

L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE DEL DIRITTO COMUNITARIO

Di Massimo Franzoni

SOMMARIO 1. Il diritto comunitario come diritto privato? – 2. Il drafting del diritto comunitario: i nuovi concetti e le definizioni. – 3. L'influenza indiretta del diritto di fonte comunitaria nel diritto interno nel testo delle leggi. – 4. Segue: l'influenza indiretta del diritto di fonte comunitaria nell'interpretazione di quello interno. – 5. Il diritto comunitario per introdurre principi o regole nuove talvolta del diritto internazionale.

Il diritto comunitario come diritto privato?

Da qualche decennio stiamo assistendo ad un fenomeno che si può riassumere nella perdita della sovranità dello Stato, nella produzione delle norme giuridiche, l'art. 117, comma 1°, c.c. ne è la chiara espressione. Nel nostro sistema questo processo ha una duplice causa: una prima deriva dalla innovazione apportata al sistema delle fonti da quel processo andato sotto il nome di globalizzazione; una seconda è conseguente al fatto che, con regolamenti e direttive un diritto di fonte comunitaria, talvolta con sentenza della Corte di giustizia, il diritto privato nazionale è sempre più il risultato di culture diverse che saturano in norme prodotte fuori del par-

lamento italiano. In questa sede mi occuperò soltanto del cambiamento che il diritto privato ha subito in conseguenza dello sviluppo del diritto di fonte comunitaria.

È sufficiente fare una breve ricapitolazione intorno alle figure del consumatore, della *privacy* e della tutela del risparmio, per rendersi conto dell'importanza qualitativa e quantitativa di questo nuovo diritto. La figura del consumatore non è tipica del nostro ordinamento che, specie dopo la unificazione dei codici nel 1942, dunque dopo la scomparsa del commerciante, addirittura male tollera l'idea di un diritto singolare ritagliato a misura di una parte contrattuale (il consumatore appunto). È ben vero che il principio di uguaglianza in senso sostanziale dell'art. 3, comma 2°, cost. ben sarebbe



stato in grado di spiegare la ragione della opportunità di considerare il consumatore in modo diverso da qualsiasi altra parte contrattuale, sul presupposto che solo a queste condizioni sarebbe stato possibile prevedere una tutela. Senonché questa giustificazione data *a posteriori* non dà pienamente spiegazione dell'importanza quantitativa e qualitativa della legislazione in favore dei consumatori.

La sola riflessione sulla normativa in tema di consumatore comporterebbe una rilettura del contratto, poiché la eliminazione della asimmetria informativa che caratterizza la figura del consumatore può essere eliminata agendo sulla disciplina del contratto, quando una delle parti sia proprio un consumatore. All'inizio del terzo millennio, il privatista deve ripensare buona parte degli elementi del contratto, a causa di una nuova regola che non ha fondamento nella tradizione giuridica nazionale, che proviene da un organismo soprannazionale, il cui principale intento è di riavvicinare le singole normative nazionali allo scopo di favorire la concorrenza. Questo comporta un generale ripensamento del dovere di scambio di informazione nel corso delle trattative che probabilmente la sola lettura dell'art. 1337 c.c. non avrebbe consentito.

Ragionamento analogo a questo deve essere ripetuto anche per la normativa sulla *privacy*, diritto questo che, come è noto, non si identifica con il suo precursore, il diritto alla riservatezza, che non è stato abrogato. Il nuovo diritto alla *privacy*, del quale il legislatore italiano si è occupato a far tempo dal 1996, su sollecitazione comunitaria, investe il modo in cui il privato entra in relazione con altri, dovendo necessariamente partecipare propri dati personali. Anche questa disciplina, che non appartiene alla tradizione giuridica nazionale, tramite il diritto comunitario, allinea l'Italia agli altri Paesi del mondo civile, dal momento che il tema della *privacy* ha sensibilizzato tutti, seppure diversi siano stati i modi di svolgerlo.

C'è di più.

Legato al tema della tutela del consumo e della *privacy* si sta diffondendo una disciplina nei diversi settori dell'economia che procede verso l'idea di un consenso informato del consumatore, per il cui rilascio logicamente e preliminarmente è richiesto di aver ricevuto una adeguata informazione sui termini e sulle conseguenze degli atti di autonomia privata da compiere. Questo tema, in Italia, è nato nell'ambito della prestazione medica, ed è stato visto come dovere del professionista medico di consentire il paziente di compiere una scelta consapevole con riguardo a trattamenti, terapie o interventi sulla sua persona.

Da qualche tempo questo tema si è orientato anche verso settori diversi, assimilabili a quelli propri

del diritto dei consumi. Alludo alla disciplina specialistica che tutela il risparmiatore avente causa da un intermediario di prodotti finanziari per il cui acquisto è richiesta addirittura un'informazione per iscritto, ad esempio per scongiurare le conseguenze dell'eventuale conflitto di interessi dell'intermediario. Penso addirittura all'art. 23, ult. comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, meglio noto come Tuf, secondo il quale «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta». O ancora alle disposizioni dirette a garantire non soltanto che l'informazione sia stata resa, ma che questa sia stata compresa dall'interessato nel suo significato effettivo.

Sullo sfondo c'è infine la normativa sulla responsabilità del produttore, antesignana di una serie di norme successive nel tempo che, nate per regolare la concorrenza fra chi ha messo in circolazione un prodotto difettoso, destinato al consumo, è recentemente confluita nel codice del consumo. Questa normativa, seppure nata con finalità squisitamente anticoncorrenziali, di fatto ha proceduto verso l'area della tutela del consumatore. C'è qualche resistenza a questo riguardo, quanto ai limiti che non possono essere modificati dalle singole norme nazionali in senso più favorevole ai consumatori¹, ma la ricollocazione del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224, nell'ambito del codice del consumatore (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), sembra propendere per una precisa scelta compiuta dal legislatore nazionale.

2. Il *drafting* del diritto comunitario: nuovi concetti e le definizioni.

Il consumatore e gli ambiti nei quali questi si trova ad operare di fatto indicano l'area nella quale il diritto nazionale è stato fortemente influenzato dal diritto comunitario; probabilmente è più corretto affermare che in questo ambito il diritto comunitario si è proprio sostituito al diritto interno. La necessità di coordinare regole e principi si sono avvertite quando, in sede di ricezione della diversa normativa, il legislatore nazionale ha incominciato ad impiegare un linguaggio diverso. Riporto due esempi

¹ Cfr. Corte giustizia Comunità europee, 25 aprile 2002, n. 52/00, Corte giustizia Comunità europee, 25 aprile 2002, n. 183/00, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 294, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI R.; *Corriere giur.*, 2002, p. 1140, con nota di CONTI; *Resp. civ.*, 2002, p. 979, con nota di S. BASTIANON; Corte giustizia Comunità europee, 10 gennaio 2006, n. 402/03, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 318, con nota di A.L. BITETTO.

di questo fenomeno. Il primo che mi viene in mente è quello dell'art. 11 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224, rubricato danno risarcibile, secondo il quale «è risarcibile in base alle disposizioni del presente decreto: a) il danno cagionato dalla morte o da lesioni personali; b) la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso, purché di tipo normalmente destinato all'uso o consumo privato e così principalmente utilizzata dal danneggiato» [il corsivo è mio].

Non eravamo abituati ad una tale soggettivazione del danno; la tradizione ci aveva abituati all'idea di un danno emergente e ad un lucro cessante, rilevanti a condizione che le perdite subite o i mancati guadagni fossero in rapporto di causalità con l'evento dannoso. Sembra che il linguaggio del diritto di fonte comunitaria sia per oggetti e non per concetti.

Il secondo esempio è suggerito dalla tendenza invalsa da qualche tempo di utilizzare sempre più frequentemente l'uso delle norme definitorie nel contesto delle leggi. Fra i primi casi troviamo proprio la direttiva sulle clausole abusive, seppure in quella la definizione consumatore e professionista appariva abbastanza legata alla nostra tradizione, si pensi all'art. 832 c.c., che definisce il proprietario, ed all'art. 2082 c.c., che definisce l'imprenditore. Di seguito a questa la tecnica è stata impiegata in modo più accentuato, molto più prossima all'uso che viene fatto nella stesura dei contratti, che non quello di redazioni delle leggi. Ancora il recente codice del consumo offre un efficace esempio: l'art. 3 rubricato «definizioni» qualifica il consumatore, il professionista, il produttore, il prodotto; lo stesso è per l'art. 103 anch'esso rubricato «definizioni» qualifica il prodotto sicuro, il prodotto pericoloso, il rischio grave e così via.

Nel *drafting* delle direttive una funzione latamente assimilabile a quella appena descritta può essere vista nei "considerando". Probabilmente l'influenza di queste note esplicative e programmatiche tipica dei "considerando" ha finito per influenzare anche il legislatore interno al punto da modificare in qualche legge la propria tecnica. Penso a tutti i codici di recente introduzione: quello sulla *privacy*, sulla proprietà intellettuale, sulle assicurazioni, sugli appalti e così via. Penso anche al d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, rubricato «Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori»; al d.lgs. 30 maggio 2005, n. 142, rubricato «Attuazione della direttiva 2002/87/CE relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, nonché all'istituto della consultazione preliminare

in tema di assicurazioni»; al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, rubricato «Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210»; e gli esempi potrebbero proseguire ancora.

Sono portato a pensare che, seppure le norme definitorie non siano completamente estranee alla tradizione giuridica del nostro Paese, tuttavia non avrebbero mai assunto l'importanza di questi anni, senza l'influsso del diritto comunitario. Del resto questa esigenza si spiega richiamando la funzione propria del diritto comunitario che è di rendere omogenee le singole legislazioni interne. Il diritto di fonte comunitaria si occupa di istituti normalmente presenti in tutti gli ordinamenti degli Stati aderenti all'unione, tuttavia talvolta alle stesse parole spesso non corrispondono gli stessi concetti. Si pensi al *Contract* di diritto anglosassone che non si identifica completamente con la nozione di contratto degli ordinamenti di *civil law*.

Dunque, per il diritto di fonte comunitaria, le norme definitorie assumono un valore tutto particolare, tendono a guidare gli interpreti nazionali verso la migliore comprensione del precetto, così da poterlo tradurre nel miglior modo nel diritto vivente dei singoli Paesi. Ciò sul presupposto che le stesse parole possono assumere significati diversi nei diversi Paesi, sicché, con le definizioni, l'intento è di creare la vera uniformità fra i diversi sistemi. Incomincia ad emergere l'idea che l'uniformità fra i diversi ordinamenti chiama in causa il criterio della compatibilità. Questo è un concetto presente nel nostro ordinamento ad esempio nell'art. 1324 c.c. secondo il quale le norme sul contratto in generale si applicano anche agli atti unilaterali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale, nell'art. 2519 c.c., secondo il quale alle società cooperative si applicano le disposizioni sulla società per azioni, in quanto compatibili, e così via. Qui la compatibilità presuppone che il miglior diritto vigente sia il risultato di un adattamento fra quello interno e quello di fonte comunitaria, ma con prevalenza per quest'ultimo.

3. L'influenza indiretta del diritto di fonte comunitaria nel diritto interno nel testo delle leggi.

C'è un'altra influenza esercitata dal diritto di fonte comunitaria nel diritto interno, forse meno apparente, ma non per questo meno importante. Alludo al fatto che la disciplina accordata a certi istituti presenti nei diversi Paesi possa trovare vigenza in quello nazionale anche se la sua disciplina di origine sia diversa.



Anche su questo punto c'è un ambito dove è più evidente l'influenza. Penso ad esempio all'art. 1, comma 4°, l. 10 ottobre 1990, n. 287, c.d. l. anti-trust, secondo la quale «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Il diritto oggettivo è interno, dunque, deve essere riletto alla luce dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea. Sulla effettiva portata di questa regola basti pensare alle situazioni assimilabili a quelle riconducibili al tema degli aiuti di Stato alle imprese: queste, se riguardate alla luce del solo diritto interno, probabilmente non darebbero luogo ad alcunché, sul piano concorrenziale. Al contrario, poiché gli aiuti di Stato sono ammessi nei limiti previsti dall'art. 87 (ex 92) del Trattato, ciò impone di ripensare il ruolo dello Stato nell'economia anche agli effetti dei rapporti concorrenziali fra le imprese dello stesso Stato.

Penso ancora all'art. 30, comma 5°, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo il quale «restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici»; ed all'art. 69, comma 1°, ibidem, secondo il quale «le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere». Qui il tema può apparire estremamente tecnico e settoriale, ma il punto resta il medesimo di quello appena incontrato: i principi dell'ordinamento comunitario sono quelli cui occorre fare riferimento per interpretare le norme del diritto interno. Probabilmente occorre riflettere sulla opportunità di ripensare il diritto privato interno alla luce dei principi del diritto comunitario, così come qualche anno fa fu suggerito e praticato con riguardo ai principi ed ai valori della Costituzione. Al momento è ancora prematuro concludere in questo modo.

C'è poi l'art. 3 bis d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. Codice dell'ambiente, rubricato «Principi sulla produzione del diritto ambientale» il quel dopo aver previsto che «i principi posti dal presente articolo e dagli articoli seguenti costituiscono i principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli artt. 2, 3, 9, 32, 41, 42 e 44, 117, commi

1° e 3°, della Costituzione e nel rispetto del Trattato dell'Unione europea», dispone al comma ult.: «i principi ambientali possono essere modificati o eliminati soltanto mediante espressa previsione di successive leggi della Repubblica italiana, purché sia comunque sempre garantito il corretto recepimento del diritto europeo»². Qui è ancora più esplicito il fatto che i principi della materia sono quelli del diritto comunitario, al punto che c'è il legislatore nazionale ha avvertito la necessità di segnalare la necessità della abrogazione espressa da parte di leggi le quali, comunque, devono garantire «il corretto recepimento del diritto europeo». Qui addirittura il diritto di fonte comunitaria è diventato il diritto europeo.

C'è un altro ambito nel quale l'influenza del diritto comunitario è meno evidente, ma non per questo meno importante. Così è accaduto che alcuni cittadini danesi, volendo costituire una società a responsabilità limitata, senza il minimo di capitale richiesto in quello Stato, avevano costituito la società in Inghilterra, dove non è richiesto un capitale minimo. Quindi avevano trasferito la sede amministrativa ed operativa in Danimarca, ma lì avevano incontrato la resistenza del locale ufficio del registro in sede di iscrizione. La questione, banale all'apparenza, è stata portata all'attenzione della Corte di giustizia la quale ha deciso in favore dei soci danesi. L'argomento è stato che «la libertà di stabilimento delle persone giuridiche non consente ad uno stato membro di rifiutare la registrazione nel proprio territorio della succursale di una società costituita in un altro stato membro, neppure nel caso in cui la legislazione di quest'ultimo stato preveda requisiti meno rigorosi di costituzione e la società sia destinata ad operare unicamente nello stato ove ha istituito la succursale»³. In concreto, per effetto del Trattato di Roma, i rapporti fra gli aderenti sono regolati in modo diverso da quelli del comune diritto internazionale privato. È accaduto ancora che un laureato in giurisprudenza in Italia si sia trasferito in Spagna e lì abbia ottenuto l'iscrizione all'albo degli avvocati. Successivamente, ritornato in Italia, questi

² Questo articolo è stato introdotto dall'art. 1, comma 2°, d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4

³ Corte giustizia Comunità europee, 9 marzo 1999, n. 212/97, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 317, con nota di S. FORTUNATO, *La mobilità transfrontaliera delle società nel diritto comunitario: il caso «Centros»*; *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 73, con nota di S. MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*; su questo precedente rinvio alle ampie riflessioni di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 91. Probabilmente proprio questo ha influenzato il legislatore nella redazione dell'art. 2507 c.c. a proposito del trattamento giuridico delle società costituite all'estero che deve essere effettuato in attuazione dei «principi dell'ordinamento delle Comunità europee».

abbia chiesto l'iscrizione nel corrispondente albo degli avvocati, pur senza aver sostenuto l'esame di abilitazione, neppure in Spagna, poiché in quel Paese non è contemplato. I giudici italiani hanno accolto la domanda dell'attore, sul presupposto che il titolo per la richiesta proveniva da un Paese dell'Unione europea, così come dispone l'art. 52, comma 2° *ter*, direttiva del consiglio 21 dicembre 1988 n. 89/48/Cee⁴.

Lo studio degli ordinamenti un tempo effettuato per meri fini di comparazione, dunque per assolvere prevalentemente ad una funzione culturale, oggi occupa lo spazio del diritto vigente. In altri termini il diritto comunitario è la chiave che dà ingresso nel diritto interno ad un diritto vigente in un altro Paese, poiché influisce nella creazione dei «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12, comma 2°, disp. prel. legge). Questo diritto, dunque, per il tramite del diritto comunitario, finisce per non essere equiparabile ad un diritto straniero, diventa una sorta di diritto residuale, applicabile soltanto ricorrendo certe condizioni, come ad esempio il richiamo della legge, ed anche in deroga rispetto al diritto interno.

4. *Segue: l'influenza indiretta del diritto di fonte comunitari nella interpretazione di quello interno.*

Finora abbiamo esaminato l'influenza del diritto di fonte comunitaria, quando questo si sostituisce o si aggiunge a quello interno. C'è un altro caso che può essere preso in esame, meno evidente, ma ugualmente importante. Può accadere che l'interpretazione su un certo istituto sia oscillante tra una o un'altra soluzione. In passato è accaduto che la vendita fiduciaria a scopo di garanzia sia stata catalogata fra i contratti conclusi in violazione dell'art. 2744 c.c., che pone il divieto del patto commissorio, talaltra fra i contratti in frode all'art. 2744 c.c., qualche volta ancora quella vendita è stata ritenuta valida⁵. Lo stesso sta accadendo ora a proposito del contratto di *sale and lease back*⁶. Evidentemente le motivazioni che conducono a questi

⁴ Seppure ad altro proposito Corte giustizia Comunità europee, 14 luglio 2005, n. 142/04, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2005, p. 713 (m).

⁵ È ancora molto attuale la Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428, con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*; e di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*.

⁶ Per qualche riferimento, cfr. Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Mass. Foro it.*, 2006, p. 150; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1251; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Banche dati Foro it.*, 1987-2005.

risultati sono diverse, nella scelta fra quelle da impiegare può essere adoperato quello fondato su un diritto di fonte comunitaria? Così può risultare da preferire quella motivazione che trova il supporto anche di una tesi elaborata in sede comunitaria?

Naturalmente propendo per la soluzione affermativa e nel proporla riporto un esempio che in ipotesi avrebbe potuto originare da un caso concreto. È recente la riforma in tema di patto di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55), con la quale è stata introdotta una nuova disciplina, ed in particolare è stato modificato il regime del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). Stante il divieto posto dalla norma codicistica, tutti ritenevano che i patti successori fossero nulli. Tuttavia, proprio perché il fondamento di quel divieto riposa sul valore della famiglia, si potrebbe ritenere che il divieto investa la causa del contratto agli effetti dell'art. 1343 c.c. Con la conseguenza che di nullità per illiceità si tratterebbe e non di mera nullità per illegalità, quindi quel patto non potrebbe essere convertito (art. 1424 c.c.), la transazione su quel patto sarebbe anch'essa irrevocabilmente nulla (art. 1972, comma 1°, c.c.).

Se si accoglie l'idea che la norma imperativa che causa la illiceità della causa è tale quando pone un divieto che neppure la legge potrebbe contravvenire, poiché altrimenti sarebbe compromesso l'ordine dei valori a presidio dei quali è dato lo stesso ordine pubblico, occorre ora valutare se l'art. 458 c.c. sia da ricondurre ad un siffatto concetto di ordine pubblico.

Pur nel divieto codicistico dei patti successori, c'è una Raccomandazione della commissione del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE), la quale, anche nei «considerando», pone l'esigenza di introdurre misure dirette a favorire la successione nella piccola e media impresa⁷. Nell'art. 1, espressamente prevede che «gli Stati membri sono invitati ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti di lavoro». Il senso è che nei pensieri del legislatore comunitario l'esigenza di garantire la continuità dell'impresa è ritenuta prevalente rispetto al disvalore alla famiglia creato con un patto successorio. Ne discende che, avendo la Commissione raccomandato una modifica legislativa dei singoli ordinamenti, non sarebbe stato coerente attribuire all'art. 458 c.c. la natura di una norma di ordine pubblico: non può essere di ordine pubblico una

⁷ Tutti gli obiettivi e gli inviti della Raccomandazione sono stati successivamente ribaditi nella Comunicazione della Commissione 98/C 93/02 (pubblicata sulla G.U. 28 marzo 1998, n. C 93) «relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese».



norma il cui divieto si suggerisce di derogare⁸.

Evidentemente il problema posto resta soltanto teorico, poiché la l. 14 febbraio 2006, n. 55, ha consentito di contenere il divieto dei patti successori. Senonché di fronte all'obiezione che qualcuno potrebbe sollevare circa la illegittimità costituzionale della deroga prevista, poiché limitata al solo caso dell'esercizio dell'impresa, come potrebbe replicare la corte costituzionale chiamata a decidere della questione alla luce del contrasto con il principio di uguaglianza dell'art. 3 cost.? Verosimilmente la Corte dovrebbe decidere che l'interesse alla continuazione dell'impresa, suggerito anche da disposizioni di carattere comunitario, rende disuguali la condizione giuridica dei legittimari che, pertanto, non possono lamentare la lesione del principio di uguaglianza formale.

In definitiva il diritto civile nazionale cessa di essere auto referenziale, quantomeno sul piano della cultura e del sistema delle fonti, per diventare un tutt'uno con quello di fonte comunitaria. Per la verità, quanto al modello che risulta, anche senza voler risalire ai tempi del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo, la cessazione dell'assoluta autoreferenzialità dei diritti codificati è terminata in Italia negli anni '60, quando da giuristi appartenenti a discipline diverse è stata proposta l'idea di una generale rilettura delle norme dell'ordinamento giuridico a partire dai principi e dai valori costituzionali.

Così, ad esempio, Stefano Rodotà ha proposto la rilettura costituzionale della proprietà, della responsabilità civile e del contratto, in buona sostanza di tutto il diritto civile; Franco Bricola ha proposto una teoria del reato frutto di rilettura costituzionale; qualche tempo dopo, Franco Cordero ha tentato di ricostruire alcuni principi del processo penale sulla scorta delle norme costituzionali. In estrema sintesi il tema è stato quello di valorizzare i diritti codificati, legittimandoli attraverso i principi della carta fondamentale. Questa intesa non soltanto come testo normativo di valore superiore nella gerarchia delle fonti, in presenza dell'art. 138 cost., ma come testo che giustifica ideologicamente le fonti di rango inferiore, una sorta di nuova norma fundamenta-

le che procede verso un neo giusnaturalismo. In buona sostanza alla costituzione è stato affidato il ruolo di serbatoio di valori al quale attingere per consentire la soluzione di problemi concreti attraverso l'adozione di una regola tecnica legittimata dal peso della norma costituzionale⁹.

Orbene, questo processo non è ancora terminato, basti pensare che le sentenze più importanti in un qualsiasi settore del diritto privato trovano in motivazione il rinvio ad una norma costituzionale. Ora la legittimazione, che muove l'interprete nella creazione del diritto vivente, si è estesa anche al diritto di fonte comunitaria, non è più limitata soltanto alla carta costituzionale. Questo processo è parallelo a quello andato sotto il nome di globalizzazione, tuttavia se ne differenzia, poiché la sua causa è proprio il trattato di Roma e non invece la mondializzazione dell'economia. Qui la fonte di legittimazione portata dal diritto di fonte comunitaria origina dal trattato di Roma, mentre nel processo di globalizzazione la spersonalizzazione del sistema delle fonti del diritto, spesso estraneo ai meccanismi di rappresentanza tipici dei sistemi della politica fino alla seconda guerra mondiale, è una conseguenza della trasformazione in senso planetario dell'economia, dunque del superamento della dimensione nazionale della produzione industriale¹⁰.

5. Il diritto comunitario per introdurre principi o regole nuove talvolta del diritto internazionale.

Il diritto di fonte comunitaria, inoltre, svolge una ulteriore funzione: quella di introdurre nell'ordinamento interno categorie proprie di ordinamenti diversi, anche di quelli di *common law*. Alludo al ruolo che sta assumendo la categoria della ragionevolezza a metà tra concetti elastici conosciuti (diligenza, buona fede, correttezza) e principio di compatibilità, inteso questa volta come quella soluzione che garantisce il miglior grado di effettività al

⁸ Cfr. Cass., 28 maggio 1993, n. 5954, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1216: «l'ordine pubblico italiano si identifica con il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e delle regole inderogabili, poste dalla costituzione e dalle leggi, immanenti ai più importanti istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo»; la Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Mass. Foro it.*, 2002, si spinge oltre, giungendo ad affermare che esiste un concetto di «ordine pubblico internazionale, costituito dai (soli) principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico», così inteso l'ordine pubblico sembra raccogliere principi appartenenti al diritto naturale.

⁹ La vicenda della rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. ha seguito questo preciso percorso: Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; e Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, pubblicate su tutte le principali riviste, fra le quali *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota adesiva di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*. Il *dictum* è stato confermato dalla Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *ibidem*; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in tutte le principali riviste, fra cui *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale.

¹⁰ Ho affrontato espressamente questi temi in M. FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contratto e impr.*, 2003, p. 565 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 43 ss.

diritto vivente. Ma procediamo con ordine.

L'importanza di questa nuova categoria la si apprezza se soltanto si fa una ricerca con l'ausilio di qualche mezzo informatico. Qualche dato, seppure di larga massima, può essere indicativo. Se ricerchiamo la ragionevolezza all'interno della legislazione comunitaria troveremo la ricorrenza del termine per circa 1830 volte; se la stessa ricerca è rivolta alla legislazione nazionale troveremo che quel termine ricorre almeno 70 volte. Il dato più sorprendente è che la medesima parola ricorre ben 62 volte nei principi Unidroit del 2004.

Inoltre c'è un uso del medesimo termine da parte della giurisprudenza ordinaria alquanto elevato: così nella voce "Contratto in genere" del Repertorio del Foro italiano troviamo 53 massime con quella parola; nella voce "Obbligazioni in genere", 22 massime. Il dato più singolare è che, limitando al ricerca alle massime della Cassazione, troviamo 2883 massime, e se ripetiamo la stessa ricerca indicando come inizio della parola "ingiust" ne otteniamo 3427. Ora, se consideriamo che ingiusto, ingiustizia, ingiustamente e così via ricorrono frequentemente, ed in contesti normativi affatto diversi, nel linguaggio dei civilisti così come in quello dei penalisti, possiamo apprezzare il rilievo del dato delle 2883 massime, digitando la parola "ragionevol"¹¹.

Una prima osservazione va indirizzata proprio all'uso della parola ragionevolezza, dal momento che in molte ipotesi questa si identifica con i concetti di diligenza o di colpa¹², con un ulteriore criterio per valutare l'esattezza dell'adempimento (ad es. termine ragionevole), come sinonimo di correttezza e di buona fede¹³, altre volte ancora come giudizio

¹¹ Da questa indagine svolta verso la metà del 2007, volutamente non ho preso in esame l'impiego che della ragionevolezza fa la Corte costituzionale, poiché questo risponde ad diversa funzione, non accostabile a quella di cui si sta indagando. Quella Corte, infatti, impiega il termine per rilevare che, nel caso sottoposto, la norma comune (per irragionevolezza) crea una disuguaglianza da apprezzarsi agli effetti dell'art. 3, comma 1°, cost. Per tutti questi aspetti, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002.

¹² Così ad es. l'art. 181, comma 4°, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, e l'art. 12, comma 3°, lett. h), l. 28 dicembre 2005, n. 262, impiegano l'espressione *investitore ragionevole* e non quella della tradizione: *investitore diligente*.

¹³ Cfr. ad es. l'art. 129, comma 2°, lett. c), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, rubricato «*Conformità al contratto*», secondo il quale si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se «c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Qui la funzione della ragionevolezza è di garantire un certo equilibrio nel sinallagma del contratto che è tipico della buona fede nell'esecuzione.

prognostico¹⁴. Verrebbe da chiedersi la ragione per la quale il legislatore nazionale, dovendo dare attuazione alle direttive comunitarie, non abbia scelto di tradurre quella parola secondo il contesto linguistico di riferimento per il diritto interno. Per l'interprete, sarebbe inutile cercare scorciatoie che passano attraverso la "pigrizia" del legislatore che predilige sempre e comunque una traduzione letterale, anziché concettuale, come dovrebbe essere. Il dato oggettivo è che ora accanto alla diligenza, alla colpa, alla correttezza, alla buona fede, talvolta anche all'equità, troviamo la ragionevolezza, nata in ordinamenti di *Common law*. Questo significa che una certa terminologia, cui non necessariamente resta attaccato il riferimento concettuale dell'ordinamento giuridico originario, dato che questo dipende dalla cultura dell'interprete, trova una nuova allocazione. Anche nell'ordinamento giuridico italiano, per il tramite del diritto di fonte comunitaria, ha fatto ingresso la ragionevolezza la quale, non necessariamente dovrà continuare ad essere declinata nella diligenza, nella correttezza e così via. Anche questo può essere catalogato come una influenza del diritto di fonte comunitaria nel diritto interno, passibile di produrre mutamenti nel diritto vivente.

C'è anche un altro uso del termine ragionevolezza sul quale vale la pena di soffermarsi. Così quando si allude al fatto che «un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (ora art. 117 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), seppure con linguaggio diverso si allude alla ragionevolezza, da intendersi quale sinonimo di solidarietà ed equilibrio all'interno di un rapporto fra soggetti in posizione contrapposta. Nell'ambito del rapporto contrattuale questa funzione è assolta pro-

¹⁴ Ad es. l'art. 2427 bis, comma 3°, lett. b), c.c., rubricato «*Informazioni relative al valore equo "fair value" degli strumenti finanziari*, prevede che il *fair value* è determinato con riferimento «b) al valore che risulta da modelli e tecniche di valutazione generalmente accettati, per gli strumenti per i quali non sia possibile individuare facilmente un mercato attivo; tali modelli e tecniche di valutazione devono assicurare una ragionevole approssimazione al valore di mercato». Lo stesso dicasi per l'art. 2426, comma 1°, n. 1, c.c., secondo il quale le immobilizzazioni sono iscritte al costo di acquisto o di produzione, computando «anche altri costi, per la quota ragionevolmente imputabile al prodotto, relativi al periodo di fabbricazione e fino al momento dal quale il bene può essere utilizzato; con gli stessi criteri possono essere aggiunti gli oneri relativi al finanziamento della fabbricazione, interna o presso terzi».

Alle conclusioni del testo era già giunto S. TROIANO, *I riferimenti alla «ragionevolezza» nel diritto dei contratti: una prima classificazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 200; ID., «*Ragionevolezza» e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità*, *ivi*, 2006, p. 679; e più diffusamente ID., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.



prio dalla buona fede dell'art. 1375 c.c. Nell'ambito dell'illecito aquiliano questa stessa funzione è assoluta dalla solidarietà sociale dell'art. 2 cost. filtrata attraverso l'ingiustizia del danno dell'art. 2043 c.c.

Ancora secondo l'art. 2467, comma 2°, c.c., rubricato «*Finanziamenti dei soci*», «ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, «in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento». Qui pare che la ragionevolezza svolga una funzione diversa, quella di guida per l'interprete verso la migliore qualificazione del fatto o dell'atto. In un significato analogo troviamo ancora la ragionevolezza nell'art. 180, comma 1°, lett. c), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, quando nel definire le «prassi di mercato ammesse», la legge dispone che sono tali quelle «prassi di cui è ragionevole attendersi l'esistenza in uno o più mercati finanziari e ammesse o individuate dalla CONSOB in conformità alle disposizioni di attuazione della dir. 2003/6/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003».

Gli esempi potrebbero proseguire ancora ma paiono già sufficienti per concludere che la modifica del diritto interno provocata dal diritto di fonte comunitaria può trovare causa anche dalla interferenza tra le diverse lingue. Certo l'impiego della parola ragionevolezza, ossia l'uso di un concetto elastico, è sintomatico del modo in cui il diritto di fonte comunitaria intende trovare applicazione nei diversi ordinamenti: attraverso l'adattamento ossia sfruttando la migliore compatibilità possibile. La logica è quella della creazione di un sistema uniforme, di dimensione soprannazionale, creando le condizioni per le quali, per così dire "dal basso", i singoli ordinamenti nazionali possano produrlo.

Infine, ci sono casi nei quali il diritto comunitario è lo strumento per recepire principi in senso lato riferibili al diritto internazionale. Penso all'art. 2427 c.c., nel testo vigente, rubricato «*Contenuto della nota integrativa*», nel cui comma ult., è previsto che, «per le definizioni di "strumento finanziario", "strumento finanziario derivato", "*fair value*", "parte correlata" e "modello e tecnica di valutazione generalmente accettato" si fa riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea». Analoga disposizione è contenuta anche nell'art. 38, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, in un comma aggiunto dall'art. 4, comma 2°, d.lgs. 30 dicembre 2003, n. 394. Nella precedente versione di questo decreto il riferimento andava «ai principi contabili

riconosciuti in ambito internazionale e compatibili con la disciplina in materia dell'Unione europea».

In queste disposizioni è inequivoco che i principi contabili internazionali non abbaino la fonte nel diritto nazionale e neppure in quello comunitario. Qui il diritto comunitario diventa lo strumento per superare la necessità di un recepimento nazionale di quei principi; l'uniformazione del diritto interno, cui tende il diritto comunitario, sembra una porta aperta al processo di globalizzazione del diritto.