

Scienza giuridica economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario

di Alessandro Somma

(in corso di pubblicazione in *Rivista critica del diritto privato* n. 2/2006)

SOMMARIO: 1. Desocializzazione e risocializzazione dell'economia: la politica al servizio del libero mercato. - 2. Forme e contenuti del diritto privato comunitario: l'economia sociale di mercato. - 3. L'elaborazione del quadro comune di riferimento: la scienza complice del "despota che comanda". - 4. Gli strumenti dell'economia sociale di mercato: la libertà contrattuale funzionalizzata. - 5. Segue: dall'armonizzazione al principio del paese di origine. - 6. Segue: dall'armonizzazione minima all'armonizzazione massima. - 7. A mo' di conclusione: diritto contrattuale comunitario e diritto internazionale privato.

1. Desocializzazione e risocializzazione dell'economia: la politica al servizio del libero mercato

La storia dello stato moderno è la storia di una istituzione politica chiamata a sviluppare un determinato modello di distribuzione della ricchezza: il libero mercato. E' dunque una storia fin da subito sviluppatasi attorno alla ricerca di un equilibrio tra l'economia e la politica. Non si sarebbe affermato il libero mercato se la rivoluzione francese non avesse indotto il sovrano ad assicurare la proprietà all'individuo e se l'individuo non avesse accettato, come contropartita, la concentrazione dell'impero nelle mani del sovrano¹.

Con l'espressione libero mercato si sono descritte vicende difficilmente riconducibili ad unità, accomunate però dal riferirsi alla situazione in cui i prezzi sono determinati dall'incontro di domanda e offerta in regime di concorrenza. Inteso nel senso indicato, il libero mercato trae fondamento da riflessioni radicate nel tempo: secondo

¹ Secondo la massima utilizzata dai codificatori francesi e presa a prestito da Seneca. Cfr. *Exposé des motifs de la loi relative à la propriété par le conseiller d'état Portalis*, in *Code civil des français*, Vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

alcuni addirittura nel pensiero economico cinese nei secoli precedenti l'epoca di Confucio. Peraltro, se si abbandona il piano della teoria e si valuta il piano delle concrete realizzazioni storiche, si evince che il libero mercato costituisce una realizzazione relativamente recente. Solo nel corso dell'ottocento - e comunque non oltre i primi decenni del novecento - il mercato risulta "scorporato dal rapporto sociale complessivo": nei "mercati tradizionali i prezzi preesistono allo scambio e non sono facilmente influenzati dal volume dell'offerta e della domanda"². Solo nel periodo in discorso al meccanismo concorrenziale si sarebbe assicurata una posizione dominante nei confronti degli altri sistema di allocazione della ricchezza: la transazione redistributiva e la donazione socialmente obbligatoria³.

Precisamente il libero mercato costituisce l'esito di un processo di desocializzazione dell'economia che si arresta nel momento in cui ci si avvede della necessità di un ordine del mercato e di ripensare così i termini del contributo della politica alla sua costruzione⁴. Del resto le libertà economiche - diversamente dalle libertà civili - nascono come libertà funzionalizzabili. Esse sono fin da subito intese in termini relativi e non assoluti: nel mercato contano le tendenze complessive e non i comportamenti individuali. Persino all'epoca in cui si discorre delle virtù della cosiddetta "mano invisibile", si esalta l'interesse personale in chiave utilitaristica e lo si promuove quindi nella misura in cui esso conduce ad un "vantaggio per la società": ovvero ad incrementare la "ricchezza delle nazioni"⁵.

In molte società occidentali la funzionalizzazione delle libertà economiche - ovvero la risocializzazione dell'economia - si realizza al di fuori del meccanismo democratico: il fascismo ha realizzato la riforma del liberalismo economico ma nel contempo l'affossamento del liberalismo politico⁶. Solo con la sconfitta del fascismo la riforma in discorso si combina con una sua riconduzione al circuito della decisione partecipata. E' questo il senso del coordinamento delle libertà economiche con il sistema di valori incarnati dal costituzionalismo del dopoguerra: il costituzionalismo entro cui si esalta la solidarietà come modo di essere delle relazioni tra lo stato e gli individui, esattamente come delle relazioni tra individui. Il tutto nella convinzione che la

² A. Caillé, *L'origine del mercato e i suoi rapporti con la democrazia* (1998), in A. Salsano (a cura di), *Karl Polanyi*, Milano, 2003, p. 210.

³ Specialmente K. Polanyi, *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica* (1968), Torino, 1980, p. 5 ss.

⁴ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, part. p. 297 ss.

⁵ A. Smith, *La ricchezza delle nazioni* (1776), Roma, 2005, p. 389 ss.

⁶ A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt M., 2005, part. p. 81 ss.

coesistenza dei due profili è essenziale in quanto, limitandosi al primo, si concepisce la redistribuzione delle risorse come vicenda affidata al solo meccanismo fiscale e non anche a misure volte a conformare le relazioni di mercato. Misure che, altrimenti detto, conducono ad una democratizzazione del mercato e non alla sola delimitazione dell'area in cui opera il meccanismo concorrenziale.

E' a tutti evidente la crisi in cui versa il sistema ora descritto. Del resto le democrazie tendono naturalmente a promuovere sistemi di solidarietà, che i fautori del libero mercato combattono opponendo "l'ordine razionale che la rappresentanza politica non può sovvertire"⁷. Altrimenti detto lo stato di diritto diviene naturalmente stato sociale e solidale ed il ridimensionamento del secondo non può che passare per un ridimensionamento del primo.

E' banale affermare che l'avventura comunitaria costituisce un catalizzatore del nuovo processo di desocializzazione dell'economia. Essa nasce e si sviluppa a presidio delle quattro libertà ritenute fondamentali: di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Si tratta ovviamente di libertà funzionalizzate: esaltate se contribuiscono a dare ordine al mercato e compresse invece nella misura in cui occorre far fronte ai fallimenti del mercato.

Si dirà che una simile analisi non rispecchia l'attuale evoluzione del diritto comunitario o che comunque non attribuisce il dovuto rilievo all'attuale processo di costruzione dell'Europa politica. Questo viene rilevato anche dai cultori del diritto del lavoro - il settore dell'ordinamento in cui sono più articolate le riflessioni sul tema della socializzazione dell'economia - che sottolineano come la materia non sia più caratterizzata da "frigidità sociale"⁸.

Gli autori di una simile analisi ammettono che il diritto comunitario continua a sviluppare tematiche di carattere mercantile, ma rilevano anche che esso si è avviato ad assumere connotazione sociale. Questo sarebbe avvenuto con il Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato Maastricht del 1992 e con il Trattato di Amsterdam del 1997 che, oltre ad includere il Protocollo nel Trattato CE (artt. 136-145), si occupa finalmente di politiche occupazionali (artt. 125-130). Lo stesso dicasi per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 che, a prescindere dal valore giuridico riconosciutele, costituisce un documento il cui elevato valore politico è sottolineato dall'inclusione entro il recente Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il tutto

⁷ R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza* (<http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Dirfrall.htm>).

⁸ Secondo la felice espressione di F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988, p. 33.

a dimostrazione delle "tensioni del diritto del lavoro verso l'affrancamento dalle logiche mercantilistiche"⁹.

In queste note intendo mettere in luce come i mutamenti descritti, pur rimarchevoli, non siano da ricondurre al proposito di intaccare l'attuale dimensione economica della costruzione comunitaria. Se essa viene mediata dalla dimensione sociale, ciò non si deve ad un mutamento di paradigma - ovvero al ridimensionamento delle originarie logiche mercantili - bensì ad una assolutizzazione di queste ultime: all'adozione da parte del circuito della politica dei modelli attualmente utilizzati nel circuito dell'economia.

Altrimenti detto, il diritto comunitario continua ad alimentare forme di allocazione della ricchezza essenzialmente incentrate sull'idea che i prezzi sono determinati dall'incontro di domanda ed offerta. Intendiamoci: ciò non implica un disinteresse per la dimensione sociale. Quest'ultima assume tuttavia rilievo solo indiretto come strumento e non come fine dell'azione comunitaria: come variabile dipendente di misure indifferenti o addirittura avverse al tema della risocializzazione dell'economia.

Nella prima fase del diritto del lavoro comunitario, quella conclusasi con l'emanazione del Trattato di Maastricht, l'esaltazione del metro mercantile risulta evidente. Paradigmatica è la vicenda del divieto di misure discriminatorie ai danni dei lavoratori fondate sulla nazionalità (artt. 39-42 Trattato CE) o sul sesso (art. 141 Trattato CE). Il divieto costituisce in massima parte una misura volta ad ordinare le relazioni di mercato sulla base di schemi utili a promuovere il proficuo incontro di domanda ed offerta di lavoro, ma non anche a conformarne il contenuto. Una misura nata dall'estensione di misure mercantili - in particolare quelle poste a presidio della logica della concorrenza - a vicende rilevanti per la dimensione sociale della costruzione comunitaria.

Peraltro anche nella seconda fase il diritto del lavoro comunitario sembra tradire la sua vocazione originaria. Vi sono sicuramente aperture verso la dimensione sociale. Ad esempio il tema della non discriminazione dei lavoratori è divenuto il veicolo di interventi concernenti numerosi aspetti del contenuto del rapporto: aspetti relativi non al solo profilo retributivo, in tal senso idonei a determinare forme di risocializzazione dei comportamenti di mercato¹⁰. Altri sviluppi della materia indicano invece l'intento di imboccare la direzione opposta. Esempio è il fiorire di interventi volti a rendere flessibile il mercato del lavoro, considerati indispensabili a "migliorare la capacità di

⁹ P. Tosi e F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro*, Vol. 2, Roma e Bari, 2005, pp. 30 e 87.

¹⁰ Cfr. spec. Direttiva 2002/73/CE.

adattarsi ai cambiamenti strutturali dell'economia"¹¹. Si tratta di interventi incidenti sul solo versante dell'offerta di lavoro ed inoltre attenti a profili di politica economica - come il mantenimento di un basso livello dell'inflazione - tipicamente esaltati da chi ammette la conformazione dei comportamenti di mercato solo se indispensabile a valorizzare il meccanismo concorrenziale.

2. **Forme e contenuti del diritto privato comunitario: l'economia sociale di mercato**

Che l'attuale evoluzione del diritto privato comunitario sia caratterizzata da scarsa attenzione per la dimensione sociale, o che lo sia in via mediata dall'attenzione per le tradizionali tematiche mercantili, lo ricaviamo dal documento cui i più attribuiscono il merito di aver nel merito realizzato una decisa inversione di tendenza: il Trattato che adotta una costituzione per l'Europa.

Questo documento non alimenta la solidarietà tra lo stato e gli individui, in quanto si limita a promuovere, nel solco della tradizione rivoluzionaria francese, la mera parità in senso formale (art. II-80). Certo la massima viene completata da un esplicito ed onnicomprensivo divieto di discriminazione (art. II-81), rafforzato dall'affermazione della parità tra uomini e donne (art. II-83). E tuttavia il divieto non si coordina con un dovere pubblico di rimuovere la causa della diversità - si pensi al patrimonio - indispensabile a realizzare la parità sostanziale. Il tutto mentre dalla combinazione dei diversi diritti sociali previsti - i quali devono oltretutto essere "osservati" e non anche "rispettati" (art. II-111) - trae conferma l'impressione che si sia voluta mortificare la tradizione del costituzionalismo del dopoguerra¹².

Un arretramento rispetto ad essa si ha anche nella solidarietà tra individui. Invero le libertà economiche - funzionalizzate solo nella misura in cui occorre evitare i fallimenti del mercato - non sono correlate a doveri capaci di impedire che il diritto sia uno strumento di riproduzione delle gerarchie sociali. In tal senso è paradigmatico il riconoscimento di un diritto di proprietà non accompagnato dalla previsione di doveri del proprietario ed integrato dalla precisazione che la sua eventuale compressione deve

¹¹ *Conclusioni della presidenza al Consiglio europeo straordinario sull'occupazione di Lussemburgo del 20/21 novembre 1997* (http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00300.17.htm).

¹² Cfr. A. Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 263 ss.

avvenire esclusivamente nel "pubblico interesse" (art. II-77): ovvero per motivazioni concernenti - secondo quanto si ricava dalla prassi applicativa comunitaria - il proposito di alimentare l'ordine del mercato¹³. Il proposito di regolare l'esercizio dei diritti economici al fine di coordinare le forze produttive e non per affermare la solidarietà tra individui.

E' poi esplicitamente menzionata la libertà di impresa, con un rinvio al diritto comunitario e nazionale per quanto attiene alla sua eventuale limitazione (art. II-76). Anche qui è tuttavia lecito concludere che ciò non determina una valorizzazione dei modelli di funzionalizzazione sociale cui prelude il costituzionalismo del dopoguerra. E' infatti la stessa prassi applicativa comunitaria a stravolgere il significato di quei modelli, piegandoli alla logica produttivista¹⁴.

E il quadro non muta in modo significativo analizzando le disposizioni raccolte sotto il titolo "solidarietà". Spicca tra esse la norma che si occupa del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione (art. II-87): norma da cui si ricava il primato del meccanismo informativo come strumento con cui far fronte alla debolezza sociale e con ciò l'intento di elaborarlo, sulla scia di quanto accade in tema di diritto dei consumatori, a misura del modello umano utilizzato dall'economia¹⁵.

La verità è che il progetto di costituzione europea disegna un sistema di valori fondamentali incentrato sui diritti civili e sui diritti di terza generazione: versione politicamente corretta del costituzionalismo dello stato liberale, sovente utilizzata per celare la scarsa considerazione per il costituzionalismo dello stato sociale. In tal senso si annovera tra gli "obbiettivi dell'Unione" la costruzione di una "economia sociale di mercato fortemente competitiva" e solo in un secondo tempo l'intento di promuovere "la giustizia e la protezione sociali" (art. I-3).

L'espressione "economia sociale di mercato" è stata coniata alla conclusione della seconda guerra mondiale per indicare il tipo di sistema economico elaborato in senso alla riflessione ordoliberal. Essa indica la situazione in cui i principi del libero mercato - in particolare la proprietà privata e la libertà di contrarre - sono affiancati da interventi statali volti a condizionare le libertà economiche solo nella misura in cui ciò conduca ad evitare i fallimenti del mercato. Alla redistribuzione della ricchezza tendono invece direttamente le sole misure di solidarietà tra lo stato e gli individui: misure che operano fuori dai confini del mercato attraverso interventi di carattere prevalentemente fiscale¹⁶.

¹³ Ad es. Sent. *Nold* del 14 maggio 1974 (Causa 4/73).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Citazioni in A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, p. 42 ss.

¹⁶ A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), München, 1990, p. 116 ss.

In tale prospettiva, la precisazione che l'economia sociale di mercato deve anche essere "fortemente competitiva" non fa che confermare il proposito di ricondurla ad un sistema di libertà funzionalizzate in forme inadatte a favorire i processi di risocializzazione dell'economia. Il tutto ottenuto mediante la promozione di modelli cooperativi di convivenza sociale, volti ad occultare il conflitto ed a presidiare il fine ultimo cui deve tendere l'attività privata.

Dal punto di vista dell'economia sociale di mercato la libertà contrattuale viene riconosciuta, ma non anche elevata a valore assoluto. Come auspicato dalla letteratura ordoliberal, essa viene tutelata solo se "promuove la concorrenza" e combattuta se "distrugge la concorrenza". Si dice infatti che solo nel passato una concezione formale della libertà contrattuale era opportuna, in quanto naturalmente capace di alimentare la concorrenza. E si aggiunge che ora il medesimo risultato può essere ottenuto solo se direttamente considerato dall'ordinamento¹⁷.

Queste affermazioni, risalenti a più di mezzo secolo fa, sono decisamente attuali. Esse riassumono la filosofia di fondo che in area comunitaria ha ispirato il formarsi di discipline dedicate alla tutela del consumatore in particolari tipi contrattuali o tecniche di commercializzazione. Si tratta di interventi settoriali, relativi oltretutto a settori selezionati sulla base del "volume delle transazioni"¹⁸, ma pur sempre riconducibili ad un coerente disegno di politica del diritto. In massima parte essi incidono sulla debolezza dei contraenti attraverso misure - quali il diritto di recesso o la trasparenza del contratto - volte a ripristinare la loro capacità di autodeterminazione: capacità tuttavia riconosciuta nei limiti in cui non si traduce in comportamenti idonei ad intaccare il meccanismo concorrenziale.

Solo alcune disposizioni muovono dalla diversa idea che la debolezza dei contraenti ha carattere strutturale e che essa non può pertanto riequilibrarsi intervenendo, in chiave neopandettista, sulla sola asimmetria informativa¹⁹. Che, altrimenti detto, la risocializzazione del mercato passa dall'imposizione di modelli comportamentali attraverso la riscrittura del vincolo e non dal ripristino della parità formale tra le parti dell'atto.

¹⁷ W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, Bd. 2 (1949), p. 52 ss.

¹⁸ S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 366 s. e 373.

¹⁹ Ad es. Direttiva 93/13/CE.

3. L'elaborazione del quadro comune di riferimento: la scienza complice del "despota che comanda"

Occorre a questo punto chiedersi quale sia il ruolo della scienza giuridica nella costruzione del diritto contrattuale comunitario, per verificare in particolare se, come il circuito della politica, ha assunto un ruolo subalterno nei confronti del circuito dell'economia. Nel merito è opportuno ricordare l'accusa che ai "giuristi" viene tradizionalmente mossa da chi li ritiene alleati storici del potere costituito: essere costantemente "a fianco del despota che comanda" con il compito di dare "sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti"²⁰.

Si potrebbe dire che simili accuse non tengono conto del contrasto, non certo sporadico, tra scienza giuridica e politica. Un contrasto che, come quello tra economia e politica, risale all'epoca in cui prende forma lo stato moderno e, con esso, un sistema di produzione dei testi normativi in cui il sovrano assume formalmente il ruolo un tempo assicurato ai dottori. Basterebbe ricordare la polemica contro la codificazione - ed in genere contro la cultura illuminista - che in area tedesca è stata il cavallo di battaglia del pensiero romantico. Ma si ometterebbe di considerare che Friedrich Carl von Savigny, il protagonista assoluto di tale polemica, era nel contempo impegnato a fornire i suoi servizi di tecnico al legislatore prussiano²¹: il legislatore di uno stato il cui sistema della fonti annoverava la codificazione più articolata e pedante dell'epoca.

Si potrebbe poi dire che "il despota che comanda" è ora il circuito dell'economia e che pertanto, se anche fosse attuale, sarebbe scarsamente indicativa l'immagine di una scienza giuridica complice del circuito della politica. E tuttavia anche nel corso dell'ottocento l'asservimento della scienza alla politica era in fin dei conti asservimento all'economia: è noto - e lo abbiamo ricordato in apertura - che è stata la seconda a creare le condizioni per la desocializzazione della prima.

Il tema non riveste interesse meramente teorico. Sono numerosi coloro i quali, rilevato che "i giuristi del diciannovesimo secolo erano costantemente consapevoli della fondamentale unità intellettuale creata dall'esistenza di una tradizione comune", affidano alla scienza giuridica il compito di "ricreare una simile consapevolezza" al fine di "sostenere l'opera di europeizzazione del diritto privato"²².

²⁰ A. de Tocqueville, *L'assetto politico della Francia prima e dopo il 1789* (1836), in Id., *Scritti politici*, Vol. 1, Torino, 1969, p. 218.

²¹ F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der Neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1958, p. 121.

²² R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001, p. XI s.

Certo non è possibile misurare l'apporto della scienza giuridica alla costruzione del diritto privato comunitario valutando l'incidenza della riflessione neopandettista: di essa non si hanno tracce alcuna. E' tuttavia possibile documentare come anche attualmente ci si trovi di fronte ad una scienza giuridica formalmente alternativa al circuito della politica e tuttavia complice di un potere politico a sua volta complice del circuito dell'economia.

Possiamo documentare la circostanza analizzando le vicende relative al proposito espresso dalle istituzioni comunitarie di abbandonare il tradizionale approccio selettivo alla formazione del diritto privato comunitario e di incentivare forme di armonizzazione del diritto civile²³.

E' noto che la Commissione ha prodotto un "piano d'azione" dedicato all'incremento della "coerenza nel diritto contrattuale europeo", in cui si discorre del ricorso a due diversi strumenti a tal fine utilizzabili: un "quadro comune di riferimento" ed uno "strumento opzionale". Il primo riassumerebbe le "soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni" in un "documento, pubblicamente accessibile, che dovrebbe aiutare le istituzioni comunitarie ad assicurare una maggiore coerenza dell'acquis attuale e futuro in materia". Il secondo, definito come "un corpus moderno di regole" cui le parti possano fare riferimento "quale diritto applicabile", dovrebbe formarsi a partire dai dati raccolti elaborando il quadro comune di riferimento ed essere adottato "in forma di regolamento o raccomandazione"²⁴.

E' altrettanto noto che i propositi in discorso sono stati valutati anche dal Parlamento europeo e dalla Consiglio europeo. Il primo ha fra l'altro auspicato che, una volta elaborato il quadro comune di riferimento, si proceda alla definizione di un "corpus regolamentare" destinato a divenire "vincolante" dopo una fase iniziale in cui "le parti contraenti potrebbero utilizzarlo in forma volontaria"²⁵. Il secondo, nell'ambito del cosiddetto programma dell'Aia adottato nel novembre 2004, ha affermato che "in materia contrattuale la qualità della vigente e futura normativa dell'UE dovrebbe essere migliorata con misure di consolidamento, codificazione e razionalizzazione degli

²³ Il primato spetta al Parlamento europeo: v. le Risoluzioni A2-157/89 e A3-0329/94. Tra gli interventi del Consiglio europeo si vedano le *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15/16.10.1999* (http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00200-r1.i9.htm). Della Commissione cfr. invece COM/2001/398 def. (*Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo: Sul diritto contrattuale europeo*).

²⁴ COM/2003/68 def. (*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un piano d'azione*).

²⁵ P5_TA/2003/0355 (*Risoluzione del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: Un piano d'azione*). V. anche P6_TA-PROV/2005/0053 (*Risoluzione del Parlamento europeo sul programma legislativo e di lavoro della Commissione per il 2005*).

Eliminato: .

Eliminato: de

Eliminato: def

strumenti giuridici in vigore e con la definizione di un quadro comune di riferimento"²⁶. Dal canto suo la Commissione ha ribadito, nel suo "piano d'azione" per il quinquennio tra il 2005 e il 2009, che occorre "migliorare le disposizioni sostanziali in materia di diritto europeo dei contratti" e che a tal fine occorre adottare il quadro comune di riferimento nel 2009 "al più tardi"²⁷.

Per elaborare il quadro comune di riferimento è stata costituita, nell'ambito del sesto programma quadro di azioni comunitarie di ricerca, una rete di studiosi "sul diritto privato europeo". La rete ha il compito di "costruire una proposta per il quadro comune di riferimento così come descritto nel piano di azione" e di fare ciò assicurando "un coinvolgimento dei pratici, in modo tale che il risultato soddisfi le loro necessità"²⁸.

Si è stabilito di far dialogare la rete di studiosi con una ulteriore "rete di portatori di interessi esperti in materia di quadro comune di riferimento nel settore del diritto contrattuale europeo" - il cosiddetto CFR-net - rappresentativa della "varietà delle tradizioni giuridiche" e soprattutto dei "differenti interessi economici"²⁹. Una terza "rete di esperti degli stati membri", composta da personalità nominate dai governi nazionali, ha poi il compito di coinvolgere direttamente i paesi membri nell'elaborazione del quadro comune di riferimento³⁰. Infine sono previsti "forum europei di discussione", volti "a far incontrare periodicamente tutti coloro che contribuiscono a livello politico e tecnico all'elaborazione del quadro comune di riferimento"³¹.

In tal modo, nella definizione del quadro comune di riferimento, sono formalmente coinvolti i tre circuiti cui ci stiamo dedicando: della scienza giuridica, della politica e dell'economia. Se tuttavia si valutano le procedure di formazione del quadro, la subalternità dei primi due nei confronti del terzo emerge in modo netto.

Tra le categorie coinvolte, quella dei ricercatori ha indubbiamente un ruolo tecnico di primo piano, ma altrettanto indubbiamente un peso infimo: tanto che le

²⁶ *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 4/5.11.2004* (http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/82551.pdf).

²⁷ COM/2005/184 def. (*Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*).

²⁸ Cfr. European Commission, *Priority 7 - Citizens and governance in a knowledge-based society. Synopses of projects funded as a result of the First Call* (ftp://ftp.cordis.lu/pub/citizens/docs/kickoff_p7_p8_2004.pdf).

²⁹ L'invito a manifestare interesse per lo sviluppo della rete è pubblicato in *G.U.C.E.* - S 148 del 31 luglio 2004. In http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/terms_of_reference_en.pdf si trova l'elenco dei membri della rete.

³⁰ L'elenco dei membri si legge in http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/experts_membstates_en.pdf.

³¹ COM/2005/456 def. (*Relazione della Commissione - Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*).

"decisioni di natura politica" eventualmente assunte "devono essere chiaramente formulate e spiegate". Il tutto mentre si mostra di ritenere "politiche" le decisioni non in linea con l'indicazione secondo cui "il principio della libertà contrattuale è fondamentale"³².

Lo stesso vale per la rete degli esperti nazionali - quindi per la politica nazionale - che sembra destinata a svolgere un ruolo passivo: costituire la mera cinghia di trasmissione delle istanze centrali verso la periferia. Il tutto mentre la politica comunitaria si attribuisce volontariamente la funzione di semplice "moderatrice"³³.

I rappresentanti dei portatori di interessi sono invece i protagonisti assoluti: formulano per iscritto le loro osservazioni sulle memorie elaborate dai ricercatori e le comunicano alla Commissione, che le trasmette nuovamente ai ricercatori, affinché modifichino "di conseguenza le loro memorie, oppure "spieghino le ragioni del loro disaccordo"³⁴. Una situazione assai distante da quella avuta in mente da chi ha preannunciato i fasti di una scienza giuridica europea - costretta oltretutto a lavorare in modo clandestino³⁵ - o di chi ancora discorre di un peso del livello politico nazionale.

La verità è che ci si sta muovendo in una direzione diametralmente opposta rispetto a quella auspicata dai fautori di una risocializzazione dell'economia. In una fase caratterizzata dalla contrattualizzazione di vicende un tempo sottratte al mercato, in particolare le vicende tradizionalmente affrontate con le istituzioni dello stato sociale interessate ora dalla privatizzazione, il livello comunitario si limita a ratificare i modelli disciplinari concordati dagli operatori economici rappresentati nel CFR-net: consumatori e professionisti.

E il problema non è solo la riduzione dei problemi affrontati dalla materia contrattuale a problemi inerenti il funzionamento del mercato e riguardanti le sole categorie menzionate. Il problema è anche il diverso peso dei rappresentanti dei consumatori e del circuito dell'economia. Peso numerico innanzitutto: su centosettantaquattro membri, ottanta provengono dal mondo economico e solo tredici dalle associazioni di consumatori³⁶. Ma anche peso politico: non sono infatti in alcun

³² *Ibidem*.

³³ *Workshop of Member State Experts on European Contract Law* del 31 maggio 2005 - *Summary* (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/experts_membstates3105_en.pdf).

³⁴ COM/2005/456 def. (*cit.*).

³⁵ Si precisa ad esempio che i risultati delle ricerche della rete di esperti "sono pubblicati su un sito ad accesso ristretto": cfr. il *Workshop of Member State Experts on European Contract Law* del 31 maggio 2005 (*cit.*).

³⁶ I restanti 81 membri del CFR-net provengono dal mondo delle professioni: un mondo di norma più ostile ai consumatori che non al circuito dell'economia. I dati si ricavano da COM/2005/456 def. (*cit.*).

modo riproducibili gli equilibri del dialogo sociale in cui - ad esempio ai sensi dell'art. 139 Trattato CE - sono coinvolti i rappresentanti del mondo del lavoro. Pertanto, come specificato dai rappresentanti dei consumatori nel corso del primo forum europeo di discussione sul quadro comune di riferimento, "qualsiasi risultato" in sede di armonizzazione del diritto contrattuale "non rispecchierà in nessun modo un vasto consenso"³⁷.

Paradigmatici della situazione descritta sono i termini della partecipazione del paese che più ha investito nel processo di costruzione del diritto privato comunitario - la Germania - e che in particolare ha realizzato una recente incisiva riforma del diritto delle obbligazioni, finalizzata anche a costituire un modello per il costituendo diritto europeo dei contratti³⁸. Tedesco è l'ispiratore e l'animatore del processo, Dirk Staudenmayer. Tedesco è anche il coordinatore della rete di studiosi, Hans Schulte-Nölke. Ma è sulla composizione del CFR-net, esplicitamente considerato da Staudenmayer il perno attorno a cui ruotano le iniziative comunitarie³⁹, che palesemente si sono concentrate le pressioni della Germania: essa ha infatti la delegazione più numerosa, comprendente circa quaranta membri provenienti dal mondo delle imprese e delle professioni⁴⁰.

4. Gli strumenti dell'economia sociale di mercato: la libertà contrattuale funzionalizzata

Tutto ciò ha alimentato numerosi dibattiti, volti tra l'altro a denunciare come i propositi comunitari coinvolgano aspetti di centrale rilevanza per il contesto comunitario e come, ciò nonostante, essi siano coltivati in forme tali da ostacolare la risocializzazione del sistema economico. Le istituzioni comunitarie non avrebbero infatti esplicitato il modello politico normativo cui informare l'armonizzazione di una materia - il

³⁷ Conference on European Contract Law hosted by the UK Council Presidency and the European Commission del 26 September 2005 (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference26092005_en.htm).

³⁸ Al tema sono dedicati i contributi raccolti in G. Cian (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004.

³⁹ Ad es. D. Staudenmayer, *Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht*, in *EuZW*, 2005, p. 105.

⁴⁰ Cfr. l'elenco pubblicato in http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/terms_of_reference_en.pdf.

diritto contrattuale - necessariamente espressiva di opzioni circa il modo di essere del sistema di distribuzione della ricchezza⁴¹.

A ben vedere alcune indicazioni si possono ricavare da alcuni documenti confezionati nell'ambito delle iniziative volte alla definizione del quadro comune di riferimento: in particolare dalla relazione annuale sul complessivo stato dei lavori, che la Commissione si è impegnata a fornire al Consiglio ed al Parlamento europeo. Si tratta di indicazioni da cui ricavare una conferma della direzione finora impressa all'evoluzione del diritto privato comunitario.

Consideriamo innanzitutto l'orientamento della Commissione. Nel seguito del piano d'azione si legge che per la definizione del quadro comune di riferimento occorre ispirarsi al principio della "libertà contrattuale". Libertà tuttavia non assoluta, ma funzionalizzata al proposito di determinare un "armonico funzionamento del mercato" ed in particolare di promuovere "la fiducia dei consumatori e delle imprese nel mercato interno attraverso un elevato livello comune di protezione dei consumatori, l'eliminazione degli ostacoli al funzionamento del mercato interno e la semplificazione normativa"⁴².

Nello stesso senso si esprime la relazione tenuta dal titolare della Direzione generale salute e tutela dei consumatori - la DG SANCO - al primo seminario della rete di esperti degli stati membri ed alla seduta inaugurale dei lavori del CFR-net. Nella relazione si attribuiscono al quadro comune di riferimento meriti di ordine sia tecnico sia politico: da un lato "permetterà alla Commissione di ottenere una migliore regolamentazione" e dall'altro "di stimolare la competitività e di migliorare il funzionamento del mercato interno". Ciò al fine di "assicurare al mondo economico una più competitiva fornitura di beni e servizi" e di "supportare la fiducia dei consumatori, garantendo loro un mercato basato su regole chiare ed adeguate"⁴³. In tale prospettiva - si ribadisce nel corso del secondo seminario delle reti di esperti degli stati membri - occorre muovere dal fondamentale principio della libertà contrattuale ed evidenziare il carattere eccezionale delle deroghe previste⁴⁴.

Che il quadro comune di riferimento sia uno strumento di ordine del mercato, lo si ricava poi dalle riflessioni sull'ampiezza dell'armonizzazione auspicata. Esempari

⁴¹ V. specialmente i rilievi del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.

⁴² COM/2004/651 def. (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*).

⁴³ *Workshop of Member State Experts on Common Frame of Reference* del 3 Dicembre 2004 - Summary (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/wshop122004_en.htm).

⁴⁴ *Workshop of Member State Experts* del 31 May 2005 (cit.).

Eliminato: .

Eliminato: de

Eliminato: def

sono le tradizionali affermazioni delle autorità britanniche ribadite - con toni forse rozzi ma riassuntivi di convinzioni radicate - nel corso del primo forum europeo di discussione sul quadro comune di riferimento. In quella sede si è in buona sostanza celebrata la superiorità del diritto contrattuale inglese che, in quanto limita l'armonizzazione a specifici settori della materia contrattuale, seguendo "principi ben fondati" come "l'assenza di qualsiasi dovere generale di buona fede", ha saputo divenire una "merce mondiale". Ed "indebolire l'attrattiva del common law inglese come diritto più popolare per condurre commerci nel mondo", renderebbe l'Unione "più povera"⁴⁵.

Più sfumata, ma assimilabile nei contenuti, la posizione espressa dalla Commissione. Vi si legge che in nessun modo si "intende proporre un codice civile europeo" e che, pur non dovendo trascurare la definizione dei "principi e concetti fondamentali", nell'elaborazione del quadro comune di riferimento occorre dedicare "particolare attenzione" a specifici "modelli di regole". Questi ultimi devono concernere soprattutto i contratti di assicurazione e dei consumatori, i contratti di compravendita e di servizi, le clausole di riserva delle proprietà e le clausole relative al trasferimento della proprietà dei beni⁴⁶.

E' così lecito ipotizzare che l'armonizzazione del diritto contrattuale sarà limitata a settori specifici, rispetto ai quali l'eventuale elaborazione di principi e concetti fondamentali rappresenterà un mero orpello: buono forse a testimoniare la collaborazione della comunità scientifica all'elaborazione del quadro comune di riferimento, ma non anche il carattere non meramente tecnico del suo apporto.

L'incidenza dei prodotti dell'armonizzazione sarà inoltre limitata. Le norme di carattere imperativo saranno infatti eccezionali, come eccezionali sono i casi in cui la diversità dei diritti nazionali si ritiene di ostacolo al meccanismo concorrenziale, e la loro applicazione dipenderà così dalla scelta imposta dal contraente forte. Potranno infatti non essere dispositive le sole norme volte a far fronte ai casi di concorrenza imperfetta o alle ipotesi in cui si verificano asimmetrie informative o esternalità o ancora - si è tentati di dire pensando alle misure lavoristiche - alle situazioni in cui si rende necessario mantenere un certo livello di pacificazione sociale, sufficiente e necessario a prevenire i conflitti capaci di pregiudicare l'ordinato funzionamento del mercato⁴⁷.

Passa così in secondo piano la riflessione circa l'opportunità di rendere obbligatorio il quadro comune di riferimento ed eventualmente, ove si reputi opportuno

⁴⁵ Lord Falconer of Thoroton, *Opening Speech for European contract law conference* (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference26092005_en.htm).

⁴⁶ COM/2004/651 def. (cit)

⁴⁷ S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, cit., p. 366 s. e 373.

Eliminato: def

realizzarlo, l'ulteriore strumento opzionale. Invero, anche ove fossero elevati al rango di diritto positivo, sarebbero pur sempre derogabili dalle parti e neppure potrebbero essere utilizzati - come accade invece nell'esperienza tedesca - come modello da cui ricavare indizi di uno squilibrio tra le parti di un contratto di consumo⁴⁸.

5. Segue: dall'armonizzazione al principio del paese di origine

Costituisce parte della strategia descritta il crescente ricorso a due principi volti ad assicurare la sua incontrastata diffusione: l'armonizzazione massima e il controllo del paese di origine o mutuo riconoscimento⁴⁹. Il primo mira a promuovere l'uniformità delle normative nazionali ed il secondo ad assicurare che, ove non si riescano ad evitare differenze, l'attività economica sia esercitata alle condizioni decise dagli operatori del mercato e non a quelle previste dai legislatori statali. Ciò ad ulteriore e definitiva conferma del ruolo subalterno della politica nei confronti dell'economia: i principi menzionati mirano ad annullare gli ostacoli normativi - in particolare gli ostacoli di carattere imperativo - di intralcio al meccanismo concorrenziale⁵⁰.

A livello comunitario si discute da tempo del principio del paese di origine come di una valida ed auspicabile alternativa all'armonizzazione⁵¹. Se ne è fatto uso per realizzare le libertà economiche su cui si incentra il Trattato CE e per circoscrivere nel loro campo di azione l'operatività delle norme nazionali capaci di ostacolare la costruzione del mercato unico. Sovente ciò è avvenuto su impulso della prassi applicativa comunitaria ed in particolare delle pronunce sulla libertà di circolazione dei beni (art. 29) e dei servizi (art. 49) e di stabilimento dei soggetti impegnati in tali attività (art. 43)⁵².

Anche in sede di produzione normativa il principio del paese di origine si è affermato. Solo in alcuni limitati settori - ad esempio quello assicurativo - si può parlare

⁴⁸ Al proposito A. Somma, *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in A. D'Angelo, P.G. Monateri e A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 101 s.

⁴⁹ Alcuni operano una distinzione tra il controllo del paese di origine e il mutuo riconoscimento: sul punto L. Albath e M. Giesler, *Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie - eine Kodifizierung der Rechtsprechung?*, in *EuZW*, 2006, p. 38. Secondo altri - ed ai nostri fini - i due termini possono tuttavia essere considerati sinonimi.

⁵⁰ D. Staudenmayer, *Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht*, cit., p. 103.

⁵¹ COM/1985/310 def. (*Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo: Il completamento del mercato interno*).

⁵² Per tutti G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 5 ss.

di un uso consolidato e tuttavia la situazione è in rapida evoluzione: il principio del paese di origine si avvia a divenire un punto di riferimento nella disciplina della produzione di beni e servizi. Esso è fra l'altro accolto nella proposta di direttiva volta a riformare la normativa sui contratti di credito al consumo (9. considerando) ed in quella sulla disciplina dei servizi nel mercato interno (45. considerando)⁵³.

In particolare dalla seconda trae conferma la complementarietà del principio del paese di origine rispetto alla costruzione dell'economia sociale di mercato. Si ricava in modo esemplare dall'analisi del modello di tutela dei deboli richiesto dall'adozione del meccanismo del mutuo riconoscimento ed in particolare dalla convinzione che una efficace protezione del destinatario del servizio deriva da una informativa "sulla legge di altri stati membri" (37. considerando).

E' un modello di tutela misurato sul tipo umano cui tradizionalmente ricorrono le scienze economiche e, non a caso, la più parte delle misure comunitarie dedicate al mercato. E' il tipo umano - di cui ci siamo occupati in apertura - fondato sull'idea che l'individuo è un essere razionale, capace di autodeterminarsi alla sola condizione di essere in possesso di un sufficiente livello di informazioni circa i termini delle opzioni possibili. Il tutto mentre si stabilisce di affidare alla soft law importanti aspetti incidenti sulla tutela dei deboli. Saranno infatti i codici di condotta ad occuparsi di vicende rilevanti per la loro posizione, come in particolare le vicende concernenti la "qualità dei servizi" (67. considerando).

Del principio del paese di origine parla anche la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite e ciò sulla base del consueto schema argomentativo. La proposta mira, per un verso, ad "eliminare gli ostacoli allo stabilimento ed all'esportazione di servizi, nonché le cospicue distorsioni della concorrenza cui essi danno luogo". Per un altro, essa intende applicare il "principio di riconoscimento reciproco delle legislazioni nazionali", onde eliminare i rimanenti "ostacoli transfrontalieri all'impiego e alla pubblicizzazione delle iniziative promozionali" (17. considerando)⁵⁴.

Recentemente si sono moltiplicate anche le voci critiche nei confronti dell'adozione del principio del paese di origine. Nel merito si denuncia l'effetto nefasto del mutuo riconoscimento nelle situazioni in cui i diritti nazionali di volta in volta chiamati in causa esprimono differenze di rilievo: esattamente le situazioni cui i fautori del

⁵³ Rispettivamente COM/2005/483 def. (*Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti di credito ai consumatori, che modifica la direttiva 93/13/CE del Consiglio*) e COM/2004/2 def.12 (*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi del mercato interno presentata dalla Commissione*).

⁵⁴ COM/2002/585 def. (*Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione delle vendite nel mercato interno presentata dalla Commissione*).

principio del paese di origine intendono riferire la sua applicazione al fine di ottenere, attraverso misure decise entro il circuito dell'economia, forme di armonizzazione attorno ai contenuti rifiutati dal circuito della politica.

Questo si ricava in particolare dal dibattito che ha accompagnato la redazione della recente direttiva sulle pratiche commerciali sleali⁵⁵. Essa prevedeva inizialmente il ricorso al principio del paese di origine, poi escluso sulla scorta di rilievi concernenti, fra l'altro, il suo incidere su una materia scarsamente armonizzate in area comunitaria.

Le stesse critiche affiorano dai documenti comunitari occasionati dalla proposta di direttiva sui servizi ed in particolare dalle modifiche al testo della Commissione appena approvate dal Parlamento europeo. Quest'ultimo ha in effetti affossato il meccanismo del mutuo riconoscimento⁵⁶, ritenendo che "una precondizione del principio del paese di origine" sia l'esistenza di uno standard "minimo di armonizzazione a livello di unione europea o quantomeno la presenza di norme comparabili all'interno degli stati membri"⁵⁷. Invero il principio costituisce "un incentivo legale a delocalizzare le imprese nei paesi in cui i requisiti sociali sono meno rigorosi" e ciò determinerà "una pressione terribile sui paesi i cui standard proteggono maggiormente l'interesse generale"⁵⁸.

La delocalizzazione conduce a vanificare molte delle forme di controllo esercitate dalla politica sulle modalità di circolazione dei beni e dei servizi o, meglio, le rende efficaci nei confronti dei soli operatori economici dello stato in cui le forme sono concepite. Gli operatori degli stati comunitari di provenienza dei beni e dei servizi, qualora si tratti di stati in cui si ammettono le modalità di circolazione vietate nello stato di destinazione, non sono infatti tenuti a rispettare le misure valide invece nei confronti degli operatori di quest'ultimo⁵⁹.

Le modalità di circolazione dei beni e dei servizi interessate dal principio del paese di origine sono in rapida espansione. In tal senso vanno i frequenti interventi della prassi applicativa comunitaria volti a delimitare le ipotesi in cui sono ammessi divieti o restrizioni alla circolazione dei beni (art. 30 Trattato CE) o dei servizi (artt. 46 e 55 Trattato CE). E tuttavia, almeno formalmente, la delocalizzazione non si è tradotta in

⁵⁵ Direttiva 2005/29/CE.

⁵⁶ P6_TA-PROV/2006/0061 (*Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*).

⁵⁷ A6-0409/2005 (*Parere della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali*).

⁵⁸ *Ibidem* (*Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*). Lo stesso si è detto in tema di pratiche commerciali sleali: cfr. S. Augenhofer, *Ein "Flickenteppich" oder doch der "grosse Wurf"? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRv*, 2005, p. 207.

⁵⁹ Per tutti A. Piekenbrock, *Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht*, in *GRUR Int.*, 2005, p. 1003.

una diminuzione del livello di tutela del contraente consumatore o lavoratore. Per questi ultimi non vale del resto il rilievo secondo cui il principio del paese di origine consente di evitare l'applicazione di un numero di diritti pari al numero dei paesi comunitari⁶⁰. E' infatti evidente che è all'operatore economico che si risparmia la necessità di conoscere più diritti, mentre lo stesso non può dirsi per il consumatore o il lavoratore. Essi non avrebbero modo di valutare il livello di tutela loro accordato e finirebbero per operare le loro scelte esclusivamente in base al prezzo del bene o della prestazione.

Questa analisi sembrerebbe condivisa anche dalla Commissione, che ha inteso escludere dall'ambito di applicazione della direttiva sui servizi i contratti conclusi dai consumatori "se ed in quanto le disposizioni che li regolano non sono completamente armonizzate" (art. 17). Lo stesso dicasi, almeno entro certi limiti, per la materia lavorativa ed in particolare per gli aspetti contemplati dalla disciplina sul distacco dei lavoratori (art. 24).

E tuttavia non si possono escludere effetti indiretti del principio del paese di origine sulla disciplina del contratto con i consumatori e con i lavoratori⁶¹. Vi sono invero diverse misure di tutela che sono contemplate fuori dal diritto contrattuale e che tuttavia sono almeno in via di fatto rilevanti per la determinazione del contenuto tipico del rapporto.

E' dunque corretto affermare che fino ad ora il principio del paese di origine non ha intaccato il contratto con i consumatori e con i lavoratori. Non lo è invece dire che esso ha determinato una concorrenza fra ordinamenti esclusivamente con riferimento ad aspetti non incidenti sui termini della presenza sul mercato dei consumatori e dei lavoratori.

6. Segue: dall'armonizzazione minima all'armonizzazione massima

Il tutto mentre in materia di consumatori si è oramai attuato il proposito di abbandonare il tradizionale principio dell'armonizzazione minima. Recentemente si assiste infatti ad un notevole favore per l'opposto principio dell'armonizzazione massima - che sappiamo essere complementare al principio del paese di origine nel perseguire la desocializzazione delle scelte economiche - e quindi per la fissazione di livelli di tutela uniformi, ma non incrementabili con una decisione del circuito della politica nazionale.

⁶⁰ COM/2001/531 def. (*cit*)

⁶¹ Ad es. J. Muck Schlichting e W. Spelten, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, in *EuZW*, 2005, p. 239.

Nel merito i documenti comunitari, come al solito sensibili alle tematiche mercantili, ribadiscono che l'armonizzazione massima è la sola capace di "ridurre al minimo le divergenze delle norme in materia di tutela dei consumatori sul territorio dell'UE" e, quindi, di evitare "una frammentazione del mercato interno a scapito dei consumatori e delle imprese"⁶². Precisamente la diversità dei diritti nazionali ostacola "il movimento transfrontaliero di beni e di servizi, che permette ai consumatori di trarre vantaggio da buone occasioni e di beneficiare di prodotti e servizi innovativi e di compiere le scelte più convenienti". Ciò in quanto la "domanda transfrontaliera aumenta la pressione della concorrenza nel mercato interno e permette un'offerta di beni e di servizi più efficiente e a prezzi competitivi"⁶³.

I documenti comunitari confermano anche il nesso tra principio del paese di origine e principio dell'armonizzazione massima. In particolare, nella proposta di direttiva sulla riforma del credito al consumo, l'inserimento di "una clausola di riconoscimento reciproco" si reputa indispensabile ad "assicurare che eventuali differenze tra le norme di recepimento adottate dagli stati membri non costituiscano un ostacolo al mercato interno". Se infatti si "lascia un margine di manovra in sede di attuazione a livello nazionale", si deve anche "far sì che il suddetto margine di manovra, di cui gli stati membri possono avvalersi entro i limiti fissati dalla direttiva, non faccia sorgere ulteriori barriere nel mercato unico"⁶⁴. E ciò si ottiene - lo precisa la proposta di direttiva in tema di servizi - stabilendo che l'operatore economico "è sottoposto unicamente alla legislazione del paese in cui è stabilito"⁶⁵.

A ben vedere il principio dell'armonizzazione massima mette in discussione il ruolo tradizionale della direttiva comunitaria, come strumento volto a preservare uno spazio di manovra alla politica nazionale⁶⁶. Ciò è particolarmente evidente nelle ipotesi in cui il principio viene individuato in testi concepiti come strumenti di armonizzazione minima. Esempio la disciplina sulla responsabilità per circolazione di prodotti difettosi,

⁶² COM/2002/208 def. (*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni - Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*).

⁶³ COM/2001/531 def. (*Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*).

⁶⁴ COM/2005/483 def. (*cit.*).

⁶⁵ COM/2004/2 def./2 (*cit.*).

⁶⁶ Al proposito B. Schinkels, *Zu den Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts der Richtlinie über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen auf nationale Umsetzungsspielräume*, in *GPR*, 2005, p. 113. V. anche G. Howells, *European Consumer Law - The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence*, in S. Grundmann e J. Stuyck (ed.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague etc., 2002, p. 74, con riflessioni sul ruolo della politica nazionale nell'adozione di direttive informate al principio dell'armonizzazione minima.

che per la Corte di giustizia CE costituisce un'ipotesi di armonizzazione massima⁶⁷, mentre è lo stesso testo ad affermare che "l'armonizzazione risultante dalla presente direttiva non può per ora essere totale"⁶⁸.

Il principio dell'armonizzazione massima è diffuso nella più recente produzione normativa comunitaria. Possiamo ricordare le direttive sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e sulle pratiche commerciali sleali⁶⁹. Nella prima si dice che "disposizioni divergenti o diverse di protezione dei consumatori adottate dagli stati membri potrebbero avere un'incidenza negativa sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza tra imprese" (12. considerando) e che, pertanto, "gli stati membri non dovrebbero poter prevedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva per i settori che essa armonizza" (13. considerando). Nello stesso senso, la seconda direttiva modifica aspetti della precedente disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa⁷⁰. Quest'ultima "non si oppone al mantenimento o all'adozione da parte degli stati membri di disposizioni che garantiscono una più ampia tutela dei consumatori" (3. considerando) e produce così differenze "lesive degli interessi economici dei consumatori" (4. considerando).

7. A mo' di conclusione: diritto contrattuale comunitario e diritto internazionale privato

Per valutare appieno la portata del principio del paese di origine, occorre considerare la prassi applicativa comunitaria circa la localizzazione dell'ente societario. Si è infatti detto che occorre fare riferimento alla sede statutaria dell'ente e non anche a criteri di ordine sostanziale, eventualmente previsti dal diritto internazionale privato del paese in cui esso opera⁷¹. In tal modo la sede di un ente societario può essere

⁶⁷ Ad es. Sent. *Commissione contro Francia* del 25 aprile 2002 (Causa 52/00).

⁶⁸ Direttiva 85/374/CEE (18. considerando).

⁶⁹ Rispettivamente Direttiva 2002/65/CE e Direttiva 2005/29/CE.

⁷⁰ Direttiva 84/450/CEE.

⁷¹ Citazioni in A. Somma, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, p. 58 ss.

meramente fittizia e comportare così l'applicazione del diritto di uno stato diverso da quello in cui esso opera effettivamente.

Questa massima è stata formulata con riferimento alla libertà di stabilimento. E' tuttavia lecito chiedersi se essa sia riferibile anche al modo di essere della libera circolazione dei beni e dei servizi: altrimenti detto, se si possa ritenere che il paese di origine di un bene o di un servizio sia quello in cui l'impresa ha la sua sede statutaria. Se così fosse, la prevalenza delle decisioni assunte in seno al circuito dell'economia non presupporrebbe la delocalizzazione dell'ente societario o, meglio, essa potrebbe realizzarsi con una indicazione di carattere meramente formale.

Altrimenti detto, il paese di origine sconvolge l'impianto internazionalprivatistico dei paesi comunitari - la quasi totalità - in cui si privilegiano criteri di ordine sostanziale e quindi l'effettivo collegamento dell'attività economica con lo stato. Questi criteri sono certamente maturati in una fase caratterizzata da un'attitudine protezionista degli ordinamenti nazionali⁷² e, tuttavia, non costituiscono necessariamente l'indizio di orientamenti da censurare. Occorre infatti rifiutare l'affermazione del ruolo dello stato se, come in epoca fascista, ciò conduce al prevalere di valutazioni politiche non mediate dal meccanismo democratico o comunque sensibili alle sole valutazioni del circuito economico. Occorre invece assecondare il ruolo dello stato, se ciò consente di incrementare il livello di risocializzazione del circuito: esito cui mira la conformazione dei comportamenti mercantili a modelli elaborati in linea con il patrimonio di valori del costituzionalismo del dopoguerra.

Ma torniamo a riflettere sulle evoluzioni del diritto internazionale privato degli stati imposte dal livello comunitario. L'orientamento della Corte di giustizia appena ricordato incide sicuramente sull'individuazione del diritto societario applicabile e, quindi, su vicende quali la costituzione dell'ente ed il funzionamento dei suoi organi: vicende la cui disciplina viene rimessa ad una decisione del circuito dell'economia e sottratta alle valutazioni operate in sede politica nazionale. Lo stesso vale per i rapporti tra enti societari, ma a prescindere dal ricorso a criteri formali di individuazione della loro sede: vale nel merito la regola secondo cui "il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti" (art. 3 Conv. Roma).

Come è noto, la prevalenza della scelta economica sulla scelta politica non vale invece per i rapporti dell'impresa con i contraenti strutturalmente e tipicamente deboli: i consumatori ed i lavoratori. Per i primi si dice infatti che "la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della

⁷² V. ad es. A. Cavaglieri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3. ed., Napoli, 1933, p. 275 con riferimenti alla materia societaria.

protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente" (art. 5 Conv. Roma). E lo stesso si dice per i lavoratori, cui occorre assicurare le tutele previste, fra l'altro, dal diritto imperativo "del paese in cui il lavoratore in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro" (art. 6 Conv. Roma).

Nelle intenzioni del livello comunitario, lo schema descritto viene tuttavia intaccato dal ricorso al principio del paese di origine. Lo si afferma a chiare lettere nella proposta di riforma della disciplina sul credito al consumo, osservando che essa "potrebbe condurre ad un risultato diverso da quello previsto dall'art. 5 della Convenzione di Roma". Quest'ultima può "avere l'effetto di limitare l'attività di un creditore proveniente da un altro stato membro che preveda norme meno rigorose" e, pertanto, "lo stato ospitante deve assicurarsi che le sue norme non vengano applicate al contratto"⁷³.

Sembra andare nella stessa direzione anche una precisazione della Commissione circa l'utilità di adottare lo "strumento opzionale" e, in particolare, circa il valore delle norme imperative in esso contenute. Si dice infatti, sempre con esplicito riferimento all'art. 5 Convenzione di Roma, che, se lo strumento diviene legge delle parti, "non sarebbero applicabili le altre norme imperative nazionali"⁷⁴.

Non è lecito rilevare che simili affermazioni sono riconducibili ad una strategia oramai prevalente a livello comunitario. Vi sono infatti altre fonti in cui si fa esplicito riferimento all'attuale contenuto della Convenzione di Roma⁷⁵. Soprattutto essa non viene alterata, almeno non dal punto di vista ora in esame, dalla proposta di trasformazione in strumento comunitario della Convenzione⁷⁶. Il tutto, nonostante vi siano state pressanti richieste in tal senso da parte degli operatori commerciali⁷⁷.

E' tuttavia innegabile che a livello comunitario cresce il consenso attorno alle istanze di cui si fanno carico i fautori del principio del paese di origine. Principio capace del resto di affermarsi anche laddove esso sia stato formalmente rifiutato.

Si consideri la disposizione, inserita nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali, secondo cui "gli stati membri non limitano la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla presente direttiva" (art. 4). Ebbene, la disposizione è stata introdotta a corredo dell'abolizione di

⁷³ COM/2005/483 def. (*cit.*).

⁷⁴ COM/2004/651 def. (*cit.*). Nello stesso senso D. Staudenmayer, *Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht*, cit., p. 105.

⁷⁵ Ad es. Direttiva 2002/65/CE (8. considerando).

⁷⁶ COM/2005/261 def. (*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali presentata dalla Commissione*).

⁷⁷ Cfr. P. Rott, *Bedrohung des Verbraucherschutzes im Internationalen Verfahrens- und Privatrecht durch den Binnenmarkt*, in *EuZW*, 2005, p. 169.

precedenti formule concernenti il principio del paese di origine e, ciò nonostante, alcuni autori ritengono che essa vi alluda ancora⁷⁸.

Lo stesso si potrebbe allora dire per la proposta di direttiva sui servizi così come modificata dal Parlamento europeo. Anch'essa reca una disposizione, sostitutiva della formula con cui si codificava il principio del paese di origine, dal tenore assimilabile a quella appena riportata: "gli stati membri rispettano il diritto dei prestatori di servizi di fornire un servizio in uno stato membro diverso da quello in cui hanno sede" (art. 16). Il tutto mentre, secondo un orientamento oramai consolidato della Corte di giustizia CE, il principio del paese di origine in materia di servizi si ricava direttamente dal Trattato CE (art. 49)⁷⁹.

Il Parlamento europeo non tiene inoltre conto dell'orientamento della Commissione, secondo cui l'auspicata "modernizzazione dei sistemi nazionali" può anche essere ottenuta "mediante procedimenti di infrazione"⁸⁰, volti ad implementare "i principi fondamentali del Trattato" nella "portata attribuita loro dalla Corte"⁸¹.

Sempre il Parlamento - che pure ha escluso i contratti con i clienti dal campo di applicazione dell'articolo (45. considerando) ed ha inoltre fatta salva l'applicazione della Convenzione di Roma (art. 3) - non esita infine a rimettere la definizione di aspetti importanti della materia proprio alla Corte e, quindi, all'autorità che più ha ispirato il processo di desocializzazione dell'economia. Un'autorità di cui si mostra oltretutto di non conoscere l'orientamento: come si ricava dal rilievo che "il luogo di stabilimento va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia" e dalla successiva precisazione che in tal modo "la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica" (18bis. considerando).

⁷⁸ Al proposito F. Henning-Bodewig, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, 2005, p. 634.

⁷⁹ Citazioni in D. Kugelman, *Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkte und europäischem Sozialmodell*, in *EuZW*, 2005, p. 328.

⁸⁰ COM/2004/2 def./2 (*cit.*).

⁸¹ COM/2002/441 def. (*Rrelazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo: Lo stato del mercato interno dei servizi*).