
PARTE GENERALE

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

SOMMARIO

1. La nozione. – 2. Il diritto privato europeo come diritto romano attuale. – 3. Il diritto privato europeo come prodotto della *communis opinio doctorum*. – 4. Il diritto privato europeo come espressione della extrapositività del diritto privato. – 5. Il diritto privato europeo in senso formale. – 5.1. Il diritto privato europeo in senso formale come diritto para-costituzionale dell'Unione europea. – 5.2. Il diritto privato europeo in senso formale come diritto applicabile dalle corti sopranazionali e nazionali. – 5.3. Il diritto privato europeo come riparto di competenze tra il diritto comunitario e i diritti nazionali. – 5.4. Il diritto privato europeo come diritto su base rimediale. – 5.5. Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea. – 6. Le basi metodologiche dello studio del diritto privato europeo. – 6.1. La comparazione in senso classico. – 6.2. La ricostruzione sistematica. – 6.3. L'esegesi. – 6.4. La riconcettualizzazione. – 6.5. La comparazione in funzione normativa. – 6.6. L'approccio valutativo di stampo etico-politico.

1. *La nozione.*

La nozione di diritto privato europeo non può che essere stipulativa giacché il riferimento territoriale di tale nozione difetta del requisito della statualità o quanto meno non lo esibisce nei termini usuali del nostro positivismo legalistico. È opportuno, dunque, procedere per approssimazioni successive scontandone in particolare l'ineliminabile diversità in punto di premesse metodologiche¹.

¹ Cfr. già S. Mazzamuto, *Diritto privato europeo*, Dizionario di diritto civile, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Dizionari del diritto privato, promossi da N. Irti (Milano 2011). Per una panoramica si rinvia a: G. Alpa, *Diritto privato europeo* (Mi-

2. *Il diritto privato europeo come diritto romano attuale.*

La proposta affiorata in ambiente romanistico è quella di ricorrere per l'appunto al diritto romano nella costruzione dell'edificio comune europeo e si riallaccia ad un'antica tradizione di pensiero.

È noto che all'emancipazione dalle esigenze positive trascinate fino alle grandi codificazioni si sia poi accompagnata la consapevolezza che la scienza del diritto romano quale disciplina storica trovi innanzitutto una sua ragione d'essere in sé.

A fronte di questa consapevolezza, nel corso del XX secolo e in questi ultimi anni, sono riemerse propensioni a verificare se lo studio di tale scienza conservi o meno una sua rilevanza strumentale rispetto ad altre discipline giuridiche e, in particolare, al diritto privato.

È necessario ricordare, innanzitutto, il suggerimento di Riccardo Orestano, che muove dalla storia di un problema per risolvere questioni interpretative attuali, e sottolinea la rilevanza del diritto romano per spiegare impostazioni e incongruenze presenti nei codici, ricercandone l'origine nelle fonti romane e nella riflessione della scienza del diritto costruitasi su di esse².

L'elenco si arricchisce poi di quelle dottrine che, enfatizzando la visione continuistica della storia del diritto, passano all'idea ben più radicale di una persistente vigenza del diritto romano giustiniano, in chiave per così dire suppletiva, sì da colmare le lacune del diritto privato nei paesi con tradizioni giuridiche romanistiche.

È il caso, in particolare, di Reinhard Zimmermann che teorizza la funzionalità del diritto romano alla costruzione del diritto privato del-

lano 2016); AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, I-III (Milano 2007); AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*², a cura di A. Tizzano, Tratt. Bessone (Torino 2006); AA.VV., *Diritto privato europeo*², a cura di N. Lipari, (Padova 2003-2004); AA.VV., *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, a cura di G. Alpa-R. Danovi (Milano 2004); G. Alpa-M. Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Tratt. Iudica-Zatti (Milano 2005); J. Basedow, *European private law* (London 1999); G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea* (Padova 2001); R. Schulze-R. Zimmermann, *Testi fondamentali di diritto privato europeo* (Milano 2001). Da ultimo, per una rilettura critica, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile* (Milano 2015), 227 s.

²R. Orestano, *Il problema delle fondazioni nel diritto romano*, I (Torino 1959); Id., *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Bologna 1987), 429 s.

l'Unione europea³. In altri termini, si tratterebbe di riprendere la tradizione del *ius commune* come fondamento del nuovo edificio: una sorta, dunque, di neopandettismo. Ma una tale preoccupazione è senz'altro eccessiva se si considera che l'azione comunitaria è almeno sin qui in decisa controtendenza e predica un diritto pragmatico attento soprattutto agli obiettivi di *policy* del mercato.

La versione non estremistica di tale corrente culturale è quella che riprende il pensiero espresso fra gli altri da Peter Stein sul disvelamento con lente romanistica delle somiglianze più che dei pretesi contrasti tra i sistemi di *civil law* e di *common law* e riserva al romanista, nel processo di uniformazione, il compito di spiegare le motivazioni storiche delle attuali convergenze e divergenze rilevabili nei sistemi giuridici a base nazionale⁴.

La tradizione giuridica del diritto romano non può considerarsi, tuttavia, una specie di «fiume carsico» che i romanisti si candidano ad amministrare nei momenti di trasformazione dei sistemi giuridici europei. Ciò fu possibile, ancora, nell'Italia di fine ottocento, ad opera dei romanisti-civilisti dell'epoca, i quali, malgrado l'Italia avesse già un suo codice civile (quello del 1865), poterono attingere, parafrasando le parole di Paolo Grossi⁵, al grande fiume che corre ininterrotto da Gaio a Savigny e per diverse ragioni. Innanzitutto, il carattere «contingente» dei codici di impianto napoleonico; in secondo luogo, la fragilità esegetica della scienza giuridica formatasi su di essi; infine, la necessità di costruire un impianto teorico ancor più astratto e formale all'altezza di una società borghese più matura e, quindi, non più ristretta al ceto proprietario.

A tal fine decisiva fu l'influenza della pandettistica tedesca, la quale poté liberamente attingere a quel fiume in vista della codificazione. Nel seguirne l'esempio i romanisti-civilisti rilanciarono anche in Italia la funzione autonoma della scienza giuridica e contribuirono a costruire un edificio concettuale destinato a durare nel tempo (soggetto, negozio, rapporto giuridico: in altre parole l'*Allgemeiner Teil*).

³ R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (Oxford 2001), 187, 189.

⁴ P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di A. De Vita-M.D. Panforte-V. Varano (Milano 1987), 121 s.

⁵ P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico* (Milano 2002), 21.

L'epoca d'oro della dogmatica su base romanistica non ritorna e se è vero che i moderni giuristi positivi sovente non hanno gli strumenti conoscitivi adatti a cogliere in profondità ciò che unisce i sistemi giuridici dell'Europa e ciò che li divide – compito questo che va riservato soprattutto all'opera di stratigrafia giuridica del giurista storico – il *mainstream* dell'innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all'impatto del diritto di fonte comunitaria.

3. *Il diritto privato europeo come prodotto della communis opinio doctorum.*

La tendenza di una parte dell'odierna dottrina a rivendicare (ben oltre il diritto romano) il ruolo di attore principale nell'edificazione del diritto privato europeo si colloca al punto di confluenza di due indirizzi della cultura giuridica moderna.

L'idea, per un verso, che il diritto di elaborazione scientifica incarni la *ratio scripta* spogliata, com'è ovvio, di ogni pretesa metafisica e pur tuttavia in grado di attingere non solo al grande serbatoio degli istituti giuridici di matrice europea ma anche a quel formidabile veicolo di legittimazione che è rappresentato oggi dal mercato concorrenziale, se non se ne estremizza la valenza e il ruolo, a mo' di totem, come si chiarirà nel prosieguo [V 8.1].

La scelta, per altro verso, di imboccare la strada della codificazione, in ossequio alla tradizione continentale di *civil law*, non a caso avversata da quanti, in ossequio alla tradizione di *common law*, preferirebbero il ricorso allo strumento meno impegnativo del *Restatement*.

I progetti di codice sin qui elaborati in sede dottrinale [i Principi Unidroit, i Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC)⁶, il *Code*

⁶I Principi di diritto europeo dei contratti rappresentano in ambito europeo un esempio di c.d. codificazione culta giacché si tratta di un testo che raccoglie le regole comuni in materia di contratto e di obbligazioni in vista dell'obiettivo futuro della predisposizione di un codice civile comune europeo. I Principi sono il frutto dei lavori di una commissione costituita, all'inizio degli anni ottanta, su sollecitazione della Comunità europea e per iniziativa di Ole Lando, professore alla *Business School* di Copenhagen, e formata di giuristi dei vari Paesi della Comunità (ora Unione europea). L'edizione italiana dei Principi è stata curata da Carlo Castronovo, uno dei due componenti italiani della commissione, ed è edita, in tre parti, per i tipi della Giuffrè: C. Castrono-

Européen des contrats (Codice Gandolfi)⁷, i *Principles of European Law* (PEL)⁸] scontano in ogni caso una caratteristica del tutto inusuale: l'assenza di un supporto ordinamentale che li faccia propri; né si annuncia ancora al riguardo una qualche decisione veramente impegnativa dell'Unione europea, come emerge dalle due voci esemplari e tra di loro discordanti che qui si rammentano:

a) la Risoluzione del Parlamento Europeo del 7-9-2006 con la quale si formula la convinzione che «un mercato interno uniforme non può essere pienamente funzionale senza ulteriori progressi verso l'armonizzazione del diritto civile» e che «l'iniziativa in materia di diritto contrattuale europeo è la più importante iniziativa in corso nel campo del diritto civile»; a tal fine il Parlamento ha invitato la Commissione Europea a proseguire il lavoro di edificazione di un *Common Frame of Reference* (CFR) per il diritto dei contratti europeo ossia di un corpo di principi e regole volti alla disciplina del contratto in generale e dei contratti più frequentemente utilizzati nei rapporti tra imprese transfrontalieri, con l'importante precisazione «che il risultato finale a lungo termine potrebbe essere uno strumento *vincolante*»;

b) le perplessità manifestate dalla Commissione Europea e dalla *House of Lords* del Regno Unito le quali hanno revocato in dubbio nello stesso torno di tempo l'opportunità che il c.d. CFR consista in un vero e proprio codice o comunque in uno strumento non opzionale, ma *hard* e cioè vincolante.

Un'assenza, quella di un supporto ordinamentale, che nei PDEC è addirittura programmata al punto da pervadere struttura e funzione del testo normativo il quale è concepito come un codice offerto alla privata autonomia nel suo *law shopping*.

vo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, versione italiana (Milano 2001); Id. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte III, edizione italiana (Milano 2005). Sull'impianto e sul metodo dei Principi cfr. C. Castronovo, *I «Principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, Riv. dir. comm., 1995, 21 s.

⁷ È il progetto elaborato dall'Accademia pavese di diritto europeo per impulso di Giuseppe Gandolfi e pubblicato in Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Code européen des contrats*, coordinateur Giuseppe Gandolfi, I (Milano 2002) e II (Milano 2007) nonché *Il progetto Gandolfi di un Codice Europeo dei contratti*, Europa dir. priv., 2002, 274 s.

⁸ È il frutto del lavoro del Gruppo presieduto da Christian von Bar che si trova pubblicato con note di commento e traduzioni nelle varie lingue europee in Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law*, 1-13 (Munich Sellier 2006-2010).

Il rischio fuori dall'ombrello di una volontà politica ordinamentale è, allora, non solo quello contenutistico dell'arbitrarietà per così dire ontologica delle scelte dal repertorio della tradizione ovvero dell'eccesso di riconcettualizzazione e generalizzazione rispetto all'effettivo grado di avvicinamento dei diritti nazionali; ma soprattutto quello culturale di sovvertire il senso di un'esperienza storica – la codificazione – consumatasi all'insegna dell'integrale statualizzazione del diritto (al punto da suscitare l'aperta ostilità – da Savigny⁹ in poi – dei fautori di una produzione extrastatuale del diritto privato) e che oggi, viceversa, viene messa al servizio proprio dell'autonomia privata rinunciando programmaticamente, come si è detto, alla mediazione delle forme tradizionali di positivizzazione del comando giuridico.

La codificazione di fonte dottrinale è comunque ormai una realtà per così dire metabolizzata e conviene, quindi, trarne nella prassi della privata autonomia e nel dibattito dottrinale il massimo profitto possibile tenuto conto che si tratta di prodotti di altissimo livello scientifico¹⁰.

L'ultimo passaggio degno di nota nel moto pendolare europeo è costituito dal *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹¹ ad opera del Gruppo di studio per un codice civile europeo diretto da Christian von Bar e del Gruppo *Acquis* che è stato inviato alla Commissione il 28-12-2007: l'idea di un «Quadro comune di riferimento» si è così precocemente affievolita nella predisposizione di un progetto preliminare che a

⁹ F. K. von Savigny, *Histoire du droit romain au moyen age* (Paris 1839).

¹⁰ C. Castronovo, *Savigny i moderni e la codificazione europea*, Europa dir. priv., 2001, 219 s.; H. Kötz-S. Patti, *Diritto europeo dei contratti* (Milano 2006), 249 s.; S. Grundmann, *Il codice europeo opzionale*, Fondamenti di una codificazione progressiva sulla base dell'*acquis communautaire*, Studi in onore di C.M. Bianca, I (Milano 2006), passim; V. Scalisi (a cura di), *Codice di diritto privato europeo* (Padova 2002); G. Alpa-E.N. Buccico, *Il codice civile europeo* (Milano 2004); C. von Bar-O. Lando, *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, Europa dir. priv., 2002, 133 s.; M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti* (Milano 2006); V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, Europa dir. priv., 2004, 439 s.

¹¹ Per il testo integrale v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition*, a cura di C. von Bar-E. Clive-H. Schulte Nölke-H. Beale-J. Herre-J. Huet-P. Schlechtriem-M. Storme-S. Swann-P. Varul-A. Veneziano-F. Zoll (Munich Sellier 2008) nonché *Outline Edition* (Munich Sellier 2009) che non porta più la firma del rimpianto Peter Schlechtriem.

sua volta è incappato nella mannaia della Commissione la quale nel 2010 ha optato *expressis verbis* per un diritto europeo dei contratti facoltativo ed ha richiesto al Gruppo di esperti la stesura di un nuovo progetto di minore ampiezza in materia contrattuale poi racchiuso in un testo di soli 187 articoli di cui è disponibile un'ultima versione del 19-8-2011¹².

L'abito sembra, infine, ulteriormente restringersi ad opera della Commissione con la recentissima «Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law» dell'11-10-2011 [COM(2011) 635 def.], la quale vorrebbe introdurre uno strumento opzionale a disposizione dei contraenti per le vendite transfrontaliere tra professionisti e consumatori ma anche *business to business*, purché almeno una delle parti sia un'impresa medio-piccola, che consente per l'appunto ai contraenti la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme a sfondo protettivo della parte debole.

4. *Il diritto privato europeo come espressione della extrapositività del diritto privato.*

Una variante della linea di pensiero che esalta la *communis opinio doctorum* è rappresentata dalla prospettiva per molti versi contigua che, sulla base di una lettura radicalmente critica del diritto della modernità, ravvisa nella formazione spontanea del diritto privato europeo nient'altro che il riflesso della ineliminabile extrapositività del diritto privato *tout court*.

È una linea di pensiero che in Italia, per fare solo qualche esempio, ha trovato espressione ora nelle suggestioni antistatualistiche ed antididattiche di certo nostro cattolicesimo antiunitario: si pensi, in particolare, a Carlo Francesco Gabba, e alla sua diffidenza verso il codice visto come una prigione del più autentico diritto privato, la cui elaborazione deve rimanere affidata alla scienza giuridica¹³; ora nell'aperta teorizzazione dell'extrastatualità del diritto privato ad opera di Filippo Vassal-

¹² Vedi in http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

¹³ C. F. Gabba, *Prolusione al corso di diritto civile, Anno scolastico 1887-1888*, Arch. giur., 1887, 517 s.

li¹⁴; ora in tempi più recenti alla critica del riduzionismo legalistico proprio delle codificazioni che Paolo Grossi estende anche al diritto di fonte comunitaria e persino alla tramontata Costituzione europea accusata di giacobinismo giuridico¹⁵.

L'orientamento in parola, fra l'altro, trova vigorosa conferma sul piano fattuale e su quello dei modelli culturali oggi dominanti nella diffusione della *lex mercatoria*: una formula, questa, che al di là della variabilità dei contenuti designa la vocazione dell'autonomia privata a trasformarsi da diritto dei privati in diritto privato così come persino i c.d. codici di fattura dottrinale (PDEC etc.) finiscono col testimoniare.

5. *Il diritto privato europeo in senso formale.*

Il diritto privato europeo in senso formale, munito anche del requisito della territorialità, si ritiene solitamente che promani dal diritto europeo in senso proprio, quello dell'Unione europea, contenuto in particolare nel Trattato di Roma come aggiornato successivamente, nelle direttive, nei regolamenti e poi nella Carta dei diritti di Nizza e nella proposta Costituzione europea, la quale, dopo le note vicende della mancata ratifica in alcuni Paesi membri, funzionava già da costituzione materiale quanto meno nella misura in cui i grandi *arrêt* della Corte europea di Giustizia, della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle Corti supreme dei Paesi membri vi facevano costante riferimento¹⁶.

Dopo il fallito esperimento della «Costituzione per l'Europa», il Trattato di Lisbona del 2007 introduce importanti novità per quanto

¹⁴ F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2 (Milano 1960), passim.

¹⁵ P. Grossi, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, Riv. dir. civ., 1996, I, passim; Id., *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la «Carta di Nizza», il progetto di «Costituzione Europea» e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, Jus, 2003, 405 s.

¹⁶ Sul rapporto tra diritto contrattuale europeo e Costituzione Europea v. AA.VV., *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori (Padova 2005), passim; AA.VV., *Diritto dei contratti e «costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, a cura di G. Vettori (Milano 2005), passim; AA.VV., *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori (Padova 2002), passim; V. Zeno-Zencovich, *Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo – Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, Europa dir. priv., 2003, 19 s.

riguarda i diritti fondamentali¹⁷. Per un verso nell'art. 2 del Trattato dell'Unione europea (TUE) viene riformulata la clausola che prima era collocata nell'art. 6, con il richiamo dei «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani», per altro verso, nel nuovo art. 6, viene esplicitamente richiamata la Carta dei diritti adottata a Strasburgo, alla quale è assegnato lo stesso valore giuridico dei trattati. Inoltre è prevista l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e viene ancora una volta sottolineato che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

In mancanza di fonti vincolanti o successivamente ad esse, quando vi siano, il diritto privato europeo in senso formale può sempre farsi consistere nei «principi comuni ai diritti degli Stati membri» secondo l'espressione dell'art. 340 TUE (già art. 288 TCE) – che si riferisce letteralmente alla materia della responsabilità extracontrattuale della Comunità, ma viene ormai estesa nella *communis opinio* a tutte le materie nelle quali la rilevanza europea dei fenomeni da regolare non abbia dato luogo ad una apposita disciplina di fonte comunitaria – od ancora nelle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» in tema di diritti fondamentali di cui all'art. 6.3 TUE (già art. 6.2 TCE)¹⁸.

5.1. *Il diritto privato europeo in senso formale come diritto para-costituzionale dell'Unione europea.*

Allorché ci si ritrovi dinnanzi a principi o regole solo *mediatamente* preposte a tale compito ed *immediatamente* rivolte ad un'autorità istituzionale (nella specie statuale) competente a tradurle in precetti normativi *erga omnes*, si dovrà parlare non di diritto privato in senso proprio ma semmai di diritto para-costituzionale riguardante le *guideline* dell'ordinamento unitario in materia di rapporti interprivati.

Il discrimine corre tra norme *precettive* come i Trattati i regolamenti e le direttive sufficientemente dettagliate da consentirne la diretta applicazione e norme *programmatiche* come le altre direttive bisognose necessariamente di attuazione.

¹⁷ J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo* (Bologna 2007), 27 s.

¹⁸ Corte eur. giust. 10-7-2003 C-20/00 e C-64/00 sul diritto di proprietà.

5.2. *Il diritto privato europeo in senso formale come diritto applicabile dalle corti sopranazionali e nazionali.*

La Corte europea di Giustizia (la cui denominazione ufficiale era dapprima «Corte di Giustizia delle Comunità Europee» ed è ora dopo il Trattato di Lisbona «Corte di Giustizia dell'Unione Europea») e, in prima istanza, il Tribunale di I grado non si limitano al controllo del rispetto, da parte dei Paesi membri, degli obblighi sanciti dal diritto comunitario od all'annullamento degli atti legislativi di fonte comunitaria od ancora al vaglio della legittimità dell'eventuale inerzia delle istituzioni comunitarie ma provvedono anche alla condanna dell'Unione europea al risarcimento dei danni causati ai cittadini ed alle imprese e, in virtù del *rinvio pregiudiziale* da parte dei giudici dei Paesi membri, all'interpretazione vincolante *erga omnes* del diritto comunitario.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a sua volta, che opera pur sempre nello spazio europeo ed ha affermato un suo ruolo anche nell'ordinamento dell'Unione europea, è competente a decidere, per un verso, sui ricorsi interstatali in caso di inosservanza di una parte contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e, per altro verso, sui ricorsi individuali delle persone fisiche, delle organizzazioni non governative e dei gruppi di privati che lamentino la violazione, ad opera di una delle parti contraenti, dei diritti riconosciuti nella Convenzione medesima o nei suoi protocolli tra i quali vanno annoverati i diritti soggettivi di rilievo privatistico.

Le corti nazionali dei Paesi membri, infine, secondo l'insegnamento della Corte europea di Giustizia, oltre ad applicare le norme precettive di fonte comunitaria senza dover attendere la previa rimozione delle norme interne contrastanti¹⁹, possono applicare immediatamente persino le direttive non attuate, che istituiscono diritti in capo ai singoli, a condizione che tali direttive siano sufficientemente dettagliate: un'efficacia diretta che, tuttavia, funziona solo verticalmente nei rapporti anche privatistici tra il singolo e lo Stato e non orizzontalmente nei rapporti tra i privati²⁰.

¹⁹ Corte eur. giust. 8-6-2000 C-258/98.

²⁰ Corte eur. giust. 16-12-1976 C-33/76.

5.3. *Il diritto privato europeo come riparto di competenze tra il diritto comunitario e i diritti nazionali.*

L'idea di un riparto di competenze tra i diritti nazionali ed il diritto di matrice sovranazionale non è certo una novità dei nostri giorni e non riguarda solo l'Europa: nei primi anni '50, Filippo Vassalli ammoniva che «vi sono molte materie nelle quali l'unicità o l'uniformità del diritto non interessa affatto: la comunità umana esiste sotto certi aspetti, ma esiste anche la varietà dei gruppi umani, nazionali che essi siano o altrimenti determinati per diversi criteri ed è gran ventura che sia così. L'uniformità di disciplina giuridica si deve promuovere e attuare rispetto a quei rapporti che più frequentemente si annodano tra soggetti appartenenti a collettività statuali distinte»²¹ [II].

È un'idea primordiale che implicitamente richiama la distinzione tra «mercato» e «non mercato» e, per questa ragione, si muove ancora in orizzontale adottando per così dire un criterio di competenza per materia.

Il processo di unificazione europea, per un verso, sembra ripetere questa impostazione, se è vero che in conformità degli artt. 94 e 95 TCE (ora artt. 114 e 115 TUE) la normativa di diritto privato di fonte europea non può che riferirsi primariamente ai settori nei quali è ravvisabile un'incidenza diretta sull'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno e, quindi, innanzitutto il diritto dei contratti, le obbligazioni non derivanti da contratto, in particolare l'illecito civile e l'indebito arricchimento, escludendo la proprietà, la famiglia, le successioni etc.; per un altro verso, il criterio di riparto si fa assai più sofisticato e tende a muoversi anche in verticale.

Ciò perché la tecnica prevalente, almeno fin qui, è rappresentata dall'armonizzazione, ossia da una modalità di unificazione del diritto di fonte comunitaria che mantiene – secondo il chiarimento di Luigi Mengoni – l'individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente eguale²².

L'opzione contraria all'unificazione in senso forte ossia all'uniformazione non è formulata solo in astratto, o per meglio dire in linea di prin-

²¹ F. Vassalli, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, Studi giuridici, III, 2 (Milano 1960), 772 s.

²² L. Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1992, 518 s.

cipio, al fine cioè di non stravolgere i diritti nazionali e di consentire un più lento e, quindi, più efficace processo di assimilazione in termini ordinamentali e culturali, ma è frutto anche della circostanza che gli interventi di *policy* nei rapporti interprivati, messi in campo dal legislatore comunitario, riguardano sovente mercati complessi e discipline settoriali al traino del progresso tecnologico e non suscettibili di pronta generalizzazione.

È noto, infine, che nuove annessioni alla competenza comunitaria si vanno profilando, sull'onda anche della Costituzione europea, ormai tramontata ma sostanzialmente presente nel Trattato di Lisbona, nel campo della persona, della famiglia e delle successioni, ma si tratta di un processo incerto e destinato a svolgersi in uno scenario nel quale campeggia il problema epocale della multietnicità e del multiculturalismo.

5.4. *Il diritto privato europeo come diritto su base rimediale.*

La definizione in oggetto abbandona l'ottica rigorosa dell'*actio finium regundorum* e si inoltra nel terreno dei contenuti o, per meglio dire, delle direttrici di ordine sistematico interne al diritto privato europeo, prescegliendone una particolarmente innovativa rispetto alla tradizione di *civil law* ma nota alla tradizione di *common law*.

Il legislatore comunitario – almeno sin qui – non ha manifestato lo scopo precipuo di svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo *in fieri*; piuttosto, ha preso di mira precisi obiettivi di riaggiustamento delle regole del mercato²³.

È un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare. Difatti, si suole dire che il diritto comunitario sposa la tecnica dei rimedi, più che quella astrattizzante dei diritti, proprio al fine di raggiungere obiettivi più circoscritti ancorché a volte maggiormente sofisticati²⁴.

²³ S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, Europa dir. priv., 2005, 51 s.; C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, Europa dir. priv., 2005, 29 s.; S. Mazzamuto-A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), passim.

²⁴ A. di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, Europa dir. priv., 2002, 1 s.; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, Europa dir. priv., 2005, 341 s.; S.

Un'altra esigenza manifestata dal legislatore comunitario – che ripudia la mediazione della politica e predilige la via giudiziale – è quella dell'effettività delle tutele ed a questo riguardo, il variegato rapporto tra interessi individuali ed interessi generali, legati al mercato e alla concorrenza, difficilmente consente di rimandare *tout-court* agli strumenti ordinari di tutela previsti dagli Stati nazionali e richiede di escogitare un apparato rimediale *ad hoc*.

Come è stato rilevato, la scelta rimediale deriva, innanzitutto, dalla circostanza che l'ordinamento comunitario non ha alle spalle un ordinamento statale vero e proprio; in secondo luogo, la norma comunitaria non può servirsi che di percorsi di tutela (per l'appunto i rimedi) oltremodo semplificati che aggirano il diritto comune e si caratterizzano per una forte flessibilità, quale ad esempio è testimoniata dai criteri della proporzionalità e della ragionevolezza «non esportabili facilmente nel vicino campo dei diritti»²⁵.

Il legislatore comunitario – aggiungo – non osa riscrivere le fattispecie in modo compiuto ed ha il difficile compito di far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico ed il minimo tasso di riconcettualizzazione e generalizzazione. È, in altri termini, un legislatore molto opportunistico: il che, peraltro, risulta, almeno in parte, indotto dalla tecnica dell'armonizzazione, prescelta per ravvicinare i diritti nazionali dei Paesi membri, e finisce anche per condizionare la scienza giuridica, giacché «gli interventi del legislatore comunitario, mentre introducono nel sistema dogmatico del nostro diritto privato un nucleo di principi comuni a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, in pari tempo imprimono una spinta all'evoluzione già in atto del sistema verso una ristrutturazione secondo linee di differenziata articolazione di principi e di corrispondenti concetti a livelli meno elevati di astrazione, riferiti ad ambiti diversi di applicazione»²⁶.

Non è senza ragione che le tecniche di tutela messe in campo dal legislatore comunitario rivelino una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie, riscrivendone la dinamica effettuale o contemplandone correttivi

Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, Europa dir. priv., 2004, 1029 s.; Id., *Rimedi specifici e responsabilità* (Perugia 2011), 362 s.

²⁵ Cfr. di Majo, *Il linguaggio dei rimedi* cit., 341.

²⁶ L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Riv. crit. dir. priv., 1992, 518 s.

esterni, ed assai meno di frequente ad intaccarne il cuore. Così è per le tecniche inibitorie degli effetti; per la sanzione *bonne à tout faire* dell'inefficacia (si pensi alle nullità relative, allo *ius poenitendi* etc.); o ancora per le tecniche meramente risarcitorie e per le inibitorie di comportamenti illeciti.

Qualche cenno in più a fini meramente esemplificativi.

Valga il caso della contraffazione. È oltremodo significativo che la reintegrazione dei diritti di proprietà intellettuale non venga garantita sempre e comunque, rimanendo preclusa quando i rimedi reintegratori del diritto violato (ad es. la distruzione dei beni contraffatti) cagionino al contraffattore un danno sproporzionato (art. 12 dir. 04/48/CE).

La rilevanza dei fattori produttivi modula, in altre parole, l'impianto reintegratorio del diritto di privativa, se è vero che la norma europea consente al contraffattore "efficiente" – in ragione del peso marginale che la privativa usurpata riveste nell'economia della sua organizzazione aziendale – misure (un ragionevole indennizzo) alternative ai rimedi correttivi (ingiunzione assistita da penale giudiziale, ritiro dal circuito commerciale o distruzione)²⁷.

Il diritto privato di fonte comunitaria conosce, quindi, tecniche di graduazione del rimedio che inevitabilmente conformano l'interesse tutelato e che si spingono, nell'ipotesi in cui la *property rule* ceda il passo alla *liability rule*, financo ad una sostanziale riallocazione del *property right*: la mera regola di responsabilità rende infatti possibile l'attività dannosa allocandone i costi al danneggiante.

Tale graduazione è fortemente ancorata a scelte di *policy* che si spieghino con logiche settoriali e – ripeto – non si prestano a generalizzazioni: come dimostra in tutt'altro campo la vicenda nostrana dell'accessione invertita, che consente all'autorità pubblica occupante di acquisire la proprietà dell'immobile privato, la quale è incappata nella censura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 30-5-2000, sez. II, Ric. 31524/96), perché in contrasto con l'art. 1 Prot. add. CEDU (tutela della proprietà).

In ambito contrattuale, si può ricordare l'inibitoria contro l'utilizzazione di condizioni generali di contratto contenenti clausole abusive; l'inibitoria all'impresa committente, nel rapporto di subfornitura, di compiere atti che concretizzino un abuso dello stato di dipendenza econo-

²⁷ L. Nivarra, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, Riv. dir. ind., 2005, I, 33.

mica nel quale si trovi l'impresa cliente fornitrice; l'inibitoria contro l'uso di condizioni gravemente inique concernenti la data del pagamento e le conseguenze del relativo ritardo (dir. 00/35/CE).

Se guardiamo alla formazione del contratto, il ricorso alla via rimediabile consente con particolare evidenza di superare i tanti ostacoli di ordine sistematico per andare direttamente al bisogno di tutela: il c.d. diritto di pentimento assicura un tempo di riflessione del contraente-consumatore che si sovrappone alle scadenze classiche della contrattazione, che erano state pensate per *partner* in posizione paritaria e condizioni contrattuali normali, non certo per le c.d. asimmetrie informative.

Addirittura qui il legislatore comunitario più che aggirare finisce con l'annichilire la fattispecie, se è vero che la Corte europea di Giustizia²⁸ ha reputato il consueto auspicio di effettività del rimedio da parte del legislatore comunitario non soddisfatto dalla soluzione accolta dai legislatori nazionali, ossia il mero allungamento del termine di decadenza in caso di mancata o inesatta informazione sullo *ius poenitendi* da parte del professionista. L'antidoto suggerito dalla Corte consiste nella recidibilità *sine die* da parte del consumatore. È un *vulnus* non da poco al principio di vincolatività del contratto.

5.5. *Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea.*

Nella fase attuale del processo di integrazione giuridica, il diritto privato europeo inteso nella sua effettività di sistema di regolazione dei rapporti interprivati può costituire soltanto la risultante del grado di omogeneità originariamente esistente ovvero indotto dal diritto comunitario e da altre fonti sovranazionali nel diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, il quale, mentre ancora si discute di somiglianze e di diversità dei sistemi giuridici nazionali rispetto alla tradizione romanistica, già si sta profondamente modificando.

La proposta definitoria ora avanzata induce, in estrema sintesi, a mettere in luce soprattutto, per quanto possibile, ciò che si è venuto sedimentando, negli ordinamenti europei, del diritto di matrice comunitaria, evidenziando in quale misura questo diritto europeo sia diventato costitutivo dei diritti nazionali. Sullo sfondo, non si possono ignorare

²⁸ Corte eur. giust. 13-12-2001 C-481/99.

neppure gli eventuali apporti delle fonti di diritto transnazionale alla formazione di un diritto europeo uniforme.

Il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte europea di Giustizia va poi tenuto particolarmente presente, giacché ormai lo spirito del diritto comunitario sta permeando anche in via interpretativa i diritti nazionali all'interno di una sorta di circolo ermeneutico a più voci che vede operare il legislatore comunitario e il legislatore nazionale, le corti sovranazionali e le corti nazionali (tra cui quelle costituzionali), le prassi della privata autonomia e la dottrina soprattutto tramite i c.d. codici di fattura per l'appunto dottrinale (PDEC etc.) che ormai funzionano di fatto come fonti in una certa misura concorrenti del diritto europeo in formazione.

Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, per loro caratteristiche originarie o per l'incidenza delle fonti comunitarie o comunque sovranazionali, trova la sua legittimazione formale nei già ricordati artt. 340 e 6.3 TUE, che rispettivamente fanno menzione dei «principi comuni ai diritti degli Stati membri» e delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», e comporta, altresì, un rilancio non più in chiave fenomenologica ma in chiave squisitamente normativa del metodo comparatistico²⁹.

È proprio sul terreno dei «principi comuni», peraltro, che la gerarchia delle fonti, destinata altrimenti ad operare pur sempre in verticale tramite la sovraordinazione della fonte comunitaria alle fonti nazionali, si apre finalmente in orizzontale sino a guadagnare tutto il diritto vigente nello spazio comune e smentisce così anche l'accusa di riduzionismo legalistico rispetto al libero fluire dal basso delle esperienze giuridiche dei Paesi membri che si è formulata talora – come già detto in precedenza – al diritto nascente dell'Unione europea³⁰.

²⁹ A. Gambaro-P.G. Monateri-R. Sacco, *Comparazione giuridica*, Digesto disc. priv., sez. civ., III (Torino 1988), passim.

³⁰ S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, Contr. impr./Europa, 2005, 523 s.; O. Lando, *Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?*, Europa dir. priv., 2006, 1 s.

6. Le basi metodologiche dello studio del diritto privato europeo.

La difficoltà di definirne l'oggetto non è apparsa d'ostacolo a coloro che si sono cimentati col tentativo di dare al diritto privato europeo una prima sistemazione concettuale. Non si tratta, per la verità, di una folla di studiosi giacché – a parte l'azione pionieristica di alcune riviste di taglio generalista (Europa e diritto privato, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, *European Review of Private Law*) – le opere trattatistiche o manualistiche correnti hanno inteso per lo più il diritto europeo come sinonimo di diritto comunitario.

È ancora non del tutto chiaro, infatti, che il compito del giurista dell'epoca contemporanea risulta profondamente cambiato. In precedenza il suo contributo scientifico mirava a ricostruire su basi razionali il sistema, resolvendo i conflitti e le aporie tra le disposizioni normative e tra le norme che vi si traevano. Il metodo dogmatico determinava, però, una sorta di distacco del giurista dalla realtà ed è in questo senso che si era soliti contrapporre all'astrattismo e al concettualismo della scienza giuridica la concretezza e l'approccio empirico della giurisprudenza.

Il mutamento di paradigma della scienza giuridica si rivela oggi una necessità imposta dalle caratteristiche attuali del fenomeno giuridico connotato dal pluralismo e dal polimorfismo, che concorrono alla strutturazione di un'inedita figura di sistema, il quale si presenta, per così dire, aperto. Un'idea di sistema che non può abdicare alla tensione alla razionalizzazione del bruto dato normativo e alla coerenza logica se non vuole smentire la sua stessa funzione; ma che sconta un più alto tasso di problematicità e una minore propensione all'elaborazione del concetto che non trovi nel diritto positivo la propria legittimazione e nella rilevanza pratica la propria giustificazione. Ne consegue che la scienza giuridica non può rimanere attestata per l'appunto sul terreno astratto dei concetti, ma deve muoversi nell'ambito concreto della prassi, individuando le diverse *rationes* che informano le diverse normative in vista dell'elaborazione di un sistema meno pietrificato di quanto fosse in passato.

Nel concepire uno studio organico del diritto privato europeo un solo *caveat* sembra veramente imprescindibile ed ha natura formale: la fissazione di un *discrimen* tra quanto nello spazio giuridico europeo è già vincolante *erga omnes* e quanto costituisce ancora soltanto il materiale di un edificio comune *in progress*.

Una volta ribadito un tale *discrimen* il resto non può che rimanere affidato ad un'opera di concettualizzazione flessibile che adotti metodo-

logie e stili di trattazione differenziati in rapporto alla multiforme fenomenologia dell'oggetto.

6.1. *La comparazione in senso classico.*

L'esempio è quello della proprietà che è tuttora negletta come istituto generale dall'azione comunitaria e dalle altre fonti sovranazionali e va, quindi, studiata come per il passato raffrontando i sistemi di *civil law* e di *common law* nel solco del diritto romano e del diritto comune³¹ ma con l'avvertenza che un veicolo unificante opera da tempo ed è rappresentato dalla moderna e spontanea ricerca – che accomuna tutte le esperienze – di un osso di seppia del paradigma proprietario quale presupposto necessario e sufficiente di una economia di mercato.

6.2. *La ricostruzione sistematica.*

L'esempio è quello di taluni ambiti dei diritti nazionali – come l'*intellectual property*³² – dove sulla scorta del diritto comunitario o comunque delle fonti sovranazionali si sono venuti formando dei corpi normativi omogenei ed ormai abbastanza assestati o per meglio dire dei microsistemi trasversali.

Una variante è rappresentata da quegli ordinamenti di settore (la concorrenza³³ o la *privacy*) nei quali compiti di regolazione (normativi amministrativi o paragiurisdizionali) vengono affidati ad autorità indipendenti che traggono la loro legittimazione dal diritto comunitario quasi a segnare il deperimento nello spazio giuridico europeo delle tradizionali funzioni statuali.

6.3. *L'esegesi.*

Il metodo esegetico si impone tutte le volte in cui – un esempio fra i tanti è offerto dalla vendita di beni di consumo [VII] ma già prima dalla

³¹ Così A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni (Milano 1995), passim; U. Mattei, *La proprietà*, Tratt. Sacco (Torino 2003), passim; P.G. Monateri, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti* (Milano 2008), passim.

³² L. Nivarra, *Il diritto d'autore*, Manuale di diritto privato europeo cit., III, 485 s.

³³ M. Libertini, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, Manuale di diritto privato europeo cit., III, 159 s.