

SCIENZA GIURIDICA, POLITICA ED ECONOMIA NELL'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO\*

ALESSANDRO SOMMA\*\*

**Sommario**

1. Sulla opportunità e possibilità di un diritto uniforme. – 2. Mutazione giuridica, metodologia comparatistica e uniformazione del diritto. – 3. Codificazione e uniformazione del diritto privato. – 4. Al servizio del principe: sul ruolo della dottrina nella costruzione del diritto privato europeo. – 5. Segue: il solidarismo impossibile. – 6. Uniformazione del diritto e modelli economici: il capitalismo neoamericano. – 7. Segue: federalismo hayekiano e neoliberalismo. – 8. Uniformazione vs concorrenza tra ordinamenti giuridici? – 9. Il ruolo delle corti: l'uso giurisprudenziale della comparazione. – 10. A mo' di conclusione: uniformazione del diritto privato e federalismo solidarista.

**Abstract**

*Even if the movement towards uniform law is slowing down, due to growing concerns about its possibility and opportunity, the convergence of national law is somehow evolving. A possible way of tackling the many problematic aspects of this topic, is to analyse the role of legal science, politics, and judges on this regard, i.e. to outline the contribution of scholars, legislators and courts to the formation of uniform law. The main argument of this contribution is that they are primarily committed to enhance a neoliberal way of conceiving the economic order, since unification of law along alternative values is incompatible with the current idea of interpreting the role of the State.*

**Suggerimento di citazione**

A. SOMMA, *Scienza giuridica, politica ed economia nell'uniformazione del diritto privato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

\*\* Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università La Sapienza di Roma.  
Contatto: [alessandro.somma@uniroma1.it](mailto:alessandro.somma@uniroma1.it)

### 1. Sulla opportunità e possibilità di un diritto uniforme

Negli ultimi tempi il tema dell'uniformazione del diritto<sup>1</sup>, come si sa al centro di dibattiti risalenti e partecipati, ha attirato l'attenzione dei comparatisti di sensibilità privatistica interessati a riflettere criticamente sulla globalizzazione. Dopo una fase iniziale caratterizzata dal favore per il fenomeno, per molti aspetti ispirata da idealità quali il proposito di favorire un diffuso riconoscimento dei diritti fondamentali e il dialogo tra i popoli<sup>2</sup>, questo viene sempre più stigmatizzato per la sua capacità di indurre una insidiosa omologazione di tutte le sfere in cui si verificano gli sconfinamenti tipici di quel fenomeno: politica, economica e culturale. Si è nel merito sostenuta l'opportunità di superare visioni etnocentriche del fenomeno diritto<sup>3</sup>, e di assumere la tutela dell'identità a motivo ispiratore dei raffronti. Più in generale si è promosso l'abbandono dei paradigmi ereditati dalla modernità, attenti più a ciò che unisce gli oggetti del raffronto, a favore di paradigmi capaci di far emergere ciò che li differenzia.

Si è insomma proposto di accedere a una comparazione condotta secondo un metodo contestualista contrapposto in particolare al metodo funzionale<sup>4</sup>, attenta a valorizzare quanto non da ieri si indica con espressioni quali tradizione, esperienza o cultura giuridica<sup>5</sup>. Il tutto per risintonizzarsi con il significato etimologico di «comparazione», che implica il mettere alla pari, tuttavia non per rendere omogeneo, bensì per consentire la «coesistenza pacifica di quanto viene considerato uguale»<sup>6</sup>: per consentire coabitazioni «nella riconoscenza e nel rispetto di una specificità attraverso la quale deve passare chiunque possa pretendere di partecipare a una comprensione nel senso forte del termine»<sup>7</sup>.

Questi propositi hanno dato vita a una forma di comparazione militante in quanto pretende di evidenziare le diversità contro i tentativi di soffocarle

<sup>1</sup> La locuzione «diritto uniforme» si intende qui in senso lato, per includere le diverse forme che assume il superamento della diversità tra diritti nazionali, quindi senza distinguere tra unificazione e armonizzazione. Sugli aspetti terminologici del tema, per tutti J. BONELL, Voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 45, Milano, Giuffrè, 1992, 720 s.

<sup>2</sup> Sulla scia della letteratura influenzata dal dramma del secondo conflitto mondiale: per tutti M. SARFATTI, *Comparative law and the unification of law*, in *Tulane Law Review*, 26, 1951-52, 317 ss.

<sup>3</sup> Ad es. W. TWINING, *Globalisation and Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (a cura di), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2007, 69 ss.

<sup>4</sup> T. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della creatività. Verso un approccio flessibile*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 3, 2019, 185 s.

<sup>5</sup> V. rispettivamente J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* (1969), Milano, Giuffrè, 1973, 7 ss.; R. ORESTANO, *Della esperienza giuridica vista da un giurista* (1980), in ID., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 505 ss. e M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 1998, 498 ss.

<sup>6</sup> H.P. GLENN, *The national legal tradition*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 11, 2007, 15.

<sup>7</sup> P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, V ed., 2015, 94.

attraverso l'esaltazione delle comunanze, quindi di concentrare l'attenzione sulle «coordinate di tempo e di luogo» e persino sulla «fugacità»: per promuovere «l'identità culturale dei popoli come degli individui», elevando la diversità a «valore giuridico»<sup>8</sup>. Una comparazione che a ben vedere sviluppa la riflessione sul pluralismo giuridico in aspetto privilegiato dalla comparazione nella sua essenza di critica radicale ai dogmi ereditati dalla tradizione, primi fra tutti quelli alimentati da chi riduce il diritto alle sue fonti formali di produzione<sup>9</sup>. E che si definisce postmoderna per ricondursi a quell'insieme complesso e variegato di opzioni culturali tenute insieme dal proposito di contrapporsi alle tensioni uniformanti della modernità, di combattere la sua aspirazione alla «programmazione della totalità sociale»<sup>10</sup>.

Certo, il riferimento alla postmodernità non consente di qualificare in termini più circostanziati l'approccio alla comparazione cui rinvia la reazione alla modernità, e tuttavia esso restituisce il senso della diffidenza, se non dell'avversione, con cui si guarda all'uniformazione del diritto. Una diffidenza e una avversione condivisa da chi non solo sostiene l'inopportunità di quest'ultima, bensì anche e soprattutto la sua impossibilità dal punto di vista teorico, prima ancora che pratico.

Non si potrebbe cioè formare un diritto uniforme in quanto le sue proposizioni sono comunque interpretate a livello locale, e questo impedisce di accantonare le differenze: il diritto non è «atopico», perché in quanto «atto linguistico» non può mai produrre «un significato universale»<sup>11</sup>. Se dunque le regole possono anche apparire come uniformi, lo stesso non può dirsi per il significato loro attribuito dagli interpreti, il cui apporto creativo appare ineliminabile e alla base di una irrimediabile diversità del diritto e nel diritto<sup>12</sup>. Con buona pace di chi pensa di aggirare il problema accompagnando l'uniformazione del diritto con quella della formazione del giurista<sup>13</sup>, sulla scorta di quanto si era sperimentato nell'ambito del movimento di *Law and development*: con risultati tanto effimeri da determinarne il fallimento<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Rivista di diritto civile*, 43, 1997, I, 813 ss. Anche ID., *Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 22, 1997, 230 ss.

<sup>9</sup> G. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, 695.

<sup>10</sup> J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), Milano, Feltrinelli, 1999, 27.

<sup>11</sup> P. LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., 88 e 102 s.

<sup>12</sup> P. LEGRAND, *What "Legal Transplants"?*, in D. NELKEN, J. FEEST (a cura di), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, 55 ss.

<sup>13</sup> Ad es. A. FLESSNER, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, 243 ss.

<sup>14</sup> Cfr. D.M. TRUBEK e M. GALANTER, *Scholars in Self-Estrangement. Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, in *Wisconsin Law Review*, 4, 1974, 1078 ss.

Militerebbe a favore della impossibilità di un diritto uniforme anche l'affermazione che essa è una conseguenza naturale della variazione, la quale costituisce a sua volta il motore dell'evoluzione: tanto che «la diversità è la proprietà del reale». E tuttavia, diversamente da quanto avviene negli ambiti studiati dalle scienze dure, la cultura e quindi anche il diritto viene interessata dal fenomeno dell'imitazione, il quale apre la strada, se non all'uniformazione, al moto verso di essa<sup>15</sup>.

Se dunque sono numerose e fondate le ragioni per sostenere l'inopportunità e al limite l'impossibilità di un diritto uniforme, ciò non toglie che sia da tempo in atto un processo di denazionalizzazione del diritto<sup>16</sup>, sebbene meno ambizioso dal punto di vista di chi, riferendolo a settori ampi dell'ordinamento o invocando una minuziosa disciplina di ogni aspetto della materia trattata<sup>17</sup>, lo ha in qualche modo «mitizzato»<sup>18</sup>. Neppure toglie che al diritto uniforme si siano dedicati e si dedichino tuttora numerosi e variegati sforzi: da parte del legislatore, delle corti e della dottrina. A questi ci dedicheremo nel corso del lavoro, per verificare i risultati di volta in volta ottenuti, e a monte individuare la loro ispirazione politico normativa di fondo.

## 2. Mutazione giuridica, metodologia comparatistica e uniformazione del diritto

Prima di procedere in tal senso, occorre dire dell'uniformazione non tanto come finalità apertamente perseguita dagli operatori del diritto cui abbiamo appena fatto riferimento, bensì come tendenza che diversi comparatisti mostrano di ritenere una peculiarità intrinseca del fenomeno diritto. Questo emerge soprattutto dalle loro analisi sulla mutazione giuridica, ovvero dagli studi volti a identificare i motivi per cui il diritto cambia, ma lo stesso discende da alcune opzioni metodologiche, ovvero dall'impiego di specifiche modalità del raffronto.

Iniziamo con le analisi sulla mutazione giuridica, notoriamente condotte in passato sulla scorta dei paradigmi evolucionisti: quelli che hanno

<sup>15</sup> R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Rivista di diritto civile*, 48, 2000, I, 15 ss.

<sup>16</sup> Per tutti D.P. FERNANDEZ ARROYO, *The growing significance of sets of principles to govern trans-boundary private relationships*, in UNIDROIT (a cura di), *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol. 1, Roma, Unidroit, 2016, 251 ss.

<sup>17</sup> Al proposito S. FERRERI, *The devil is in the details. Undetected differences in projects to harmonize the law*, *ivi*, 316 ss. Anche ID., *Le fonti a produzione non nazionale*, in A. PIZZORUSSO et al., *Le fonti del diritto italiano. Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, 1998, 242 ss.

<sup>18</sup> M. BOODMAN, *The myth of harmonization of law*, in *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 699 ss.

accompagnato la nascita della moderna comparazione giuridica in occasione del celeberrimo congresso parigino tenutosi durante l'Esposizione universale del 1900. Lì si è ribadita una convinzione diffusa all'epoca, ovvero che il diritto evolve in modo unilineare secondo uno schema in cui si ammettono tutt'al più «varianti insignificanti», come quelle concernenti «la serie degli stati embrionali degli esseri viventi». E si è in tal modo attribuito alla comparazione giuridica il limitato compito di ricostruire la «concatenazione regolata, uniforme e inevitabile di fasi successive» che descrive la traiettoria dell'evoluzione del diritto<sup>19</sup>: il compito di mettere in luce le tappe del suo convergere verso modelli uniformi, identificati con quelli fatti propri dalla tradizione giuridica occidentale in quanto tradizione più evoluta.

Come si sa, da tempo l'approccio evoluzionista allo studio del diritto è screditato, sebbene tuttora presente sottotraccia nelle analisi di molti tra coloro i quali affermano di condannarlo. Prevale ora un approccio diffusionista, per il quale la mutazione giuridica viene ritenuta un effetto del contatto tra culture piuttosto che dell'innovazione originale, e quindi dell'imitazione cui abbiamo appena fatto riferimento<sup>20</sup>. Di qui l'importanza della circolazione dei modelli, di norma motivata con il prestigio di quello imitato, anche se essa è più sovente il risultato di una imposizione «resa possibile da una conquista militare o da una dominazione politica»<sup>21</sup>, o più spesso economica.

L'opzione per l'approccio diffusionista non mette però al riparo dalla tendenza a utilizzare l'analisi della mutazione giuridica come riscontro di una sorta di naturale tendenza degli ordinamenti ad alimentare forme di uniformazione del diritto. Lo vediamo in particolare nella teoria dei cosiddetti trapianti giuridici, secondo cui il diritto cambia perché si realizza nel tempo una catena di imitazioni più o meno fedeli di regole e istituzioni, in massima parte modellate sul diritto romano, oltre che sul *common law* inglese. Il tutto realizzato non tanto dal potere politico, di norma «poco interessato a produrre diritto», bensì dai cultori del diritto dell'ordinamento imitatore, in particolare dai giudici e dagli studiosi. I quali operano secondo criteri di ordine meramente tecnico, essendo condizionati unicamente dalla loro specifica «cultura giuridica»<sup>22</sup>.

Questa teoria è criticabile innanzi tutto perché svaluta la connessione diretta tra diritto e società, ma non è questo l'aspetto che qui più interessa. Essa consente infatti di mettere in luce un possibile esito dell'approccio

<sup>19</sup> G. TARDE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 32, 1900, 530 s.

<sup>20</sup> Per tutti A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, III ed., 2008, 24 ss.

<sup>21</sup> Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 47.

<sup>22</sup> A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens e London, University of Georgia Press, II ed., 1993, 107 ss.

diffusionista, ovvero il suo prestarsi a essere utilizzato per costruire catene artefatte di imitazioni, e dunque accreditare forme di uniformazione spontanea del diritto funzionali a stabile una gerarchia tra ordinamenti dominata da quello esportatore di modelli: descrivibile in termini di centro dell'esperienza giuridica, punto di riferimento per le periferie inesorabilmente votate all'importazione di modelli. Trascurando che l'imitazione non è mai riducibile all'assorbimento passivo di contenuti eteronomi, essendo essa una pratica per la quale rileva anche l'apporto creativo dell'imitatore<sup>23</sup>, riconducibile fra l'altro alla eventuale selezione dei prodotti dell'imitazione: tanto che non di trapianto dovrebbe parlarsi, il quale di norma presuppone la morte dell'organismo donante, bensì di «innesti» destinati a produrre la «fusione delle vite di due organismi», il donante e il ricevente, o in alternativa la «sovrapposizione dell'uno all'altro»<sup>24</sup>.

A ben vedere i teorici dei trapianti giuridici non nascondono che questi non si risolvono in una fedele trasposizione di regole, le quali anzi subiscono «frequentemente se non sempre delle trasformazioni»<sup>25</sup>. E tuttavia, come abbiamo detto, reputano che la trasposizione sia il risultato dell'azione dei cultori del diritto e non anche del potere politico. Il diritto sarebbe insomma un fenomeno apolitico, e proprio da questa sua caratteristica discenderebbe la sua capacità di esprimersi attraverso modelli uniformanti e uniformati.

Lo stesso nesso tra uniformazione e carattere apolitico del diritto lo ritroviamo presso i fautori di un particolare metodo della comparazione giuridica: l'analisi funzionale. Come si sa, quest'ultima induce a condurre raffronti a partire da domande poste in termini fattuali e non concettuali, e in tal senso a interrogarsi sulla funzione degli istituti giuridici<sup>26</sup>. Questo approccio ha contribuito non poco a qualificare la comparazione giuridica come scienza votata a contestare le ortodossie teoriche ereditate dalla tradizione, prima fra tutte il positivismo legislativo, ma ha nel contempo alimentato altre forzature non meno insidiose. Lo si è in effetti utilizzato per affermare che, sebbene presentino «differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico teorica e nello stile delle applicazioni pratiche», ordinamenti giuridici diversi adottano soluzioni in tutto e per tutto assimilabili. Tanto che il comparatista, pur constatando notevoli diversità sul piano tecnico giuridico, può muovere da un vero e proprio paradigma epistemologico: la «presunzione di similitudine delle

<sup>23</sup> Per tutti G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

<sup>24</sup> E.A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture*, in D. NELKEN (a cura di), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot etc., Dartmouth, 1997, 220 s.

<sup>25</sup> A. WATSON, *Legal Transplants*, cit., 116 s.

<sup>26</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, III ed., 1996, 359 ss. e 382 ss.

soluzioni pratiche», valida se non altro in tutti gli ambiti non compromessi da opzioni culturali. E ciò porta a concludere che, fuori dal diritto di famiglia, delle persone e successorio, vi sia un «diritto privato apolitico» in buona sostanza coincidente con il diritto patrimoniale o del mercato<sup>27</sup>.

A ben vedere questa conclusione appare inevitabile, e in tal senso una verità autoreferenziale, se si considera la premessa da cui muovono i fautori dell'analisi funzionale: che occorre limitarsi a raffrontare unicamente regole concepite per assolvere alla medesima funzione<sup>28</sup>. Ma non è questo l'aspetto più rilevante ai nostri fini, bensì l'implicito convincimento che l'uniformazione in quanto peculiarità del fenomeno diritto, o quantomeno il moto verso di essa, possa emergere esclusivamente adottando metodologie più o meno apertamente pensate per occultare la dimensione politico normativa di quel fenomeno.

Si torna così alla riflessione con cui abbiamo introdotto queste pagine: adottando un punto di vista attento all'identità degli oggetti messi a confronto, la comparazione difficilmente può essere messa al servizio dell'uniformazione del diritto. Un simile punto di vista deve essere talvolta relativizzato, se non altro perché la sua esasperazione impedirebbe al comparatista di assolvere a compiti fondamentali come la classificazione degli ordinamenti, da ritenersi un insostituibile strumento didattico<sup>29</sup>, oltre che un imprescindibile punto di riferimento per la microcomparazione<sup>30</sup>. Detto questo, abbiamo fornito ulteriori riscontri di come l'uniformazione del diritto richieda di accettare forzature più o meno evidenti in ragione delle opzioni metodologiche di volta in volta fatte proprie dal cultore del diritto comparato.

### 3. Codificazione e uniformazione del diritto privato

Torniamo a riflettere sulla promozione dell'uniformazione del diritto, che rappresenta una finalità costitutiva della moderna comparazione giuridica<sup>31</sup>, enfatizzata, esattamente come l'approccio evolucionista alla mutazione giuridica, nel corso dell'incontro ritenuto il suo formale atto di nascita. Allora la materia venne messa al servizio dei tentativi di individuare tendenze diffuse negli ordinamenti con caratteristiche economiche e sociali assimilabili, ovvero

<sup>27</sup> K. ZWIEGERT, *Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in AA.VV., *Buts et methodes du droit comparé*, Padova, Cedam, 1973, 737 s.

<sup>28</sup> Cfr. M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge etc., Cambridge University Press, 2003, 102.

<sup>29</sup> Per tutti H. KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6, 1998, 493 ss.

<sup>30</sup> Ad es. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 2018, 48.

<sup>31</sup> R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, VII ed., 2019, 142. Nella letteratura risalente ad es. H.E. YNTEMA, *Comparative research and unification of law*, in *Michigan Law Review*, 41, 1942, 261.

accomunati dalla condivisione di un medesimo livello di «civiltà giuridica»<sup>32</sup>. Si sarebbero in tal modo identificate le linee «ideali di progresso giuridico» e contribuito a confezionare «il diritto comune dell'umanità civilizzata»<sup>33</sup>.

Un simile programma traeva spunto da due convincimenti: che l'uniformazione incontrasse nelle codificazioni nazionali un ostacolo insuperabile, e che solo la scienza giuridica avrebbe potuto alimentare il processo di superamento della frammentazione alimentata dal legislatore. Questo si ricava dal rilievo che il diritto comune dell'umanità civilizzata avrebbe assunto il medesimo ruolo attribuito «nei Paesi in cui si avevano diverse consuetudini o diverse legislazioni locali, come l'antica Francia o la Germania prima del suo codice civile», alla «costruzione progressiva e dottrinale di un diritto unitario formatosi al di sopra e oltre le diversità giuridiche»<sup>34</sup>.

A ben vedere il contrasto tra uniformazione e codificazione nazionale del diritto privato deve essere relativizzato. Notoriamente i testi adottati nei diversi ordinamenti derivano da una consapevole circolazione di pochi modelli originali<sup>35</sup>, e sono pertanto veicoli di uniformazione piuttosto che di frammentazione dell'esperienza giuridica, tanto più marcata quanto più coinvolge i modelli dottrinali accanto a quelli legislativi. Questo vale per le fasi storiche connotate dal protagonismo dello Stato nazionale, quando i modelli di riferimento erano soprattutto francesi e tedeschi, ma le cose non mutano sostanzialmente negli anni in cui si moltiplicano le cessioni di sovranità nazionale a favore di corpi politici sovranazionali: quando pure si ripropone l'idea di una inconciliabilità tra codificazione nazionale e uniformazione del diritto privato.

Esemplare quando avvenuto nell'Europa unita, dove sul finire degli anni Ottanta del Novecento il Parlamento ha chiesto di dare «inizio agli indispensabili lavori preparatori preliminari all'elaborazione di un codice europeo comune del diritto privato», e in tale prospettiva di «potenziare i centri di studi di diritto comparato esistenti» e «incentivare i tentativi di codificazione»<sup>36</sup>. Come è noto, ma sul punto torneremo fra breve, non solo un simile testo non ha ancora visto la luce, ma il passare del tempo ha evidenziato come esso sia del tutto estraneo all'agenda politica dei prossimi decenni. Si è però assistito a una sorta di competizione tra ordinamenti nazionali intenzionati a fornire il modello più idoneo e aggiornato per l'impresa codificatoria europea, alla base

<sup>32</sup> Cfr. D.S. CLARK, *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today*, in *Tulane Law Review*, 75, 2001, 875 ss.

<sup>33</sup> R. SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bulletin mensuel de la Société de Législation Comparée*, 32, 1900, 383 ss.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Per tutti A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 26 ss.

<sup>36</sup> Risoluzione *su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri* del 26 maggio 1989, doc. A 2-157/89.



di riforme più o meno ampie e per molti aspetti convergenti dei principali articolati.

Per primi si sono mossi i Paesi Bassi, che si sono dotati di un nuovo *Burgerlijk Wetboek*, in gran parte entrato in vigore nel 1992. Questo codice è il risultato di una lunga gestazione, che fu avviata negli anni Cinquanta del Novecento e che nelle sue fasi finali è stata mossa dall'intento di realizzare una sorta di sistemazione del diritto civile europeo, più che una riscrittura del diritto civile nazionale. Il tutto formalmente riconosciuto e celebrato dal Parlamento europeo<sup>37</sup>, oltre che affiancato da iniziative accademiche sostenute dall'esecutivo e volte a promuovere la redazione di un codice civile europeo<sup>38</sup>.

Sollecitati dagli olandesi, anche i tedeschi hanno inteso fornire il loro contributo, sebbene limitatamente al diritto delle obbligazioni, con una riforma del *Bürgerliches Gesetzbuch* dedicata alla «modernizzazione della materia» ed entrata in vigore nel 2002<sup>39</sup>. In un primo tempo la riforma doveva limitarsi a recepire alcune direttive europee in tema di tutela del consumatore, che tuttavia hanno offerto lo spunto per la più ampia revisione del Codice mai realizzata, avendo essa coinvolto numerose disposizioni collocate nella Parte generale e nel Libro delle obbligazioni<sup>40</sup>. Il tutto accompagnato da una aperta ostilità da parte della dottrina, in massima parte convinta di dover difendere l'originaria purezza concettuale e sistematica dell'articolato ottocentesco. Questa non ha tuttavia potuto contrastare la volontà del legislatore tedesco di fornire il più aggiornato modello al quale l'eventuale codificazione del diritto civile europeo si sarebbe dovuta o almeno potuta ispirare, la cui attrattività si è voluta far dipendere dall'accoglimento di numerose soluzioni elaborate dagli studiosi impegnati nella costruzione del diritto privato europeo<sup>41</sup>.

I francesi non potevano a questo punto restare inerti. Per aggiornare il diritto delle obbligazioni contenuto nel *Code civil*, nel 2004 il Ministero della giustizia ha così avviato una complessa opera di riscrittura di quella parte dell'articolato, condotta avendo come punto di riferimento lo stato dell'arte in ambito europeo<sup>42</sup>. Dopo anni in cui si sono succeduti alcuni progetti e si è

<sup>37</sup> Risoluzione *sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro* del 23 marzo 2006, P6\_TA (2006) 0109.

<sup>38</sup> Cfr. A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen etc., Ars Aequi Libri, 1994.

<sup>39</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001.

<sup>40</sup> Ad es. O. REMIEN (a cura di), *Schuldrechtsmodernisierung Und Europäisches Vertragsrecht: Zwischenbilanz Und Perspektiven*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2008.

<sup>41</sup> Cfr. i numerosi riferimenti contenuti nella relazione di accompagnamento all'*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* del 14 maggio 2001: *BT-Drucksache* 14/6040, 92, 96, 103, 129, 131, 164 s. e 214.

<sup>42</sup> Ad es. B. FAUVARQUE-CASSON, *Droit européen des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 184, 2008, 557.

prodotta molta letteratura destinata a valutarli criticamente<sup>43</sup>, nel 2015 si è finalmente giunti alla promulgazione di una legge nella quale si affida all'esecutivo il compito di emanare una ordinanza per «modernizzare, semplificare, migliorare la leggibilità, rinforzare l'accessibilità del diritto comune dei contratti, del regime delle obbligazioni e della prova»<sup>44</sup>. Quest'ultimo è stato predisposto poco dopo<sup>45</sup>, tenendo conto «dei progetti di armonizzazione del diritto europeo e internazionale dei contratti e del diritto comparato»<sup>46</sup>, per prendere parte in posizione privilegiata al dibattito sulla eventuale codificazione del diritto civile europeo: per mettere il «genio francese» nella condizione di rappresentare «un pungolo» per il legislatore europeo<sup>47</sup>.

In letteratura non si disconosce che in ambito europeo nuove codificazioni nazionali o riforme di quelle in vigore abbiano contribuito a realizzare forme di uniformazione «in senso debole» del diritto privato<sup>48</sup>. Queste sono state ritenute il prodotto di una tensione transnazionale della dottrina continentale, oltre che della volontà di assecondare le dinamiche di un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza. Vedremo però che il ruolo della dottrina nei processi di uniformazione del diritto privato risulta piuttosto marginale, se non altro rispetto a quanto immaginato da coloro i quali hanno pensato di far rivivere per tale via i fasti del positivismo scientifico. Vedremo anche che nel merito le possibilità di successo sono tanto più ridotte quanto più l'uniformazione realizza un allontanamento dai modelli economici dominanti, il che discende direttamente da una debolezza intrinseca del diritto di fonte sapienziale: il suo essere efficace nella misura in cui viene accolto dalla comunità dei soggetti cui si rivolge.

Ci concentreremo poi sui modelli economici dominanti, quelli emersi dallo scontro tra forme di capitalismo che ha visto prevalere la variante neoamericana, e a monte l'ortodossia neoliberale come fondamento di quest'ultima. Identificheremo quindi l'architettura europea come catalizzatore di riforme ispirate a quell'ortodossia, e in particolare a quanto viene identificato come federalismo hayekiano. Avremo così una utile chiave di lettura degli attuali

<sup>43</sup> Per tutti D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto civile*, 62, 2016, II, 432 ss.

<sup>44</sup> Art. 8 *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015.

<sup>45</sup> *Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, convertita con la *loi* n. 2018-287 del 20 aprile 2018.

<sup>46</sup> *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, cit., *Exposé des motifs*.

<sup>47</sup> L. LEVENEUR, *Le Code civil et le droit communautaire*, in UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (a cura di), *1804-2004. Le Code civil un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, 951.

<sup>48</sup> E. TUCCARI, *Riforma del codice civile e diritto privato europeo: verso un'armonizzazione in senso debole?*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal fitness check alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, Jovene, 2019, 301.

processi di uniformazione del diritto privato in area europea: di quelli riconducibili alla volontà di produrre una convergenza delle discipline nazionali, ma anche di quelli originati dal proposito di contrastarla, ad esempio attraverso forme di competizione tra ordinamenti giuridici.

Ci dedicheremo infine al ruolo delle corti come fonti di diritto uniforme, e dunque dell'uso giurisprudenziale della comparazione: aspetto sovente trascurato anche per le difficoltà relative al reperimento dei dati su cui fondare la riflessione, e tuttavia non certo irrilevante, se non altro per completare la panoramica sui diversi canali attraverso cui si realizza la convergenza dei diritti nazionali.

Non ci occuperemo invece degli operatori economici in quanto protagonisti nella produzione di diritto uniforme, ovvero della nuova *lex mercatoria* intesa come disciplina del mercato autoprodotta dai suoi operatori, a cui si è notoriamente dedicata una letteratura vasta e attenta ai molteplici profili del tema<sup>49</sup>. L'economia a cui facciamo riferimento nel titolo di questo lavoro verrà presa in considerazione solo in quanto ispiratrice delle soluzioni accolte dalle fonti del diritto uniforme qui analizzate: la scienza giuridica e la politica, ovvero la dottrina e il legislatore.

#### **4. Al servizio del principe: sul ruolo della dottrina nella costruzione del diritto privato europeo**

Dedichiamoci ora al secondo convincimento fin da subito manifestato da chi ha reputato l'uniformazione del diritto privato un fondamentale compito attribuito alla comparazione: che il superamento del particolarismo debba essere affidato alla scienza giuridica e dunque tradursi nell'elaborazione di testi di *soft law*, almeno se non si tratta di disciplinare aspetti specifici e circoscritti<sup>50</sup>. Il convincimento è tuttora diffuso, esattamente come l'idea che il superamento del particolarismo sia una finalità prima della comparazione, e persino la sua ragion d'essere: come mostrano di ritenere in particolare i cultori dell'analisi funzionale cui abbiamo fatto più sopra riferimento.

Una retorica accattivante accompagna gli inviti a concepire l'uniformazione del diritto privato come una intrapresa eminentemente dottrinale: l'intervento del legislatore implica la volontà di imporre norme comportamentali dall'alto e dunque in modo autoritario, laddove la scelta di ricorrere agli studiosi implica un favore per l'intervento dal basso, per la partecipazione diffusa alla disciplina

<sup>49</sup> Sia consentito limitarsi a questi riferimenti obbligati: a F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001 e M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma e Bari, Laterza, 2012.

<sup>50</sup> Per i quali si riconosce l'utilità di ricorrere a convenzioni: al proposito la panoramica di J. BONNELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma e Bari, Laterza, nuova ed., 2012, 4 ss. Nella letteratura risalente R. DEMOGUE, *L'unification internationale du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1927, 49 ss.

dei comportamenti umani<sup>51</sup>. Questa retorica sembra disconoscere insegnamenti che vengono da lontano, e che pare persino banale richiamare: l'alto di cui si parla ha a che vedere con la partecipazione democratica e non certo con dinamiche autoritarie, queste ultime tipiche semmai dei processi di produzione spontanea delle regole. Processi non a caso celebrati dall'ortodossia ora dominante sulla scia della distinzione hayekiana tra «regole di comportamento» e «regole di organizzazione», ovvero tra diritto privato e diritto pubblico, la cui produzione i sistemi di *common law* riservano nel primo caso alle corti<sup>52</sup>: proprio per rimarcare il carattere autoritario del diritto prodotto dal legislatore, e più precisamente per prevenire interventi capaci di mettere il mercato al riparo dal principio di concorrenza.

Altri scomodano antiche dispute per sostenere l'opportunità di sottrarre la produzione di regole privatistiche a legislatori in preda a tensioni instabili, e in tal senso non sintonizzati con le delicate dinamiche che presidono al mutamento giuridico<sup>53</sup>. Anche questo orientamento, di sapore premoderno e dunque nuovamente criticabile dal punto di vista della scarsa sensibilità per il meccanismo democratico, non riesce ad allontanare il sospetto che l'esito cui mira possa spiegarsi scomodando motivazioni decisamente più prosaiche. La produzione di regole giuridiche costituisce un'attività cui evidentemente aspirano molti soggetti, tutti interessati a condividerla con il legislatore nazionale in quanto fonte di produzione per secoli incontrastata. Non stupisce dunque se tra questi soggetti sia annoverabile il giurista, ovvero colui il quale è stato a sua volta scalzato dal legislatore nazionale nel suo ruolo di fonte di produzione: di qui le critiche al codice e più in generale all'utilizzo della *hard law* come strumento di uniformazione del diritto privato.

Tra i critici più vivaci si annoverano notoriamente i giuristi convinti di potere ricostruire la trama di un diritto europeo ricorrendo alla romanistica, e nel contempo di ripristinare i fasti del positivismo scientifico: circostanza evidenziata nella scelta di scomodare per questa proposta il nome di «neopandettistica»<sup>54</sup>. Un simile proposito ben si combina con le finalità perseguite dalla disciplina del mercato concepita a livello europeo, sulle quali torneremo fra breve, che un diritto privato a base romanistica asseconderebbe incondizionatamente: come si ricava a titolo esemplificativo dal rilievo che «i contratti basati

<sup>51</sup> Ad es. W. VAN GERVEN, *Codifying European private law*, in *European Law Review*, 8, 2002, 156 ss.

<sup>52</sup> F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (1973-1979), Milano, Il Saggiatore, 2000, 154 s.

<sup>53</sup> La celeberrima disputa tra Friedrich Carl von Savigny e Anton Thibaut viene ad esempio evocata da R. ZIMMERMANN, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 8, 2012, 367 ss.

<sup>54</sup> Al proposito P.G. MONATERI, TH. GIARO e A. SOMMA, *Le radici del diritto comune europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, Carocci, 2005, part. 218.

su null'altro che il consenso informale» è «diritto romano coperto di vestiti moderni», e in tal senso «uno dei quei principi latenti del diritto europeo» dei contratti<sup>55</sup>.

Sono numerosi i riscontri di come il ruolo dei cultori del diritto nell'opera di costruzione del diritto privato europeo sia molto distante da quello cui rinvia il riferimento ai fasti del positivismo scientifico. Il riscontro definitivo è quello fornito dai lavori concernenti la redazione di un Quadro comune di riferimento inizialmente limitato al diritto contrattuale e poi esteso al diritto privato europeo, che su stimolo della Commissione sono stati affidati a una rete di studiosi individuata nell'ambito del 6. Programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico dell'Unione europea (2002-2006). Nel Quadro comune si volevano ricondurre a unità le migliori soluzioni adottate a livello nazionale e l'*acquis communautaire*, fornendo così nell'immediato principi, definizioni e regole modello utili a migliorare la coerenza e la qualità del diritto europeo, oltre che la base per un possibile futuro «strumento opzionale»: un non meglio definito «corpus moderno di regole particolarmente adattate ai contratti transfrontalieri nel mercato interno»<sup>56</sup>.

La rete di studiosi non è stata libera nell'identificazione dei principi, delle definizioni e delle regole da ricondurre al Quadro, innanzi tutto perché ha dovuto operare nel rispetto della massima secondo cui «il principio della libertà contrattuale è fondamentale»: tanto che «qualora si intenda rendere obbligatoria l'applicazione di una norma, occorre indicarlo e giustificarlo». È stata inoltre costituita una commissione di portatori di interessi economici in cui erano rappresentati soprattutto imprese e professioni legali, le cui indicazioni si vollero rendere vincolanti per la rete di studiosi. Questi ultimi hanno infatti dovuto prendere parte a seminari su temi individuati dai portatori di interessi, nel corso dei quali veniva fornita la linea da seguire<sup>57</sup>.

Ma non è tutto. Il Quadro comune di riferimento è stato completato da un decennio circa<sup>58</sup>, e nel frattempo utilizzato come base per un ulteriore articolato confezionato su incarico della Commissione europea, interessata a incrementarne la pratica utilizzabilità. L'articolato, detto studio di fattibilità (*Feasibility study*), non ha però avuto particolari impieghi: ha semplicemente ispirato

<sup>55</sup> R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, cit., 72.

<sup>56</sup> Comunicazione *Migliore coerenza del diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione* del 12 febbraio 2003, Com/2003/68 def.

<sup>57</sup> *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis* del 23 settembre 2005, Com/2005/456 def.

<sup>58</sup> Cfr. C. von BAR et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009.

la redazione di una Proposta di regolamento «relativo a un diritto comune europeo della vendita»<sup>59</sup>, peraltro successivamente ritirata.

### 5. Segue: il solidarismo impossibile

A ben vedere, vi sono esempi di articolati prodotti dalla scienza giuridica che hanno messo in luce tensioni politico normative non riconducibili all'ortodossia ora prevalente a livello europeo. Questi non hanno però incontrato il favore degli operatori economici, o meglio di quelli più interessati a far valere la loro forza sociale e ad affidare così al diritto il compito di consolidare i rapporti di forze emersi dal libero gioco di domanda e offerta. A riprova di quanto il cosiddetto diritto prodotto dal basso, in quanto formato al riparo dalla partecipazione democratica, non sia capace di realizzare forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle cui prelude la riduzione dell'inclusione sociale all'inclusione nel mercato<sup>60</sup>.

Esemplare da questo punto di vista la sorte dei Principi di diritto europeo dei contratti confezionati nell'ambito di una Commissione presieduta da Ole Lando, pubblicati tra la seconda metà degli anni Novanta e il principio del nuovo millennio<sup>61</sup>.

Questa Commissione ebbe cura di mantenere una posizione equidistante rispetto alle istituzioni europee e a quelle nazionali di provenienza: al fine, si volle esplicitare, di preservare autonomia e indipendenza nella realizzazione di un'opera dal forte impatto politico ed economico<sup>62</sup>. Anche per questo l'articolato ha potuto includere soluzioni complessivamente riconducibili al proposito di realizzare «l'inesorabile tramonto della *sanctity of contract*»<sup>63</sup>, come in particolare quelle che accolgono un modello di buona fede di tipo solidale: strumento di riequilibrio della diversa forza sociale dei contraenti realizzato al fine di promuovere la loro emancipazione, se del caso contro il funzionamento del mercato<sup>64</sup>.

Questa impostazione non stupisce, dal momento che le disposizioni dei Principi maggiormente innovative da questo punto di vista si sono ispirate alla rilettura del diritto civile di matrice ottocentesca operata dalle corti alla luce del costituzionalismo antifascista: che ha completato il ripristino della

<sup>59</sup> Proposta dell'11 ottobre 2011, Com/2011/635 def.

<sup>60</sup> Citazioni in A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017, 295 ss.

<sup>61</sup> COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, Giuffrè, 2001, Parte III, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>62</sup> O. LANDO, *European Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, 655.

<sup>63</sup> G. ALPA, *I Principles of European contract law*, in *Rivista critica del diritto privato*, 18, 2000, 497.

<sup>64</sup> A. SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli ordoliberali e modelli solidali a confronto*, in *Europa e diritto privato*, 8, 2006, 501 ss.

democrazia politica con il varo della democrazia economica, al fine di impedire che l'intervento eteronomo nell'ordine economico potesse ispirarsi al solo proposito di presidiare il principio di concorrenza e promuoverne per tale via l'equilibrio e lo sviluppo del mercato. E il diritto delle corti si annovera tra le principali fonti di ispirazione per il lavoro compiuto dalla Commissione Lando<sup>65</sup>, per questo incline ad alimentare il solidarismo nel diritto privato.

Proprio questa caratteristica consente di misurare la distanza che separa il Quadro comune di riferimento dai Principi di diritto europeo dei contratti. Il primo ha inteso coordinare le soluzioni individuate dai secondi con quelle accolte dal diritto privato comunitario, ovvero combinare due complessi di regole espressivi di modelli politico normativi difficilmente conciliabili, almeno oltre la mera operazione «di facciata»<sup>66</sup>. Il diritto privato comunitario, infatti, ammette interventi eteronomi sull'attività dei privati solo se finalizzata a presidiare il corretto funzionamento del mercato, ovvero a prevenirne i fallimenti. Il tutto evidenziato dall'accoglimento di un modello di buona fede di tipo cooperativo, tollerata solo in quanto «prezzo ragionevole da pagare per estendere il meccanismo di mercato ai partecipanti più deboli»: se non altro perché consente di evitare «limitazioni della libertà contrattuale molto più incisive, consistenti nel regolare il contenuto del contratto o nell'imporre uno stretto controllo sui prezzi»<sup>67</sup>. In linea con la menzionata enfasi posta su quella libertà, e con l'idea che la buona fede alluda semplicemente alla «promozione di pratiche mercantili oneste»<sup>68</sup>, in quanto tali tese a presidiare e non anche a contrastare la redistribuzione della ricchezza affidata al libero incontro di domanda e offerta.

Come abbiamo detto, il Quadro comune di riferimento è stato di fatto abbandonato, e ciò ha segnato anche il destino dei Principi predisposti dalla Commissione Lando, che pure erano stati valorizzati in particolare dai partecipanti francesi al progetto<sup>69</sup>. Non hanno avuto più fortuna altri articolati, come ad esempio i Principi di diritto europeo della responsabilità civile

<sup>65</sup> Cfr. A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in G. ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, 253 ss.

<sup>66</sup> D. BLANC, *Droit européen des contrats: un processus en voie de dilution*, in *Recueil Dalloz*, 184, 2008, 566 s.

<sup>67</sup> M. STORME, *Freedom of Contract. Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 15, 2007, 242.

<sup>68</sup> C. VON BAR et al., *Introduction*, in IID. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., 17.

<sup>69</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPAREE, *Principes contractuels communs*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

confezionati dallo *European Group on Tort law*<sup>70</sup>, o il Codice europeo dei contratti confezionato dall'Accademia dei giusprivatisti europei<sup>71</sup>. Del resto, in quanto articolati prodotti dal basso, fanno dipendere il loro successo dal favore con cui vengono accolti dagli operatori del mercato in quanto principali utenti del diritto uniforme<sup>72</sup>. E questo li condanna a prendere le distanze da soluzioni in odore di ostilità nei confronti dell'ortodossia ora dominante: ostilità che, come vedremo, può essere riconosciuta anche alla mera decisione di uniformare il diritto privato, almeno oltre i confini delle sole norme imperative.

Da un simile punto di vista sembrano fare eccezione i Principi dei contratti commerciali internazionali confezionati nell'ambito di Unidroit, pubblicati per la prima volta nel 1994 e ora giunti alla quarta edizione<sup>73</sup>. Invero l'articolato ha riscosso un successo non effimero, nonostante accolga almeno in parte soluzioni non maturate nel perimetro dell'ortodossia ora dominante. Va peraltro detto che, se per un verso gli operatori del commercio internazionale mostrano di gradire il rinvio ai Principi per disciplinare i loro rapporti contrattuali, per un altro si corre il rischio di vederlo fare in forme tali da disinnescare le disposizioni capaci di comprimere l'autonomia privata in modo pregiudizievole per l'interesse del contraente forte<sup>74</sup>. A dimostrazione che la *soft law* ben può produrre i medesimi effetti del diritto duro, tuttavia prevalentemente nella misura in cui viene invocata contro i portatori di debolezza sociale<sup>75</sup>.

Di qui la conclusione che, se vogliamo discutere di un successo dell'uniformazione del diritto privato prodotta dal basso e almeno in parte sensibile al solidarismo, dobbiamo concentrare l'attenzione su un fenomeno già segnalato discutendo delle dinamiche riconducibili al proposito di confezionare un codice civile europeo: l'utilizzo degli articolati cui abbiamo appena fatto riferimento come modello per il legislatore<sup>76</sup>, in particolare per l'aggiornamento dei codici nazionali che aspirano a divenire un punto di riferimento per il testo europeo. Se peraltro si considera che questo è oramai sparito dall'agenda politica, non vi sono margini per sostenere la possibilità di alimentare il solidarismo attraverso la cosiddetta uniformazione dal basso del diritto privato.

<sup>70</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien e New York, Springer, 2005.

<sup>71</sup> ACADEMIE DER PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats. Avant-projet. Livre Premier*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>72</sup> I. SCHWENZER, *Global unification of contract law*, in *Uniform Law Review*, 21, 2016, 60 ss.

<sup>73</sup> UNIDROIT, *Principles of international commercial contracts*, Rome, Unidroit, IV ed., 2016.

<sup>74</sup> Spunti a tal proposito in M.J. BONELL, *Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the Unidroit Principles*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 3, 1995, 73 ss.

<sup>75</sup> A. SOMMA, *Some like it soft. Neocorporativismo e diritto europeo dei contratti*, in ID. (a cura di), *Soft law e hard law nella società del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2009, 153 ss.

<sup>76</sup> Da ultimo P. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 36, 2018, 851 ss.



## 6. Uniformazione del diritto e modelli economici: il capitalismo neoamericano

Se per un verso non vi sono tracce di un ritorno ai fasti del positivismo scientifico, e nemmeno a un più modesto ma non irrilevante ruolo della scienza giuridica nel processo di uniformazione del diritto privato, per un altro verso vi sono riscontri di come la trama concettuale per le costruzioni del cultore del diritto sia oramai quella derivante dalla scienza economica: a conferma di come il giurista non sappia colmare con un suo progetto lo spazio apertosi con il ripensamento del ruolo attribuito al legislatore nazionale<sup>77</sup>. Di qui la necessità di identificare quali siano i paradigmi ora dominanti entro la scienza economica, ovvero il fondamento dei precetti che i cultori del diritto sono chiamati a formulare, nei casi di uniformazione dottrinale del diritto privato, o i legislatori ad adottare, nelle ipotesi cui faremo tra breve riferimento.

Possiamo in prima battuta osservare che l'orientamento ora prevalente è quello impostosi come esito di uno scontro tra modelli di capitalismo a cui gli studiosi si sono dedicati sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso: quando l'implosione del blocco socialista ha fatto tramontare l'interesse per il raffronto tra l'economia di piano e l'economia di mercato, e consentito così alle varianti di quest'ultima di guadagnare centralità nella riflessione scientifica. Due furono i modelli individuati: il «capitalismo neoamericano» affermatosi nel Regno Unito e negli Stati Uniti con Ronald Reagan e Margaret Thatcher, e il «capitalismo renano» realizzatosi in Germania e per certi aspetti nei Paesi nordeuropei e in Giappone<sup>78</sup>.

Il primo modello esprime una rinnovata fiducia nella capacità del mercato di assicurare una ottimale redistribuzione delle risorse, alla base di una visione conflittuale delle relazioni sociali che evidentemente investe anche la concezione dell'impresa: chiamata a considerare le relazioni tra datore di lavoro e lavoratori come relazioni di mercato qualsiasi, in quanto tali tendenzialmente flessibili e precarie. Tipici del capitalismo neoamericano sono anche il riferimento alla borsa come principale canale di finanziamento delle imprese, e l'idea che lo Stato e la sicurezza sociale siano un catalizzatore di inattività e dunque di improduttività. Per questo il modello contempla una ridotta pressione fiscale in funzione perequativa, mentre affida la previdenza sociale al mercato e promuove la negoziabilità di beni come la salute o l'educazione.

Opposto il capitalismo renano. Comprende una visione delle imprese come comunità complesse bisognose di pacificazione e cooperazione, tanto da favorire relazioni di lavoro stabili e tutelate, e individuare nella banca il principale

<sup>77</sup> Cfr. A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 49, 2018, 79 ss.

<sup>78</sup> Riprendiamo qui le categorie elaborate da M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Bologna, Il Mulino, 1993.

canale di finanziamento: soluzione capace anch'essa di indurre rapporti armonici con il territorio. Tipica del capitalismo renano, in quanto produce cooperazione e pacificazione sociale, è anche la particolare estensione dello Stato e della sicurezza sociale, per la quale si contempla una elevata spesa pensionistica e sanitaria, finanziata da una pressione fiscale altrettanto elevata<sup>79</sup>.

Si è detto che questi modelli di capitalismo hanno dato vita a uno scontro. Possiamo ora aggiungere che questo scontro ha visto il prevalere del modello neoamericano, e soprattutto che l'Europa unita si può annoverare tra i catalizzatori di un simile esito<sup>80</sup>. Si devono infatti a questa costruzione sovranazionale vicende note come la crescente considerazione della relazione di lavoro alla stregua di una relazione di mercato qualsiasi, o la finanziarizzazione dell'economia e dunque l'identificazione della borsa come principale canale di finanziamento delle imprese, o ancora la contrazione dei sistemi della sicurezza sociale.

Di qui ulteriori vincoli per le forme di uniformazione del diritto in area europea, che evidentemente devono alimentare e non anche ostacolare la diffusione del capitalismo neoamericano e dei suoi fondamenti. Sono questi i vincoli che decidono le possibilità di successo della dottrina cimentatasi in una simile impresa, e che ben possono motivare la scarsa incisività di cui abbiamo finora discusso. Il medesimo condizionamento incombe evidentemente anche sul legislatore, sul cui ruolo è ora opportuno concentrarsi.

### 7. Segue: federalismo hayekiano e neoliberalismo

Se il prevalere del capitalismo neoamericano è relativamente recente, lo stesso non può dirsi dell'ortodossia da cui trae spunto, ovvero del neoliberalismo. Questo è stato teorizzato sin dagli anni Trenta del secolo scorso, quando si è affermato il convincimento che la mitica mano invisibile non fosse capace di assicurare il corretto funzionamento del mercato, e che occorresse a tal fine edificare uno «Stato forte e indipendente» cui attribuire compiti di «severa polizia del mercato»<sup>81</sup>: i pubblici poteri dovevano cioè imporre il meccanismo

<sup>79</sup> Altre distinzioni sono assimilabili a quella tra capitalismo renano e neoamericano: ad esempio quella tra «economie di mercato liberali» ed «economie di mercato coordinate» descritta da P.A. Hall, D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2001, o quella tra «capitalismo della borsa» e «capitalismo del welfare», su cui R. Dore, *Stock Market Capitalism: Welfare Capitalism. Japan and Germany versus the Anglo-Saxons*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2000.

<sup>80</sup> A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa*, Roma e Bari, Laterza, in corso di pubblicazione.

<sup>81</sup> A. RÜSTOW (1938), in S. AUDIER, *Le Colloque Walter Lippman*, Lormont, Bord del l'eau, 2012, 469 s.

concorrenziale, utilizzarlo come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali<sup>82</sup>.

Risale allo stesso periodo l'identificazione del «federalismo interstatale» quale architettura istituzionale idonea a sostenere il modo neolibérale di intendere l'ordine economico, non a caso teorizzato da Friedrich von Hayek<sup>83</sup>. Ce ne occuperemo ora per l'intreccio con il tema cui ci stiamo dedicando: quel tipo di federalismo fornisce indicazioni circa le modalità dell'uniformazione del diritto privato, e in particolare consente di comprendere i fondamenti di quella alimentata dalla costruzione europea.

Hayek riteneva, con i primi teorici del moderno federalismo, che la sovranità statale fosse una fonte inesauribile di conflitti, e che fosse pertanto incompatibile con il proposito di preservare la pace<sup>84</sup>. Di qui la proposta di una costruzione sovranazionale nella quale evitare però di riprodurre le dinamiche tipiche dello Stato nazionale, motivo per cui occorre attribuirle le sole prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica». Quest'ultima doveva poi assicurare la libera circolazione dei fattori produttivi in quanto espediente attraverso cui ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri, e con ciò la spoliticizzazione dell'ordine economico: una pressione fiscale elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte», e questo sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartelli od organizzazioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Di più: se attraverso la leva fiscale lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»<sup>85</sup>.

Altrimenti detto, von Hayek evidenziava come la dimensione nazionale non fosse solo alla base del conflitto tra Stati, bensì anche e soprattutto del conflitto redistributivo, che si poteva neutralizzare solo edificando un ordine economico entro cui i prezzi si formino unicamente per effetto del libero incontro di domanda e offerta: un ordine nel quale «le varie comunità d'interesse si sovrappongano territorialmente e non si identifichino mai a lungo con gli abitanti di una particolare regione»<sup>86</sup>. Di qui il perimetro delle prerogative federali,

<sup>82</sup> Citazioni in A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania Europa e crisi del debito*, Roma, Derive Approdi, 2014, 49 ss.

<sup>83</sup> F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016.

<sup>84</sup> Ad es. H. BRUGMANS et al., *Federazione europea*, Firenze, La Nuova Italia, 1948. Al proposito M. ALBERTINI, A. CHITI-BATELLI, G. PETRILLI (a cura di), *Storia del federalismo europeo*, Torino, Eri, 1973, part. 43 ss.

<sup>85</sup> F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., 54 ss.

<sup>86</sup> *Ivi*, 58 s.

chiamate a edificare un ordine politico che faccia «a meno delle identità collettive», o in alternativa che renda «l'individualismo competitivo l'unica identità collettiva possibile»<sup>87</sup>. Attribuendo ai pubblici poteri il solo raggio di azione necessario e sufficiente a ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

Da questo schema, attuativo di un federalismo minimalista e competitivo, discendono indicazioni circa le modalità dell'uniformazione del diritto privato. Essa deve favorire la «creazione del mercato», il che si verifica necessariamente ricorrendo all'integrazione negativa: la mera rimozione degli ostacoli alle libertà economiche. L'integrazione positiva, ovvero l'identificazione di standard uniformi circa i comportamenti degli operatori economici, può avere il medesimo effetto, ma può anche realizzare forme di «correzione del mercato»<sup>88</sup>. Per questo era avversata dai federalisti di ispirazione neoliberale, i quali la consideravano incompatibile con la volontà di dotare il livello sovranazionale dei soli poteri necessari e sufficienti a spolicizzare il mercato. E che in tale prospettiva contrapponevano il loro modello di federalismo minimalista a quello afflitto da «elitismo tecnocratico e dirigista» e incarnato da Jean Monnet<sup>89</sup>.

Come si sa, l'Europa unita si è in un primo momento arrestata all'integrazione negativa, ma al più tardi con le Commissioni presiedute da Jacques Delors ha iniziato a perseguire con intensità e impegno crescenti l'integrazione positiva<sup>90</sup>. Non lo ha fatto tuttavia contro il mercato, bensì per meglio attrezzarsi a presidiare il corretto funzionamento del principio di concorrenza, ovvero nel solco di idealità non certo estranee al punto di vista neoliberale.

Del resto, proprio per alimentare un simile punto di vista non è sufficiente promuovere la sola integrazione negativa, come si ricava in modo esemplare proprio considerando l'uniformazione del diritto privato. Questa può essere evitata se concerne norme dispositive, ovvero che possono essere derogate dagli operatori economici nell'esercizio delle loro libertà. Lo stesso non può però valere per le norme imperative, ad esempio quelle destinate a tutelare soggetti deboli: ove il loro contenuto fosse lasciato alla discrezionalità dei legislatori nazionali, si produrrebbero insopportabili alterazioni della concorrenza tra operatori riconducibili a diversi ordinamenti. Tanto che non è sufficiente arrestarsi all'armonizzazione minima, che lascia spazio a un inasprimento delle tutele a livello statale, dovendosi spingere sino a realizzare l'armonizzazione massima o completa: l'unica capace di evitare discriminazioni tra operatori

<sup>87</sup> G. PRETEROSSÌ, *Residui, persistenze, illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza e politica*, 28, 2017, 113.

<sup>88</sup> F. SHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 1999, 51 s.

<sup>89</sup> F.O. REHO, *Federalismo hayekiano e integrazione europea*, in F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., 17 s.

<sup>90</sup> A partire dal Libro bianco dedicato a *Il completamento del mercato interno* del 14 giugno 1985, Com/85/310 fin.

economici fondati sulla nazionalità, come con frequenza crescente mostra di ritenere il legislatore europeo<sup>91</sup>.

Ovviamente le disposizioni imperative cui facciamo riferimento sono coerenti con l'impostazione neoliberale. In massima parte, la tutela dei soggetti deboli alimentata dal diritto privato europeo non concerne infatti la loro emancipazione, bensì l'assolvimento dei loro compiti di sistema in quanto consumatori. Promuove cioè la loro capacità di prendere parte in modo informato ed efficiente alla redistribuzione della ricchezza realizzata attraverso il libero incontro di domanda e offerta, o eventualmente presidia il mercato in quanto arena nella quale ai produttori sono inibiti comportamenti incompatibili con una simile finalità<sup>92</sup>.

Va detto infine che l'uniformazione del diritto privato realizzata dal legislatore in ambito europeo non passa unicamente dai canali a tal fine individuati dai Trattati: in particolare l'emanazione di regolamenti e direttive. Il medesimo risultato viene ottenuto con quanto possiamo definire in termini di mercato delle riforme, ovvero di misure adottate come contropartita per l'assistenza finanziaria: una prassi esplicitamente menzionata con riferimento al ricorso del Meccanismo europeo di stabilità, che può tuttavia ritenersi il vero motore occulto dello sviluppo della costruzione europea<sup>93</sup>.

### **8. Uniformazione vs concorrenza tra ordinamenti giuridici?**

Si è detto che, dal punto di vista neoliberale, l'integrazione negativa viene sempre accolta con favore in quanto non si traduce mai in una compressione delle libertà di mercato, e che tuttavia essa non consente di produrre uniformazione del diritto: alimenta anzi una competizione tra ordinamenti nazionali. Cercheremo ora di meglio precisare queste affermazioni, per mostrare come a ben vedere anche la mera integrazione negativa possa rivelarsi un motore di uniformazione del diritto privato.

Che questa forma di integrazione produca una competizione tra ordinamenti nazionali è per certi aspetti inevitabile, con riferimento a tutti gli ambiti riguardati dalle quattro libertà fondative del mercato comune: di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Invero, se in questi ambiti si procede alla mera integrazione negativa, ovvero si accorda il mutuo

<sup>91</sup> Ad es. G. BENACCHIO, *Il diritto europeo dei cosmetici: dall'armonizzazione all'uniformazione*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Roma, Roma Tre Press, 2014, 36 ss.

<sup>92</sup> Come si verifica in modo esemplare con il divieto di discriminazione: cfr. A. SOMMA, *Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo*, in G. ALPA (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2009, 259 ss.

<sup>93</sup> Citazioni in A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 48, 2018, 167 ss.

riconoscimento delle relative discipline nazionali, gli Stati sono indotti a concepirle in modo tale da attirare produttori attraverso disposizioni di favore: dal punto di vista dei rapporti con i pubblici poteri o della pressione fiscale, ma anche della tutela dei lavoratori o dell'ambiente.

Proprio questo effetto è stato indotto da interventi della Corte di giustizia, che ha utilizzato il mutuo riconoscimento per forzare lo sviluppo del mercato comune nelle fasi in cui difettava la volontà politica necessaria a farlo attraverso forme di integrazione positiva. Esempio è una decisione che sul finire degli anni Novanta ha riguardato il diritto societario, per il quale vale il principio della libera circolazione delle persone, e a monte del mutuo riconoscimento delle modalità relative alla loro costituzione. Il principio si ricava da due disposizioni: quella per cui «le società costituite conformemente alla legislazione di un Paese membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione», sono equiparate alle persone fisiche (art. 54 Tfu), e quella per cui, di conseguenza, nei confronti delle società sono vietate le «restrizioni alla libertà di stabilimento» (art. 49 Tfu).

Questo schema si coordina con la previsione che il diritto europeo deve armonizzare le misure necessarie a tutelare gli interessi dei soci e dei terzi (art. 50 Tfu). Per molti aspetti la previsione è però rimasta lettera morta, e questo ha innescato una competizione tra legislatori nazionali, inasprita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Per quest'ultima, infatti, il collegamento tra la società e il Paese di origine si individua attraverso criteri meramente formali: dipende da quanto viene indicato nello statuto della società, e non anche da valutazioni sostanziali, come quelle che fanno leva sul luogo dove la società effettivamente svolge la sua attività principale. Il tutto per limitare fortemente le ingerenze dei pubblici poteri, a sottolineare come la funzione sociale dell'impresa sia «definitivamente tramontata» e sostituita da «quella dimensione aziendalistica e tutta privata in cui nacque e che è bene le competa»<sup>94</sup>.

La controversia che ha ispirato questo orientamento è il caso Centros<sup>95</sup>: società registrata nel Regno Unito, dove tuttavia non svolge alcuna attività, che ha così evitato l'applicazione di una misura che negli ordinamenti europei continentali è tradizionalmente posta a tutela dei creditori: l'obbligo di versare interamente un certo capitale<sup>96</sup>. La società, i cui soci sono cittadini danesi residenti in Danimarca, ha chiesto di registrare una propria succursale in quest'ultimo Paese, ma l'istanza non è stata accolta: si è ritenuto che Centros non intendesse in realtà costituire una succursale bensì la sede principale, per abusare

<sup>94</sup> G. M. FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 46, 2000, 7.

<sup>95</sup> Sentenza *Centros Ltd. contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* del 9 marzo 1999, Causa C-212/97.

<sup>96</sup> Per tutti D. CORAPI, *Le società per azioni*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, cit., 459 s.

così della libertà di stabilimento ed eludere le tutele previste dalla legge danese per i creditori. La Corte di giustizia ha però respinto questa interpretazione, e ribadito che il collegamento di una società con un ordinamento nazionale si individua secondo un criterio meramente formale: la sede statutaria. E neppure la lotta alle frodi può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha la propria sede anche solo fittizia in uno Stato membro: «è l'opportunità di iniziativa economica ad essere tutelata, e insieme con essa la libertà negoziale di giovare degli strumenti a tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri», mentre «i motivi, i calcoli, gli interessi individuali dell'interessato sottostanti a tale scelta non vengono in considerazione»<sup>97</sup>.

Sono a questo punto chiare le implicazioni del ricorso alla competizione tra legislatori nazionali, e le relative ripercussioni sulla possibilità per i pubblici poteri di ingerirsi nell'attività privata per finalità diverse da quelle concernenti la promozione dell'ortodossia neoliberale. Chi intenda costituire una società sulla base di regole allineate a questa ortodossia, potrà farlo da qualunque Paese europeo, se solo avrà cura di indicare nello statuto dell'ente che formalmente esso ha la sede principale nel Regno Unito: anche se si tratta di una sede fittizia, anche se la sede secondaria è di fatto quella principale. Con ciò costringendo gli altri Paesi a perdere attrattiva nei confronti degli investitori, oppure a modificare anch'essi il diritto societario nel senso forzato dal mutuo riconoscimento.

La prassi, sempre più diffusa, di costituire società con sede principale ma fittizia nel Regno Unito, non ha danneggiato i lavoratori e i consumatori, a cui viene assicurata la validità di criteri sostanziali: i rapporti tra questi ultimi e la società sono disciplinati dal diritto del Paese in cui essa svolge effettivamente la sua attività<sup>98</sup>. Si sono avute però conseguenze negative sui rapporti tra capitale e lavoro per gli aspetti considerati parte del diritto societario: come in Germania la disciplina della cogestione, ovvero della partecipazione dei lavoratori alla direzione della società<sup>99</sup>. Ebbene, la concorrenza tra ordinamenti sta portando alla prassi per cui le società tedesche sono formalmente ritenute sedi distaccate di società inglesi, in quanto tali non tenute ad adottare questo modello di *governance*<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Così l'Avvocato generale La Pergola nelle sue *Conclusioni* del 16 luglio 1998.

<sup>98</sup> Artt. 6 e 8 Regolamento *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del 17 giugno 2008, Ce/593/2008.

<sup>99</sup> Su cui A. SOMMA, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in UNIDROIT (a cura di), *Eppur si muove*, vol. 1, cit., 74 ss.

<sup>100</sup> Già S. SICK e L. PÜTZ, *Der deutschen Unternehmensbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst*, in *Wsi Mitteilungen*, 2011, 1, 34 ss.

Di qui la notevole pressione a riformare il diritto societario tedesco, a riprova di quanto abbiamo anticipato: la concorrenza tra ordinamenti attiene formalmente al rispetto delle diversità, e tuttavia finisce per funzionare come una sorta di catalizzatore di riforme tese a produrre uniformazione. A questo si riferiscono del resto i fautori di un simile meccanismo nel momento in cui la reputano il motore di una «corsa verso l'alto»<sup>101</sup>; ovviamente dal punto di vista neolibérale<sup>102</sup>.

### 9. Il ruolo delle corti: l'uso giurisprudenziale della comparazione

Si usa ricordare che la storia offre due notevoli esempi di uniformazione del diritto: quella realizzata nei sistemi di *civil law* attraverso l'opera dei cultori dello *ius commune* prima e dei legislatori poi, e quella compiuta nei Paesi di *common law* ricorrendo all'operato delle corti<sup>103</sup>. Se la prima osservazione non è scontata, ma supportata dalla forza uniformante del processo di codificazione del diritto privato cui abbiamo già fatto riferimento, lo stesso non può dirsi della seconda: gli ordinamenti di *common law* sono tipicamente ordinamenti aperti, per i quali rileva la dimensione temporale più di quella spaziale, e dove la circolazione delle fonti del diritto non risente dei limiti imposti laddove prevale la dimensione statale.

Detto questo, negli ordinamenti di *civil law* si assiste ciò nonostante a una circolazione di pronunce giurisprudenziali, che evidentemente rileva unicamente su un piano per così dire retorico: come espediente attraverso cui rafforzare una decisione necessariamente basata su fonti formali di produzione del diritto. E che questo sia percepito anche come una modalità attraverso cui alimentare l'uniformazione del diritto, lo testimonia una risalente proposta pensata per sviluppare il diritto privato europeo: quella di riconoscere ai precedenti delle corti supreme dei Paesi europei reciproca autorità persuasiva<sup>104</sup>, per alimentare così percorsi ermeneutici «paneuropei»<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Al proposito per tutti E.-M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

<sup>102</sup> A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, Laterza, 2004, 58 ss.

<sup>103</sup> R.H. GRAVESON, *The international unification of law*, in *American Journal of Comparative Law*, 4, 1968, 4 e R. DAVID, *The international unification of law*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen etc., J.C.B. Mohr etc., 1971, Ch. 5, 3 s. Anche R. POUND, *Unification of law*, in *American Bar Association Journal*, 20, 1934, 695.

<sup>104</sup> M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 46, 2000, 727.

<sup>105</sup> C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktrecht*, Bd. 1 (*Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnung*), München, C.H. Beck, 1996, 399. Anche W. Odersky, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 1994, 1 ss.



Di una circolazione di pronunce giurisprudenziali finalizzata a produrre diritto uniforme, si può tuttavia parlare anche fuori dalle dinamiche relative allo sviluppo della costruzione europea. Lo si può fare pensando all'uso giurisprudenziale del diritto comparato, nel solco di una risalente letteratura intenzionata a ritenere quest'ultimo un «metodo di interpretazione universale»<sup>106</sup>, per il quale si è anche tentato di individuare un fondamento positivo ricorrendo alle disposizioni codicistiche concernenti la chiusura delle lacune dell'ordinamento. In Italia si è ad esempio proposto di valorizzare la circostanza che il riferimento all'analogia non si accompagna alla menzione della statualità, come invece per i principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12 disp. prel. cod. civ.)<sup>107</sup>. In Svizzera si è poi pensato di ricorrere alla disposizione per cui il giudice può decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (par. 1 ZGB), traendo spunto dalla constatazione che quest'ultimo si ispira sovente alle soluzioni elaborate all'estero<sup>108</sup>. I cultori del diritto austriaco suggeriscono invece di utilizzare il riferimento al diritto naturale (par. 7 ABGB), al fine di elevare al rango di fonte formale gli articolati elaborati a livello internazionale sulla base di indagini di diritto comparato: in particolare i menzionati Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali e i Principi Lando del diritto europeo dei contratti<sup>109</sup>.

È appena il caso di avvertire che l'uso giurisprudenziale della comparazione può avvenire in chiave distruttiva, ovvero per indicare l'opportunità di non importare un modello, su presupposto che esso trae spunto da principi non condivisi dall'ordinamento importatore. Il che si verifica di norma nei settori dell'ordinamento più interessati da opzioni valoriali forti, come in particolare nel diritto di famiglia e delle persone<sup>110</sup>.

Se peraltro l'uso distruttivo della comparazione è decisamente limitato, lo stesso non può dirsi di quello costruttivo, ovvero concepito per supportare soluzioni che possono essere in contrasto con schemi ricondotti a una fonte formale di produzione del diritto, o promossi dalla dottrina o ancora da pronunce

<sup>106</sup> K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 15, 1949/50, 5 ss.

<sup>107</sup> P.G. MONATERI, A. SOMMA, "Alien in Rome". *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro italiano*, 124, 1999, V, 47 ss.

<sup>108</sup> B. AUBIN, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, 458 ss.

<sup>109</sup> Ad es. W. POSCH, *Judikative Rechtsangleichung: ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 6, 1998, 521 ss.

<sup>110</sup> Esempi in A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, 170 ss.

innovative<sup>111</sup>. Anche se non siamo di fronte a un fenomeno diffuso<sup>112</sup>, sebbene la sua reale dimensione non sia accertabile, dal momento che il riferimento alle soluzioni aliene avviene di norma sottotraccia, e comunque senza espliciti riscontri di ordine testuale<sup>113</sup>.

Ovviamente la dimensione risente della vicinanza in termini di valori condivisi tra gli ordinamenti esportatore e importatore<sup>114</sup>, oltre che dalla concreta possibilità di conoscere la decisione straniera, quest'ultima dipendente anche da vicende meno impicanti ma non meno decisive, come l'eventuale barriera linguistica. Va peraltro detto che l'uniformazione del diritto privato realizzata dalle corti non tocca, almeno non in modo significativo, aspetti della disciplina dell'ordine economico che possono metterne in discussione l'ispirazione neo-liberale.

Detto questo, è peraltro evidente che la giurisprudenza gioca un ruolo fondamentale nell'uniformazione del diritto privato realizzata in prima battuta dal legislatore, ma destinata all'insuccesso se le corti interpretano i precetti formulati da quest'ultimo alla luce dei canoni maturati nel loro contesto di riferimento<sup>115</sup>: soluzione che potrebbe produrre costi dell'uniformazione nettamente superiori rispetto ai suoi benefici<sup>116</sup>.

Il tema è tra i più approfonditi in ambito internazionalprivatistico, in particolare con riferimento alla qualificazione: l'interpretazione dei concetti che nelle norme di conflitto individuano l'ambito materiale di applicazione, determinando il diritto applicabile alla fattispecie contenente elementi di internazionalità. Non è stata accolta la tesi di chi proponeva di abbandonare nel merito il concettualismo tipico di un diritto nazionale, e di valorizzare in sua vece la situazione fattuale cui la norma di conflitto si riferisce<sup>117</sup>. È ciò nonostante significativo che essa viene considerata all'origine dell'analisi funzionale<sup>118</sup>, più

<sup>111</sup> Da ultimo E. ADAMO, *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.

<sup>112</sup> Per tutti B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* (2006), Bologna, Il Mulino, 2009.

<sup>113</sup> Già R. SACCO, *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden, London, Boston, Sythoff etc., 1978, 101 s.

<sup>114</sup> Esempi in G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>115</sup> Al proposito, per tutti J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, cit., 12 ss.

<sup>116</sup> H. KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung. Nutzen Kosten Methode Ziele*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, 1 ss.

<sup>117</sup> E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. 1, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1945, 49 s.

<sup>118</sup> Cfr. R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford e New York, Oxford University Press, II ed., 2019, 345 ss.

volte richiamata nel corso del lavoro, ovvero di un approccio metodologico al servizio dei processi di uniformazioni dei diritti nazionali.

#### **10. A mo' di conclusione: uniformazione del diritto privato e federalismo solidarista**

Giunti alla conclusione di questa rassegna di aspetti e profili problematici concernenti l'uniformazione del diritto privato, possiamo riepilogare il percorso svolto per poi abbozzare riflessioni circa la possibilità di una convergenza dei diritti nazionali attorno a schemi solidaristici.

Abbiamo preso le mosse dall'uniformazione come vocazione costitutiva della moderna comparazione giuridica, tradizionalmente reputata un compito da affidare alla scienza giuridica piuttosto che al legislatore e dunque alla politica. Abbiamo poi mostrato la debolezza di questo assunto dal punto di vista storico: la codificazione del diritto privato è avvenuta come esito di una circolazione di modelli, e dunque relativizzandone la dimensione nazionale. Gli ultimi decenni hanno poi mostrato la debolezza della scienza giuridica come motore dell'uniformazione, in massima parte dovuta alle caratteristiche del diritto morbido in quanto prodotto del suo operato: accolto dai suoi destinatari nella misura in cui corrisponde alle loro aspettative, in particolare quelle degli operatori del mercato. Da un simile punto di vista l'uniformazione dottrinale può avere successo solo se la scienza giuridica accetta di abdicare al proprio ruolo di produttrice e riproduttrice di un sapere autonomo: se si rende disponibile a interpretare fedelmente il modello economico dominante in quanto presidio delle aspettative degli operatori del mercato.

Di qui l'interesse per questo modello, i cui tratti salienti sono ricavati dall'ortodossia neoliberale: per la quale lo Stato interviene nell'ordine economico al fine di imporre il funzionamento della concorrenza, e in tale prospettiva spolitizzare il mercato.

Il tipo di uniformazione del diritto privato indotta da questo schema può essere descritto osservando la costruzione europea. Lì l'uniformazione persegue le finalità alimentate dal federalismo teorizzato decenni or sono da von Hayek, per il quale occorre promuovere soprattutto l'integrazione negativa, ovvero incentivare la libera circolazione delle merci e dei fattori produttivi. A questa si deve aggiungere l'integrazione positiva, tuttavia solo nella misura in cui concerne norme imperative: l'inderogabilità di queste ultime si presta altrimenti a produrre le distorsioni della concorrenza riconducibili al diverso trattamento riservato a operatori economici in ragione della loro nazionalità.

Sono così delineate le linee di fondo seguite dal legislatore nel suo contributo all'uniformazione del diritto privato, che non sono certo scalfite da quella realizzata dalle corti, non necessariamente orientata in senso neoliberale. Certo, questa non appare del tutto trascurabile, anche se risulta scarsamente

incisiva, e tuttavia è relativa a vicende sostanzialmente irrilevanti per la complessiva disciplina dell'ordine economico.

Evidentemente è possibile una uniformazione del diritto privato alternativa a quella allineata all'ortodossia neoliberale, ma questa non può svilupparsi entro schemi federalisti di matrice hayekiana: necessita di un federalismo compatibile con forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle affidate al libero incontro di domanda e offerta. E proprio a questo tipo di uniformazione hanno fatto riferimento, nello stesso periodo in cui si definiscono le coordinate teoriche del neoliberalismo, i fautori di un federalismo impropriamente definito come socialista, giacché non allude al superamento del capitalismo, ma più semplicemente dell'individualismo come fondamento dello stare insieme come società<sup>119</sup>.

Da questo punto di vista la dimensione nazionale del diritto doveva essere superata, tuttavia non per alimentare un livello sovranazionale chiamato a spolitizzare il mercato, bensì per sviluppare una «dottrina sociale del federalismo» espressiva di «solidarietà organica»: per favorire il recepimento della «democrazia sociale e politica», esattamente come si era fatto con «il contributo positivo della Rivoluzione francese». E ciò includeva opzioni tese a sottolineare la volontà di rendere l'ordine economico un'arena dominata dall'ordine politico, da disciplinare rispettando l'equilibrio tra meccanismo concorrenziale e meccanismo democratico: da qui il favore per una «parziale pianificazione nel campo economico», oltre che per imprese «affidate alla comunità», sebbene non necessariamente a quella statale<sup>120</sup>.

Altrimenti detto, il federalismo socialista doveva realizzare «l'uguaglianza economica e sociale», e dunque promuovere l'impiego delle risorse disponibili «in modo da procurare la miglior vita possibile a tutti». Per questo occorre realizzare la «disciplina collettiva della vita economica», soprattutto «mediante la sostituzione in larga misura della proprietà collettiva alla proprietà privata delle risorse industriali», ritenuta un passaggio obbligato per «provvedere al miglioramento delle condizioni di lavoro e delle istituzioni sociali»<sup>121</sup>.

Questa forma di federalismo non può certo realizzarsi attraverso la mera integrazione negativa, affiancata da quella positiva solo nella misura necessaria e sufficiente a preservare la concorrenza e non anche la partecipazione democratica nelle scelte concernenti la disciplina del mercato. La libera circolazione

<sup>119</sup> Secondo un uso dell'espressione relativamente diffuso nei primi decenni del Novecento: per tutti L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1911), Paris, Alcan, II ed., 1920, 8 s.

<sup>120</sup> H. BRUGMANS, *Le ragioni fondamentali del federalismo europeo* (1947), in ID. et al., *Federazione europea*, Firenze, Nuova Italia, 1948, 19 ss.

<sup>121</sup> B. WOOTTON, *Socialismo e federazione* (1940), *ivi*, 192 ss. e 208 ss. Diffusamente anche ID., *Freedom under Planning*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1945.

delle merci e dei fattori produttivi costituisce infatti un ostacolo alla partecipazione, dal momento che impone ai legislatori nazionali di assumere scelte incompatibili con il proposito di redistribuire ricchezza con modalità alternative al libero incontro di domanda e offerta. In particolare l'assenza di un controllo statale sulla circolazione dei capitali, infatti, impone di attirare investitori attraverso l'abbattimento dei salari e della pressione fiscale sulle imprese, il che determina un impoverimento della forza lavoro e una contrazione del *welfare*<sup>122</sup>.

In alternativa si può concepire l'integrazione negativa come passaggio successivo al raggiungimento dell'integrazione positiva, avendo però cura di riferire la prima a tutte le vicende rilevanti per la disciplina delle merci e dei fattori produttivi: ad esempio, con riferimento ai capitali, occorre che standard uniformi circa i comportamenti degli operatori economici siano definiti anche con riferimento ai livelli salariali e alla pressione fiscale sulle imprese.

Come si intuisce, si tratta di un approccio incompatibile con l'architettura su cui si fonda la costruzione europea, come detto in massima parte ricavata dal federalismo di matrice hayekiana. Di qui la conclusione che il giudizio formulato a proposito del diritto privato uniforme di fonte sapienziale ben si può estendere a quello di fonte legislativa: appare irrimediabilmente incapace di alimentare il solidarismo, dal momento che anche la politica, come la scienza giuridica, opera all'interno di una cornice pensata per assolutizzare le indicazioni provenienti dal circuito dell'economia. E il diritto uniforme si presta a «pietrificare lo status quo»<sup>123</sup>, piuttosto che a determinare mutamenti radicali, come quelli indispensabili a superare l'ortodossia neoliberale.

<sup>122</sup> Ad es. M. PIANTA, *L'Europa della finanza*, in *Parolechiave*, 48, 2012, 103 ss.

<sup>123</sup> P. BEHRENS, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinbeitlichung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, 19 ss.