*, 2009, pp. 3-59.

(49) Id., p. 10, where the Author says: "Consumer confidence is meant to justify the development of one coherent body of consumer law which supplants national consumer

regulatory nature of European private law (50). And in dealing with the latter we strongly rely on the studies of Hans Micklitz and Giuseppe Vettori.

Today private law — as law in general — both at national and European level must face a new disruptive (51) challenge: technology. As the latter deeply affects social relations, it stands to reason that its influence spreads also to cover legal relations (52). And here the challenge will be whether old legal instruments can be adopted to solve new problems, or whether a real Kuhnian "paradigm shift" is needed.

3. *Technology beyond public-private law divide: facing the Private Powers.*

3.1. De facto *powers.*

From a legal point of view, what is most worrying in this passage of time is *the* concentration of technological power in the hands of some private entities.

These latter hold what are often called "private powers" capable

---

law. The concept of the confident consumer is (mis-)used to lower the standards of protection — in the name of the consumer".

(50) Id., p. 10, where the Author says that "Private law was and is needed to elaborate the Internal Market; [...]. However, it is not the private law one thinks of in national legal orders. Instead, this law shows a double face: it is regulatory in the sense that it is needed to constitute the Internal Market and it is competitive as the philosophy behind the regulatory measures relies heavily on market freedoms and competition".

(51) C. Goanta, *How Technology Disrupts Private Law: An Exploratory Study of California and Switzerland as Innovative Jurisdictions*, *Stanford-Vienna TTLF Working Paper* No. 38/2018, who observes that "Law generally reacts to such developments only if there are circumstances (e.g. case law) showing how existing legal categories might not adequately accommodate these technological developments. While legal scholarship has contributed to the debates surrounding law and technology, most research found at this confluence deals with isolated questions. Consequently, there is a gap in the literature when it comes to the impact that technological disruptions have on private law as a whole". Available at SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3256196 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3256196.*

(52) A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017; E. Schmidt, J. Cohen, *The New Digital Age*, London, 2013.

not only of acquiring full knowledge about their 'clients', but also of unilaterally affecting certain fundamental rights and freedoms, since their services have now become essential (53).

We are referring in particular to the powers of well-known digital platforms (e.g. Google, Amazon, Facebook) or other global economic players in the tech field (e.g. Apple and Microsoft: the so-called *Big Tech)* (54).

Without belabouring the specificities of each business model, we can say that these big tech activities follow a common pattern. Overall, the user (i.e. the digital consumer) benefits from a service (generally free) in exchange of his authorisation to process personal data (55). Data which, in turn, not only are subjected to economic exploitation (e.g. through advertising) (56) in other markets. In fact, they also serve a company's purpose of extracting value to implement its services, predict consumer behaviour and collect more and more data (57). This, in a very short time, is the "spiral" of the economy of personal data (58).

---

(53) See A. Soro, *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019.

(54) See M. Moore, D. Tambini, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York, 2018.

(55) R. Janal, *Fishing for an Agreement: Data Access and the Notion of Contract*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford-Baden Baden, 2017, p. 271.

(56) Basically, either by granting space to advertisers on the platform or by a real transfer of such information to third parties. See M. Eddy, *How Companies Turn Your Data Into Money*, 10th October 2018, on https://www.pcmag.com/news/how-companies-turn-your-data-into-money.

(57) The idea that such services are not 'free' actually has more of a precedent. Already in the *"Guidelines for the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices"* of 25 May 2016, the European Commission stated that "personal data, consumer preferences and other user-generated content have a de facto economic value". The Italian Antitrust Authority itself, in accordance with EU guidelines, had sanctioned on May 11, 2017 with measure no. PS10601 an operator of "social networks" for unfair commercial practices towards its users, observing that the wealth of information consisting of user data and the profiling of users for commercial use and marketing purposes "acquires, precisely because of such use, an economic value suitable, therefore, to configure the existence of a consumer relationship between the Professional and the user" (par. 54 of the measure). Also in the decision of the European Commission of October 3, 2014 and published on November 19, 2014, which authorized the merger

The phenomenon has been defined by economic theory as the model of *multi-sided markets.* That is in which the intermediary operates on several fronts, generating utility for himself and for other economic operators (59). Amazon, for example, started out as a pure retailer, but over time it has approached the multi-sided platform model, allowing third-party sellers to trade directly with consumers on their website.

In multi-sided markets the main actors are certainly *digital platforms* (60). It has been observed that they have the ability to

---

relating to the acquisition by Facebook of a *"social network"* operator, reference was made to the economic value of user data. Finally, the existence of consideration in contracts for the provision of "social media" services was also affirmed by the Consumer Protection Cooperation Network, established under Regulation 2006/2004/EC and now replaced by Regulation 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws. In addressing the issue of the possible contradiction of the Terms of Use of the Facebook platform to Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, the Network had the opportunity to state that this Directive "applies to all contracts between consumers and professionals, regardless of the onerous nature of such contracts, including contracts where the content and profiling generated by the consumer represent the alternative consideration to money" (p. 19 of the letter with the *Network's Common Position* of 9 November 2016 sent to Facebook).

(58) For all, S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York, 2019, *passim*. On the economic value of personal data, the literature is exterminated. According to the Osservatorio Big Data Analytics & Business Intelligence of the Politecnico di Milano, in Italy alone, Big Data reached a total value of 1.4 billion euros in 2018; press release of the Observatory, 11 December 2018, available at: *https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/comunicati-stampa/big-data-analytics-italia-mercato-2018*. See also the free tool developed by the Financial Times, capable of calculating the commercial value of each individual user profile: E. Steel, *Companies scramble for consumer data*, article of the 12th June 2013, available at *http://ig-legacy.ft.com/content/f0b6edc0-d342-11e2-b3ff-00144feab7de#axzz2W4xIIvg9&from=Il+business+data+personal%3A+excco+the+us+price+for+the+marketing*.

(59) J.C. Rochet, J. Tirole, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in 1 *Journal of the European Economic Association*, (2003), 4, p. 990; A. Hagiu, J. Wright, *Multi-Sided Platforms*, in 43 *International Journal of Industrial Organization*, (2015), p. 162; M. Rysman, *The Economics of Two-Sided Markets*, in 23 *Journal of Economic Perspectives* (2009), p. 125.

(60) Non-exhaustive set of examples: *Google's AdSense*, *DoubleClick*, *eBay* and *Amazon Marketplace*, *Google* and *Bing Search*, *Facebook* and *YouTube*, *Google Play* and *App Store*, *Facebook Messenger*, *PayPal*, *Zalando marketplace* and *Uber*.

create and shape new markets inside or beside other markets, to challenge traditional ones, and to organise new forms of participation or conducting business based on collecting, processing, and editing large amounts of data. They operate with varying degrees of control over direct interactions between groups of users and they benefit from 'network effects', where, broadly speaking, the value of the service increases with the number of users. Finally, they often rely on information and communications technologies to reach their users, instantly and effortlessly. Thus they play a key role in digital value creation, notably by capturing significant value (including through data accumulation), facilitating new business ventures, and creating new strategic dependencies (61).

The phenomenon of the economic exploitation of data will be further accelerated with the advent of 5G. The latter in fact will allow the improvement of the so-called *Internet of Things*, in which virtually every object of daily experience will be able to collect and accumulate data: "intelligent" objects, interconnected with each other, which exchange information (62).

---

(61) European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 25th May 2016, COM (2016) 288 final. Cfr. M. Moore, D. Tambini, *Digital Dominance*, cit.

(62) The term Internet of Things is believed to have been first formulated in 1999, with reference to RFID (Radio Frequency Identification) devices, by English engineer Kevin Ahston, co-founder of the Massachusetts Auto-ID Center; see K. Ashton, *That "Internet of Things" Thing*, in *rfidjournal.com*, 22 June 2009. The IoT applies to almost every sector of the economy: today we talk about smart agriculture (i.e. the monitoring of micro-climatic parameters in support of agriculture in order to improve product quality, reduce resources used and environmental impact), smart cars (i.e. the connection of cars to communicate information in real time to the consumer, connection between vehicles or between them and the surrounding infrastructure for accident prevention and detection), smart cities (i.e. the monitoring and management of public services in a city, such as public transport, urban hygiene, public lighting, and the surrounding environment to improve liveability, sustainability and competitiveness), smart home (i.e. solutions for the automatic and/or remote management of systems and related objects in the home, in order to reduce energy consumption and improve the comfort, safety of the home and people), smart metering (i.e. meters connected to measure the consumption of electricity, gas, water, heat, and for their correct billing and remote management), and smart factory (i.e. the connection of machinery, operators and

Nowadays, with their mastery in artificial intelligence systems, tech companies have become "data sovereigns" that "bulldoze competition" (63) and markets. Oddly enough, consider Google or Amazon to see how such companies have become "markets" themselves!

In sum, tech companies have taken on multiple functions. What is more, public authorities themselves are increasingly looking to tech companies to take up the slack, as digital platforms are nowadays engaged in some areas of public benefit utilities and service provision.

Seen from this perspective, it follows that the technological sector sometimes might even satisfy constitutionally guaranteed social rights.

For instance, in the midst of the Covid-19 pandemic, consider the role of Google and Apple. It is fair to say that their contribution to the development of contact-tracing apps to help health authorities in tracking infected contacts has been crucial (64). Also, think of the role of social networks in politics, the latter being increasingly dependent upon the former.

Again, videoconference platforms (Zoom, Webex, Microsoft Teams, GMeet) played a pivotal role in guaranteeing the right to education, reaching a wide audience of online students forced at home due to the pandemic. And the list goes on, also including the

---

products to activate new production management logic); cf. *Osservatorio Big Data Analytics & Business Intelligence of Politecnico di Milano on https://blog.osservatori.net /it_it/cos-e-internet-of-things*.

(63) This expression was used by Sen. Elisabeth Warren, who was a candidate for the democratic primaries until March 2020, when she withdrew her candidacy. In her famous speech she said: "Today's big tech companies have too much power — too much power over our economy, our society, and our democracy. They've bulldozed competition, used our private information for profit, and tilted the playing field against everyone else. [...] To restore the balance of power in our democracy, to promote competition, and to ensure that the next generation of technology innovation is as vibrant as the last, it's time to break up our biggest tech companies". The full speech is available at this link: *https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c*.

(64) E. Cremona, *Contact Tracing. Governance pubblico-privata e primi problemi di tutela dei diritti fondamentali*, in *Ianus — Diritto e finanza*, *Forum sull'emergenza Covid-19*, 21 maggio 2020.

role of technology *vis-à-vis* the right to work, the administration of justice, and so on (65).

In short, everyone, including the State, has relied on digital platforms.

However, that might be, this digitalization process has been only accelerated (and not determined) by the recent pandemic.

Based on this analysis, legal experts need necessarily to deal with the phenomenon. Some questions posit: such as which is the legal regime of these "private powers", what is the nature of their activity, what is the dimension of their freedom of enterprise, and what is the (public?) function they hold in modern society.

A purely "private-law" approach, even one aimed at correcting structural information asymmetries, will not be enough. Remarkably, as early as 1977, C.M. Bianca came to this conclusion. Already at that time he wrote about *"de facto authoritarian powers"* that he described as centers *"of socio-economic strength" imposing their "decisions by making use of the common legal positions of freedom and autonomy equally belonging to private individuals"* (66). Also, he highlighted the problems of an approach purely in terms of *laissez-faire*: this would appear to be at least simplistic in relation to the demands that emerge from social reality and that find a specific cue in the constitutional principle of effective equality, as a principle that *"legitimates in general the aspiration not to be subject to de facto and de jure authority"* (67).

3.2. *No Money, Just Data: a Constitutional issue.*

The key success factor of these digital corporations is that the services they provide are largely free. Or so it seems.

Google, for example, provides — for free — a constellation of services ranging from its well-known search engine to email services,

---

(65) See M. Scott, *Coronavirus crisis shows Big Tech for what it is — a 21st century public utility*, on *www.politico.eu*, 25th March 2020; W. Liu, *Coronavirus has made Amazon a public utility — so we should treat it like one*, on *The Guardian*, 17th April 2020.

(66) C. M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 56.

(67) *Ibidem*.

entertainment and navigation platforms (via Youtube and Gmail, respectively). Again, the list just goes on and on.

Similarly, also Apple offers thousands of apps with a wide range of features at no cost, or at a very low price.

Facebook, which controls Instagram and Whatsapp, makes its services available to billions of people. And apparently this is achieved without requiring users to pay any fee.

Amazon, which aggregates the offer of an immense amount of goods, makes worldwide shipments — often for free — in a very short time. Recently it has become also the world leader in the public cloud market.

Despite their services being almost free, all of them are top companies with the highest market capitalisations (68). Further, they are increasingly expanding their range of action, ultimately embracing even the most traditional prerogatives of sovereign State. Namely, the coining of currency (69) and the establishment of their own oversight authorities (thus dispensing with state courts) (70).

Therefore, many people have begun to doubt the costlessness of these services, given that users almost always offer their personal

---

(68) *Microsoft*, in first place, reached a capitalization of 779.81 billion dollars in 2018, *Apple* of 748.54 billion, *Amazon* of 734.42 billion, *Alphabet* (holding company of various *Google* companies) of 723.47 billion. Always operating in the tech sector, follow the Chinese *Tencent*, in sixth place, with a capitalization of 379.12 billion dollars, *Facebook*, in seventh place, with 376.73 billion, *Alibaba*, in eighth place, with 352.53 billion. Data processed by *Il Sole24Ore* and available on *https://lab24.ilsole24ore.com/aziende-top/*.

(69) In 2019, Facebook, along with other private giants, launched *Libra*, a crypto currency created to circulate within a payment system that works worldwide. Starting in July 2019, the source code of the currency was published, with the launch scheduled for 2020. Libra can be used both for peer-to-peer value exchange and for online transactions and purchases. See *https://libra.org/en-US/*.

(70) On 6th May 2020, Facebook announced that it has established an Oversight Board, which will be entrusted with the task of "exercise independent judgment over some of the most difficult and significant content decisions". Facebook says that it will implement the Board's decisions "unless it can violate the law" and that the Board "will not be able to listen to all cases", without anticipating its access criteria. The Board will have the task of "setting precedent and direction for content policy at Facebook", according to a common law approach. And in the long term, the Board aims to become a *"springboard"* for similar approaches to content governance in the online environment. The press release can be found at the following link: *https://about.fb.com/news/2020/05/welcoming-the-oversight-board/*.

data and traces of their behaviour on the web (71) as a "compensation" for the use of the service.

Always keeping a broad perspective, we can observe a decisive distinguishing trait: the "price" (72) for service provision by digital private powers generally corresponds to the act of some individuals to dispose (alienate) of their personality rights. More exactly, by "personality rights" we refer to the confidentiality of personal data (73), protected by article 8 of EU's Fundamental Rights Char-

---

(71) These are known as *cookies*, i.e. small text strings that sites visited by users send and record on their computer or mobile device to be retransmitted to the same sites the next time they visit. The purpose of cookies is to remember the user's actions and preferences, such as the language of navigation, so that it does not have to be indicated again when the user navigates between pages of the same site or returns to it at a later time. Cookies are also used to authenticate, monitor browsing sessions and store information about user activities for statistical or advertising purposes. Most browsers allow — automatically — the use of cookies, but if the user decides to configure his browser differently, he will risk not having access to some content.

(72) In this regard, it is worth mentioning the Lazio Regional Administrative Court's ruling (Tar Lazio, sez. I, 18 dicembre 2019-10 gennaio 2020, n. 260) in the appeal brought by Facebook against the Antitrust Authority for the annulment of the sanctions issued by the latter in relation to unfair commercial practices, including that of displaying the notice *"Facebook is free"*, on the login page, *"And always will be"*. The appeal was not upheld by the Lazio Regional Administrative Court, which stated instead that personal data "can be considered an 'asset' available in the negotiating sense, susceptible to economic exploitation and, therefore, suitable to assume the function of 'counter-performance' in the technical sense of a contract". So the practice to say that Facebook is free was considered unfair.

(73) The topic is widely studied by the doctrine, which seems oriented towards a reconstruction of the phenomenon of the negotiation of personal data in terms of "authorizing act"; cfr. S. Bosa, *Art. 6 del Regolamento UE 2016/679*, in E. Gabrielli, A. Barba, S. Pagliantini (eds.), *Commentario del codice civile UTET. Modulo delle persone. Vol. II*, Vicenza, 2019, pp. 124-125. In particular, G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 123, argues that that the act of disposition by the data subject would not relate to personal data "which in fact can hardly be regarded as an object of law which can be disposed of for the benefit of others. What is certain, however, is that personal data are elements of the sphere (if not necessarily, or not all, of confidentiality, at least of identity), of the subject and belong to him/her without it being necessary to establish whether the title is "owner" or not. This belonging cannot be considered replaced — as has been argued in the past — by a mere "right of access" and is sufficient to configure the act being discussed as an act of disposition; an act of disposition that admits others into the personal sphere of the disposer". See also F. Bravo, *Il "diritto" a*

ter (74). The crux of the matter is that such acts of disposal become an issue of both constitutional and private law.

There is a broad debate about the "authorizing" or "contractual" nature of the act allowing digital platform to know and process personal data. The two hermeneutical options move from distinct premises.

Those in support of the "authorizing" nature of the act would maintain that personal data, unlike individual fundamental rights (such as the right to privacy and personal identity) cannot be considered a "bargaining chip" (75). Conversely, the "contractual" thesis moves from the assumption that personal data might be given

---

trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica, Padova, 2018, p. 123, which states that it should be considered preferable to reconstruct that "recognises that consent for the protection of personal data is not of a nature that can be traced back to the traditional categories, but that it can nevertheless be compared to the concept of 'authorisation' in the broad sense: not in the sense of an act of disposition of a right or power "of one's own" in favour of the recipient of the authorization, of which it is originally lacking, but in the sense of an act (revocable with effectiveness *ex nunc*) [...] aimed at removing an "obstacle preventing" the exercise of a "power" which is already in the hands of the recipient and which with the authorization act — aimed at ascertaining the merits of the interest in the circulation of data — becomes legitimately and validly exercisable".

(74) Article 8 of Nice Charter provides that: "1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority". It is also relevant Article 7 (*Respect for private and family life*), which provides that "Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications". For a summary of the debate on horizontal effect of these two norms, see O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 16 ottobre 2019. Cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 570 ff.

(75) For a complete reconstruction of emerging issues, see G. Versaci, *Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection*, in 14 *European Review of Contract Law*, (2018), pp. 374-392; S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 583 ff.; see also G. Alpa, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, pp. 464 ff.

up only after careful consideration of their owners' freedom of consent and informational self-determination (76).

Textual divergences between the European Commission's draft directive on the supply of digital content (77) and the text definitively approved are revealing of the complexity of the debate (78).

As such, Recital No. 13 of the proposal thus reads "in the digital economy, information about individuals is often and increasingly seen by market participants as having a value comparable to money. Digital content is often supplied not in exchange for a price but against counter-performance other than money i.e. by giving access to personal data or other data" (79).

But in the final drafting of Directive 2019/770, the Commission's "realistic" perspective put forward in its draft seems to have been set aside.

In fact, Recital 24 states: "Digital content or digital services are often supplied also where the consumer does not pay a price but provides personal data to the trader. [...] While fully recognising that the protection of personal data is a fundamental right and that therefore personal data cannot be considered as a commodity, this Directive should ensure that consumers are, in the context of such business models, entitled to contractual remedies" (80).

---

(76) G. Resta e V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411-440; A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties Do. Parties Have?*, in 8 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic commercial law*, (2017), p. 5; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 164.

(77) *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the aspects concerning contracts for the supply of digital content*, COM (2015) 634 final, 9th December 2015, see *Recital n. 13*.

(78) Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

(79) Continues Recital n. 13 of the Proposal: "Introducing a differentiation depending on the nature of the counter-performance would discriminate between different business models; it would provide an unjustified incentive for businesses to move towards offering digital content against data. A level playing field should be ensured".

(80) Continues Recital n. 24 of the Directive: "This Directive should, therefore, apply to contracts where the trader supplies, or undertakes to supply, digital content or

The above wording is obviously softer and does not directly admit the nature of the data as a counter-performance.

This notwithstanding, it should be pointed out that the Directive does not obviate the issue over the "secondary" processing of personal data (on different markets). In fact, the Directive simply provides different legal regimes depending on whether the processing of data is necessary for the performance of a contract or it serves different purposes ([81]).

4. *The EU Regulatory Approach: an "Epistemological Obstacle"?*

At this point, it can be said that today's European regulatory approach to technology has to reckon with what Gaston Bachelard would call an *"epistemological obstacle"* ([82]).

In the 1930s, the philosopher used this concept to indicate a theory of accuracy or approximate truth in the path towards knowledge. To get closer to the truth, the argument goes, limits and thresholds should be overcome; and such limits are not simply factual, but more precisely, epistemological.

---

a digital service to the consumer, and the consumer provides, or undertakes to provide, personal data. The personal data could be provided to the trader either at the time when the contract is concluded or at a later time, such as when the consumer gives consent for the trader to use any personal data that the consumer might upload or create with the use of the digital content or digital service. Union law on the protection of personal data provides for an exhaustive list of legal grounds for the lawful processing of personal data. This Directive should apply to any contract where the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader. For example, this Directive should apply where the consumer opens a social media account and provides a name and email address that are used for purposes other than solely supplying the digital content or digital service, or other than complying with legal requirements. It should equally apply where the consumer gives consent for any material that constitutes personal data, such as photographs or posts that the consumer uploads, to be processed by the trader for marketing purposes. Member States should however remain free to determine whether the requirements for the formation, existence and validity of a contract under national law are fulfilled".

([81]) See Recital 25 and Article 3 of Directive 2019/770/EU.

([82]) G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, 1934 in Id, *La formation de l'ésprit scientifique*, Paris, 1938. For the philosopher, the path of knowledge coincides to a large extent with this continuous overcoming of the "obstacles" that scientific knowledge from time to time recognizes and which, however, always remain widespread in common knowledge.

The latter adjective, in turn, indicates a cluster of assumptions that hinder the transformation of certain theoretical frameworks and the opening of new perspectives. In other words, admonishes Bachelard, a "pre-comprehension" can hinder or impede "comprehension" of a particular phenomenon, whether new or already known.

And this seems to be the case of a European Union that approached the regulation of the digital environment with old instruments and old conceptual categories. Three examples above all: 1) the same "functionalization" of the regulation of the (digital) single market; 2) the concept of informed consent of (digital) consumer and 3) the emphasis on contractual remedies.

Our core argument here is that within the area of technology (and specifically of Information and Communication Technology) the European Private Law integration has followed a very similar pattern to the one we have described above.

The super-constitutional driver is still the same: the Single Market (although this time around is declined in terms of an appealing *Digital Single Market*) (83).

And here Hans Micklitz inspires us again; in the same way private law was made functional for creating (and constitutionalizing) an internal single market, similarly, the new ICT private law was adjusted to create a *single digital market* along with a new European constitutional framework for Private Powers.

The scope of the digital single market is quite broad. Overall, it includes e-commerce, data protection, intellectual property, consumers contract law (in general), big data and Ai regulation. Further,

---

(83) European Commission, *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6.5.2015, COM (2015) 192 final: "A Digital Single Market is one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence. Achieving a Digital Single Market will ensure that Europe maintains its position as a world leader in the digital economy, helping European companies to grow globally". Digital Single Market strategy has definitely been one of the more successful stories of the Juncker Commission; 28 out of 30 original legislative proposals have been effectively approved.

its scope is extremely wide. It aims to achieve: *i*) a better access for consumers and businesses to digital goods and services across Europe; *ii*) better conditions and a common playing field to facilitate the flourishing of digital networks and innovative services, maximising the growth potential of the digital economy.

A clear evidence of this is a recent spate of EU regulatory provisions. Examples include the regulations on supply of digital content and digital services (84); on e-commerce (85); on online intermediation services (86); on copyright (87). Ultimately, worthy of mention are also the regulation on the protection and free movement of data in the European Union (GDPR) (88) and the actual draft proposal for a regulation on e-privacy (89).

Taken together, all these regulatory acts highlight the effort of the EU to create the *Digital Single Market* from a consumer-oriented perspective. This is the objective that, for example, is mentioned in Recital 1 of the EU Directive 2019/770 on contracts for the supply of digital content and digital services. More exactly, this provision identifies its goals in the insurance of "better access for consumers to digital content and digital services" and in "making it easier for

---

(84) Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

(85) Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC.

(86) Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

(87) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

(88) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

(89) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).

businesses to supply digital content and digital services" in order to "contribute to boosting the Union's digital economy and stimulating overall growth".

The "scheme" followed by the European legislator is the usual one that is adopted for the well-known Consumer Rights Directive (90). In practice, the Union adopts measures, pursuant to article 26 TFEU, *"with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market"* and in order to promote *"the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection"*, according to article 169 TFEU. Nothing is apparently different between consumer protection in the Single Market and digital consumer protection in the Single Digital Market.

However, this set of regulatory acts does not simply give new rights and remedies tailored to the new digital environment. Instead, what is at stake is an even larger process; one concerning the very essence of European private law as well as its constitutional dimension.

At this point, we could now turn to consider other two important pieces of EU legislation: the 2016 General Data Protection Regulation and the 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market.

Both are considered (and particularly by non-European countries) bright examples of the European Rule of Law Model that add up to the Human-Rights-centered community and its institutional system (*Grundrechtsgemeinschaft*). Overall, these models are contrasted with either the super individualistic US free-market model or the super communitarian Chinese monopolistic party-State model.

4.1. *About GDPR and Copyright Directive.*

Both The 2016 General Data Protection Regulation and the 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market formally

---

(90) Directive (EU) 2011/83/ of the European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

aim at protecting rights, i.e. personal data and intellectual property rights.

Nevertheless, it is only by looking deeper and beyond their texts that their contradictions and inconsistencies emerge.

To begin with, the GDPR (91) has been generally welcomed as a real turning point adjusting the old and ineffective privacy directive to the new digital age (92).

"*Stronger rules on data protection mean people have more control over their personal data*" was Commission' motto and now in its website GDPR is defined *"an overall success"* (93).

Also, it should be recalled how many anxious private companies and public administrations hastened to appoint DPO's and ask for advice, fearing the tsunami impact of this new self-executing regulation.

This notwithstanding, two years later, the question still remains: has the GDPR substantially changed something about privacy rights? In other words, is the relationship between individuals and Facebook or Google effectively more human-rights-centered?

Overall, outside Europe, answers would appear to be generally optimistic. Take the US for instance, whose "wild-west-style" deregulation made easier to consider the GDPR as an ideal point of

---

(91) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

(92) See *What does the GDPR mean for business and consumer technology users*, on *gdpr.ue*: "the Facebook-Cambridge Analytica scandal was just one prominent episode among a series of revelations in recent years. Uber, Google, Apple, and other companies large and small have systematically invaded the privacy of millions of people. And even where companies have been honest and transparent in their handling of data, their protection of data has been tragically flawed. Virtually every major corporation has suffered a data breach. Large leaks make the headlines, but small- and medium-sized enterprises are the preferred target of cyber criminals because their defenses are usually weaker. The rate of cyber attacks increases annually, with about 400 new threats every minute". So "If the web is the Wild West, then the EU's General Data Protection Regulation (GDPR) is the sheriff".

(93) See *https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/eu-data-protection-rules/gdpr-fabric-success-story_en*.

reference, leading in fact some states to adopt GDPR-style legislations (94).

Conversely, in Europe, current legal literature seems to be less optimistic. Understanding this requires consideration of the key legal value in the new European Private law of technology: i.e. the role of the *individual consent* in technology contracts.

Individual informed consent is one of the super-principles of the new European private constitutional law. The idea is that when someone consents to something, then everything can happen in the digital market. No matter whether this might involve health, privacy or bio-rights (95).

This concept of informed consent is thus a distortion of the constitutional principle of private autonomy. It thereby becomes the backbone that private powers leverage to attain their goals (96). This sounds more like a Hobbesian consent whereby individuals accept to abdicate their rights in favour of an absolute authority (the Leviathan) (97), than a Kantian duty to obey the laws that one would prescribe for himself (98).

---

(94) California, for instance, adopted the California Consumer Privacy Act (entry into force: Jan. 1st, 2020). See S. Ray, *California Begins Enforcing Broad Data Privacy Law*, 1st July 2020, on *Forbes.com*; see also the report of an interesting meeting at the University of Florence with the american professor Mark Rotemberg, president of EPIC: E. Cremona, *Un convegno su Intelligenza Artificiale e diritti fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 2, p. 611 ff.

(95) European Commission, *When is consent valid?*, available on *https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/legal-grounds-processing-data/grounds-processing/when-consent-valid_en*.

(96) A different trend seems to follow the judgment of the European Court of Justice of 16 July 2020 in Case C-311/18, which declared Commission Decision 2016/1250 on the adequacy of protection afforded by the Privacy Shield, the EU-US shield for the protection of personal data transferred to the United States, invalid. The judges invalidated the Privacy Shield on the grounds that it does not provide European citizens with sufficient safeguards against US surveillance and privacy laws. According to the Court, "under the General Data Protection Regulation (GPSD) the transfer of such data to a third country may in principle only take place if the third country concerned guarantees an adequate level of protection for such data".

(97) "I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner. This done, the multitude so united in one person is called a Commonwealth; in latin, Civitas. this is the generation of that great Leviathan, or rather,

The consensus provided in digital environments is in fact another distinguishing profile of digital private powers.

On the end of the day, it is well known that the use of digital services is hardly accompanied by a careful reading and conscious acceptance of their terms and conditions. It follows that users generally "lie" and claim to have read what they have not actually read.

Be that as it may, whenever consumers intentionally use digital services, their mere acceptance is thought to be perfected *a priori.* And this comes at the expense of their contractual self-determination.

The answer to this GDPR-dilemma is markedly consumerist; and from this perspective one could speak of an "epistemological obstacle".

To understand what this means in practice consider this scenario.

On the one hand, there is need for placing higher information burdens on data controllers and requesting them the so-called "granularity of the consent of the data subject" (99) (i.e. to make consent as specific as possible (100)).

Yet, on the other, such an approach could be also detrimental to digital consumers themselves. As such, and needless to say, once flooded with formation, flags, checkboxes, "accept" clicks and so on, the risk (or the certainty) is that consumers end up being even less aware than before (101).

---

to speak more reverently, of that mortal god to which we owe, under the immortal God, our peace and defence"; T. Hobbes, *Leviathan*, II. *Of Commonwealth*, Chapter 17, available at *https://old.taltech.ee/* (last consulting: February 2020).

(98) J. Huber, *Legitimacy as Public Willing: Kant on Freedom and the Law*, in 32 *Ratio Juris*, 1 (2019), pp. 102-116.

(99) See G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411-440. Cfr. Italian Cass., I, 11th May-2nd July 2018, n. 17278.

(100) Article 4 (11), Art. 6, (1) lett. *b*), Article 7 and Recitals 32, 42, 43 of the GDPR. Cfr. Italian Data Protection Authority Measure No 130 of 21 June 2019.

(101) European Commission, *When is consent valid?*, cit. For consent to be informed, "the individual must receive at least the following information: the identity of the organisation processing data; the purposes for which the data is being processed; the

In a similar fashion, this is what also happens during the automated process of personal data.

One of the most important new fundamental rights introduced by Article 22 of the GDPR is the "right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling".

At this point, it becomes easy to see how important this principle can be in the age of algorithmic decision-making.

Some would go further and claim that it might even be considered a clear and well-reasoned justification for the Constitutionalisation of a European Private law principle (102).

This notwithstanding, such prescription can be easily bypassed when an individual right-holder gives his/her consent. Human dependency upon technology combined with disproportionate tech company/consumers asymmetries, means that "freedom to consent" boils down to a mere fiction. Rather, this "freedom" morphs into an exemption that shields companies from regulations.

Based on this analysis, one could however argue that since individuals are totally free to deny their consent, they can easily quit digital services (that, by the way, are totally free of charge).

This is rather a simplistic solution.

One should consider that a Hobbesian-like "giving-up-all-rights" consent is at odds with concepts such as "privacy by design" and "by default", which tries to internalize values as fundamental rights protection since the early creation of the algorithms themselves.

---

type of data that will be processed; the possibility to withdraw the given consent (for example, an unsubscribe link at the end of an email) where applicable the fact that the data will be used for solely automated-based decision-making, including profiling; if the consent is related to an international transfer, the possible risks of data transfers to third countries which are not subject of a Commission adequacy decision and where there are no appropriate safeguards".

(102) A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, p. 67; C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, pp. 711 ff.; R. Bifulco, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, pp. 393 ff.; See also Council of Europe, *Recommendation 2012 (2017), 28th April 2017*, on *Technological convergence, artificialintelligence and human rights*: G. Malgieri, G. Comandè, *Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in 7 *International Data Privacy Law*, (2017), IV.

The effort to anticipate the threshold of protection of personal data is necessary because as soon as those services are out, it becomes too late to protect people from their addictive power.

Also, from a reading of article 22 GDPR, its first paragraph apparently contains an empathic recognition of the right to be free from algorithmic decisions. Yet, when moving to consider the all-encompassing exceptions under paragraph 2, questions arise about whether the main goal is effectively data protection or rather the promotion of a well-functioning *Single Digital Market* neatly cutting all transaction costs.

In the second scenario we also have the same impression. And several discussions on the new directive on Copyright ([103]) in the Digital Single Market support this remark.

On the whole, this Directive has been touted as another strong pillar of the European private law of technology protecting copyright and intellectual property against exploitation by Big Tech Platforms. For that reason, it was harshly criticised by Google, Facebook and other Apple lobbyists in Bruxelles, along with several free Internet supporters.

One of the key articles (Art. 17) requires online content-sharing service providers to obtain an explicit authorisation or licensing from the intellectual property right-holders before using their contents.

In consequence, over-the-top platforms reacted by setting up filter mechanisms that have a clear adverse impact on freedom of expression. Commenting on this, artist and lawyer Ephrat Livni writes "paradoxically, the new law will likely end up consolidating the power that major tech companies already have on the internet, rather than just making them more responsible. Giants like Google, which will have to create a filtering algorithm, will end up selling their filtering services to smaller platforms that can't afford to develop their own. And that means big companies will end up being the European internet's de facto intellectual property police and will

---

([103]) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

have access to even more data than ever before" (104). And this consideration is valid not only for the Copyright Directive (105).

Here is another example of a "formally" fundamental-right oriented legislation revealing its hidden DNA: a human-right oriented approach in disguise that *de facto* lowers transaction costs to "lubricate" (borrowing from Ronald Coase's famous expression (106)) the Digital Single Market.

4.2. *About Competition Law: Digital Monopolists thanks to the Market.*

Similar considerations can be briefly made with respect to European competition law. Also in this context, the epistemological obstacle of the consumerist approach has prevented effective regulation. It has become quite clear that such regulation was not able to prevent the formation of genuine natural (*rectius* digital) monopolies within the market (107).

As already seen, Amazon morphed from being a retail company into a marketing platform; a delivery and logistics network; a payment service; a credit lender; an auction house; a major book publisher; a TV shows producer; a fashion designer; a hardware

---

(104) E. Livni, *The EU copyright directive will consolidate big tech's power*, 4th March 2019, available at *https://qz.com/1564495/the-eu-copyright-directive-will-boost-big-tech-companies/*.

(105) J. Phelan, *Google and Facebook Will Just Get Stronger if Regulators Get Their Way, Europe's Experience Shows*, on www.fee.org, 27th August 2019. In the paragraph *"How Regulatory Costs Help Big Firms"* he argues that GDPR has been a sort of a competitive advantage for the Big Tech: "Big firms can bear the costs of complying with regulations more easily than small firms. If a set of regulations takes one person full time to keep on top of, this will fall as a share of employment the more people the company employs; their salary will be a smaller share of a big company's revenues than a small ones. This makes regulations a source of competitive advantage for the big firms lobbying for them, such as Facebook". The full article is available ai this link: *https://fee.org/articles/google-and-facebook-will-just-get-stronger-if-regulators-get-their-way-europe-s-experience-shows/*.

(106) R. H. Coase, *The Problem of Social Cost* in 3 *Journal of Law & Economics*, (1960), p. 1.

(107) See F. Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge, 2020, pp. 36 ff.; S. Mannoni, G. Stazi, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli, 2018.

manufacturer; and a leading host of "cloud" space. And in almost all these fields it holds either a dominant or a monopolistic position.

Although Amazon has clocked staggering growth, nevertheless it generates meagre profits. In fact, it chose instead to price below-cost and expand widely (108).

And with this strategy the company has positioned itself at the center of e-commerce, now serving as an essential infrastructure (109) for uncountable other businesses that depend upon it. In essence, like other big techs, Amazon is both an infrastructure and a competitor itself (110).

It has been argued that the current antitrust framework — and specifically its pegging competition to "consumer welfare" defined as short-term price effects — is unequipped to capture the market power's architecture in the modern economy. And this is because conventional wisdom measures competition via price and output. By doing so, the risk is to under-appreciate predatory pricing strategies and overlook when integration across distinct business lines may prove uncompetitive. The reason why such concerns are heightened when it comes to online platforms is twofold.

First, the economics of platform markets incentivise companies to pursue growth over profits. Thus, under these conditions, predatory pricing becomes highly rational.

Second, because online platforms serve as critical intermediaries, integration among business lines allows digital platforms to control the essential infrastructure on which their rivals depend. Online platforms' dual role (intermediary/competitor) enable them to collect data from rival companies to be exploited and used against the latter (111). With the paradoxical conclusion that it is the market

---

(108) L. M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 ff.

(109) See E. Cremona, *La responsabilità sociale delle grandi piattaforme digitali*, in L. Violante (ed.), *Pandemia e democrazia*, in course of publication.

(110) In July 2020 has started an inquiry by the House Judiciary Committee about whether tech companies take advantage of their dominant positions in the market to enhance their bottom lines. See C. Albanesius, M. Kan, *Tech Execs Face Congress: 9 Big Takeaways*, 29th July 2020, on *https://www.pcmag.com/news/apple-amazon-bezos-google-pichai-zuckerberg-facebook-house-judiciary-antitrust.*

(111) L. M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit.

itself (generally oriented towards consumers' well-being) that allows this to happen.

5. *Conclusions for an epistemological disruption.*

Based on the above discussion on European Law integration and technology from a constitutional theory viewpoint, it is now possible to recap our arguments and conclude by reference to one of the "mantra" words in the technological debate: disruption.

More exactly, and borrowing again from Bachelard, it would be more appropriate to speak of an "epistemological disruption".

Taken together, disruption induced by technology usually means that new technical resources deeply change our well-established way of thinking. Originally, it means that some old well-established businesses suddenly become weak while some new ideas — apparently weak and unlikely — becomes stronger and stronger.

We think that technology is somehow inducing a disruptive process within European Private Law that is weakening some old established principles and strengthening new ones. On the weakness side, we could put all fundamental values derived from the Constitutionalisation of European Private Law.

Think about *Antitrust law, Consumers' rights, Data protection*. All those new Euro-National constitutional values today are extremely weak (if not simply useless) as far as we face Big Tech companies. We have already said something about the paradoxes of Consumers and Data protection, or about competition law and enforcement institution. To wit: they are simply ineffective given the size and the global dimension of the new technology main players.

The multi-billion sanctions issued by the European or US Antitrust Agencies against Facebook or Google — considered the highest sanctions ever in the competition law history — are "peanuts" for corporations that are happily reaching and surpassing the 1 trillion market value.

On the strengths side we put those new private powers. We do not think of the topic of *private powers* as a new topic. Just think of Teubner studies on Civil Constitutions or the debate about the international law responsibility for private multinational companies.

The disruption induced by technology simply accelerates and exponentially strengthens this trend. In a very famous interview

Marc Zuckerberg said: "In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies".

The most promising research path to follow is one in which technological companies think of themselves as if they were "States" (112) (as we put it previously). In their self-awareness, they exert "public powers" intended not simply as societal powers, but as super-individual powers. Also, they are more "community builders" than "service providers". They are not actors *in* the market (neither monopolists, technically) but they are *the* market itself.

A new kind of *power* that — in their self-awareness — does not stem from agreements or contracts. It does not even derive from one's own consent, despite what is written in their terms of service. Rather, it derives from the ownership of the technological infrastructure that makes the community possible. In sum, tech companies' force relies — as in the pre-modern times — on the "excommunication" power.

So they resemble more a *sovereign* power than a service provider available for charge. They are not just social media facilitating relations among people, as they can and do actually shape such relations in a *certain* way.

In fact, they're not neutral in framing the social media community. For example, they love enormously to know people's preferences. And they collect their data trodding the path of new business models promoted by the so-called "surveillance capitalism".

Today "surveillance" is a function that is paradoxically empowered by a legislation that makes tech companies quasi-legal enforcement institutions. And consequently, by looking at the contractual structure of these platforms, it clearly emerges how they tend to expand, including a long list of policies they supervise. Consumers might benefit from General Terms of Service, but they also have to subscribe specific "Privacy policies" and "Cookies policy".

---

(112) It is interesting that also Ronald Coase in his Nobel Prize winner article thinks that *"the Government is, in a sense, a "super-firm (but of a very special kind)"*; R.H. COASE, *The problem of social cost*, cit., p. 17.

Subscription is also required with respect to what are now called "Community standards" or "Principles of design" (among many others) that are usually self-enforced by private Oversight Boards.

This is how technological disruption of European Private law is transforming our Constitutional euro-national values. In consequence, this change of scenery requires transformation of "epistemological disruption" into a new "epistemological insight". And this is going to be one of the most exciting, but also worrying, puzzles our times.

That is the reason why we desperately need the contribution of scholars like Hans and Giuseppe. 140 years sound as quite a long time but we need time not to be captured by short-sighted visions.

In times of careless "fast-forward" we need intellectual "slow-motion" to capture the exact moment in which change happens. And in that precise moment we need to be focused and equipped, if we want to express the "good old" value of human freedom in a comprehensible contemporary language.

Going back to Thomas Eliot words: we need "wisdom more than information" or, to re-evoke a meaningful image of Paolo Grossi, we need scholars able to catch the line rather than the single point, and to put the point within the line.

Nobel Prize laureate Bob Dylan wonderfully expressed this need, saying: "*may you have strong foundation when the winds of changing shift*". This is the reason why we do really hope to keep enjoying their contribution to legal scholarship, in those *"times they are a' changin"*.

CHANTAL MAK (*)

WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW? A REFLECTION

1. At the time of writing of this contribution, some ten months have passed since a group of academics from different parts of Europe gathered in warm late-summer Florence to celebrate the combined 140 years of Hans Micklitz and Giuseppe Vettori. Since the conference, the world has changed in ways that none of the participants could have expected. While international academic seminars have moved to Zoom, Skype and other digital communication tools as a consequence of the restrictions imposed to control the Covid-19 virus, the questions addressed at the birthday conference have, however, kept their relevance. Perhaps, in some respects they have even become more urgent. What is European in European Private Law, and how should legal scholars approach the challenges posed by such diverse phenomena as market dynamics, technological developments and populism? This paper seeks to reconstruct strands of the discussions that took place among the participants on the conference day in September 2019, and add some further reflections on the main query of Europeanisation of private law (1).

(*) Professor of private law, in particular fundamental rights and private law, Amsterdam Centre for Transformative Private Law (ACT), University of Amsterdam.

(1) This contribution is based on my notes and the concluding remarks that the organisers kindly invited me to make at the conference "What is European in European private law?" that took place in Florence on 13 September 2019. As a reconstruction, it may thus highlight different points than some of the other participants might emphasise. References to the other speakers are mentioned in the text and do not fully match the order of appearance at the conference, but rather seek to define common concerns. Any errors of course are mine.

2. What is European in European private law? The question first of all invites thoughts on the definition of the field (2). Understood in a narrow sense, European private law comprises legislation and case law deriving from the European Union (EU) that affects the legal relationships between private actors. One may think of the extension of EU free movement provisions to horizontal legal relationships, and the regulation of B2C contracts through consumer law Directives (3). In a broader view, European private law does not only encompass this type of EU private law, but also includes the interplay with national legal orders. Consider, for instance, the development of hybrid remedies for the protection of European rights in national legal contexts (4). As EU law does not make a distinction between public and private law, it only becomes clear what falls within the latter sphere once the classification in national law is taken into account. The notion of European private law then captures the compound of EU and national laws governing private legal relationships.

3. Both definitions hinge on the relation between the European and the national. As Ralf Michaels has submitted, the structural differences between the two may be so difficult to reconcile that instances of European harmonisation remain islands in an ocean of

---

(2) A. Colombi Ciacchi, *Non-legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships*, in *European Review of Private Law* 2005, pp. 290-291, who noted that European private law had become "a very popular expression, despite or perhaps even thanks to its vagueness".

(3) For an elaborate overview of such effects, see A.S. Hartkamp, *European Law and National Private Law: Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*, Cambridge-Antwerp, 2nd edition, 2016.

(4) N. Reich, *Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights*, in *Common Market Law Review*, 2007, pp. 705-742; B. Kas, *A Socio-Legal Study on the Operation of Hybrid Collective Remedies in the Area of European Social Regulation*, in H.-W. Micklitz, Y. Svetiev and G. Comparato (eds), *European Regulatory Private Law — The Paradigms Tested*, EUI Working Papers, LAW 2014/04, pp 19-26; J.M.L. van Duin, *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, pp. 190-198.

(international) private law (5). Where EU private law is primarily instrumental to the pursuit of (market) policy goals, national private laws take a more juridical, systematic approach (6). At the current stage of the debate, where hopes of further unification of private law in the shape of a European Civil Code have faded, the exploration of the interaction between European and national private law retains it topicality. Not only the field of European private law as such, but also the academic debate on its development are in need of reinvention.

4. In which direction should the current debate on European private law go? At least two answers to this question appeared in several contributions to the birthday conference. In the first place, in line with Patrizia Giunti's observations during the opening session, we might need a new language to describe and assess the interrelations between the European and the national levels that affect private actors. In the second place, we should look beyond market cooperation to understand the dynamics of European private law as a combination of instrumentalist and more juridical, foundational elements. A search for shared legal principles and an idea of justice might complement the EU's economic orientation. Or, as Luigi Dei put it at the beginning of the conference: "Having made Europe, one needs to create Europeans". The European in European private law, thus, gains a more fundamental dimension, appealing to non-market aspects of Europeanisation.

5. These threads of thought ran through many of the discussions. Substantively, they were apparent in the consideration of three important themes in European private law scholarship: mar-

---

(5) R. Michaels, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, pp. 139-158.

(6) *Ibid*., p. 142. See also C. Schmid, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, in *European Review of Contract Law* 2005, p. 215-216; C. Leone, *The Missing Stone in the Cathedral: of unfair terms in employment contracts and coexisting rationalities in European contract law* (PhD thesis Amsterdam UvA, June 2020, on file with author), pp. 18-21.

ket, justice and culture. Methodologically, they shone through in a debate on interdisciplinarity and interpretation.

6. Market aspects of European private law formed a first theme addressed at the conference, in particular with an eye on consumer protection. After having witnessed the handling of mortgage and credit contracts in the years following the economic and financial crisis of 2008 (7), it may not come as a surprise that many European private law scholars have started questioning the EU's too one-sided view on B2C contracts as market transactions. EU law has extended its reach to contracts regarding basic needs such as housing, which do not only have an economic but also a strong social dimension (8). The development of European consumer law has shown the limitations of deciding on such matters on the basis of the concept of the "confident consumer" who engages in cross-border shopping and thus contributes to the European market (9). In fact, as Andrea Simoncini suggested in his presentation, the prevalence of this image of the consumer may well have lowered the standard of protection in some instances (10). Insofar as a fictitious "reasonably circumspect

(7) Reference is, in the first place, to the series of Spanish mortgage cases that was initiated by Case C-415/11, *Aziz v Catalunyacaixa*, CJEU 14 March 2013, ECLI:EU:C:2013:164. Further important mortgage and credit cases arose in other Member States, including Hungary and Poland: Case C-26/13, *Kásler v OTP Jelzálogbank*, CJEU 30 April 2014, ECLI:EU:C:2014:282; Case C-118/17, *Dunai v ERSTE Bank Hungary*, CJEU 14 March 2019, ECLI:EU:C:2019:207; Case C-260/18, *Dziubak v Raiffeisen Bank International*, CJEU 3 October 2019, ECLI:EU:C:2019:819; Joined Cases C-419/18 and C-483/18, *Profi Credit Polska II*, CJEU 7 November 2019, ECLI:EU:C:2019:930.

(8) I. Domurath, *Mortgage Debt and the Social Function of Contract*, in *European Law Journal* 2016, p. 758-771; A. Beka, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation: Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge-Antwerp, 2018, pp. 274-280.

(9) D. Leczykiewicz and S. Weatherill, *The Images of the Consumer in EU Law*, in D. Leczykiewicz and S. Weatherill (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2016, p. 17; H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, pp. 233, 241.

(10) Compare G. Davies, *The Consumer, the Citizen and the Human Being*, in D. Leczykiewicz and S. Weatherill (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, 2016, pp. 728-729.

consumer" has become the measure of B2C transactions, those who do not conform to the image in practice are left without protection against strong business interests. As Simoncini pointed out, concerns of this type are all the more pressing in times in which companies such as Facebook have turned into private powers, whose influence on B2C relations is difficult to curtail through regulation that is mainly inspired by the logic of the market.

7. Accordingly, the discussion on European private law has moved beyond questions of economic integration. A second theme that was addressed at the conference concerned justice. In alignment with Hans Micklitz's work, but presenting different nuances, Giorgio Resta, Martijn Hesselink and Stefan Grundmann elaborated justice perspectives that could complement market views on European private law. Resta argued for a further investigation of the background assumptions to the EU's market governance, which today should in any case address human dignity and the digital market. Hesselink submitted that a rethinking of Europe in terms of justice should address the EU's responsibility for a just basic structure (11) of European private law. Besides the European notion of "access justice" as defined by Micklitz, this should also encompass interpersonal justice. The development of private law in Europe should, moreover, be embedded in a more democratic process (12). Grundmann's presentation could be placed somewhat between the views of Resta and Hesselink, focussing mostly on the methodology that might serve a further articulation of normative foundations of European private law. Normative pluralism, both in legal theoretical scholarship and in societies, in Grundmann's view could provide guidance for the further development of the field, insofar as it allows for the inclusion of multiple views on justice.

8. The elaboration of market and justice perspectives on European private law can, however, not do without a common language for discussing them. Consequently, a third substantive theme at the

---

(11) Cf. J. Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge MA, 1999.

(12) See also M.W. Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law* 2015, pp. 81-126; G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto private europeo*, in *Persona e Mercato* 2017, pp. 25-27.

conference regarded culture. Both Giorgio Resta and Pia Letto-Vanamo emphasised the importance of a shared legal culture and the study of the intellectual foundations of private law in Europe. Tracing the development of the field from the early 1990s, Letto-Vanamo defined several approaches used to examine the possibility of a European legal culture, including the identification of influences from Roman law and the Common Core project's mapping of a shared heritage (13). Although commonalities may be found, she noted that these might be more representative for civil law countries in the German and French tradition than for Nordic countries or common law systems. The expansion of the EU to Central and Eastern Europe, furthermore, raised the question to what extent legal concepts developed in Western Europe could be transferred to the newer Member States. As was also observed by Michele Graziadei, a further exploration of the different routes that the developments of private law took in different Member States may serve a better understanding of what is European in the way that private legal relationships are addressed.

9. On the basis of this overview of different contributions to the Florence conference, the European in European private law may in any case be said to have market, justice and cultural dimensions. The debate on these themes invited further reflections on two aspects of research methodology: interdisciplinarity and interpretation.

10. In line with the substantive focus on market, justice and culture, the interdisciplinary study of topics in the field of European private law borrows insights from inter alia economics, behavioural studies, philosophy and sociology. The interaction with other disciplines has enriched the understanding of, for instance, consumer contract law, where behavioural approaches make visible to what extent private legal measures induce the intended consumer behaviour and to which extent they often fail to do so (14). At the same time, some caution might be taken — when learning from economic

---

(13) *http://common-core.org/* (last consulted on 8 July 2020).

(14) J.A. Luzak, *Who Calls the Tune? Stocktaking of Behavioural Consumer Protection in Europe*, in H.-W. Micklitz, A.L. Sibony and F. Esposito (eds), *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, 2018, pp. 239-275.

theory, for example, Stefan Grundmann pointed out that not all insights may be immediately translatable, insofar as law is not a science of measuring, but a science of balancing.

11. An interdisciplinary approach in any case seems called for in areas where technological developments are at issue. The birthday conference dedicated a panel to the discussion of this phenomenon, which presents new issues but also has the potential to serve further integration in private law. In the first place, technology poses new challenges to private law, as illustrated by the expansion of private powers through digital platforms such as Facebook. Further examples include the regulation of the assessment of creditworthiness through algorithms (15) and the question of who should be liable for damage caused by self-driving cars (16). In his presentation, Pasquale Femia highlighted some of the problems in the area of law and technology, for instance regarding the amplification of existing biases through algorithms and the flawed statistical correlations that may result from big data analyses. European private law may borrow insights from technological studies to regulate such matters effectively.

12. Furthermore, technology has the potential to make a positive contribution to the aims pursued through European private law. Giovanni Sartor elaborated on the ways in which artificial intelligence (AI) can be used as a force for good. The automatization of unfair terms control provides an example. In this context, the online tool Claudette offers an easy and accessible means for detecting standard contract terms that are possibly unfair according to EU consumer law (17). Rather than having to check each term separately, AI can enhance our human capacities by automatizing part of the process.

---

(15) F. Morello, *The Technological Dimension of Mortgage Lending. A European Private Law Perspective* (LL.M. thesis, University of Pisa, on file with author).

(16) I. Carnat, *A Critical Analysis of Dir. 374/85 in the New Context of Product Liability and the Internet of (Intelligent) Things* (LL.M. thesis, University of Brescia, on file with author).

(17) *http://claudette.eui.eu/index.html* (lasts consulted on 8 July 2020. See also H.-W. Micklitz, P. Palka and Y. Panagis, *The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, pp. 367-388.

13. While the interdisciplinary approach may be a more recent addition to the field, a methodological aspect of European private law that has a longer tradition is that of interpretation. The methods for interpretation of norms of private law determine to what extent EU rules that address specific problems can be reconciled with national private legal orderings and can, thus, redress power imbalances. With regard to this interaction between the European and the national levels, Stefano Pagliantini's contribution to the conference advocated a search for optimal harmony among a plurality of sources.

14. Given the institutional structures in which European private law finds application, the reconciliation of legal sources deriving from national and European law is often left to domestic courts and the Court of Justice of the EU. Valentina Calderai raised the question of how judges in specific cases should choose among different interpretations of private law in light of its Europeanisation. Referring to Norbert Reich's *General Principles of EU Civil Law* (18). she proposed that the formulation of legal principles for European private law might offer guidance.

15. In the absence of more comprehensive private law legislation on the European level, a turn to principles seems to resonate with several aspects of the debate on European private law. In the process of the formulation of a Draft Common Frame of Reference (DCFR) (19), foundational principles of private law were broadly discussed (20). Some case law of the CJEU even hinted at the judicial

---

(18) N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp, 2014. The final panel in the conference was further inspired by G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione: Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014.

(19) C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds), *Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009.

(20) B. Fauvarque-Cosson, *The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law*, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (eds), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, 2011, pp. 80-85.

identification of shared principles of private law (21). While these developments have not resulted in a binding set of private legal principles, they do seem to adhere to a more general debate on a bottom-up emergence of a European private legal order.

16. In particular, the current debate concerns the impact of fundamental rights on European private legal cases, which has taken flight since the coming into force of the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR) in 2009. At the conference, Emanuela Navarretta elaborated on the possibilities for addressing social issues through a "constitutionalisation" of private law (22). For example, in cases that concern access to housing under fair contract conditions a reliance on fundamental rights may offer a counterweight to strongly economic views on contract law (23). In line with Navarretta's contribution, it may be submitted that the social dimension of housing can be strengthened by the consideration of a right to non-discrimination and possibly the further conceptualisation of a right to housing (24).

17. The constitutionalisation of private law in Europe may, thus, provide some answers to today's questions on the relations between market, justice and cultural perspectives on the field. Rules of European private law that curb the power of strong private actors such as Facebook, for instance, might find a basis in their weaker counterparties' fundamental rights. As Antonio Punzi observed, the EUCFR may be seen as a common point of reference in a shifting order of European private law. In line with Aurelia

---

(21) Case C-277/05 *Société thermale d'Eugenie-les-Bains v. Ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie*, CJEU 8 July 2007, ECLI:EU:C:2007:440; Case C-412/06 *Annelore Hamilton v. Volksbank Filder*, CJEU 10 April 2008, ECLI:EU:C:2008:215; Case C-489/07 *Messner v. Firma Stefan Krüger*, CJEU 3 September 2009, ECLI:EU:C:2009:502; Case C-215/08 *E. Friz GmbH v. Carsten von der Heyden*, CJEU 15 April 2010, ECLI:EU:C:2010:186.

(22) See also E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato: Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

(23) *Ibid*., pp. 103-108.

(24) For an analysis of the development of the right to housing in the case law of the CJEU and the ECtHR, see I. Domurath and C. Mak, *Private Law and Housing Justice in Europe*, in *The Modern Law Review*, 83 (2020), 6, p. 1188, available at *https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2230.12557* (last consulted 8 July 2020).

Colombi Ciacchi's contribution to the conference, one might even say that the Charter introduces a truly European element in private legal cases, as it allows for the interaction between shared fundamental norms and national legal cultures (25).

18. However, to what extent constitutionalisation, understood as an integration of fundamental rights reasoning in private legal judgments, will serve the further elaboration of the social dimension of private law in Europe is not certain. In accordance with Olha Cherednychenko's views on the topic (26), a further assessment will have to be made of the actual impact of Charter rights in private law. Insofar as the EUCFR gives a fundamental rights status to economic rights such as the freedom to conduct a business, there even is a risk that it will strengthen market rationales at the expense of social rights (27). With Hans Micklitz, we may, therefore, continue to question both the potential contributions and the darker side of constitutionalisation — what remains for private law? And with Giuseppe Vettori, we may emphasise the importance of guaranteeing the democratic basis for the development of private law in the interaction between the Member States and the EU.

19. What then is European in European private law? Reflecting on the many insights brought forward on the conference day, the answer might be either "everything" or "nothing". Since the possible influence of EU law has to be considered for all private legal questions, it has become almost impossible to think of private law without addressing the extent to which it has been Europeanised (28). At the same time, in the absence of a comprehensive

---

(25) A. Colombi Ciacchi, *Judicial Governance in European Private Law: Three Judicial Cultures of Fundamental Rights Horizontality* in *European Review of Private Law*, 2020, 4, pp. 931 ff.

(26) On the importance of the different "grammars" of public and private law for EU private law, including the constitutionalisation of private law, see O.O. Cherednychenko, *Rediscovering the Public/Private Divide in EU Private Law*, in *European Law Journal*, 2019.

(27) M. Bartl, C. Leone, *Minimum Harmonisation and Article 16 of the CFREU. Difficult Times Ahead for Social Legislation?*, in H. Collins (ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge/Antwerp, 2018, pp. 113-124.

(28) In this sense, also Michele Graziadei's contribution in this book, *Obviously European?*, pp. 67 ff.

codification, private law and Europe also remain two distinct entities. In light of these two positions, it remains necessary to address the interaction between the two levels, in which a shared articulation of what is European may be found.

20. Against this backdrop, at a time in which solidarity among European countries is once more under pressure, some hope may be expressed that private law can help divide the burden among private actors affected by the Covid-19 crisis. Questions on, for instance, consumer credit and the provision of digital services are governed by rules deriving from the two levels of governance. Although today's European private law may not yet have fully developed a new language for addressing such questions, it has certainly enriched the vocabulary for discussing private legal matters that surpass the national sphere.

21. Returning to the metaphor of the islands in the ocean, finally, something may have shifted in the way in which scholarship sees the relationship between the national and the European. The idea of fragments of EU law being surrounded by private law might, at least in some instances, be reversed. The necessity to integrate European law in private law reasoning brings to mind islands of private law — for example concerning housing or digitalisation — in an ocean of European law — including the EUCFR.

22. On the basis of the discussions that took place at the birthday conference in Florence, in conclusion, what is European in European private law can be said to not only be concerned with a top-down influence of EU law on national law. It also illuminates the interrelations between citizens in the Member States that are mediated through a shared Europeanisation of national private laws. As difficult as it can be to capture these dynamics in academic discourses, what may be most characteristic of the European in European private law might be its reflexivity.

INDICE DEI NOMI

Abegg, Andreas: 75
Accetto, Matej: 179
Addis, Fabio: 223, 234, 270
Afilalo, Ari: 33, 285, 296
Ağartan, Kaan: 297
Ahlert, Marlies: 116
Ainis, Michele: 318
Akerlof, George Arthur: 53, 55, 127
Al-'Azm, Sadik Jalal: 154
Albanese, Antonio: 53, 62
Albanesius, Chloe: 339
Álbritton, Robert: 292
Alexy, Robert: 327
Allen, Amy: 154
Allison, JohnW.F.: 71
Alpa, Guido: 5, 53, 64, 71, 263, 275, 286, 287, 311, 312, 313, 327
Amato, Giuliano: 318
Amatori, Franco: 292, 293
Amtenbrink, Fabian: 87, 89, 282, 293
Anagnostou, Dia: 288
Ancel, Pascal: 282
Anderson, Benedict: 137
Anderson, Lisa: 113
Andronico, Alberto: 262
Angiolini, Chiara: 302
Annunziata, Filippo: 284
Anzon demmig, Adele: 316
Apa, Ernesto: 310, 319
Arendt, Hannah: 3
Arensberg, Conrad Maynadier: 294
Arezzo, Emanuela: 317
Arnull, Anthony: 7, 10, 179
Aron, Raymond: XXXIII
Ascarelli, Tullio: 8, 9, 20, 228, 269
Ashton, Kevin: 322
Atamer, Yeşim Müride: 60
Atiyah, Patrick Selim: 46, 166
Auer, Marietta: 180
Aumann, Robert John: 107, 118
Azara, Alberta: 237
Azoulaï, Loïc: XXXI, 26, 27, 29, 33, 42, 91
Azzarri, Federico: 38, 52, 61

Baarsma, Barbara: 42
Bachelard, Gaston: 329, 340
Bachelet, Vittorio: 221, 222, 237
Badeen, Dennis: 292
Bagchi, Aditi: 148, 164
Baldwin, Robert: 128
Ballestrero, Maria Vittoria: 189
Banerjee, Abhijit: 113, 114
Barak, Justice Aharon: 182
Barak-erez, Daphne: 182
Barba, Angelo: 326
Barbera, Augusto: 316
Barberis, Nicholas: 110
Barbou des places, Ségolène: XXXI
Barcellona, Mario: 257
Barcellona, Pietro: 48
Bargelli, Elena: 57
Bar-gill, Oren: 55, 90, 127
Barker, Kit: 70
Barnard, Catherine: 189
Barnes, Jeb: 91
Barnett, Randy Evan: 164
Bartl, Marija: 89, 157, 199, 352
Bartole, Sergio: 313
Basedow, Jürgen: 80, 279
Bassini, Marco: 310, 319
Bastianon, Stefano: 234
Battelli, Ettore: 29, 64

Baums, Theodor: 115
Bazerman, Max: 112
Beach, Steven: 111
Beale, Hugh: XXIX
Beaud, Olivier: 27
Becher, Shmuel I.: 90
Beka, Anthi: 346
Bellamy, Richard: 137
Bellivier, Florence: 300, 301
Ben shahar, Omri: 35, 127
Benacchio, Gian Antonio: 23, 69, 287,289, 309
Benartzi, Shlomo: 108
Benedetti, Alberto Maria: 23, 25
Benedetti, Giuseppe: XIV, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 314, 350
Benhabib, Jess: 111
Benson, Peter: 164
Bergé, Jean-Sylvestre: 179
Berger, Wolfram: 113
Berlin, Isaiah: 160
Bernitz, Ulf: 178
Bernstein, Herbert: 80
Betti, Emilio: 4, 271
Bianca, Cesare Maria: 130, 180, 309, 324
Bieder, Marcus: 15
Bifulco, Raffaele: 263, 336
Bigliazzi geri, Lina: 59, 66
Bignami, Francesca: 91
Bikhchandani, Sushil: 107, 113, 114
Bin, Roberto: 299
Bisin, Alberto: 111
Blüdhorn, Jürgen: 28
Board, Oliver: 127
Bobbio, Norberto: 8, 45, 46, 188, 263, 309
Böhner, Reinhard: 123
Bordalo, Pietro: 110
Bornstein, Brian: 108
Bosa, Salvatore: 326
Bouckaert, Boudewijn: 122
Boucon, Lena: 27
Brandner, Hans Erich: 15, 169
Brauneder, Wilhelm: 275
Bravo, Fabio: 326
Breccia, Umberto: 4, 5, 12, 14, 17, 23, 29, 50, 54, 218
Brest, Paul: 108
Brickley, James A.: 122
Brooks, Thom: 138
Brownsword, Roger: 75, 286, 287, 345, 350
Brunkhorst, Hauke: XXXII
Brunnermeier, Markus Konrad: 113
Bufano, Emilio: 198, 199
Buğra, Ayşe: 297
Büllesbach, Alfred: 10
Bürge, Alfons: 75
Burke, Thomas F.: 91
Busch, Danny: 108
Bussani, Mauro: 82, 287
Bydlinski, Peter: 45

Cabantous, Laure: 108
Cafaggi, Fabrizio: XII, XIII, 17, 26, 35, 43, 51, 57, 58, 63, 67, 70, 97, 130, 131, 179
Calabresi, Guido: 76
Calamandrei, Piero: 31
Calderai, Valentina: XIII, XIV, 14, 28, 37, 350
Calligaro, Oriane: 88
Calvino, Italo: 93
Camardi, Carmelita: 6, 7, 268, 269
Camerer, Colin Farrell: 116, 118
Campbell, David: 73
Campbell, John: 108
Cananzi, Daniele M.: 265, 266
Canaris, Claus-Wilhelm: 9, 182
Candian, Albina: 23
Cangiani, Michele: 294
Cannizzaro, Enzo: 179
Canzio, Giovanni: 256
Capaldo, Giuseppina: XXI
Caporusso, Simona: 240
Cappelletti, Mauro: 76, 91
Cappellini, Paolo: 46
Carbone, Sergio Maria: 179
Cardner, Cecilia: 178
Carleo, Alessandra: 264
Carnat, Irina: 349
Carnelutti, Francesco: 63

Carnevale, Peter: 112
Cartabia, Marta: 175, 184, 185
Caruso, Daniela: 150, 295
Casella, Mario: 39
Casonato, Carlo: 336
Cassese, Sabino: 88, 317
Castellani, Luca: 81
Castronovo, Carlo: 6, 38, 53, 62, 180
Catanzariti, Mariavittoria: 294
Cave, Martin: 128
Cearley, Reed: 110
Chalmers, Damian: 7
Chater, Nick: 108
Cherednychenko, Olha O.: XII, 19, 69, 148, 313, 352
Cherry, Bennett: 126
Chessa, Omar: 318
Chiarella, Maria Luisa: 177
Choi, Stephen: 35, 50, 127
Chrisman, Laura: 143
Cian, Giorgio: 62
Ciaramelli, Fabio: 266
Clive, Eric: XXIX, 350
Coase, Ronald Harry: 338, 341
Cohen, Jared: 319
Cohen, Julie E.: 296, 302
Coing, Helmut: 28, 76
Colaert, Veerle: 43
Cole, Daniel: 110
Collins, Hugh: 35, 37, 122, 352
Colombi ciacchi, Aurelia: XII, 344, 352
Colombo, Giorgio Fabio: 284
Colomo, Pablo Ibáñez: 18
Comandè, Giovanni: 336
Comparato, Guido: XIV, 7, 23, 28, 29, 83, 137, 344
Constant, Benjamin: XXX
Constantinides, George M.: 110
Conte, Giuseppe: 311, 312, 314, 316
Conti, Roberto: 316
Corazzini, Luca: 114
Cordero-Moss, Giuditta: 35
Costa, Pietro: XV, XVI, 20
Costa, Sergio: XXXII
Craswell, Richard: 198
Crenshaw, Kimberly: 148
Cremona, Elia: XI, 323, 334, 339
Crisafulli, Vezio: 11, 312
Cuffaro Vincenzo: 326

D'Adda, Alessandro: 37, 38, 222, 223, 238
D'amico, Giovanni: 6, 61, 231, 232, 234, 238, 243, 247, 249, 312, 313, 315
D'angelo, Andrea: 25, 219, 222, 302, 315
D'auria, Massimo: 43
Dagan, Hanoch: 87, 165, 166
Dalmartello, Andrea: 61
Damman, Jens: 53
Dark, Frederick: 122
David, René: 76
Davies, Bill: 91
Davies, Gareth: 87, 282, 293, 346
Davis, Kevin E.: 302, 304
De Búrca, Gráinne: XXVIII, 150, 311
De Cock buning, Madeleine: 35
De Cristofaro, Giovanni: 23, 37, 303
De Filippi, Primavera: 27
De Franceschi, Alberto: 85, 302
De Geest, Gerrit: 122
De la Cuesta de los Mozos, Maria Paz: 149
De Mauro, Antonio: 231
De Minico, Giovanna: 310
De Nova, Giorgio: 37, 238
De Sousa Santos, Bonaventura: XXXIII, 153
De Witte, Bruno: 83, 311
Deakin, Simon: 189
Dedek, Helge: 279, 280, 284
Dei, Luigi: 345
Delfini, Francesco: 227, 237, 238
Del Vecchio, Giorgio: 20
Della Cananea, Giacinto: 287
Della Casa, Matteo: 54, 56, 62, 63, 65
Della Massara, Tommaso: 23
Della negra, Federico: 26, 60
Dellavigna, Stefano: 111
Denozza, Francesco: 198
Derrida, Jacques: 266, 299
Di Ciommo, Francesco: 318
Di Clemente, Diane: 108

Di Fabio, Udo: 106
Di Majo, Adolfo: 45, 180
Dickson, Julie: XXIV, XXVI, XXXIII, 33, 155
Dilcher, Gerhard: 46
Dnes, Anthony: 122
Dolmetta, Aldo Angelo: 62
Domat, Jean: 46
Domurath, Irina: 60, 346, 351
Dorfman, Avihay: 165
Doria, Giovanni: 256
Drexl, Josef: 24, 53, 303
Drobnig, Ulrich: 80
Dubber, Markus D.: 280
Ducci, Francesco: 338
Dürig, Günter: 182
Dürr, Hans-Peter: XXXIII
Duve, Thomas: 280
Dworkin, Ronald: XXVI, 181
Dylan, Bob: 342

Easterbrook, Frank: 115
Eckes, Christina: 138
Eco, Umberto: 30
Eddy, Max: 320
Eeckhout, Piet: 10
Einhorn, Talia: 80
Einstein, Albert: XXXIII
Eleftheriadis, Pavlos: XXIV, XXVI, XXXIII, 33
Eleswarapu, Venkat: 127
Eliot, Thomas Stearns: 307, 342
Ellscheid, Günter: 10
Emerich, Yaëll: 86
Emler, A. Christine: 108
Engel, Christoph: 131, 132
Enneccerus, Ludwig: 182
Enriques, Luca: 105
Erhard, Ludwig: 212
Esposito, Fabrizio: 348
Evrigenis, Dimitrios: 76

Fabbrini, Federico: 189
Falzea, Angelo: 218
Faure, Michael G.: 71
Fauvarque-Cosson, Bénédicte: XXX, 350
Federico, Andrea: 16, 38, 221
Femia, Pasquale: 5, 41, 55, 349
Fenton-O'Creevy, Marc: 108
Fenwick, Helen: 288
Ferrajoli, Luigi: 312
Ferrari zumbini, Romano: 261
Ferrarini, Guido: 108
Fischel, Daniel: 115
Fischhoff, Baruch: 111
Foret, François: 88
Forst, Rainer: 138, 139, 140, 143, 161, 163, 165, 166
Foster, Chase: 91
Foucault, Michel: 13, 24, 51, 56, 198
Foxall, Gordon: 108
Fraenkel, Ernst, 106
Francq, Stéphanie: 179
Fraser, Nancy: 148
Frege, Gottlob: 11
Frerichs, Sabine: 294
Fricker, Miranda: 152
Friedman, Lawrence Meir: 275
Friedmann, Daniel: 182
Frosini, Tommaso Edoardo: 310, 319
Fuchs, Andreas: 15, 62

Gabrielli, Enrico: 37, 41, 326
Gadamer, Hans-Georg: 38, 39, 267
Gaio: 45
Galloux, Jean-Christophe: 300
Gambaro, Antonio: 275, 285, 286
Gardeñes santiago, Miguel: 179
Gennaioli, Nicola: 110
Genovese, Andrea: 43
Gentili, Aurelio: 5, 8, 23, 28, 30, 32, 45, 47, 48, 63
Ghestin, Jacques: 301
Ghidini, Gustavo: 317
Gianniti, Luigi: 176
Giliker, Paula: 288
Gilmore, Grant: 44
Gintis, Herbert: 116, 117
Girolami, Matilde: 219, 230
Gitti, Gregorio: 25, 193
Giubboni, Stefano: 88, 190, 214
Giunti, Patrizia: 345

Goanta, Catalina: 319
Godfrey, Mark: 280
Goeree, Jacob: 114
Gómez Pomar, Fernando: 36, 54, 58
Gordley, James: 92
Gorla, Gino: 13, 21, 22, 46, 76
Granovetter, Mark: 118, 292
Grassetti, Cesare: 21, 47
Grassi, Stefano: XX
Graziadei, Michele: XV, 23, 45, 68, 69, 74, 77, 82, 91, 304, 309, 348, 352
Greco, Fernando: 231, 232
Gregor, Mary Jeanne: 142
Greiner, Ben: 114
Grimm, Dieter: 137
Grisi, Giuseppe: 217, 223, 228, 257
Grødeland, Åse Berit: 275, 280, 282, 284, 285
Grondona, Mauro: 15
Groppi, Tania: 311
Grossi, Paolo: VII, XI,X, XXIV, 10, 72, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 315, 342
Grossman, Peter: 110
Grossman, Sanford: 109
Groussot, Xavier: 178
Grundmann, Stefan: XI, XIII, XXVI, 25, 41, 51, 53, 64, 97, 102, 104, 105, 108, 112, 115, 127, 130, 131, 132, 180, 287, 313, 347, 349
Grunsky, Wolfgang: 53
Grusic, Ugljesa: 179
Guastini, Riccardo: 11
Gulati, Mitu: 35, 50

Habermas, Jünger: 138, 139, 140, 143, 144, 147, 172, 299
Hacker, Philipp: 27, 104, 105, 108, 128, 132
Hagiu, Andrei: 321
Haigh, Michael: 108
Hall, Peter A.: 287, 292
Hallstein, Walter: 76, 78
Halson, Roger: 73
Hancké, Bob: 292
Hantula, Daniel: 108
Hardy, Henry: 160
Harris, Milton: 110
Harsanyi, John: 117
Hart, Herbert Lionel Adolphus: 11, 16, 39
Hart, Oliver: 109
Hartkamp, Arthur: 45, 178, 282, 344
Haskel, Jonathan: 310
Hassan, Samer: 27
Hassemer, Winfried: 10
Hayek, Friedrich A.: 112, 119
Hazard, Paul: 305
Healy, Kieran: 300
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: XXX
Heidegger, Martin: XX, XXXIII, 75, 259, 260, 263, 265
Heisenberg, Werner Karl: XXXIII
Heller, Michael: 165
Helleringer, Geneviève: 276, 279, 280, 281, 285
Hensen, Horst-Diether: 15
Heringa, Alt Willem: 282
Hermalin, Benjamin E.: 198
Hermitte, Marie-Angèle: 300
Herre, Johnny: XXIX
Hesselink, Martijn W.: XI, XXX, XXXIII, 28, 85, 87, 142, 147, 155, 157, 162, 165, 166, 168, 178, 281, 347
Hirshleifer, David: 107, 113, 114
Hobbes, Thomas: 335
Hoch, Marjorie: 180
Hofer, Sybille: 74
Holmes, John: 126
Holmes, Stephen: 72
Holt, Charles. A.: 113
Hondius, Ewoud: 35, 90
Honsell, Heinrich: XXX
Hopt, Klaus J.: 279
Horn, Norbert: 37
Horspool, Margot: 282
Horwitz, Morton J.: XXV
Howarth, David: 283
Howells, Geraint: 37
Howse, Robert: 311
Huber, Jacob: 335

Huck, Steffen: 108
Huet, Jérôme: XXIX, XXX
Hung, Angela: 114

Iamiceli, Paola: 179
Iannarelli, Antonio: 288
Imbruglia, Daniele: XXI
Inderst, Roman: 108
Infantino, Marta: 91
Ipsen, Hans Peter: 182
Irti, Natalino: 11, 45, 47, 48, 49, 235, 257, 261, 262, 264
Issacharoff, Samuel: 66

Jaasma, Marjorie, A.: 126
Jäckel, Eberhard: XXXIV
Jamin, Christophe: 283
Janal, Ruth: 320
Jansen, Nils: 7, 37, 46, 85
Jayme, Erik: 282
Jensen, Darryn: 70
Jessop, Bob: 296
Joerges, Christian: XXX, 122, 142
Jolls, Christine: 107, 117
Jolowicz, John Anthony: 76
Jones, Paul: 112

Kahneman, Daniel: 107, 109, 110, 111, 128
Kahn-freund, Otto: 76
Kan, Michael: 339
Kant, Immanuel: XXV, 14, 28, 74, 142, 145, 158, 166, 309
Kantorowicz, Ernst Hartwig: XXXIV
Kas, Betül: 344
Kaser, Max: 46
Kasirer, Nichola: 81, 92
Katz, Avery W.: 198
Kaufmann, Arthur: 10, 230
Kelemen, Roger Daniel: 91
Kelsen, Hans: 10, 11
Kennedy, Duncan: XXXII, 92
Kenny, Mel: 73
Kerber, Wolfgang: 41
Keren, Gideon: 111
Kessler, Friedrich: 9, 20, 40, 41, 44, 51
Khan, Lina M.: 339
Kjaer, P.F.: 79, 89, 293, 297
Klass, Gregory: 148
Klein, Maury: 297
Klijnsma, Jetta: 149
Klinck, Fabian: 57
Klöhn, Lars: 119
Knetsch, Jack: 128
Kochenov, Dimitry: XXVIII, 87, 89, 150, 282, 293
Kokott, Julianne: 17, 311
Koopmans, Thijmen: 76
Koper, Randall: 126
Köszegi, Botond: 128
Kötz, Hein: 15, 80, 285, 286
Krastev, Ivan: 72
Krieger, Linda Hamilton: 108
Kronman, Anthony: 44
Kuehn, Manfred: 158
Kuhn, Thomas S.: 4
Kukovec, Damian: 150
Kumm, Mattias: 314
Kummer, Joachim: 53

Ladeur, Karl-Heinz: 26
Laibson, David: 110, 111, 117
Lajtos, Ildiko: 116
Lando, Ole: 180
Langhanke, Carmen: 302
Larenz, Karl: 9
Law, Stephanie: 43, 57, 58, 63
Leczykiewicz, Dorotha: 30, 35, 57, 70, 178, 179, 346
Lee, In Ho: 114
Legrand, Pierre: 85, 281, 282
Leibniz, Gottfried Wilhelm: 158
Leisner, Walter: 182
Leone, Candida: 60, 168, 345, 352
Lepsius, Oliver: 106
Lequette, Yves: XXX, 300
Letsas, George: 148
Letto-vanamo, Pia: 348
Leveck, Brand: 108
Leveneur, Laurent: 300
Levi-faur, David: 27
Libertini, Mario: 198, 226
Lichtenstein, Sarah: 111

Lidgard, Hans Henrik: 178
Limpens, Jean: 76
Lindacher, Walter F.: 37
Lindeboom, Justin: 87, 282, 293
Lipari, Nicolò: 6, 7, 10, 19, 51, 179, 218, 219, 223, 224, 226, 230, 231, 240, 256, 286
List, John: 108
Liu, Wendy: 314
Livni, Ephrat: 337, 338
Lobuono, Michele: 313
Lodge, Martin: 128
Lohsse, Sebastian: 320
Lombardi vallauri, Luigi: 9
Lomfeld, Bertrand: 292
Lorenzon, Sara: 299
Lucchi, Nicola: 299
Luciani, Massimo: 11
Lucy, William: 70
Luhmann, Niklas: XXXI, 14, 121
Luth, Hanneke A.: 61
Luzak, Joasia: 348
Lyczkowska, Karolina: 58

Macario, Francesco: 5, 313
Macaulay, Stewart: 101
Macfie, Alexander Lyon: 154
Macneil, Ian R: 99, 101, 198
Maduro, Miguel: 26, 70
Maffeis, Daniele: 61
Magone, José: 91
Mahoney, Julia D.: 301
Maine, Henry Sumner: XXVI
Maitland, Frederic William: 72
Mak, Chantal: X, XII, 313, 351
Mak, Vanessa: 27, 90, 286
Malfatti, Elena: 316
Malgieri, Gianclaudio: 336
Malinvaud, Philippe: XXX
Mangia, Alessandro: 193
Mann, Dennis-Jonathan: 280, 282
Mannoni, Stefano: 338
Marchetti, Carlo: 23
Marella, Maria Rosaria: 299
Marini, Giovanni: 293
Marotta-Wurgler, Florencia: 302, 304
Martinelli, Alberto: 292
Martuccelli, Silvio: 43, 58
Massip, Jacques: 300
Matiaske, Wenzel: XXXII
Mattei, Ugo: XXIX, 23, 82, 287, 299
Maugeri, Marisaria: 25, 198, 224, 225, 226, 240, 289
Maunz, Theodor: 182
Mazeaud, Denis: 180
Mazzamuto, Salvatore: 19, 41, 179, 200, 221, 240, 243
Mcguire, C. B.: 117
Mckelvey, Richard: 116
Medema, Steven: 117
Mehring, Reinhard: 276
Mengoni, Luigi: 14, 22, 40, 53, 181
Merkl, Adolf: 218
Merryman, John Henry: 70, 76
Messick, David: 112
Messina, Giuseppe: 21
Metzger, Axel: 302, 329
Mezzanotte, Francesco: 289, 310, 313
Michaels, Ralf: 7, 46, 75, 279, 280, 287, 344, 345
Michelini, Gualtiero: XVII
Micklitz, Hans-Wolfgang: XI, XIII, XIV, XXVI, XXVIII, XXXI, 7, 23, 24, 25, 26, 28, 30, 34, 37, 41, 42, 52, 57, 60, 62, 63, 66, 70, 74, 75, 78, 79, 80, 86, 87, 89, 95, 97, 102, 150, 177, 184, 197, 199, 214, 239, 274, 281, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 304, 305, 308, 310, 317, 318, 319, 330, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 352
Miers, David: 64
Miller, William L.: 276, 280, 282, 284, 285
Minervini, Enrico: 64
Mitchell, John David Bowden: 76
Modugno, Franco: 264, 271, 310
Moloney, Niamh: 61
Monateri, Pier Giuseppe: 266
Montanari, Bruno: 262
Monti, Alberto: 23
Moore, Don: 112
Moore, John: 109

Moore. martin: 320, 322
Morello, Filippo: 17, 349
Munshi, Sherally: 151

Nagli, Rosemarie: 116
Narayan, Uma: 154
Natoli, Ugo: 313
Navarretta, Emanuela: XI, XII, 6, 9, 13, 14, 23, 25, 34, 39, 41, 180, 189, 218, 223, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 248, 254, 255, 299, 312, 313, 314, 351
Nercelius, Joakin: 178
Nervi, Andrea: 15, 25
Neumann, Franz Leopold: 182
Neumann, Ulfrid: 10
Neville brown, Lionel: 76
Nicolaidis, Kalypso: 311
Nicola, Fernanda: XXIX, 91
Nicolò, Rosario: 313
Nicolussi, Andrea: 53, 238
Nietzsche, Friedrich: XXXIII, 261, 262, 263
Niglia, Leone: XXXII, 75, 155, 286, 287, 345, 350
Nipperdey, Hans Carl: 182
Niro, Raffaella: 318
Nivarra, Luca: 24, 41, 179, 216 238
Noiville, Christine: 300, 301
Nonne, Luigi: 25
Norton, Seth: 122
Novitz, Tonia: 189
Nozick, Robert: 164, 198
Nuzzo, Mario: 7

O'Neill, Onora: 145
Onida, Valerio: 314
Oppo, Giorgio: 326
Orlandi, Mauro: 36
Orlandini, Giovanni: 189
Östlund, Allison: 35
Ottow, Annetje: 26
Ovádek, Michal: 106

Padoa-Schioppa, Antonio: 72, 279
Pagliantini, Stefano: XII, XIV, 6, 38, 39, 43, 45, 55, 57, 60, 61, 62, 65, 175, 179, 218, 224, 232, 238, 243, 326, 350
Palfrey, Thomas: 116
Palka, Przemysław: 349
Palmer, Vernon: 92
Panagis, Yannis: 349
Pardolesi, Roberto: 315
Pasa, Barbara: 74
Passagnoli, Giovanni: 38
Passanante, Luca: 12
Pataut, Etienne: XXXI
Patterson, Dennis: 33, 285, 296
Patti, Francesco. Paolo: 315
Patti, Salvatore: 53
Pearson, Harry W.: 294, 296
Pech, Laurent: 89
Peifer, Karl-Nikolaus: 304
Pellier, Jean-Denis: 244
Pennasilico, Mauro: XXI, 38, 43
Perelman, Chaïm: 269
Perlingieri, Giovanni: 16, 221, 224, 227, 228
Perlingieri, Pietro: 5, 218, 238, 314
Perrone, Andrea: 61
Pertot, Tereza: 303
Pescatore, Pierre: XXIV
Pettito, Domenico: 23
Pfeiffer, Gerd: 53
Pfeiffer, Thomas: 53
Phelan, John: 338
Philipps, Lothar: 10
Phillips, Lawrence: 111
Phillipson, Gavin: 288
Piccone, Valeria: 313
Pihlajamäki, Heikki: 280
Pino, Giorgio: 269, 312
Piraino, Fabrizio: 6
Pistor, Katharina: 148, 283, 291, 296
Pitruzzella, Giovanni: 318
Piva, Paolo: 179
Plaia, Armando: 228, 229, 240
Plante, Marie-Andrée: 86
Plott, Charles: 114
Poillot, Elise: 59, 180
Polanyi, Karl: 293, 294, 296
Polidori, Stefano: 221
Polinsky, A. Mitchell: 188

Pollicino, Oreste: 310, 313, 319, 327
Pope, Devin: 108, 128
Porat, Ariel: 299
Post, Robert C.: 276
Powell, Walter W.: 97, 99, 102, 103, 107, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 125, 133
Pozzo, Barbara: 23, 82
Praduroux, Sabrina: 288
Prassl, Jeremias: 190
Prechal, Sacha: 311
Prien, Thore: XXXII
Pritchard, Adam: 127
Procaccia, Uriel: 90
Proto pisani, Andrea: 218
Pugliatti, Salvatore: 313
Punzi, Antonio: XII, XIII, 352
Purnhagen, Kai: 29, 276, 279, 280, 281, 285, 296

Quaglioni, Diego: 46

Rabin, Matthew: 110, 128
Radner, Roy: 117
Raimondi, Guido: 189
Raiser, Ludwig: 15, 22, 51
Rawls, John: 136, 138, 145, 150, 159, 161, 172, 347
Ray, Siladitya: 334
Raz, Joseph: 159, 165
Rehder, Britta: 91
Reich, Norbert: XI, XIII, 10, 16, 18, 26, 29, 42, 52, 58, 65, 70, 178, 179, 180, 269, 290, 311, 344, 350
Reimann, Mathias: XXXIII, XXXIV, 90, 92, 283
Rempel, John Karl: 126
Renan, Ernest: 137
Renner, Moritz: XIII, XXVI, 97, 102
Rescigno, Pietro: 41, 223, 281
Resta, Giorgio: XI, 284, 288, 294, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 328, 335, 347, 348
Revet, Thierry: 300, 301
Reynolds, Francis Martin Baillie: 76, 77
Rhodes, Martin: 292
Ricciardi, Mario: 270
Ricciuto, Vincenzo: 326
Ricœur, Paul: 8, 14, 49, 50
Riehm, Thomas: 303
Riesenhuber, Karl: 29, 53, 57
Rinaldo, Carlotta: 124
Ripepe, Eugenio: 17
Ritter, Joachim: 28
Rivero, Jean: 76
Rizzo, Vincenzo: 37, 38, 43
Robert, Christopher: 112
Robertson, John A.: 301
Rochet, Jean-Charles: 321
RodotÀ, Stefano: X, 5, 50, 177, 294, 299, 301, 310, 327
Rodrik, Dani: 190
Roelofsma, Peter: 112
Romano, Alessandro: 105
Romano, Santi: 21, 34
Romboli, Roberto: 316
Röpke, Wilhelm: 198
Roppo, Vincenzo: IX, 6, 23, 25, 37, 219, 222, 302, 315
Rose-ackerman, Susan: 299
Roselli, Orlando: XV
Rosenboom, Nicole: 42
Ross, Don: 118
Ross, Malcolm: 179
Ross, Michael: 126
Rossetti, Andrea: 270
Rossi, Emanuele: 316
Rott, Peter: 29, 35, 179
Roulin, Alfred: XXX
Rovelli, Luigi: 256
Rubin, Edward L.: 87
Ruggeri, Lucia: 6
Rüstow, Alexander: 197, 198
Rüthers, Bernd: 9, 10
Rysman, Marc: 321

Sabel, Charles Frederick: 27
Sacchi, Roberto: 198
Sacco, Rodolfo: 8, 37, 76, 81
Sacconi, Lorenzo; 198
Said, Edward W.: 151
Saliger, Frank: 10
Salvi, Cesare: 189

Samuel, Ian: 66
Samuels, Warren: 117
Sandel, Michael J.: 296, 298
Sankari, Suvi: XXVIII, 26, 70
Santos, Alvaro: XXXII
Santoro-passarelli, Francesco: 270
Saprai, Prince: 137, 148
Sartor, Giovanni: 349
Satz, Debra: 296
Sauermann, Heinz: 116
Scalfi, Gianguido: 36
Scalisi, Vincenzo: 19, 216, 217, 218, 221, 222, 224, 227, 255, 259
Schaefer, Jan Philipp: 288
Schäfer, Frank L.: 61
Scharpf, Fritz Wilhelm: 137
Schener, Ulrich: 182
Scheuch, Silke: 53
Schiller, Karl: 212
Schillig, Michael: 53, 54
Shklar, Judith Nisse: 172
Schlesinger, Piero: 35, 49
Schmid, Christoph Ulrich: 87, 157, 345
Schmidt, Vivienne Ann: 146, 292
Schmidt, Eric: 319
Schmidt-kessel, Martin: 302
Schmidt-salzer, Joachim: 53
Schmitt, Carl: 276, 277, 278
Schmolke, Klaus Ulrich: 119
Schneider, Carl: 127
Schneider, Jochen: 10
Schotter, Andrew: 111
Schroth, Ulrich: 10
Schröter, Harm: 297, 298
Schuman, Robert: XXIV
Schulte-nölke, Hans: XXIX, 286, 350
Schulyok, Felix: 178
Schulze, Reiner: 85, 275, 286, 288, 320
Schwabe, Jürgen: 183
Schwartz, Alan: 53, 108
Schwartz, Paul M.: 304
Schweitzer, Maurice: 108, 128
Sciarabba, Vincenzo: 316
Sciarra, Silvana: 189
Scoditti, Enrico: IX, 7, 256, 257
Scognamiglio, Claudio: 37, 43, 315
Scognamiglio, Renato: 324
Scott, Mark: 324
Selten, Reinhard: 101, 107, 116, 117, 133
Sen, Amartya: 154
Senden, Linda: 35
Shavell, Steven: 90, 198
Shepel, Harm: 83
Shiffrin, Seana Valentine: 150, 164
Shleifer, Andrei: 110
Sibony, Anne-Lise: 55, 104, 348
Sieburgh, Carla: 30
Siehr, Kurt: 80
Sieren, Mara: 182
Silvestri, Gaetano: 189
Simon, Dieter: 10
Simon, Herbert A.: 116, 117
Simoncini, Andrea: XI, 310, 319, 336, 346, 347
Sirena, Pietro: 15, 23, 53, 289
Sloterdijk, Peter: XXV
Slovic, Paul: 111
Smith, Lionel: 82, 92
Smits, Jan M.: 84, 90, 286
Snyder, Francis: 179
Somek, Alexander: XXVI, XXXIII
Somma, Alessandro: 24, 288, 292
Sordi, Bernardo: XXII, 46, 71, 309
Soro, Antonello: 320
Soskice, David: 287, 292
Spivak, Gayatri Chakravorty: 143
Staudenmayer, Dirk: 320
Stazi, Guido: 338
Steel, Emily: 321
Stein, Friedrich: 31
Stella richter, Giorgio: 43
Stern, Fritz: XXXIII
Sterne, Lawrence: 79
Stier, Andreas: 279
Stigler, George: 112
Stolleis, Michael: 74
Storme, Matthias: XXIX
Straetmans, Gert: 43
Streeck, Wolfgang: 190, 292
Stulz, René M.: 110

Stürner, Michael: 283
Stuyck, Jules: 57, 58
Sugarman, Stephen: 299
Sunstein, Cass: 107, 111, 117
Svetiev yane:, XIV, 7, 23, 25, 28, 344
Swaminathan, Shivprasad: 158
Swann, Stephen: XXIX
Swedberg, Richard: 292

Tambini, Damian: 320, 322
Tang, Fang Fang: 116
Tarello, Giovanni: 10, 11, 46
Taruffo, Michele: 31
Tega, Diletta: 316
Terré, François: 36
Terryn, Evelyne: 43
Teubner, Günther: XXXII, 14, 123, 127, 130, 287, 340
Thaler, Richard: 107, 108, 110, 117, 128
Thatcher, Annemarie: 75
Thatcher, Mark: 292
Thobani, Shaira: 303, 328
Thomas, Yan: 45
Thomasius, Christian: XXV
Thompson, Rex: 127
Tierney, Stephen: 106
Tirole, Jean: 321
Tizzano, Antonio: 80, 311
Tjon soei len, Lyn K.L.: 149, 153
Toffoletto, Alberto: 198
Tombari, Umberto: XXII
Toulmin, Stephen: 59
Tridimas, Takis: XXVI, 10, 89, 178
Troiano, Onofrio: 318
Troper, Michel: 10
Trubek, David M.: XXXII
Trubiani, Franco: 222, 224
Tuori, Kaarlo: XXVIII, XXXII, 7, 26, 70, 88
Tversky, Amos: 107, 109, 110, 111, 128
Twigg-flesner, Christian.: 28, 35, 37, 57, 68, 81, 286
Twining, William: 64

Ulmer, Peter: 15, 169
Ulpiano: 309

Valle, Laura: 38
Valletta, Elisa: 236
Van caenegem, William: 283
Van der merwe, Cornelius: 92
Van duin, Joanna M.L.: 344
Van elten, Katharina: 91
Van gerven, Walter: 10
Van gestel, Rob: 87
Van schagen, Esther: 35
Varul, Paul: XXIX
Vassalli, Francesco: XIV
Vauchez, Antoine: 83
Vecchio, Fausto: 189
Veil, Rüdiger: 127
Velasco, Julian: 105
Veljanovski, Cento: 128
Velluzzi, Vito: 270
Venezia, Alberto: 126
Veneziano, Anna:: XXIX
Venkataraman, Kumar: 127
Versaci, Giuseppe: 327
Verschraegen, Gert: 106
Vettori, Giuseppe: VII, IX, XIII, XIX, XX, 6, 25, 30, 41, 68, 69, 75, 88, 95, 97, 131, 176, 179, 180, 185, 214, 228, 229, 231, 234, 253, 257, 258, 262, 266, 269, 270, 280, 283, 309, 310, 314, 315, 316, 319, 347, 352
Villa, Gianroberto: 25
Violante, Luciano: 179, 339
Vogt, Carsten: 116
Volcansek, Mary L.: 91
Von bar, Christian: 350
Von bogdandy, Armin: 87, 88, 278, 285
Von jhering, Rudolf: 71, 72
Von savigny, Carl Friedrich: XXXIV, 5, 28, 29, 276, 277, 309

Wagner, Helmut: 113
Walker, Neil: XXVII, 7, 106
Walzer, Michael: 297
Wandtke, Arthur-Axel: 159
Weatherill, Stephen: 30, 41, 57, 70, 75, 81, 167, 178, 190, 286, 288, 345, 346, 350
Weber, Max: 3, 6, 44, 63

Weiler, Joseph Halevi Horowitz: XXIV, 91, 92, 280, 311
Weischedel, Wilhelm: 28
Welch, Ivo: 107, 113, 114
Wendehorst, Christiane: 7
Werro, Franz: 287
Westlake, Stian: 310
Westra, Richard: 292
Whitman, James Q.: 92, 291, 295
Whittaker, Simon: 180
Wieacker, Franz: XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXXIV, 158, 278, 279, 280, 281
Wielsch, Dan: 56
Wilde, Louis: 28
Wilhelmsson, Thomas: 37, 57, 90
Wilkinson, Michael A.: XXVIII
Williams, Patrick: 143
Williams, Andrew: XXVIII, 150
Williams, Alexander: 70
Williamson, Oliver: 97, 102, 103, 109, 118, 125
Wittgenstein, Ludwig: 12
Wolf, Manfred: 37
Wolff, Christian: 158
Wonnell, Christopher: 122
Wright, Julian: 321
Wymeersch, Eddy: 61
Wurmnest, Wolfgang: XXX

Zaccaria, Giuseppe: 264
Zech, Herbert: 302
Zechhauser, Richard: 110
Zeitlin, Jonathan: 27
Zeno-zencovich, Vincenzo: 275, 282, 286, 287, 290, 293, 326, 328, 335
Zimmermann, Reinhard: XXXIV, 37, 84, 89, 180, 276, 279, 283
Zleptnig, Stefan: 179
Zoll, Fryderyk: XXIX
Zoppini, Andrea: 15, 23, 281, 289, 315
Zuboff, Shoshana: 321
Zuckerberg, Mark: 341
Zumbansen, Peer Constantin: 292
Zunzunegui, Fernando: 61

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONI

GIUSEPPE VETTORI, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile* VII

HANS-WOLFGANG MICKLITZ, *I limiti del patrimonio comune europeo e il movimento postclassico nel diritto privato europeo* XXIII

SAGGI

VALENTINA CALDERAI , *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti* 3

MICHELE GRAZIADEI, *Obviously european?* 67

STEFAN GRUNDMANN, *Processi decisionali nei contratti a catena e nelle reti di contratti* 95

MARTIJN W. HESSELINK, *Towards a critical theory of justice in european private law* 135

EMANUELA NAVARRETTA, *Principi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato* 173

STEFANO PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio* 215

ANTONIO PUNZI, *L'attitudine ermeneutica del giurista europeo. la lezione di Giuseppe Benedetti* 259

GIORGIO RESTA, *In search of the "europeanness" of european private law* 273

ANDREA SIMONCINI-ELIA CREMONA, *European private law integration through technology: the constitutional dimension* 307

CHANTAL MAK, *What is european in european private law? A reflection* 343

Indice dei nomi 355

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI
« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956
Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144

Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262

Vol. 45 (2016), 8°, p. 778

Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060

Vol. 47 (2018), 8°, p. 816

Vol. 48 (2019), 8°, p. 840

Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

Vol. 50 (2021), due tomi in 8°, p. 1014

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530

51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

62 Pietro Costa, IURISDICTIO
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412

63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286

64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592

65 Ferdinando Mazzarella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374

68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502

69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548

70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464

72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156

74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388

75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282

77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucíon política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632

80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532

82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324

85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306

86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252

87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512

90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682

92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190

93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442

94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410

95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848

96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento
(2012), 8°, p. X-342

97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212

99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336

100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314

101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166

103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430

104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506

105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766

106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334

107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328

108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536

109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346

112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334

113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370

114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278

115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192

116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370

117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282

118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494

119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796

120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110

121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312

122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246

123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358

124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI
LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI
(2021), 8°, p. X-194

126 Floriana Colao, UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126

127 Franco Gaetano Scoca, RISORGIMENTO E COSTITUZIONE
(2021), 8°, p. XII-630

128 Gustav Radbruch, FILOSOFIA DEL DIRITTO
(2021), 8°, p. LXXII-234

129 Gianluca Russo, GOVERNARE CASTIGANDO
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362

130 WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?
CHE COSA C'E DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368

ISBN 978-88-28-84143-2

€ 44,00

024215997