

**RITA ROLLI**

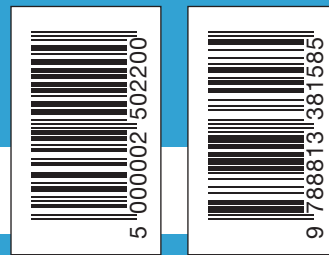
# IL DIRITTO PRIVATO NELLA SOCIETÀ 4.0

RITA ROLLI

IL DIRITTO PRIVATO NELLA SOCIETÀ 4.0

Il libro affronta il cambiamento del diritto privato nell'attuale dimensione dell'ordinamento giuridico, caratterizzato da una stratificazione multilivello delle fonti, che si interseca con i processi della globalizzazione. La "Società 4.0" vuole alludere all'attuale trasformazione della società, indotta dall'evoluzione della tecnica, dalla rivoluzione digitale, dai flussi migratori, profili tutti che sollevano scenari nei quali il giurista è chiamato a pronunciarsi su inediti conflitti degli interessi in gioco. Si sono prescelti, secondo la sequela dei libri del codice civile (eccettuato il sesto, che per sua natura è più incentrato sull'esperienza dell'ordinamento nazionale), istituti nell'ambito dei quali si sono manifestati i fermenti dell'indicato cambiamento. Si è scelto di trattare delle nuove declinazioni del diritto all'identità personale e dei temi ad esso connessi, delle funzioni del testamento nell'attuale diritto successorio, della nuova connotazione della proprietà e del contratto, della polifunzionalità della responsabilità civile e della circolazione delle società commerciali in Europa e negli Stati Uniti. Da ciascuno di essi si sono ricavate direttive che testimoniano l'indicata evoluzione.

**Rita Rolli** è professore ordinario di Diritto Privato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna. È autrice di numerose pubblicazioni scientifiche e partecipa alla redazione di numerose riviste giuridiche. È avvocato nello Studio Galgano.



€ 34,00 I.V.A. INCLUSA

*SECONDA EDIZIONE*

  
Wolters  
Kluwer

 Wolters Kluwer

CEDAM





RITA ROLLI

**IL DIRITTO PRIVATO  
NELLA SOCIETÀ 4.0**

*SECONDA EDIZIONE*

 Wolters Kluwer

CEDAM

Copyright 2021 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

---

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.*

Stampato da GECA s.r.l.  
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

## SOMMARIO

### INTRODUZIONE

*Il diritto privato nella società 4.0.*

1. Un metodo “cosmopolita” ..... pag. XI
2. Il diritto privato che cambia: epifania di sei istituti.. pag. XIX

### CAPITOLO I

#### L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LE FONTI.

*Il sistema multilivello,  
tecniche e strumenti di regolamentazione.*

1. L'ordinamento giuridico e il sistema multilivello delle fonti..... pag. 1
2. L'armonizzazione del diritto privato tra standardizzazione, competizione tra ordinamenti giuridici e modelli di regolamentazione (*model law*). ..... pag. 15
3. La clausola generale dell'ordine pubblico internazionale..... pag. 27

### CAPITOLO II

#### IL DIRITTO DELLE PERSONE E I RAPPORTI DI FAMIGLIA.

*L'identità personale  
in funzione dell'autodeterminazione.*

1. Nuove declinazioni del diritto all'identità personale. pag. 35
2. Identità personale della gestante e nascita indesiderata. .... pag. 36
3. Identità personale e fine vita. .... pag. 39

4.	Il problema del diritto a non nascere.....	pag.	44
5.	Il diritto all'identità di genere.....	pag.	53
6.	Il diritto all'identità personale sotto il profilo della filiazione. ....	pag.	59

## CAPITOLO III

## IL DIRITTO SUCCESSORIO.

*La funzione del contratto nel diritto successorio.*

1.	Testamento e contratto nella tradizione del negozio giuridico.....	pag.	81
2.	Testamento e contratto nell'attuale diritto successorio. L'influenza del diritto comunitario.....	pag.	83

## CAPITOLO IV

## I DIRITTI REALI.

*Proprietà come diritto dell'uomo in Europa e proprietà nel mercato globale. Funzione sociale della proprietà?*

1.	La nuova stagione della proprietà. ....	pag.	93
2.	La proprietà nelle fonti nazionali. ....	pag.	95
3.	La proprietà nelle carte europee dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo. La proprietà nel diritto globale.....	pag.	106
4.	Le pronunce della Corte costituzionale sull'indennità di esproprio e sull'occupazione acquisitiva. ....	pag.	120
5.	Funzione sociale della proprietà? .....	pag.	131

## CAPITOLO V

## IL CONTRATTO.

*Autonomia privata e meritevolezza dell'interesse.*

1.	Il nuovo diritto dei contratti: dall'oggettivazione dello scambio alla giustizia contrattuale.....	pag.	139
2.	La giustizia contrattuale nelle fonti metanazionali ed europee.....	pag.	144
3.	L'attuale uso giurisprudenziale della causa concreta del contratto. ....	pag.	155
4.	Causa concreta, squilibrio contrattuale e immeritevolezza del contratto atipico.....	pag.	159

5. La causa concreta come strumento di meritevolezza dell'autonomia privata. Anche per i contratti tipici? pag. 167

## CAPITOLO VI

## IL FATTO ILLECITO.

*La polifunzionalità della responsabilità civile.*

1. Il problema della funzione della responsabilità civile. pag. 179  
 2. Il dibattito sulla polifunzionalità della responsabilità civile nei recenti orientamenti delle Sezioni Unite sul danno tanatologico e sui danni punitivi. Ordine pubblico internazionale e danni punitivi. Sono ammissibili i danni punitivi?..... pag. 185

## CAPITOLO VII

## IL DIRITTO SOCIETARIO.

*La circolazione delle società commerciali.*

1. L'esigenza di uniformità..... pag. 209  
 2. L'armonizzazione del diritto privato. Il diritto contrattuale e il diritto societario. .... pag. 212  
 3. La competizione tra ordinamenti giuridici nell'Unione Europea. .... pag. 223  
 4. *The market for corporate law in Usa.*..... pag. 234  
 5. Nuove prospettive della competizione..... pag. 247  
 6. Armonizzazione o competizione?..... pag. 255

## INDICI

- Indice degli argomenti*..... pag. 261  
*Indice degli autori*..... pag. 269



## INTRODUZIONE

### IL DIRITTO PRIVATO NELLA SOCIETÀ 4.0.

SOMMARIO: 1. Un metodo “cosmopolita”. -2. Il diritto privato che cambia: epifania di sei istituti.

#### 1. Un metodo “cosmopolita”.

Viviamo in un contesto sociale, economico e giuridico in veloce cambiamento, circostanza che sicuramente costituisce una sfida che chiama a misurarsi con problemi nuovi e a contemperare le diverse istanze che l'attuale società composita, dal punto etnico e quindi culturale, solleva.

Quella che oramai può definirsi la rivoluzione digitale, anzi la cd. quarta rivoluzione industriale <sup>1</sup>, che i tedeschi hanno qualificato Industrie 4.0 <sup>2</sup>, in generale l'evoluzione della

---

<sup>1</sup> Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli Edizioni, 2016. Le rivoluzioni, ed anche quelle industriali, sollevano grandi interrogativi, come quello, quanto a queste ultime, dell'impatto sul lavoro dell'uomo. David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1817, tradotto David Ricardo, *Principi di economia politica e dell'imposta*, collana *Classici dell'economia*, UTET, Torino, 2006, traduttore Bagiotti, curatore Porta, aveva sostenuto che le grandi rivoluzioni tecnologiche hanno un impatto negativo sul lavoro dell'uomo. In verità dati tratti dalla Bank of England di quegli anni dimostrarono che il reddito medio di un lavoratore inglese a tempo pieno, tra il 1823 e il 1873, era aumentato del 40% e la percentuale di occupati era passata dal 43% al 47%.

<sup>2</sup> La paternità del termine “Industrie 4.0” (*industrie vier punkt null*) viene generalmente attribuita a Henning Kagermann, Wolf-Dieter Lukas e Wolfgang Wahlster, che lo utilizzarono per la prima volta pubblicamente nel 2011, in una relazione intitolata: *Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution*, cioè *Industria 4.0: L'Internet delle cose sulla strada della quarta rivoluzione industriale*, presentata alla Hannovermesse 2011. La prima rivoluzione industriale ha comportato l'introduzione d'impianti di produzione meccanica alla fine del XVIII secolo, mentre la seconda rivoluzio-

tecnica, anche in campo medico, che oggi rende possibile ciò che prima neppure era immaginabile, i flussi migratori stimolano questa rapida evoluzione, danno vita a nuove situazioni, pongono in relazione esperienze culturali e giuridiche diverse, costituiscono occasione di confronto, sollevano nuovi interrogativi e realizzano processi di osmosi.

Nell'attuale scenario vacillano i punti fermi, i concetti che la nostra tradizione ci ha tramandato vengono scandagliati come sotto ad una luce al neon e non ci danno più la rassicurante convinzione di potere ancora individuare coordinate certe.

A livello sovrastatale, faticosamente dagli anni '50 si è fatta esperienza dell'appartenenza del nostro ordinamento ad un ordinamento più vasto e comprensivo, quello dell'Unione Europea, che è maturato nel tempo dall'idea di una comunità meramente economica, funzionale alla realizzazione di un mercato per la libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali, all'idea di una sempre più intensa integrazione politica e della creazione di un contesto nel quale avessero vigorosa tutela non soltanto i diritti cd. economici, ma anche i diritti fondamentali della persona.

Ancora a livello europeo un'incessante opera interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo ha determinato una rilettura di taluni istituti del diritto privato, favorendone una nuova connotazione, che li sospinge verso il cambiamento.

Già il presente scenario dà atto di una stratificazione multilivello delle fonti, che, dal punto di vista del macrosistema, porta ad interrogarsi oggi su quale sia l'attuale fisionomia

---

ne industriale, agli inizi del '900, è stata caratterizzata dalla produzione di massa di beni di consumo, grazie all'ausilio dell'energia elettrica (fordismo, taylorismo). Dagli anni '70 ai giorni nostri, la terza rivoluzione industriale ha incrementato la tendenza all'automazione dei processi produttivi ricorrendo all'elettronica e alle tecnologie informatiche (su <http://luigidcapra.altervista.org/it/>). La quarta rivoluzione industriale si baserebbe sui sistemi ciberfisici (CPS) ovvero sistemi fisici che sono strettamente connessi con i sistemi informatici e che possono interagire e collaborare con altri sistemi CPS. Si prospetta oggi la transizione dall'industria 4.0 alla società 5.0, una nuova società intelligente, che assorbe le innovazioni della quarta rivoluzione industriale non solo per migliorare la produttività, ma anche per aiutare a risolvere i problemi sociali (*Dall'industria 4.0 alla società 5.0: il contributo del Giappone alla IV rivoluzione industriale*, in [www.lastampa.it/2017/10/19/](http://www.lastampa.it/2017/10/19/)).

dell'ordinamento giuridico, dal punto di vista della soluzione dei singoli problemi giuridici, porta l'interprete a contemperare tra loro diverse fonti, a tenere conto della cd. circolazione delle giurisprudenze e, quindi, anche di esperienze straniere.

Il diritto contrattuale e societario, più vicini al fenomeno economico che devono regolare, da tempo mostrano di essere sensibili a tale prospettiva.

Lo testimonia nel diritto contrattuale la rivoluzione copernicana della stessa nozione di contratto, transitata dal tradizionale cd. dogma della volontà delle parti alla valorizzazione del profilo oggettivo del contratto, ossia della congruità dello scambio contrattuale, in funzione del nuovo principio del diritto dei contratti della giustizia contrattuale, avvenuto tramite l'utile strumento delle clausole generali di buona fede contrattuale, di equità e della causa del contratto.

Nel diritto societario europeo, e americano prima, si è riscontrato il nuovo fenomeno della competizione tra ordinamenti giuridici, che ha sollevato l'innovativa idea di un mercato delle regole, nell'ambito del quale i singoli ordinamenti giuridici si pongono ragionevolmente nel contesto di un grande emporio, come modelli equipollenti e in concorrenza tra loro, offerti all'operatore economico per la scelta della regolamentazione più confacente all'attività di impresa che vuole intraprendere, meccanismo che ha permesso la nascita, in generale, di una nuova idea di intendere il sistema delle fonti, in particolare, e di nuove e innovative soluzioni giuridiche.

Nell'ambito societario l'ottica della competizione non si è posta solamente in relazione alla scelta del diritto commerciale, bensì anche con riferimento alla scelta del diritto fiscale, e, secondo prospettive più innovative e recenti, del mercato finanziario, con un'opzione che si snoda non solo nel contesto europeo, ma a livello globale.

Se negli ultimi anni questa evoluzione, pertanto, si è potuta riscontrare nell'ambito del diritto privato più vicino ai fenomeni economici, ossia nel diritto contrattuale, nel diritto societario, ed anche in un certo modo nella proprietà, per la parte non interessata da interventi limitativi o ablativi dettati da interessi generali, in tempi recentissimi si riscontra anche nell'ambito del diritto delle persone, del diritto di famiglia, del diritto successorio, ambiti nei quali il legislatore nazionale tradizionalmente rivendicava il proprio primato esclusivo o i

quali erano comunque demandati alla sua competenza secondo un'ottica in talune materie riconosciuta e avallata anche dalle autorità sovranazionali. Ciò avviene soprattutto alla luce delle Convenzioni internazionali e sulla base comune del primato dei diritti fondamentali solennemente riconosciuti nelle Carte europee dei diritti.

Oggi si assiste ad un'erosione da parte delle fonti europee del margine dell'apprezzamento discrezionale del legislatore anche nei suddetti campi, circostanza che apre ulteriormente il sistema delle fonti del diritto privato e spinge in maniera ancora più incisiva verso l'innovazione dei singoli istituti.

E si aprono per l'interprete, sempre più spesso chiamato a colmare vertiginosi vuoti normativi, scenari nuovi.

Questi interrogativi, in un'epoca nella quale è dato di comune esperienza il superamento del positivismo normativistico, sollevano anche il problema di un nuovo metodo di approccio al diritto.

È stato osservato che “anche a causa della formazione di ordinamenti sopranazionali, l'attenzione si è estesa alla circolazione degli istituti giuridici da un sistema all'altro. (...) Questi ultimi sviluppi includono la comparazione in un contesto più ricco, perché fatto di ordinamenti comunicanti, di principi superiori, di trapianti, di modi comuni di intendere il diritto. Si studiano i rapporti di interazione, opposizione, influenza reciproca fra le tradizioni nazionali, la concorrenza tra ordinamenti giuridici, i valori comuni, l'attrazione fra sistemi, sul piano istituzionale, ma anche su quello epistemologico. (...) Insomma la riscoperta della universalità del diritto richiede un completo cambiamento di registro delle analisi giuridiche”<sup>3</sup>.

Si è parlato al riguardo di “cosmopolitismo metodologico”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cassese, *Il mondo nuovo del diritto, Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 90.

<sup>4</sup> Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 353. Si veda anche Lenaerts, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *ERPL*, 2017, 2, p. 297 ss. Sul punto si segnala Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, Bari, 2005 (trad. it. da *Der kosmopolitische Blick order: Krieg ist Frieden*,

Si affaccia anche un ulteriore stadio della comparazione.

Si è intrapreso un tragitto che va “oltre la comparazione, verso un’idea di integrazione giuridica”<sup>5</sup> nella prospettiva di una nuova normatività che include altri contenuti normativi di produzione esterna allo stato nazione<sup>6</sup>, ossia verso un “*pluralisme juridique mondial*”, che viene declinato nei nuovi termini di “mondializzazione del diritto”, globalizzazione o “*transnational law*”<sup>7</sup>.

2004); Id., *La società cosmopolita. Prospettive dell’epoca postnazionale*, Bologna, 2003.

<sup>5</sup> Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, cit., p. 337, il quale richiama le espressioni “diritto globale”, “diritto interculturale”, “diritto transnazionale”, “diritto uniforme”, “diritto europeo”, “ordinamento multilivello”. Sul tema anche M. Trimarchi, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *juscivile*, 2017, 5, p. 393 ss. Franzoni, *La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico*, in *juscivile*, 2017, 5, p. 5, si interroga “con queste premesse, quale può essere il ruolo del giurista italiano, al cospetto di uno scenario così variegato? È auspicabile che assuma un ruolo difensivo di modelli e figure che appartengono alla nostra tradizione, in omaggio ad un’idea di purismo culturale, oppure è auspicabile che il giurista o l’interprete privilegi scelte che, senza entrare in rotta di collisione con i fondamenti del proprio ordinamento, tuttavia favoriscano un certo dialogo fra ordinamenti diversi, quindi faciliti la libera circolazione nel mercato? Domanda non semplice, la cui risposta indotta è in realtà meno scontata di quanto potrebbe sembrare. Probabilmente sarà opportuno interrogarsi sulla questione nel prossimo futuro”.

<sup>6</sup> Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, cit., p. 353.

<sup>7</sup> Bergé, *La complémentarité du droit national, international et européen: Perspectives pour les individus*, in *ERPL*, 3&4, 2016, p. 373 ss., che osserva che “*le droit ne se construit pas seulement à l’intérieur des seules sphères nationales. Il est le résultat de l’activité propre d’organisations internationales et régionales, notamment européennes, que ces organisations aient, pour l’essentiel, une origine étatique (Organisation des Nations Unies, Organisation mondiale du commerce, Organisation internationale du travail, Organisation mondiale de la santé ou de la propriété intellectuelle, Institut international pour l’unification du droit privé, Union européenne, Cour internationale de justice, Cour permanente d’arbitrage, Centre international de règlement des différends liés à l’investissement, Cour européenne des droits de l’homme, etc.) ou, plus exceptionnellement, privée*”. Si rinvia anche a Sweet, *The new Lex Mercatoria and transnational governance*, in *Journal of European Public Policy*, V. 13, 2006, p. 627 ss.; Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, 14 (Issue 2); Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, 2010, CLPE Research, Paper n. 01/2010, disponibile a: <http://ssrn.com/abstract=1542907>; Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past To Present, Local To Global*, in *Sidney Law Review*, 2008, 30, 3, p. 375.

Si tratta di prendere coscienza che il sistema all'interno del quale si pone l'attività interpretativa del giurista è oggi più complesso e articolato.

Queste analisi dischiudono scenari vasti, nuovi e controversi.

Il processo della globalizzazione e i suoi esiti sono criticati da più parti ed in molteplici aspetti.

A tal fine è necessario che il giurista concorra alla formazione di un sapere critico<sup>8</sup>: “solo inserendo il diritto globale sul grande schermo della storia esso acquista contorni più chiari, sia con riferimento al passato più recente, sia con riferimento al passato più remoto”<sup>9</sup>.

Il problema si fa complesso, in quanto progressivamente è diventato non solo un problema di forma – il sistema delle fonti, il modello di statualità del diritto –, ma di sostanza, determinando l'avanzare “di valori e principi generali comuni e corrispondenti diritti fondamentali, sia individuali che collettivi (diritti delle minoranze)”<sup>10</sup>.

In questo processo il giudice, protagonista della scena globale, salendo dalle norme ordinarie alle norme costituzionali e oltre, è incline a “decidere secondo valori”, “non più principi generali o supremi, che siano desumibili dalle norme positive, qualcosa che stia dentro di esse e che l'interprete provi a ricavare ed enunciare, ma criteri validi in sé e per sé”, con crisi della dommatica pura e della “fattispecie”, in una con la possibilità di “calcolare” il diritto<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ad esso fa riferimento Salvi, *Teologie della proprietà. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Soveria Mannelli, 2017, p. 8.

<sup>9</sup> Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, p. 23. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, pone ora in evidenza una tendenza alla deglobalizzazione indotta da vari processi, quali le recenti crisi economiche, le spinte nazionalistiche che ne sono succedute, che hanno sollecitato il ritorno dello stato, e gli effetti conseguenti alla crisi pandemica.

<sup>10</sup> Moccia, op. cit., p. 357, che ben esprime questo stato di cose.

<sup>11</sup> Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 989, il quale fa riferimento al nascere di un nuovo diritto “della *lex mercatoria*, dei grandi studi legali, degli arbitrati internazionali, delle intese planetarie. Allora nascerebbe una nuova e diversa razionalità economica, una nuova e diversa calcolabilità giuridica”; Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss., ove pone in rilievo il pericolo del soggettivismo insito nell'ap-

Ma non si può negare che il diritto sia innanzitutto un fenomeno storico ed il suo contenuto muti con il mutare della realtà alla quale per forza si deve relazionare, ad essa attingendo.

Oggi, “la società, al contrario di quella creatura semplicissima che è lo stato moderno, è strutturalmente plurale e complessa, il diritto che le è speculare non potrà non registrare queste qualità, non potrà non proporsi che plurale e complesso. Siamo invece tutti chiamati a costruire un nuovo edificio assumendo a pietra angolare quella verità elementare calpestata e occultata negli ultimi duecento anni che il referente del diritto non è già nello stato, ma nella società. Il primo elementare e fondamentale insieme, è l’acquisizione di una consapevolezza piena che il diritto attinge ad una realtà sommersa di valori storici, che le sue radici trovano nutrimento insostituibile in quello strato riposto”<sup>12</sup>.

“Il diritto, per converso, nega se stesso se viene spogliato della possibilità di essere ricondotto a principi ordinatori e quindi indirizzanti dell’azione in funzione di fini da perseguire”, in quanto “essenziale è capire, fin dall’inizio, che nella correlazione principi-fini risiede, a ben vedere, l’essenza stessa del diritto come fatto culturale nel quale si esprime il modo d’essere di una struttura sociale”<sup>13</sup>.

All’artificiosa alternativa fra “interpretare testi” e “intuire valori” si oppone allora l’essenziale profilo della validità assiologica del diritto come esperienza<sup>14</sup>.

---

plicazione delle “clausole generali”. Si veda anche Id., *I “cancelli delle parole” (intorno a regole, principi, norme)*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 364 ss., rileva che “non è più tempo di esattezza matematica e unità del diritto, giustizia meccanica e giudici autonoma”. Secondo De Nova, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *juscivile*, 2016, p. 420, “la complessità delle fonti può comportare un maggior sforzo di identificazione della norma: ma non per questo si deve cambiare metodo e volgersi alla invocazione dei valori”.

<sup>12</sup> Grossi, *La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini*, V. 32, Milano, 2003.

<sup>13</sup> Lipari, *Intorno ai “principi generali del diritto”*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss.

<sup>14</sup> Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 847 ss., in relazione alle tesi sviluppate da Irti, *I “cancelli delle parole” (intorno a regole, principi, norme)*, in *Un diritto incalcolabile*, cit.

Il processo in atto mette, dunque, in discussione forma, sostanza e metodo e si affaccia con aspetti criticati e criticabili.

Ma deve essere considerato che anche la modernità ha un proprio valore e soprattutto è inarrestabile, non la si può negare, né arginare, con essa bisogna fare i conti.

Le tecnologie avanzano e propongono nuove situazioni, che sollevano inediti conflitti degli interessi in gioco, come si assiste, ad esempio, con riferimento agli esiti attuali delle biotecnologie<sup>15</sup>; ma il diritto deve stare al passo con esse,

---

<sup>15</sup> È opportuno, anche per attenuare la densità dei problemi sollevati, ricordare le parole di chi, con spirito precursore e grande perspicacia, prendeva atto degli scenari che al tempo si iniziavano ad affacciare. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione – Storia del principio di maggioranza*, Bologna 2007, Postfazione: “Nel *Dictionnaire philosophique* di Voltaire non c’è la voce *Matrimonio*; vi figura, invece, la voce *Amicizia*, che si trova definita come “un contratto tacito tra due persone sensibili e virtuose”. Perché mai un’amicizia solo fra due persone? Non ci può essere una brigata di amici? Voltaire non si pone questi interrogativi; se ne pone invece un altro: “che cosa comporta questo contratto tra due anime tenere e oneste?” e risponde “gli obblighi possono essere più forti o più deboli a seconda del grado di sensibilità dei contraenti, del numero dei favori reciproci ecc.”. Ricorrono, dunque, tutti gli estremi di un contratto, fonte di reciproci obblighi fra i contraenti, sia pure a contenuto variabile, dipendente dal loro grado di sensibilità. Voltaire non è esplicito nel precisare di qual genere sia la sensibilità di cui discorre. Però avverte che sarebbe errato scambiare l’amicizia per sodomia. Coloro che la prendono per tale “si sbagliano: scambiano l’accessorio con l’essenziale”. Che cosa è, allora, questo contratto tra due anime tenere e oneste, per le quali l’amicizia è essenziale e il sesso solo l’accessorio? In che cosa un contratto così concepito differisce, a parte la pretermessa *disparitas sexus*, o, come oggi si preferisce dire la *disparitas generis*, da un comune matrimonio? Ecco, ancora una volta, la modernità anticipatrice dell’autore del *Dictionnaire philosophique*, detto anche *La ragione per ordine alfabetico*. Debbono passare ben duecentocinquanta anni perché anche madame *Tout le monde* sappia cogliere la differenza, nelle unioni omosessuali, fra l’accessorio e l’essenziale, e infine riconosca per legge, se non ancora in Francia o in Italia, ma già in Spagna, in Canada, in Olanda, in Germania, in Gran Bretagna e anche senza legge, per pronuncia giudiziaria, in Massachusetts, il vero e proprio matrimonio fra persone dello stesso sesso. Qui siamo al di là della pur fervida immaginazione di Voltaire. Nella cattolicissima Spagna le coppie gay vengono unite in matrimonio, al pari delle coppie eterosessuali, “in nome di Sua Maestà il Re di Spagna”; e nel film *Reinas* di Pereira è un giudice di pace donna a pronunciare la solenne formula. In una successiva voce, dedicata all’*Amore cosiddetto socratico*, Voltaire vuole però rassicurare: non esita a censurare l’antica legge persiana che raccomandava l’omosessualità, una legge che “annullerebbe il genere umano, se venisse osservata alla lettera”. Qui però l’autore delude: lui che aveva presagito tante

non può tradire la sua imperitura vocazione a regolare, nel superiore interesse della pacifica convivenza tra gli individui, la realtà storica, benchè mutevole.

Qualche anno fa è stato sollevato l'interrogativo dei rapporti tra diritto e tecnica<sup>16</sup>, il quesito se il diritto sarebbe sopravvissuto all'incedere inesorabile della tecnica e sarebbe riuscito nella sua funzione regolatoria oppure se rispetto alla vecchia normatività giuridica avrebbe preso il sopravvento la nuova normatività tecnica.

È auspicabile che il diritto non fallisca in tale funzione, che è garanzia di civiltà, e sappia aprirsi al contempo al nuovo, ad esso offrendo risposte in linea con i valori assiologici dell'ordinamento, che è espressione generale della società in un determinato momento storico, che non può, dato il percorso fatto e i suoi approdi, che uniformarsi ai criteri di democrazia, oggi di pluralismo e di tutela anche delle minoranze, che la nostra storia ci ha consegnato.

## **2. Il diritto privato che cambia: epifania di sei istituti.**

Seguendo la prospettiva indicata, si sono prescelti, secondo la sequela dei libri del codice civile (eccettuato il sesto – Della tutela dei diritti – che per sua natura è più incentrato sull'esperienza dell'ordinamento interno), istituti nell'ambito dei quali si sono manifestati i fermenti dell'indicato cambiamento.

E così si è scelto di trattare delle nuove declinazioni del diritto all'identità personale e dei temi ad esso connessi, delle funzioni del testamento nell'attuale diritto successorio, della nuova connotazione della proprietà e del contratto, della polifunzionalità della responsabilità civile e della circolazione delle società commerciali in Europa e negli Stati Uniti.

---

realtà di un lontano futuro e prefigurato scenari che solo noi, oltre due secoli dopo, abbiamo nel bene o nel male la ventura di vivere, non era riuscito a supporre che il genere umano potesse sopravvivere alla scomparsa dei rapporti eterosessuali e che, grazie ai progressi della tecnica, l'umanità potesse ugualmente osservare il monito biblico di crescere e moltiplicarsi. Qui c'è però da sperare che madame Tout le monde abbia un estremo sussulto e, finalmente alleata con Voltaire, salvi ciò che ancora può essere salvato del non tecnologico modo di crescere e moltiplicarsi”.

<sup>16</sup> Irti-Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

Se si passa dal livello superindividuale a quello della vita privata delle persone, non si può non riscontrare in tempi recenti un fermento approdato alle giurisdizioni delle Corti Supreme, che mette in discussione l'idea tradizionale di famiglia, il concetto di appartenenza ad un genere sessuale, che contraddistinguono sicuramente il diritto all'identità personale dell'individuo.

Anzi, questo diritto all'identità personale, coniato dai giudici, stante la categoria aperta dei diritti della personalità sulla scorta dell'art. 2 Cost., assume nuove connotazioni, comprensive del cd. diritto all'identità di genere, della ricostruzione dell'identità personale della donna al fine della valutazione di un'ipotetica decisione sull'interruzione della gravidanza o della decisione di direttive anticipate di trattamento in caso di sopravvenuta incapacità, che sollevano il profondo problema della regolamentazione giuridica del cd. fine-vita.

Questi nuovi profili che attengono alla persona si rispecchiano sui soggetti con i quali essa intrattiene qualificate relazioni affettive e sociali, *in primis* sui rapporti con i figli, sollevando difficili questioni di temperamento d'interessi, che la giurisprudenza attuale cerca di comporre, in applicazione del diritto statale e delle convenzioni sovranazionali, alla luce della clausola generale del migliore interesse del minore, cd. *best interest*, alla quale essa attinge ogniqualvolta occorre fornire tutela al soggetto debole di un dato rapporto, ad esempio, anche in ambito sanitario, con riferimento alla tutela della salute del paziente.

Pressochè tutti gli istituti del diritto privato sono stati coinvolti, come ovvio, dal cambiamento.

Non è sfuggito l'istituto centrale della proprietà.

Ancora nel sistema ottocentesco di ripartizione del diritto privato in diritto civile, regolato dal codice civile del 1865, e diritto commerciale, regolato da ultimo dal codice di commercio del 1882, la proprietà era istituto primario del diritto civile, in funzione del quale venivano intesi il contratto e le successioni *mortis causa*, nella dimensione di modi di acquisto della proprietà, istituto sul quale perdurava il dominio dell'aristocrazia fondiaria rispetto all'incipiente borghesia commerciale.

La proprietà, regolata in modo unitario nel codice civile del 1942, che ha realizzato, come noto, il fenomeno di unifi-

cazione del diritto privato, è disciplinata nell'art. 832 c.c., secondo una definizione che ha la propria origine nell'art. 544 *Code civil* del 1804, che, in funzione del superamento del particolarismo giuridico, ne diede una definizione unitaria, facendo cessare la pluralità di statuti proprietari che avevano dominato i beni nell'esperienza dell'*Ancien Régime*.

L'istituto della proprietà è stato poi connotato a livello interno in maniera incisiva dalla costituzione repubblicana del 1948, che, nella mediazione dei padri costituenti, le ha conferito l'imprescindibile compito di realizzare una "funzione sociale" secondo l'art. 42 Cost.

Ma la vicenda dell'evoluzione della proprietà è passata, come ovvio, anche per le fonti esterne.

Essa è stata definita come diritto fondamentale dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nell'ambito delle Nazioni Unite, dal I Protocollo aggiuntivo del 1952 della Cedu, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla quale il Trattato di Lisbona del 2009 ha conferito lo stesso rango dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea.

Alla luce di quest'ultima evoluzione e soprattutto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, non è infondato sostenere che la proprietà ha assunto una dimensione diversa rispetto a quella del diritto interno, ossia si è stemperato e mitigato, o forse è scomparso, il carattere della funzione sociale, che non è dato rinvenire nei predetti testi sovranazionali e nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, e ciò non può non avere un impatto incisivo sulla stessa connotazione del diritto di proprietà nel diritto interno, anche se forse questo risultato può essere temperato dal riconoscimento della categoria dei beni comuni<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013. Id., *Il valore dei beni comuni*, *La Repubblica*, 05/01/2012: "si può dare una prima definizione dei beni comuni: sono quelli funzionali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della personalità, che devono essere salvaguardati sottraendoli alla logica distruttiva del breve periodo, proiettando la loro tutela nel mondo più lontano, abitato dalle generazioni future. L'aggancio ai diritti fondamentali è essenziale"; "I beni comuni sono a titolarità diffusa, appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive. Devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà. Indisponibili per il merca-

Questo orientamento, volto a separare la proprietà da una sua lettura attraverso clausole sociali, è ulteriormente stimolato dalla globalizzazione, nel cui contesto “la forma dominante di proprietà ha il contenuto smaterializzato di ricchezza finanziaria”<sup>18</sup>.

Questo processo si spinge fino all’individuazione di “nuove proprietà”, “con applicazione dello schema proprietario a valori economici non materiali, sia tradizionali (diritto d’autore, brevetti), sia creati dalla rivoluzione tecnologica (come la rete) o dalle innovazioni finanziarie”<sup>19</sup>.

Anche nel diritto successorio esordiscono i fermenti del cambiamento, ancorchè in maniera più lenta e con impatto meno dirompente rispetto ad altre materie.

In tale ambito del diritto privato si è assistito a un nuovo recupero nella materia delle successioni dello strumento del contratto.

Corsi e ricorsi della storia del diritto: contratto e testamento erano ricompresi nell’unificante figura del negozio giuridico di conio ottocentesco, anche se le sue prime teorizzazioni risalgono al contributo dei giusnaturalisti.

È nota l’importante revisione critica di questa figura condotta dalla civilistica di metà del ‘900, che, innovando il metodo del diritto privato, in antitesi con il tradizionale metodo dogmatico, del quale veniva condotta una convincente e serrata *pars destruens*, ha ripudiato la figura del negozio giuridico, insegnando che contratto e testamento sono in verità istituti non comunicanti, se non per il generale aspetto di essere entrambi espressione dell’autonomia privata, atti a realizzare funzioni diverse.

Oggi, ferma restando la distinzione tra contratto e testamento, si assiste ad un’estensione dell’operatività dello strumento contrattuale nell’ambito delle successioni.

---

to, i beni comuni si presentano così come strumento essenziale perché i diritti di cittadinanza, quelli che appartengono a tutti in quanto persone, possano essere effettivamente esercitati”. Si vedano anche Mattei, *Beni comuni, un manifesto*, Roma-Bari, 2011; Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

<sup>18</sup> Salvi, *Teologie della proprietà. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, cit., p. 9. Si veda in generale Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

<sup>19</sup> Salvi, op. cit., p. 90.

In ambito contrattuale, tramite il richiamo alla giustizia contrattuale, innanzitutto evocata dai Principi Unidroit e dai Progetti di diritto contrattuale europeo, si fa strada l'idea di un possibile vaglio del contratto alla luce della meritevolezza dell'interesse perseguito, secondo un giudizio sperimentato non solo per i contratti atipici, come postula l'art. 1322, comma 2, c.c., ma che emerge talora anche con riferimento ai contratti tipici.

Nell'ambito del fatto illecito, per tramite dell'applicazione della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale, viene oggi affermata, in contrasto con l'opinione tradizionale, l'idea della polifunzionalità della responsabilità civile, alla quale non sarebbe estranea la funzione sanzionatoria e deterrente.

Si è affrontato il tema dell'evoluzione del "diritto privato", ossia di un sistema che ha unificato le discipline del diritto civile e del diritto commerciale, che rimangono distinte solamente a livello di studio e trattazione accademica<sup>20</sup>.

Pertanto, si è voluto ricomprendere un attuale aspetto dell'uniformazione del diritto commerciale relativo alla disciplina delle società commerciali.

Si tratta della circolazione delle società in ambito europeo, come costruita dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia UE nel fenomeno della competizione tra ordinamenti giuridici, che peraltro ha arricchito di nuove argomentazioni il dibattito sulle fonti, dando luogo in ambito europeo all'esperienza già da tempo sperimentata negli Usa del *cd. market for corporate law*.

Dunque, i fenomeni sociali e culturali descritti, il sistema multilivello delle fonti, come posto dal legislatore e come elaborato dall'interprete, hanno innovato il diritto privato rispetto a quanto ci ha consegnato il codice civile e stimolato la revisione di teoriche consolidate.

---

<sup>20</sup> Galgano, *Diritto civile e diritto commerciale*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano, con la collaborazione di Franco Ferrari, Gianmaria Ajani, Daniil Tuzov, Bologna, 2011, p. 40, il quale osserva che "l'unificazione delle giurisdizioni e dei codici di diritto privato non hanno impedito, nei paesi in cui è stata attuata, la sopravvivenza di una partizione del diritto privato distinta dal diritto civile e ancora denominata come diritto commerciale, con le relative cattedre universitarie e i relativi manuali e così via"; Id., *Trattato di diritto civile*, V. I, Padova, 2010, p. 74 ss.

