



**SUI PROGETTI DI CODICE CIVILE EUROPEO:
LA BUONA FEDE TRA GIUSTIZIA SOCIALE E GLOBALIZZAZIONE
(nota per il Gruppo di lavoro “Diritto privato europeo” – versione del 30 giugno 2005)
di Mario Barcellona**

SOMMARIO: 1.- Un’analisi comune: il valore “costituzionale” dei Codici civili e le radicali implicazioni economiche e politiche dell’”armonizzazione” dei diritti privati europei. 2.- Due strategie divergenti: il codice civile europeo come ultimo baluardo del capitalismo sociale europeo o la conservazione dei codici civili nazionali come estrema difesa della sovranità popolare contro le logiche imperiali della globalizzazione. 3.- Il rilievo assolutamente limitato dei compiti di promozione del mercato comunitario solitamente assegnati all’armonizzazione del diritto privato dell’Unione. 4.- La crisi delle sovranità nazionali e i processi di globalizzazione. 5.- La funzione simbolica di un codice civile europeo e la costruzione dell’Unione come soggetto politico. 6.- I limiti della cultura accademica europea e il compito politico della codificazione del diritto privato. 7.- I caratteri fondamentali del progetto di Codice dei contratti e delle obbligazioni elaborato dal gruppo Lando (ma anche di quello del gruppo Gandolfi, come già dei Principles Unidroit). 8.- La filosofia dei progetti di europeizzazione del diritto privato. 9.- La c.d. funzione sociale del diritto privato e il controllo giudiziale del contratto. 10.- Per un approccio operativo al processo di codificazione civile europea.

1.- Un’analisi comune: il valore “costituzionale” dei Codici civili e le radicali implicazioni economiche e politiche dell’”armonizzazione” dei diritti privati europei.

Con la Comunicazione n° 398/2001, la Commissione ha imposto una svolta al dibattito che, ormai da anni, si svolgeva sui problemi dell’armonizzazione del diritto privato europeo e sulla prospettiva di una sua unificazione in un “Codice civile europeo”.

In essa – come si sa – venivano determinate le diverse opzioni di un intervento dell’Unione sul diritto privato, sulle quali

esplicitamente si chiedeva che gli attori istituzionali, giuridici e sociali prendessero posizione:

- (a) la rinuncia ad ogni proposito interventistico in favore delle capacità autoregolatrici del mercato;
- (b) la formazione di un “quadro comune di riferimento” (*common frame of reference*), che raccogliesse i principi comuni in materia contrattuale;
- (c) un semplice miglioramento della qualità tecnica della legislazione comunitaria;
- (d) un “testo complessivo comprendente disposizioni relative ad aspetti generali di diritto contrattuale ed a contratti specifici”, ossia un Codice civile europeo, quanto meno dei contratti.

Il dibattito, che aveva accompagnato la compilazione dei *Principles of European Contract Law* del Gruppo Lando ed il *Codice europeo dei contratti* del Gruppo di Pavia, si era sviluppato, comprensibilmente, attorno all’asse, per lo più tecnico ed accademico, del rapporto tra – per così dire – normazione e tradizione.

Ovviamente, quest’approccio era inevitabile, e nient’affatto inappropriato, rispetto a testi che si proponevano di unificare linguaggi normativi e dommatiche che, seppur oggetto di risalente ed intensa circolazione, tuttavia affondano le loro radici in tradizioni giuridiche strutturate in tempi e ambienti culturali diversi.

Il merito della Comunicazione n° 398/2001 (e della n° 63/2003, ormai nota come *Action Plan*, che l’ha seguita) è stato, perciò, quello di rilanciare il dibattito sui problemi del diritto privato europeo su di un terreno preliminare e, in realtà, prioritario: la stessa prospettazione di molteplici opzioni, talune delle quali addirittura radicali, dimostra che la questione cruciale non concerne tanto l’obiettivo dell’armonizzazione del diritto privato europeo ma innanzitutto la *forma* di un tale processo e che tale forma racchiude innanzitutto un generale *valore politico*.

L’obiettivo dell’armonizzazione e l’esigenza di un suo miglioramento “tecnico” sono assolutamente scontati. Il vero problema è la forma di un Codice europeo. E un Codice europeo attraversa la politica, non solo quella dell’Unione ma la politica in generale, su livelli cruciali.

Segnatamente, un Codice europeo interseca la politica, innanzitutto, al livello delle strategie verso la globalizzazione, e per lo meno su tre piani:

- (a) sul piano simbolico del rapporto tra locale e globale;

- (b) sul piano istituzionale del rapporto tra sovranità nazionali e sovranità soprannazionale;
- (c) sul piano economico del rapporto tra mercato mondiale e mercati regionali.

Ed il modo in cui esso interseca questi tre piani è dato, fondamentalmente, dal senso che in essi si ritiene possa assumere la formazione di uno spazio politico intermedio tra la nuova area globale e le antiche sovranità nazionali del continente europeo.

Tre recenti interventi, di H. Collins, U. Mattei e C. Jorges (nel corso di un convegno su: *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il Piano d'azione 2003*, promosso da M. Meli e M. Maugeri), testimoniano egregiamente di queste implicazioni generali della questione del Codice civile europeo.

Vi è nei loro ragionamenti una base ed una trama comuni che va oltre la diversità degli approcci e delle proposte e che vale a tracciare le coordinate preliminari secondo le quali la prospettiva di una codificazione europea del diritto privato va considerata.

Joerges pone al centro della riflessione sull'armonizzazione il "valore costituzionale" del diritto privato. Un codice civile – ricorda – non è chiamato a confrontarsi solo con problemi di razionalizzazione del mercato ma pone problemi di ordine costituzionale, a misura che vi si intrecciano diritto privato e diritto pubblico, libertà economiche e diritti politici.

Collins dimostra che questa rilevanza costituzionale delle prospettive di armonizzazione non investe soltanto l'ipotesi massimale di un codice civile europeo. Anche la formazione di un "quadro comune di riferimento" (*common frame of reference*) implica funzioni, aspirazioni e tipi di argomentazione che sono propri di un codice civile. L'introduzione di un tal "quadro comune" determinerebbe, perciò, necessariamente un'innovazione radicale degli ordinamenti giuridici nazionali, che andrebbe compresa, addirittura, nei termini della Grundnorm kelseniana.

Ma questa conclusione di Collins si può ritenere rafforzi la critica che Mattei sviluppa delle soluzioni *soft*. Queste soluzioni (dal "quadro comune di riferimento" ai "codici opzionali") hanno ben poco di *soft*. Esse, piuttosto, implicano un metodo selettivo retto da un criterio (vetero-)liberista che, nel nome dell'efficienza, di un'efficienza supposta neutrale e tecnica, istituisce il primato dell'economia. Un codice civile *hard*, che incorpori nelle sue regole i valori del "capitalismo sociale europeo", sembra, dunque, l'unica via per contrastare quello che, citando M. Hardt e A. Negri, viene

rappresentato come l'”assalto finale dell'Impero” alle istituzioni dello Stato-nazione.

Ma rispetto a questa prospettiva tornano pertinenti le obiezioni di Joerges:

- (a) non vi sono attori giuridici con la vocazione ad una legislazione universalistica;
- (b) l'Europa non è culturalmente una nazione;
- (c) vi è comunque un problema di legittimazione di un tal potere normativo.

Da queste obiezioni Joerges trae ragione per proporre una soluzione *soft*, ma di segno del tutto diverso da quelle del “quadro comune di riferimento” o dei “codici opzionali”, ossia una soluzione:

- che, in generale, adotti un modello normativo alternativo, quello del “diritto procedurale”, che sostituisca alle interazioni strategiche (proprie dei modelli gerarchici) le interazioni comunicative (proprie della razionalità discorsiva);
- che, specificamente, concepisca il “diritto europeo”, essenzialmente, come legge sui conflitti di leggi.

2.- Due strategie divaricanti: il codice civile europeo come ultimo baluardo del capitalismo sociale europeo o la conservazione dei codici civili nazionali come estrema difesa della sovranità popolare contro le logiche imperiali della globalizzazione.

Orbene, sembra che, nonostante la radicale diversità delle conclusioni che propongono, queste posizioni muovano da un'analisi e da una preoccupazione comuni.

L'analisi, che pare comune, è che la questione del diritto privato europeo si iscriva, innanzitutto, nel quadro del rapporto tra economia / politica / diritto nel tempo della globalizzazione.

La preoccupazione, che sembra condividano, è che il processo di europeizzazione del diritto privato si dia come compimento della modernità, ossia come definitivo trionfo dell'*homo oeconomicus aequalis* su ogni residuo legame sociale ancora incorporato nelle sovranità nazionali e nei diritti (anche privati) che ne sono espressione.

Ma a quest'analisi e a questa preoccupazione comuni si fanno seguire due strategie opposte.

La prima strategia si può così riassumere: *solo in un codice civile europeo, completo e hard, possiamo salvare il carattere sociale del capitalismo del vecchio continente.*

Solo l'inclusione in un codice vincolante dell'intero arco delle relazioni private (dalla disciplina delle forme di appartenenza e di appropriazione alla disciplina della responsabilità civile) potrebbe, infatti, costringere – secondo questa veduta - il legislatore europeo a confrontarsi con le *rationes* indisponibili/imperative che attraversano i diritti privati europei.

Su questa critica delle soluzioni parziali del tipo dei *Principles Lando* sembra si debba convenire.

Se si va un po' oltre le apparenze, infatti, una tale limitazione non ha alcuna giustificazione pratica che non sia quella di una selezione delle regole e dei principi del diritto privato secondo il criterio dell'autonomia privata. E' un fatto – e non può non essere così – che nei codici civili nessun principio o regola imperativa di natura sostanziale trovi ospitalità nella “disciplina generale” del contratto e delle obbligazioni e che, invece, gli assetti delle relazioni private che i legislatori hanno considerato indisponibili si ritrovino nella disciplina dei beni, in quella della responsabilità e nella regolamentazione dei contratti tipici.

Ma vi è da chiedersi se si dia un legislatore europeo sensibile ad un tale compito.

Di ciò si può, forse, dubitare se si leggono i parr. 93 e 94 dell'*Action plan*:

«La commissione è dell'avviso che la libertà contrattuale dovrebbe essere uno dei principi ispiratori di un simile strumento di diritto contrattuale... Soltanto un numero limitato di regole ..., ad esempio ... volte a tutelare i consumatori, dovrebbero rivestire carattere imperativo ... [mentre] la riflessione dovrebbe comprendere la questione se ... [tale] strumento ... possa escludere l'applicazione di disposizioni nazionali imperative configgenti».

La seconda strategia sembra si dia nei seguenti termini: *solo salvando i codici civili nazionali possiamo salvare le condizioni di un capitalismo sociale europeo.*

Solo all'interno dei vecchi Stati nazionali si possono dare, infatti, i presupposti di legittimazione e sovranità perché la politica possa contendere all'economia uno spazio non del tutto residuale.

Ma che i singoli Stati nazionali ed i loro diritti (privati) possano resistere a quello che Mattei evoca come l'”assalto finale dell'Impero” è, forse, molto dubitabile.

3.- *Il rilievo assolutamente limitato dei compiti di promozione del mercato comunitario solitamente assegnati all'armonizzazione del diritto privato dell'Unione.*

Si può essere d'accordo (con Joerges) sulla considerazione che una sovranazionalità gerarchica rischierebbe di aggravare il *deficit* di legittimazione e di democraticità del legislatore europeo e sulle ragioni di scetticismo che gli orientamenti liberisti della burocrazia comunitaria lasciano nutrire a proposito di un recupero europeo del "capitalismo sociale". Ma non sembra che lo spazio della politica si possa salvare salvando i codici civili nazionali.

Si può essere d'accordo (con Mattei) sulla proposta di un codice civile europeo, completo e *hard*. Ma non sembra che un tal codice, in sé, possa salvare le *rationes* del vecchio Stato sociale, o del *novum* politico che probabilmente dovrebbe prenderne il posto.

Prima di motivare sommariamente questa posizione, occorre fare una breve premessa sull'impellenza (o non impellenza) dell'armonizzazione del diritto privato nell'Unione.

L'*Action plan* si sforza di dare una forte motivazione pratica dell'armonizzazione identificando molteplici ambiti problematici: dal piano dell'uniforme applicazione della normativa comunitaria a quello degli ostacoli e dei disincentivi dei diversi regimi privatistici nazionali alle transazioni transfrontaliere.

Che questi problemi esistano mi sembra innegabile. Ma che la loro portata sia tale da giustificare l'impegno profuso nel progetto dell'armonizzazione credo sia discutibile.

Le relazioni economiche implicate nel progetto di un'armonizzazione del diritto contrattuale europeo si possono distinguere, grossomodo, in tre gruppi:

- (a) le relazioni tra grandi imprese
- (b) le relazioni tra imprese medio-piccole
- (c) le relazioni tra imprese e consumatori.

Le relazioni tra grandi imprese, tanto per le dimensioni degli attori che per la dimensione degli affari, non si può, seriamente, ritenere trovino ostacoli e disincentivi nelle diversità dei regimi privatistici nazionali. Simili *partners* e simili *business* utilizzerebbero in ogni caso l'assistenza di grandi studi legali in grado di assumere informazioni adeguate sui rispettivi diritti nazionali e di selezionare la legge ed il giudice più convenienti.

Per ragioni esattamente opposte un'ulteriore armonizzazione giuridica delle relazioni di consumo non si può ritenere, seriamente, costituisca una reale impellenza del mercato. Un sufficiente grado di uniformazione è già assicurato dalle direttive comunitarie e dalle leggi nazionali che vi hanno dato esecuzione. E le piccole incongruenze che l'*Action plan* puntigliosamente segnala non ostacoleranno certo un ulteriore sviluppo del mercato comunitario. Certo, la qualità della normativa comunitaria non è sempre delle migliori (ad es.: l'uso dei concetti di indennità e riparazione nella direttiva sugli agenti); così come talune discipline dei rapporti di massa presentano ancora non trascurabili diversità di dettaglio (ad es.: vendita con riservato dominio); ma rispetto a questi problemi "minuti", facilmente ovviabili attraverso le ordinarie tecniche normative ed interpretative, l'enfasi posta sul problema dell'armonizzazione risulterebbe certamente eccessiva.

Restano i rapporti tra le imprese medio-piccole, sui quali – non a caso – l'*Action plan* ripetutamente insiste. Queste relazioni sono fondamentalmente di due tipi, di "scambio istantaneo" e di "integrazione economica", e pongono problemi tendenzialmente diversi.

Gli "scambi istantanei" (= vendite, rapporti di fornitura che non richiedano "investimenti specifici", ecc.) non pongono solitamente problemi di regolazione del rapporto contrattuale bensì problemi efficacia ed economia delle tutele contro l'inadempimento; e più esattamente, non richiedono tanto una disciplina uniforme dell'adempimento/inadempimento quanto il miglioramento dei regimi processuali, tanto dal punto di vista della determinazione dell'autorità giudiziaria competente che dei sistemi di esecuzione dei provvedimenti condannatori.

Gli "scambi integrativi" (= appalti, rapporti di fornitura che implicino "investimenti specifici", ecc.), invece, pongono certamente problemi di gestione delle sopravvenienze e, più in generale, di strutturazione giuridica del rapporto. A questi problemi non sembrerebbe difficile ovviare con la stessa tecnica già usata per i rapporti di massa, ossia attraverso direttive comunitarie che disciplinino in modo uniforme gli aspetti più delicati delle principali e più comuni operazioni economiche di questo tipo (che non sono poi molte).

Per nessuno di questi problemi sembra, allora, decisivo ciò di cui si discute soprattutto nel dibattito sull'armonizzazione:

(a) né qualcosa di simile ai *Principles Lando*, perché su questo terreno le divergenze tra i diritti nazionali si ritrovano non nelle “discipline generali” ma nelle regolamentazioni dei contratti tipici (vendita, appalto, fornitura, ecc.);

(b) né comunque una soluzione di *soft law*, perché non sarebbe in grado di superare divergenze nazionali che, spesso, provengono da norme e principi di carattere imperativo.

4.- La crisi delle sovranità nazionali e i processi di globalizzazione.

Se le superiori considerazioni sono, almeno in parte fondate, allora si deve concludere che la posta in gioco, nella questione del diritto privato europeo, non è costituita dall’espansione del mercato comunitario, ma concerne, piuttosto, qualcosa che ha a che vedere con la sopravvivenza della sovranità e della democrazia in un mondo globalizzato.

Il punto, su cui va sollecitata l’attenzione e che va sottoposto alla riflessione, è che non credo si possa salvare molto della sovranità democratica, e dei principi di libertà ed autodeterminazione che essa incorpora, provando a salvare quel che resta delle sovranità nazionali.

Più esattamente, si può dubitare che si possa salvare uno spazio decisivo per la politica proteggendo i diritti privati nazionali: ciò vale innanzitutto per la politica economica, ma vale anche per la politica in generale a misura che presenti – come sempre accade – un costo economicamente misurabile.

Già la globalizzazione dell’economia ha prodotto, almeno a partire dagli ultimi due decenni, il progressivo esaurimento delle politiche economiche nazionali.

Nello spazio europeo ciò è avvenuto in due forme di eguale efficacia:

- (a) nella forma diretta dei limiti introdotti dal Trattato dell’Unione all’intervento pubblico nell’economia e della costituzione della Banca centrale europea, che hanno disattivato le due leve fondamentali di ogni politica economica, quella della spesa pubblica e quella della manovra monetaria;
- (b) nella forma indiretta della concorrenza giuridica: la concorrenza economica induce, infatti, la concorrenza tra i diritti, tra le regolazioni giuridiche eleggibili dagli attori economici, sicché sul mercato delle regole, come in quello

delle merci, vince il sistema giuridico meno costoso; deperiscono così, e si livellano sulle tutele minimali, le costellazioni dei “diritti speciali” del *Welfare State* (diritto del lavoro, diritto della sicurezza sociale, diritto agrario, ecc.), mentre si intravedono già le avvisaglie di simili processi sul terreno dei regimi societari, dei diritti di stabilimento, dei regimi fiscali, ecc.

Ma questo processo ha uno scenario internazionale ben più vasto, dove, negli ultimi anni e fino agli avvenimenti più recenti, si sono prodotte decisive accelerazioni.

A proposito Mattei ha evocato la categoria dell’”Impero”.

Le analisi e, soprattutto, le strategie di Negri si possono ritenere non sempre convincenti. Ma l’unilateralismo che sembra contrassegnare la politica internazionale in questi primi anni del nuovo secolo ha reso (solo) manifesto un radicale cambiamento dell’ordine mondiale, che non è di oggi e che in egual misura concerne la politica e l’economia ed i loro rapporti reciproci.

Un sovranazionalismo assolutamente gerarchico – per citare Joerges – si accinge a presiedere al controllo, diretto o indiretto,

- delle risorse energetiche in prospettiva di scarsità;
- delle risorse naturali;
- delle risorse tecnologiche.

Tutto ciò concerne le stesse precondizioni del processo produttivo e della concorrenza internazionale e coinvolge non solo la politica economica in senso stretto ma, in eguale misura, le condizioni sociali e ambientali di riproduzione della vita: nessuna politica sociale, dell’ambiente, dei rapporti tra generazioni, dei rapporti tra popoli e continenti, ecc. è seriamente decidibile al di fuori di questo contesto.

5.- La funzione simbolica di un codice civile europeo e la costruzione dell’Unione come soggetto politico.

Ma cosa ha a che fare tutto questo con la discussione sul diritto privato europeo?

Vi ha a che fare perchè i progetti di armonizzazione / unificazione del diritto privato ripropongono il problema della “natura costituzionale” dei Codici civili (e del diritto privato in genere), e con essa il problema del rapporto tra economia e sovranità, e dunque dello spazio della decisione democratica o, più semplicemente, della politica.

Orbene, sembra a questo punto legittimo ritenere che la ricostituzione di uno spazio della politica passi necessariamente attraverso la ricostituzione del multilateralismo internazionale, ossia attraverso la ricostituzione di condizioni di decidibilità sulle condizioni sociali e ambientali di riproduzione della vita.

Ma una visione realistica delle relazioni internazionali mostra che un tale obbiettivo, che concerne la libertà e le condizioni di esistenza di ognuno, passa necessariamente attraverso la trasformazione dell'Europa in un soggetto politico in grado di co-determinare le condizioni di riproduzione sociale e ambientale della vita.

Di questo l'Unione mostra di cominciare a prendere consapevolezza, seppur attraverso dolorosi processi di divisione, quando pone all'ordine del giorno dell'agenda europea l'unificazione comunitaria della politica estera e la formazione di una forza di difesa comune.

L'unificazione del diritto privato costituisce, appunto, una tappa fondamentale nel percorso dell'istituzione dell'Europa in soggettività politica internazionale.

Ed in ciò risiede il suo valore: *un Codice civile europeo non tanto per incorporare lo spazio politico del capitalismo sociale europeo già presente nei codici nazionali ma, prim'ancora, per costruire una soggettività che preservi e/o ripristini le condizioni di un tale spazio.*

Insomma, bisogna riconoscere che la questione del Codice civile europeo debba comprendersi nel medesimo scenario evocato dalla discussione sulla Costituzione europea.

E si può anche ritenere che, su questo piano, invece che fermarsi al pur fondato scetticismo di Grimm, valga piuttosto scommettere sull'ottimismo di Habermas, o su qualcosa di simile: i tempi – mi pare - hanno sopravanzato i processi riflessivi.

Nel tempo della “costellazione postnazionale” la possibilità di ogni futura politica sembra dipendere dalla creazione di “strutture interregionali”, ossia dalla formazione di istituzioni politiche che siano in grado di influenzare la “politica interna mondiale”.

L'assenza di un “popolo europeo” non è, forse, un ostacolo insormontabile: l'identità collettiva, che deve sorreggere tali istituzioni politiche, può essere intesa non come “una qualche forma di sostrato primordiale”, non come un *a priori*, ma come un fatto che si determina in un rapporto ricorsivo con le istituzioni, in cui coscienza comunitaria e diritto unitario si consolidano a vicenda.

D'altronde, i codici civili sono già stati chiamati a svolgere un simile ruolo: la loro funzione simbolica, storicamente, non è stata seconda a quella di una costituzione o di una moneta.

Allora: una moneta, una costituzione, un codice.

6.- I limiti della cultura accademica europea e il compito politico della codificazione del diritto privato.

Ma il ceto giuridico europeo, e soprattutto quello accademico, è del tutto all'altezza di un tale compito?

Su questo terreno, forse, non ha tutti i torti Joerges quando solleva dubbi a proposito della esistenza di un "attore giuridico con la vocazione per una legislazione universale.

Prevalenti fin ora sembrano due tipi di risposta dell'accademia europea:

- (a) la chiusura nelle tradizioni nazionali;
- (b) l'assunzione del processo di armonizzazione come occasione per la riproposizione di vecchie ideologie di ceto.

Quest'ultima è quella cui, soprattutto, occorre brevemente accennare.

Se c'è un tratto che vorrebbe caratterizzare i *Principles Lando*, e le esperienze e le discussioni che ne sono seguite, questo consiste, fondamentalmente, nella "rimoralizzazione" del diritto privato e nell'estensione del controllo giudiziale sull'autonomia privata.

Questo ritorno della morale, affidato al giudice ma di cui la dottrina sarebbe la musa, non è, però, ciò che serve ad un Codice civile europeo, e per almeno due ragioni.

Innanzitutto, perché una tale prospettiva si dimostra del tutto insufficiente a resistere a quello che è stato definito come l'"assalto finale dell'Impero". Ha ragione al riguardo Mattei, quando ricorda che il peso politico e la legittimazione sociale dei giudici americani non trovano alcun riscontro nelle esperienze europee (neanche in quella inglese – per esser chiari). Ma anche se così non fosse, resta il fatto che l'intervento giudiziale potrebbe costituire una prospettiva esclusivamente per i "diritti gratuiti", ossia per quei diritti la cui tutela sia possibile senza spesa pubblica; e questi diritti non sono poi molti. I giudici, dunque, (a tacer d'altro) strutturalmente non sembra possano surrogare utilmente la politica; sicché l'idea di un controllo solo giudiziale dell'autonomia privata, oggettivamente, sembra mascherare la rinuncia ad ogni controllo politico dell'economia.

In secondo luogo, perché la prospettiva della “rimoralizzazione” del diritto privato si dimostra, in ultima istanza, regressiva, a misura che obbliga a tradurre in un codice linguistico assolutamente individualistico (qual è quello etico) problemi di carattere eminentemente sociale (quali sono quelli di un qualche controllo politico dell’economia). Così, ad es., caricare sulla buona fede istanze di carattere non “procedurale” ma “materiale”, a ben vedere, non sembra molto corretto e, soprattutto, non è neutrale, a misura che comporta (come appresso meglio si vedrà) la scomparsa dell’”interesse generale” e della “dimensione sociale” della regolazione giuridica.

Ma se questo è vero, occorre, allora, suscitare nelle accademie europee una nuova cultura giuridica, una cultura giuridica che sappia nuovamente interrogare norme e principi delle tradizioni nazionali e sia in grado di elucidarne le ragioni sistemiche oscurate dalla dommatica per sottoporle infine ad un’adeguata discussione.

Vi è, allora, da interrogarsi su di un progetto di Codice europeo dei contratti come quello elaborato dal Gruppo Lando,

- che, ad es., all’art. 1:103 dichiarare che “le parti possono scegliere di assoggettare il contratto ai Principi al fine di escludere l’applicazione delle norme imperative nazionali”;
- che, ad es., all’art. 4:101 dichiarare che “non tratta dell’invalidità derivante da illiceità o immoralità del contratto, né da incapacità delle parti”;
- che di conseguenza ignori nozioni come quelle di “buon costume” o di “ordine pubblico”, cui, con le norme imperative, sono affidati l’interesse generale e la dimensione comune del vivere in società;
- che, ad es., ignori la “causa negoziale” senza porsi la questione dei problemi che essa realmente risolve (o non risolve) nei sistemi continentali e senza aver capito in che rapporto stia con la “*consideration*” del *Common law* e con la “causa dell’obbligazione” di altre tradizioni;
- che, ad es., non si occupi dei principali contratti tipici, dove solo si ritrovano gli assetti imperativi (o semi-imperativi) imposti all’autonomia privata e rispetto ai quali soltanto è possibile interrogarsi sulla loro eventuale attualità o sulla loro probabile obsolescenza;
- che, ad es., rimetta al centro della disciplina del contratto le tutele contro i vizi della volontà come neanche ai tempi di Napoleone;
- che, invece, non si occupi dei beni giuridici, ossia di ciò di cui i contratti sono chiamati a disporre;

- che, ancora, non tratti della responsabilità che è chiamata a regolare l'intero spettro delle relazioni non direttamente economiche, e così via.

Nessuno può, seriamente, immaginare che un Codice civile europeo, per quanto completo e *hard*, possa porsi in controtendenza rispetto alle virtù taumaturgiche che nella gran parte dei paesi dell'Unione e, prima ancora, nelle istituzioni europee si è soliti accreditare al mercato. Ma una cultura giuridica all'altezza del proprio tempo dovrebbe saper preservare lo spazio della politica, ossia le condizioni giuridiche per ogni decisione futura.

7.- I caratteri fondamentali del progetto di Codice dei contratti e delle obbligazioni elaborato dal gruppo Lando (ma anche di quello del gruppo Gandolfi, come già dei Principles Unidroit).

Considerati in questa prospettiva, i progetti di codificazione europea sono generalmente caratterizzati da tre scelte fondamentali:

- (a) la deliberata ignoranza delle *mandatory rules*;
- (b) l'enfaticizzazione della buona fede;
- (c) l'importazione selettiva di (solo) talune discipline comunitarie di tutela del consumatore.

La filosofia sottesa a queste scelte si fonda, al di là delle intenzioni, su due assunti:

(a) l'esaurimento della politica: infatti, la rinuncia a considerare le *mandatory rules* e la loro rilevanza nella disciplina generale del contratto suppone, necessariamente, l'idea di un ruolo marginale dello Stato, e perciò della politica;

(b) l'eshaustività del controllo giudiziale dell'autonomia privata: infatti, il peso ridondante assegnato alla buona fede è, evidentemente, rivolto a compensare l'espulsione dal diritto privato della dimensione politico-pubblica, tradizionalmente rappresentata dalle *mandatory rules* e dai principi inderogabili.

Su questa filosofia occorre, allora, riflettere e prendere posizione.

I limiti all'autonomia privata possono rispondere a logiche diverse, che invece di frequente vengono confuse.

In linea di principio, il controllo del contratto può rispondere a due funzioni diverse.

In primo luogo, il controllo del contratto risponde ad una *funzione fondamentale immunitaria*, che, generalmente, si esplica in due direzioni:

(a) il controllo dell'*invasività del mercato*: il mercato è un sistema che tende a sottoporre ai propri dispositivi gli ambiti riservati agli altri sistemi di funzioni (ad es.: commercio degli organi; commercio del voto, ecc.); il diritto è deputato a preservare la distinzione tra i diversi sistemi di funzioni; questa funzione del diritto si risolve, appunto, in discipline e principi imperativi dell'appropriazione e della circolazione, e perciò anche dell'autonomia privata;

(b) il controllo dell'*autofagia del mercato*: il mercato è un sistema che tende a dissolvere le condizioni della sua stessa esistenza (ad es.: processi di concentrazione e centralizzazione dei capitali che soppiantano la concorrenza, ecc.); il diritto è/ può essere anche deputato a preservare le condizioni ed i dispositivi di funzionamento degli altri sistemi di funzioni; anche questa funzione del diritto si risolve, perciò, in discipline e principi imperativi volti a mantenere in vita coattivamente il mercato contro se stesso.

Dunque, questa *funzione immunitaria* non ha niente a che vedere con quella che un tempo si indicava come “giustizia sociale”, ossia con correzioni rilevanti del mercato misurate sugli *status* economico-sociali dei contraenti, ma discende dalle stesse premesse dell'individualismo moderno. Essa, tuttavia, riveste un valore “politico” di primaria importanza: il controllo del sistema giuridico sulla logica economica preserva la “decisione costitutiva” sulla distinzione tra “beni pubblici” e “beni privati” e tra “cose commerciabili” e “cose in commerciabili”; esso, perciò, non risponde ad una funzione sociale ma custodisce un valore democratico.

In questa prospettiva, l'omessa considerazione delle *mandatory rules* e dei principi che, nella tradizione latina, si direbbero di “ordine pubblico” e la conseguente mancata previsione di un sistema delle invalidità che includa la “nullità” (o – se si preferisce – un'invalidità rilevabile da chiunque, non sanabile e tendenzialmente non prescrivibile) implicano una (non esplicitata) scelta politica di grande rilevanza, quella di liberare tendenzialmente il mercato dai vincoli che gli venivano dalla decisione pubblica sul c.d. interesse generale e di esaurire ogni margine di residuo controllo dell'autonomia privata nella vigilanza dell'organo giurisdizionale (essenzialmente, attraverso i principi di buona fede e correttezza). Così, però, sollevando l'ulteriore problema del fondamento in forza

del quale un organo giurisdizionale possa surrogare la decisione democratica.

Una scelta siffatta, pertanto, rende *doppiamente* problematico il rapporto tra tali progetti di europeizzazione del diritto privato e principio democratico.

In secondo luogo, il controllo del contratto può rispondere ad una *funzione fondamentalmente correttiva*. Il mercato suppone disuguaglianza (dei possessi privati) e inevitabilmente (almeno per quel che fino ad adesso si è potuto sperimentare) riproduce disuguaglianza. Il contratto, in quanto forma del mercato, istituisce e garantisce questa logica diseguale attraverso il carattere “generale e astratto”, ossia “eguale”, della sua disciplina. La c.d. giustizia sociale, che ha contrassegnato le esperienze europee (ma non solo) del *Welfare State*, aspira(va) a correzioni di questa logica giuridica “eguale” che asseconda la logica economica “diseguale” del mercato.

Dunque, almeno storicamente, questa *funzione correttiva* non si limita a garantire la corrispondenza del “mercato reale” al “mercato ideale” (come avviene, prevalentemente, nella disciplina comunitaria di protezione del consumatore), ma discende dai limiti della stessa ragione individuale che presiede al modello mercantile: il controllo del sistema giuridico sulla logica del mercato, in questo caso, non tende ad assicurarne il corretto funzionamento ma a giustapporre alla logica economica una logica propriamente politica, alla logica individuale una logica sociale.

8.- La filosofia dei progetti di europeizzazione del diritto privato.

La filosofia dei progetti di europeizzazione del diritto privato, soprattutto di quello Lando, oblitera la *funzione immunitaria* del controllo sull'autonomia privata e ne affida la *funzione correttiva* ad una tecnica giuridica, principalmente quella della buona fede, che appare altamente problematica.

Precisamente, le superiori considerazioni dimostrano che la scelta di escludere dalla considerazione di un Codice europeo dei contratti la questione delle *mandatory rules* e della loro rilevanza costituisce semplicemente una *defaillance* ideologica: la “paura” dello Stato e del suo interventismo nell'economia ha fatto dimenticare che al diritto in generale, specificamente al diritto privato ed al diritto dei contratti in modo particolare, compete una insopprimibile *funzione immunitaria*, che risponde alla garanzia delle condizioni stesse

dell'economia di mercato e custodisce valori democratici fondamentali.

Sotto questo profilo non ci si può esimere da una critica radicale dei progetti di Codice civile europeo, specie nella prospettiva del processo di costituzionalizzazione dell'Unione. Ma occorre anche aver chiaro che l'apertura di tale Codice ai diritti fondamentali della Carta di Nizza e della (si spera) prossima Costituzione europea risponde a questa insopprimibile *funzione immunitaria* del diritto ed a questi valori democratici, ma, di per sè, non ha molto a che fare con la c.d. Giustizia sociale propriamente intesa, che attiene, invece, alla correzione "politica" delle ragioni di scambio.

A dire il vero, i progetti di Codice civile europeo non risparmiano declamazioni sociali, ma – come prima si è detto - affidano questa funzione sociale del diritto al controllo giudiziale del contratto, essenzialmente per mezzo della clausola di buona fede.

Tradizionalmente, la funzione sociale è stata attuata attraverso il ricorso al "diritto regolativo", specificamente attraverso la formazione, attorno ai codici civili, di una costellazione di sottosistemi di legislazioni speciali. Da questo punto di vista, lo Stato sociale del novecento consiste, essenzialmente, nello sviluppo di un "diritto diseguale" che corregge la logica mercantile affiancando ad essa, in ambiti determinati, logiche politiche che rideterminano le obbligazioni dei contraenti sulla base delle loro qualità economico-sociali. In questo senso, la funzione sociale coincide con l'intervento dello Stato e della politica.

A questa tradizionale dimensione statale e politica, che la c.d. "giustizia sociale" presenta nella storia europea del novecento, i progetti di Codice civile europeo vorrebbero contrapporre una funzione sociale perseguita, fondamentalmente, attraverso le clausole generali e, per mezzo di esse, il controllo giudiziale del contratto. Ma che un siffatto controllo giudiziale del contratto possa adempiere a questo compito sociale non può ritenersi affatto scontato.

E' necessario, perciò, riflettere con attenzione sul valore e la portata di questa scelta.

9.- *La c.d. funzione sociale del diritto privato e il controllo giudiziale del contratto.*

Questa filosofia che affida la c.d. funzione sociale del diritto privato al controllo giudiziale del contratto non può, per il vero, considerarsi scontata.

Nella cultura accademica tradizionale generalmente si assume, oggi più spesso di prima, che il principio di buona fede (e le regole che ad esso si fanno risalire) equivalga a socialità.

Questo convincimento si fonda su di un equivoco diffuso e spesso ingenuo, quello per cui ogni limitazione della libertà di un contraente si deve ritenere costituisca, inevitabilmente, una limitazione della logica individualistica e mercantile, e perciò possa ritenersi orientata da considerazioni non individuali ma, appunto, sociali.

Da molteplici punti di vista le evidenze sembrano deporre per il contrario:

(a) da un punto di vista storico, la prevalenza della buona fede e della correttezza sulla stretta tutela della volontà individuale ha rappresentato all'origine (ossia, almeno per l'Italia, al tempo della c.d. commercializzazione del diritto privato) un'esigenza promossa dal ceto borghese / mercantile contro il ceto aristocratico / proprietario; mentre poi, a regime, buona fede e correttezza sono servite a privilegiare le logiche "collaborative" sulle logiche "appropriative", ossia le prospettive di sviluppo degli affari nel "lungo periodo" sulle convenienze alla rapacità di "breve periodo", e dunque a privilegiare il criterio dell'ottimizzazione degli investimenti;

(b) da un punto di vista pratico, la recente (in Italia, ma non solo) moltiplicazione dei riferimenti giudiziali alla buona fede ed alla correttezza rappresenta, per lo più, una tecnica di motivazione abbreviata ed allusiva di decisioni che, in realtà, si fondano su altre regole e principi del sistema giuridico;

(c) da un punto di vista economico, è facile dimostrare che si danno molteplici situazioni nelle quali il sacrificio della volontà individuale è assolutamente funzionale alla preservazione del mercato e dello stesso ordine individualistico: semplicemente, non ad ogni "regola" corrisponde una *ratio* "regolativa".

Certo si potrebbe ben replicare che, in fin dei conti, non vi è un'"essenza" della buona fede. Ed in effetti, è assolutamente incontestabile che non si dia un'"essenza" della buona fede, e cioè che non si dia alcun vincolo necessario perché la buona fede si risolva in regole operazionali di stampo funzionale invece che in criteri di valutazione di origine etico-solidaristica. Ma bisognerebbe spiegare perché la buona fede, già in origine concepita, oltre la semantica etica

solitamente utilizzata, nel modo che si è descritto, non dovrebbero più “lavorare” nel modo in cui fin qui “ha lavorato”.

L’idoneità della buona fede e della correttezza ad assicurare e sviluppare interventi redistributivi in modo socialmente orientato e seriale (ossia la c.d. giustizia sociale) richiede, perciò, un impegno dimostrativo che non è mai stato, almeno fin ora, adeguatamente soddisfatto.

Le superiori considerazioni dimostrano che la correzione giudiziale del contratto, di per sé, non corrisponde, immediatamente e necessariamente, ad una funzione sociale in senso proprio, e che, perciò, occorre ancora un rilevante approfondimento di questo rapporto.

Il controllo giudiziale dell’autonomia privata può avvenire, fondamentalmente, in tre direzioni:

- (a) nella direzione dell’effettività e trasparenza del consenso (= consenso sufficiente, modello antropologico di contraente, disciplina dei vizi della volontà, equilibrio delle obbligazioni reciproche, ecc.);
- (b) nella direzione della razionalità ed efficienza delle relazioni contrattuali (= disciplina dell’esecuzione, amministrazione del rischio delle sopravvenienze, ecc.)
- (c) nella direzione dell’“equità” del sinallagma economico (= rideterminazione del corrispettivo).

Le prime due direzioni del controllo giudiziale possono essere affidate, seppur in varia misura, alla tecnica delle clausole generali, come buona fede e correttezza, ma sono sempre riconducibili ad una logica propriamente mercantile. La correzione giudiziale del contratto, in tali casi, si mostra, infatti, rivolta ad imporre il “modello” del mercato contro le “prassi” che da esso si discostano, il “mercato ideale” contro il “mercato reale”.

In queste direzioni buona fede e correttezza possono adempiere ad una funzione sociale, solo alla condizione che si condivida l’idea che, una volta garantite ai singoli scambi effettività, consapevolezza e trasparenza, il mercato, attraverso la sua “mano invisibile”, conduca alla migliore e più equa distribuzione della ricchezza.

Questa, appunto, sembra essere, in ultima analisi, la filosofia dei progetti di Codice civile europeo (ma questa è stata anche, fino ad adesso, la filosofia prevalente della E.C. e del diritto europeo in generalmente). Ma l’assunto di teoria economica, che sta alla base di questa filosofia, dopo almeno trecento anni dalla sua formulazione, attende ancora di essere convalidato da precise e concordanti evidenze

pratiche. Anzi il più grande esperimento di combinazione di mercato e socialità si è dato, durante tutto il corso del novecento, in direzione affatto diversa. Ciò deve far ritenere che una codificazione europea, che non abbia il respiro corto della contingenza politica, non possa affrontare le sfide epocali della globalizzazione chiudendosi *a priori* entro i rigidi confini di una dottrina economica liberista – per così dire – presa alla lettera ed in parola.

La terza direzione, ove generalizzata (ossia, ove non limitata alle fattispecie di c.d. *gross disparity* ed estesa ai rapporti di massa), propone, invece, l'alternativa tra intervento giudiziale generalizzato e (l'apertura della disciplina del contratto al) “diritto regolativo”, ossia l'alternativa tra giudice e legge. Essa, perciò, pone il problema di chi, ed in base a cosa, sia legittimato a decidere della giustizia di uno scambio, e cioè pone il problema del “fondamento” della giustizia, sociale e non, e del suo rapporto con la democrazia: spetta al “popolo” o al “saggio” di determinare la “misura” dei rapporti sociali?

Ma se queste considerazioni hanno un qualche fondamento, allora, si deve ritenere che il rapporto tra europeizzazione del diritto privato e giustizia, sociale e non, vada riconsiderato, innanzitutto, a partire dai seguenti due punti di vista:

- quello del rapporto tra giustizia (sociale e non) e mercato;
- quello del rapporto tra giustizia (sociale e non) e democrazia.

10.- Per un approccio operativo al processo di codificazione civile europea.

Dunque la codificazione europea del diritto privato pone, innanzitutto, un problema preliminare di legittimazione, che è riassumibile nella seguente questione: può la giustizia, sociale e non, essere l'affare di un' *élite* giuridica e, se no, dove si posiziona il confine tra “scienza” e “politica” e come la “scienza” può contribuire alla “politica” senza, di fatto, soppiantarla.

Dunque, un approccio ai problemi della codificazione europea del diritto privato che salvaguardi lo spazio della politica senza prenderne il posto.

Tradotto in termini operativi, un simile approccio suppone, certo, una spiccata consapevolezza politica, ma la assume solo come “sfondo” per operazioni di intervento “tecnico” nel processo di armonizzazione del diritto privato o – come sembra auspicabile - di codificazione europea.

Più precisamente, un approccio, che si concepisca come “operativo”, richiede due riflessioni fondamentali, rispettivamente su “cosa manca” e su “cosa deve essere aggiunto” nei progetti di codificazione europea oggi all’ordine del giorno, affinché il Codice dell’Unione non nasca aprioristicamente chiuso all’eventualità di nuovi orientamenti dell’ordine europeo a proposito dell’interesse generale e verso la giustizia.

In questa prospettiva, non sembra si debba procedere – come pure talvolta si propone - alla formazione di un catalogo dei principi di giustizia (rinvenibili nelle fonti normative europee) ed alla sua inclusione nel corpo del Codice o in un suo Preambolo.

Non solo storicamente ma anche da un punto di vista propriamente teorico, infatti, i sistemi di diritto privato non si sono mai prestati ad includere un catalogo di principi, ma, più opportunamente, si sono limitati a prevedere dispositivi con i quali se ne assicurava l’operatività nelle relazioni tra privati (ad es.: la “causa” del contratto o dell’obbligazione come veicolo del controllo sulla ragionevolezza dei trasferimenti di ricchezza, le invalidità radicali come *actio finium regundorum* dell’autonomia privata, la sostituzione automatica di clausole come tecnica di regolazione autoritativa dei rapporti di massa, ecc.).

Al contrario, i principi alternativi all’autonomia privata ed alla libertà contrattuale sono rimasti sempre eccentrici rispetto ai Codici civili, sia perché questa eccentricità (sperimentata nelle c.d. legislazioni speciali: diritto del lavoro, diritto agrario, diritto bancario, diritto dell’ambiente, ecc.) costituiva una delle forme di coesistenza tra “ordine liberale” e “giustizia sociale”, sia perché essa consentiva composizioni molteplici e differenziate di tale problematica coesistenza, sia perché solo in tal modo la misura di tale coesistenza poteva essere amministrata dai Parlamenti.

Dunque, la ricostituzione del rapporto tra codice civile, mercato e democrazia, non sembra richiedere la costruzione di una sorta di “codice sociale del diritto privato” (che, oggi, non avrebbe *chances* politiche serie e che, in generale, è probabile non abbia più molto senso). Ma impone, piuttosto, l’introduzione nel Codice civile europeo di alcune norme generali che aprano la nuova disciplina delle relazioni private dell’Unione alla possibilità di decisioni pubbliche sull’interesse generale e di interventi regolativi nella direzione della c.d. giustizia sociale. In fondo, si tratterebbe di poche norme (principalmente in materia di invalidità), ma che permangono decisive affinché l’Unione europea non continui ad apparire un mero sviluppo

del Mercato comune europeo e si prospetti, invece, come nuova πολις che si rende disponibile all'autodeterminazione collettiva, alla democrazia.