



Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma ¹

di Guido Alpa

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 18 del 2005

INDICE: 1) Il diritto privato europeo ; 2) Alcuni interrogativi di base; 3) Il diritto dei consumatori; 4) L’*“acquis communautaire”*; 5) Le risoluzioni del Parlamento europeo sul diritto contrattuale; 6) Iniziative per la redazione di un “codice civile europeo”; 7) Problemi di redazione; 8) Le Comunicazioni della Commissione europea sul “diritto contrattuale”; 9) Le nuove Comunicazioni; 10) Il diritto privato europeo come strumento di evoluzione della cultura giuridica. Cenni bibliografici; 11) Il diritto privato europeo come strumento di formazione dell’esperienza professionale.12) I “principi” del diritto privato europeo

1) Il diritto privato europeo

Il sintagma “diritto privato europeo” è ormai entrato nell’uso comune dei giuristi dell’Europa occidentale (European Private Law, droit privé européen, derecho privado europeo, Europäisches Privatrecht) ed allude alle regole che sono state coniate dal diritto comunitario in materia di contratti.

In letteratura si rivengono anche altre espressioni: per esempio, l’aggettivo “europeo” viene assegnato al contenitore, piuttosto che non al contenuto, come accade per la *European Review of Private Law* curata da E.H.Hondius e M.L. Storme; altre volte si fa riferimento ad espressioni latine, come *“scripta iuris europaei”* che si trova impiegata da ERA-Forum, nel fascicolo 2-2002 dedicato al European Contract Law; altre volte si usano espressioni che alludono alla convergenza degli ordinamenti, come *“ius commune casebooks on the Common law of Europe”*, che dà il titolo alla collana di volumi in cui è or ora apparsa la raccolta di *Cases, Materials and Text on Contract Law*, di H.Beale, H.Hartkamp, H.Koetz, D.Tallon (Oxford e Portland, Oregon, 2002); si fa riferimento anche ad un *ius commune europaeum* o ad un *novum ius commune europaeum* che farebbe seguito al *ius commune* di origine medievale e sarebbe il contraltare, sul piano dei rapporti tra privati, al *ius publicum europaeum* di cui parlava Carl Schmitt nel suo capolavoro sul *Nomos della Terra* a proposito delle origini del diritto internazionale pubblico e del diritto dei mari. Oppure si parla di “new European Private Law” per indicare che il diritto privato nei Paesi europei sta emergendo da una nuova cultura che si sta formando nel mondo del diritto dell’Europa (Hesselink, *The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, 2002).

Ma si sono ormai diffuse anche accezioni più circoscritte, riguardanti il raffronto di regole nei singoli settori del diritto privato, come si propone da parte di alcuni studiosi tedeschi, le cui opere sono state tradotte anche in lingua inglese: è il caso della *European Contract Law*

¹ Nozioni di diritto contrattuale europeo - dispense ad uso degli studenti. 3 novembre 2005

di H. Koetz e A. Flessner (Oxford, 1997) e di *The Common European Law of Torts* di Ch.v.Bar (Oxford, 1998, 2000).

L'uso dell'aggettivo "europeo" orienta l'interprete verso aree più o meno vaste, più o meno connotate, a seconda dei contesti in cui l'espressione è utilizzata. Nella maggior parte dei casi si fa riferimento al significato meno implicante, ad una accezione "debole", con la quale si designano regole (cioè enunciazioni scritte, prassi, modelli giurisprudenziali, principi) che nei Paesi appartenenti all'Europa intesa come nozione geografica sono denominate, o considerate come regole appartenenti al "diritto privato" del singolo Paese considerato. Ma vi sono accezioni più "forti" in cui l'aggettivo "europeo" è collegato con l'azione delle Comunità dapprima e dell'Unione europea di poi.

In questo contesto "diritto privato europeo" è espressione che connota la veste formale – cioè gli aspetti giuridici – dello "spazio economico comunitario", sia sotto il profilo del diritto sostanziale (il c.d. spazio giuridico europeo) sia sotto il profilo del diritto processuale (il c.d. spazio giudiziario europeo); nel contempo si includono nell'area altri ambiti, aventi afferenza al diritto costituzionale, ai diritti civili e, in generale, alla "cittadinanza europea".

Queste accezioni hanno una "doppia faccia", a seconda che il loro contenuto sia il prodotto di una analisi che muove dall'interno oppure dall'esterno del fenomeno indagato.

Tra le accezioni più accreditate, si segnalano:

(i) l'accezione con la quale si allude alle regole del diritto comunitario che riguardano i singoli privati (persone fisiche, persone giuridiche) e i rapporti tra privati (siano essi cittadini europei od operanti nei Paesi aderenti all'Unione), nonché gli istituti del diritto privato applicati dagli o applicati agli organi della Unione europea; si allude cioè a tutte le regole dei Trattati e alle altre fonti del diritto comunitario con cui sono disciplinati gli istituti e i rapporti che, secondo l'uso radicato nella cultura giuridica continentale, appartengono all'area del diritto privato; nell'*ottica interna*, si tratta di regole che gli organi comunitari emanano via via a seconda delle necessità che emergono, dei programmi che si confezionano, dei tempi segnati dalla situazione politica, economica e sociale in cui versa l'Unione, i Paesi o i leaders che hanno maggior peso nell'Unione; nell'*ottica esterna* si tratta di regole destinate a disciplinare singoli settori, spesso tra loro non coordinate;

(ii) l'accezione con la quale nell'ambito di un ordinamento appartenente ad uno dei Paesi membri dell'Unione europea si allude al complesso di regole di derivazione comunitaria, composte dai regolamenti comunitari, che hanno immediata vigenza, e dalle regole attuative di direttive comunitarie e delle altre fonti del diritto comunitario; le regole introdotte dalle direttive non attuate ma sufficientemente dettagliate e precise tali cioè da istituire diritti e quindi pretese azionabili in capo ai singoli; i principi del diritto comunitario richiamati da regole del diritto interno; i modelli giurisprudenziali accreditati dai giudici comunitari; riguardate da un'*ottica interna* ci si chiede se queste regole – pur facendo parte organica dell'ordinamento interno – conservino una loro specificità rispetto alle regole approvate dagli organi di produzione di norme propri del Paese membro, se possano essere considerate un "corpus" a sé, e quindi se richiedano una interpretazione che tenga conto della loro origine e possa valersi del coordinamento con le altre norme aventi la medesima origine; riguardate da un'*ottica esterna* da queste regole sorgono i problemi di armonizzazione (e dei livelli di armonizzazione) degli ordinamenti nazionali, i problemi della sussidiarietà e della proporzionalità;

(iii) l'accezione con la quale si allude al complesso delle tradizioni, ai valori, ai principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea, e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla case law, che hanno dato luogo alle costituzioni e quindi ai principi costituzionali sui quali riposa la stessa Unione europea; in un'*ottica interna* su queste regole riposano la gran parte delle regole comunitarie; in un'*ottica esterna* esse presentano modelli tra loro differenziati, sia dal punto di vista della coesione (modelli unitari, modelli misti), sia dal punto di vista della loro formazione storica, sia dal punto di vista dell'apparato linguistico,

concettuale e operativa, che tuttavia stanno *convergen*do tra loro per impulsi interni e per impulsi esterni, sì che all'osservatore appaiono più rilevanti gli aspetti di sovrapposizione, di contatto, di similitudine, che non quelli che ancora li distaccano e li distanziano.

I fenomeni a cui alludono i tre significati estrapolati da una letteratura ormai sterminata, frutto di ricerche individuali e di gruppo, di centri di studio, di iniziative nazionali e internazionali, non sono frutto di astrazione o di costruzioni ideali, ma esperienza reale ed in atto: questo assunto è avvalorato da molti documenti comunitari, sia di tenore generale, sia di tenore specifico. Basta menzionare, tra gli altri, le Comunicazioni più recenti delle Comunità europee riguardanti il diritto contrattuale (2001, 398) e il diritto dei consumatori [COM (2001) 531 def.], che investono il comparto delle obbligazioni e dei contratti; ad esse occorre affiancare almeno il complesso di direttive concernenti i dati personali, il commercio elettronico, i sistemi di pagamento, le telecomunicazioni, e l'ambiente. Ed ancora le direttive che coordinano gli interventi normativi comunitari in materia di rapporti bancari, e i progetti di disciplina coordinata dell'intermediazione finanziaria, delle assicurazioni, delle società commerciali, delle associazioni, delle libere professioni.

In altri termini, le fonti normative che compongono il diritto privato europeo nelle accezioni sub (i) e (ii) sono già in vigore, ed il processo che ha dato luogo alla sua formazione ormai è irreversibile (v. in particolare V. Scalisi, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002).

Ma vi è di più. Questo processo è circolare: è persino lapalissiano osservare che la gran parte delle regole oggi incluse nei Trattati comunitari e create dalle fonti di produzione del diritto comunitario riflettono terminologie, concetti, istituti, appartenenti alle culture e quindi agli ordinamenti di singoli Paesi membri; è lapalissiano rintracciare in ciascuna esperienza frammenti, principi, concetti propri di altre culture ed estranei a quella considerata, ma ormai ad essa connaturati per effetto dell'introduzione dei regolamenti o dell'attuazione nel diritto interno delle altre fonti comunitarie; non è lapalissiano chiedersi se questi fenomeni, tra loro strettamente connessi, che presentano per opinione consolidata tradizioni, valori e principi *comuni*, consentano di identificare quelle tradizioni, quei valori e quei principi in una sorta di quadro complessivo e ordinante, dotato della necessaria relatività ed elasticità; se sia possibile o utile, o finanche necessario, far sì che quelle tradizioni, quei valori, quei principi siano raccolti - come è avvenuto per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e oggi come si propone di progettare per la Convenzione europea - in altrettanti restatements, ovvero in codici-modello o addirittura in un codice civile.

Ed è questa l'accezione (iv) più recente, con cui si vuol appunto alludere a modelli normativi nuovi, in cui convergano le diverse esperienze che fanno parte dell'Unione europea: il diritto privato europeo come corpus di regole in cui si riconoscono le diverse esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione, diretto ad integrare il diritto pubblico europeo raffigurato nei principi costituzionali comuni, nei principi dei Trattati, nella Carta dei diritti fondamentali, e, prossimamente, nella Convenzione europea. Tutto ciò, ovviamente, in conformità alla disciplina costituzionale dei singoli Stati Membri.

Ciò perché per poter dare maggiore certezza ed effettività alle regole del diritto privato europeo è necessario coordinare le regole ed inserirle in un quadro omogeneo: un quadro che, nei diversi stadi che si possono ideare, può attestarsi su uniformi indirizzi interpretativi, può costruirsi con cornici di principi, può definirsi con regole ad hoc di tenore generale e comprensivo.

Si deve segnalare inoltre che in alcune esperienze si sta accentuando un fenomeno - di cui per il momento emergono soltanto indizi - che sottolinea la pervasività della normativa di derivazione comunitaria al di là dei suoi confini: si tratta, per fare solo uno dei numerosi esempi, della applicazione della disciplina volta a tutelare i consumatori nei rapporti con i professionisti anche a soggetti che non rivestono in senso proprio la qualifica di "consumatore"

ma sono o collettività che non perseguono finalità di lucro e non svolgono attività economica in senso stretto o sono professionisti in una posizione per così dire “debole” rispetto alla loro controparte (da ultimo v. Alpa, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002).

Il diritto privato europeo è inoltre investito da un'altra vicenda, che si snoda sul piano del diritto pubblico, ma interferisce con l'evoluzione del diritto privato: l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali e il suo rapporto con la Convenzione (o costituzione o trattato costituzionale) in corso di redazione. Poiché la Carta contiene disposizioni che riguardano il diritto privato, essa – sia che autonomamente acquisti valore giuridico, sia che venga inglobata nella Convenzione – deve esser considerata come un altro pilastro del diritto privato europeo.

2) Alcuni interrogativi di base.

Gli interrogativi che si pongono agli interpreti sono allora molteplici. Poiché si tratta di fenomeni in corso di evoluzione, il giurista – e l'avvocato in particolare – deve captarli e cercare di tradurli nei suoi schemi culturali, nell'ambito della propria attività, e quindi in un sistema di relazioni che collegano il patrimonio di nozioni acquisite, gli strumenti del mestiere, gli aggiornamenti e gli adattamenti richiesti da una realtà in movimento.

Ma il ruolo del giurista non è solo statico, è anche dinamico, perché attraverso i suoi organismi rappresentativi può incidere sui fenomeni in evoluzione.

Per decifrare questi fenomeni è necessario fare ricorso alla individuazione di alcuni temi. La individuazione varia da autore ad autore, ed è certamente arbitraria. Dapprima può essere utile fare un cenno alle questioni che si dibattono negli ambienti culturali che si stanno occupando della materia. Si possono perciò considerare alcuni “poli” o gruppi di questioni intorno ai quali ruota il dibattito: le tradizioni, i valori, i principi, l'autonomia privata e l'intervento pubblico, i modelli della armonizzazione e le tecniche con cui realizzarla. Di qui alcuni interrogativi di base.

Quanto alle *tradizioni*:

(i) se esse debbano essere ricostruite nel loro processo storico, tenendo conto del loro divenire e delle numerose interpolazioni e contaminazioni che hanno segnato la loro vita, dei trapianti e delle imitazioni che le hanno arricchite;

(ii) se esse, pur appartenendo al patrimonio culturale di una nazione (o di un gruppo infranazionale, o di gruppi supernazionali) debbano essere consegnate alla storia e alla memoria, e non debbano condizionare più che tanto il futuro della uniformazione del diritto privato europeo inteso nella accezione più moderna (indicata sopra sub (iv));

(iii) se esse – appartenendo al mondo del diritto – siano davvero parte, elemento essenziale, connotato insuperabile di una identità nazionale o non siano piuttosto epifanie di una cultura che appartiene solo ai giuristi;

(iv) se la tradizione eserciti un'influenza tale sugli ordinamenti attuali da dover essere considerata come fattore ad essi connaturale al punto che il fenomeno del diritto privato europeo di cui oggi si discute possa costituire non solo l'erede diretto del “diritto comune” dei secoli passati ma addirittura il medesimo fenomeno che si presenta sotto nuove spoglie e pertanto dia luogo ad un *nuovo diritto privato europeo*;

Quanto ai *valori* e ai *principi*:

(i) se sia possibile individuare, al di là delle regole scritte o consegnate dalla *case law*, valori comuni ad esse sottostanti, che irradiano le norme e ne costituiscano l'humus unitario;

(ii) se a questi valori, che muovono – nelle categorie del diritto moderno - dal riconoscimento della dignità della persona e dalle libertà personali, per poi abbracciare il lavoro,

la vita intellettuale, la libertà di iniziativa economica, la proprietà, si possa imprimere una scala gerarchica, in modo da far sì che, anche nel diritto privato europeo si possa procedere ad una sorta di *Drittwirkung*, quale viene praticata in alcune esperienze nazionali a proposito della normativa costituzionale applicata ai rapporti tra privati;

(iii) come si debba risolvere il problema della laicità dell'ordinamento (e quindi del diritto privato europeo) in rapporto alla "*res publica Christianorum*";

(iv) come si debba risolvere il problema della preminenza dei valori connessi alla *persona* rispetto a quelli connessi al mercato;

Quanto ai problemi di *armonizzazione* :

(i) se l'armonizzazione debba procedere attraverso la "naturale" evoluzione dei rapporti economici e quindi non implicare alcun intervento comunitario;

(ii) se l'armonizzazione possa essere compatibile con il principio di sussidiarietà;

(iii) se per contro essa possa comportare l'introduzione di modelli di tutela degli interessi trascurati dal mercato e costituire così una base inderogabile di limiti al di sotto dei quali i legislatori statuali non possano scendere;

(iv) se l'armonizzazione debba procedere per gradi e per singoli settori oppure possa riguardare interi comparti del diritto privato;

(v) se l'armonizzazione debba procedere sulla base di un quadro generale di regole all'interno del quale si possano collocare in modo organico le discipline di settore;

(vi) finalmente si possano considerare corpi normativi con la struttura di "codici" (o di testi unici);

Quanto al rapporto tra *intervento pubblico* e *autonomia privata*:

(i) se sia il mercato l'unico modello di regole nei rapporti tra privati;

(ii) se l'autodisciplina possa soddisfare integralmente le esigenze di un mercato unitario;

(iii) se l'intervento comunitario debba espandersi nel tentativo di instaurare rapporti equi;

(iv) se l'intervento legislativo armonizzatore si debba collocare al più alto livello sopportabile o se debba affidare ai singoli Stati gli spazi più ampi perché possano adeguare le regole alle necessità interne.

Esiste un filo unitario che unisce la storia delle tradizioni, le regole vigenti nei singoli Paesi, i modelli comunitari, i progetti di uniformazione: ai due pilastri del diritto dell'Unione, la Costituzione europea e il diritto privato europeo (comunque sia decifrato e rappresentato) spetta il compito di conservarlo e di rafforzarlo.

3) Il diritto dei consumatori quale primo nucleo del diritto privato europeo.

Conviene ora incentrare l'attenzione sul diritto dei consumatori, da un lato perché è il settore del diritto comunitario che incide direttamente i rapporti tra privati, dall'altro perché esso costituisce già il primo nucleo di diritto europeo vigente.

Per quanto riguarda i diritti dei consumatori il processo è stato lungo e complesso. La risoluzione n. 543 del 1973 dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa ha approvato una "Carta" in cui si evidenziavano i diritti fondamentali. La Comunità economica europea ha poi adottato una risoluzione, nel 1975, riguardante alcune posizioni soggettive dei consumatori: il diritto alla salute e alla sicurezza, gli interessi economici, il risarcimento dei danni, l'informazione, l'educazione, il diritto ad essere consultati e ad essere rappresentati. Il Trattato di Maastricht, prima, e il Trattato di Amsterdam, da ultimo, hanno rafforzato la tutela e la promozione dei diritti dei consumatori (art. 153 del Trattato dell'Unione). I Piani di azione della

Comunità si sono succeduti nel programmare le attività comunitarie in materia. Si possono così annoverare numerose direttive che hanno obbligato gli Stati Membri ad armonizzare i settori del diritto privato in cui si disciplinano i rapporti con i consumatori.

In ordine temporale possiamo rinvenire: la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole, modificata dalla direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa; la direttiva 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi modificata dalla direttiva 1999/34/CE; successivamente il tema è stato ripreso in considerazione della relazione della Commissione (COM (2000) 893) sull'applicazione della direttiva 85/374 relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi; la direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, modificata dalle direttive 90/88/CEE e 98/7/CE; la direttiva 88/378/CEE relativa al ravvicinamento della legislazione degli Stati membri concernenti la sicurezza dei giocattoli; la direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"; la direttiva 92/59/CEE relativa alla sicurezza generale dei prodotti; la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la direttiva 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari; la direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; la direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; la direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche; la direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico; la direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

È appena stata approvata la direttiva concernente la vendita a distanza di prodotti finanziari ed è ancora in corso di elaborazione la direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi e sulla responsabilità e relativa assicurazione per il danno ambientale.

Vi sono poi alcune direttive in materia di assicurazione, che meriterebbero di essere inquadrate in una disciplina generale, per assegnare regole uniformi al contratto di assicurazione. Inoltre sono state approvate due direttive sul diritto bancario (2000/12/CE e 2000/28/CE) che riordinano le precedenti.

Queste direttive compongono l' « *acquis communautaire* ».

4) L' « *acquis communautaire* ».

Il diritto privato investito dalla produzione normativa degli organi comunitari è una realtà già vivente, che si suole descrivere in termini di *acquis communautaire*.

Anche questa espressione è usata in una pluralità di accezioni. Tanto per esemplificare, l' "Euro-glossary" offerto dalle BBC-News riportano la seguente definizione:

"The entire body of European laws is known as the acquis communautaire."

This includes all the treaties, regulations and directives passed by the European institutions as well as judgements laid down by the Court of Justice.

The term is most often used in connection with preparations by the 12 candidate countries to join the union.

*They must adopt, implement and enforce all the *acquis* to be allowed to join the EU.*

As well as changing national laws, this often means they must set up or change the necessary administrative or judicial bodies which oversee the legislation.

*For enlargement negotiations, the *acquis* have been divided into 31 chapters, each of which must be closed by the candidates”.*

Mentre nei siti di Internet della Commissione europea, a proposito della “cittadinanza” si dà una definizione più articolata:

*“ The Community *acquis* or Community patrimony is the body of common rights and obligations which binds all the member States together within the European Union. It is constantly evolvine and comprises:*

- *the content, principles and political objectives of the treaties;*
- *the legislation adopted in application of the treaties and the case law of the Court of Justice;*
- *the declarations and resolutions adopted by the Union;*
- *measures relating to the common foreign and security policy;*
- *measures relating to justice and home affairs;*
- *international agreements concluded by the Community and those concluded by the member States between themselves in the field of the Union’s activities.*

*Thus the Community *acquis* comprises not only Community law in the strict sense, but also all acts adopted under the second and third pillars of the European Union and, above all, the common objectives laid down in the Treaties*

*Applicant countries have to accept the Community *acquis* before they can join the European Union. Exemptions and derogations from the *acquis* are granted only in exceptional circumstances and are limited in scope. The Union has committed itself to maintaining the Community *acquis* in its entirety and developing it further. There is no question of going back on it.*

*In preparation for the accession of new Member States, the Commission is currently examining with the applicant countries how far their legislation conforms to the Community *acquis*.*

See:

- *Incorporation of the Community *acquis**
- *Pillars of the European Union*
- *Single institutional framwork”.*

Navigando in Internet si possono rinvenire altri rilevanti precisazioni, che hanno il pregio di essere acquisibili direttamente, anziché dover ricorrere alla bibliografia (sterminata) che si occupa dell’argomento.

Ad es., si rinviene un saggio di Knud Erik Joergensen, il cui *abstract* recita:

*“The *acquis communautaire* is almost always (self-re)presented as a rock hard principle, as something applicant countries have to adapt to. Employing a Nietzsche-Foucauldian genealogical method, the paper explores an important instance of intersubjectivity of meaning among European integrators, or, in concrete terms, the genealogy of the *acquis*. The paper explores how the *acquis* has become such a powerful non-negotiable condition for accession and traces one origin of the *acquis* back to the early 1960s, to the first round of*

*(failed) negotiations on enlargement. The paper argues that currently there are at least two meanings of the *acquis*: (i) a political principle and, (ii) a legal principle, constituting a crucial aspect of constitutionalization in the European Union. Finally, the paper concludes that despite various direct political attacks, and despite the worries of several scholars, the *acquis* seems not at all to be an endangered principle”.*

Sempre in Internet si rinviene un saggio di Christine Delcourt che si riferisce alle fonti formali dell' *acquis communautaire* (*La notion d'acquis communautaire*, Intervention de madame C. Delcourt, Maître de Conférence à l'Université de Rennes I, du 24 septembre 2001) .

Nel saggio si precisa che si deve al Trattato di Maastricht l'ufficializzazione del termine, derivante dagli artt. 2, 3, 43 e 49. Si tratta di una nozione non definita nel testo del Trattato, ma *presupposta* da questo: spetta all'interprete ricostruirne quindi il contenuto, sulla base delle disposizioni citate. Ma si tratta di una nozione a contenuto variabile in cui, come aveva precisato P. Pescatore, rientrano i valori essenziali e le esigenze che fondano la stessa Comunità, e ne costituiscono l'unità, l'identità, in altri termini il suo “patrimonio genetico”. In questa accezione, non si tratta di tutto il complesso delle regole emanate dagli organi comunitari, ma piuttosto di regole di “grado superiore”(e quindi contenute nei Trattati). Ma se si accoglie una accezione non formale, ma realistica di a.c., si dovrà pensare piuttosto alla realizzazione di quelle regole fondamentali, di quei principi, nella vita degli organi comunitari e soprattutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ora, se si considera l'*acquis communautaire* che riguarda il diritto privato, e gli interrogativi che si pongono sulla sua armonizzazione, si possono considerare aree collocate figurativamente in cerchi concentrici, via via sempre più estesi: si pensi alle direttive in materia di tutela del consumatore, e poi alla disciplina della concorrenza e a tutte le altre materie sopra citate che abbracciano l'attività svolta mediante e-commerce, l'attività bancaria e assicurativa, l'attività del mercato finanziario etc (tra i numerosi riferimenti da ultimo v. Kellerhals e Truetsen, *The Creation of the European Company*, in 17 (2002) *Tulane European & Civil Law Forum*, p. 71 ss.; gli atti del FIDE (Federation internazionale de droit europeen) Congress, London 30 Oct-2 Nov. 2002, organizzato da Mads Andenas presso il British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2002; Alpa e Capriglione, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002).

L'armonizzazione procede quindi per gradi e per stadi: dapprima occorre armonizzare le regole dei settori specifici, poi coordinare le regole dei settori specifici, poi verificare se questo corpo di regole può essere contenuto in testi unificati, poi accertare se i testi unificati richiedano di essere inquadrati in un testo ulteriore preceduto da norme definitorie e da principi generali.

5) Le risoluzioni del Parlamento europeo sul diritto contrattuale.

La consapevolezza sempre più diffusa dell'*acquis communautaire* e l'influenza della dottrina sensibile alla creazione di un diritto privato europeo hanno finito per catturare l'attenzione degli organi comunitari.

Con la risoluzione del maggio 1994 (A3-0329/94, in GC, C 205 del 25 luglio 1994, p. 518) il Parlamento europeo ha ribadito la risoluzione assunta il 26 maggio 1989 concernente l'“armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri” (in GC C 158 del 28.6.1989, p.400). La motivazione di questa iniziativa è illustrata nei “considerando” in cui si precisa, da un lato, che la Comunità ha già proceduto alla armonizzazione di alcuni settori del diritto privato, e, dall'altro lato, che un'armonizzazione progressiva è essenziale per la realizzazione del mercato interno. Il risultato auspicato è la elaborazione di un “codice comune europeo di diritto privato”, da articolarsi in più fasi di progressivo avvicinamento delle

discipline vigenti negli ordinamenti degli Stati membri, che conduca dapprima ad un'armonizzazione parziale a breve termine, e di poi ad una armonizzazione più completa a lungo termine. Nell'ambito della risoluzione si fa riferimento ad organizzazioni che già si occupano della armonizzazione di regole quali l'Unidroit, l'Uncitral e il Consiglio d'Europa, così come ai lavori della Commissione sul diritto contrattuale europeo, conosciuta come "Commissione Lando", dal nome del professore danese Ole Lando che la presiede (dal 1982 Ole Lando ha costruito via via la cultura della "codificazione" europea, dedicandosi in particolare alla disciplina del contratto: tra i numerosi contributi si v. *European Contract Law*, in 31 (1983) *Am.J.Comp.L.*, p. 653 ss.; *Principles of European Contract Law*, in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, 1989, p. 555 ss; *Principles of European Contract Law/An alternative or a Precursor of European Legislation?*, in *RablesZ*, 1992, p. 261 ss.; *European Contract Law*, ne *Il diritto privato europeo*, cit., p.117 ss.; *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, Oxford, 1997 (conferenza tenuta all'Institute of European and Comparative Law diretto da Basil Markesinis). La risoluzione è stata trasmessa al Consiglio, alla Commissione e ai Governi degli Stati membri dell'Unione europea. Per parte sua, la Commissione Lando ha lavorato fruttuosamente, ed ha predisposto un testo di regole sul diritto contrattuale (*Towards a European Civil Code*, a cura di Hartkamp, Hesselink, Hondius, Du Perron, Vranken, Nijmegen, Dordrecht, Boston, London, 1994 (in questo volume si segnalano in una prospettiva generale l'introduzione di Hondius, p.1 ss.; la discussione sulle diverse tecniche di redazione delle regole, di Mueller-Graff, p. 19 ss.; la descrizione dei contenuti delle regole raccolte nella prima versione del codice dei contratti, di Hartkamp, p.37 ss.; il fondamento sulla tradizione del *ius commune* di Zimmermann, a p. 65 e di Bollen e de Groot, a p. 97; seguono saggi su temi specifici del diritto dei contratti e delle garanzie); v. ora la *Second Revised and Expanded Edition*, a cura di A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, C.E. Du Perron, Nijmegen, The Hauge, London Boston, 1998.). Il lavoro non si è arrestato a questo punto perché, attraverso la effettuazione di ampie ricerche, si sta estendendo alle altre fonti delle obbligazioni, ad opera di un comitato coordinato dal professore tedesco Christian von Bar (di von Bar è in corso la traduzione italiana di *Gemeineuropaeisches Deliktsrecht*, di cui è già apparsa la traduzione inglese, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998; von Bar ha coordinato anche *Deliktsrecht in Europa*, Colonia, 1993) in connessione con questo lavoro si stanno preparando ricerche sulle *securities*, sul contratto di assicurazione e sui diritti della persona.

I compiti dei giuristi che si occupano di questa armonizzazione sono molto ambiziosi, e al tempo stesso molto difficili.

L'espressione "diritto privato" non è meglio precisata nelle risoluzioni del Parlamento europeo, sicché all'interprete si pongono alcuni problemi interpretativi.

(i) Non essendo disponibile una definizione di diritto privato nei testi istitutivi delle Comunità europee, occorre intendere l'espressione tenendo conto della (o delle) accezione(i) che a questa espressione sono assegnate nella *koiné* della cultura giuridica dei Paesi membri. Nell'Europa continentale il "diritto privato" si può considerare una nozione sufficientemente uniforme, in quanto nel diritto italiano (non diversamente, ad es., dal diritto francese, dal diritto spagnolo o portoghese, dal diritto tedesco o austriaco) "diritto privato" significa diritto concernente i rapporti che si istituiscono su basi astrattamente paritetiche tra privati o tra Stato, enti pubblici e privati. Si fa riferimento cioè a regole di diritto comune, o a formule o tecniche regolate da codici civili e tradizionalmente ascritte a questa materia. Più difficile è individuare una nozione di diritto privato nella cultura giuridica di *common law*, ove la ripartizione tra diritto privato e diritto pubblico non è agevole ed in ogni caso non corrisponde alla ripartizione continentale.

(ii) Si deve anche segnalare che in tutti i Paesi menzionati, la distinzione tradizionale tra diritto privato e diritto pubblico è in crisi; inoltre in questi ordinamenti da tempo si è affermata

la “costituzionalizzazione” del diritto privato, cioè l'applicazione diretta o indiretta di regole contenute nelle rispettive costituzioni ai rapporti tra privati; in Francia questo processo è più lento, ma si è già avviato.

(iii) Al di là delle definizioni, l'espressione diritto privato ha un contenuto accademico (con riguardo agli insegnamenti impartiti nelle Università) e un contenuto formale, che include due branche del diritto, il diritto civile e il diritto commerciale.

(iv) Dal punto di vista delle fonti del diritto, il diritto privato si compone dunque di regole contenute nelle costituzioni, regole contenute nei codici, regole contenute nelle leggi speciali. Ciascun ordinamento degli Stati membri si avvale di fonti tra loro diverse, che comprendono anche regolamenti, provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti, e così via.

Se si dovesse peraltro tentare di semplificare il discorso - e quindi i compiti dei giuristi che si applicano alla armonizzazione delle regole in ambito europeo - si dovrebbe far riferimento alle regole contenute nei codici civili e nei codici di commercio. A questo punto, si incontrano due ulteriori problemi.

(i) I modelli di riferimento dei codici in vigore nei Paesi europei continentali, sono essenzialmente due: il codice civile francese, introdotto da Napoleone nel 1804, e il codice civile tedesco, approvato nel 1896 ed entrato in vigore nel 1900. A questi si aggiungono i modelli di codice di commercio, che si sono succeduti per tutto l'Ottocento, e nel nostro secolo sono stati incorporati in Italia nel codice civile del 1942 e in Olanda nel codice civile la pubblicazione in più libri è iniziata nel 1980.

(ii) Nel common law inglese e nel common law irlandese non vi sono codici, ma leggi speciali (statutes) oltre alle regole della case law.

Nei diversi Stati, tuttavia, si incontrano situazioni anche più complesse.

Tenendo conto di questa raffigurazione, in sede comunitaria la scelta è stata prudente: non si è accolta la dicotomia tra regole del diritto civile e regole del diritto commerciale, ma impiegandosi la più duttile e generica dizione di “diritto privato”, si è lasciato intendere che le regole elaborate mediante l'armonizzazione potranno riguardare sia l'una che l'altra branca.

Anche sulla tecnica di redazione non si sono posti vincoli: le regole armonizzate potranno essere considerate una sorta di “restatement” delle regole applicate nei Paesi membri, oppure costituire il frutto della unificazione delle regole oggi vigenti, con gli adattamenti e le semplificazioni richieste da una vera e propria codificazione.

Si deve aggiungere che per alcuni settori del diritto privato già esistono modelli unitari di riferimento. Ancorchè elaborati per fini diversi, i principi dei contratti del commercio internazionale elaborati dall'Unidroit (su base planetaria) costituiscono un “restatement” composto di regole ampie ed equilibrate (per tutti v. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, New York, 1994; *The Unidroit Principles in Practice: The Experience of the First Two Years*, in *Uniform L.Rev. 2* (1997), p. 34 ss.; *The Unidroit Principles: What Next?*, in *Uniform Law Rev.3* (1998), p. 275 ss. Sulla discussione dei “principi Unidroit” in Italia v. gli atti del convegno organizzato a Roma, presso l'Unidroit, da J.Bonell e F.Bonelli nel 1995; tra i primi contributi v. i saggi di Di Majo, Ferrari e Alpa in *Contratto e impresa/Europa*, 1996,I, p. 287 ss. Per la costruzione delle linee evolutive del diritto contrattuale volta a considerare l'evoluzione dei principi elaborati dall'Unidroit, l'incidenza delle direttive europee e i principi della Commissione Lando v. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Roma, 1998, in sintesi ripreso nel volume *Diritto privato comparato*, cit.; Koetz e Flessner, *European Contract Law*, I, Oxford, 1997, tra.ingl. di Weir; Vranken, *Fundamentals of European Civil Law*, Londra, 1997; per un raffronto dei modelli di sentenza Markesinis, Lorenz, Dannemann, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford, 1997. La dottrina italiana ha considerato con molta attenzione queste iniziative: v. ad es., Gandolfi, *Pour un code européen des contrats*, in *Rev.trim.dr.civ.*, 1992, p. 707 ss.; Rescigno, *Per un “Restatement” europeo in*

materia di contratti, ne Il diritto europeo, cit.p. 135 ss; Mengoni, L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, Roma,1993, relazione tenuta presso il Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da J.Bonell); la Commissione Lando ha tenuto presente quel testo per elaborare la propria proposta in materia di diritto contrattuale. Ed occorre rammentare che vi sono in atto altre iniziative, quali la individuazione di un "common core" in materia di contratti, ad opera degli studiosi dell'Università di Trento, la redazione di principi comuni nel campo delle obbligazioni di area francese e belga per iniziativa della Sorbona e dell'Università di Louvain-la-Neuve; si è inoltre proposta la redazione di un codice europeo delle disposizioni sui diritti dei consumatori; ed altre ancora.

La storia delle iniziative tentate e realizzate per l'unificazione, l'uniformazione, l'armonizzazione del diritto è secolare ed ha ricevuto espressioni multiformi (sul punto v. Bonell, *op.cit.*, p. 4 ss; Monaco, *I risultati dell' "Unidroit" nella codificazione del diritto uniforme, ne Il diritto privato europeo, cit.*, p. 35 ss.).

In ogni caso, le numerose direttive che la Comunità ha approvato nelle materie che riguardano gli interessi dei consumatori, in materia di clausole abusive, di vendite fuori dei locali commerciali, di vendite a distanza, etc., già costituiscono una sorta di codificazione del diritto privato europeo nei settori di riferimento (le direttive e le relative discipline di recepimento sono raccolte nel *Codice del consumo e del risparmio*, a cura di Alpa, Milano, 1999).

Ciò che in questa sede conviene mettere in luce sono, da un lato, gli scopi della armonizzazione (o della unificazione) e dall'altro i dubbi che sono sorti nella discussione di questa iniziativa.

Accanto allo "spazio economico" e allo "spazio giudiziario" (sul quale v. Carbone S.M., *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 1997) si cerca ora di realizzare uno spazio giuridico unitario. La Comunità ha sovranità solo nelle materie di sua competenza. Il codice civile europeo non può quindi estendersi a materie estranee alla competenza della Comunità, come i rapporti relativi alla famiglia, alle successioni o alla proprietà. Vi sono invece inclusi sia i rapporti obbligatori, comprensivi dei contratti e dell'atto illecito (tort), della negotiorum gestio, delle "restituzioni" e dei rimedi. Ovviamente, vi sono inclusi i rapporti inerenti il commercio, le società, gli appalti, etc.

L'art. 100 e successivamente l'art. 100 A del Trattato CEE attribuiscono al Consiglio la competenza a stabilire direttive volte al ravvicinamento delle "disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative agli Stati membri che abbiano una incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune". A queste disposizioni si può far ricorso per legittimare e giustificare l'iniziativa, e renderla compatibile con il principio di sussidiarietà.

Si può quindi scegliere tra lo strumento del regolamento o quello della direttiva, o quello della raccomandazione per adottare il codice comune europeo (Drobnig, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1998, p.26 ss.).

Ma perchè superare le barriere degli ordinamenti nazionali in queste materie?

Il superamento è funzionale - precisa la risoluzione - alla realizzazione del mercato interno. In altre parole, il differente trattamento dei rapporti giuridici di diritto privato nei diversi Paesi è considerato come un costo, un ostacolo, una complicazione, che si oppongono o rendono più difficile la realizzazione del mercato interno, cioè del libero scambio di merci, servizi, capitali, lavoro, all'interno dell'Unione. Si pone quindi una stretta correlazione tra attività economica e forme giuridiche, e l'armonizzazione delle regole giuridiche attinenti il diritto patrimoniale è effettuata in funzione per così dire ancillare rispetto alle esigenze economiche. In questo senso, l'iniziativa della Comunità appare come rivolta a favorire il mercato, senza tuttavia pervenire alla conclusione che le regole giuridiche debbano per loro natura "mimare" le regole economiche, secondo la nota proposta dei fautori dell'analisi

economica del diritto, e in particolare di uno dei suoi corifei, ben noto in Europa, Richard Posner (per un quadro d'insieme delle posizioni e degli indirizzi di Coase, Posner, Calabresi e degli altri corifei di questa prospettiva ermeneutica v. l'antologia *Analisi economica del diritto privato*, curata da Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà, Romani, Milano, 1998).

Nella sua raffinata analisi concernente il diritto europeo dei contratti Juergen Basedow ha sottolineato come regole tra loro contrastanti nei diversi Paesi dell'Unione si pongano come una vera e propria “restrizione del mercato”, mentre regole uniformi in materia di diritto privato si pongono come condizione preliminare per la realizzazione del mercato comune. Il diritto unitario dei contratti costituisce infatti un “elemento costitutivo” del mercato unico.

La redazione di un codice europeo comporta anche una semplificazione delle regole giuridiche applicabili ai rapporti economici, troppo spesso frastagliate nei codici o nelle leggi speciali nazionali. Le regole uniformi servono a prevenire o a semplificare le liti, ad assicurare una omogenea applicazione delle regole ai conflitti insorti, a superare la concorrenza tra ordinamenti nazionali, o la prevalenza dell'uno sull'altro, o la rincorsa nella scelta della legge nazionale più conveniente.

Tuttavia, come si sottolineerà in conclusione, questa iniziativa - presentata sotto queste vesti anche al fine di giustificare l'intervento della Comunità nel settore generale del diritto privato - assume ben altra valenza.

6. Iniziative per la redazione di un “codice civile europeo”.

L'iniziativa della elaborazione di un codice civile europeo ha sollevato molte perplessità, oltre che molti entusiasmi. Un esame, il più possibile obiettivo, delle perplessità, delle critiche, delle avversioni, deve tener conto della loro provenienza, della loro fondatezza, ma anche della loro pretestuosità.

Occorre dapprima sgomberare il campo dai pregiudizi che si annidano nelle argomentazioni dei critici.

Tra i pregiudizi si possono annoverare fattori diversi, che si possono selezionare, per ragioni di concisione del discorso, in alcuni specifici capitoli.

Innanzitutto, la “paura dell'ignoto” (Legrand, *Sens et non-sens d'un code civil européen*, in *Rev. int. dr.comp.*, 1996, p.779 ss. Una puntuale critica alle tesi di Legrand è svolta da Zeno-Zencovich, *Il “codice civile europeo”, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, 60 ss.), tipica dei giuristi affezionati alle proprie nozioni, ai propri testi, al proprio metodo di ragionare. L'abbandono di regole collaudate nel tempo e di risoluzioni giudiziarie facilmente prevedibili costituisce una remora per i giuristi che intravedono nella introduzione di un testo nuovo un salto nell'ignoto. Questo atteggiamento è però facilmente superabile, se solo si pensa che “conoscersi” e “confrontarsi” significa esorcizzare lo spettro dell'ignoto. Tutti coloro che si dedicano al diritto comparato, e quanti sono interessati a conoscere ciò che accade negli ordinamenti vicini o lontani, sono dell'idea che oggi è più importante conoscere ciò che ci unisce, piuttosto che non ciò che ci divide. E molte sono le ricerche organizzate con lo scopo di tracciare un ponte ideale (bridging the continents, lo ha definito Basil Markesinis) tra le esperienze diverse, per individuare le “convergenze” tra i sistemi, e per confrontare in modo costruttivo common law e civil law, Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994; *Foreign Law & Comparative Methodology*, Oxford, 1997).

Si deve segnalare che la cultura comparatistica, a cui si affiancano le culture e le esperienze dei diversi paesi, è matura per realizzare questo sogno, e non si può seriamente

sostenere che non vi sia tra i giuristi europei una “cultura giuridica comune” (Schulze, *Le droit privé commun européen*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1995, p. 31 ss. (ove amplissima bibliografia) o che non vi sia una comune “Rechtswissenschaft” (Legrand, *op.cit.*, p. 785). D'altra parte, se si scorrono i contributi sempre più numerosi apportati dai giuristi europei, si può verificare che i libri, i saggi, le enciclopedie ormai superano i confini nazionali, e contengono sempre più spesso riferimenti alle altre culture, sia per meglio capire il proprio diritto, sia per accogliere dalle altre esperienze suggerimenti e modelli. Senza calcolare poi la stessa circolazione dei modelli (di codici, di leggi, di principi) che valicano i confini politici e culturali in modo sempre più rapido e diffuso. In ogni caso, sappiamo che la “Rechtswissenschaft” non si presenta in forme unitarie: variegati sono gli indirizzi di ricerca nel campo del diritto oggi invalsi, come il positivismo giuridico, il neogiusnaturalismo, il realismo, l'ermeneutica, etc. Sarebbe un errore verificare la bontà degli scopi della unificazione solo dal punto di vista giuridico-formale.

Ma l'esistenza già in atto di una cultura giuridica comune non finisce qui. Si è dimostrato (da Stein e Shand) che nell'Occidente si sono consolidati “valori giuridici comuni” (*I valori comuni dell'Occidente*, Milano, 1970 sui quali v. Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993; Hinestrosa *Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats*, in *Uniform L.Rev.*, 3 (1998), p. 501 ss.). Ed anche a non considerare la tradizione del diritto romano (e il *ius commune* del Medioevo, che sono altra cosa rispetto al *ius commune europaeum* di oggi, tra gli altri, Schulze, *op.cit.*, p.10 ss.), si deve prendere atto del fatto che in tutti i Paesi dell'Unione vigono diritti fondamentali di identico tenore. Si ritiene infatti che il diritto costituzionale dell'Unione sia materiato dei principi accolti nelle costituzioni scritte e non scritte dei Paesi membri. La Convenzione europea dei diritti umani è stata inoltre ratificata da tutti i Paesi membri.

Poco rilevanti appaiono poi le critiche relative ai tempi - eccessivamente lunghi - della codificazione (Markesinis, *Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, in *Eur.Rev.of Private Law*, 5 (1997), p. 519 ss.), o al fatto che la codificazione del solo diritto patrimoniale lascerebbe in ombra i sentimenti o sacrificerebbe il ruolo narrativo del diritto (Jayme, *Cours général de droit international privé*, L'Aja, Boston, Londra, 1995; Zaccaria (A.), *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv.dir.civ.*, 1997, I, p. 367 ss.).

Si è anche revocata in dubbio l'autorità da cui proviene il codice redigendo (Legrand, *op.cit.*, pp. 798, 803.). Si tratta, in questo caso, di autorità intesa in senso morale, non certo in senso giuridico e istituzionale, perché nell'ambito delle attribuzioni della Comunità, le disposizioni del Trattato non precludono, ma anzi favoriscono la creazione di uno spazio giuridico unitario.

E si è poi richiamata l'esigenza sistematica propria di ogni codificazione per confutarne la realizzazione. E' pur vero che il codice nasce frazionato in settori: ma l'armonizzazione ben può procedere per gradi; sulle esigenze “sistematiche” prevalgono però le esigenze funzionali e pratiche.

Si è ancora obiettato che il nuovo codice si presenterebbe “nudo e crudo”, cioè privo della ricchezza delle tradizioni storiche, delle esperienze maturate per secoli, degli ideali che esse hanno incarnato. A questa critica risponderò più oltre, anche se occorre subito osservare che un conto è la storia, altro conto la realtà, un conto il sentimento altro conto la pratica, un conto il tesoro delle esperienze, altro conto la novità nell'inaugurare nuove esperienze.

Maggiormente meritevoli di considerazione sono critiche di diverso contenuto, anch'esse però (a mio parere) superabili.

Esse si possono riassumere nelle seguenti:

- (i) la differenza strutturale, cognitiva e pratica tra common law e civil law;
- (ii) la soppressione dei caratteri originali nazionali e il valore del pluralismo giuridico;
- (iii) l'opportunità di ricorrere ad altre tecniche di armonizzazione, diverse dalla redazione

di un codice civile unitario.

Quanto alla prima critica, è senz'altro apprezzabile l'opinione di Alan Watson, secondo cui "the legal tradition has a considerable impact on the shaping of the law, and the individual sources of law have different effects on the growth of the law" (Watson, *Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development*, ne *Il diritto privato europeo*, cit., p. 10.): un conto è la formazione di un ordinamento sulla base delle fonti legislative piuttosto che non sulla base di fonti giudiziarie. Ma è appena il caso di ricordare che, ormai, nel diritto inglese e nel diritto irlandese non tutta la creazione del diritto è affidata alla case law, dal momento che sono sempre più estese le "province" della statute law: le raccolte edite da Blackwell's sono organizzate per grandi partizioni, e le regole legislative dedicate all'area del contratto e del diritto commerciale sono contenute in diversi spaziosi volumi. L'appartenenza del Regno Unito e dell'Irlanda all'Unione europea implica inoltre l'applicazione di tutti i regolamenti comunitari, e il recepimento di tutte le direttive comunitarie, che avvengono ovviamente con fonti di diritto scritto. Ed è anche cambiato l'atteggiamento mentale di molti common lawyers riguardo alla codificazione come tecnica di introduzione o di consolidamento di regole giuridiche: nel quadro conclusivo sui futuri sviluppi del diritto commerciale nel Regno Unito uno dei prestigiosi studiosi della materia, Roy Goode, auspica l'avvento di una codificazione interna nella quale possano trovare compiuta trascrizione le regole oggi vigenti in materia di "economic transactions" (*Commercial Law in the Next Millennium*, Londra, 1998, p.100 ss. (e sul raffronto tra tecnica di "restatement" e codificazione, *International Restatement of Contract and English Contract Law*, in 3 *Uniform L.Rev.*, (1998), p. 231 ss.)).

Nello stesso tempo, sarebbe ingenuo credere che nei paesi a diritto scritto, codificato o legificato, non vi sia creazione di case law, di regole giurisprudenziali che vivificano il testo scritto, lo completano, lo correggono. Il ruolo del fatto è rilevante sia nell'una come nell'altra esperienza; il ragionamento (analogia, Rechtsfindung) è apparentemente diverso nel suo processo, ma simile nella sostanza. La datazione delle regole è incerta nell'una e nell'altra esperienza, dal momento che la case law si ritrova in entrambe e così pure la statute law; la costruzione degli interessi protetti in termini di "diritti soggettivi" è ormai comune ad entrambe. Sono inoltre sempre più estese le prassi contrattuali, molte delle quali sono tratte dall'esperienza dei paesi di lingua inglese e ciò con riguardo ai nuovi contratti, alle modalità di conclusione del contratto, alle tecniche di comunicazione e di trasferimento di danaro e di titoli. Al punto che, in un nuovo trattato di diritto privato italiano, diretto da Rodolfo Sacco, accanto al volume sulle fonti scritte si è pubblicato un volume sulle fonti "non scritte" (*Le fonti non scritte*, Torino, 1999.).

Quanto alla seconda critica, la soppressione è in realtà più virtuale che reale. Certo, le regole contenute nei singoli codici non saranno singolarmente più applicate, ma esse continueranno a sopravvivere nelle regole comuni (che sono costruite su quelle oggi vigenti) e continueranno a sopravvivere nella cultura dei singoli Paesi, dal momento che gli interpreti per molto tempo continueranno ad usare le proprie categorie concettuali e il proprio stile ermeneutico applicati alle nuove regole. E' pur vero che l'apparato giuridico nel suo complesso è uno dei connotati fondamentali di un Paese, ma è anche vero che ad esso si può facilmente rinunciare, ed è anche vero che l'esistenza e la consistenza di questo carattere è presente solo ai giuristi; realisticamente parlando non è considerato come tale dal comune cittadino .

L'appello alla storia e alla codificazione (o comunque alla organizzazione giuridica consegnata dalla tradizione) non deve essere sottovalutato, ma neppure essere sopravvalutato. E' sopravvalutato quando si costruisce una tradizione - come ci ammonisce Hobsbawm - solo per raggiungere finalità o per ostacolare finalità di carattere puramente strumentale. Ora, è noto come il diritto comune medievale sia maturato nell'ambito di una cultura giuridica comune dell'Europa (Santini, *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, I,p.43 ss. Ma v. allora Grossi, *L'ordine*

giuridico medievale, Roma-Bari, 1997) e che abbia costituito il ceppo dal quale sono nati, come tanti rami, i diritti nazionali dei paesi continentali e delle regioni insulari (Inghilterra, Scozia, e più recentemente, l'Irlanda del Sud). E' noto che nel periodo medievale si sono verificati importanti cambiamenti, che Berman ha definito in termini di autentiche "rivoluzioni" (*Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, ora tradotto in *Diritto e rivoluzione*, Bologna, 1998).

Ma la storia giuridica dell'Occidente è una storia frastagliata, che presenta progressi (quali le codificazioni) e regressi (quali l'elaborazione dogmatica ottocentesca), curiose diversioni (quali, ad es., l'affinità maggiore del diritto contrattuale romano con il common law piuttosto che non con il modello napoleonico o con il modello germanico), stupefacenti connubi (come la traduzione in lingua inglese di un codice di matrice napoleonico-italiana quali sono il codice civile di Malta e il codice del Quebec) o inattesi riflessi (come quelli del diritto canonico sull'*equity* inglese). E la stessa evoluzione dei modelli non si presenta monolitica e uniforme, come vorrebbero rappresentarla i fautori della tradizione romanistico-francese: basti pensare alle differenze di applicazione del Code Napoléon in Francia e in Belgio, dove il vigore delle medesime regole scritte porta a divaricazioni notevoli nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza; divergenze che si incontrano anche nella famiglia del common law, non solo tra il common law inglese e quello statunitense, ma anche tra il common law inglese e quello irlandese o di altri paesi colonizzati dall'Inghilterra. La storia costituisce un formidabile reservoir di fatti, di tecniche, di tendenze, di modelli, ma non è utilizzabile solo per dividere, può essere inutilizzata anche per unire.

Nella vecchia Europa si sono effettuate o sono in corso di effettuazione nuove codificazioni, come in Olanda, ricodificazioni, come in Italia e in Germania, senza parlare delle grandi modificazioni avvenute in tutti i paesi ad opera del recepimento delle direttive comunitarie. Si pensi inoltre che il diritto comunitario sta manifestando una forza espansiva, perché tende ad influenzare anche le regole di diritto comune non incise dalle direttive (v. i riferimenti in Alpa e Dasso, *Les contrats des consommateurs et les modifications du code civil italien*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1997, p. 629 ss.).

Si può davvero parlare di pluralismo giuridico, di unità nella diversità, di valori insopprimibili, oppure si deve parlare di superamento del particolarismo giuridico? Da questo punto di vista, la storia ha ancora molto da insegnare: basti pensare alla difficoltà create dal particolarismo alla Francia prerivoluzionaria del Settecento o all'Italia anteriore all'unità politica del 1861, e ai vantaggi che si sono ottenuti in questi Paesi uniformando le regole giuridiche.

In ogni caso, è solo una questione di livello al quale si vuol collocare le regole codificate: si tratta pur sempre di regole di natura generale, che lasciano liberi gli Stati membri di introdurre regole di carattere particolare applicabili a singole regioni: la dicotomia diritto statale-diritto regionale, o diritto di singole nazionalità potrà essere salvata per i settori che non riguardano i rapporti economici.

Quanto alla scelta di altre tecniche di armonizzazione, ovviamente il discorso è aperto. Si potrebbe continuare con la introduzione di direttive frazionate settore per settore, ma già ora questo sistema di normazione comunitaria crea difficoltà di coordinamento delle normative a scapito della coerenza, della semplicità e della applicabilità. Si potrebbe pensare a convenzioni, il che però non cambierebbe di molto la situazione auspicata. Si può pensare ad un restatement o ad un collage di principi generali, ma le regole dalla Commissione Lando, anche se non sono molto distanti da questa proposta, costituiscono il risultato di un "more creative process" (Lando, *European Contract Law*, ne *Il diritto privato europeo*, cit., p. 128.). Si può pensare a principi generali, ma le regole già elaborate non sono distanti dai principi generali, in quanto formulate con sufficiente elasticità e generalità. Si può pensare a regole tratte dalla case law - sulla base delle ricerche avviate negli anni Sessanta in Italia da Gino Gorla e in questo torno d'anni nel Regno Unito da Basil Markesinis - ma occorrerebbe pur sempre raccogliere queste

regole in un testo ordinato e quindi procedere al loro “restatement”. E a questo proposito si è osservato che un “restatement” non presenta “un minor rigore contenutistico rispetto a un codice” (Zeno-Zencovich, *op.cit.*, c.67).

Si tratta di alternative ben vagliate dalla Commissione Lando, ed ora riprese dalla Commissione che ne prosegue il lavoro nella parte restante del diritto delle obbligazioni, coordinata da Christian von Bar. In ogni caso, queste alternative non sono nuove : esse erano già state vagliate subito dopo la seconda guerra mondiale da Rodolfo Sacco, che segnalava come la scelta non possa essere affidata solo alla soluzione di problemi tecnici, ma incorpori soprattutto valutazioni di natura politica (*I problemi, cit.*, p. 77.).

Meno apprezzabile sembra l'altra proposta con la quale si vorrebbe sostituire la redazione di un codice europeo con la redazione di comuni regole di diritto internazionale uniforme. Si tratterebbe comunque di una soluzione intermedia, interinale, provvisoria, ma certo non della soluzione definitiva. Si darebbe luogo alla applicazione di comuni principi nella scelta delle regole da applicare, ma si dovrebbe sempre far ricorso da parte del giudice alla applicazione di una legge che potrebbe essere diversa da quella nazionale, e quindi di una legge di altro Paese della Comunità, con la quale egli può non avere (come normalmente non ha) familiarità.

7. Problemi di redazione

Prima di discorrere, sinteticamente, dei vantaggi della codificazione europea, occorre riflettere ancora su alcuni problemi reali di questa iniziativa.

Il primo problema è la lingua. Il codice europeo deve essere redatto in tutte le lingue dei Paesi dell'Unione. Le regole già predisposte sul contratto in generale sono state scritte in inglese. Come è noto, l'inglese è ormai la lingua franca del traffico commerciale, avendo spodestato il francese; insieme con il francese, è una delle lingue più praticate dagli uffici comunitari. L'inglese è destinato a prevalere. Ciò non tanto per merito della potenza del Regno Unito, ormai da tempo declinante, ma soprattutto per l'espansione della potenza economica (e politica) degli Stati Uniti, per la sua praticabilità, per la semplicità della sua grammatica.

Già la elaborazione di regole in una lingua che emerge da una esperienza fortemente connotata dal punto di vista della cultura e della organizzazione giuridica come il common law, e costretta dunque a piegare il lessico e i concetti a termini e nozioni di provenienza diversa (cioè dal modello francese e dai suoi derivati e dal modello germanico) costituisce un punto di forza della codificazione, perché è frutto di un compromesso concettuale di grande momento (tra i numerosi contributi v. Palmisciano e Christoffersen, *Aspects linguistiques de la communication juridique en Europe: pratique et problèmes des “juristes-reviseurs” de la Commission des Communautés européennes*, ne *Il diritto privato europeo, cit.*, p. 69 ss.). Sarà inevitabile la traduzione nelle lingue dei Paesi membri, e quindi anche nelle traduzioni si potranno adattare le regole alla cultura originaria delle regioni in cui il testo è destinato ad essere applicato.

Fondamentale, poi, è la scelta di regole scritte, anziché di regole derivate dalla case law. Certo, la scelta della codificazione potrebbe apparire ostica ai giuristi di lingua inglese, ma molti di essi ormai sono convinti che la codificazione comporta vantaggi notevoli, come la semplificazione, la certezza, la prevedibilità delle regole. Si deve anche considerare che “the citizen of a European State has not the same easy access to the laws of his sister states. Very often he cannot read them in the original and those he can read he may not fully understand” (Lando, *op.ult.cit.*, p. 118.).

Poi, la struttura. Un codice di questo tipo e per questi fini non può essere congegnato come i vecchi codici del secolo scorso. Non potrà avere una parte generale, ma sarà costituito dall'assemblaggio, coordinato, di regole destinate a singoli settori. Non potrà essere completo,

ma riguardare solo le “transactions” e tutte le fattispecie ad esse relative. Potrà avere una coerenza interna, ma richiederà gradualità. Conterrà regole di ampia portata, anziché regole circostanziate. Si tratterà di regole collocate in una realtà dinamica, non in una realtà statica. Esse saranno quindi vagliate nella loro applicazione, e modificate là dove la presenza di lacune, di formule ambigue, di scelte rivelatesi inopportune, richiederà ulteriori interventi di perfezionamento .

Anche le divergenze di base sul piano concettuale dovranno essere appianate: a questo compito soccorre la comparazione, da svolgersi con strumenti raffinati, e nella prospettiva corretta: “il compito della scienza è (...) quello di relativizzare e poi di (...) esorcizzare (...) le contrapposizioni concettuali assurde” (Sacco, *op.ult.cit.*, p. 98.).

Rimarranno questioni non semplici da risolvere. Ad es., la distinzione tra norme cogenti e norme dispositive, con riguardo ai singoli ordinamenti da cui le regole comuni derivano. Nei Paesi in cui la conformità alla costituzione delle regole di diritto privato è demandata ad una corte apposita, occorrerà far sì che le regole comuni siano conformi alle costituzioni dei diversi Paesi (a meno che non si risolva in radice la questione, sottraendo per intero la disciplina dei rapporti di diritto privato patrimoniale alla sovranità degli Stati membri). Si dovrà tener conto delle tecniche di applicazione diretta o indiretta delle singole normative costituzionali già in essere nelle diverse esperienze. Si dovrà tener conto che l'uso di clausole generali (come la buona fede, la ragionevolezza, e così via) e l'affidamento al giudice di poteri di ampia discrezionalità richiede una attività del giudice che è particolarmente impegnativa (Rescigno, *Per un “Restatement”*, cit., p. 142).

Si dovrà, in particolare, unificare i rimedi, dal momento che il diritto non può essere solo considerato dal punto di vista sostanziale ma anche dal punto di vista procedurale. E in questo senso, occorrerà persino prevedere la unificazione dei sistemi di amministrazione della giustizia, sia quella togata, sia quella privata.

Oltre ai vantaggi già evidenziati, val la pena di rammentare che la codificazione unitaria rafforza l'unità economica ed è prodromica alla unità politica. Ma se è vero che la componente giuridica - cioè il complesso della organizzazione giuridica di una comunità - ne costituisce un connotato essenziale e caratterizzante, la redazione di un codice unitario in dimensione europea diventerà uno dei fattori aggreganti della stessa Comunità europea, e uno dei fattori della stessa identità europea (Gadamer, *L'eredità dell'Europa*, Torino, 1991, p.ix.).

8. Le Comunicazioni della Commissione europea sul “diritto contrattuale”

Gli organi comunitari sono nuovamente intervenuti con alcuni documenti fondamentali per rappresentare la situazione attuale e per acquisire indicazioni e orientamenti in ordine alla attività futura. Si devono richiamare, in particolare, la Comunicazione 2001 n. 398 sul diritto contrattuale europeo e la Comunicazione 2001 n. 531 sulla tutela dei consumatori, entrambe della Commissione, la Risoluzione sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale del Parlamento europeo, A5-0384 del 2001, la Comunicazione 2002 n. 196 sulle alternative dispute resolutions e la proposta di armonizzazione delle regole concernenti la responsabilità civile.

Con la Comunicazione dell' 11 luglio 2001 [COM (2001) 398 def.] inviata al Consiglio e al Parlamento europeo la Commissione CE ha predisposto un ampio questionario destinato a raccogliere osservazioni, suggerimenti e reazioni da parte delle istituzioni riguardanti il “diritto contrattuale europeo”. Questa espressione è intesa in un duplice significato: essa allude, da un lato, ai diversi interventi normativi assunti dagli organi comunitari nella materia dei contratti; dall'altro, essa allude ad una base comune composta da terminologia, nozioni e concetti, principi generali e regole specifiche che costituisce per così dire il “retrotterra” nel quale

necessariamente si innestano gli interventi normativi. Un retroterra composito, nel quale confluiscono modelli provenienti da culture, esperienze professionali e tradizioni diverse, che potrebbe mantenersi tale, cioè frammentato e complesso, oppure tendere ad una armonizzazione, e finanche ad una uniformazione.

Preso atto della tecnica con cui gli organi comunitari hanno effettuato questi interventi, una tecnica ripartita in provvedimenti di natura generale e di natura specifica, effettuati in tempi diversi senza un iter logico né un progetto complessivo, ora concernenti singoli settori, ora concernenti le modalità di conclusione del contratto, ora le regole di comportamento delle parti nelle diverse fasi di conclusione, di esecuzione e di scioglimento del contratto, ora singole clausole contrattuali, e preso altresì atto che questi interventi talvolta coprono aree tra loro parzialmente sovrapposte o sono in alcuni casi tra loro in contrasto, la Comunità ha prospettato ai suoi interlocutori quattro opzioni: (i) non intervenire con ulteriori provvedimenti, e lasciare la soluzione dei problemi al mercato, (ii) promuovere lo sviluppo di principi comuni non vincolanti, che le parti, i giudici, i legislatori possono prendere in considerazione nello svolgimento della loro attività, (iii) intervenire con provvedimenti tesi a migliorare la legislazione comunitaria in materia, (iv) adottare un nuovo strumento a livello comunitario (regolamento, direttiva, raccomandazione) e, in subordine, o considerare questo strumento come liberamente applicabile dalle parti oppure renderlo vincolante.

Con altra Comunicazione, del 2 ottobre 2001 [COM (2001) 531 def.], intitolata “Libro verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea”, la Commissione ha avviato un’indagine diretta ad accertare l’esistenza di ostacoli incontrati da consumatori e imprese dovuti alle differenze nazionali in materia di trasparenza e correttezza delle operazioni commerciali, con riferimento agli aspetti precontrattuali, contrattuali e post-contrattuali nei rapporti tra imprese e consumatori, ed ha posto l’interrogativo se sia opportuna una riforma della disciplina comunitaria riguardante i consumatori, e quindi se sia opportuno proseguire con il metodo della frammentazione oppure con il metodo della sistemazione, eventualmente antepoendo alle regole specifiche dei singoli settori regole di carattere generale sul comportamento corretto nelle “pratiche commerciali”.

Con la Comunicazione pubblicata in pari data [2 ottobre 2001, COM (2001) 546 def.] riguardante le promozioni commerciali nel mercato interno la Commissione ha reso nota una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione delle vendite nel mercato interno in cui, esaminate le forme di promozione commerciale più frequenti (dalla riduzione del prezzo agli sconti, agli omaggi, ai premi, ai concorsi promozionali, ai giochi promozionali), si prevedono interventi diretti ad armonizzare le restrizioni alla libertà negoziale già esistenti, restrizioni da modificare in senso meno restrittivo, restrizioni da assoggettare al riconoscimento reciproco.

Concepiti in modo diverso, con finalità diverse e con modalità di attuazione diverse, questi interventi lasciano emergere una realtà impensabile fino a dieci anni fa, che si può sinteticamente esprimere con alcuni assunti di base: (i) gli organi comunitari hanno fondato un corpus di regole concernenti prevalentemente la disciplina contrattuale, e dato quindi vita ad un “diritto contrattuale europeo” nella prima accezione sopra evidenziata, che ha riguardo in particolare ai contratti dei consumatori, ma in alcuni casi (come accade per la disciplina dell’ e-commerce) è destinato a tutti gli operatori; (ii) questo corpus di regole non è sistematizzato, ma opera in modo vincolante per gli Stati membri dell’Unione, che hanno perciò modificato il diritto nazionale originario per adeguarlo al diritto comunitario; (iii) questo corpus di regole costituisce di per sé una tecnica di intervento che – pur frammentaria – tende ad espandersi nell’ordinamento interno; (iv) il suo adattamento, la sua interpretazione, la sua assimilazione, sono assoggettati ai principi del diritto comunitario e alle regole interpretative della Corte di Giustizia della CE. Costituiscono, in altri termini, indirizzi di normazione e di interpretazione

che i legislatori, i giudici, le Amministrazioni pubbliche e gli operatori privati non solo non possono trascurare, ma debbono osservare.

Le reazioni al primo documento sono state ampie e diffuse nel tempo: considerato che il miglioramento della tecnica normativa comunitaria è da tutti auspicabile, e considerato che il mercato, di per sé, non riuscirebbe a raggiungere gli scopi enunciati, tra le opzioni residue le reazioni più frequenti depongono per una armonizzazione “soft”, e, in subordine, per la predisposizione di un quadro di principi che le parti possono liberamente scegliere; la soluzione più radicale, intesa alla redazione di un “codice civile europeo”, è stata per lo più avversata, o auspicata solo sotto forma di “codice modello”, frutto di libera scelta da parte degli operatori privati o eventualmente dei legislatori.

Ed è rilevante sottolineare come, ancora una volta, la “partita” che sembra svolgersi sul piano del diritto, in un mondo asseritamente formale, non si gioca solo sul piano della elaborazione tecnica delle regole, ma finisce per lambire (o addirittura per mettere in discussione) le identità culturali e politiche, gli assetti economici e gli spazi professionali.

Ci si chiede tuttavia se, al di là degli studi rivolti alla comprensione degli interventi normativi e alla loro attuazione nell’ambito delle esperienze dei singoli Paesi membri, non sia opportuno o necessario attrezzare una “base comune” di termini, nozioni, principi, tendenti alla armonizzazione (oppure alla uniformazione delle regole).

Con la Comunicazione del 2 ottobre 2001 [COM (2001) 531 def.] la Commissione delle Comunità europee ha avviato un’ampia consultazione pubblica sull’orientamento futuro della tutela dei consumatori nell’Unione. Il Libro verde ha una funzione assai rilevante, perché in primo luogo espone il quadro complessivo degli interventi già effettuati (per l’appunto l’*acquis* comunitario) nel settore; in secondo luogo si preoccupa di capire – e per questo si rivolge alle istituzioni, agli operatori, alle associazioni rappresentative e ai centri di elaborazione culturale e giuridica - quale potrebbe essere il futuro di questo settore, se cioè sia necessario affidare solo al mercato la soluzione dei problemi di tutela del consumatore, attraverso l’attività concorrenziale dei professionisti, attraverso le negoziazioni tra professionisti e loro associazioni con le associazioni dei consumatori, attraverso i codici di autodisciplina, oppure se sia necessario un nuovo intervento del legislatore comunitario al fine di coordinare la disciplina esistente ormai frammentaria e in parte sovrapposta o lacunosa, ed eventualmente sia opportuno far precedere le singole discipline speciali da alcune regole di carattere generale. La Commissione si chiede - e chiede di avere risposte al riguardo – se sia opportuno lasciare frammentata la disciplina, oppure adottare un approccio “misto”, in cui si prevedano oltre alle regole speciali alcuni principi generali peraltro già esistenti ed osservati nell’esperienza dei singoli Stati membri. Gli esempi evocati riguardano le “pratiche commerciali leali”, le pratiche ingannevoli, l’informazione, l’autoregolamentazione e la coregolamentazione, la cooperazione tra soggetti portatori di interessi tra loro conflittuali e da contemperare.

In contrasto con questa linea – le politiche comunitarie spesso confliggono con le politiche concernenti il mercato interno e la concorrenza – sempre la Commissione ha elaborato una Comunicazione sulla promozione delle vendite nel mercato interno (2 ottobre 2001 (COM (2001) 546 def.).

Con Comunicazione dell’11 giugno 2002 [(2002) 289 def.] si sono pubblicati i risultati della consultazione avviata con il Libro verde.

La Carta dei diritti fondamentali all’art.38 intitolato “protezione dei consumatori” dispone che «nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori». Al di là delle questioni relative alla natura politica o giuridica della disposizione è significativo il fatto che la Carta riconosca ai consumatori, nell’ambito del Capo IV sulla solidarietà, meritevolezza di citazione e di elevata protezione.

La Corte di Giustizia in più occasioni (tra le ultime con la pronuncia del 22.11.2001 nei procedimenti riuniti n. C-541/99 e C-542/99) ha ritenuto che la nozione di consumatore,

qualunque sia la sua definizione, non può che riguardare una *persona fisica*. Ciò non significa che in fase di attuazione delle direttive gli Stati membri siano vincolati, potendo invece estendere la tutela alle persone giuridiche che operino al di fuori dell'attività commerciale.

Il Libro verde pubblicato dalla Commissione può essere considerato come un documento propositivo, anche se la sua funzione preminente consiste nella descrizione della situazione esistente sia in diritto comunitario sia all'interno degli Stati membri, e nella individuazione di alcune questioni di base perché gli organismi comunitari possano procedere nella armonizzazione delle discipline delle tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

E' appena il caso di osservare che – a differenza di quanto già disposto con la Raccomandazione n. 98/257/CE del 1998 e con la Comunicazione n. 01/161/CE del 2001 – il Libro verde non circoscrive l'analisi e le proposte alle sole controversie tra i consumatori e i professionisti, ma esamina ad ampio raggio tutte le tecniche per tutte le questioni che siano assoggettabili alla risoluzione delle controversie al di fuori dei giudizi togati.

Inoltre, mentre i precedenti documenti facevano riferimento solo alla *conciliazione*, il Libro verde introduce anche la tecnica della *mediazione*, distinguendo (anche se la distinzione è possibile in teoria, meno facile nella prassi) tra procedimenti in cui il terzo avvicina le parti ad una soluzione che esse stesse alla fine della procedura scelgono di condividere, dalla tecnica in cui è il terzo che suggerisce la soluzione alle parti e cerca di convincerle ad accettarla, apportandovi via via le correzioni necessarie perché la soluzione sia finalmente condivisa.

Il Libro verde prevede inoltre la possibilità che queste procedure siano inserite nel procedimento giudiziale, e apre, tra le altre, le questioni relative:

- alla vincolatività delle clausole introduttive delle ADR
- ai termini di prescrizione
- ai requisiti di "qualità" degli organismi deputati a trattare le ADR
- al "riconoscimento" degli organismi da parte dei pubblici poteri
- alla riservatezza
- alla validità del consenso
- agli effetti della procedura di ADR
- alla responsabilità degli organismi.

Il 15 novembre 2001 il Parlamento europeo ha adottato una nuova Risoluzione sul ravvicinamento del diritto civile e del diritto commerciale degli Stati Membri (A5-0384/2001) sulla base di un'ampia relazione di K.H. Lehne.

Gli scopi di questo documento sono così riassunti nel Bollettino dell'Unione europea (11-2001, 16/18, 1.4.98) :

“ In view of the fact that national and international rules in civil and commercial matters need to be applied more consistently than at present, Parliament considered it necessary to pursue the harmonisation of contract law. As the next step towards achieving the approximation of the member States' civil and commercial law, it called on the Commission to present an action plan including, in particular: The creation of a database of national legislation and case-law; the consolidation and simplification of existing Community law; and the researching, dissemination and eventual application of common legal concepts and solutions. To this end, Parliament recommended the creation of a European legal Institute”.

Leggendo il testo della Risoluzione ci si avvede che la Commissione e il Parlamento manifestano una notevole disparità di vedute sul futuro della armonizzazione del diritto privato europeo. La Commissione, con la Comunicazione n. 398 del 2001 ha circoscritto l'ambito dell'armonizzazione al diritto contrattuale, mentre il Parlamento europeo, oltre ad esortare la Commissione a presentare proposte dirette a rivedere le direttive per rimuovere le clausole di

armonizzazione minima che hanno impedito la realizzazione di una *normativa uniforme* a livello comunitario, constata che queste divergenze costituiscono un detrimento per la protezione del consumatore, ma anche un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

Il programma di azione delineato dalla Risoluzione è molto più incisivo, perché, oltre alla realizzazione di una banca di dati inerenti la terminologia applicata, si propone di perseguire nel prossimo decennio la applicazione di principi giuridici comuni con l'introduzione di regole ad hoc, la realizzazione della *unificazione del diritto contrattuale* e per finire la adozione di un "corpus di norme di diritto contrattuale dell'Unione europea che tenga conto delle nozioni e soluzioni giuridiche comuni stabilite nelle iniziative precedenti".

La Risoluzione premia le iniziative in atto: in particolare l'iniziativa promossa già dal 1982 da Ole Lando diretta alla redazione di regole uniformi del diritto contrattuale (c.d. PECL) e l'iniziativa promossa da O.Lando, H.Beale e Ch.v.Bar per la realizzazione di regole uniformi destinate a disciplinare tutte le fonti delle obbligazioni e i principali contratti (vendita, servizi, garanzie etc.).

Si tratta di iniziative che – come più volte è stato precisato, e anche di recente da Christian v. Bar – non intendono imporre un codice civile scritto, ma offrire all'Unione europea, agli Stati Membri, ai singoli privati, la possibilità di adottare un "codice modello" con cui disciplinare i propri rapporti. Ciò nell'intento di creare proprio quella base comune di termini, nozioni, istituti sui quali poggiano le direttive comunitarie e possano procedere nel futuro gli interventi ulteriori dell'Unione.

Peraltro anche il settore della responsabilità civile vede profilarsi altre novità, in ambito comunitario, che richiedono una riflessione sulla opportunità di uniformare terminologia, nozioni e regole in questo che, accanto al diritto contrattuale, costituisce un settore di grande ampiezza e di rilevantissima incidenza sul contenzioso. Già il Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente [COM (2000) 66 def.] ha richiamato l'attenzione sulla esigenza di introdurre regole armonizzate per tutelare le vittime dei danni derivanti dall'inquinamento dell'ambiente; e il 23 gennaio 2002 è stata presentata una proposta di direttiva in materia [COM (2002) 17 def.]; il 7 giugno 2002 è stata presentata la proposta di modifica delle direttive sull'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli [COM (2002) 244 def.]; prosegue l'attività della Commissione sulle iniziative di revisione della direttiva 85/374 in materia di danno da prodotti difettosi.

Ancora. Nel corso del 2002 è stato presentato un progetto preliminare di proposta del Consiglio sulla disciplina delle obbligazioni extracontrattuali che costituirebbe il *pendent* della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. La disciplina proposta non dà la definizione dei vocaboli fondamentali (quali atto illecito, responsabilità, danno). Ed è evidente che gli ordinamenti nazionali provvederebbero ad integrare la lacuna: ma è noto che la materia è ancora assai diversificata nelle esperienze continentali e anche nelle esperienze di common law.

E sul piano delle iniziative dirette a realizzare uno spazio giudiziario europeo in materia civile si è proposto di introdurre un regolamento [15 maggio 2001, COM (2001), 221 def.].

9. Le nuove Comunicazioni

Con la Comunicazione del 19 maggio 2003 (2003) 68 def. la Commissione europea ha lanciato un "Piano d'azione" in base al quale ha richiesto a tutti gli interessati – secondo le usuali regole della consultazione impiegate per documenti di questo tipo e di questa incidenza –

di esprimersi riguardo alle iniziative che dovrebbero essere assunte in sede comunitaria per realizzare una “più coerente” disciplina europea del contratto. Il Parlamento europeo e il Consiglio hanno apprezzato l’iniziativa, specie considerando che una disciplina più semplice ed efficiente raggiungerebbe il risultato di agevolare le operazioni transfrontaliere nel mercato interno, di ridurre i costi transattivi, e di consentire agli operatori di avvalersi più compiutamente dei vantaggi offerti dal mercato. In particolare, la proposta di formare un quadro comune di riferimento (CFR, *common frame of reference*) dal punto di vista della terminologia, delle nozioni e dei principi non farebbe che migliorare anche la legislazione comunitaria in materia, oltre che dispiegare effetti positivi nell’ambito degli ordinamenti degli Stati Membri.

Il Piano d’Azione prevedeva anche la redazione di clausole uniformi da inserire nei contratti per far sì che i consumatori fossero meglio informati e potessero comparare in modo adeguato le diverse offerte di beni e servizi sul mercato interno. Il Consiglio ha sottolineato l’importanza di questa proposta, ed ha anche auspicato che – quale strumento opzionale – si possa raggiungere un’intesa sulla predisposizione di regole generali, da applicare all’intera l’area del contratto e alle aree confinanti, ovviamente in coerenza con gli ordinamenti nazionali, con la disciplina della legge applicabile alle obbligazioni (la Convenzione di Roma del 1980) e con la Convenzione internazionale sulla vendita di cose mobili (CISG; Convenzione di Vienna del 1980).

Per parte sua, il Parlamento europeo, con una Risoluzione del 2 settembre 2003, ha invitato la Commissione a completare il CFR entro il 2006, a predisporre una raccolta di clausole contrattuali standard da rendere accessibili ai professionisti legali e a promuovere l’impiego del CFR anche nei procedimenti arbitrali. Inoltre, ha suggerito alla Commissione di predisporre un testo di principi da rendere disponibile, quale “legge opzionale”, nel settore dei rapporti tra professionisti e consumatori e nel settore delle assicurazioni. Di più. Il Parlamento ha invitato la Commissione a predisporre un “codice” di diritto contrattuale, da considerarsi dapprima opzionale e di poi da rendere vincolante per tutti mediante uno strumento comunitario.

Anche la Banca europea ha salutato con favore l’iniziativa della Commissione, auspicando che il CFR sia adottato in tutti i Paesi che aderiscono al sistema dell’ euro; in particolare, interessano alla BCE nozioni unitarie quali il contratto, il danno, la forza maggiore, l’offerta, e le regole che riguardano gli interessi nel ritardo dei pagamenti. L’opera di armonizzazione non dovrebbe tuttavia ledere il principio di autonomia contrattuale, anche se uno strumento opzionale di disciplina del contratto sarebbe utile per il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno. In particolare la BCE si è detta interessata alla disciplina uniforme delle garanzie.

Ogni Governo ha espresso osservazioni al proposito, variegata e dettagliate, ma sempre favorevoli all’iniziativa. Gli operatori economici hanno insistito sulla maggior coerenza dell’ *acquis communautaire*, ma si sono anche detti favorevoli ad una disciplina opzionale che raggruppi i principi generali in materia di contratto e nelle aree limitrofe. Le associazioni dei consumatori hanno posto l’accento sulle lacune e sulle contraddizioni delle direttive comunitarie concernenti i rapporti con i consumatori, e quindi hanno suggerito che il CFR contenga anche una definizione univoca di “consumatore”. Per parte loro, i professionisti hanno suggerito di redigere un vocabolario univoco di termini e di definizioni, sempre nel rispetto delle diverse tradizioni culturali, ma hanno anche paventato il rischio che la redazione di termini, clausole, regole uniformi possa ridurre il livello di protezione già accordato dall’ *acquis* ai consumatori e alle piccole e medie imprese.

Quanto agli accademici, le posizioni sono varie. La Commissione Lando-Beale ha indicato i tre successivi stadi in cui si dovrebbe articolare il processo di unificazione del diritto contrattuale: dapprima, il codice potrebbe essere uno strumento opzionale per le parti che concludano operazioni transnazionali (*opt-in*); poi potrebbe divenire vincolante, salvo la deroga

patrizia (*opt-out*); infine potrebbe essere esteso, in modo vincolante, a tutte le operazioni comunque concluse nell'ambito dell'Unione europea.

Ci si chiede come dovrebbe essere redatto il CFR. Certo, esso dovrebbe includere un quadro di definizioni, un quadro di regole e un commento esplicativo. Ma ci si interroga sulla capacità innovativa del testo: in altri termini, esso deve riflettere solo l'*acquis* esistente o andare al di là di esso? Il problema è stato discusso nelle riunioni dello Study Group coordinato da Ch.v.Bar, rivolto alla redazione di un vero e proprio "codice civile europeo", ed è stato risolto nel senso di proporre regole che non riflettano soltanto la situazione esistente – quasi fossero il precipitato degli orientamenti espressi dalle singole esperienze, un "minimo comun denominatore" comune a tutti gli ordinamenti, ma innovino, là dove necessario, i principi comunemente accolti, risolvano le antinomie tuttora esistenti, e rendano più fruibile per tutti i consociati le regole che disciplinano i rapporti tra i privati. In altri termini, un codice non è solo la fotografia della situazione esistente ma deve essere concepito in modo prospettico, perché destinato a governare i rapporti che si instaureranno nel futuro: un futuro in cui i ritmi del mercato sono così sostenuti da richiedere una forte componente immaginifica.

Un po' più complessa è l'altra traiettoria che si è pensata per agevolare l'avvicinamento delle regole del contratto: proporre, *a latere* delle iniziative che si concentrano sulla redazione di modelli normativi, la redazione di clausole contrattuali uniformi per determinati tipi contrattuali.

La introduzione di clausole standard uniformi porterebbe il vantaggio di uniformare i rapporti contrattuali sicché le parti, salve le modifiche che vorranno introdurre nei testi da approvare, non sarebbero esposte alla varietà delle tipologie, potrebbero di primo acchito comprendere i contenuti del contratto e le sue condizioni economiche, e potrebbero quindi scegliere con maggior facilità la controparte, senza dover temere che il contratto contenga aspetti oscuri, clausole di natura controversa, "trappole" sfuggite alla loro attenzione nel corso della negoziazione.

Mentre i Governi si sono espressi favorevolmente anche a questo riguardo, assumendo in ogni caso le cautele dettate dall'esigenza di non limitare eccessivamente la libertà contrattuale delle parti, più dubbiose sono state le risposte dei professionisti. In primo luogo, si è fatto riferimento alle clausole uniformi già esistenti nel commercio internazionale. In secondo luogo, si è precisato come sia necessario tenere distinte le regole che concernono i contratti dei professionisti da quelle che concernono i contratti dei consumatori. Si sono inoltre espresse perplessità in ordine alla modificazione di clausole già in uso (ad es. nei mercati finanziari), dal momento che la loro sostituzione potrebbe portare effetti negativi. Di tutt'altra natura le risposte delle associazioni dei consumatori, orientate a favorire l'impiego di clausole standard che rendano più chiari i rapporti contrattuali, elevino il livello di protezione dei diritti dei consumatori, siano conformi alla direttiva sulle clausole vessatorie e quindi siano "fair", preservino la libertà di negoziare e di accedere al giudice naturale.

Infine, con riguardo alla adozione di un codice europeo di diritto contrattuale, la gran parte dei Governi, delle altre istituzioni e degli interessati si è detta favorevole alla redazione di uno strumento soltanto opzionale, in base al principio di sussidiarietà.

Le iniziative della Commissione europea sono dunque accolte con entusiasmo "misurato". In particolare, il Governo inglese ha sottolineato che la compilazione di un CFR non dovrebbe tradursi in un semplice lavoro accademico, ma tendere a risolvere problemi concreti, e quindi nel redigere il testo il gruppo di lavoro incaricato dovrebbe tener conto delle esperienze nazionali; allo stesso modo, la redazione di clausole contrattuali standard dovrebbe essere effettuata con larga consultazione degli operatori interessati, mentre del tutto inopportuno è parso il progetto di redigere un "codice" di diritto contrattuale europeo; meglio, propone il Governo inglese, risolvere problemi concreti sulla base della case law. D'altro lato, anche un

codice meramente opzionale non farebbe che aggiungere nuove regole a quelle già messe a disposizione delle parti dagli organismi internazionali .

Tenuto conto del centinaio di risposte acquisite la Commissione ha predisposto una Comunicazione (dell'11 ottobre 2004, COM (2004) 651 def.) su "European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward". Si tratta dunque del primo passo – il secondo riguarda le clausole standard – per procedere nel piano di azione di cui si è detto. E' una attività che si pone in linea anche con il Piano di azione riguardante le strategie in materia di protezione dei consumatori per il periodo 2002-2006.

Per avviare la redazione di un CFR, cominciando dal miglioramento dell'acquis, la Commissione ha segnalato:

- la presenza nelle direttive di termini giuridici non definiti o definiti con espressioni troppo generiche;
- la individuazione di aree in cui le direttive non risolvono i problemi sollevati dalla prassi;
- la esistenza di notevoli differenze tra le discipline di attuazione delle direttive;
- la registrazione di incongruità nella legislazione comunitaria in materia di contratti.

La Comunicazione sottolinea l'opportunità di rendere più coerenti le direttive comunitarie in materia di protezione dei consumatori verificando se esse hanno davvero raggiunto il risultato di eliminare le barriere del mercato interno e semplificato la disciplina, ed inoltre se la loro attuazione ha potuto conseguire l'auspicata armonizzazione minima delle relative discipline. L'osservatorio dovrebbe riguardare non solo il testo letterale delle disposizioni, ma anche la case law, l'autodisciplina, i livelli di adeguamento alle nuove regole da parte dei loro destinatari, le aspettative dei consumatori, lo sviluppo dei mercati.

Ecco dunque un importante ruolo che potrebbe assolvere il CFR. A cui si aggiungono la eventualità di essere utilizzato dalle parti come legge applicabile al contratto, essere indicato nelle clausole arbitrali ad uso degli arbitri, essere utilizzato come modello dai legislatori nazionali.

Per le clausole standard le misure sono ancora agli albori. Al di là della circolazione di informazioni sul punto, la Commissione si pone opportunamente il problema della compatibilità di questa iniziativa con la disciplina della concorrenza, con le differenti soluzioni previste dai modelli dei sistemi nazionali, con il bilanciamento degli interessi economici coinvolti.

Rispetto alla posizione del Parlamento europeo, che ha sempre manifestato, nel corso dell'ultimo ventennio, un largo favore per la codificazione delle regole contrattuale a livello comunitario, nonostante il succedersi dei suoi membri e delle sue colorazioni politiche, la posizione della Commissione appare in linea con un orientamento più cauto. Insomma, riguardo alle diverse opzioni indicate nella Comunicazione del 2001, considerato che l'evidenza dell'*acquis* e delle applicazioni nei Paesi membri ha escluso che il sistema delle regole contrattuali dovesse essere conservato nella situazione in cui oggi si trova, e considerato che appariva fin troppo scontato il favore di tutti per un miglioramento della redazione dei testi legislativi, l'alternativa tra un graduale avvicinamento della normativa anche attraverso la redazione di principi e la adozione di un codice (pur modello) si è sciolta a favore della prima proposta. Il che tuttavia implica un consistente lavoro di riordino della disciplina, di controllo della sua attuazione, di semplificazione dei rapporti contrattuali attraverso modelli standard.

10. Il diritto privato europeo come strumento di evoluzione della cultura giuridica. Cenni bibliografici.

Questa imponente azione degli organi comunitari non ha avuto solo l'effetto di trasformare rapidamente il diritto comunitario, ma anche quello di trasformare il diritto interno

degli Stati Membri. Una letteratura imponente è stata prodotta, per commentare i progetti di direttiva, i testi approvati in via definitiva, le regole di attuazione introdotte negli ordinamenti nazionali, la giurisprudenza comunitaria e la giurisprudenza dei giudici nazionali.

Il giurista, nella prospettiva scientifica e accademica, nella sua veste di ricercatore, può trovare immense risorse nella letteratura recente. Innanzitutto, nei manuali e nelle opere collettanee in cui si rappresentano il metodo e i contenuti del diritto privato europeo. Metodo e contenuti che affondano le loro radici nel diritto comunitario, nel diritto privato internazionale, nel diritto comparato, (e, per quanto necessario, nel diritto costituzionale comparato) e che creano tuttavia un nuovo modo di pensare al diritto privato del terzo millennio.

Si tratta, anzitutto, di un problema di metodo, come aveva segnalato Luigi Moccia, nelle due opere collettanee pubblicate agli albori della costruzione del “diritto privato europeo” nella esperienza italiana (*Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari, 1997) e come propongono Hesselink (*The New European Culture*, Deventer, 2001) e i contributi raccolti da Poillot-Peruzzetto nel volume intitolato *Vers une culture juridique européenne?* (Parigi, 1998). Si tratta di percepire le spinte verso la convergenza dei modelli continentali e dei modelli insulari che appartengono all'Europa intesa in senso geografico, come insegna Markesinis (*The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law On the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994 ; *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000).

Il giurista deve essere consapevole del divenire della storia, sicché, invitato a considerare la formazione storica della cultura giuridica europea, non può indulgere ad anacronismi: in altri termini, deve leggere in modo accorto le ricostruzioni storiche degli studiosi del diritto medievale e moderno che fanno impiego del termine “Europa” o dell'aggettivo “europeo”, essendo assodato che il significato politico di questi termini risale, al più, all'Illuminismo (secondo la concezione di Federico Chabod), per le epoche anteriori avendo essi invece un significato geografico, e, se si vuole, religioso. Diverso è il discorso per la *lex mercatoria*, che tuttavia riguarda le prassi inerenti a specifici rapporti di natura commerciale. E ancora diverso è l'uso (spesso ideologico) del diritto romano, che si vorrebbe assumere a fondamento del diritto privato europeo contemporaneo, sulla base di una pietrificazione di termini e concetti del diritto bizantino trasposti *sic et simpliciter* nell'epoca attuale (Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”*, 51 *Hastings Law Journal*, 2000; Mazzacane, “*Il leone fuggito dal circo*”: *pandettistica e diritto comune europeo*, *Index*, 2001, n.29; Giaro, “*Comparemus!*”. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, *Riv.crit.dir.priv.*, 2001, n.4). E' l'insegnamento che si evince dalle opere di Grossi (*L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995), di Padoa-Schioppa (*Il diritto nella storia d'Europa*, Padova, 1995), di Hespanha (*Introduzione alla storia del diritto privato europeo*, Bologna, 1999.).

Per i manuali, nella letteratura italiana, riflette la prima accezione di diritto privato europeo a cui ho fatto cenno, l'opera ripartita in due volumi coordinata da Antonio Tizzano, che ha ad oggetto per l'appunto *Il diritto privato dell'Unione europea* (Dal Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, Torino, 2000); il manuale di Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea* (Padova, 2001); già si era posto in questo solco Rizzo, con i due volumi di contributi riguardanti il *Diritto privato comunitario (Fonti, principi, obbligazioni e contratti; Lavoro impresa e società*, Napoli, 1997); riflette la seconda accezione di diritto privato europeo l'opera, anch'essa ripartita in due volumi, coordinata da Nicola Lipari (*Diritto privato europeo*, I e II, Padova, 1997).

Una analisi del diritto privato europeo in prospettiva storica, nei suoi contenuti tipici (diritto contrattuale e diritto dei consumatori; contratto in generale e contratti speciali; responsabilità civile; altre fonti delle obbligazioni; famiglia e successioni; ambiente; proprietà, trust e diritto societario), è la via d'ingresso all'idea di un “codice civile europeo”, di Hartkamp,

Hesselink, Hondius, Joustra, du Perron (*Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1998); nello stesso solco si muovono gli autori che hanno collaborato all'opera su *Le droit privé européen*, diretta da de Vareilles-Sommières e gli autori che hanno offerto il loro contributo a Van Hoecke e Ost (*The Harmonisation of European Private Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000).

In una prospettiva più semplificata e didascalica si colloca l'opera di Vranken (*Fundamentals of European Civil Law*, Londra, 1997).

Il delinarsi di un diritto privato europeo è oggetto delle analisi dei comparatisti che si occupano dei "sistemi misti", nei quali vigono ordinamenti sub-nazionali, ovvero convivono culture giuridiche di tradizione storica diversa. In questa prospettiva, il diritto privato europeo è inteso come un organismo in cui possono (o secondo alcuni debbono) convivere sistemi diversi che mantengano tuttavia la loro specificità (AA.VV., *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law* a cura di Smits, Tilburg, 2001 e dello stesso Smits, *The Making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Anterp-Oxford-New York, 2002).

E' nel campo del contratto, in generale, e della responsabilità civile che si sono misurate le forze degli studiosi di diritto privato e di diritto comparato per individuare il *common core* dei sistemi dell' Europa (anche non comunitaria) e per individuare modelli di decisione trasponibili anche al di fuori dei confini nazionali, o assimilabili: i contributi più significativi costituiscono il prodotto della Scuola di Trento, con gli apporti degli studiosi europei che collaborano al progetto (Ad es., *Good Faith in European contract Law* a cura di Zimmermann e Whittaker, Cambridge, 2000; *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, a cura di Gordley, Cambridge, 2001), le iniziative di Grundmann con l'associazione *Secola*, di Andenas al British Institute of International and Comparative Law, o l'opera di singoli studiosi come ad es. v. Bar (*The Common European Law of Torts, vol. I, II*, Oxford, 2000), Markesinis (*The German Law of Torts*, Oxford and Portland, Oregon, 2002), Koetz (*Europaeisches Vertragsrecht*, Tubingen, 1996), Ranieri (*Europaeisches Obligationenrecht*, Vienna, 1999).

Senza considerare poi i numerosi studi che si sono raccolti sul progetto di codice europeo proposto dalla commissione guidata da Ole Lando ed ora da Christian v. Bar (ad es., v. *Principi di diritto europeo dei contratti, parti I e II*, a cura di Castronovo, Milano, 2001; *Studia iuridica. Um còdigo civil para Europa; Los principios del derecho europeo de contratos*, a cura di (L.) Dies-Picazo, Roca Trias, Morales, Madrid, 2002).

I centri di studio sono ormai disseminati in tutta Europa: per l'Italia, si occupano di diritto privato europeo pressoché tutte le Università; e tra i centri più famosi in Europa, basti pensare a Londra, Osnabrueck, Treviri, Halle, Utrecht, Tilburg, Amsterdam, Parigi, Barcellona, Madrid, Coimbra, Oporto, e anche ai centri dei Paesi che entreranno a far parte dell'Unione nei prossimi anni.

Anche le riviste sono offrono una palestra utile per indagare il diritto privato europeo: per tutte vorrei segnalare la *European Review of Private Law* diretta da Hondius e (M.L.) Storme per i tipi di Kluwer Law International (per la nostra esperienza, *Contratto e impresa/Europa ed Europa e diritto privato*).

11. Il diritto privato europeo come strumento di formazione dell'esperienza professionale.

Il diritto privato europeo non è solo un laboratorio di speculazioni teoriche, ma ha un risvolto pratico notevolissimo.

Mentre sussiste ancora un solco tra il c.d. notariato latino e le professioni che potremmo definire notarili dell'Europa continentale settentrionale e dell'Europa insulare, per gli avvocati e

i giudici la creazione del diritto privato europeo è un formidabile strumento di formazione e di applicazione professionale.

Per quanto riguarda gli avvocati e i magistrati, il diritto privato europeo, inteso nei suoi aspetti sostanziali e processuali, è già fin d'ora strumento di lavoro quotidiano. Ciò non solo per i rapporti transnazionali, ma anche per i rapporti regolati dal diritto nazionale, che afferiscono ai settori sopra indicati.

Queste note possono – allo stato - riportare solo qualche indicazione bibliografica sugli argomenti in discussione.

L'attenzione degli Ordini professionali, distrettuali e nazionali, delle associazioni di categoria, delle istituzioni che si occupano della formazione degli avvocati si è accentrata su questo fenomeno: per fare l'esempio più vicino a noi, il diritto privato europeo è materia di insegnamento nelle scuole universitarie e nelle scuole professionali, nei seminari dedicati all'aggiornamento professionale, nei seminari e nelle conferenze organizzati per gli utenti del diritto (Per tutti v. (S.M.) Carbone, *Il nuovo spazio giudiziario europeo dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, Torino, 2002; Bernitz e Hallstroem, *Principles of Justice and the European Union*, Stockholm, 1995).

Ma anche la magistratura riserva attenzione per il tema: basti citare i seminari organizzati dal CSM, per quanto riguarda la nostra esperienza, e i seminari organizzati dalla Corte di Cassazione francese a cura del Group de travail sur l'avenir de l'Europe curato dal presidente Canivet; le ricerche che registrano il ricorso per la soluzione dei "casi difficili" alla giurisprudenza straniera (per l'esperienza italiana v. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; per l'esperienza inglese v. Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology. A subject and a Thesis*, Oxford and Portland, Oregon, 2001; *Always on the Same Path*, Oxford and Portland, Oregon, 2001); e le iniziative a cui si dedicano alcuni centri per lo studio della comparazione dei modelli di sentenza (v. van Gerven, *Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the project*, in *Eur.Rev.Priv.Law*, 1996, p. 67 ss.); gli studi sul metodo di amministrazione della giustizia e sulla valutazione del giudice (*Juges et jugements:l'Europe au plurielle*; a cura di Vogel, Parigi, 1998; *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di Carbasse e Depambour-Tarride, Parigi, 1999).

Ed investe direttamente l'uso del diritto sostanziale la progettazione di codici europei: a questo aspetto della problematica sono indirizzati gli sforzi del Consiglio nazionale forense e della Cassa di previdenza forense (Oltre alle raccolte degli atti seminariali su *Il codice civile europeo*, a cura di Alpa, Buccico e Danovi, Milano, 2001 e *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, a cura di Alpa e Buccico, Milano, 2002, v. ora *Diritto dell'economia*, a cura di De Tilla, Alpa e Patti, Milano-Roma, 2002).

Il tema della "codificazione" è al centro del dibattito sulla edificazione del diritto privato europeo, anche se ne coglie solo un aspetto, forse il più affascinante ma anche il più complesso e contrastato: tra le posizioni più recenti dell'anno in corso, in una letteratura che si avvia ad essere vastissima (v. ad es. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione per il millennio*, a cura di Cappellini e Sordi, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, a cura di Grossi, Milano, 2002, n. 61; Cornu, in D., 2002, chron., 351; Malaurie, in JCP, 2002, I, 110; Charbit, *ivi*, I, 100; Lequette, in D. 2002, 2202; Fauvarque-Cosson, in *Rev.trim.dr.civ.*, 2002, 463; Bush, Hondius, van Kooten, Schelhaas, Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Lonon-Boston-New York, 2002. Per quanto riguarda la codificazione del diritto dei consumatori v. i materiali raccolti da Osman, *Vers un code européen de la codification. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne. Towards a European Consumer Code. Codification, unification, and harmonization of*

European Union Member-States Law, per i tipi di Bruylant, Bruxelles, 1998; Alpa, *Il diritto dei consumatori*, V ed., Roma-Bari, 2002).

Ma come dicevo le soluzioni – peraltro discusse nei precedenti seminari organizzati dal Consiglio Nazionale Forense - possono procedere per gradi: individuare i punti di connessione e di convergenza, come propongono gli esponenti della Scuola di Trento; redigere un quadro di principi entro i quali collocare le regole speciali; pervenire alla redazione di un codice modello; pensare ad un codice unitario applicabile in tutti i Paesi Membri, una sorta di “lingua franca” composta dalle regole giuridiche suscettibile di essere compresa, parlata, manipolata nei quindici (e poi nei venticinque) Stati dell’Unione.

Uno *ius commune* che sia costruito “intorno a valori condivisi e metodi giuridici generalmente riconosciuti, come pure attorno a principi comuni e massime guida, ...formato da giudici, legislatori e docenti che agiscono in cooperazione gli uni con gli altri” (Zimmermann, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, *Riv.dir.civ.*, 2001, 707-708).

Ma non si tratta, come preconizza chi ha formulato questo assunto, di un auspicio, né di un ritorno al passato all’insegna di una continuità, del tutto fallace, tra diritto romano e diritto contemporaneo: si tratta di un diritto già vigente, a cui, per il momento (ma ancora per poco, si spera) manca il consolidamento dei frammenti che ne compongono la base e l’estro modellatore del giurista proiettato nel futuro.

A differenza di quanto è avvenuto nei centri di ricerca e nelle facoltà universitarie, in cui la discussione sul diritto privato europeo è oggetto di studio ormai da più di un decennio, gli ambienti forensi si sono avvicinati a questo tema più recentemente. Per fare l’esempio dell’esperienza italiana, dal 1999 il Consiglio Nazionale Forense organizza seminari di studio con la collaborazione di avvocati e docenti universitari, italiani e stranieri, che, di volta in volta, trattano i profili generali e particolari di questa problematica: il progetto di un codice civile europeo (*Il codice civile europeo*, a cura di G. Alpa, E.N. Buccico, R. Danovi, Milano, 2001, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, a cura di G. Alpa, E.N. Buccico, R. Danovi Milano, 2002, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L’integrazione europea e i processi civili*, a cura di G. Alpa, R. Danovi, Milano 2003 e *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti* a cura di G. Alpa, R. Danovi, Milano, 2004).