

LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

(nota per il Gruppo di lavoro “Diritto privato europeo” – versione del 23 giugno 2005)

di Giovanna De Minico

Vorrei semplicemente sottoporre all’attenzione del gruppo la questione del ricorso agli strumenti di *soft law* comunitari (es.: raccomandazioni, comunicazioni della Commissione ed altro) suggeriti a più riprese dalla Commissione [cfr. COM (2003) 68 def., e, da ultimo, COM (2004) 651def.] per introdurre un diritto contrattuale comune.

Il primo problema che esso pone riguarda la difficile collocazione della *s.l.* in un contesto di gerarchia delle fonti comunitarie, questione che già la Convenzione aveva tentato di affrontare senza peraltro risolvere, pervenendo - in sede di redazione finale del “Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa” - a formulazioni (artt. I-33 e I-38) incapaci di chiarire il rapporto intercorrente tra atti non *binding* e atti *binding*, e cioè se i primi possano essere utilizzati in alternativa ai secondi, rimanendo la scelta affidata alla discrezionalità delle Autorità europee, o in via residuale, in caso di non spendibilità degli strumenti *binding*. È evidente che la scelta dell’una o dell’altra opzione rimanda a un certo modo di intendere i principi di sussidiarietà e di competenza.

Inoltre, connesso al profilo prima indicato, è la questione del dogma della non vincolatività del diritto *soft*, mito oggi sottoposto a dure critiche, se non dalla dottrina (per tutti si veda F. Snyder), almeno dalla prassi applicativa della Commissione, che da ultimo ha inaugurato una nuova categoria di diritto *soft*, leggero nella forma, trattandosi di comunicazioni o raccomandazioni, ma duro nell’efficacia quanto il diritto cogente, avuto riguardo alle conseguenze della sua inosservanza da parte degli Stati nazionali [cfr. gli atti implementativi al Pacchetto di Direttive (2002/21 e ss.) in materia di comunicazioni elettroniche, da ultimo l’*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*, adottato dal Gruppo dei Regolatori Europeo, reperibile nel sito Web dell’ERG].

Mi sembra allora meritevole di riflessione il punto del progressivo avvicinamento del diritto debole a quello duro, visto che non è questione di poco conto la diversità di procedure seguite per pervenire alla formulazione delle regole, certamente più garantiste per i cittadini quelle del diritto duro.

Né potrebbe liquidarsi sbrigativamente la questione della democraticità delle procedure in virtù della partecipazione di frazioni sociali alla formazione delle regole *soft*, perché in tal caso il diritto comunitario dovrebbe risolvere preliminarmente i vari problemi connessi alla partecipazione: quali quello dello *standing*, cioè del criterio di selezione dei soggetti esponenziali, del peso riservato al contributo dei privati, mera consulenza o codecisione, e della visibilità all’esterno di tutte le fasi del percorso regolativo. Ma il diritto

comunitario non è mai andato oltre le mere affermazioni di principio: cioè ha detto che la partecipazione è “cosa buona”, ma non ha detto che cosa si “debba intendere” per essa (vedi: tutto il materiale prodotto dal Gruppo dei regolatori in materia di protezione dei dati personali, c.d. Gruppo 29, sintetizzabile nel DG XVD/5020/98 o, da ultimo, il Progetto interistituzionale “Legiferare meglio” 2003/C 321/01). Né segnali più confortanti in proposito si possono desumere dalla Comunicazione (2004) 651 def., che sembrerebbe aprire a un diritto *soft*, che, se scelto dai contraenti come legge del contratto, addirittura prevarrebbe sulle disposizioni nazionali imperative in materia negoziale.

È chiaro, come detto in premessa, che non rassicura il cittadino-contraente il fatto che il diritto europeo contrattuale sia posto con strumenti *soft* piuttosto che con quelli *hard* nazionali, se poi anche i primi divengono cogenti quanto quelli in origine vincolanti, considerato che quelli *soft* non sono assistiti dalle garanzie di democraticità che, invece, ancora assistono il decisore politico nazionale.

Ultima questione riguarda l’uso della strumentazione civilistica di ideazione comunitaria per dettare regole di diritto oggettivo: precisamente, l’avvalimento del modulo consensuale per creare diritto oggettivo, e non più diritto a valenza *inter partes*.

Si tratta del complesso tema, molto familiare alla cultura anglosassone, della *soft law* intesa, non in termini di debolezza dell’efficacia dell’atto, ma di debolezza del processo di formazione delle regole, appunto consentite dalle contrapposte parti sociali, e non imposte dall’alto. Anche l’ordinamento comunitario sta prendendo in considerazione questi percorsi alternativi all’eteronomia classica per la produzione di regole astratte e generali (li chiama codici europei), che del contratto condividono la genesi, non anche il regime giuridico. Ma, non diversamente da quanto detto per la *soft law* primo modello, anche in questo caso il diritto comunitario ha sfiorato, senza risolvere, i nodi cruciali della rappresentatività delle autorità private di autoregolazione, del metodo regolativo, o della struttura necessariamente plurilaterale del negozio regolamentare, il che comporta la dubbia compatibilità costituzionale di fonti di tal genere.

Ritengo che le due questioni, delineate per linee generali in questa mia nota, possano essere oggetto di una riflessione più articolata all’interno del tema della costruzione del diritto privato europeo, alla quale vorrei personalmente dedicarmi, in quanto sviluppo di un tema già trattato a livello nazionale nel mio ultimo lavoro (*Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005).

(Giovanna De Minico)