

Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita? (*)

di Guido Alpa

1. Quale punto di osservazione?

L'organizzazione della seconda settimana di studio sul "diritto privato comunitario" riflette, nel suo programma e nei suoi contenuti, una scelta ben precisa, congeniale al giurista italiano e connaturale alle reazioni che il fenomeno del "diritto privato comunitario" ha suscitato negli ambienti accademici e negli ambienti professionali (in particolare forensi e notarili): salve le presse metodologiche, le giornate seguono infatti l'ordine delle fonti, e nell'ambito di questo disegno, un ordine che riflette, in senso lato, le materie così come disciplinate nel codice civile (persone, beni, contratti, impresa, lavoro, rimedi processuali). Una scelta dunque di natura formale, adattata alla evoluzione del diritto comunitario in senso proprio, al diritto comunitario come componente essenziale del diritto interno¹, al diritto interno come risultante degli effetti dell'incidenza del diritto comunitario. Il fatto che in queste giornate ci si interroghi sullo stato attuale degli istituti tramandati dalla tradizione civilistica e nel contempo si affrontino problemi che, convenzionalmente, sono assegnati al comparto del diritto commerciale, del diritto del lavoro e del diritto processuale, indica però che quando si pensa, anche dal punto di osservazione prescelto del fenomeno "diritto privato comunitario", si pensa ad un sistema – meglio ad un complesso di regole – in cui la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale (a suo tempo, oltre che per ragioni culturali, agevolata dalla correlazione tra normativa e *status* delle persone) è solo convenzionale, ma non obbedisce più a criteri di natura formale. E' questo un punto di vista privilegiato, che noi giuristi italiani condividiamo con i giuristi olandesi², in un panorama europeo continentale in cui il sistema della doppia codificazione, civile e commerciale, resiste, ma sempre più a fatica, e in un panorama europeo insulare e scandinavo, dove l'assenza di codificazione ha consentito di accantonare tutte le problematiche connesse con la distinzione delle due materie (che vige solo per ragioni didattiche e scientifiche) e il coordinamento dei codici³.

Se si considerano le iniziative assunte in altri ambienti culturali, in altre esperienze giuridiche che si svolgono sempre entro i confini dell'Unione, possiamo individuare diversi approcci che nascono da punti di osservazione non alternativi, ma complementari a quello formale qui privilegiato.

(*) Sintesi della relazione presentata alla Seconda settimana di studio sul Diritto privato comunitario, Camerino, 3-7 settembre 2007

¹ Sul punto v. già Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*. Per un sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 1992

² Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer, 2001

³ Goode, *Commercial Law*, Lexis-Nexis, 2006

Mi riferisco, ad esempio, all'approccio di *politica del diritto*, in cui emergono gli aspetti sociali delle regole che attualmente governano e, in una dimensione ottativa, potrebbero in futuro governare, il diritto privato comunitario. La discussione sul "manifesto" del diritto contrattuale europeo si è votata appunto a capire, criticamente, gli effetti dei tentativi di codificazione, e prima ancora di armonizzazione e uniformazione, delle regole comunitarie che incidono i rapporti tra privati (professionisti, consumatori, singoli individuali), a capire se le iniziative comunitarie, oppure quelle proposte alla Comunità, oppure ancora quelle sgorgate dalla fantasia e dalla intelligenza dei centri di studio accademici e professionali più aperti alle novità seguano una logica intrinseca, se obbediscano ad esigenze "tecnoburocratiche", se si pieghino a necessità economiche, se tentino un contemperamento degli interessi in gioco o se non occultino, dietro le proposte, una difesa ad oltranza dello status quo mascherato da abbellimenti di stampo progressista⁴.

A questo approccio, che corrisponde ad un altro punto di osservazione, si affianca quello *dell'analisi economica del diritto*: in questo ambito, tra i diversi contributi, si segnala il gruppo di studio coordinato da Smits⁵. Pensavo che quel gruppo di ricercatori, così attenti alle esigenze del mercato, fosse incline a promuovere un'osservanza stretta, quasi sacrale, del principio di autonomia contrattuale, che sottolineasse gli aspetti paternalistici della tutela del consumatore, che si proponesse di valorizzare la differenza tra culture, la competizione tra ordinamenti, l'apporto dell'inventiva professionale e tecnica di imprenditori, di giuristi, di analisti economici e quindi si contrapponesse ad ogni tentativo o proposito di uniformazione e /o codificazione. Con mia sorpresa il risultato delle loro ricerche è pervenuto ad opposte conclusioni, sia considerando i costi transattivi implicati da un'operazione economica esposta alle incertezze della scelta della legge applicabile, della scelta delle clausole che compongono la base dei modelli contrattuali in uso, dell'assistenza di esperti nella negoziazione e conclusione di un contratto, sia considerando l'assenza di un modello economico comparabile con quelli esistenti, dal momento che gli effetti della uniformazione non sono ancora chiari, sia perché il periodo di tempo e i settori in cui si sono manifestati non consentono di elaborare, allo stato, conclusioni sicure, sia perché il fenomeno indagato – la codificazione del diritto privato comunitario – non si è affatto concluso⁶.

Ma possiamo anche aggiungere l'approccio *pragmatico*, che tiene conto soprattutto dei risultati concreti che queste iniziative possono portare: concreti nel senso dei cambiamenti in positivo per il sistema economico generale e dei singoli Paesi Membri, per lo sviluppo di traffici e commerci, per l'integrazione del mercato europeo, per l'attività dei professionisti coinvolti, e così via. E' l'approccio, o il punto di vista, che emerge dai rappresentanti degli *stakeholders*, di cui gli incontri organizzati a Bruxelles dalla D.G.Sanco sul diritto contrattuale europeo sono la punta dell'iceberg di un lavoro preparatorio che consente ai rappresentanti professionali dei diversi Paesi Membri di incontrarsi, studiare, discutere, deliberare su argomenti posti all'

⁴ Monateri, Giaro, Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005; Somma (cur.), *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007

⁵ *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Groeningen-Amsterdam, 2005

⁶ Alpa, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, p. 8 ss.

ordine del giorno dal programma CFR-Net, ma anche di avanzare proposte alternative⁷.

Sembrano oramai distanti sia le proposte di attendere che la naturale convergenza degli ordinamenti facesse il suo corso, avanzate da B. Markesinis, sia le critiche ad ogni armonizzazione in virtù del valore della diversità (culturale, lessicale, logica e tecnica delle esperienze giuridiche europee) , sostenute con vigore da P. Legrand, sia le critiche alla “codificazione” in sé del diritto privato europeo⁸, come di ogni altra esperienza nella quale lo stesso termine di “codice” sarebbe abusato, alla luce della imponente tradizione storica che quel nome evoca⁹.

Questi punti di vista, ed altri ancora che si potrebbero enumerare, non sono tra loro alternativi, come sottolineavo, ma semplicemente complementari: non si può fare la critica politico-sociale ad un progetto se quel progetto non è definito, non si può ritenere che le prassi da sole siano sufficienti ad ottenere obiettivi uniformanti, perché le prassi sono esposte a rapidi cambiamenti e sono volatili di per sé, strutturalmente. Ancor meno ci possiamo affidare solo all'analisi economica, perché questa abbisogna del supporto giuridico.¹⁰

Torniamo dunque al punto di osservazione *formale*.

2. Quali percorsi ?

Quali percorsi sono necessari giungere alla *meta*? E quali scelte involgono? Sottolineo *una* meta, perché le mete si possono ordinare in fasi e tappe, avendo in mente un obiettivo preciso, oppure si possono segnare su una carta geografica ipotetica (e forse utopica) nell'ambito di una strategia di lungo raggio e di insicuro approdo. Questa seconda alternativa non è da disprezzare, perché la creazione di tanti cenacoli di studiosi e di pratici che nei diversi centri europei si interrogano su questi temi di per sé è già un fatto altamente positivo, rilancia la ricerca, acuisce la sensibilità alle nuove esigenze, rafforza il ruolo del diritto nella creazione del “modello europeo” di sviluppo¹¹. Ma poniamo pure che gli scopi siano più ambiziosi, dal momento che l' Europa che conosciamo è, essenzialmente, l' Europa dei diritti. Procedendo per approssimazioni graduali alla risposta, avendo già sgombrato il campo dalle naturali convergenze, dalle competizioni tra ordinamenti, dal nichilismo scettico, possiamo subito dire che il problema, dall'angolo di osservazione formale, può essere esaminato su piani distinti, tra i quali possiamo annoverare: (i) il piano del coordinamento interno degli interventi comunitari, costituito dall' *acquis*; (ii) il piano dei termini e principi uniformanti, costituito dal Common Frame of Reference; (iii) il piano di un

⁷ Sul punto v. Alpa, *Introduzione*, cit., pp. 107 ss., 159 ss. Ma v. anche la Tavola rotonda di chiusura dei lavori , coordinata da A. Falzea, con la partecipazione di V. Carbone e P. Piccoli, oltre che mia, al Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile organizzato da G. Cian su *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Riv.dir.civ.*, 2006, n.6, p. 575 ss.

⁸ Per una rassegna delle diverse posizioni contrarie alla codificazione e pure alla uniformazione v. Alpa, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2006

⁹ *Codici*, Una riflessione di fine millennio, a cura di P. Cappellini e B. Sordi ,Milano 2002, in cui si segnalano in particolare le pagine di Paolo Grossi, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà .

¹⁰ Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2000

¹¹ Per i primi riferimenti bibliografici, in una letteratura ormai sterminata , v. Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005

codice delle obbligazioni e dei contratti, costituito dal Codice proposto dall'Accademia dei privatisti, dai Principi della Commissione coordinata da Lando e Beale, dai Principi della Commissione coordinata da von Bar, dai Principi dell'Unidroit, dalle iniziative uniformatrici dell'Uncitral; (iv) il piano delle codificazioni nazionali aggiornate con il diritto privato comunitario *interno*; (v) il piano della uniformazione delle clausole e dei tipi contrattuali, come auspicato da alcuni ambienti professionali. Ovviamente, si terrà conto dei progressi più recenti di ciascuna linea di percorso, le cui origini sono ormai così note che non è neppure il caso di farne oggetto di menzione.¹²

Ciascuna di questi punti di vista, che corrispondono non solo ad approcci cognitivi ma anche ad iniziative in corso, richiede una sintetica riflessione, perché ciascuno di essi implica scelte determinanti che possono orientare, accelerare, rallentare o persino ostacolare il processo di uniformazione e/o codificazione europea.

3. Quali scelte e quali percorsi?

(i) Il miglioramento dell' *acquis*.

Nel febbraio scorso la Commissione europea ha pubblicato un Libro verde sulla "revisione dell' *acquis* relativo ai consumatori"¹³.

Il Libro verde si occupa della disciplina comunitaria che riguarda i rapporti con i consumatori: quindi uno spicchio del diritto civile, che è però aggregato a comparti del diritto commerciale e del diritto amministrativo. In particolare, sono in corso di revisione alcune direttive riguardanti i contratti conclusi fuori dagli esercizi commerciali (85/577/CEE), i contratti di viaggio e vacanza tutto compreso (90/314/CEE), le clausole vessatorie (93/13/CEE), la multiproprietà (94/47/CE), i contratti a distanza (97/7/CE), le indicazioni dei prezzi (98/6/CE), le azioni inibitorie (98/27/CE), le garanzie nella vendita (1999/44/CE). Il Libro verde discute delle tecniche di normazione, sia sotto il profilo della integrazione verticale, disciplinando per settori le diverse operazioni economiche in cui è coinvolto il consumatore, sia in senso orizzontale, coordinando le regole per principi¹⁴. Un approccio, questo, che si è seguito sia nel confezionare il *Code de la consommation* francese, sia nel redigere il *Codice del consumo* italiano. Molti sono però gli interrogativi che pone il Libro verde, a cominciare dalla nozione di consumatore, per finire alla possibilità di estendere ai professionisti le regole previste per i consumatori. La revisione dell' *acquis* non è solo un'opera di sistemazione normativa che riguarda il diritto comunitario: proprio la maggior parte di queste regole investe i contratti e quindi il diritto civile, e, là dove i contratti, in generale e per tipi speciali, sono disciplinati in codici, investe anche i codici (civili e di settore). Si apre dunque il delicato problema di includere le regole sui rapporti dei consumatori nella parte generale del diritto civile, e quindi nei codici civili, oppure di accorparle in codici a sé, collegati con i codici civili.

¹² Per ulteriori riferimenti v. Gambaro, *La riforma del diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del diritto europeo*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, n.6, p. 27 ss.; Alpa, *Il diritto contrattuale europeo*, cit., capp. I e II; *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa e G. Capilli, Padova, 2007

¹³ COM (2006) 744 def, Bruxelles, 8. 2. 2007

¹⁴ Per un più approfondito esame v. Alpa e Conte, *Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell' *acquis* nel Libro verde*, Relazione presentata al Convegno su "Il diritto privato europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore", Pisa, 25-26 maggio 2007

Il legislatore francese sembra confermare non solo la distinzione dei codici (civile e di commercio) ma anche il diritto civile dal diritto dei consumatori, e quindi il Code civile dal Code de la consommation¹⁵. Ma è chiaro che i due settori, anche se formalmente affidati a corpi di regole separati, debbono essere tra loro coordinati (senza peraltro considerare l'influsso del diritto dei consumi sulla evoluzione del diritto contrattuale tout court¹⁶). Il legislatore tedesco ha optato per la soluzione opposta, inserendo le regole provenienti dall'acquis nel B.G.B. riformato¹⁷. Il legislatore italiano, che dapprima aveva optato per la soluzione anticipatoria di quella tedesca, ha finito per sposare la soluzione francese¹⁸. Anche là dove non si conoscono codici né si auspica la loro introduzione, come in Inghilterra, il tema ha costituito oggetto di una ampia e attenta discussione, addirittura alla House of Lords¹⁹.

Il problema non riguarda solo i codici nazionali, ma anche i progetti di codificazione europea. Di rapporti con il consumatore non si occupa, ovviamente, l'Unidroit, e i Principles riguardano i contratti del commercio internazionale²⁰; non se ne occupa neppure la Commissione Lando-Beale, sì che i PECL attengono ai rapporti contrattuali in generale, senza distinzione di status dei contraenti²¹. La questione ha però investito direttamente il progetto di codice civile europeo proposto dallo Study Group coordinato da Christian von Bar, ed è rimbalzata nell'ambito dei seminari organizzati nel progetto CFR-Net, costituendo oggetto di un'ampia discussione sulla "struttura" del codice civile europeo²².

Sempre in questo solco, nell'aprile scorso è stata pubblicata la monumentale ricerca coordinata da Hans Schulte-Noelke con Christian Twigg-Flesner e Martin Ebers dedicata alla comparazione delle regole di attuazione delle direttive comunitarie sui rapporti con i consumatori nei Paesi Membri dell'Unione²³, in cui si evidenziano le discrasie tra i diversi modelli nazionali e

¹⁵ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005*, sul sito www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_; dell'Avant-projet è in corso la pubblicazione della traduzione italiana con commento a cura di G.B.Ferri e P.Spada, nella collana del Consiglio Nazionale Forense, per i tipi di Giuffrè.

¹⁶ V. la discussione nel bel libro di Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Parigi, 2006

¹⁷ In particolare v. Patti, *Il progetto di riforma del codice civile tedesco*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo, Materiali dei Seminari 2001 del Consiglio Nazionale Forense*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 235 ss.; ID., *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, pp. 503-524.; CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2003

¹⁸ Alpa, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, n.6, p. 351 ss.; ma v. Rossi Carleo, in *AA.VV.*, *Commento al Codice del consumo*, Napoli, 2005, Introduzione.

¹⁹ House of Lords, European Union Committee, 12th Report of Session 2004-05, *European Contract Law-the way forward? Report with Evidence*, Londra, 2005

²⁰ V. Bonell, *Un "Codice" internazionale del Diritto dei Contratti*, 2a ed., Milano, 2006

²¹ V. Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parti I e II, a cura di C.Castronovo, Milano, 2001 e parte III, Milano 2005

²² V. il testo in Study Group on a European Civil Code, http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm

²³ *EC Consumer Law Compendium- Comparative Analyses*, Bielefeld, 2007

quindi l'urgenza di un intervento correttivo del legislatore comunitario. Esigenza che costituisce oggetto, insieme con l'esame dei risultati dei seminari del progetto CFR-Net, della Seconda relazione della Commissione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento²⁴.

(ii) Sviluppi progressivi del Common Frame of Reference

Proprio la Seconda relazione segna l'ultimo traguardo di questo processo di uniformazione, che si era avviato con mete ambiziose, rivolte alla redazione di un codice vero e proprio, e poi rallentato dalle opposizioni interne dei giuristi che vedono nei codici non solo un segno di disdicevole intervento legislativo degli organi comunitari ma un ingessamento dell'evoluzione progressiva e graduale del diritto comunitario. Di qui il ridimensionamento nel programma CFR.-Net, nel corso del quale tuttavia sono emerse le "priorità sul diritto contrattuale dal punto di vista dei consumatori"²⁵.

Si discute innanzitutto se mantenere ferma la nozione di consumatore come persona fisica che opera al di fuori di una attività economica: per la verità anche in seno al Gruppo di lavoro del CCBE si è affacciata l'ipotesi di estendere la nozione agli organismi no-profit; ma addirittura la Law Commission inglese aveva prospettato, in materia di clausole vessatorie, di uniformare la disciplina dei contratti con i consumatori e la disciplina dei contratti tra professionisti. Si discute, in materia di clausole vessatorie, se mantenere l'esclusione dalla disciplina favorevole al consumatore delle clausole negoziate, e se includere nel testo normativo gli elenchi in appendice di clausole presuntivamente vessatorie²⁶. Si aprono problemi sulle informazioni precontrattuali, sia con riguardo ai consumatori svantaggiati, sia – direi soprattutto – sulle conseguenze dell'inadempimento del professionista, che nella nostra esperienza è ancora oggetto di rimedi differenziati²⁷. Tra l'altro, si evidenziano anche le intersezioni tra il diritto dei consumatori con il diritto della vendita²⁸, del commercio elettronico e il diritto delle assicurazioni; senza parlare poi della riforma della disciplina della responsabilità del produttore. Tema sul quale si tornerà in chiusura a proposito della questione della scelta della legge applicabile nel testo del Regolamento apposito (Roma II).

(iii) Progetti di Codici

Di questi argomenti, intrecciati come sono ai precedenti, si è già fatto cenno. Vorrei però segnalare che anche l'Uncitral, la Commissione che opera in seno alle Nazioni Unite, si sta occupando delle medesime questioni, come è risultato dal congresso organizzato pochi mesi fa a Vienna sul Modern Law for Global Commerce²⁹. Da alcune relazioni è emerso che l'incertezza legislativa crea costi, e l'incertezza è massima quando le regole non sono uniformi nei Paesi che intrecciano scambi tra loro³⁰; che appare auspicabile, anche per l'efficienza del commercio internazionale, approdare ad un "codice opzionale",

²⁴ COM (2007) 447 def., Bruxelles, 25.7.2007

²⁵ V. la Relazione cit., p. 2

²⁶ Il tema è stato oggetto di una imponente letteratura, specie nell'esperienza italiana: v. la bibliografia in Alpa e Patti, *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, voll. I e II, Milano, 2005

²⁷ Sul punto da ultimo v. Di Donna, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2007

²⁸ Sull'argomento v. ora Capilli, *La vendita di beni di consumo e i rimedi*, Milano, 2007

²⁹ Vienna, 9-12 luglio 2007.

³⁰ Wagner (H.), *Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?*, datt.

un codice del diritto contrattuale non imposto ma scelto dagli operatori economici³¹, non necessariamente confidando sulle regole del diritto internazionale privato³², modello che potrebbe essere anche seguito dai legislatori nazionali³³. Ma è chiaro che mentre il modello di codice europei dei contratti dovrebbe risultare opzionale per le parti, come se si trattasse del ventiseiesimo ordinamento nazionale, le parti non dovrebbero poi poter derogare alle norme in esso previste; e non è facile, ovviamente raggiungere un equilibrato “mix” tra norme derogabili e norme non derogabili, se si versa in materia di autonomia contrattuale³⁴

Agli aspetti relativi al diritto interno (iv) si è fatto un breve cenno. Non ha per il momento portato a ulteriori sviluppi il progetto – non necessariamente alternativo, ma complementare alla redazione di un codice del diritto contrattuale – di uniformare le regole dall’interno della disciplina pattizia, creando cioè modelli contrattuali uniformi. Allo stesso modo, non è oggetto di indagine, almeno per il momento, la introduzione di un principio generale di sanzione dell’abuso contrattuale, anche nei contratti tra professionisti, che invece, nella nostra esperienza, con l’estensione delle regole della subfornitura, dei pagamenti, del franchising, dei contratti del mercato finanziario, e così via, è in via di costruzione. Così come non è definito il progetto di uniformazione dei rimedi, tema che ha investito soprattutto la disciplina della concorrenza³⁵.

4. Quale ruolo assegnare alle regole del diritto internazionale privato?

Come si vede, questo mondo in fermento non ha ancora trovato la sua via d’uscita, appare come un cratere che è esploso, molti sono i rivoli di lava che scendono per i pendii del vulcano, ciascuno di loro si sta scavando la sua traccia, ma non si sono ancora unificati gli apporti. Tutte le soluzioni sono praticabili, ciascuna di esse presenta vantaggi e svantaggi. L’unica, allo stato, che non mi sembra possa dare buoni frutti – anche se continua a riscuotere il favor della Commissione europea, in particolare della DG Mercato interno e della DG Giustizia e affari interni, è quella che ricorre alla scelta della legge applicabile al rapporto, contrattuale o extracontrattuale, instaurato tra le parti.

Per quanto riguarda i rapporti contrattuali, va da sé che non si compirebbero tutti questi sforzi se si ritenesse che il diritto internazionale privato potrebbe risolvere adeguatamente le questioni che si sono prospettate.

Ma anche per l’illecito extracontrattuale non mi sembra questa l’idea migliore. Ne è prova il Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’ 11 .7.2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (<Roma II>)³⁶.

³¹ Smits, *The Practical Importance of Harmonization of Commercial Contract Law*, datt.

³² Wagner (G.), *Transaction Costs, Choice of Law and Uniform Contract Law*, datt.

³³ Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?* Datt.

³⁴ Sull’argomento v. ora De Nova, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, Relazione tenuta il 26.5.2006 a Pisa, al Convegno “Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore”, coordinato da D.Busnelli, U.Breccia, E.Navaretta, datt.

³⁵ Da ultimo v. Basedow (cur.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan der Rijn, 2007

³⁶ In G.U.C.E., L 199/40 del 31.7.2007

Senza riprendere nell'intero contesto il Regolamento, che pure presenta aspetti vantaggiosi rispetto alla situazione pregressa, sia per l'uso dello strumento, sia per i principi generali che introduce, si consideri la sorte delle regole in materia di responsabilità del fabbricante.

L'art. 5 del Regolamento cit. pone essenzialmente tre problemi di interpretazione: due riguardano il sistema del diritto internazionale privato, in particolare (i) la definizione esatta del contenuto della disposizione e (ii) il suo rapporto con la disciplina oggi vigente nel nostro ordinamento (cioè l'art.63 della l.31.5.1995,n.218); il terzo riguarda la disomogenea attuazione della direttiva 85/374 sulla responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi, che porta ad una discriminazione dei danneggiati, attese le scelte opzionali effettuate dai legislatori nazionali e le discrepanze nell'interpretazione della direttiva (iii).

(i)La disposizione in esame ha avuto un percorso accidentato, perché il Parlamento europeo aveva proposto di sopprimerla, ritenendo sufficiente l'applicazione della regola generale in materia di illeciti extracontrattuali [v. COM(2006) 0083, def. del 21.2.2006, §3.4]. La Commissione ha preferito conservarla per ragioni di certezza del diritto. Il testo approvato modifica le stesure precedenti, aggiungendo ai tre criteri di collegamento già previsti (la legge del paese di *residenza comune* al presunto responsabile e al danneggiato, ex art. 4 c.2, la *residenza* del danneggiato e il luogo di *acquisto* del prodotto difettoso) un quarto criterio di collegamento costituito dal luogo in cui si è verificato il *danno*.

Quest'ultimo criterio (*lex loci damni*) è il criterio generale in materia di illecito e si sostituisce al criterio generale universalmente applicato, che aveva aperto molti problemi interpretativi (*lex loci commissi delicti*): ciò perché in alcuni ordinamenti la responsabilità oggettiva è considerata una responsabilità *ex lege*, che non richiede la verifica della colpa del danneggiante, e quindi vi erano dubbi sulla stessa applicabilità della convenzione (ora regolamento), e in altri ordinamenti la distinzione tra il danno-evento (lesione del diritto) e danno-conseguenza (effetti pregiudizievoli della lesione) creava dubbi sulla scelta del luogo in cui il danno si era cagionato e quindi sul criterio di collegamento della legge applicabile. La scelta del nuovo criterio generale è certamente felice, perché ormai, anche se il Regolamento non offre una lista di definizioni terminologiche delle parole usate, il *danno* nel diritto comunitario è inteso non tanto come evento lesivo quanto come il fatto che pregiudica la salute, la proprietà o gli interessi della vittima in conseguenza del comportamento illecito del danneggiante.

Al principio generale si fa eccezione in caso di danno cagionato da un prodotto difettoso. In questo caso la Commissione ha ritenuto di privilegiare il luogo in cui il danneggiato risiede, forse per uniformare questa disciplina a quella delle obbligazioni contrattuali contratte dal consumatore.

L'eccezione al principio della *lex loci damni*, data dalla responsabilità da prodotto, è giustificata dall'obiettivo di ripartire equamente i rischi inerenti a una società moderna altamente tecnologica, di tutelare la salute dei consumatori, di incentivare l'innovazione, di agevolare gli scambi commerciali (considerando n. 20). Tutte queste argomentazioni sono apprezzabili, ma non colgono nel segno: riguardano la giustificazione della responsabilità oggettiva del fabbricante, ma non il fatto che si sia scelto come criterio prioritario il luogo di residenza del danneggiato. Meglio sarebbe stato se la scelta di uno tra i criteri di collegamento fosse stata rimessa, per l'appunto, al danneggiato, il quale avrebbe potuto scegliere la legge più favorevole.

(ii) Il Regolamento prevale sulla disciplina interna, e quindi modifica l'art. 63 della l. 31.5.1995, n. 218, che, molto più opportunamente, rimetteva al danneggiato la scelta tra la legge dello Stato in cui si trovava il domicilio o l'amministrazione del produttore, oppure quella dello Stato in cui il prodotto era stato acquistato.

(iii) Come accennavo, la differenza non è marginale perché sono ancora notevoli le differenze di disciplina del risarcimento del danno da prodotti nei diversi ordinamenti dei Paesi Membri: una relazione della Commissione, ormai non più aggiornata (neppure dopo l'ingresso dei nuovi dieci Paesi Membri), aveva posto in luce come queste differenze riguardino tuttora elementi essenziali della fattispecie, quali il nesso causale, la prova del difetto del prodotto, il rischio dello sviluppo (che è incluso nell'area del risarcimento in Finlandia, Lussemburgo, Spagna, Francia e Germania), la durata della prescrizione, la franchigia e le voci di danno coperte dalla direttiva [COM (2000)83 def del 31.1.2001]. Il problema dovrà essere risolto in via prioritaria, come è stato posto in luce dalla stessa Commissione nella seconda relazione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento [COM (2007) 447 def del 25.7.2007], progetto che si propone di coordinare in modo sistematico l'*acquis communautaire* nonché le regole di attuazione vigenti negli ordinamenti nazionali.

La morale che si ricava dunque dal nuovo Regolamento in materia di legge applicabile al danno da prodotti è che ciascun danneggiato (non solo il "consumatore" in senso proprio, ma anche il bystander) può appellarsi solo alla legge del proprio paese, sperando che sia la migliore; in alternativa dovrà dimostrare la prevalenza di un criterio più stretto, costituito da una relazione preesistente con il produttore, quale un contratto (art.5 c.2), e ciò nel caso il danneggiato ritenga che la legge del produttore sia a lui più favorevole. Qui allora la discriminazione interverrebbe tra danneggiati che hanno concluso un contratto direttamente con il produttore (ma non con l'importatore, il fornitore o il venditore finale) e sono pertanto *acquirenti* del prodotto, e tutti gli altri danneggiati, che non possono avvalersi di questo criterio di collegamento perché non hanno concluso il contratto, ma sono semplici consumatori o semplici bystanders. Per converso i produttori avranno interesse ad esportare in quei Paesi dell'Unione in cui le regole sono a loro più favorevoli.

5. Quale conclusione?

Il titolo originario di questa relazione era stato formulato sempre in forma interrogativa, ma in modo lievemente differente, cioè <Verso un codice europeo dei contratti?>. La forma interrogativa è rimasta, ed è iterata nei titoli dei paragrafi, a significare l'alta problematicità dell'argomento, la messe di dubbi che si è via via ispessita, strada facendo, quasi a comporre una coltre fitta di nubi, ma anche gli sprazzi di luce che si possono intravedere di momento in momento. Ma, avviato il processo, occorre trovare una via d'uscita.

Il dilemma è quello tipico del conquistatore in difficoltà: nella sua ultima opera François Furet descrive il disagio in cui si è trovato Napoleone alla metà della campagna di Russia³⁷: conquistata una Mosca incendiata, assediato dai Russi animati dalla *révanche*, poteva decidere di avanzare (ma

³⁷ Furet, *La Révolution*, t.I, Parigi, 1988, p. 476

era rimasto senza rifornimenti) , oppure di insediarsi nella città (ma era sotto il tiro dei nemici) oppure di tornare alla base; decise di fare ritorno in Patria, e fu la sconfitta totale. Le vie di uscita di questa nostra impresa possono essere molte: si può chiudere con il miglioramento dell' acquis, e sarebbe già un buon risultato, anche se non mancano i primi commenti critici , attesa la lentezza del processo e gli orizzonti limitati descritti dalla Seconda relazione sul CFR-Net³⁸; si può chiudere con un quadro di principi, risultato che costituirebbe un passo avanti nella direzione della uniformazione e/o della codificazione , ma non si dovrebbe trattare di una semplice operazione di alta chirurgia giuridica, dovendosi includere nel testo i valori – o almeno un coordinamento con la Carta dei valori – espressi dal processo costituzionale europeo³⁹; ogni intervento di natura formale dovrebbe poi tener conto delle esigenze sociali⁴⁰, altrimenti sarebbe tacciato di favorire solo l'integrazione economica del mercato interno, con vantaggi immediati per i professionisti e solo mediati per i consumatori; si può chiudere con un codice modello o addirittura con una direttiva vincolante per gli Stati Membri .

Il panorama è vario, come si sa, perché in ambito comunitario non vi è uniformità di vedute tra Parlamento europeo e Commissione, e all'interno della Commissione tra le diverse Direzioni Generali interessate; l'influenza di alcuni Governi nazionali è molto forte; più difficile accertare l'incidenza degli orientamenti delle categorie degli stakeholders.

L'entusiasmo per un "codice civile" è un po' scemato, come denunciano gli stessi titoli dei seminari organizzati dal Consiglio Nazionale forense: dai seminari degli anni 1998-2000, in cui si parlava de *Il codice civile europeo* ⁴¹, si è passati , nei seminari del 2001, allo studio de *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*⁴²; nel seminario del 2002 si è studiato il rapporto tra le regole generali sul contratto e le regole speciali , con le relazioni su *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori.L'integrazione europea e il processo civile*⁴³; sempre nel 2002 si è incluso il progetto di codice civile nel complesso della formazione di un ordinamento sistematico, *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*⁴⁴; si è poi allargato l'orizzonte fino a comprendere anche il diritto pubblico, con il seminario del 2004, *Diritto pubblico e diritto privato nella formazione del mercato unico*⁴⁵ ; nel 2005 si è parlato di lex mercatoria e dei "nuovi confini del diritto privato europeo"⁴⁶.

L'entusiasmo è scemato, ma la speranza è rimasta viva.

³⁸ Twigg-Flesner, *No sense of purpose or direction?-The modernisation of European Consumer Law*, in *ERCL*, 2007, p. 198 ss

³⁹ Sul punto v. in particolare Vettori, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005; vi è poi la problematica della sostituzione delle categorie che si concentrano sul "consumatore" con quelle che danno ingresso al "cittadino europeo": sul punto v. Moccia, *Relazione al convegno di Macerata*, 2005; Rodotà, ne *La costituzione europea*, Bologna, 2005

⁴⁰ Collins, *European Social Policy and Contract Law*, in *ERCL*, 2007, p. 78 ss.; Somma, *Giustizia sociale*, cit., passim

⁴¹ Milano, 2001; le pubblicazioni sono ospitate nella collana dei Quaderni della *Rassegna forense* per i tipi di Giuffré.

⁴² Milano, 2002

⁴³ Milano, 2003

⁴⁴ Milano, 2004

⁴⁵ Milano, 2005

⁴⁶ *Seminari di aggiornamento professionale (2005)*, Milano, 2006

Il processo di formazione del diritto privato europeo è in atto, gli attori sono molti, sono allocati in diversi livelli, e non tutti concorrono a raggiungere i medesimi obiettivi.⁴⁷ I giuristi italiani potranno giocare un ruolo protagonista, ma, se non fosse così, attraverso gli studi, i congressi e le pubblicazioni non faranno la parte della comparsa, né rimarranno semplici spettatori inerti; potranno svolgere un ruolo attivo, fondato sulla cooperazione, sulla riflessione critica, sulla promozione di percorsi e modelli di uniformazione, se non di codificazione. Com'è giusto che sia, se si considera la raffinatezza della cultura giuridica del Paese, l'attenzione prestata alle esperienze straniere, l'afflato europeistico che connota le categorie degli accademici ma anche quelle dei professionisti. Tre connotati forti che è difficile trovare, tutti insieme, nelle altre esperienze nazionali. E ciò giustifica che ai giuristi italiani sia assegnato almeno il ruolo di comprimari.

⁴⁷ La varietà di impostazioni e di posizioni emerge anche nei circoli accademici: ne sono esempio i seminari di *Secola*, l'associazione diretta da Stefan Grundmann, i seminari del *Common Core* di Trento, diretti da Ugo Mattei e Mauro Bussani, i seminari di Oxford, diretti da Stefan Vogenauer e Stephen Weatherill