

NAPOLI – Suor Orsola Benincasa – 7 dicembre 2012

Sul c.d. processo di unificazione del “*diritto europeo dei contratti*” ormai si è detto tutto o quasi tutto, anche se si deve riconoscere che sul tema non si è ancora determinata nemmeno una uniformità di linguaggio (e non solo per quanto attiene alla differenza tra costruzione di un diritto comune europeo, formalmente efficace per tutti, e semplice ricerca di una tendenziale uniformità tra diritti nazionali sostanzialmente differenti). La stessa diversità di accenti che si è riscontrata nelle risposte alla consultazione avviata, proprio in tema di contratti, dalla Commissione nel luglio 2001 (e sono passati ormai più di dieci anni) ne sono un chiaro sintomo.

Vorrei qui limitarmi a segnalare – in termini, per così dire, preliminari o di metodo – quali potrebbero essere, a mio giudizio, alcune delle ragioni giustificative di tali difficoltà. Valuteranno poi i colleghi dell’America latina in quale misura queste indicazioni possano operare in un contesto culturale diverso da quello europeo. Naturalmente con la specificazione introduttiva che segnalare gli ostacoli non significa compromettere il conseguimento del traguardo, ma semmai evitare le ambiguità e le incertezze che ci hanno accompagnato in questi ultimi vent’anni (per far data dal momento in cui è stata costituita l’Accademia pavese, della quale mi onoro di far parte).

Lo stesso sintagma “*diritto privato europeo*” (che dovrebbe costituire il presupposto di fondo di tutta la riflessione) non è utilizzato in maniera univoca, taluno intendendolo come un diritto tutto ed esclusivamente di fonte comunitaria, altri invece assumendolo come quel diritto interno che va compreso

e ricostruito nel rapporto di equilibrio fra fonti di diversa derivazione.

La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale ha a lungo oscillato in questa alternativa, talora ragionando nell'ottica di un diritto ricostruibile sulla base di una varietà di fonti non tutte interne al nostro sistema costituzionale (nonostante l'*escamotage* del riferimento all'art. 11), talaltra continuando invece a qualificare il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario come un rapporto fra ordinamenti.

Tutto ciò non deve scandalizzare perché – come sempre accade nelle stagioni di passaggio – viene meno la sicurezza classificatoria che discende dall'uso di categorie tradizionali. Nelle stagioni di sedimentata stabilità politica, economica ed assiologica il riferimento alla categoria qualificante (fonte del diritto, diritto soggettivo, responsabilità, contratto) è data per scontata e l'operatore pratico del diritto, spesso inconsapevolmente, utilizza la categoria come un contenitore preconfezionato, facilmente individuabile, entro il quale collocare i fatti dell'esperienza. Il massimo che gli è consentito, nell'ottica della c.d. comparazione, è di confrontare i risultati del suo procedimento con quelli conseguiti in ordinamenti diversi sulla base di diversi criteri ordinanti e classificatori. Nell'automaticità di un simile procedimento gli sfugge che la categoria giuridica non è un dato che esiste *in rerum natura*, ma nasce sempre da un processo ricostruttivo dell'operatore, anche quando questi lo ritiene per così dire sottinteso o automatico nel riferimento ad una sedimentazione storica o culturale che rende superflua qualsiasi giustificazione argomentativa.

Nella stagione che stiamo attraversando nessun automatismo è possibile, ma ciò non toglie che la maggior parte degli operatori giuridici continui a far riferimento alle vecchie

categorie, ancorché esse abbiano perso gran parte del loro potere qualificante. Si tratta di riformulare le categorie in una dimensione non più statualistica ma comunitaria.

E' questo un primo dato che è necessario tener presente per dare alla riflessione sui temi giuridici quanto meno una uniformità di linguaggio.

Ma vi è un altro presupposto che non va dimenticato. Per lungo tempo i giuristi si sono formati ed hanno operato all'interno di un contesto culturale che, quale che fosse l'idea di "*diritto*" accolta (diritto naturale, diritto positivo, diritto ricavabile da un sistema di valori), muoveva comunque dal postulato che la regola da applicare, indipendentemente dai criteri per la sua individuazione, preesisteva al processo applicativo dovendo il procedimento interpretativo svolgersi entro precisi confini. Oggi non è più così. Basti richiamarsi, per tutti, alle riflessioni recenti di Paolo Grossi, che ha affrontato il problema da più punti di vista, per intendere che il diritto nasce dal basso nella concretezza della vicenda applicativa e che il paradigma normativo costituisce non il presupposto ma il risultato del procedimento interpretativo. Questo, mentre ha condotto a stemperare le differenze tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, ha certamente messo in crisi i procedimenti mentali dei giuristi di formazione continentale. Se, nella stagione del positivismo giuridico, poteva dirsi "c'è una norma, vediamo a quale fatto si applica", ora si parte dal fatto e per regolarlo si attinge ad una pluralità di valori giuridici, della quale la norma predisposta dal legislatore è solo una delle componenti.

Anche coloro che presumono di essere aperti alle novità dell'esperienza si muovono in maniera oscillante ed ambigua: fanno, per esempio, costante riferimento al postulato del "*diritto vivente*" o rendono ossequio al principio di ragionevolezza, sulla base del quale la Corte costituzionale

disarticola in una varietà di situazioni specifiche l'apparente uniformità di un enunciato, ma poi assumono pur sempre il riferimento a talune categorie qualificanti quale necessario punto di passaggio per il procedimento interpretativo. In tal modo da un lato si temporalizza il diritto, dall'altro lo si detemporalizza. Anche questo è un sintomo della crisi in cui oggi versa la scienza giuridica. Come ha bene evidenziato una recente serie di scritti (comparsi nel numero di settembre del *Foro italiano* sotto il titolo “*Europa e scienza giuridica*”), scritti sollecitati da un saggio di Armin von Bogdandy sulle prospettive della scienza del diritto nell'area giuridica europea, nel momento in cui è venuto meno il primato della legge nell'esperienza giuridica, anche la scienza deve adeguarsi prendendo preliminarmente atto che era proprio il modello dogmatico a presupporre la forma codice.

Non va dimenticato che uniformare gli enunciati non basta a far conseguire un risultato uniforme nei vari contesti nazionali. Se infatti il diritto non sta solo negli enunciati e il processo interpretativo implica una pluralità di indici (assetti istituzionali e prassi applicative, giudizi di valori e tradizioni culturali), bisogna essere consapevoli che, ove anche si realizzasse una generale uniformità di enunciati nei diversi contesti nazionali, non per questo si potrebbe garantire, nella persistente diversità di realtà sociali e di punti di riferimento assiologici, una simmetrica utilizzazione di categorie concettuali. E' questo un dato che troppo spesso viene dimenticato e che è invece necessario tener presente se non ci si vuole acquetare in un generico ottimismo dell'impossibile.

Per affrontare correttamente il nostro discorso c'è poi un terzo profilo che è necessario tenere presente. Proprio in relazione a quanto si è detto, sono venuti meno oggi quelli che per lungo tempo sono stati pacificamente ritenuti i presupposti del c.d.

processo di codificazione. Sul finire degli anni '70 Irti ha parlato della c.d. “*decodificazione*”, peraltro assumendola esclusivamente nel rapporto tra codice e leggi di settore, e ha sostenuto che le regole del primo potessero operare solo come criteri di applicazione residuale (persino in tema di analogia) rispetto alla disciplina propria di singoli ambiti (statuto dei lavoratori, legge sull'equo canone etc.). Oggi quel termine si è venuto perdendo nell'uso corrente, ed è invece riemersa, in termini generali, la tesi che il nostro tempo abbia progressivamente perduto l'idea di codice, la sua funzione unificante. Pur senza necessità di riprendere oggi la celebre polemica del 1814 tra Savigny e Thibaut sul principio di codificazione, la stagione del postmoderno accentua, in maniera sempre più evidente, la conversione dall'ottica degli atti di posizione a quella degli atti di riconoscimento, in tal modo spostando decisamente l'attenzione dal momento della codificazione a quello degli effetti. Di questo mutamento di prospettiva può essere indice la circostanza che, mentre il “codice dei contratti” incontra tante difficoltà, la “*lex mercatoria*” (direttamente attuata, per non dire imposta, dalle grandi imprese) assume un ruolo sempre più significativo nel quadro della teoria delle fonti.

Si può dunque dire che noi assistiamo, nel difficile tornante storico che stiamo vivendo, ad una singolare schizofrenia. Da un lato viviamo, nel mondo del diritto, una stagione di c.d. pancotrattualismo. Tutto viene letto nell'ottica del contratto: la sanzione penale con il c.d. patteggiamento, l'atto amministrativo con il c.d. accordo di programma, persino la soggettività giuridica se dobbiamo dare ascolto a quanto dice Mazzù quando parla di soggettività contrattata. Ricordo che io stesso, più di trent'anni fa, mi ponevo il problema della c.d. legge contrattata. Eppure a questo indiscutibile panorama fa da *pendant* la crisi (non solo delle categorie tradizionali del diritto

civile, ma segnatamente) della categoria del contratto. Sono infatti venuti meno quasi tutti i presupposti che hanno storicamente determinato la categoria del contratto e che hanno condotto a schematizzarlo nei modelli codificati: la parità dei soggetti contraenti, la libertà nella scelta dell'interlocutore e nella determinazione del contenuto, la netta separazione tra le vicende dell'atto e quelle del rapporto che da quell'atto prendono vita, l'impossibilità (di regola) per il giudice di interloquire sulla struttura del contratto e segnatamente sull'equilibrio delle prestazioni. E' venuta meno la stessa possibilità di considerare la disciplina generale sul contratto come regola da applicare in linea di principio in mancanza di una disciplina speciale, perché ormai pacificamente si ammette che possa essere la disciplina speciale a risultare estensibile ad altre fattispecie, nonostante la diversa previsione della disciplina generale. Al fondo di tutto questo c'è la disintegrazione del modello classico di mercato concorrenziale e l'incidenza del momento informativo sulla struttura stessa del contratto. In certi casi il contratto più che uno strumento della dialettica concorrenziale diventa un bene esso stesso.

Non si tratta allora solo (come di recente ha lucidamente fatto Alpa) di considerare le diverse "stagioni del contratto", accompagnando storicamente l'evoluzione di un modello definito, ma si tratta semmai di prendere atto della crisi di quel modello, valutandone le implicazioni operative. E non ha certamente torto Rescigno quando riconnette tale crisi alla critica sulla persistente utilità dell'idea di codice.

Tutto ciò ha certamente un'incidenza (e non piccola) sull'attività – che ormai ha già una lunga storia e che certamente è stata utile alla cultura giuridica – volta a dettare un codice europeo dei contratti. A prescindere dal considerare quel che può

significare oggi l'idea di "codice", certo è che con l'espressione "contratto" si dà ormai luogo ad una singolare polivalenza di significati, quella espressione non individuando più un punto di riferimento unitario, idoneo ad individuare la disciplina indipendentemente dai soggetti che lo stipulano, dal contenuto che lo caratterizza, dal luogo in cui è destinato ad operare, dalle modalità con cui è chiamato a determinare gli effetti e persino dagli interessi terzi dal medesimo implicati. Nel linguaggio corrente, non solo dei teorici del diritto ma anche degli operatori pratici, il riferimento al contratto assume una persistente ambiguità, da un lato necessitando comunque di un'aggettivazione o di una specificazione per intenderne l'ambito applicativo, dall'altro imponendo una verifica delle modalità con le quali istituti originariamente destinati ad una applicazione indifferenziata ed uniforme (dagli elementi di struttura ai rimedi) vanno invece di volta in volta dimensionati e differenziati.

La realtà di questa crisi è puntualmente riflessa, almeno in Italia, nei più recenti contributi della dottrina. Così, ad esempio, il Trattato di Roppo sui contratti (uscito per i tipi di Giuffrè) rifiuta programmaticamente sia una previa definizione del contratto, sia una autonoma valutazione del diritto europeo dei contratti, limitandosi a valutare, punto per punto (sul presupposto di rivolgersi prevalentemente ai professionisti pratici), i risvolti della disciplina (peraltro ricostruita sulla base di una pluralità di fonti). Per converso il Trattato diretto da Rescigno e Gabrielli (in corso di pubblicazione per i tipi della Utet), pur muovendo da una riflessione di Rescigno (problematica, ma impostata su parametri classici) sulla categoria generale del contratto, si articola poi su di una serie di contributi che sarebbe difficile ricondurre ad un comune denominatore, si tratti del tipo o del luogo, del soggetto o dell'oggetto (così accostando contratti di garanzia e contratti

del mercato finanziario, contratti del consumatore e contratti di utilizzazione dei beni, contratti di appalto e contratti del turismo e via dicendo).

E' alla luce di queste indispensabili premesse che oggi può essere ripreso e portato avanti (ma liberandosi da alcuni condizionamenti del passato) il discorso su di un “*codice europeo dei contratti*”. Non senza avvertire preliminarmente che le preoccupazioni qui avanzate non possono essere superate – come ha proposto a Lovanio Viviane Reding, Commissaria europea alla giustizia – semplicemente ipotizzando una disciplina opzionale offerta alla libera scelta dei contraenti. I problemi che ho prospettato incidono sui modi di formazione dell'enunciato e non hanno nulla a che vedere con gli eventuali limiti posti alla sua utilizzazione. Oggi, anche all'interno del nostro ordinamento, è consentito alle parti di sottoporre la loro pattuizione alla disciplina di un diritto straniero.

Rescigno, con la sua consueta cautela, ha di recente indicato alcuni dei limiti entro i quali potrebbe muoversi qualsiasi tentativo di unificazione (o armonizzazione) della disciplina dei contratti, avvertendo l'opportunità di abbandonare prospettive pancivilistiche o impropri profili di politica generale. Va tuttavia segnalato che si tratta di indicazioni assolutamente minimali, che in larga misura lasciano sullo sfondo i problemi che ho fin qui schematicamente riassunto e ragionano ancora secondo il paradigma di un contratto in sé e per sé laddove – guarda caso proprio all'interno dello stesso Trattato in cui Rescigno ha collocato la sua riflessione – Gabrielli assume che “la tendenza, sia del legislatore interno che di quello comunitario, [è rivolta] alla considerazione non del contratto in sé e per sé, ma alla valutazione dell'operazione economica nel

suo complesso” (con conseguente radicale mutamento – aggiungo io – dell’approccio giuridico).

Noi oscilliamo tra la logica del codice e quella dei *Restatements*. Da un lato pensiamo di operare secondo la tecnica di documentazione e stabilizzazione di regole già divenute diritto positivo (magari partendo dalla *lex mercatoria*, ormai pacificamente considerata fonte del diritto, ma nella quale sono le parti a fare le regole del mercato), dall’altro pensiamo di dettare qualcosa di più direttamente vincolante, appunto nella logica del codice.

Nell’un caso e nell’altro, tuttavia, dobbiamo essere consapevoli che, nel momento stesso in cui formuliamo una previsione, essa si pone, più che come sedimentazione di un risultato acquisito, come presupposto di un mutamento in atto. E’ questo il nuovo senso che deve darsi a qualsiasi processo di codificazione nel momento in cui si riconosce – come dicevo – che il diritto non deriva dall’alto, nell’ottica degli atti di posizione, ma semmai nasce dal basso, secondo la logica degli atti di riconoscimento. Uniformare il diritto è lo scopo, ma non è detto che questo scopo debba essere perseguito necessariamente attraverso lo strumento del codice o che comunque il codice – ove pure formulato – possa ritenersi sufficiente. Ha ragione Gambaro quando osserva che “i dati stabili, i quali possono fungere da demarcatore sistemologico fra categorie giuridiche, non sono tanto le strutture dei codici civili, quanto il modo con cui ragionano i giuristi e quindi le mentalità giuridiche dominanti” cui si ricollegano “i metodi di insegnamento e i modi di formazione dei giuristi”, nonché “le categorie ordinanti le terminologie”. Anche in questa chiave un seminario come quello odierno può risultare prezioso a condizione che non dimentichi mai di raccordare le indicazioni di dettaglio con i

principî di fondo che mi sono permesso schematicamente di riassumere.

Si deve, in sostanza, dare atto che, nella stagione di passaggio che stiamo vivendo, è difficile pensare ad una formulazione di principî generali dei contratti, che possa ritenersi pacificamente operativa. Una attività di questo tipo non è tuttavia inutile perché, pur in mancanza di un effetto direttamente vincolante, aiuta comunque a coltivare quel processo di armonizzazione dei contesti giuridici, che va in ogni caso tenacemente coltivato, pur nella consapevolezza che esso non può essere perseguito solo attraverso la tecnica degli enunciati.