



# EUI Working Papers

LAW 2010/09

**DEPARTMENT OF LAW**

LA MANO VISIBILE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO IN  
MATERIA NORMATIVA – LA TRASFORMAZIONE DEL DIRITTO  
PRIVATO EUROPEO DALL'AUTONOMIA AL FUNZIONALISMO  
NELLA CONCORRENZA E NELLA REGOLAMENTAZIONE

Hans-W. Micklitz



**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE**  
**DEPARTMENT OF LAW**

*La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa –  
La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo  
nella concorrenza e nella regolamentazione*

**HANS-W. MICKLITZ**

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2010 Hans-W. Micklitz

Printed in Italy  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy  
[www.eui.eu](http://www.eui.eu)  
[cadmus.eui.eu](http://cadmus.eui.eu)

**Author contact details**

Prof. Hans-W. Micklitz  
Professor of Economic Law  
European University Institute  
Florence, Italy

Email: Hans.Micklitz@eui.eu

Traduzione di 'The Visible Hand of European Private Law', in *Yearbook of European Law* 2009, (28) 2010, 3-60. Tengo a ringraziare Norbert Reich, Fabrizio Cafaggi, Pierre-Marie Dupuy, Karlo Tuori, Neil Walker, Thomas Wilhelmsson, Wojciech Sadurski e Bruno de Witte per i loro validi commenti sulle versioni precedenti. Resta comunque valida la limitazione di responsabilità.



## Sommario

<b>1. LE DIMENTICANZE DEI PROGETTI DI CODIFICAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO</b>	<b>1</b>
<b>2. "ECONOMICIZZAZIONE/ÖKONOMISIERUNG" (MERCATO INTERNO) E "POLITICIZZAZIONE/POLITISIERUNG" (GOVERNANCE) DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO</b>	<b>5</b>
2.1. Tensioni ed interazioni fra economicizzazione e politicizzazione	8
2.2. Effetti dell'economicizzazione/politicizzazione sul sistema giuridico	12
<b>3. LA MANO "VISIBILE" DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO</b>	<b>14</b>
3.1. Settori d'interesse: i terreni finora inesplorati	15
3.1.1. Disposizioni contro la discriminazione nel diritto privato (nuovi "valori" e applicabilità)	15
3.1.2. Mercati regolamentati ("nuovi" principi: facilità di accesso, accessibilità economica e buone prassi)	16
3.1.3. Pratiche commerciali e diritto contrattuale (consumatore medio, conclusione del contratto e nuovi strumenti)	18
3.1.4. Accordi tra imprese, aiuti di Stato e appalti pubblici (rimedi giuridici, rapporti trilaterali)	19
3.1.5. Salute, sicurezza alimentare e disciplina dei servizi (elaborazione delle clausole contrattuali e norme sulla responsabilità)	20
3.1.6. Possibilità e praticabilità di una generalizzazione	21
3.2. Confronto con il progetto della Commissione relativo alla codificazione del diritto privato europeo	22
3.3. Diritto privato europeo "visibile" e diritto privato interno	23
<b>4. INQUADRAMENTO ANALITICO PER UNA TRATTAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO VISIBILE</b>	<b>25</b>
4.1. La sostanza del diritto privato europeo visibile in materia normativa	25
4.2. Nuovi processi legislativi (o la privatizzazione legislativa)	27
4.3. Vecchi e nuovi strumenti legislativi: norme imperative, norme dispositive e legislazione di diritto privato	30
4.4. Vecchie e nuove modalità di applicazione del diritto	33
<b>5. STRUTTURAZIONE DELL'INTERAZIONE TRA IL DIRITTO PRIVATO EUROPEO E QUELLO NAZIONALE – CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SU UN SISTEMA DI COORDINAMENTO FLESSIBILE</b>	<b>36</b>
5.1. I diversi insiemi di norme del diritto privato (dei contratti)	36
5.2. Sostanza del "nuovo" diritto	37
5.3. Associazione di vecchi e nuovi strumenti normativi	38
5.4. Nuovi processi legislativi/normativi	42
5.5. Diritti, risarcimento e rimedi giuridici, procedura ed enforcement	42
<b>6. CONCLUSIONI</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>48</b>





## **Abstract**

Il titolo "La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa" è un'espressione che dovrebbe chiarire quella che io identifico come la più grande lacuna esistente non soltanto nel discorso politico ma anche nella dottrina e nella teoria del diritto privato europeo, alla quale mi auguro di apportare nuovi contributi e competenze sinora mancati. La mia ipotesi è che la "modernizzazione" o (in termini più cauti i cambiamenti) del diritto privato derivino da quelle discipline che si collocano ai confini del diritto privato tradizionale. Tenterò pertanto di avanzare una sorta di contro-proposta ai "Principi Acquis" e al "*Draft Common Frame of Reference*" ("Progetto di quadro comune di riferimento" o DCFR inteso come un corpo organico di norme del diritto privato europeo) proponendo un modello che lasci spazio al diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali pur tenendo conto del processo di europeizzazione che viene portato avanti da gruppi di esperti accademici quali il "Gruppo di studio per un Codice civile europeo" e il "Gruppo Acquis", nonché da parte del legislatore europeo, o ancora mediante la produzione di norme giuridiche di natura non vincolante e non impositiva (il cosiddetto "soft law"). Vista la struttura multi-livello della Comunità europea, occorre un modello che consenta di determinare quali norme devono essere elaborate e applicate, a quale livello e da parte di chi. Quello che ho in mente è un nuovo orientamento strutturale del diritto privato (europeo) che tenga conto della trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione

## **Keywords**

diritto privato europeo– trasformazione dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione - modernizzazione del diritto privato derivino - contro-proposta ai "Principi Acquis" e al "*Draft Common Frame of Reference*" - struttura multi-livello della Comunità europea



*Chiarimento: la "mano visibile" allude alla "mano invisibile" del mercato. Tale allusione non vuole essere in alcun modo dispregiativa o polemica. La mano visibile ha una dimensione descrittiva, poiché il diritto privato europeo che immagino è un diritto che regola, vale a dire che viene adottato per perseguire determinate finalità politiche. La mano visibile possiede comunque una dimensione normativa, che costituisce il punto focale della proposta.*

## **1. Le dimenticanze dei progetti di codificazione del diritto contrattuale europeo**

La Comunicazione della Commissione europea sul Diritto contrattuale europeo del 2001<sup>1</sup> ha intenzionalmente avviato un dibattito<sup>2</sup> in tutto il mondo accademico europeo sulla fattibilità di un Codice europeo dei contratti. La stessa Commissione ha costituito una rete di ricerca, la cosiddetta "rete di eccellenza", composta dal "Gruppo Acquis" e dal "Gruppo di studio per un Codice civile europeo" (N.d.T.: di seguito "Gruppo di studio"), il primo dei quali lavora sull'*acquis* comunitario, mentre il secondo segue un approccio di diritto comparato in linea con l'attività della Commissione Lando<sup>3</sup>. Entrambi i gruppi si sono rivelati altamente produttivi. Il Gruppo di studio ha già pubblicato sei volumi completi<sup>4</sup> su diversi aspetti del diritto contrattuale, ciascuno dei quali si conclude con una proposta di codificazione su come disciplinare la materia in questione a livello comunitario. Insieme ai *Principles of European Contract Law* o PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) già pubblicati in precedenza, questi volumi formano un corpo organico di regole per la codificazione sviluppate in ambito accademico. Anche il Gruppo Acquis ha pubblicato i primi risultati della sua attività<sup>5</sup>. Il gruppo ha elaborato principi propri, i cosiddetti "Principi Acquis", che si pongono in concorrenza con i PECL. Questi due decaloghi, i PECL e i Principi Acquis, si ritrovano fusi – su pressione della Commissione europea e a coronamento dell'impegno accettato dalla rete di eccellenza – in un testo accademico, il "*Draft Common Frame of Reference (DCFR)*" o "Progetto di quadro comune di riferimento", che è ora disponibile nella stesura recentemente presentata dai due gruppi alla Commissione europea<sup>6</sup>.

Il presente saggio non intende affrontare né i pro e contro del progetto di codificazione, né l'utilizzabilità e utilità di un Quadro Comune di Riferimento<sup>7</sup>. Non occorre una spiccata immaginazione per prevedere che il dibattito accademico dominante<sup>8</sup> s'incentrerà da ora in avanti, con tutta

---

<sup>1</sup> COM (2001) 398 definitivo.

<sup>2</sup> Si veda Grundmann/Stuyck (eds.), 2002. Secondo le parole di Staudenmayer, 2002, pagg. 249, 251 ex esponente di spicco della DG SANCO: "*It is indispensable that any such European Contract Law should be based on broad and in-depth preparatory work*" (N.d.T.: "È indispensabile che qualunque Diritto contrattuale europeo di questo tipo sia fondato su un'ampia e approfondita attività preparatoria").

<sup>3</sup> Cf. costituzione della rete di ricercatori nell'ambito del Sesto programma quadro per la ricerca e lo sviluppo tecnologico (Decisione n. 1513/2002/CE, GU L 232 del 29.08.2002, pag 1).

<sup>4</sup> "Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code", Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (eds.), Hesselink/Rutgers/Bueno Diaz/Scotton/Feldmann, 2006; Benevolent Intervention into Another's Affairs (ed.), von Bar, 2006; Service Contracts (PEL SC) Barendrecht/Jansen/Loos/Pinna/Cascao/Gulijk, 2007; Drobnig (ed.), 2007; Lilleholt/Victo-rin/Fötschl/Konov/Meidell/Torum (eds.), 2008; Hondius/Heutger/Jeloschek/ Sivesand/Wiewiorowska (eds.), 2008.

<sup>5</sup> Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2007; Contract II, Performance, Non-Performance, Remedies, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) to be published, 2009.

<sup>6</sup> Predisposta dal Gruppo di studio per un Codice civile europeo e dal Gruppo di ricerca sul diritto privato comunitario (Gruppo Acquis), 2008; in tale contesto, vedasi Schulze (ed.), 2008.

<sup>7</sup> Si veda Lando, Beale, Letowska/Wiewirowska-Domagalska, Odeker, Schulte-Nölke, v. Bar, tutti 2007, pagg. 245 ss.; si veda anche Reich, 2007, pag. 166.

<sup>8</sup> Dibattito che è già iniziato; per quanto riguarda i Principi Acquis, si veda Jansen/Zimmermann, 2007, pag. 1113, = Restating the *Acquis* Communautaire? A Critical examination of the 'Principles of the Existing EC

probabilità, sui punti di forza e di debolezza relativi al *merito* delle varie proposte, comprese quelle formulate ad opera di gruppi che non rientrano nella rete di eccellenza, come il *Common Core Group*<sup>9</sup> e altre iniziative accademiche nel campo del diritto delle assicurazioni e degli illeciti civili<sup>10</sup>. Tutte queste iniziative poggiano fortemente sul desiderio del mondo accademico e politico di elaborare un corpo uniforme di norme di un diritto privato veramente europeo a partire dai sistemi nazionali di diritto privato e dall'*acquis* comunitario in materia di diritto privato. I gruppi di esperti e, in particolare, i circa 200 studiosi accademici che li compongono, sono lungi dal convergere verso una posizione univoca. Lo stesso vale in ambito politico. Mentre la Commissione europea ha notevolmente ridimensionato le proprie ambizioni, ora incentrate sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori<sup>11</sup>, lasciando così aperto il futuro politico di un Quadro Comune di Riferimento, il Parlamento europeo rimane convinto della necessità di un Codice civile europeo.<sup>12</sup>

Le varie posizioni possono essere suddivise in tre diverse correnti di pensiero. Quelle più ambiziose considerano il progetto di codificazione come parte della costruzione europea. Esiste quindi un forte legame tra una visione classico-gerarchica (governata dai principi della prevalenza e dell'effetto diretto) di una Costituzione europea che prenda il posto delle costituzioni nazionali e una visione ortodossa<sup>13</sup> di un Codice civile europeo che intenda sostituirsi agli ordinamenti civilistici nazionali. Dall'altro capo dello spettro di opinioni si trovano quanti partono dalla premessa di stampo più economico secondo cui un corpo unificato di norme del diritto privato può contribuire a eliminare gli ostacoli agli scambi e a ridurre il costo delle transazioni<sup>14</sup>. Nel mezzo, identificherei quanti vedono l'unificazione del diritto privato europeo come un contributo al processo d'integrazione europea con un futuro a struttura aperta, il quale condurrà forse nel lungo periodo a una costituzione che non si sostituisca, però, alle costituzioni nazionali. Di conseguenza, il diritto privato europeo e il diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali marcano in parallelo. Va ribadita la forte coincidenza tra la costruzione della Costituzione europea e la costruzione di un ordinamento di diritto privato europeo. Il dibattito teorico sul pluralismo costituzionale<sup>15</sup> trova corrispondenza nell'appello al pluralismo del diritto privato - nonostante il dibattito sul diritto privato riceva varie denominazioni: "*Private Law and the Many Cultures of Europe*"<sup>16</sup> (N.d.T.: "Il diritto privato e le numerose culture dell'Europa") o "*Private Law Beyond the State*" (N.d.T.: "Il diritto privato oltre lo Stato")<sup>17</sup> o ancora "*Competition in the European Codification Process*"<sup>18</sup> (N.d.T.: "La concorrenza nel processo europeo di codificazione").

(Contd.)

Contract Law', ModLRev 2008, 505; si vedano diversi articoli pubblicati nel Vol. 4 (2008) No. 3 della European Review of Contract Law e nel Vol. 208 (2008) Nos. 2-3 dell'Archiv für civilistische Praxis.

<sup>9</sup> Bussani/Mattei, 1996/97, pagg. 339 ss.; per un'autocritica, si veda Reimann, in Bussani/Mattei (eds.), 2007, pag. 83.

<sup>10</sup> European Centre on Tort and Insurance Law, www.ectil.org.

<sup>11</sup> COM (2006) 744 definitivo. Si veda *Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* ("Relazione sui risultati della consultazione riguardante il Libro verde sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori", data e numero ad oggi non disponibili) e la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM (2008) 614 definitivo); si vedano i miei commenti sul Libro verde in Wagner/Wedl, 2007, pagg. 293-323.

<sup>12</sup> Risoluzioni del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 (OJ EC 1989, C 158/400), del 6 maggio 1994 (OJ EC 1994, C 205/518) e del 15 novembre 2001 (ZEuP, 2002); si veda inoltre la Comunicazione della Commissione del 2003 "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione" (COM(2003) 68 definitivo). Una fautrice particolarmente esplicita del progetto è Diana Wallis, appartenente alla cerchia accademica incaricata di attraversare l'Europa allo scopo di discutere i pro e i contro del progetto di codificazione per varie finalità.

<sup>13</sup> Si veda Niglia, in corso di stampa.

<sup>14</sup> E.g. Wagner, 2002, pag. 995.

<sup>15</sup> Baquero-Cruz, 2007; Kumm, 2005, pag. 262; Walker, in Walker/Loughlin, 2007, pag. 247; Maduro, in Weiler/Wind (eds.), 2003, pag. 74.

<sup>16</sup> Wilhelmsson, 2004, pag. 712; id. (ed.), 2007.

<sup>17</sup> Michaels/Jansen, 2006, pag. 843; si veda Zimmermann, 2008

<sup>18</sup> Grundmann, 2009.

Ho già espresso in passato le mie riserve e sulla necessità di un progetto di codificazione del diritto privato europeo che si sostituisca agli ordinamenti nazionali di diritto privato, e sulla metodologia scelta dal Gruppo Acquis e dal Gruppo di studio e infine sulla sua vacillante legittimità democratica<sup>19</sup>. Il punto focale del presente saggio è la spinta verso un *modello normativo* che dia forma al pluralismo del diritto privato. Tenterò pertanto di avanzare una sorta di contro-proposta (*Gegenentwurf*) ai "Principi Acquis" e al "*Draft Common Frame of Reference (DCFR)*" ("Progetto di quadro comune di riferimento") inteso come un corpo organico di norme del diritto privato europeo, proponendo un modello che lasci spazio al diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali pur tenendo conto del processo di europeizzazione che viene portato avanti da tanto da gruppi di esperti accademici quali il "Gruppo di studio" e il "Gruppo Acquis" quanto dal legislatore europeo e da strumenti giuridici di c.d. "soft law". La struttura multi-livello della Comunità europea richiede un modello in grado di determinare quali norme devono essere elaborate e applicate, a quale livello e da parte di chi. Quello che ho in mente è un nuovo orientamento strutturale (*strukturelle Neuorientierung*) del diritto privato (europeo) che tenga conto della trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione<sup>20</sup>. Al termine del mio contributo, fornirò una breve trattazione di come potrebbe essere articolato tale modello normativo (paragrafo 5).

Il titolo del mio saggio, "La mano visibile"<sup>21</sup> del diritto privato europeo in materia normativa", sottolinea quella che io identifico come la più grande lacuna esistente non soltanto nel discorso politico ma anche nella dottrina e nella teoria del diritto privato europeo. A tale lacuna mi auguro di apportare contributi e competenze sinora mancati. La mia ipotesi è che la "modernizzazione" o (in termini più cauti cambiamenti) del diritto privato derivino da quelle discipline che si collocano ai confini del diritto privato tradizionale (*von den Rändern her*)<sup>22</sup>. Si tratta proprio di quel processo di trasformazione del diritto privato europeo ancora *in fieri*, reso possibile dagli Stati membri pronti a trasferire questo ambito ristretto (cioè politicamente orientato) di competenze alla Comunità europea<sup>23</sup>. Fino ad ora, il discorso politico e accademico sul diritto privato europeo, in particolare in seno al Gruppo di studio, è stato orientato verso il passato, in quanto tanto la portata quanto le prospettive dei PECL proposti sono prevalentemente determinate dalle codificazioni tradizionali<sup>24</sup>. Il Gruppo Acquis è politicamente legato ad una visione piuttosto ristretta del diritto europeo dei contratti formulata dalla Commissione europea nella sua Comunicazione iniziale del 2001. Gli unici elementi "moderni" e visibili all'interno della Comunicazione sono le disposizioni a tutela dei consumatori e di lotta alla discriminazione. Il diritto comunitario originario non vi trova posto<sup>25</sup>. Sono in larga parte trascurati ambiti come la disciplina delle reti (di telecomunicazione, dell'energia, dei trasporti), la normativa di diritto privato che regola gli accordi tra le imprese (*Kartellprivatrecht*), la normativa sugli appalti pubblici, i diritti di proprietà intellettuale, le norme che disciplinano la correttezza nei rapporti

---

<sup>19</sup> Micklitz, 2007, pagg. 2-15; ristampato in Ernst (Hrsg.), 2007, pagg. 255-283; versione inglese aggiornata in Liber Amicorum Alpa (eds.), Andenas/Diaz Alabart/Sir Markesinis/Micklitz/Pasquino, 2007, pagg. 699-728.

<sup>20</sup> Appare opportuno ricordare l'analisi iniziale di Raiser, 1960, pagg. 101 ss.; stesso autore, 1971; si veda inoltre Bauer/Esner/Kübler/Steindorff (Hrsg.), 1974, in particolare il contributo sulla teoria del diritto privato, pag. 517.

<sup>21</sup> Questa metafora viene impiegata con riferimento ai legislatori nazionali da Basedow, 1994, pag. 423.

<sup>22</sup> Sempre lungo la stessa linea, si veda Kirchner, in Weyers (ed.), 1997, pagg. 103, 106; si veda anche Grundmann, 2001, pag. 505.

<sup>23</sup> La Comunità europea non ha la competenza per disciplinare il diritto privato europeo; per una trattazione completa di questa problematica, si vedano le varie pubblicazioni di Weatherill, in Cafaggi (ed.), 2006, pag. 37 e W.-H. Roth, 2008, pag. 401.

<sup>24</sup> Lungo la stessa linea, si veda Schulze, 2008, pag. 11; Grundmann 2009. Le disposizioni a tutela dei consumatori non sono state tenute in considerazione: si veda Micklitz, 2004, pagg. 339-356. Per quanto riguarda il settore più importante dei servizi, il Gruppo di studio ha adottato un approccio piuttosto tradizionale, basato sulla distinzione tra il "contract de moyen" e il "contrat de résultat"; si veda Service Contracts (PEL SC) Barendrecht/Jansen/Loos/Pinna/Cascao/van Gulijk, 2007.

<sup>25</sup> Si veda Steindorff, 1996 per una trattazione antecedente e, più recentemente, Reich, in F. Cafaggi/H.-W. Micklitz (eds.), *After the CFR*, 2009.

commerciali, il diritto societario e la tutela dei risparmiatori, le disposizioni contro la discriminazione, la legislazione in materia di sicurezza alimentare e dei prodotti e la standardizzazione dei contratti di servizi<sup>26</sup>. qui entra in gioco la mano visibile del diritto privato europeo che ho in mente e che tratteggerò nel paragrafo 3.

Tuttavia, prima di partire dal lato visibile del diritto privato europeo e dal suo rapporto tanto con i progetti comunitari di codificazione quanto con il diritto privato nazionale, tenterò di spiegare da dove proviene la forza trainante del cambiamento/rinnovamento (capitolo 2). Nei settori sopraccitati, gli Stati membri hanno delegato importanti competenze alla Comunità europea che, in nome del mercato interno, interviene con forza nei diritti contrattuali nazionali. Si noterà come le *due forze trainanti* di questo processo siano la *politica della concorrenza* e la *politica industriale*. Ho racchiuso la parola "rinnovamento" tra virgolette perché non intendo equiparare quella che denominerò la "economicizzazione" (*Ökonomisierung*) del diritto privato europeo con il postmodernismo. Di fatto, sono molto più interessato ai cambiamenti derivanti dall'economicizzazione del diritto privato europeo. L'instaurazione del mercato interno è, comunque, soltanto una faccia della medaglia. L'altra faccia della medaglia è la "governance", intesa qui come la "politicizzazione" (*Politisierung*) del diritto privato europeo. Mi spingerei fino ad affermare che il mercato interno ha, se non avviato, quanto meno dato un impulso considerevole all'emergere del dibattito sulla governance<sup>27</sup>. Ciò che più interessa è che la governance ci permette di allargare l'orizzonte dell'analisi sul diritto privato europeo visibile. Gran parte delle ricerche in tema di diritto privato europeo si concentra sulle norme di diritto positivo, come se non fosse mai esistito un realismo giuridico, una *Rechtssoziologie* o un diritto contestualizzato<sup>28</sup>. La governance allarga la prospettiva ponendo l'accento sul processo di formazione del diritto, sullo sviluppo e l'impiego di nuovi strumenti normativi e su possibili meccanismi di applicazione delle norme. La governance si fonda sulle reti e non sulla gerarchia, sul coinvolgimento e l'arricchimento reciproco e non sull'autorità e il controllo<sup>29</sup>, su processi iterativi piuttosto che disgiunti<sup>30</sup>. L'economicizzazione (*Ökonomisierung*) e la politicizzazione (*Politisierung*) servono quindi a inquadrare una migliore comprensione del processo di trasformazione del diritto privato europeo visibile.

Una volta chiarito cosa s'intende per "diritto privato europeo visibile" (paragrafo 3) e quali sono le forze motrici dell'economicizzazione/politicizzazione (paragrafo 2), sarà possibile analizzare attentamente l'essenza del diritto privato europeo visibile. La mia ipotesi è che il diritto privato europeo visibile (il suo lato economico) porti a una nuova visione del diritto privato europeo in questi ambiti specifici; una visione che deve essere conciliata con il diritto privato tradizionale. Farò quindi riferimento ad un mio precedente studio sul concetto di diritto contrattuale della concorrenza che descrive gli effetti del processo di economicizzazione.<sup>31</sup>

La governance realizza un processo particolare di formazione del diritto e di applicazione della legge secondo nuove modalità. Il diritto privato visibile è un importante banco di prova per l'ideazione di nuovi strumenti normativi secondo un processo che differisce dalla legiferazione convenzionale, nonché per il raggiungimento di un nuovo equilibrio tra l'applicazione rigorosa della legge attraverso il

---

<sup>26</sup> Esistono alcune eccezioni di affermazioni in tal senso: si vedano, ad esempio Grundmann, 2005, pag. 187 e Basedow, 2000, pag. 17.

<sup>27</sup> Pertanto respingerei qualunque ottica funzionalista. Esiste comunque uno stretto legame tra la "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" e l'Atto unico europeo da un lato (economicizzazione) e l'invenzione della "procedura di comitatologia" e la governance europea dall'altro. Questo legame si pone al centro della ricerca di Joerges, sfociata nella sua teoria sul "sovranozialismo deliberativo"; per maggiori riferimenti, si veda la nota 237.

<sup>28</sup> Niglia, in corso di stampa, pone in particolare risalto la mancanza della dimensione applicativa nell'approccio ortodosso; Trubek, 1984; Reich, 1967; Rottleuthner, 1981.

<sup>29</sup> Tuttavia, il meccanismo applicativo prevalente nei nuovi Stati membri continua ad essere basato su autorità e controllo: si veda Bakardjieva, 2008, pagg. 98, 124 ss.

<sup>30</sup> De Búrca/Scott (eds.), 2006, pag. 3; si veda anche Cafaggi/Muir Watt (eds.), in stampa nel 2009.

<sup>31</sup> Micklitz, 2005, pagg. 549-586.

potere giudiziario e quello esecutivo e nuove modalità applicative meno stringenti. La dimensione della governance ci permette di colmare altre due lacune nella ricerca attualmente in corso, in quanto richiama l'attenzione sull'autoregolamentazione e sulla coregolamentazione<sup>32</sup> da un alto e, dall'altro, sull'applicazione della legge (diritti, mezzi di tutela degli stessi e procedura)<sup>33</sup>. La domanda centrale riguarda il rapporto che intercorre tra economicizzazione e politicizzazione, sia esso conflittuale e/o d'interazione reciproca, e il ruolo che rimane affidato alla legge.

## **2. "Economicizzazione/Ökonomisierung" (mercato interno) e "politicizzazione/Politisierung" (governance) del diritto privato europeo**

Il Libro bianco della Commissione del 1985 sul completamento del mercato interno<sup>34</sup> è da considerarsi, a mio avviso, come il punto di partenza dell'attuale trasformazione della Comunità europea in un nuovo ordinamento sovranazionale.

Un atteggiamento fortemente orientato al mercato ha in qualche modo soppiantato "*les grandes idées politiques*" che condussero all'istituzione della Comunità economica europea e che, fino ai primi anni '90, diressero il progetto degli "Stati Uniti d'Europa"<sup>35</sup>. La realizzazione del mercato interno è diventata l'unico stabile e coerente motore del processo d'integrazione europea. Questo fenomeno si è intensificato a partire dall'allargamento del 2004 – l'adesione di dieci (ora 12) nuovi Stati membri dell'Europa centrale e dell'est – e con il fallimento del progetto di Costituzione europea. Il cosiddetto "nuovo approccio economico" (aiuti di Stato<sup>36</sup>, concorrenza<sup>37</sup> e contratti con il consumatore<sup>38</sup>) avrebbe potuto intendersi come una rinascita e un rinvigorimento del programma di realizzazione del mercato interno, ha tuttavia assunto, alla luce dei fatti del XXI secolo<sup>39</sup>, una connotazione leggermente diversa. La Commissione europea ha fatto ricorso, più spesso e con maggior forza che mai, ai vari comparti del diritto dell'economia per sviluppare il mercato interno e adeguare l'Europa al processo di globalizzazione. In sintesi, la Commissione europea modella<sup>40</sup> la politica industriale attraverso la disciplina degli aiuti di stato, la legislazione sulla concorrenza e la normativa a tutela dei consumatori, per menzionare soltanto le materie attinenti a questo progetto<sup>41</sup>.

Per sviluppare il mercato interno era ed è necessario il diritto privato. È quello che ho denominato il processo di economicizzazione. Tuttavia, non si tratta del diritto privato cui siamo abituati a pensare

---

<sup>32</sup> Héritier/Eckert, 2007/20.

<sup>33</sup> Cafaggi/Micklitz, 2008, pag. 391; Cafaggi/Micklitz (eds.), 2009.

<sup>34</sup> COM (1985) 310 definitivo.

<sup>35</sup> Era in questi termini che, negli Stati Uniti, si discuteva del futuro dell'Europa in seguito alla caduta del muro di Berlino all'inizio degli anni novanta. È possibile parafrasare lo spirito della discussione con l'interrogativo "Li faranno oppure no?" (in riferimento agli Stati Uniti d'Europa, vale a dire alla costituzione di uno Stato federale europeo).

<sup>36</sup> Si veda quanto affermato dal commissario europeo alla concorrenza Kroes, *The refined economic approach in state aid law: a policy perspective*, 21<sup>st</sup> September 2006.

<sup>37</sup> Ulrich (ed.), 2006.

<sup>38</sup> La stessa corrente di pensiero è riscontrabile in COM (2006) 744 definitivo, *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*; si veda Micklitz, in Wagner/Wedl, 2007, pagg. 293-323; tale corrente si trova ora condensata nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, COM (2008) 614 definitivo, cui fa riferimento H.-W. Micklitz/N. Reich, 2009; per un'ottica più ampia, si veda Soper/Trentmann (eds.), 2008.

<sup>39</sup> COM (2007) 724 definitivo, 20.11.2007.

<sup>40</sup> Un candidato di primo piano in questo processo è certamente rappresentato dai mercati regolamentati; si veda in proposito il capitolo 3.1.2 seguente.

<sup>41</sup> Si potrebbe facilmente pensare ad altri ambiti della politica come, ad esempio, la politica ambientale, in cui la Commissione europea ricorre alla normativa sulla riduzione delle emissioni per incitare l'industria automobilistica tedesca a intraprendere la produzione delle utilitarie.

negli ordinamenti giuridici nazionali<sup>42</sup>. Si tratta piuttosto di un diritto dal duplice volto: è normativo, nel senso che è necessario per costituire il mercato interno, ed è concorrenziale in quanto la filosofia soggiacente alle misure di regolamentazione poggia saldamente sulla concorrenza e sulle libertà del mercato<sup>43</sup>. Il diritto dei consumatori<sup>44</sup> costituisce un esempio del diritto privato visibile e del suo volto mutevole. L'argomentazione sembra essere corroborata anche da altri settori del diritto privato visibile. L'apogeo del diritto europeo dei consumatori, in particolare la disciplina dei contratti con il consumatore, cominciò agli inizi degli anni novanta, all'indomani dell'Atto unico europeo. La Commissione europea scoprì, in riferimento all'autorevolissimo Rapporto Sutherland<sup>45</sup>, che la "fiducia del consumatore" rappresentava uno *strumento politico* per convincere gli Stati membri di quanto fossero necessarie, nel diritto dei contratti, norme inderogabili atte a rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno<sup>46</sup>. Ciò contrassegnò la vera e propria nascita del diritto contrattuale della concorrenza. La Commissione europea, però, non si fermò qui. Il passaggio di politica dal più ampio progetto di codificazione alla semplice revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori<sup>47</sup> dimostra un mutamento di prospettiva. Il concetto della fiducia del consumatore diventa a questo punto una priorità *giuridico-normativa* che modifica l'ottica in tema di diritto dei consumatori. La fiducia del consumatore è intesa a giustificare la creazione di un *unico* corpo organico di disposizioni a tutela dei consumatori che si sostituisca alle legislazioni nazionali in materia. Il concetto di fiducia del consumatore<sup>48</sup> viene utilizzato (inappropriatamente) per ridurre le norme di tutela, in nome del consumatore stesso<sup>49</sup>.

La mia argomentazione non è che l'instaurazione del mercato interno abbia prodotto come risultato la "governance europea". In verità, i due progetti/concetti sono emersi simultaneamente ed entrambi hanno radici profonde. Nel campo della governance, queste "lacune derivano da una carenza strutturale dell'Unione europea" relativamente alla sua capacità di emanare regole e di farle osservare<sup>50</sup>. Dato che la Commissione originariamente deteneva il potere esecutivo soltanto nei settori del diritto agrario e della concorrenza, non è sorprendente che sia nata proprio qui l'idea d'istituire comitati in cui confluissero le competenze dei funzionari nazionali e comunitari<sup>51</sup>. La "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" ha condotto in ultima analisi all'adozione della "comitologia"<sup>52</sup>. Il documento relativo alla suddetta strategia e la sua interconnessione con la

---

<sup>42</sup> Per un possibile chiarimento terminologico, si veda Michaels/Jansen, 2006, pag. 843.

<sup>43</sup> Questo aspetto viene in qualche misura sottovalutato da Baldus/Vogel, 2007, pag. 158.

<sup>44</sup> Micklitz/Reich, 2007; Micklitz/Reich/Rott, 2009.

<sup>45</sup> "Il mercato interno dopo il 1992: raccogliere la sfida", relazione presentata alla Commissione europea da parte del Gruppo ad alto livello sul funzionamento del mercato interno.

<sup>46</sup> Telling, v. Miert, EuZW, 1990, 401. L'articolo fu scritto dal Dr. Dieter Hofmann, allora Capo unità di quella che in seguito sarebbe divenuta la DG SANCO.

<sup>47</sup> COM(2006) 744 definitivo, pag. 7, Capitolo 3.3. Mancanza di fiducia.

<sup>48</sup> Wilhelmsson, 2004, pag. 317.

<sup>49</sup> Questo concetto diventa manifestamente chiaro nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (COM(2008) 614 definitivo), cui fa riferimento Micklitz/Reich, 2009. Un'evoluzione analoga è riscontrabile nella legislazione sulla concorrenza, in cui la Commissione europea intende il nuovo approccio economico come mezzo per introdurre il concetto di benessere del consumatore, permettendo in tal modo una nuova lettura dell'abuso di posizione dominante di cui all'Articolo 82 del Trattato CE. Si raccomanda alle autorità antitrust di applicare l'Art. 82 del Trattato CE soltanto nei casi di comprovato danno al consumatore. Essendo difficile produrre prove al riguardo, il riferimento al benessere del consumatore funge da pretesto per abbassare la soglia d'intervento. Si veda in proposito Eilmannsberger, relazione presentata presso il Gruppo di lavoro sulla concorrenza (Istituto Universitario Europeo) l'11 dicembre 2007.

<sup>50</sup> Nell'ambito della dottrina, è in atto un acceso dibattito riguardo alle origini; si vedano a titolo esemplificativo Joerges/Everson, in Joerges/Strath/Wagner (eds.), 2005, pag. 159; de Schutter, in de Schutter/Deakin (eds.), 2005, pag. 279; Dawson, working paper, MS 2007; Weimar, 2007.

<sup>51</sup> Vos, 1997, pag. 211.

<sup>52</sup> Decisione 99/468/CE, GU L 184 del 17.7.1999, pag. 23.



comitologia è esemplificativo della comunione tra la politica del mercato interno e quella che sarebbe poi diventata la "governance". Il cosiddetto "nuovo approccio" e la "comitologia" hanno costituito lo stampo per concetti analoghi, quali la "procedura Lamfalussy", il metodo di coordinamento aperto (MCA) e infine, la coregolamentazione. La "procedura Lamfalussy" stabilisce, per il settore dei servizi finanziari, un meccanismo legislativo e di applicazione della legge articolato su quattro livelli, in base al quale l'emanazione di norme europee vincolanti ai primi due livelli si associa ad un terzo livello di legislazione che prevede l'adozione di regole non vincolanti tramite le autorità di vigilanza degli Stati membri, le quali sono a loro volta preposte all'effettiva applicazione della normativa comunitaria<sup>53</sup>. Il metodo di coordinamento aperto si spinge addirittura un passo oltre, poiché è stato sviluppato nel campo della politica sociale, in cui la Comunità europea non ha competenze da un punto di vista normativo<sup>54</sup>. L'MCA è uno strumento normativo non vincolante che comprende sia l'adozione di standards che la successiva verifica di conformità<sup>55</sup>. La coregolamentazione è un ulteriore meccanismo di formazione delle regole previsto dal nuovo strumentario, introdotto nel quadro del programma di realizzazione del mercato interno. L'idea fondamentale è quella di ampliare le possibilità di combinare legislazione vincolante di livello comunitario a regole non vincolanti prodotte da soggetti e/o organismi privati.

Esiste un collegamento diretto che va dalla "comitologia" alla "costruzione della Costituzione europea" passando per la "governance". La governance europea può essere intesa come un tentativo per trasformare la comitologia in un concetto politico e, in qualche misura, giuridico coerente. A mio avviso, la governance europea è principalmente un processo di politicizzazione. Ciò significa, per quanto riguarda il diritto e il ruolo del sistema giuridico nel processo d'integrazione europea, che il peso del diritto nel processo d'integrazione europea sta diminuendo mentre cresce l'impatto della politica. Il fallimento della Costituzione europea esalta più che mai l'importanza della governance. Il Trattato di Lisbona del 2007 non supera le lacune istituzionali che sono emerse sempre più chiaramente via via che il processo d'integrazione prendeva piede nell'ambito del progetto d'instaurazione del mercato interno. Esso rende omaggio al pluralismo costituzionale<sup>56</sup> accrescendo il ruolo e il peso della "governance".

Gli effetti della governance (politicizzazione) nel diritto privato europeo sono, a prima vista, meno visibili. Non esiste alcun documento della Commissione europea in cui si stabilisca un collegamento tra la governance e il diritto privato<sup>57</sup>. Tuttavia, ciò è vero soltanto a metà. La Commissione europea ha adottato una serie di strategie settoriali riferite al mercato che comprendono alcuni elementi forti di quella che oggi viene denominata "governance", soprattutto attraverso la procedura Lamfalussy per i servizi finanziari, ma anche tramite la "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" per il settore dei servizi. Un altro ambito in cui la governance assume particolare rilievo è il previsto Quadro Comune di Riferimento. La governance nel diritto privato supplisce alla mancanza di approcci normativi convenzionali in diversi settori di confine del diritto privato stesso così come nel suo entroterra, vale a dire il diritto delle obbligazioni.

---

<sup>53</sup> Möllers, 2008, pag. 480.

<sup>54</sup> Per un excursus storico, si veda Dawson, MS 2007.

<sup>55</sup> Per un'analisi degli elementi costitutivi del metodo, si veda Trubek/Trubek, 2005, pag. 343.

<sup>56</sup> Condivido l'opinione di Baquero-Cruz (documento di lavoro n° 2007/13 del Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS) secondo cui l'idea è svanita prima ancora che partisse il progetto (ormai tramontato) di Costituzione europea.

<sup>57</sup> Per una trattazione accademica, si veda Cafaggi, in Cafaggi/Muir-Watt (eds.), 2008, pag.289, di cui è stata pubblicata una versione antecedente come documento di lavoro n° 2007/26 dell'Istituto Universitario Europeo.

## 2.1. Tensioni ed interazioni fra economicizzazione e politicizzazione

"Economicizzazione" (vale a dire l'ottica del mercato interno) e "politicizzazione" (la cosiddetta "governance") influenzano fortemente l'attuale ordinamento giuridico europeo. Si registrano tensioni ed interazioni fra i due processi in corso.

(1) Economicizzazione (l'ottica del mercato interno): la minore attrattiva esercitata da "*les grandes idées*" e la rafforzata ottica di mercato in seno alla Comunità europea stanno spianando la strada alle infiltrazioni dell'impostazione anglo-americana in merito al ruolo ed alla funzione del diritto<sup>58</sup>. Secondo Wiegand, questa tendenza è ovvia nel settore del diritto bancario ed economico (*Wirtschaftsrecht*). Egli opera una distinzione fra: (1) nuovi tipi di formule d'impresa (leasing, factoring, franchising, nonché le ora incriminate *Mortgage Backed Securities* ovvero la cartolarizzazione dei mutui, e l'ascesa degli studi legali all'americana); (2) l'introduzione di nuovi strumenti giuridici, in particolare nel settore dei servizi finanziari,<sup>59</sup> quali il divieto di "insider trading" ed istituti analoghi; e (3) l'adozione di dottrine americane, come ad esempio l'intervento delle corti costituzionali nazionali nella definizione del concetto di ordinamento di diritto privato<sup>60</sup>. Potremmo facilmente aggiungere a questo elenco anche le azioni collettive – le cosiddette "class action" per utilizzare la terminologia americana. Ad ogni modo, l'infiltrazione di questi nuovi concetti non passa direttamente dagli Stati Uniti agli Stati membri, ma viene veicolata tramite la Commissione europea.

Ciò che conta è che la "americanizzazione" del diritto europeo non descrive soltanto un mero fenomeno, ma ha altresì implicazioni di tipo normativo. Questo aspetto è particolarmente evidente nel campo del diritto privato. Limiterò le mie osservazioni a due aspetti soltanto: il mutevole paradigma della giustizia e la crescente importanza dell'efficienza economica.

La maggior parte degli ordinamenti di diritto privato nei sistemi di "civil law" riconoscono un principio di giustizia sociale, intesa nel senso di giustizia distributiva, che deve essere garantita nelle questioni di diritto privato, sia nel settore del diritto dei contratti che nel diritto degli atti illeciti<sup>61</sup>. Finora il diritto privato europeo ha seguito un diverso modello di giustizia, un concetto più affine all'idea di equità nell'accesso al mercato (*Zugangsgerechtigkeit*/giustizia in materia di accesso<sup>62</sup>), che si può riscontrare nel sistema giuridico anglo-americano. Il processo di economicizzazione del sistema giuridico riduce la portata degli interventi redistributivi degli Stati membri limitandola al semplice fornire eque possibilità di beneficiare del mercato interno.

Il secondo fenomeno riguarda la crescente supremazia della dottrina dell'efficienza economica. L'analisi economica del diritto<sup>63</sup> si è sviluppata negli Stati Uniti ed influenza la cultura giuridica ed economica europea.<sup>64</sup> Anche se la teoria è stata pesantemente criticata a causa della sua tendenza a sconfinare nell'imperialismo economico (e non soltanto nel diritto<sup>65</sup>) o a causa del suo disinteresse per il realismo socio-giuridico,<sup>66</sup> la dottrina dell'efficienza si è fatta strada nel diritto europeo e nel processo legislativo europeo. La nuova impostazione economica spiana la strada all'integrazione della dottrina dell'efficienza nella formazione ed applicazione dell'attuale diritto economico europeo, come

---

<sup>58</sup> Si veda Wiegand, in Baums/Hopt/Horn (eds.), 2000, pag. 601.

<sup>59</sup> Esiste una vastissima letteratura in tema di impatto del diritto bancario degli Stati Uniti o, per dirla in termini più moderni, del diritto dei servizi finanziari, sulla formazione del diritto europeo dei mercati di capitale.

<sup>60</sup> Wiegand fa riferimento al famoso *Bürgschaftsurteil* della Corte Costituzionale tedesca, Bundesverfassungsgericht, 9.10.1993 – 1 BvR 587/89, 1994, pag. 36.

<sup>61</sup> Si veda Micklitz, *Social Justice*, 2009.

<sup>62</sup> Rawls, 2001.

<sup>63</sup> Posner, 2003.

<sup>64</sup> Con specifico riferimento alla Germania, si veda, ad esempio, Schäfer/Ott, 2005; Eidenmüller, 1995.

<sup>65</sup> Radnitzky/Bernholz (eds.), 1987; sulla stessa scia si pone attualmente Mestmäcker, 2007, che fa riferimento alla base filosofico-giuridica mancante dell'analisi economica del diritto.

<sup>66</sup> Fink, 2004, pag. 931.

il diritto in materia di aiuti di Stato, concorrenza e tutela dei consumatori. Il processo legislativo europeo dipende sempre più dalla prova di potenziali effetti economici dannosi derivanti dalle differenze esistenti nella legislazione dei vari Stati membri. Soltanto nel caso in cui la cosiddetta "Valutazione d'Impatto" dimostri la presenza di effetti economici dannosi è probabile che la Commissione europea favorisca l'adozione di norme europee. Al contempo, questo stesso test può giustificare la decisione di non intraprendere alcuna azione qualora esso dimostri che eventuali effetti economici possono danneggiare la competitività dell'industria europea.<sup>67</sup> Anche se la nuova impostazione economica non è realizzata nella sua forma più pura, i.e. nella terza variante, potrebbe aiutarci a comprendere perché l'ordinamento giuridico europeo – nella sua forma attuale – somigli molto di più ad un sistema di *common law* che ad un ordinamento giuridico coerente di *civil law*. L'approccio frammentario europeo ben si sposa al pensiero di *common law*. Si può invece dire esattamente il contrario del pensiero giuridico di *civil law*, che spesso considera una Costituzione europea ed un ordinamento di diritto privato europeo ingredienti necessari per realizzare il mercato interno.<sup>68</sup> Il nuovo strumento, i.e. la "Procedura di Valutazione d'Impatto",<sup>69</sup> solleva almeno due questioni: in primo luogo se il test sia scientificamente valido<sup>70</sup> e, in secondo luogo, se la Commissione europea ne utilizzi o meno i risultati.<sup>71</sup>

Il terzo fenomeno riguarda le future prospettive del diritto europeo, vale a dire la questione se il diritto privato europeo debba essere formato e sviluppato sul modello del diritto civile dei sistemi di *civil law* o su quello dei sistemi di *common law*. Già nella prima edizione della sua innovativa opera sull'analisi economica del diritto, Posner arrivò quasi a sostenere l'implicita logica economica del sistema di *common law*.<sup>72</sup> Di lì a teorizzare la superiorità del sistema di *common law* sul sistema giuridico di *civil law*,<sup>73</sup> come ha fatto di recente la Banca Mondiale in uno studio molto controverso, il passo è davvero breve.<sup>74</sup> Esiste un'ovvia contraddizione fra il progetto accademico di codificazione del diritto privato europeo e la ormai consolidata prassi di diritto privato europeo degli ultimi decenni. I progetti di codificazione seguono il modello continentale di *civil law*. Devono essere definite delle norme

---

<sup>67</sup> Basta esaminare i documenti della CE che preparano la strada al *private collective enforcement* nel campo della disciplina della concorrenza (Azioni di risarcimento per violazioni delle norme della CE in materia di antitrust, COM(2005) 672 definitivo, 19.12.2005) ed ancor più in quello del diritto dei consumatori (COM(2007) 99 definitivo, 13.3.2007, pag. 11) e, in particolare, il bando SANCO/2007/B4/004 che riguarda la valutazione dell'efficacia e dell'efficienza dei meccanismi di risarcimento o rimedio giuridico collettivo nell'Unione europea. I 2/3 dei bandi affrontano la questione relativa al se ed in quale misura l'efficienza economica possa essere potenziata dai meccanismi di risarcimento o rimedio giuridico collettivo.

<sup>68</sup> Il lavoro in corso all'interno del gruppo di studio e del Gruppo Acquis fornisce ampie prove di queste tensioni.

<sup>69</sup> Le linee guida della Commissione in tema di Valutazione d'Impatto sono state elaborate per la prima volta nel 2002. La seconda versione risale al 15 giugno 2005 ed è disponibile su Internet al seguente indirizzo: [http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/SEC2005\\_791\\_IA%20guidelines\\_annexes.pdf](http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/SEC2005_791_IA%20guidelines_annexes.pdf).

<sup>70</sup> Si veda St. Weatherill (eds.), *Better Regulation*, 2007.

<sup>71</sup> Nutro seri dubbi sul fatto che la Commissione europea ne segua i risultati. Un buon (o pessimo) esempio di negazione o persino di rifiuto dei risultati della procedura di Valutazione d'impatto economico è l'indagine, questa volta intrapresa dal Parlamento europeo, al fine di valutare gli effetti transfrontalieri delle transazioni di credito al consumo; si veda Micklitz/Rott, *Broad Economic Analysis of the Impact of the Proposed Directive on Consumer Credit for Civic Consulting on behalf of the European Parliament under EP-IMCO Framework Contract Lot 4 (Consumer Protection)*, disponibile su Internet al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704\\_consumercredit\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704_consumercredit_en.pdf). La Posizione comune sulla direttiva in tema di credito al consumo, elaborata nel settembre 2007, non rispetta in alcun modo i risultati della Valutazione d'impatto; si veda Rats-Dok. CONSOM 69, CODEC 583, JUSTCIV 147 del 14.9.2007 e Rott, WM 2008, pag. 114.

<sup>72</sup> 1972, pag. 98, qui citato da Mestmäcker, 2007, pag. 19.

<sup>73</sup> In questo contesto, si veda la ricerca effettuata da La Porta/de Silanes/Shleifer/Vishny (LLSV) in tema di mercati finanziari; Siems, 2005; Deakin/Browne, 2003, pag. 27.

<sup>74</sup> Per ulteriori informazioni, si veda [http://www.henricapitant.org/rubrique.php3?id\\_rubrique=24](http://www.henricapitant.org/rubrique.php3?id_rubrique=24).

comuni, che devono essere messe a disposizione delle parti ed applicate dai giudici nei tribunali.<sup>75</sup> Tuttavia, con ogni probabilità, queste norme non saranno adottate quale *corpus* giuridico coerente che sostituisce gli ordinamenti nazionali. Pertanto, queste regole fungeranno da ventottesimo ordinamento giuridico al quale le Parti potranno decidere di conformarsi.<sup>76</sup> La realtà del diritto privato europeo - nella sua forma attuale - si avvicina di più ad un sistema di *common law*. Ciò si applica in particolare alle sentenze della Corte di Giustizia europea (CGE), adottate in applicazione del Trattato, e che influenzano indirettamente l'ordinamento di diritto privato, una dimensione che viene di nuovo ampiamente trascurata dai progetti accademici di codificazione del diritto privato.<sup>77</sup> Si applica in misura minore al diritto privato visibile, che è pienamente codificato. Tuttavia, la natura frammentaria ed a mosaico del diritto privato comunitario esistente lo fa somigliare ad un sistema di *common law*.

(2) Politicizzazione (*governance*): il contraltare, o forse più correttamente la contro-reazione, al progetto di realizzazione di un sempre più forte mercato interno, è la cosiddetta "governance" europea.

Il primo fenomeno è il diverso *background* culturale del dibattito sulla *governance*. Anche se il progetto di realizzazione del mercato interno ha una forte connotazione anglo-americana, sebbene sia stato sviluppato all'epoca in cui il francese Jacques Delors era Presidente della Commissione europea,<sup>78</sup> il dibattito sulla *governance* riflette maggiormente un pensiero giuridico di *civil law*, vale a dire franco-tedesco. Si potrebbe considerare l'interazione fra il progetto di realizzazione del mercato interno e la *governance* europea quale mezzo per conseguire l'equilibrio fra culture e tradizioni divergenti e conflittuali. Almeno in apparenza, esiste un legame fra la crescente attenzione riservata alle nuove forme di *governance* in seno all'Unione europea ed il progetto iniziale di adozione di una Costituzione europea. Almeno politicamente, essa era destinata a completare il progetto di realizzazione del mercato interno. La Francia e la Germania costituivano forze importanti alla base di quel progetto. Anche se alla fine il progetto è fallito ed è stato sostituito dalla Bozza di Trattato di Lisbona, gli effetti di lungo termine sul diritto privato sono evidenti in quanto il diritto privato europeo si sta costituzionalizzando<sup>79</sup>. La costituzionalizzazione non si verifica tanto tramite un quadro istituzionale che racchiude l'ordinamento di diritto privato europeo, ma tramite la creazione di diritti costituzionali e diritti dell'uomo sanciti dall'ordinamento giuridico europeo<sup>80</sup>. Di recente il Common Core Group ha completato i suoi lavori in materia di costituzionalizzazione del diritto privato ed i risultati sono stati pubblicati nel 2008<sup>81</sup>.

Il secondo fenomeno è il passaggio paradigmatico che si verifica dal mercato interno alla *governance*, dall'economicizzazione alla politicizzazione. L'ottica del mercato interno, vale a dire l'economicizzazione, porta in primo piano l'efficienza economica. Nella sua variante più forte, il diritto privato mira a garantire l'efficienza economica. La *governance* solleva la questione della legittimità. Come dare legittimità democratica all'allontanamento da procedure legislative consolidate, da insiemi tradizionali di strumenti normativi, dall'*enforcement* giudiziario e/o

---

<sup>75</sup> Su questo punto, si veda Trstenjak (Avvocato Generale presso la CGE), The Significance of the CRF for the Practices of the ECJ, discorso pronunciato in occasione della Conferenza della European Research Area (ERA) sul Progetto di quadro comune di riferimento, 6-7 marzo 2008.

<sup>76</sup> Si veda Schulte-Nölke, 2007, pag. 332.

<sup>77</sup> Per una prima analisi della relazione fra diritto primario e diritto privato, si veda Steindorff, 1996.

<sup>78</sup> La storia del famoso Libro Bianco sul Completamento del Mercato Interno deve ancora essere ricostruita. Deve essere letta insieme ai rapporti Cecchini SEC (88) 524 definitivi. Pertanto ci si potrebbe chiedere quale sia stato il ruolo del Presidente della Commissione. Ha influenzato la sostanza del Libro Bianco o lo ha "solo", per così dire, "venduto" all'opinione pubblica?

<sup>79</sup> Si veda, ad esempio, Colombi Ciachhi, 2006, pag. 167; Cherednychenko, 2008, e dello stesso autore 2007, p. 1, disponibile su [www.utrechtlawreview.org/](http://www.utrechtlawreview.org/) e Mak, 2008.

<sup>80</sup> Con riferimento al diritto dei consumatori, si veda Benöhr/Micklitz, in Howells/Ramsay/Wilhelmsson (eds.), in corso di pubblicazione nel 2009.

<sup>81</sup> Colombi Ciachhi/Brügge-meier/Commandé (eds.), in corso di pubblicazione nel 2008.

amministrativo di tipo *hard* a forme più *soft*, ovvero di natura non vincolante?<sup>82</sup> L'aspetto normativo di questo dibattito accademico consiste nel verificare se la *governance* possa essere legittimata democraticamente soltanto nel caso in cui requisiti procedurali, quali trasparenza, partecipazione e responsabilità, siano salvaguardati e l'applicabilità degli stessi sia garantita tramite diritti individuali e/o collettivi.<sup>83</sup> Nonostante questioni di legittimità siano state sollevate principalmente con riferimento al Nuovo Approccio ed al Metodo Aperto di Coordinamento, il dibattito si è ormai esteso al progetto di codificazione europeo, gestito tramite reti accademiche, ove la rappresentanza delle parti interessate ed il controllo democratico esercitato tramite il Parlamento europeo sembrano essere ben poco sviluppati.<sup>84</sup>

Il terzo fenomeno è l'ovvia differenza fra il processo di politicizzazione "visibile" ed il processo di economicizzazione "invisibile". Quest'ultimo tocca la sostanza del diritto europeo, i concetti giuridici alla base dell'applicazione e del rispetto delle norme giuridiche. Si tratta di uno spostamento silenzioso ben più arduo da riconoscere rispetto ai cambiamenti relativamente aperti operati tramite la *governance*. La politicizzazione ha prodotto "nuove modalità" di *governance*, basate sull'esperienza franco-tedesca, collegando i forti poteri esecutivi della Commissione europea – nella filosofia di stampo francese della Commissione europea – agli organismi di autoregolamentazione, i cosiddetti *Standards Bodies*, così fortemente ancorati alla struttura societaria dell'economia tedesca.<sup>85</sup> La Nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normazione<sup>86</sup> – che ha consentito l'avvio del Metodo Aperto di Coordinamento,<sup>87</sup> della coregolamentazione<sup>88</sup> e della procedura Lamfalussy – adotta la filosofia franco-tedesca, nella misura in cui essa è "visibile". Tuttavia, gli effetti di queste nuove modalità sulle relazioni di diritto privato<sup>89</sup> sono ben più ardue da discernere, non ultimo a causa della mancanza di una coerente posizione politica della CE sul ruolo della *governance* nelle questioni di diritto privato.

(3) La relazione fra l'economicizzazione e la politicizzazione è fragile. Entrambe sono fortemente interconnesse. Lo schema seguente cerca di indicare i settori principali nel quale si presume esistano tensioni.

---

<sup>82</sup> In questo campo esiste un vastissimo dibattito accademico; più in generale si veda Weimar, 2007, nonché varie pubblicazioni di Joerges, fra l'altro con Everson, in Joerges/Strath/Wagner (eds.), 2005, pagg. 159 ss. E, sulla legittimità della *soft law*, Senden, 2006.

<sup>83</sup> Questa è l'argomentazione che ho sostenuto in "The Politics of Judicial Co-operation", pag. 479 ss.

<sup>84</sup> Con riferimento all'accademia Niglia, in corso di pubblicazione, H. Eidenmüller, F. Faust, H. Ch. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, 2008, pag. 529; Micklitz, in Andenas/Diaz Alabart/Sir Markesinis/Micklitz/Pasquino, 2007, pag. 699; Hesselink, 2004, pagg. 675, 694-697.

<sup>85</sup> Die Deutschland-AG, si veda Nörr, 1999.

<sup>86</sup> GU C 136, 4.6.1985, 1.

<sup>87</sup> Si vedano i riferimenti su [http://ec.europa.eu/employment\\_social/social\\_inclusion/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/social_inclusion/index_en.htm).

<sup>88</sup> COM (2002) 278 final, 5.6.2002 Suivi du Livre blanc sur la gouvernance européenne – Pour un usage mieux adapté des instruments.

<sup>89</sup> Cafaggi, Vol. 1, 2007.

## Tensioni ed interazioni

Economicizzazione	Politicizzazione
Normativa	<i>Governance</i>
Basata sull'efficienza	Basata sulla legittimità
Enfasi sul potere giudiziario (modello anglo-americano)	Enfasi sul potere esecutivo (modello franco-tedesco)
Modello di mercato	Modello sociale
Impostazione economica <ul style="list-style-type: none"> <li>- diritto della concorrenza</li> <li>- politica industriale</li> <li>- principio del paese d'origine</li> </ul>	Impostazione sociale <ul style="list-style-type: none"> <li>- regolamentazione</li> <li>- armonizzazione</li> </ul>
Equità ( <i>Zugangsgerechtigkeit</i> )	Giustizia sociale (distributiva)
Costituzione economica europea	Costituzione politica europea
Sistema di diritto privato a trama aperta simile alla <i>common law</i>	Sistema giuridico coerente di <i>civil law</i> (diritto codificato)
Forme tradizionali di regolamentazione associate all'autoregolamentazione	Nuove forme di <i>governance</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Nuovo Approccio, Metodo Aperto di Coordinamento</li> <li>- Coregolamentazione, procedura Lamfalussy</li> </ul>

### 2.2. Effetti dell'economicizzazione/politicizzazione sul sistema giuridico

I nuovi strumenti di governance potrebbero essere considerati come il lato istituzionale del programma di realizzazione del mercato interno. Entrambi si riferiscono al ruolo e alla funzione del "diritto" nell'integrazione europea. La realizzazione del mercato interno ha incrementato e sta ancora incrementando considerevolmente l'adozione di atti di diritto derivato, in particolare di diritto privato visibile nell'accezione del termine qui impiegata. Pertanto, è giusto parlare di un "avvento" del diritto europeo successivo all'adozione dell'Atto unico europeo. Questa evoluzione è così palese da rendere superfluo discuterne. Allo stesso tempo, la governance europea ha prodotto nuovi processi legislativi, nuovi strumenti normativi e nuovi meccanismi applicativi e cambierà presto l'essenza stessa del diritto (privato). Il diritto contrattuale a livello europeo non ha come funzione primaria quella di garantire l'autonomia delle parti e la reciproca equità contrattuale; esso è piuttosto legato alla razionalità del mercato<sup>90</sup>. Cambia volto per diventare diritto contrattuale della concorrenza<sup>91</sup>.

Al tempo stesso, però, il diritto europeo è in "declino" a causa del processo di politicizzazione indotto dai nuovi modelli di governance. Il diritto europeo è destinato a perdere il suo carattere di "diritto" nel senso proprio del termine<sup>92</sup>. L'integrazione europea è stata realizzata principalmente attraverso il diritto. L'attuale processo d'integrazione, però, sembra poggiare molto di più su nuove forme di governance, vale a dire nuove forme di diritto alternative ai tradizionali strumenti giuridici vincolanti. Esagerando, si potrebbe parlare di un cambiamento di paradigma: dall'integrazione *attraverso* il diritto all'integrazione *senza* il diritto. Il diritto europeo (o piuttosto l'Europa?) si trova compresso tra l'economicizzazione da un lato e la politicizzazione dall'altro. L'economicizzazione colpisce i valori e i concetti fondamentali del diritto privato, sfociando forse in quella che Mestmäcker<sup>93</sup> definirebbe "A

<sup>90</sup> Si vedano Joerges, 1995, pag. 175 e Micklitz, in Boele-Woelki/Grosheide (eds.), 2007, pagg. 387-410.

<sup>91</sup> Si veda Micklitz, 2005.

<sup>92</sup> Sui diversi concetti di diritto e governance e sulla loro interrelazione, si veda Walker/de Búrca, 2007.

<sup>93</sup> 2007.

Legal Theory without Law" ("una teoria del diritto senza diritto", N.d.T.); la politicizzazione attraverso nuove forme e nuovi modelli di governance tende a privare il processo d'integrazione europea del diritto come sua forza trainante (come teme Joerges)<sup>94</sup>.

Sono identificabili almeno tre tendenze, che sono state oggetto di analisi più o meno approfondite da parte di vari ricercatori<sup>95</sup>. Vorrei radicalizzare le argomentazioni ponendo la seguente domanda: cosa rimane del diritto e dello stato di diritto<sup>96</sup> se questo si trova non solo compresso (*gequetscht* oder *eingquetscht*) ma addirittura schiacciato (*zerquetscht*) tra l'economicizzazione e la politicizzazione? Si asserisce che il ruolo del diritto, vale a dire il concetto di diritto, stia cambiando attraverso una "integrazione blanda".<sup>97</sup>

(1) le norme giuridiche si trasformano sempre più in programmi di natura politica (de-giuridicizzazione /*Ent-Rechtlichung*); questo fenomeno è evidente nel diritto comunitario derivato, con direttive che diventano sempre più lunghe perdendo così il loro carattere di norme giuridiche. Un esempio lampante è la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno<sup>98</sup>, direttiva che per la prima volta ha sollevato dubbi circa se e fino a che punto sia recepibile dagli ordinamenti nazionali<sup>99</sup>. Interrogativi analoghi si pongono circa il recepimento e l'attuabilità della direttiva 2004/39/CE (c.d. direttiva MIFID)<sup>100</sup>.

(2) La legiferazione non è più il tema di un dibattito politico aperto. La politicizzazione attraverso nuove forme di governance produce al contempo una de-politicizzazione (*De-Politisierungsprozess*). Questo fenomeno si manifesta chiaramente nel modo in cui è articolato il processo legislativo. Internet, ovvero sia la comunicazione in rete, si sostituisce alla tradizionale tribuna pubblica. Il coinvolgimento di ciascuno dipende quindi dalla disponibilità di strumenti tecnologici che consentano l'accesso all'informazione su un determinato iter legislativo. M. Bach definisce questo processo come "la scomparsa della società" (*Verschwinden der Gesellschaft*)<sup>101</sup>. Fenomeni analoghi sono osservabili nel progetto di codificazione, in cui gli accademici dell'Unione europea organizzano la propria attività normativa all'interno di una cerchia ristretta<sup>102</sup>.

(3) L'applicazione della legge si sposta dai tribunali agli organismi pubblici che ricercano soluzioni giuridicamente non vincolanti (de-giudicializzazione/*Ent-Vergerichtlichung*). Questo fenomeno non ha ancora ricevuto l'attenzione che merita. Le origini risalgono alla "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione", che ha messo in moto un apparato normativo quasi

---

<sup>94</sup> Si veda Joerges, 1/2007.

<sup>95</sup> Anche su questo argomento, Joerges è stato autore e co-autore con Everson e Vos di numerosi scritti.

<sup>96</sup> Lungo la stessa linea di pensiero, si veda Baquero-Cruz, documento di lavoro n° 2007/13 del Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS).

<sup>97</sup> L'espressione è mutuata da Marek Safjan, già presidente della Corte Suprema polacca e Fernand Braudel Fellow presso l'IUE nel biennio 2007/2008.

<sup>98</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, GU L 376 del 12.12.2006, pag. 36.

<sup>99</sup> Il recepimento della direttiva è stato uno dei temi al centro del FIDE XXIII Congress Linz 2008. Il relatore è stato il Prof. Stephan Griller. Relativamente al carattere politico della direttiva, si veda la conclusione della relazione presentata da Reich sul recepimento in Estonia dal titolo "Freedom to Provide Services in the "Services in the Internal Market Directive" (SIMD) 2006/123/EC and its implementation in Member States (Draft supplement to the report for the FIDE XXIII Congress Linz 2008 on behalf of Estonia)".

<sup>100</sup> GU L 145 del 30.4.2004, pag. 1.

<sup>101</sup> Per una trattazione completa del processo di de-politicizzazione attraverso nuove forme di governance, si veda Bach in Müller/Hetlage, 2006, pag. 174.

<sup>102</sup> Parto dal presupposto che l'attività che si sta svolgendo in tale sede dovrebbe e deve essere considerata come attività legislativa, almeno nell'accezione più ampia che essa assume all'interno del modello di governance.

interamente privo di controllo giurisdizionale<sup>103</sup>. Si teme che risultati analoghi possano prodursi con le regole emanate attraverso il metodo di coordinamento aperto<sup>104</sup> o la procedura Lamfalussy. Per quanto riguarda il diritto privato, l'interrogativo che si pone è quello di sapere se il Quadro Comune di Riferimento sarà azionabile in giudizio come codice opzionale.

### Effetti ed effetti contrari

"Avvento" del diritto (privato) europeo - nuovi processi legislativi - nuovi strumenti - nuovi meccanismi applicativi - "nuovo" diritto?	"Declino" del diritto (privato) europeo - de-giuridicizzazione ( <i>Ent-Rechtlichung</i> ) - de-politicizzazione ( <i>De-Politisierung</i> ) - de-giudizializzazione ( <i>Ent-Vergerichtlichung</i> )
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

L'interazione tra l'avvento e il declino del diritto privato europeo sarà oggetto di un'analisi più approfondita nel paragrafo 4. Il punto, tuttavia, non è semplicemente quello di riabilitare il diritto, cioè di rivendicare il primato o la superiorità del diritto (europeo) sull'economia e sulla politica, ritornando all'integrazione europea degli anni '60, quando la Comunità (economica) europea veniva considerata come un prodotto del diritto e da esso disciplinata<sup>105</sup>. Il punto è piuttosto quello di ridefinire il ruolo del diritto europeo, alla luce dell'economicizzazione e della politicizzazione, tenendo conto, in questa ridefinizione, di diverse tradizioni giuridiche e culturali<sup>106</sup>.

### 3. La mano "visibile" del diritto privato europeo

Il diritto privato europeo (il diritto dei contratti e quello degli atti illeciti) è ai primi posti dell'agenda; talvolta si ha l'impressione che non vi sia altro settore influenzato dall'europeizzazione<sup>107</sup>. Tuttavia, l'insieme di norme discusso finora non è all'altezza delle aspettative rispetto a ciò che dovrebbe e deve essere preso in considerazione nel momento in cui si analizzano le norme CE esistenti e l'*acquis* comunitario. Solo considerando l'insieme delle norme del diritto privato visibile da analizzare – non soltanto con riferimento alle norme scritte, ma anche alle nuove modalità che sono sancite attraverso la *governance* – sarà possibile comprendere le modifiche al diritto privato europeo già esistente. *Un diritto privato 'moderno' che soddisfi le esigenze del XXI secolo si deve concentrare sulla sua trasformazione dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.* Ciò significa che devono essere esaminati attentamente le branche del diritto nelle quali questa tendenza è più visibile.

<sup>103</sup> Per uno dei pochi tentativi di esplorare la possibilità di controllo giurisdizionale in questo settore (con risultati disastrosi), si veda Falke/Furrer, Manuscript 1999.

<sup>104</sup> Non esiste, e non può esistere, alcun controllo giurisdizionale. Tuttavia, la Commissione europea sta facendo leva sui suoi rapporti con le organizzazioni non governative per esortare i governi a prendere seriamente i loro obblighi di segnalazione; si veda Dawson, in riferimento agli studi empirici intrapresi da Zeitlin, in Zeitlin/Pochet (eds.), 2005; Smismans, 2006.

<sup>105</sup> Hallstein, 1972; Walker, 2005, pag. 581.

<sup>106</sup> Anche questo è uno degli obiettivi del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, "Social Justice in European Contract Law: a Manifesto", in EPL, 2004, pagg. 653 ss.; si veda anche il volume speciale n° 2 del 2006 della *European Review of Contract Law* con contributi di Weatherill, Meli, Ciachchi, Somma, Rutgers, Collins, Smith, Maugeri, Marella e Sefton-Green, da considerarsi come la continuazione del Manifesto.

<sup>107</sup> Anche in questo caso, si rivela molto utile Michaels/Jansen, 2006, pag. 843.



### **3.1. Settori d'interesse: i terreni finora inesplorati**

Il mio interesse verte su quelle branche del diritto privato europeo in cui è facilmente identificabile la mano visibile del legislatore europeo. Il denominatore comune di queste branche è costituito da una preponderante ottica di mercato interno che coniuga le quattro libertà con la concorrenza<sup>108</sup>. Ciò non significa che le competenze su cui si basano le varie disposizioni del diritto visibile debbano necessariamente essere radicate nell'articolo 95 del Trattato CE. L'ottica del mercato interno si sovrappone a o lascia il proprio segno su diverse norme del Trattato europeo in materia di competenza. L'unica tematica rispetto alla quale la prospettiva del mercato interno è meno lampante potrebbe essere quella delle disposizioni contro la discriminazione. Anche qui, comunque, è stato argomentato, si pone grande enfasi sul collegamento tra il diritto antidiscriminatorio e la costruzione del mercato<sup>109</sup>.

Parto dal presupposto che ogni branca offre un contributo unico al diritto contrattuale europeo vigente. Nel complesso, è possibile rilevare ampie variazioni sulle strategie, gli strumenti e le funzioni. Le osservazioni esposte di seguito costituiscono un primo tentativo di ricognizione da una prospettiva più analitica. Ho deliberatamente tralasciato il diritto privato dei consumi, poiché su questo tema si è già concentrato l'interesse del Gruppo Acquis.

#### 3.1.1. Disposizioni contro la discriminazione nel diritto privato (nuovi "valori" e applicabilità)

Sebbene il diritto del lavoro e il diritto antidiscriminatorio (parità di trattamento tra uomini e donne) costituiscano materie a sé stanti, si tratta di discipline estremamente interessanti per la formazione del diritto privato europeo. Ciò si deve al fatto che sin dalle prime direttive 75/117/CEE sulla parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e femminile e 76/207/CEE sulla parità di accesso al lavoro, si accese un'aspra controversia alimentata dal forte coinvolgimento della Corte di giustizia europea<sup>110</sup>. Nel frattempo, la Comunità europea ha rinnovato la legislazione in materia di lotta alla discriminazione estendendola, mediante tutta una serie di direttive (2000/43/CE<sup>111</sup>, 2000/78/CE<sup>112</sup>, 2002/73/CE<sup>113</sup>, 2004/113/CE<sup>114</sup> e 2006/54/CE<sup>115</sup>), al diritto privato (quindi, oltre il diritto del lavoro). In tal modo, il diritto comunitario derivato converte il principio di non discriminazione in un principio generale di diritto privato pur senza cambiarne, apparentemente, il carattere di regola legata al mercato e volta a garantire la parità di accesso al lavoro innanzi tutto e, in secondo luogo, al mercato dei beni di consumo<sup>116</sup>. Il Gruppo Acquis ha quindi formulato alcuni principi fondamentali contro la discriminazione all'interno dei cosiddetti Principi Acquis, che ora si sono fatti strada nel Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR). Il grande dibattito europeo sulla disponibilità di mezzi di tutela idonei laddove non vi sia stata adesione a norme comunitarie offre un terreno estremamente fertile di esperienza su cui costruire un moderno diritto privato europeo.

*La legislazione antidiscriminatoria introduce nuovi valori nel sistema di diritto privato, che non sono associati a settori specifici del diritto visibile, bensì regolano i rapporti di diritto privato in quanto tali. È comunque necessario che questi nuovi valori siano resi compatibili con i diversi modelli di giustizia, con la giustizia (distributiva) sociale e con quella commutativa. Il punto, quindi, è capire se*

---

<sup>108</sup> Il rapporto tra le libertà del mercato interno e le norme sulla concorrenza costituisce una tematica a sé stante. Nella visione qui esposta, l'ottica del mercato interno racchiude la concorrenza. Pertanto, in un certo senso, l'idea è piuttosto quella di una Costituzione economica che disegna il quadro di un diritto privato europeo.

<sup>109</sup> Per una ricostruzione della parità di trattamento a livello comunitario, si veda Micklitz, 2005, pagg. 165 ss.

<sup>110</sup> Si veda Micklitz, 2005, pag. 165 ss.

<sup>111</sup> GU L 180 del 19.7.2000, pag. 22.

<sup>112</sup> GU L 303 del 2.12.2000, pag. 16.

<sup>113</sup> GU L 269 del 23.9.2002, pag. 15.

<sup>114</sup> GU L 33 del 13.12.2004, pag. 37.

<sup>115</sup> GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23.

<sup>116</sup> Schiek, 2000, Schiek/Waddington/Bell, 2007.

*il diritto antidiscriminatorio come concetto sia collegato a quella che ho denominato "giustizia in materia di accesso" (Zugangsgerechtigkeit) o se non vada al di là di questa includendo effetti distributivi.*

### 3.1.2. Mercati regolamentati ("nuovi" principi: facilità di accesso, accessibilità economica e buone prassi)

(1) Disciplina delle reti: la privatizzazione (liberalizzazione) degli ex monopoli di Stato nel settore delle telecomunicazioni, dell'energia e dei trasporti ha accresciuto l'importanza del diritto contrattuale<sup>117</sup>. La copiosissima letteratura esistente in materia di reti traslascia la dimensione contrattuale, sia per quanto riguarda i rapporti tra aziende (B2B) che per quanto concerne quelli orientati al consumatore (B2C)<sup>118</sup>. Essa si concentra invece sul fronte del diritto pubblico, vale a dire sul concetto, sugli strumenti normativi volti all'apertura dei mercati e all'instaurazione di un assetto concorrenziale, così come sulla disponibilità di un'idonea struttura di applicazione decentrata. Al cuore del progetto si trova la funzione normativa del diritto contrattuale inteso come dispositivo collocato al centro tra i mercati regolamentati e posto al servizio dell'obiettivo generale della liberalizzazione e della privatizzazione<sup>119</sup>. La spiegazione di questo potrebbe stare nel fatto che i diversi gruppi di direttive comunitarie considerati si occupano soltanto in misura molto limitata dei rapporti di diritto privato. La nozione di servizio universale innesta nuovi principi e nuovi concetti giuridici nei rapporti di diritto privato.

Superficialmente, sembra che la disciplina del diritto contrattuale rimanga nelle mani degli Stati membri. Eppure, i vari comitati che sono stati istituiti in questi settori e che raccolgono le competenze delle autorità nazionali di regolamentazione e della Commissione europea sono in procinto di colmare le lacune residue nel quadro delle normative europee che regolano i rapporti di diritto privato con ogni sorta di soluzione giuridicamente non vincolante<sup>120</sup>.

*La disciplina delle reti sviluppa, entro i limiti del servizio universale, concetti e strumenti di cui è necessario verificare la portata circa la loro potenziale applicabilità generale oltre materia specifica per cui sono concepiti. Vale la pena menzionare un solo esempio: malgrado la privatizzazione, le imprese erogatrici di servizi di rete sono tenute a garantire la facilità di accesso e l'accessibilità economica dei loro servizi. Ciò implica l'obbligo di stipulare contratti (Kontrahierungszwang) e il dovere di proseguire l'erogazione anche nei casi di pagamento tardivo<sup>121</sup>.*

(2) Diritto delle assicurazioni (generalmente considerato come materia a sé stante)<sup>122</sup> e disciplina dei mercati finanziari (tutela dei risparmiatori):<sup>123</sup> la politica e la tecnica normativa utilizzate in questi settori – che mettono in risalto l'instaurazione del mercato con norme di diritto pubblico – sembrano richiamare l'approccio scelto nel campo delle telecomunicazioni, dell'energia e dei trasporti. Eppure, l'approccio normativo è differente. La direttiva europea 2004/39/CE<sup>124</sup> relativa ai mercati degli strumenti finanziari (meglio conosciuta come "direttiva MIFID") istituisce un quadro normativo ampio volto a creare un mercato finanziario europeo omogeneo attraverso la procedura Lamfalussy di primo

---

<sup>117</sup> Keßler/Micklitz, 2008, Vol. 23, 24, 25.

<sup>118</sup> Paradigmatic, Cameron (ed.), 2007.

<sup>119</sup> Un primo tentativo è stato realizzato da Gijrath/Smits, in Boele-Woelki/Grosheide (eds.), 2007, pag. 53; Bellantuono/Boffa, Energy Regulation and Consumers' Interests, 2007.

<sup>120</sup> Nella stessa direzione, si veda Cafaggi, 2007/26, pag. 44.

<sup>121</sup> Per una prima trattazione, si veda Rott, 2005.

<sup>122</sup> Si veda Basedow/Fock (Hrsg.), 2002, Bd. 1, 2 (con l'esposizione delle particolarità del diritto europeo delle assicurazioni). Sono comunque in corso tentativi per intensificare il dibattito sul rapporto tra il Progetto di quadro comune di riferimento e la normativa in materia di contratti di assicurazione; si vedano H. Heiss, 2008, pag. 229 e la serie di contributi su "European Insurance Contract Law and DCFR" in ERA Forum, Scripta iuris europaei, 2008.

<sup>123</sup> Hopt/Voigt (Hrsg.), 2005; Keßler/Micklitz, 2004.

<sup>124</sup> GU L 145 del 30.4.2004, pag. 1.

livello. In linea con il secondo livello della procedura Lamfalussy, sono stati emanati due atti: la direttiva di attuazione 2006/73/CE<sup>125</sup> sui requisiti di organizzazione e sulle condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento, e il regolamento attuativo n. 2006/1287/CE<sup>126</sup>. Queste direttive e regolamenti intessono già una fitta rete di norme strettamente collegate ai rapporti contrattuali che un professionista o un investitore privato stabiliscono con la propria impresa d'investimento. Le norme di terzo livello, alla cui emanazione sono preposte le autorità nazionali di regolamentazione, rivestono un interesse primario ai fini della nostra ricerca<sup>127</sup>.

*La procedura Lamfalussy si caratterizza per il tentativo di concretizzare i requisiti normativi passo dopo passo, dal primo al terzo livello. Il complesso delle norme coinvolte è molto più denso rispetto alla disciplina delle reti, sebbene le mansioni a carico delle autorità di regolamentazione siano analoghe. I principi generali di primo e di secondo livello, come le "buone prassi", devono essere declinati in diritti e obblighi contrattuali praticabili. Le buone prassi – è questo il mio punto di partenza teorico – non possono essere scisse più ampio tema del livello di giustizia che deve essere garantito tramite il diritto comunitario.*

(3) Diritto societario: esistono due punti di vista predominanti tra gli Stati membri, che entrano in conflitto davanti ai tentativi di armonizzazione da parte della Comunità europea. In taluni Stati membri, il diritto societario viene considerato essenzialmente come la disciplina dell'organizzazione interna e della corretta strutturazione e ripartizione delle responsabilità; in altri, il diritto societario è considerato come parte integrante della disciplina dei mercati finanziari. Infine, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha assunto un ruolo da protagonista nella deregolamentazione dei diritti societari nazionali, vista l'incapacità della Commissione europea di coniugare queste due prospettive contrastanti<sup>128</sup>. Ancora non è stato esaminato il possibile impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia né quello delle direttive e dei regolamenti che sono stati adottati per configurare il diritto societario europeo (in particolare le direttive 77/91/CEE<sup>129</sup>, 78/855/CEE<sup>130</sup>, 82/891/CEE<sup>131</sup>, 89/666/CEE<sup>132</sup>, 89/667/CEE<sup>133</sup>, 2001/86/CE<sup>134</sup>, 2005/56/CE<sup>135</sup> e i regolamenti n. 2137/85/CE<sup>136</sup> e n. 2157/2001<sup>137</sup>) relativamente ai loro possibili effetti sul diritto privato come, ad esempio, sui concetti di persone fisiche e persone giuridiche.<sup>138</sup>

---

<sup>125</sup> GU L 241 del 2.9.2006, pag. 26.

<sup>126</sup> GU L 241 del 2.9.2006, pag. 1.

<sup>127</sup> Ferrarini, 2005, pag. 19; Ferrarini/Wymeersch, 2006, pag. 235.

<sup>128</sup> Corte di giustizia, sentenza del 9.3.1999, causa C-317/99, Centros, Racc. 1999, pag. I-1459; Corte di giustizia, sentenza del 5.11.2002, causa 208/00, Überseering, Racc. 2002, pag. I-9919; Corte di giustizia, sentenza del 30.9.2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. 2003, pag. I-10155; Corte di giustizia, sentenza del 16.12.2008, causa C-210/06, Cartesio, Racc. 2008, pag. I-nyr.

<sup>129</sup> GU L 26 del 31.1.1977, pag. 1.

<sup>130</sup> GU L 295 del 20.10.1978, pag. 36.

<sup>131</sup> GU L 378 del 31.12.1982, pag. 47.

<sup>132</sup> GU L 395 del 21.12.1989, pag. 36.

<sup>133</sup> GU L 395 del 30.12.1989, pag. 40.

<sup>134</sup> GU L 294 del 10.11.2001, pag. 22.

<sup>135</sup> GU L 310 del 25.11.2005, pag. 1.

<sup>136</sup> GU L 199 del 25.7.1985, pag. 1.

<sup>137</sup> GU L 294 del 10.11.2001, pag. 1.

<sup>138</sup> In tal senso, si veda Schulze, in Schulze (ed.), 2008, pag. 20.

### 3.1.3. Pratiche commerciali e diritto contrattuale (consumatore medio, conclusione del contratto e nuovi strumenti)

(1) Disciplina delle pratiche commerciali: si tratta di un settore in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee detta i tempi in numerose pronunce con cui ha saggiato la compatibilità tra le pratiche commerciali nazionali (normative sul commercio o sulle pratiche di marketing) e le libertà del mercato, in particolare per quanto riguarda il concetto della pubblicità ingannevole<sup>139</sup>. È proprio in questo campo che la Corte di giustizia ha sviluppato la nozione di consumatore medio<sup>140</sup>. La disciplina delle pratiche commerciali è ampiamente regolamentata dal diritto derivato<sup>141</sup>, soprattutto dalla direttiva 2005/29/CE<sup>142</sup> relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e dalla direttiva 2006/114/CE<sup>143</sup> concernente la pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra imprese. La direttiva 2000/31/CE<sup>144</sup> sul commercio elettronico e la direttiva 99/44/CE<sup>145</sup> sulla vendita di beni di consumo interessano le condizioni di contratto, la fase precontrattuale e post-contrattuale (informativa, ruolo di terzi) e oltrepassano la linea di confine che separa la disciplina delle pratiche commerciali dal diritto privato. Alcuni di questi risvolti sono già stati presi in esame dal Gruppo Acquis.

*La legislazione comunitaria in materia di pratiche commerciali incide sulle condizioni di conclusione del contratto; essa dimostra come il diritto comunitario mantenga in vigore i principi fondamentali degli ordinamenti interni di diritto privato, come quelli relativi a proposta e accettazione, pur rendendoli al contempo superflui. Fissa le regole per l'interpretazione dei rapporti di diritto privato (il consumatore medio), introduce nuovi dispositivi normativi, come l'obbligo d'informativa precontrattuale e il controllo post-contrattuale, e supera il principio della privity (N.d.T.: rapporto giuridico effettivamente stabilito fra le parti) del diritto contrattuale<sup>146</sup>.*

(2) Diritti di proprietà intellettuale: la disciplina in questo settore è soggetta al alle sulla concorrenza del Trattato CE, in particolare l'articolo 82<sup>147</sup>. Nel nostro contesto, assume particolare rilievo la politica comunitaria volta ad estendere le disposizioni vigenti in materia di diritti di proprietà intellettuale conferendo loro una prospettiva europea associata a meccanismi idonei di riparazione giuridica che ne sanzionino le violazioni (direttiva 2004/48/CE<sup>148</sup>). La forte espansione<sup>149</sup> dei diritti di proprietà intellettuale limita al contempo i diritti degli utenti<sup>150</sup>. Questi diritti esclusivi trovano applicazione per mezzo del diritto contrattuale, spesso tramite condizioni generali di contratto che rientrano nell'accordo di licenza stipulato, frequentemente online, con il consumatore<sup>151</sup>.

---

<sup>139</sup> Per una disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, si veda Münchener Kommentar/UWG-Heermann, EG B, 2006.

<sup>140</sup> Non si deve più sorvolare sulla letteratura: si vedano in particolare gli scritti di Weatherill, in Weatherill/Bernitz (eds.), 2007, pag. 115.

<sup>141</sup> Per una trattazione completa delle diverse direttive e regolamenti, si veda Münchener Kommentar/UWG-Micklitz, EG E-Q, 2006.

<sup>142</sup> GU L 149 dell'11.6.2005, pag. 22.

<sup>143</sup> GU L 376 del 27.12.2006, pag. 21.

<sup>144</sup> GU L 178 del 17.7.2000, pag. 1; in particolare Grundmann, 2005, pag. 187 pone l'accento sul ruolo chiave di tale direttiva per il diritto europeo dei contratti, in quanto essa contiene anche regole dispositive.

<sup>145</sup> GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12; attualmente in fase di revisione; si veda COM(2008) 614 definitivo.

<sup>146</sup> Si veda Whittaker, in Weatherill/Bernitz (eds.), 2007, pag. 139; Wilhelmsson/Twigg-Flesner, 2006, pag. 441.

<sup>147</sup> Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 29.4.2004, causa C-418/01, IMS Health, Racc. 2004, pag. I-5039.

<sup>148</sup> GU L 195 del 2.6.2004, pag. 16.

<sup>149</sup> Per un'analisi critica, si veda Hilty, in Behrens (Hrsg.), 2004, pag. 139.

<sup>150</sup> Dalla prospettiva del consumatore/utente, si veda la relazione a cura di Guibault/Helberger, Copy rights and EC consumer protection law, ECLG 035/05:

<http://212.3.246.142/docs/1/BNGJCMJAHCODHMBAJGKMFMFNPDB19DBYCY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2005-00181-01-E.pdf>. Nello stesso contsto, si veda Rott, in Hilty/Peukert (Hrsg.), 2004, pag. 267.

<sup>151</sup> Kreuzer, 2006.

*Il rapporto tra i diritti di proprietà intellettuale e il diritto dei contratti è in larga misura inesplorato. È assolutamente necessario esaminare in che modo le relazioni contrattuali si formino indirettamente attraverso i DPI e in che modo i diritti creati, principalmente a beneficio dei titolari dei DPI, trovino applicazione.*

### 3.1.4. Accordi tra imprese, aiuti di Stato e appalti pubblici (rimedi giuridici, rapporti trilaterali)

(1) La normativa di diritto privato che regola gli accordi tra imprese (*Kartellprivatrecht*)<sup>152</sup> rappresenta un altro terreno scarsamente esplorato, anche se il Gruppo Acquis ha deciso d'inserire questo tema nel suo prossimo programma di lavoro. Le esenzioni per categoria sono un mezzo consolidato con cui la Commissione europea disciplina l'ammissibilità degli accordi verticali attraverso la legislazione in materia di concorrenza. Tuttavia, i vari regolamenti sulla distribuzione esclusiva e selettiva, il regolamento unitario n. 2790/1999<sup>153</sup>, il regolamento n. 1400/2002<sup>154</sup> relativo al settore automobilistico e il regolamento n. 772/2004<sup>155</sup> relativo al trasferimento di tecnologia intervengono indirettamente sulla formazione del contratto (indirettamente perché le parti contraenti dell'accordo verticale sono libere di definire i loro rapporti contrattuali). In pratica, però, il contenuto dei diritti e obblighi sanciti dagli accordi verticali è determinato in larga misura dalle esenzioni per categoria. Le parti spesso copiano letteralmente gli articoli delle esenzioni per categoria all'interno dei loro contratti onde evitare discrepanze tra la normativa comunitaria e i diritti contrattuali. Ciò è vero in particolar modo per quanto riguarda le "restrizioni fondamentali".

*È opportuno trarre almeno due lezioni dalla normativa di diritto privato che regola gli accordi tra le imprese. Innanzi tutto, il confine giuridico che separa la normativa sui cartelli tra le imprese (esenzioni per categoria) dal diritto dei contratti (la costituzione dei rapporti contrattuali sotto forma di relazioni verticali) diventa sfumato. In secondo luogo, le esenzioni per categoria, soprattutto nelle versioni più recenti, introducono "elementi competitivi" nella formazione del contratto, quali il diritto di annullamento e il diritto al riconoscimento di un indennizzo per gli investimenti.*

(2) Disciplina degli aiuti di Stato: gli aiuti concessi dagli Stati sono disciplinati dall'articolo 87 e successivi del Trattato CE. La copiosa giurisprudenza in materia offre un importantissimo spunto di ricerca per approfondire gli effetti indiretti del diritto comunitario primario sulle relazioni contrattuali<sup>156</sup>. Il nuovo approccio economico ha portato all'adozione del regolamento n. 1998/2006<sup>157</sup> sugli aiuti "de-minimis". La disciplina europea sugli aiuti di Stato può essere divisa in due parti: una sostanziale e una procedurale. La terminologia impiegata varia: talvolta, la disciplina procedurale viene fatta rientrare nella categoria dei "rimedi"<sup>158</sup>, talvolta viene semplicemente definita come "norme procedurali sugli aiuti di Stato"<sup>159</sup>. Il nodo della questione, in realtà, riguarda i possibili effetti degli aiuti di Stato illegali, ovvero sia la questione della restituzione degli aiuti illegali<sup>160</sup> e le possibilità di ricorso di cui dispongono i terzi<sup>161</sup>.

---

<sup>152</sup> Grundmann, 1999; Schumacher, 2005.

<sup>153</sup> GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21.

<sup>154</sup> Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, GU L 203 dell'1.8.2002, pag. 30.

<sup>155</sup> GU L 123 del 27.4.2004, pag. 11.

<sup>156</sup> Si veda l'elenco delle decisioni in Mestmäcker/Schweitzer, 2004, pag. 1177 e Beljin, in Schulze/Zuleeg (Hrsg.), 2006, § 28.

<sup>157</sup> GU L 379 del 28.12.2006, pag. 5; si veda inoltre Nordmann, 2007, pag. 752.

<sup>158</sup> Beljin, in Schulze/Zuleeg (Hrsg.), 2006, § 28.

<sup>159</sup> Mestmäcker/Schweitzer, 2004, §§ 42-47.

<sup>160</sup> Si veda Micklitz/Weatherill, 1997, pagg. 226 ss.

<sup>161</sup> Per una prima trattazione di questa problematica, si veda Gormley, in Micklitz/Reich, 1996, pag. 159.

(3) Normativa sugli appalti pubblici: gli appalti pubblici incidono sulle libertà del mercato. Essi sono ampiamente disciplinati dal diritto derivato. Già nel 1971, il Consiglio adottò il regolamento n. 1182/71<sup>162</sup>. I due principali atti di diritto comunitario che hanno definito la normativa sugli appalti pubblici, a partire dalla loro entrata in vigore il 31 gennaio 2006, sono la direttiva 2004/17/CE<sup>163</sup> che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e la direttiva 2004/18/CE<sup>164</sup> relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di opere, di forniture e di servizi. Entrambe sono attualmente in fase di revisione<sup>165</sup>. Nel campo della ricerca accademica, si pone l'accento sulla concorrenza e sulle libertà del mercato<sup>166</sup>. Sebbene la finalità di queste direttive sia chiaramente quella di aumentare la concorrenza e consolidare le libertà del mercato, esse delineano al tempo stesso le relazioni contrattuali<sup>167</sup>. Ciò vale soprattutto per quanto riguarda gli appropriati mezzi di tutela<sup>168</sup>. Molto recentemente, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha emesso una sentenza epocale che comporta l'obbligo da parte di uno Stato membro di risolvere i contratti conclusi in violazione degli obblighi cui è soggetto in forza della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici<sup>169</sup>. Questa sentenza mette in discussione il principio *pacta sunt servanda* e quello di tutela del legittimo affidamento (*Vertrauensschutz*). Anche in questo caso, la Corte di giustizia utilizza relazioni contrattuali di diritto privato per rafforzare la Costituzione economica europea.

*Gli aiuti di Stato e gli appalti pubblici incidono quindi sui rapporti di diritto privato in almeno tre modi: (1) le relazioni contrattuali tra lo Stato e i soggetti di diritto privato beneficiari sono indirettamente o persino direttamente influenzate dalla normativa sugli aiuti di Stato e sugli appalti pubblici, (2) i mezzi di ricorso sono lasciati nelle mani dei concorrenti non favoriti dalla decisione assunta e (3) i mezzi di ricorso di cui si avvalgono i concorrenti producono un impatto sulla relazione contrattuale tra lo Stato e i soggetti beneficiari.*

### 3.1.5. Salute, sicurezza alimentare e disciplina dei servizi (elaborazione delle clausole contrattuali e norme sulla responsabilità)

(1) Legislazione in materia di sicurezza alimentare e dei prodotti: la direttiva 2001/95/CE<sup>170</sup> sulla sicurezza dei prodotti amplifica il ruolo del diritto contrattuale quale mezzo di formazione delle relazioni contrattuali<sup>171</sup>. Ancora più interessanti sono le norme sulla responsabilità che si celano in vari angoli della legislazione alimentare<sup>172</sup>, tra cui il regolamento n. 183/2005<sup>173</sup> sull'igiene dei mangimi, il regolamento n. 852/2004<sup>174</sup> sull'igiene dei prodotti alimentari, il regolamento n. 882/2004<sup>175</sup> relativo ai

---

<sup>162</sup> GU L 124 del 3.6.71, pag. 1.

<sup>163</sup> GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1.

<sup>164</sup> GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114.

<sup>165</sup> COM(2007) 23 definitivo del 24.1.2007.

<sup>166</sup> Si veda Mestmäcker/Schweitzer, 2004, § 36; Noch, in Schulze/Zuleeg (Hrsg.), 2006, § 29.

<sup>167</sup> Per alcuni riferimenti su questo argomento, si veda Noch, in Schulze/Zuleeg (Hrsg.), 2006, § 29 Rn. 172 ss.

<sup>168</sup> Si veda Arrowsmith, in Micklitz/Reich (eds.), 1996, pag. 125.

<sup>169</sup> Corte di giustizia, sentenza del 18.7.2007, causa C-503/04, Mitrenga/Rubach-Larsen, Racc. 2007, pag. I-6153; disponibile dalla homepage <http://www.bblaw.com/Broschueren.507.0.html?&L=1>.

<sup>170</sup> GU L 11 del 15.1.2002, pag. 4.

<sup>171</sup> Si veda Cafaggi (ed.), 2006; Cafaggi/Muir Watt (eds.), 2008.

<sup>172</sup> Per una panoramica, si veda Basedow, in Liber Amicorum Siehr, 2000, pag. 17.

<sup>173</sup> GU L 35 dell'8.2.2005, pag. 1.

<sup>174</sup> GU L 139 del 30.4.2004, pag. 9 e successivi emendamenti.

<sup>175</sup> GU L 191 del 30.4.2004.

controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e il regolamento n. 178/2002<sup>176</sup> sulla legislazione alimentare<sup>177</sup>.

(2) Diritto dei consumatori e disciplina dei servizi: la cosiddetta "direttiva servizi" (2006/123/CE<sup>178</sup>) intensifica l'elaborazione delle "norme tecniche" da parte degli organismi europei (CEN/CENELEC) e nazionali di normalizzazione. Tali norme tecniche sono più o meno assimilabili a condizioni generali di contratto con uno status giuridico abbastanza indefinito<sup>179</sup>. Esse vengono elaborate all'interno e in forza della "direttiva servizi", la quale definisce un quadro normativo pienamente armonizzato per la disciplina dei servizi. Le norme tecniche, tuttavia, sono per definizione non vincolanti. Cosa accade se queste norme tecniche entrano in contraddizione con le legislazioni nazionali in materia di clausole abusive? Al momento, non risulta chiaro fino a che punto le norme tecniche siano in linea con il campo di applicazione della direttiva 93/13/CEE<sup>180</sup> concernente le clausole abusive.

*Questi due settori legislativi (salute/sicurezza e servizi) sono legati da uno stesso identico approccio: (1) la modalità di elaborazione delle norme volontarie, in prevalenza e sempre più frequentemente ad opera di organismi di normalizzazione per quanto riguarda la sicurezza alimentare e dei prodotti così come la qualità dei servizi; (2) l'assenza di una normativa europea vincolante che stabilisca diritti e obblighi contrattuali; (3) la funzione compensatoria delle regole di responsabilità e il ruolo delle norme volontarie quali metro di valutazione della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; e infine (4) la qualità giuridica delle norme.*

### 3.1.6. Possibilità e praticabilità di una generalizzazione

Tutti i settori di cui sopra sono al centro del programma di realizzazione del mercato interno e sono stati oggetto di provvedimenti normativi introdotti dalla Comunità europea nel tentativo d'instaurare un vero mercato europeo, radicato in un ambiente competitivo. Si ricorre al diritto per abbattere i monopoli di Stato o le restrizioni poste dagli Stati (disciplina delle reti – elettricità, gas, acqua, trasporto ferroviario), per creare e forgiare mercati competitivi in vari settori (il mercato automobilistico attraverso gli accordi di distribuzione, gli appalti pubblici attraverso le gare d'appalto), per sancire e rafforzare i diritti di proprietà intellettuale (contratti di licenza), per riordinare il mercato dei servizi finanziari (assicurazioni, servizi d'investimento, credito, titoli), per stabilire norme fondamentali di tutela dei lavoratori e dei consumatori (protezione della salute, tutela degli interessi economici, misure contro la discriminazione) e per instaurare un vero mercato europeo dei servizi.

Tutti questi provvedimenti non sono basati sulla legislazione di diritto privato in senso tradizionale, ovvero sia la fissazione di regole fondamentali per garantire la convivenza in una società civile europea di soggetti privati autonomi che interagiscono spontaneamente all'interno dell'economia e della società. La mano visibile del legislatore europeo mette in risalto il raggiungimento di obiettivi specifici per ogni settore, prodotto o servizio nell'ambito della realizzazione del mercato interno. Nella maggior parte dei casi, si tratta di norme verticali, nel senso che si riferiscono a un mercato o a un settore specifico; soltanto le disposizioni a tutela dei consumatori e la normativa giuslavoristica/antidiscriminatoria seguono un approccio orizzontale che è trasversale a determinati comparti. È comunque opportuno chiarire che i cinque settori qui passati in rassegna costituiscono una

---

<sup>176</sup> GU L 31 dell'1.2.2002, pag. 1.

<sup>177</sup> Si veda "Civic Consulting, Liability in the food and feed sector", pag. 50, estratto da "Financial Guarantees in the Feed Sector", SANCO/2004/D1/SI2.398887, Relazione finale del 6.09.2005, Berlino, Commissione europea, DG SANCO, ancora inedito.

<sup>178</sup> GU L 376 del 27.12.2006, pag. 36.

<sup>179</sup> Si veda Micklitz, Services Standards: Defining the Core Consumer Elements and their Minimum Requirements, 2007, studio commissionato dall'ANEC (la voce europea dei consumatori in materia di normalizzazione), disponibile all'indirizzo <http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>; dello stesso autore, The Service Directive, 2009.

<sup>180</sup> GU L 95 del 21.4.1993, pag. 29.

parte rilevante e significativa del diritto privato odierno, sia nei rapporti tra imprese che in quelli tra imprese e consumatori.

L'ipotesi generale è che sia possibile e fattibile desumere "regole" dalle varie branche che, idealmente, si congiungono per disegnare un quadro, forse non perfettamente coerente, ma quanto meno completo del diritto privato europeo *visibile*. Un simile approccio presuppone che sia metodologicamente sensato effettuare una generalizzazione, a partire da regole specifiche di vari settori, che si spinga al di là del settore e/o ambito di tutela particolare (consumatori, lavoratori, vittime della discriminazione)<sup>181</sup>. Assumendo che la risposta sia positiva, rimane da chiedersi se e in che misura queste "regole generalizzate", che determinano la trasformazione dall'autonomia al funzionalismo, incidono sul diritto privato tradizionale e in che modo è possibile rendere compatibili questi due diversi sistemi giuridici.

### **3.2. Confronto con il progetto della Commissione relativo alla codificazione del diritto privato europeo**

Secondo un'ottica europea di mercato (l'economicizzazione del diritto), è sufficiente adottare le regole necessarie per stabilire e garantire la fattibilità e la praticabilità di determinati settori (mediante normative verticali) o del mercato interno in quanto tale (mediante normative orizzontali).

Finora – quanto meno dal punto di vista della Commissione europea – non si è presentata alcuna necessità impellente di fissare un corpo uniforme di regole del diritto privato europeo (un Codice civile europeo), come proposto dal Parlamento europeo e promosso dalla Commissione europea nelle sue varie Comunicazioni e programmi di ricerca<sup>182</sup>. Ciò spiegherebbe perché la Commissione europea ha buon gioco nel convertire l'iniziativa "politica" del Parlamento europeo in un "mero esercizio accademico". La mole di proposte, i Principi Acquis e l'accademico Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR) potrebbero quindi diventare una sorta di campo da gioco per i ricercatori di tutta Europa. Tutto ciò che la Commissione europea può sperare di ottenere dal progetto di codificazione è un orientamento su come meglio elaborare le regole che disciplinano quelle branche del diritto privato in cui è necessario un contributo per accrescere la praticabilità di particolari settori o del mercato interno<sup>183</sup>. Mi asterrò dal formulare ipotesi sul futuro *politico* del Quadro Comune di Riferimento, sulla probabilità o meno che la Commissione europea riesca nelle sue tattiche dilatorie tacitamente appoggiate dalla maggioranza degli Stati membri o sulla probabilità o meno che il Parlamento europeo, fortificato da accademici appassionati, riesca a creare un pubblico di fautori europei che sostengano l'appello a un complesso autentico di norme del diritto europeo, qualunque ne sia la forma. Il fallimento della Costituzione europea potrebbe avere indebolito ulteriormente la facoltà politica del Parlamento europeo di spingere avanti il progetto di codificazione. Il processo silenzioso di costituzionalizzazione del diritto privato mediante i diritti fondamentali e i diritti umani, anche nella forma conferitagli in virtù del Trattato di Lisbona, rappresentapù un terreno di continuo sviluppo ad opera di giudici e accademici che non un artificio che può essere strumentalizzato per determinare la linea di condotta sul futuro politico del Quadro Comune di Riferimento .

---

<sup>181</sup> È proprio questo il lavoro che è stato svolto dal Gruppo Acquis e dal Gruppo di studio. Mentre questo nesso logico è insito nell'attività svolta dal Gruppo Acquis, lo è meno per quanto riguarda il Gruppo di studio. Ad ogni modo, i Principi di diritto europeo relativi ai contratti di servizi, i c.d. PEL SC (*Principles of European Law: Service Contracts*), scaturiscono dalla generalizzazione di regole desunte da particolari tipologie di norme contrattuali nel settore dei servizi. Per una prima disquisizione, si veda Grundmann, 2005, pagg. 187, 202, il quale si dice a favore di un simile approccio; si dimostra invece molto critico Collins, 2005, pag. 213; in termini più generali, si vedano: Pfeiffer, 2008, pag. 227; Smits, 2008, pag. 270; e Hesselink, 2009.

<sup>182</sup> La letteratura sul progetto è immensa; per un excursus sulle diverse posizioni, si veda Grundmann/Stuyck (eds.), 2002.

<sup>183</sup> Nella sua Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM(2008) 614 definitivo), la Commissione europea non fa affidamento neanche sui propri esperti: si veda Micklitz/Reich, 2009.



L'interrogativo più ambizioso è chiedersi se e in che misura le "regole generalizzate", una volta ricavate dal diritto privato visibile, *necessitano di essere integrate da un corpus di regole uniformi del diritto privato europeo o se non sia possibile colmare le lacune residue facendo riferimento al diritto privato dei diversi ordinamenti giuridici nazionali*. Esistono almeno tre diversi complessi di norme europee da sondare: i Principi Acquis, i PECL e il Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR). Con grande cautela, avanzerei la supposizione che i Principi Acquis, dato il loro taglio normativo, si avvicinino maggiormente a quanto richiesto rispetto ai PECL nella loro forma attuale, poiché i Principi Acquis provengono in larga misura da "norme di diritto privato visibile", in particolare dal diritto dei consumatori, anche se potrebbe essere necessario rivistarli alla luce delle branche del diritto che sono state finora omesse. La supposizione contraria è che i Principi Acquis tralascino il *droit commun*<sup>184</sup>. In tal caso, l'unica via di uscita potrebbe essere quella di utilizzare i PECL come corpus iuris integrativo. Tuttavia, parto dal presupposto che il *droit commun* non è sufficiente in quanto troppo orientato al passato nel non tenere conto del processo di trasformazione che il diritto privato sta attualmente attraversando ai suoi "confini". Eventualmente, il Progetto di quadro comune di riferimento potrebbe rivelarsi la scelta migliore, qualora le "regole generalizzate" desunte dal diritto privato visibile non fossero autosufficienti. Che sia necessario o meno un corpus di norme del diritto privato europeo, da affiancare alle "regole generalizzate", occorre prima di tutto chiarire il rapporto tra le norme del diritto privato europeo (PECL, DCFR, Principi Acquis e "regole generalizzate") e gli ordinamenti nazionali di diritto privato<sup>185</sup>.

Mentre le mie riflessioni sono sicuramente legate all'attività in corso, ad esempio in seno al Gruppo di studio<sup>186</sup> e al Gruppo Acquis<sup>187</sup>, il perno della mia ricerca è costituito da quelle normative in cui è visibile la mano del diritto privato europeo. Non nasconderei una certa riluttanza ad utilizzare le regole elaborate sinora da entrambi i gruppi fin tanto che le diverse iniziative escluderanno dal loro approccio il diritto privato europeo visibile così come definito sopra. Questo rifiuto riguarda l'attività svolta tanto dal Gruppo di studio quanto dal Gruppo Acquis. Anche se entrambi i gruppi intraprendessero un'analisi del complesso di norme qui proposto secondo i loro rispettivi approcci metodologici, persisterebbe il rischio che l'attuale corpus di regole rimanga indiscusso. Ulteriori ricerche sfocerebbero in lievi adattamenti qua e là, senza però mettere in discussione il merito del progetto nel suo assetto attuale, né il modello teorico sottostante.

### **3.3. Diritto privato europeo "visibile" e diritto privato interno**

La questione che rimane in piedi riguarda il modo in cui il diritto privato europeo visibile si rapporta al diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali e viceversa. Parto dal presupposto che i due sistemi di diritto privato – il diritto privato europeo e il diritto privato interno agli ordinamenti nazionali – camminino per lo più di pari passo con il diritto privato europeo visibile. Ciò è vero anche se emerge che le "regole generalizzate", che andrebbero desunte dal diritto privato europeo visibile, potrebbero e dovrebbero essere integrate da un corpus di regole più generali rispetto a quelle abbracciate dal diritto privato europeo visibile.

- Norme di diritto comunitario (le regole generalizzate)

---

<sup>184</sup> Jansen/Zimmermann, 2007, pagg. 1113, 1118 = ModLRev 2008, 505, 516.

<sup>185</sup> Si veda il capitolo 3.3.

<sup>186</sup> Si vedano: Mc-Guire, in Ernst (Hrsg.), 2007, pag. 225, il quale descrive il metodo di lavoro del Gruppo di studio nonché la serie di pubblicazioni "Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code", Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (eds.), Hesselink/Rutgers/Bueno Diaz/Scotton/Feldmann, 2006 e Benevolent Intervention into Another's Affairs (ed.), von Bar, 2006; Service Contracts (PEL SC) Barendrecht/Jansen/Loos/Pinna/Cascao/van Gulijk, 2007; Drobnig (ed.), 2007; Lilleholt/Victorin/Fötschl/Konov/Meidell/Torum (eds.), 2008.

<sup>187</sup> Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2007; Contract II, Performance, Non-Performance, Remedies, edited by Research Group on the Existing EC Private Law Acquis (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) 2008.

- Ordinamenti nazionali di diritto privato
- Progetto di codificazione della Commissione europea (PECL, Principi Acquis e DCFR)

La giustapposizione dei diversi ordinamenti richiede un equilibrio tra le norme del diritto privato europeo e il diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali. Ad ogni modo, la difficoltà oggi sembra stare nel fatto che tanto il dibattito teorico quanto quello politico assumono una colorazione ideologica di fondo per cui si schierano, da un lato, quanti difendono l'indipendenza degli ordinamenti giuridici nazionali per via delle differenti culture e tradizioni giuridiche e della giustizia materiale (distributiva) e, dall'altro lato, quanti sostengono che queste differenze non hanno importanza e che un complesso di regole europee unificate sarebbe l'unica soluzione per l'avanzamento del processo d'integrazione europea, e che è sufficiente l'equità. In una certa misura, le due fazioni possono essere associate alle due principali tendenze del diritto privato europeo: la politicizzazione e l'economicizzazione. Mi asterrò dal menzionare e biasimare soggetti o istituzioni particolari<sup>188</sup>. È senz'altro vero che la contrapposizione tra i due schieramenti è diventata più marcata da quando la Commissione europea ha adottato un approccio favorevole ad una completa armonizzazione delle materie di diritto privato insieme al principio del Paese d'origine. Sono sorti notevoli contrasti in merito all'adozione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e della direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo. In ambo i casi, la Commissione europea è stata messa in minoranza dal voto degli Stati membri. È passata la piena armonizzazione, mentre il principio del Paese d'origine è stato rifiutato, leggermente a malincuore per quanto riguarda la disciplina delle pratiche commerciali sleali<sup>189</sup>, più energicamente per quanto riguarda il dibattito circa le prospettive concrete della direttiva sul credito al consumo<sup>190</sup>. Nella sua comunicazione sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori<sup>191</sup>, la Commissione europea affronta la questione in modo più sistematico, lanciando un dibattito generale su quale sia l'approccio più consono. La procedura di consultazione è intesa a riconfermare lo stato attuale della discussione – appoggio ad una completa armonizzazione mirata e rifiuto del principio del Paese d'origine<sup>192</sup>. Non sorprende affatto, quindi, che la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori preveda una piena armonizzazione<sup>193</sup>.

La discussione ruota intorno al diritto dei consumatori, ma è di carattere esemplificativo per l'intero diritto privato europeo, quanto meno quello visibile. La questione centrale riguarda il principio di prevalenza, che racchiude in sé un conflitto costituzionale sulle competenze. Essenzialmente, si tratta dunque di un dibattito su diverse forme di federalismo.

Parto dal presupposto che occorre un approccio che non sia di tipo aut-aut né influenzato da ragionamenti faziosi e che superi il dilemma di dove ancorare la componente di mercato e la giustizia materiale nel diritto privato<sup>194</sup>. Gli interrogativi a cui rispondere sono i seguenti: quali sono le problematiche che possono giustificare la piena armonizzazione (o, per citare le parole della Commissione europea, l'"armonizzazione mirata")? Quali sono quelle che richiedono il principio del Paese d'origine? A quali settori si addice l'armonizzazione minima? In quali ambiti sarebbe opportuno rifiutare del tutto l'armonizzazione per lasciare spazio alla concorrenza tra gli ordinamenti nazionali di

---

<sup>188</sup> Dirò solo che sono coinvolto nel dibattito. Nel nostro documento di sintesi (2007, pag. 121), Norbert Reich e io ci siamo espressi contro la completa armonizzazione e il principio del Paese d'origine; si veda anche Micklitz/Reich, 2009.

<sup>189</sup> Si veda Micklitz, in Howells/Micklitz/Wilhelmsson, 2006, pag. 40.

<sup>190</sup> Si veda Rott, 2008, pag. 114.

<sup>191</sup> Si veda in particolare COM(2006) 744 definitivo, sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori.

<sup>192</sup> Commission Staff Working Paper – Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, 2007, pag. 3 (Documento di lavoro dello staff della Commissione privo di numerazione, disponibile sul sito Web della DG Sanco).

<sup>193</sup> COM(2008) 614 definitivo.

<sup>194</sup> Si potrebbe anche argomentare che la distinzione sia opinabile: si veda Stehr, 2007; in particolare attraverso la responsabilità sociale d'impresa: si veda Moreau/Francesconi (eds.), 2007.

diritto privato<sup>195</sup> o all'autoregolamentazione? Tutti questi approcci diversi devono essere coordinati in un modello federale flessibile di Europa a più livelli.

#### **4. Inquadramento analitico per una trattazione del diritto privato visibile**

La mano visibile del diritto privato europeo, con le sue tensioni tra mercato (economicizzazione) e governance (politicizzazione e de-politicizzazione<sup>196</sup>) e la sua interrelazione con il diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali può essere analizzata sulla base di quattro categorie: la sostanza, i nuovi processi, gli strumenti e l'applicazione. Guardata attraverso queste lenti, diventa più chiara la trasformazione dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione.

##### **4.1. La sostanza del diritto privato europeo visibile in materia normativa**

(1) Economicizzazione del diritto privato attraverso l'ottica di mercato: l'ipotesi<sup>197</sup> che ho sviluppato a partire da una prima analisi delle direttive vigenti sulla tutela dei consumatori così come delle principali branche del diritto privato europeo che si occupano di relazioni B2B, tra cui la direttiva 86/653/CEE<sup>198</sup> sugli agenti commerciali e la direttiva 2000/35/CE<sup>199</sup> sui ritardi di pagamento, è che il diritto privato europeo visibile è retto da "sette principi (o meglio dispositivi) o parametri giuridicamente vincolanti"<sup>200</sup> che sono concepiti per la realizzazione del mercato interno: (1) dispositivo strumentale di difesa, (2) "fusione" tra pubblicità, informativa precontrattuale e conclusione del contratto<sup>201</sup>, (3) trasparenza in tema di concorrenza e in materia contrattuale, (4) formazione standardizzata del contratto, (5) equità in termini di *market clearance* e di accesso al mercato (in contrapposizione alla giustizia sociale), (6) diritti di annullamento/rescissione/risoluzione post-contrattuale e (7) riparazione giuridica effettiva.

Questi sette "principi/dispositivi/parametri" vincolanti sono difficilmente compatibili con il diritto privato vigente negli ordinamenti giuridici nazionali. Il cambiamento più importante che attraversa tutti e sette i "principi/dispositivi/parametri" è il passaggio dalla giustizia sociale alla giustizia in materia di accesso (*Zugangsgerechtigkeit*)<sup>202</sup>. Allo stesso tempo, i sette "principi/dispositivi/parametri" confliggono sotto vari aspetti sia con la *common law* che con il pensiero giuridico continentale. Essi oltrepassano i confini netti che separano il diritto dei contratti dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali, in quanto uniscono il diritto sostanziale e il diritto procedurale (diritti e rimedi – diversamente da quanto accade in *civil law*) e in quanto collocano i rispettivi ambiti del diritto privato all'interno di una stessa prospettiva particolare, quella di servire al completamento del mercato interno. Proprio in questo consiste l'economicizzazione del diritto contrattuale. Occorrerà verificare in che misura la costituzionalizzazione del diritto privato consenta di trovare un migliore equilibrio tra i vecchi ordinamenti nazionali di diritto privato e il loro omologo europeo economicizzato.

---

<sup>195</sup> In questa direzione, si veda Unberath/Johnston, 2007, pag. 1237.

<sup>196</sup> Maurizio Bach afferma che la politicizzazione sfocia nella de-politicizzazione, in quanto le decisioni del caso vengono assunte da comitati di esperti, lontano dal controllo "politico".

<sup>197</sup> Micklitz, 2005, pag. 549; si veda, però, la critica di Baldus/Vogel, 2007, pag. 158.

<sup>198</sup> GU L 382, 1986, pag. 17.

<sup>199</sup> GU L 200 dell'8.8.2000, pag. 35.

<sup>200</sup> Sono restio ad utilizzare il termine "principi" in quanto l'idea insita nei principi è che sono autoreferenziali nell'interpretazione della legge.

<sup>201</sup> Howells/Janssen/Schulze, 2005; Mankowski, 2005, pag. 779; Grundmann, 2002, pag. 269.

<sup>202</sup> Social Justice in European Private Law, Yearbook of European Law 1999/2000, pag. 167.

Sono altrettanto interessato agli effetti distruttivi del diritto privato europeo visibile che innesta elementi estranei all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali<sup>203</sup>, mi chiedo tuttavia se tale categorizzazione o classificazione non sia unilaterale e, in fin dei conti, peggiorativa. Preferirei partire dall'ipotesi che quanto sta facendo il diritto privato comunitario e, in particolare, la Corte di giustizia europea, possa essere descritto come "distruzione creativa"<sup>204</sup>. La forza del diritto europeo deriva dalla sua sottostante logica di razionalizzazione, che offre le potenzialità per ripensare i principi degli ordinamenti nazionali di diritto privato in uno spazio sovranazionale - senza necessariamente fornire risposte attendibili<sup>205</sup>.

(2) Politicizzazione del diritto visibile – governance e merito delle norme: su questo tema, prenderei spunto dai risultati della mia ricerca sulle "norme relative ai servizi" già formulate o in corso di elaborazione da parte degli organismi europei e nazionali di normalizzazione<sup>206</sup>. Sebbene tale ricerca analizzasse la governance attraverso l'armonizzazione delle norme tecniche, potrebbe comunque fungere da punto di partenza per considerare altri ambiti del diritto privato visibile, in particolare in un'ottica di governance.

Le norme tecniche vigenti così come i progetti in corso in vari settori dei servizi (ai consumatori) sono stati vagliati in base ai seguenti parametri: (1) facilità di accesso e accessibilità economica dei servizi; (2) fase precontrattuale e conclusione del contratto; (3) contenuto del contratto (contenuto minimo, sicurezza, qualità, fatturazione, termini di pagamento); (4) diritti e rimedi (recesso, risarcimento e responsabilità); (5) fase post-contrattuale (assistenza post-vendita, gestione dei reclami, risoluzione delle controversie, azioni risarcitorie collettive, tutela in caso d'insolvenza o fallimento); e (6) controllo e conformità. Questi sei parametri sono stati ricavati dall'analisi dei requisiti di legge vigenti in ambito comunitario relativamente a particolari tipologie di servizi:<sup>207</sup> disciplina dei contratti di servizi stipulati con il consumatore, regolamentazione dei trasporti, servizi finanziari, servizi di rete (elettricità, gas, telecomunicazioni, servizi postali), servizi come quelli nascenti da contratti stipulati con i liberi professionisti e gli artigiani<sup>208</sup>.

Passando in rassegna le direttive e i regolamenti comunitari da un lato e le norme tecniche relative ai servizi dall'altro, emerge una straordinaria differenza: le direttive e i regolamenti comunitari sono molto più incentrati sul contenuto del contratto, sugli obblighi minimi e, in particolare, sui diritti e i rimedi. Non vale lo stesso per le norme tecniche. Più queste entrano a far parte del contenuto del contratto, più diventano indeterminate. Entrando nel dettaglio, risultano evidenti le seguenti tendenze:

1. Facilità di accesso e accessibilità economica: le norme tecniche non prevedono regole al riguardo.
2. Fase precontrattuale: tutti i tipi di normative pongono l'accento sulla fase precontrattuale, in particolare sulla trasparenza del servizio e sul complesso generale di requisiti relativi all'informativa.
3. Contenuto: esiste una grandissima differenza tra gli atti legislativi e le norme tecniche. Le norme tecniche che prevedono requisiti minimi per il contenuto del contratto sono poche. Esse si focalizzano, qualora entrino nel merito, sui requisiti di qualità e sulla gestione della qualità, che costituiscono una parte considerevole delle attività di normalizzazione. Un esempio degno di nota

---

<sup>203</sup> Ritengo che queste siano valutazioni di comune buonsenso oggi. I vari riferimenti alla Corte di giustizia nelle questioni di diritto privato in base al disposto dell'articolo 234 del Trattato CE costituiscono un segno evidente dell'esistenza di tali effetti dissolutivi; si veda, recentemente, Schmid, 2006.

<sup>204</sup> L'espressione è mutuata da Grundmann che, a sua volta, fa riferimento a Schumpeter, il quale rese pubblicamente noto il concetto di distruzione creativa.

<sup>205</sup> Si veda Micklitz, in Boele-Woelki/Grosheide (eds.), 2007, pag. 387.

<sup>206</sup> Services Standards: Defining the Core Consumer Elements and their Minimum Requirements, 2007, studio commissionato dall'ANEC (la voce europea dei consumatori in materia di normalizzazione), disponibile all'indirizzo <http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>.

<sup>207</sup> Si veda anche Micklitz, in Cafaggi/Muir Watt (eds.), in stampa nel 2009.

<sup>208</sup> Op. cit., pagg. 107-127.

è la norma emessa dal BSI (*British Standards Institution*), l'ente britannico per la normalizzazione, che stabilisce i requisiti per una corretta fatturazione<sup>209</sup>.

4. Rimedi: la maggior parte delle norme tecniche non fa alcun riferimento agli obblighi concreti dei prestatori di servizi o ai diritti di cui possono avvalersi i consumatori nel caso in cui il fornitore non renda il servizio nel modo corretto. Talvolta viene menzionata la responsabilità civile, per lo più in congiunzione con la possibilità di assicurazione che viene consigliata (in maniera non chiara).
5. Fase post-contrattuale: ci si sarebbe aspettati che la fase post-contrattuale diventasse un campo fondamentale della normalizzazione. Ciò è parzialmente vero, ma in misura assai minore per quanto riguarda l'assistenza post-vendita rispetto a quanto accade invece per la gestione dei reclami e la risoluzione extragiudiziale delle controversie. Contrariamente alla politica europea ufficiale che incoraggia la composizione delle controversie in sede extragiudiziale, le norme tecniche pongono l'accento sulla gestione interna dei reclami. Il che è in linea con la politica di fondo della "direttiva servizi".
6. Controllo e ispezione: il concetto delle buone prassi suggerisce la necessità di garantire un processo di apprendimento continuo valutando la soddisfazione della clientela e instaurando meccanismi per l'adozione d'interventi correttivi. Esiste un'ovvia tendenza a prestare particolare attenzione agli effetti pratici delle norme tecniche rilevanti, alla gestione della soddisfazione del cliente mediante apposite inchieste e all'esigenza d'interventi correttivi.

#### **4.2. Nuovi processi legislativi (o la privatizzazione legislativa)**

Il segno più visibile del progetto di governance emergente è il cambiamento che sta interessando il processo di legiferazione. Se, da un lato, vengono coinvolti nuovi soggetti nel processo legislativo o se le norme di procedura subiscono un adeguamento, la governance si trova di fronte a tre sfide: la legittimità, la "accountability" e la trasparenza.

(1) Direttive e regolamenti: la Commissione europea ha sviluppato, a partire dall'Atto unico europeo, una sorta di procedura standard che segue più o meno coerentemente durante il processo legislativo. Se l'ordine cronologico può variare, la sostanza rimane pressoché identica:

- (1) la Commissione europea cerca un mandato politico dal Consiglio, che può essere ricompreso all'interno di programmi politici;
- (2) tale mandato viene trasformato in un bando tramite cui si richiede una consulenza mediante studi di ricerca;
- (3) i risultati degli studi offrono la motivazione per un Libro verde in cui la Commissione europea tratteggia una prima bozza di potenziali possibilità d'intervento;
- (4) una valutazione d'impatto, spesso condotta da una società di consulenza, fornisce un orientamento sulle possibili implicazioni politiche e/o economiche di un'eventuale attività normativa europea;
- (5) sulla base del Libro verde, la Commissione indice su Internet una procedura di consultazione<sup>210</sup> pubblica, invitando talvolta determinate categorie ad esprimere il loro parere sull'iniziativa;

---

<sup>209</sup> Norma BS 8463:2005 "Specification for customer billing practice".

<sup>210</sup> Che è anch'essa formalizzata: "Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione", Comunicazione della Commissione, COM(2002) 704 definitivo, 11.12.2002.

- (6) talvolta la procedura di consultazione si conclude con un'udienza pubblica a Bruxelles, alla quale viene invitato un numero ristretto d'interlocutori;
- (7) i risultati della procedura di consultazione fungono da piattaforma per presentare al pubblico un Libro bianco che presenta le opzioni d'intervento in modo più chiaro, oppure per stendere direttamente una prima proposta di direttiva o di regolamento.

Il processo di legiferazione attrae l'attenzione di politologi e giuristi. È opinione comune che il nuovo meccanismo sia volto ad accrescere la legittimazione indiretta (o "legittimazione per il popolo")<sup>211</sup> delle attività svolte dalla Commissione europea. È opinione altrettanto condivisa che la Commissione europea stia tentando di organizzare e di finanziare un surrogato di società europea (assente nella realtà) creando reti accademiche, cercando il contributo di gruppi di pressione nazionali ed europei, di organizzazioni non governative nazionali ed europee e consultando i governi nelle fasi preliminari. Gran parte delle attività può essere ricostruita via Internet. La Commissione europea non sta deliberatamente costruendo un suo contesto sociale intorno al processo di legiferazione. Ad ogni modo, è spesso difficile capire per quale motivo determinate categorie, parti interessate e interlocutori vengano consultati e altri no. È proprio questo il punto debole di un processo sociale organizzato politicamente dall'alto che non emana dalla società civile.

La mia ipotesi è che il processo di legiferazione, caratterizzato dal coinvolgimento simbolico di vari interlocutori e da una cacofonia di punti di vista, faciliti ampiamente la Commissione europea nella realizzazione delle proprie idee. L'ottica partecipativa maschera il carattere autoritario dell'intera procedura. Le società di consulenza, che tendenzialmente affiancano l'intero processo legislativo, sono le vere protagoniste. Esse fungono da cuscinetto tra la Commissione e la società europea "coinvolta". Un esempio potrebbe chiarire cosa intendo dire. In risposta alla sua richiesta di feedback in merito al Libro verde sul riesame dell'*acquis* relativo ai consumatori, la Commissione europea ha acquisito più di 300 pareri<sup>212</sup>. Ciononostante, essa non ha condotto la valutazione per conto proprio, bensì l'ha delegata nuovamente ad una società di consulenza. Nonostante la precisazione che il rapporto "non mira a trarre conclusioni politiche dal processo di consultazione"<sup>213</sup>, esso contiene già un messaggio politico nel modo in cui sono presentate e ponderate le varie risposte. Non è molto rassicurante il fatto che un'attività così rilevante come la valutazione della procedura di consultazione non venga condotta da funzionari pubblici, bensì da terzi che operano dietro corrispettivo e sotto il controllo e la supervisione della sola Commissione europea<sup>214</sup>.

L'unico contrappeso all'uso autoritario della libertà/indipendenza lasciata alla Commissione è dunque il Parlamento europeo, in prima battuta, e gli Stati membri in seno al Consiglio, in seconda. Dalle ultime esperienze riguardanti la direttiva sulle pratiche commerciali sleali e la direttiva sul credito al consumo, emergono risultati ambivalenti<sup>215</sup>. Laddove la maggioranza degli Stati membri è stata relativamente coerente nel rifiutare il principio del Paese d'origine ma nell'accettare la piena

---

<sup>211</sup> Per la distinzione tra legittimazione diretta o "legittimazione dal popolo" e legittimazione indiretta o "legittimazione per il popolo", si veda la teoria di Scharpf, 1999.

<sup>212</sup> Si veda il Documento di lavoro dello staff della Commissione, pag. 3; si veda inoltre Loos, 2008.

<sup>213</sup> Si veda il Documento di lavoro dello staff della Commissione, pag. 3.

<sup>214</sup> Non si può escludere che la Commissione europea operi condizionamenti indiretti esprimendo commenti sull'attività di valutazione intrapresa; per esperienze analoghe relative alla valutazione del programma sulla politica dei consumatori, si veda Micklitz, *Yearbook of Consumer Law 2008* (eds.), Twigg-Flesner/Parry/Howells/Nordhausen, 2007, pag. 35.

<sup>215</sup> Ho citato queste due direttive a titolo esemplificativo essendo stato coinvolto in prima persona e per vari versi in entrambi i progetti. L'istituto a cui appartengo ha predisposto il primo studio di fattibilità relativo a una direttiva europea sulle pratiche commerciali leali, disponibile sulla homepage della DG Sanco [http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies\\_reports\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies_reports_en.htm). Per quanto riguarda la direttiva sul credito al consumo, ho collaborato alla preparazione della valutazione d'impatto: Micklitz/Rott, *Broad economic analysis of the impact of the proposed Directive on consumer credit*, rapporto commissionato dalla Civic Consulting per conto del Parlamento europeo nell'ambito del contratto quadro EP-IMCO (Commissione per il Mercato Interno e la Protezione dei Consumatori del Parlamento Europeo) Lot 4, disponibile su Internet all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704\\_consumercredit\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704_consumercredit_en.pdf).

armonizzazione mirata, il ruolo del Parlamento europeo è stato considerevolmente diverso per le due direttive. Si è lasciato coinvolgere soltanto nella direttiva sul credito al consumo, mentre non ha bloccato la Commissione europea nel suo approccio sulle pratiche commerciali sleali, limitandosi a snellire la proposta della Commissione senza apportare modifiche sostanziali.

Tuttavia, non è possibile fondare un'intera teoria sull'analisi di soli due atti legislativi europei. È facile immaginare strategie alternative. Gli Stati membri si avvalgono spesso del processo legislativo europeo come foro per trattare problematiche ritenute irrisolvibili nel contesto nazionale. Una volta raggiunto il livello comunitario, gli Stati membri si trovano privi dell'opportunità d'influenzare il processo legislativo come vorrebbero. Occorre quindi un quadro molto più chiaro del processo di legiferazione, soprattutto per quei settori in cui la materia è altamente tecnica e complessa come, ad esempio, nel campo delle telecomunicazioni e dell'energia.

(2) A quanto pare, non esiste alcuna procedura standard per l'emanazione di normative non vincolanti o semi-vincolanti nell'ambito del "nuovo approccio", della procedura Lamfalussy, del MCA, della coregolamentazione e dell'autoregolamentazione. Se questa conclusione è ovvia per quanto riguarda l'autoregolamentazione, una procedura standard potrebbe teoricamente esistere per quegli ambiti in cui è coinvolta, in un modo o nell'altro, la Commissione europea. Ciò è tanto più vero in quanto le normative che vengono elaborate con uno di questi nuovi strumenti normativi hanno un carattere "giuridico", nel senso che sono inquadrate in una sorta di cornice normativa comunitaria vincolante. L'attività normativa, anche nella nuova forma che ha assunto, presenta una dimensione sociale. I punti chiave, visti da una prospettiva democratica, in base alla quale si richiede legittimità, responsabilità e trasparenza, sono (1) l'accesso da parte del pubblico o dei suoi rappresentanti al processo normativo e (2) la partecipazione del pubblico o dei suoi rappresentanti al processo normativo.

Una caratteristica comune a tutte le nuove forme di normazione è quella di non attribuire uno status giuridico formale a detti rappresentanti. Il deficit democratico appare evidente. Già la "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" ha sollevato molte discussioni circa l'opportunità o meno di coinvolgere giuridicamente, e in quale misura, le associazioni di consumatori nel processo di normalizzazione<sup>216</sup>. Attualmente, l'ANEC si è assunta il ruolo di coordinare le proposte dei consumatori senza tuttavia vedersi assegnare alcuno status giuridico formale. Anche la "direttiva servizi" nel sottolineare l'importanza della normalizzazione dei servizi, cita persino le associazioni dei consumatori, senza tuttavia trarne conclusioni circa i loro diritti di partecipazione in qualsivoglia forma. La prima bozza del regolamento n. 2006/2004 prevedeva la possibilità che gli interlocutori interessati venissero ascoltati alle udienze del comitato di cooperazione per la tutela dei consumatori. Questo diritto, però, non è sopravvissuto ai negoziati conclusivi in sede di Consiglio<sup>217</sup>.

La procedura Lamfalussy coinvolge i governi e gli enti nazionali di regolamentazione nel processo legislativo, senza però affrontare il ruolo e la funzione dei rappresentanti (anche detti stakeholders). Questo compito è stato demandato ad appositi comitati istituiti nel settore dei servizi d'investimento e assicurativi, il CESR (*Committee of European Securities Regulators*; N.d.T.: organismo di coordinamento tra le autorità di vigilanza sui mercati finanziari dei Paesi UE) e l'ERGEG (*European Regulators Groups for Electricity and Gas*; N.d.T.: organismo di coordinamento tra le autorità europee di regolamentazione per l'energia elettrica e il gas). Il primo ha costituito un organo denominato *Market Participants Consultative Panel*, che ha una funzione consultiva e comprende rappresentanti dei diversi settori del mondo economico. Questi ultimi vengono selezionati e designati dalla Commissione europea. Il Comitato sceglie da sé i rappresentanti più idonei. Gli investitori privati o le loro organizzazioni non sono considerati come operatori del mercato.

---

<sup>216</sup> Si veda Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier, 1988 e, più in particolare Micklitz, in Joerges, 1989, pagg. 182-205.

<sup>217</sup> Si veda [www.european.consumerlawgroup.org](http://www.european.consumerlawgroup.org), commenti relativi al regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori, ECLG 134/2004.

Nel 2004, l'ERGEG ha pubblicato le *Public Guidelines on ERGEG's Consultation Practices*. Il paragrafo 4 afferma che le autorità di regolamentazione consulteranno, ove opportuno, tutte le parti interessate, compresi i produttori, gli operatori di rete, i fornitori e i consumatori, a seconda dei casi. Tuttavia, l'ERGEG non ha istituito alcun organo consultivo formale. Malgrado la completezza del linguaggio, l'effetto pratico di queste linee guida resta limitato. In definitiva, esse ricordano la "normale" procedura di consultazione che la Commissione europea avvia ogni qualvolta intende intraprendere un intervento.

Sebbene dall'analisi della legislazione scritta (law in the books) si evinca con chiarezza una determinata visione del modo in cui queste normative devono essere elaborate, si conosce poco la legislazione a livello operativo (law in action)<sup>218</sup>. La governance vorrebbe che le nuove procedure di regolamentazione prevedessero anche un maggiore coinvolgimento degli stakeholder, in modo da conferire nuove forme di legittimità a queste normative. Tuttavia, elaborare una teoria sulla governance è un conto, mentre sperimentare il concetto teorico nella realtà è un'altra cosa.

Dall'analisi del ruolo delle associazioni di consumatori nel campo della normalizzazione non emergono spunti promettenti. Le rappresentanze dei comitati per la tutela dei consumatori presso gli organismi nazionali di normalizzazione e/o presso l'ANEC hanno accompagnato l'elaborazione di una serie di norme tecniche<sup>219</sup>. Grazie alla loro partecipazione attiva, l'accordo tra CEN e ANEC ha prodotto risultati tangibili. Le rappresentanze dei consumatori hanno avuto accesso alla documentazione pertinente; possono inoltre avanzare proposte e fornire pareri scientifici. I verbali delle sedute di lavoro e delle riunioni non sono disponibili al pubblico. La consultazione rimane riservata. Tuttavia, è difficile dire se e in quale misura la voce dei consumatori sia stata presa in considerazione in seno ai comitati tecnici competenti. L'eventuale grado di soddisfazione dei consumatori rispetto alle norme del caso diventa chiaro soltanto una volta che la norma è stata adottata e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale o resa accessibile attraverso gli organismi nazionali di normalizzazione. Il punto, allora, è capire in quale misura queste conclusioni siano generalizzabili.

#### **4.3. Vecchi e nuovi strumenti legislativi: norme imperative, norme dispositive e legislazione di diritto privato**

(1) Per dare forma al diritto privato visibile, la Commissione europea non si affida più in via esclusiva ai tradizionali atti giuridici, come regolamenti, direttive e raccomandazioni. Come è ben noto, la Commissione europea è stata ed è ancora piuttosto innovativa nel tratteggiare strumenti particolari adatti alle esigenze dei diversi comparti del diritto, soprattutto per quanto attiene alla regolamentazione dei servizi<sup>220</sup>.

(2) La "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" fu originariamente concepita per armonizzare le norme tecniche e rendere superflua la regolamentazione obbligatoria sulla sicurezza dei prodotti. Se da un lato questo progetto non ha avuto successo, in quanto si rivelò necessario, politicamente, adottare una direttiva sulla sicurezza dei prodotti soltanto sei anni più tardi (la direttiva 92/59/CE<sup>221</sup>, abrogata e sostituita nel 2001 dalla direttiva 2001/95/CE<sup>222</sup>), dall'altro lato questo stesso progetto è stato gradualmente esteso ai servizi e potrebbe essere esteso anche ai prodotti alimentari e cosmetici (senza che vi sia la necessaria preparazione a controbilanciare l'estensione della portata del "nuovo approccio" tramite l'allargamento ai servizi del campo di applicazione della direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti). Nel contesto di questa disamina, il fenomeno più straordinario è il ruolo crescente degli organismi di normalizzazione nella definizione di

---

<sup>218</sup> Esiste un'eccezione, l'MCA: si veda Zeitlin, in Zeitlin/Pochet (eds.), 2005; Smismans, 2006.

<sup>219</sup> Si veda il capitolo IV, II, 3 per alcuni riferimenti concreti.

<sup>220</sup> Per una trattazione più ampia delle varie strategie, si veda Cafaggi (ed.), 2006.

<sup>221</sup> GU L 228 dell'11.8.1992, pag. 24.

<sup>222</sup> GU L 11 del 15.1.2002, pag. 4.



diritti e obblighi formalmente non vincolanti in determinate tipologie di contratti, nei rapporti B2B e B2C.

Il metodo di coordinamento aperto (MCA) è legato alla politica sociale e al diritto del lavoro. La Commissione europea non ha mai avuto intenzione di estendere la portata dell'MCA al diritto privato europeo, in particolare al progetto di codificazione previsto, sebbene la dottrina giuridica suggerisse di sperimentarne l'applicabilità nel campo della produzione del diritto privato, specialmente con riferimento all'ambizioso progetto di codificazione<sup>223</sup>. Esiste una certa analogia tra il ruolo e la funzione dell'MCA nella politica sociale e l'eventuale regolamentazione del diritto privato tradizionale. In entrambi i campi, la Comunità europea non ha competenze. Ciò è palese nel settore della politica sociale; lo è di meno, pur essendo un fatto comunemente accettato, nel campo del diritto tradizionale dei contratti. La Comunità possiede forse le competenze per adottare normative rivolte alla tutela dei consumatori, ai mercati regolamentati, alle pratiche commerciali, alla salute e alla sicurezza, vale a dire per regolamentare i confini del diritto privato comunitario – il diritto privato visibile –, ma non per rimpiazzare il diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali con un Codice civile europeo<sup>224</sup>. Ci si potrebbe chiedere se e in quale misura la discussione politica sul DCFR accrescerà l'importanza del metodo di coordinamento aperto nel progetto di codificazione.

La Commissione europea ha promosso e sta ancora promuovendo tiepidamente l'autoregolamentazione e la coregolamentazione nel diritto dei contratti<sup>225</sup>, nella disciplina delle pratiche commerciali sleali<sup>226</sup> e nel settore dei diritti di proprietà intellettuale<sup>227</sup>. Se da un lato l'iniziativa della Commissione europea non ha avuto un esito positivo nell'elaborazione di condizioni generali di contratto – la Commissione ha espressamente abbandonato l'idea –, dall'altro ha riportato un maggior successo nella disciplina delle pratiche commerciali sleali e, parzialmente, in quella dei diritti di proprietà. In un primo momento, la Commissione europea ha tentato e sperato di coniugare le norme imperative con le norme volontarie nella disciplina delle pratiche commerciali sleali: i codici deontologici di condotta dovevano diventare parte integrante del contesto normativo e si credeva che dovessero contribuire alla definizione di pratiche commerciali leali e non ingannevoli. Questi tentativi, però, non sono mai sfociati in una proposta pienamente matura e "integrata". La versione codificata della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali si limita a valutare se e a quali condizioni i codici di condotta possano essere sanciti dalle disposizioni giuridiche della direttiva stessa<sup>228</sup>. La direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione, invece, promuove attivamente i codici di condotta dei titolari dei diritti per quanto riguarda l'accesso alle opere protette dal diritto d'autore e la loro corretta fruizione<sup>229</sup>.

(3) Anche la natura giuridica del Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR) è ambigua. Quali sono le conseguenze giuridiche di un accordo interistituzionale tra la Commissione europea e il Parlamento europeo volto ad utilizzare gli "strumenti" sviluppati dal DCFR nel futuro processo di legiferazione? Le parti contraenti avranno facoltà di scegliere il DCFR come 28° ordinamento giuridico in forza della Convenzione di Roma?<sup>230</sup> Gli Stati membri sono restii, ma non escludono del tutto questa opportunità. Cosa accade se le parti contraenti si accordano volontariamente per stipulare

---

<sup>223</sup> Cafaggi, in Cafaggi (ed.), 2003, pag. 183; van Gerven, in Furrer (Hrsg.), 2006, pag. 437; Cafaggi, documento di lavoro n° 2007/26 dell'Istituto Universitario Europeo.

<sup>224</sup> Si vedano i numerosi scritti di Weatherill, in Cafaggi (ed.), 2006, pag. 37; tuttavia, Basedow, 1996, pag. 1169, si dice favorevole all'utilizzo dell'articolo 308 come base giuridica.

<sup>225</sup> Collins, 2004, pag. 787. Nel frattempo, la Commissione europea ha abbandonato l'idea di formulare condizioni generali di contratto con il coinvolgimento degli stakeholder.

<sup>226</sup> Collins, in Collins (ed.), 2004, pag. 8.

<sup>227</sup> Direttiva 2001/29/CE, GU L 167 del 22.6.2001, pag. 10.

<sup>228</sup> Articolo 6 b) della direttiva 2005/29/CE; si veda Howells, in Howells/Micklitz/Wilhelmsson, 2006, pag. 195.

<sup>229</sup> Si veda l'articolo 6 (4) della direttiva 2001/29/CE.

<sup>230</sup> Su questa problematica, si veda Muir Watt/Sefton-Green, 2009.

un contratto sulla base del DCFR? I diritti e gli obblighi sanciti nel DCFR sono soggetti a controllo giurisdizionale? In caso affermativo, quale deve essere il parametro di valutazione? Un esempio potrebbe chiarire la rilevanza di questo punto. Il DCFR non ammette che il consumatore possa recedere in qualunque momento (senza limiti di tempo) da un contratto di vendita a domicilio in caso di mancata informazione in merito al diritto di recesso<sup>231</sup>. Ciò va contro la sentenza *Heininger*<sup>232</sup>. Sarebbe dunque possibile rivolgersi alla giurisprudenza esistente quale metro di valutazione del DCFR?

(4) Tutti questi nuovi strumenti normativi sono di primaria importanza nel diritto privato europeo visibile. In tal senso, il diritto privato visibile offre un terreno fertile sul quale verificare la teoria secondo cui la linea di confine tra la regolamentazione tradizionale ad opera del legislatore e i nuovi strumenti normativi diventa sempre più indistinta<sup>233</sup>. È per questa ragione che il tema di questa ricerca è fondamentale per il dibattito sull'interazione tra le forme tradizionali di regolamentazione secondo il paradigma del mercato interno e secondo quello della governance. Il punto non è soltanto quello di trovare quali siano gli strumenti normativi appropriati e in quale contesto, da chi debbano essere elaborati e a quale dei molteplici livelli che caratterizzano la struttura della Comunità europea, ma anche quello, in un contesto più teorico, di capire quale debba essere il ruolo del diritto (e dello stato di diritto) in un panorama giuridico che sta mutando.

Sino ad ora le ricerche, a meno che non fossero legate a particolari comparti del diritto europeo o alla trasferibilità dei nuovi strumenti ad altri ambiti (tra cui il progetto di codificazione), si sono concentrate sulle implicazioni costituzionali della nuova governance oppure, in modo più pertinente al tema in questione, sul quadro istituzionale allargato del diritto privato europeo. La prima tipologia di ricerche considera specificamente il ruolo del diritto e lo stato di diritto<sup>234</sup> e la comitologia come mezzi per costituzionalizzare la Comunità europea, in favore quindi di un quadro normativo basato sulla trasparenza, la responsabilità e la partecipazione<sup>235</sup>. La seconda analizza attentamente fino a che punto i nuovi dispositivi giuridici incidono sul diritto privato<sup>236</sup>.

(5) Lasciando da parte il metodo di coordinamento aperto, vorrei argomentare che tutti i nuovi dispositivi normativi, finora impiegati e sperimentati nel diritto privato visibile, sono fondati sul concetto di regolamentazione che sta alla base della "nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione" Questo vale anche per il progetto europeo di codificazione, vale a dire il modo in cui è stato elaborato il DCFR<sup>237</sup>. I nuovi strumenti legislativi seguono un percorso identico: la Comunità europea emana atti giuridicamente vincolanti sotto forma di direttive contenenti clausole generali<sup>238</sup> che vengono successivamente convertite in norme tecniche, regole programmatiche, codici di condotta. Le nuove norme scaturiscono da un processo legislativo de-politicizzato in cui tende a scomparire il controllo giurisdizionale. Il ruolo della Commissione europea ne risulta rafforzato a scapito del Parlamento europeo. Il tutto può produrre effetti di quasi-prevalenza sul diritto interno degli Stati membri, persino in quei settori per i quali questi ultimi mantengono le loro competenze in virtù del Trattato.

Questa è la ragione per cui la grandissima maggioranza dei nuovi strumenti in questione ha almeno i seguenti elementi in comune:

---

<sup>231</sup> Si veda Terryn, *The Right of Withdrawal*, in Schulze (ed.), 2008, pag. 145.

<sup>232</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13.12.2001, causa C-481/99, *Heininger*, Racc. 2001, pag. ECR I-9945.

<sup>233</sup> Per una disamina più approfondita, si veda Calliess/Zumbansen, 2009.

<sup>234</sup> Si veda de Búrca/Scott (eds.), 2006; de Búrca, 2003, pag. 814; Walker, 2005, pag. 581.

<sup>235</sup> Joerges, 2000, pagg. 145-161; stesso autore, 2002, pagg. 133-151.

<sup>236</sup> Cafaggi (ed.), 2006; Cafaggi/Muir Watt (eds.), 2008; stessi autori, 2009.

<sup>237</sup> Per quanto riguarda il diritto privato europeo, si veda Micklitz, 2007, pagg. 2-15, versione aggiornata in inglese, in *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law Beyond the National Systems* (eds.), 2007, pagg. 699-728.

<sup>238</sup> Per quanto riguarda in particolare il ruolo delle disposizioni generali di diritto nella loro accezione più ampia, si veda Cafaggi, documento di lavoro n° 2007/26 dell'Istituto Universitario Europeo, pagg. 10 e 18; Grundmann/Mazaud, 2006.

- (1) essi vengono, in un modo o nell'altro, sottoposti a una supervisione pubblica, esercitata dalla Commissione europea e/o dagli Stati membri tramite organismi pubblici o pressoché tali oppure tramite enti privati che ricevono mandato dalla Commissione europea e/o dagli Stati membri; ciò significa che tutti questi strumenti rientrano nella categoria della coregolamentazione;
- (2) l'autoregolamentazione in senso stretto non è considerata come uno strumento normativo, per lo meno non dalla Commissione europea, fautrice dello sviluppo del diritto privato europeo visibile;
- (3) i nuovi strumenti devono fare i conti con la procedura multi-livello dell'UE; devono destreggiarsi con la gerarchia del sistema giuridico europeo fondato sul primato del diritto comunitario;
- (4) la qualità giuridica di queste norme, elaborate, nell'ambito di un quadro normativo vincolante, da ogni sorta di nuovi soggetti istituzionali, rimane spesso oscura (ad esempio, cosa accade se le nuove norme si discostano dai principi generali inderogabili? Cosa accade se le nuove norme confliggono con le disposizioni del diritto interno che non sono state ancora armonizzate? ecc).

#### **4.4. Vecchie e nuove modalità di applicazione del diritto**

(1) La Comunità europea si basa sul concetto di *Vollzugs-Föderalismus* con riferimento al *public enforcement* ed alla competenza esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda il *private enforcement*<sup>239</sup>.

Nel tempo, la Commissione europea ha compensato questa mancanza di competenza normativa mutuandola invece dalle tematiche nelle quali sono state elaborate norme europee comuni. Queste norme sono spesso accompagnate da solenni ed imponenti requisiti in capo agli Stati membri per quanto attiene le modalità con le quali deve essere organizzato ed effettuato l'*enforcement*. Nelle questioni di diritto privato, gli Stati membri sono liberi di scegliere fra *private* e *public enforcement* purché i meccanismi di applicazione stabiliti e consolidati siano efficaci, deterrenti e proporzionati. Ove esistono agenzie nazionali, la struttura multi-livello della Comunità europea comporta la necessità di creare strutture di coordinamento che portano *de facto* e *de jure* ad un ruolo rafforzato della Commissione europea<sup>240</sup>.

Il secondo protagonista in tema di ridefinizione dei confini costituzionali, con particolare riferimento al *private enforcement*, è la Corte di Giustizia europea. Finora i meccanismi incompleti di *enforcement* sono stati parzialmente compensati dall'attivismo giudiziario in tema di "diritti, rimedi giuridici e procedure", parafrasando un rilevante studio di van Gerven.<sup>241</sup> Pertanto la competenza degli Stati membri in materia di *private enforcement* è sempre più limitata. Questo deriva dal fatto che, piuttosto spesso, i rimedi giuridici e le procedure degli Stati membri non sono sufficienti a garantire l'efficace tutela giuridica richiesta in conformità al diritto comunitario primario<sup>242</sup> e derivato secondario.<sup>243</sup> Il

---

<sup>239</sup> Si veda in proposito Cafaggi/Micklitz, 2008, pag. 391.

<sup>240</sup> Si veda la panoramica contenuta in Micklitz, Documento di lavoro dell'Istituto Universitario Europeo (IUE) 2008/06.

<sup>241</sup> 2000, pag. 501.

<sup>242</sup> Il *private enforcement* del diritto comunitario ha una forte connotazione in tema di diritti dell'uomo, in quanto la CGE utilizza la Convenzione sui Diritti dell'Uomo quale punto di riferimento per il rafforzamento dei diritti individuali applicabili.

<sup>243</sup> Si veda Rott, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts Studie im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, 2006, disponibile sulla homepage <http://www.ble.de/download/pdf/04HS033.pdf>.

crescente intervento della CGE nell'autonomia procedurale nazionale<sup>244</sup> accresce l'esigenza di chiarire quali misure di *enforcement* dovranno essere adottate, a quale livello e da quale entità. Ciò significa che le questioni relative al *private enforcement* chiamano necessariamente in causa la dimensione federale dell'Unione europea e le modalità con le quali essa dovrebbe essere gestita.<sup>245</sup>

(2) L'attuale quadro istituzionale in tema di *enforcement* può ancora essere interpretato e compreso quale interazione fra *private enforcement* giudiziario ed *enforcement* amministrativo, laddove gli Stati membri beneficiano del margine di manovra lasciato loro sulla base della dottrina del *Vollzugs-Föderalismus*.<sup>246</sup> Tuttavia, il possibile modello di applicazione del diritto comunitario, quale promosso dalle politiche della Commissione europea, sembra essere primariamente guidato dall'*enforcement* decentrato tramite agenzie pubbliche nazionali con competenze residue concesse alla Commissione europea stessa. Questo modello, che è stato creato (o è ancora in fase di creazione) sui mercati regolamentati, è stato ora esteso alla disciplina dei contratti con il consumatore<sup>247</sup>. Ciò implica uno spostamento di paradigma dall'*enforcement* giudiziario a quello amministrativo. Il risultato immediato è una vera e propria svolta nella scelta degli strumenti di *enforcement*, una svolta che trova il suo precedente nella "comitologia" o "procedura dei comitati", quale sviluppata nell'ambito della Nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normazione, e successivamente estesa a vari comparti del diritto comunitario, in particolare ai mercati regolamentati. Nella disciplina dei contratti con il consumatore, l'*hard enforcement* tramite i tribunali potrebbe essere sostituito dal *soft enforcement* tramite nuove forme di "governance", attraverso una cooperazione in materia di *enforcement* fra le agenzie pubbliche nazionali, la Commissione europea e – in una certa misura – le parti interessate. Il *soft enforcement* cerca di trovare soluzioni conciliatorie.

Ciò non significa che la Commissione europea intenda sostituire il *private enforcement* con quello amministrativo – non avrebbe comunque la competenza per farlo. Tuttavia, l'interrelazione fra i due tipi di *enforcement* diventa sempre più complessa. Se il *private enforcement* e quello amministrativo coesistono l'uno accanto all'altro, deve essere riequilibrata l'interfaccia fra i due, con particolare riferimento al *private enforcement* collettivo. Tanto più che gli Stati membri diventano più attivi con riferimento alla definizione di rimedi giuridici collettivi di *enforcement* giudiziario.<sup>248</sup> Il diritto della concorrenza potrebbe diventare un'importante banco di prova per i legislatori nazionali ed europei. A seguito della sua strategia di *enforcement* decentrato, la Commissione europea sembra favorire meccanismi di *private enforcement*, da parte dei singoli – imprese e consumatori – e presumibilmente anche da parte di organizzazioni commerciali e di associazioni dei consumatori.<sup>249</sup> Pertanto l'*enforcement* amministrativo tramite agenzie nazionali di cartello e tramite la Commissione europea dovrebbe essere riallineato al *private enforcement* giudiziario collettivo ed individuale. La situazione è meno chiara con riferimento all'applicazione della normativa visibile in tema di tutela dei consumatori ove le strategie di *enforcement* differiscono notevolmente nei vari Stati membri. Alcuni si affidano all'*enforcement* amministrativo tramite agenzie, altri affidano l'*enforcement* alle organizzazioni commerciali ed alle associazioni dei consumatori. Il recente attivismo normativo degli Stati membri ha rafforzato e continua a rafforzare i meccanismi collettivi di risarcimento, non soltanto tramite le

---

<sup>244</sup> Si veda Craig, 2006, pag. 789; Tridimas, 2006, pag. 418; Dougan, 2004.

<sup>245</sup> Si veda ora Lindholm, 2007.

<sup>246</sup> Si veda Cafaggi/Micklitz, 2008, pag. 391.

<sup>247</sup> Si veda il regolamento 2006/2004/CE sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, GU L 364 del 9.12.2006, 1; si veda inoltre Kaye, in Howells/Nordhausen/Parry/Twigg-Flesner, 2006, pag. 417.

<sup>248</sup> Con riferimento agli Stati membri si veda: An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other than Redress through Ordinary Judicial Proceedings – Rapporto finale, studio per la Commissione europea, (qui di seguito definito Rapporto Stuyck), disponibile su [http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports\\_studies/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm) nonché Micklitz/Stadler, 2005 e Ch. Hodges, 2008.

<sup>249</sup> Con riferimento al diritto della concorrenza, si veda il Libro Verde in materia di Azione di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM (2005) 19.12.2005, 672 definitivo ed ora il Libro Bianco in materia di Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM (2008) 165 definitivo.

organizzazioni commerciali e le associazioni dei consumatori, ma anche tramite le agenzie pubbliche. In questa fase, la Commissione europea non sembra preparata ad intervenire nella regolamentazione del *collective enforcement* giudiziario, per lo meno non andando oltre il rimedio giuridico del provvedimento o del decreto ingiuntivo. Finora ha assunto un ruolo di retroguardia, annunciando semplicemente di voler mettere alla prova la fattibilità dell'ipotesi di elaborare norme giuridiche appropriate a livello comunitario.<sup>250</sup> Per il momento queste iniziative si limitano a commissionare vari studi, ponendo in particolare l'accento sul potenziale impatto economico dei piani di risarcimento collettivo<sup>251</sup> ed a varare un dibattito su varie opzioni politiche.<sup>252</sup>

(3) Tuttavia, vi è un'ulteriore dimensione dell'applicazione del diritto che merita di essere esaminata più attentamente e che va oltre la distinzione e/o l'unificazione del giudiziario e dell'esecutivo, vale a dire fino a che punto le entità competenti in materia di *enforcement* – siano esse tribunali o agenzie pubbliche – cooperano al di fuori dei ristretti ambiti giuridici<sup>253</sup> (orizzontalmente fra loro a livello nazionale e, verticalmente, nel loro complesso, a livello comunitario sotto l'egida della Commissione europea).<sup>254</sup>

Nell'articolo "The Politics of Judicial Co-operation",<sup>255</sup> ho elaborato la tesi per cui, nelle *preliminary reference procedures* - vale a dire il rinvio pregiudiziale di una questione di diritto comunitario alla CGE da parte dei tribunali nazionali - i tribunali europei si battono per un'interpretazione orizzontale delle norme europee, mentre i tribunali nazionali ricercano un parere di tipo verticale al fine di risolvere un caso concreto. Ne risulta un divario ed una sfasatura di comunicazione fra i tribunali europei e quelli nazionali. Questo mette in risalto la necessità di ricercare modalità e mezzi atti a migliorare la comunicazione fra i tribunali e di creare un sistema di cooperazione, che consenta un migliore processo decisionale. Ne potrebbe derivare una forma sempre più forte di "governance" giudiziaria.<sup>256</sup>

Ho messo alla prova la mia ipotesi con riferimento all'interazione fra il meccanismo di legiferazione comunitario e quello degli Stati membri ed in una certa misura con riferimento alla cooperazione amministrativa, con risultati analoghi.<sup>257</sup> La Commissione europea ha definito e continua a definire i programmi di azione nel settore della politica del consumo, al fine di fare quanto necessario e praticabile per migliorare il ruolo del consumatore in seno al mercato interno. Pertanto trascura in larga misura le esigenze degli Stati membri, per lo meno di quegli Stati membri che hanno elaborato i propri programmi di politica del consumo. A quanto mi risulta non sono disponibili prove empiriche in merito alla cooperazione fra autorità nazionali e Commissione europea nell'applicazione del diritto privato europeo visibile. Si può presumere che difficoltà di comunicazione della stessa natura possano esistere. Per questa ragione, non sembra forzato sostenere che in una Comunità europea multi-livello si

---

<sup>250</sup> COM (2007) 99 definitivo, 13.3.2007.

<sup>251</sup> Studio commissionato dalla DG Sanco sull'efficacia e l'efficienza delle azioni di risarcimento e dei rimedi giuridici collettivi [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf) e studio commissionato dalla DG Sanco sui problemi affrontati dai consumatori al fine di ottenere il risarcimento del danno in caso di violazioni della normativa che tutela i consumatori, e conseguenze economiche di tali problematiche [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf)

<sup>252</sup> Libro Verde in materia di risarcimento e rimedi giuridici collettivi a disposizione dei consumatori, Bruxelles, 27.11.2008, COM (2008)794 definitivo.

<sup>253</sup> Potocki, in *Liber Amicorum pour Bo Vestendorf*, préf. de José Luis Da Cruz Vilaça; études coordonnées par Baudenbacher, 2007, pag. 141.

<sup>254</sup> Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria sulle materie civili, si veda Storme (ed.), 2003; Storskrubb, EUI PhD Thesis, 2007.

<sup>255</sup> Micklitz, 2005.

<sup>256</sup> Si veda Frerichs, 2008.

<sup>257</sup> Micklitz, 2007, pagg. 35-66.

rendono necessarie, con urgenza, nuove forme di cooperazione fra tribunali ed altresì fra autorità pubbliche.<sup>258</sup>

## 5. **Strutturazione dell'interazione tra il diritto privato europeo e quello nazionale – considerazioni preliminari su un sistema di coordinamento flessibile**

Nel complesso l'idea è quella di conciliare la "mano visibile" e la "giustizia sociale" in una prospettiva riformulata e rivista di conflitto tra norme.<sup>259</sup> Il "mercato interno" che ho in mente dovrebbe essere un sistema di coordinamento di diverse mani visibili, capace di combinare aspetti di efficienza ed aspetti di giustizia materiale, non semplicemente distribuendo competenze fra Comunità europea, stati membri (ed attori privati), , bensì delimitandole.

### 5.1. *I diversi insiemi di norme del diritto privato (dei contratti)*

La presente analisi mira a richiamare la fondamentale differenza fra il diritto privato visibile ed i principi dell'*acquis*, da un lato, e fra i PECL (i principi del diritto contrattuale europeo) e la DCFR (Proposta di Quadro Comune di Riferimento), dall'altro. I primi costituiscono una legislazione vincolante, adottata dalla Comunità europea ed attuata dagli stati Membri. Qualsiasi "generalizzazione" dell'*acquis* (sia esso l'*acquis* relativo ai consumatori o quello della mano visibile) genera l'esigenza di capire fino a che punto le "norme" trovate esistono già o se la loro portata vada ben oltre l'*acquis*.<sup>260</sup> Diventa altrettanto chiaro che l'impostazione basata sulla mano visibile è più vasta con riferimento alla tematica analizzata e alle fonti del diritto da considerare.

In questa fase, non si intende definire la relazione fra i diversi livelli ed i diversi *corpus* di legge, forse con un'unica eccezione. La Proposta di Quadro Comune di Riferimento (DCFR) o i Principi Acquis sono entrambi concepiti come *corpus coerenti* di norme giuridiche – che potrebbero almeno teoricamente sostituire gli ordinamenti nazionali di diritto privato. Tuttavia sia la DCFR che i Principi Acquis possono ben servire ad altri scopi. Possono essere presi in considerazione quando si deve interpretare il diritto nazionale e/o possono guidare l'elaborazione delle *soft rules*, ovvero delle norme giuridiche di natura non vincolante e non impositiva, nell'ambito del quadro co-normativo. Entrambi gli insiemi di norme possono prendere strade autonome, strade che possono andare ben oltre lo scopo per il quale le norme sono state elaborate.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Per un insieme di proposte in tal senso, si veda Cafaggi/Micklitz in Cafaggi/Micklitz (eds.), 2009.

<sup>259</sup> In questa direzione, si veda Furrer, 2001; Joerges, 2005, pag. 149.

<sup>260</sup> Per una più attenta analisi dei Principi Acquis, si veda Jansen/Zimmermann, 2007, pag. 1113 = ModLRev 2008, 505

<sup>261</sup> Si veda Reich, Why Contract Law in Regulated Markets is not Part of the Debate – or “Self-regulation” redivivus, relazione presentata all'Istituto Universitario Europeo (IUE) il 31 gennaio 2008.

*La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa*

	Diritto privato visibile	Principi Acquis	PECL	DCFR
Livello europeo	(Acquis comunitario) Diritto dei contratti, diritto degli atti illeciti, efficace tutela giuridica	(Gruppo acquis) Disciplina dei contratti con il consumatore, diritto anti-discriminatorio	(gruppo di studio) Diritto delle obbligazioni, diritto dei contratti	(fusione dei Principi Acquis e dei PECL)
Stato membro	Diritto privato nazionale per lo più al di fuori delle codificazioni del diritto civile e della <i>common law</i>	Sia le parti del codice civile o quelle codificate separatamente	Il fulcro della codificazione del diritto civile ortodosso e della <i>common law</i>	Ruolo e funzione: <i>corpus</i> di leggi volto a "sostituire" gli ordinamenti giuridici nazionali e/o i mezzi di interpretazione degli ordinamenti nazionali di diritto privato?
Autoregolamentazione / coregolamentazione / standardizzazione	Coregolamentazione e standardizzazione concettualmente integrate nel diritto privato visibile		Prese in considerazione in una certa misura <sup>262</sup>	

## 5.2. Sostanza del "nuovo" diritto

L'esame dei cinque comparti che costituiscono la parte principale del diritto privato europeo visibile fornisce una prima idea delle questioni che devono essere approfondite.

Diritto privato europeo in materia normativa	La 'nuova' sostanza
L'anti-discriminazione nel diritto privato	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Nuovi valori</li> <li>➤ Equità di accesso al mercato</li> <li>➤ Libertà di contrarre ed obbligo di contrarre</li> <li>➤ Dimensione dei diritti dell'uomo nel diritto privato</li> <li>➤ Applicabilità delle norme anti-discriminazione</li> </ul>
Mercati regolamentati <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Servizi finanziari</li> <li>➤ Energia</li> <li>➤ Trasporti</li> <li>➤ Telecomunicazioni</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Nuovi principi</li> <li>➤ Facoltà di accesso ed accessibilità economica</li> <li>➤ Buone prassi</li> <li>➤ Proceduralizzazione dei conflitti nei <i>relational contracts</i> (disconnessione e pagamento tardivo)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Pratiche commerciali</li> <li>➤ Diritti di proprietà intellettuale</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Consumatore medio e consumatore vulnerabile</li> <li>➤ Obblighi pre- e post-contrattuali (informativa)</li> <li>➤ Minore importanza del momento esatto nel</li> </ul>

<sup>262</sup> Si veda, ad esempio, Service Contracts (PEL SC) Barendrecht/Jansen/Loos/Pinna/Rui Cascao/van Gulijk, 2007.

Diritto privato europeo in materia normativa	La 'nuova' sostanza
	quale si conclude il contratto ➤ oltre il principio della <i>privity</i> nelle relazioni contrattuali
➤ Diritto privato della concorrenza ➤ Aiuti di stato ➤ Appalti pubblici	➤ Definizione del contratto tramite concorrenza e regolamentazione ➤ Elementi della concorrenza: diritto ed obbligo di annullamento dei contratti illegali ➤ Effetti giuridici sui contratti trilaterali ➤ Principio del <i>pacta sunt servanda</i> e tutela della riservatezza ( <i>Vertrauensschutz</i> )
➤ Sicurezza del prodotto ➤ Sicurezza alimentare ➤ Regolamentazione di (altri) servizi	➤ Elaborazione del diritto dei contratti tramite la definizione di norme tecniche ➤ Mancanza di un diritto dei contratti armonizzato ➤ Funzione compensatoria e risarcitoria del diritto in tema di responsabilità civile e di responsabilità del produttore

### 5.3. Associazione di vecchi e nuovi strumenti normativi

La Tabella che segue illustra che cosa intendo con l'espressione "stabilire un sistema flessibile. Non esiste un approccio universalmente valido. I diversi strumenti normativi devono essere definiti a seconda del contesto al quale si applicano. Quale punto di partenza ho utilizzato i sette "principi/dispositivi/parametri" che rivendico di aver individuato nel diritto privato europeo visibile. Si rende necessaria un'ulteriore precisazione ed avvertenza: questo primo esame si concentra soltanto su cosa debba essere deciso ed a quale livello. Dato che il nuovo orientamento strutturale intende affrontare il diritto privato in quanto tale, resta da verificare – in una fase successiva - quali norme debbano essere rese vincolanti e quali debbano restare *default rules*, ovvero norme dispositive. Tuttavia, parto dal presupposto che siano necessarie norme vincolanti al fine di garantire un livello minimo di transazioni, non soltanto quelle business-to-consumer (b2c), ma probabilmente anche – in una certa misura – quelle business-to business (b2b).

Alcune osservazioni in merito alle diverse impostazioni possono spiegare qual è l'obiettivo, quali sono le opzioni attuali ed in che misura esse sono realizzabili.

*Piena armonizzazione*- La principale difficoltà che si incontra a tale riguardo è che essa impedisce agli Stati membri di deviare dai requisiti imposti dal diritto comunitario.<sup>263</sup> I dibattiti più recenti intorno alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali e alla direttiva sul credito al consumo hanno dimostrato che gli Stati membri guardano con sempre maggiore attenzione a quei settori dove concordano sulla piena armonizzazione e quelli dove invece c'è disaccordo. Probabilmente ciò spiega l'utilizzo del neologismo 'armonizzazione mirata'. Tale questione può essere presa in considerazione con

<sup>263</sup> Con riferimento alla responsabilità del produttore, si veda Sengayen, in Yearbook of Consumer Law 2008 (eds.), Twigg-Flesner/Parry/Howells/Nordhausen, 2007, pag. 447. Ora la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM(2008) 614 definitivo) definirà l'agenda; si veda Micklitz/Reich, 2009.



particolare riferimento agli obblighi d'informazione,<sup>264</sup> anche se può essere difficile decidere quali essi siano. Grundmann<sup>265</sup> considera i diritti di annullamento e recesso quale parte integrante del paradigma informativo. Concordo in quanto questi diritti hanno una forte ottica di mercato. Rafforzano il paragone dei prezzi e, in ultima analisi, la concorrenza. Possono essere soggetti alla piena armonizzazione mirata finché fanno riferimento a specifici obblighi in tema di informazione ed ai tecnicismi dei diritti di recesso.<sup>266</sup> Tuttavia, la piena armonizzazione non dovrebbe essere estesa alle clausole generali in tema di equità, buona fede ed istituti analoghi, al fine di lasciare agli Stati membri il necessario margine di valutazione e discrezionalità.

*Armonizzazione minima* - Questa è l'impostazione finora utilizzata nella maggior parte delle direttive in tema di diritto dei contratti. La Commissione europea intende modificare la sua politica dall'armonizzazione minima a quella massima, il che costituisce il fulcro della battaglia sul pluralismo giuridico. Ritengo che l'armonizzazione minima abbia un ruolo cruciale da svolgere laddove rilevano i diversi concetti di giustizia – giustizia distributiva vs. equità/*Zugangsgerechtigkeit*. Sono queste le questioni che riguardano la sostanza del contratto. In questo caso, le norme comunitarie dovrebbero fornire margine di manovra al fine di consentire agli Stati membri di definire standard e norme che vadano oltre l'equità/*Zugangsgerechtigkeit*. Anche in questo caso non vi è una chiara e netta linea di demarcazione fra equità e giustizia sociale; i concetti possono essere meglio compresi su una scala che va da "minore" giustizia a "maggiore" giustizia.<sup>267</sup>

*Combinare armonizzazione massima/minima e il principio del paese d'origine* - La Commissione sembra ritenere che sia suo dovere abbinare la massima armonizzazione al principio del paese d'origine. Il problema sembra essere che gli Stati membri non vogliono accettare processo legislativo comunitario casuale, vale a dire che, ad esempio, il campo dell'armonizzazione mirata potrebbe essere individuabile, senza che lo sia il settore nel quale si applica il principio del paese di origine.

L'altra variante, quella che collega l'armonizzazione minima al principio del paese di origine, non si è mai conquistata l'attenzione delle sedi politiche. L'opzione è stata esaminata e discussa durante la fase preparatoria della direttiva sulle pratiche commerciali sleali<sup>268</sup> Una tale variante avrebbe il vantaggio di incoraggiare la concorrenza fra ordinamenti giuridici nazionali – oltre la soglia minima. I candidati principali e più accreditati sono gli obblighi d'informazione nella misura in cui non sono del tutto armonizzati.

*Conflitto tra norme giuridiche*: nel diritto degli atti illeciti, il Libro VI del DCFR è in concorrenza con i Principi del diritto europeo in tema di responsabilità civile (PETL), pubblicati nel 2005 ed elaborati da un gruppo di giuristi specializzati nel diritto degli atti illeciti, riuniti nell'European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL)<sup>269</sup>. La direttiva 85/374/CEE<sup>270</sup> sulla responsabilità del produttore ha un'importanza pratica limitata nonostante la sua diffusa accettazione a livello mondiale<sup>271</sup>. Nel settore dei servizi, mancano completamente norme europee<sup>272</sup>. E' questo il motivo per cui il diritto nazionale in tema di atti illeciti resta ancora la fonte principale di richieste di risarcimento.

A causa della politica di privatizzazione europea (i mercati ora regolamentati) e della politica di liberalizzazione europea (nel settore dei servizi), che si concentrano sulla creazione di mercati

---

<sup>264</sup> Against Maximum Harmonisation under a Law and Economics Analysis, Cafaggi, Documento di lavoro dell'Istituto Universitario Europeo (IUE) 2007/26, pag. 10.

<sup>265</sup> Grundmann/Kerber/Weatherill (eds.) 2001, pag. 3.

<sup>266</sup> Si veda Micklitz/Reich, 2009.

<sup>267</sup> Si vedano Wilhelmsson, 2004, pagg. 712-723; Stuyck, in Krämer/Micklitz/Tonner (Hrsg.), 1997, pag. 279.

<sup>268</sup> Henning-Bodewig, 2001, pag. 771.

<sup>269</sup> European Group of Tort Law (eds.), 2005.

<sup>270</sup> GU L 210, 7.8.1985, 29.

<sup>271</sup> Reimann, 2003, pag. 128.

<sup>272</sup> Magnus/Micklitz, 2006.

competitivi e si astengono dal definire le relazioni contrattuali, le norme nazionali in tema di responsabilità hanno acquistato importanza. In questo senso, il diritto privato nazionale viene rafforzato tramite le politiche di privatizzazione e liberalizzazione europee. Le vertenze e richieste in tema di responsabilità transfrontaliera dovranno essere risolte sulla base del regolamento "Roma II"<sup>273</sup>. Nonostante le prevedibili debolezze nella pratica, il regolamento "Roma II" promuove le diverse culture europee.

*Il principio del paese d'origine* – Questo principio è il mezzo adatto per affrontare i diversi standard di qualità del prodotto. Il caso *Medien Vertrieb*<sup>274</sup> affronta la questione della possibilità o meno che i fumetti giapponesi – esaminati in base all'eventualità che rappresentino o meno un pericolo per i giovani del Regno Unito – possano essere distribuiti tramite vendite a distanza in Germania senza aver ricevuto la rispettiva certificazione da parte delle autorità tedesche. La questione riguarda l'eventualità che il divieto di distribuzione sia giustificato o meno ai sensi della legislazione tedesca (*Marktortregel*). L'AG Mengozzi rifiuta l'applicazione del principio del paese d'origine e lascia discrezionalità alla Germania di decidere se i fumetti siano o meno pericolosi per i giovani. Pertanto difende un'impostazione federale che rovescia il principio del paese d'origine.

*Concorrenza fra ordinamenti giuridici* – Ci si potrebbe chiedere se il diritto delle obbligazioni possa restare/diventare uno dei settori primari della concorrenza fra ordinamenti giuridici. Tuttavia, anche in questo caso, il diritto comunitario è già intervenuto, con specifico riferimento ai contratti conclusi via Internet (direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico). Tuttavia, può altresì verificarsi concorrenza nell'interpretazione del diritto comunitario primario che produce effetti sul diritto privato e del diritto privato comunitario derivato. *Johnston/Unberath*<sup>275</sup> lascia intendere che vi sia una sorta di scontro fra un approccio di mercato alla tutela dei consumatori con riferimento alle quattro libertà ed un'impostazione più protezionistica con riferimento alle diverse direttive sulla disciplina dei contratti con il consumatore. Resta da vedere se una tale distinzione serva ad un'impostazione federalista, nella quale gli Stati membri mantengono le loro competenze per una maggiore tutela dei loro consumatori e forse anche dei loro cittadini.

Già oggi esiste il fenomeno della concorrenza fra ordinamenti giuridici con riferimento all'accessibilità del sistema giuridico. Esso è largamente documentato dall'Euro-barometro che dimostra come alcuni cittadini nutrano più fiducia negli ordinamenti giuridici stranieri che non nei loro.<sup>276</sup> A tale riguardo, costituisce un buon esempio anche la prassi dei tribunali inglesi di consentire alle associazioni commerciali di intraprendere azioni preventive e cautelari nei confronti del Ministero responsabile del recepimento della rispettiva direttiva comunitaria, la cui legittimità e legalità è messa in discussione in quanto viola principi fondamentali del diritto comunitario primario.<sup>277</sup> La concorrenza sarebbe ulteriormente potenziata abbinando l'armonizzazione minima al principio del paese d'origine.

*Autoregolamentazione, coregolamentazione e standardizzazione* – Le iniziative normative adottate dalla Commissione europea al fine di rafforzare l'autoregolamentazione e la coregolamentazione nei

---

<sup>273</sup> GU L 149, 11.6.2005, 22.

<sup>274</sup> AG Mengozzi, 13.9. 2007, Caso C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG*; si veda inoltre la relativa annotazione Reich, 2007, pag. 715, quale confermata dalla CGE il 14.2.2008 alle pagine 36-52. Tuttavia, l'opinione della CGE contraria all'AG Mengozzi non riguardava il divieto in quanto intesa di vendita che restava al di fuori del campo di applicazione dell'art. 28 del TE.

<sup>275</sup> Unberath/Johnston, 2007, pag. 1237.

<sup>276</sup> Si vedano i riferimenti in Wilhelmsson, 2004, p. 317; l'attuale Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, COM(2008) 614 definitivo, e l'Eurobarometro di ottobre 2008 pagg. 23, 97,98, 104, 106, 109 che conferma una tale interpretazione,

[http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/eurobar\\_298\\_report\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/eurobar_298_report_final_en.pdf)

<sup>277</sup> Corte di giustizia, causa C-344/04, *IATA ed ELFAA v. Ministero dei Trasporti*, Racc. 2006, pag. I-403; si veda Reich 2006, pag. 120 e Varney, in *Yearbook of Consumer Law* 2008, 2007, pag. 171, al 178-182.

settori più tradizionali del diritto privato europeo hanno per lo più fallito. La Commissione europea intendeva regolamentare le pratiche commerciali sleali tramite un *mix* di armonizzazione tradizionale e coregolamentazione.<sup>278</sup> Tuttavia, col tempo, la coregolamentazione è scomparsa dall'agenda normativa. Lo stesso dicasi per quanto riguarda il progetto europeo di codificazione. La Commissione europea voleva attribuire un ruolo di primo piano all'elaborazione di condizioni standard da parte delle parti interessate. Questo progetto è stato abbandonato, prima ancora di essere effettivamente varato per motivi che non sono mai stati resi noti.

La situazione può essere diversa nel settore dei servizi, con particolare riferimento ai servizi regolamentati, quali telecomunicazioni, energia e trasporti. In questo caso le agenzie pubbliche nazionali e la Commissione europea sono impegnate nell'elaborare norme giuridiche di natura non vincolante e non impositiva. Lo stesso vale con riferimento ai contratti nel settore dei servizi, dove gli Organismi responsabili della definizione delle norme e degli standard europei e nazionali sono ora coinvolti in virtù di un mandato loro attribuito nella "direttiva servizi".

Piena armonizzazione	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Norme in materia di informativa precontrattuale con riferimento ai contratti di vendita "off premises" ed a distanza, a condizione che siano comprensibili e disponibili nelle rispettive lingue</li> <li>➤ Trasparenza della concorrenza e dei contratti</li> <li>➤ Aspetti tecnici dei diritti di annullamento cancellazione/rescissione/risoluzione</li> </ul>
Associazione della piena armonizzazione e del principio del paese d'origine	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ ?</li> </ul>
Armonizzazione minima	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Campo d'applicazione (<i>sedes personae</i>)</li> <li>➤ Controllo giudiziario/amministrativo dei termini contrattuali (standardizzati)</li> <li>➤ Rimedi giuridici</li> </ul>
Associazione di armonizzazione e principio del paese d'origine	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Norme in materia di informativa precontrattuale nella misura in cui non del tutto armonizzate</li> <li>➤ Diritti di annullamento/rescissione/risoluzione nella misura in cui non del tutto armonizzati</li> </ul>
Conflitto di norme giuridiche	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Diritto degli atti illeciti</li> <li>➤ Responsabilità del produttore</li> </ul>
Principio del paese d'origine	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Qualità del prodotto (non sicurezza del prodotto)</li> <li>➤ Standard di produzione (tutela del lavoro?)</li> </ul>
Concorrenza fra ordinamenti giuridici	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Diritto delle obbligazioni</li> <li>➤ Tutela giuridica (rimedi giuridici,</li> </ul>

<sup>278</sup> Si veda Münchener Kommentar/UWG-Micklitz, EG E, 2006, Rn 10 ss.

	accessibilità dei tribunali) ➤ Nella misura in cui l'armonizzazione minima viene associata al principio del paese d'origine
Autoregolamentazione, coregolamentazione, codici di condotta, standardizzazione	➤ Condizioni generali di contratto ➤ Contratti generali standard ➤ Contratti nel settore dei servizi

#### 5.4. Nuovi processi legislativi/normativi

L'analisi dei nuovi processi legislativi e normativi è essenzialmente un problema empirico, non essendo stata condotta pressoché alcuna ricerca in questo campo, ad eccezione di quella sul metodo di coordinamento aperto<sup>279</sup>. Una dimensione importante è certamente rappresentata dalla governance, poiché i nuovi processi legislativi e normativi si stanno sviluppando al di fuori delle procedure giuridiche, attraverso modalità semi-costituzionali, semi-amministrative o completamente auto-organizzate.

La procedura legislativa sviluppata dalla Commissione europea può fungere da metro di valutazione nell'analisi di questi nuovi processi, mentre il metro globale della legittimità, trasparenza e responsabilità deve essere concretizzato e sperimentato nella pratica vigente. Occorre fare particolare attenzione all'accesso alla documentazione e alla partecipazione alla procedura di legiferazione/normazione.

#### 5.5. Diritti, risarcimento e rimedi giuridici, procedura ed enforcement

(1) La prospettiva si concentra sulla modalità attraverso la quale il diritto privato comunitario contiene diritti che devono essere adeguatamente applicati, tramite rimedi giuridici appropriati con una procedura efficace da parte di privati, entità collettive o agenzie pubbliche.

Il diritto comunitario non contiene un diritto procedurale compiuto e maturo che affronti il tema dei diritti, della procedura e dei rimedi giuridici. Quest'assenza fa da sfondo alla dottrina dell'autonomia degli Stati membri nel campo del diritto procedurale. Tuttavia la CGE ha sviluppato due potenti strumenti, sulla base del diritto comunitario primario, con riferimento ai diritti dell'uomo: il principio dell'effettività ed il principio dell'equivalenza. Essi sono applicabili non soltanto alla "procedura", ma altresì ai "rimedi giuridici". Essi servono a ridurre costantemente l'autonomia degli Stati membri in un settore di giurisprudenza sempre crescente. La leva che serve ad azionare i principi dell'effettività e dell'equivalenza è il detentore di diritti applicabili quali derivati dal diritto comunitario primario e derivato.

L'interazione fra norme nazionali e comunitarie in materia di diritti, rimedi giuridici e procedura acquista sempre più importanza sia con riferimento alla procedura che ai rimedi giuridici. Uno dei principali esempi per dimostrare la forza della dottrina dell'efficienza nel campo della "procedura" è il caso *Claro*<sup>280</sup> nel quale la CGE ha sostenuto che i tribunali degli Stati membri debbano esercitare il controllo sui termini contrattuali *ex officio*. Per quanto riguarda i "rimedi giuridici", fra i vari esempi ricordiamo i casi *Courage*<sup>281</sup> e *Manfredi*,<sup>282</sup> che affrontano entrambi il tema del *private enforcement* nel diritto della concorrenza.

<sup>279</sup> Zeitlin, in Zeitlin/Pochet (eds.), 2005; Smismans, 2006.

<sup>280</sup> Corte di giustizia, causa C-168/05, Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL, Racc. 2006, pag. I-10421.

<sup>281</sup> Corte di giustizia, causa C-453/99, Racc. 2001, pag. I-7079.

Reich ha definito l'interazione fra diritto procedurale nazionale (ivi compresi i rimedi giuridici) e il crescente diritto procedurale comunitario "ibridazione",<sup>283</sup> al fine di chiarire che nessuno dei due ordinamenti giuridici può starsene da solo in autonomia senza avere contatti con l'altro. Pertanto l'ibridazione è una "impostazione federalista bicefala", ove sia l'Unione europea che i rispettivi Stati membri hanno responsabilità costituzionali. Nonostante fondamentali differenze – il sistema giuridico degli Stati Uniti prevede un diritto procedurale compiuto e maturo sia a livello federale che a livello statale – la ricerca comparata fra il sistema comunitario e quello degli Stati Uniti in relazione a diritti, procedura e rimedi giuridici fornisce utili indicazioni in merito alle modalità attraverso le quali la struttura 'federale' può essere plasmata con riferimento ad una efficace tutela giuridica.<sup>284</sup>

Si possono ritrovare elementi di ibridazione anche nel campo dell'*enforcement* amministrativo, ove le numerose direttive che affrontano, in particolare, la tematica della privatizzazione degli ex-monopoli di Stato stabiliscono precedenti in merito ai modi in cui devono essere plasmate le autorità pubbliche<sup>285</sup>. Queste iniziative si sono estese anche alla sicurezza dei consumatori, con la direttiva 92/59/CE successivamente abrogata e sostituita dalla direttiva 2001/95/CE<sup>286</sup>. I meccanismi in essa sviluppati in tema di interazione fra *enforcement* amministrativo nazionale e comunitario sono serviti da punto di partenza per l'adozione del regolamento 765/2008<sup>287</sup> sulla vigilanza del mercato che si applica ai prodotti – principalmente tecnici – al di fuori dei mercati regolamentati, dove invece sono state impiegate strutture amministrative più specifiche. La filosofia normativa di base riflette una politica comune europea: gli Stati membri sono spinti a creare autorità nazionali di *enforcement* appropriate, competenti e ben attrezzate.<sup>288</sup> Essa si applica ora anche al diritto privato.

### **Ibridazione dell'approccio federalista bicefalo**

	Stato membro	Livello comunitario
Diritti		<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Diritto derivato</li> <li>➤ Interessi della CGE in materia di diritti</li> </ul>
Rimedi giuridici	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Competenza degli Stati membri</li> <li>➤ Tuttavia la CE ha i suoi rimedi giuridici</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Principio di efficienza e di equivalenza</li> <li>➤ Rimedi giuridici connessi al settore o alla tematica</li> </ul>
Procedura	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Autonomia procedurale degli Stati membri</li> <li>➤ seppure in calo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Principio di efficienza e di equivalenza</li> <li>➤ Rimedi giuridici connessi al settore o alla tematica</li> </ul>

(Contd.) \_\_\_\_\_

<sup>282</sup> Corte di giustizia, causa C-295/04 et al, Racc. 2006, pag. I-6619; si veda in proposito Bulst, ZEuP 2008, 178.

<sup>283</sup> 2007, pag. 705.

<sup>284</sup> Si veda Lindholm, 2007, oltre a Reich, in fase di pubblicazione in Festschrift Brüggemeier e Cafaggi/Micklitz Introduction in Cafaggi/Micklitz (eds.), New Frontiers, 2009.

<sup>285</sup> Con riferimento al settore energetico, Cameron (ed.), 2007.

<sup>286</sup> In riferimento alla direttiva 2001/95/CE, di ampio respiro, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, si veda Micklitz, §§ 25, 27, in Reich/Micklitz, 2003 e regolamento 2006/2004/CE, GU L 364 del 9.12.2006; ora Cafaggi, Documento di lavoro dell'Istituto Universitario europeo (IUE) 2008/17.

<sup>287</sup> GU L 218 del 13.8.2008, pag. 30.

<sup>288</sup> Art. 18 (4), gli Stati membri dovranno dotare le autorità di supervisione e controllo del mercato di poteri, risorse e competenze necessarie al corretto espletamento dei loro compiti.

(2) Si registrano effetti analoghi con riferimento alla distinzione fra *enforcement* giudiziario ed amministrativo. Il diritto privato europeo visibile è caratterizzato dall'avvicinamento (e dall'unione) dell'*enforcement* amministrativo e di quello giudiziario, tramite un crescente *collective enforcement* giudiziario. Più la Comunità europea interviene nei vari campi del diritto privato europeo, più la competenza si sposta dagli Stati membri al livello comunitario. Ciò non vuol dire che l'*enforcement* sia centralizzato a livello comunitario sebbene, nel suo terzo pacchetto di riforme in tema di telecomunicazioni<sup>289</sup> e di mercati energetici<sup>290</sup>, la Commissione europea sostenga con vigore la necessità di creare vere strutture di *enforcement* a livello europeo nei settori rimanenti. Ciò che può rivelarsi ancora più importante è il passaggio dall'*enforcement* giudiziario a quello amministrativo. Questo implica un'esigenza ancor più forte di coordinamento dell'*enforcement* amministrativo tramite nuovi modelli di *governance*.

	Stato membro	Livello comunitario
<i>Enforcement</i> individuale	Nazionale	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Sforzi volti a ricercare una soluzione extra-giudiziale</li> <li>➤ Gestione delle richieste e dei reclami, risoluzione alternative delle controversie, richieste e reclami di piccola entità</li> <li>➤ Richieste di risarcimento in tema di normativa che regola i cartelli fra imprese?</li> </ul>
<i>Enforcement</i> collettivo	Vasta gamma di leggi nazionali con riferimento a: <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ tematica (branca del diritto);</li> <li>➤ <i>locus standi</i> (privati, organizzazioni e/o amministrazioni);</li> <li>➤ tipo di azione collettiva (rappresentativa, azione di gruppo, <i>class action</i>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Azione ingiuntiva</li> <li>➤ Richieste di risarcimento collettivo nel settore della normativa considerata che regola i cartelli fra imprese</li> <li>➤ Richieste di risarcimento collettivo nel settore della normativa considerata in materia di tutela dei consumatori</li> <li>➤ Elemento transfrontaliero?</li> </ul>
<i>Enforcement</i> amministrativo	Permane la sovranità dello Stato membro	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Pressioni per creare autorità pubbliche indipendenti, non soltanto nei mercati regolamentati, ma anche nella disciplina dei contratti con il consumatore</li> <li>➤ Impatto sulla scelta di rimedi giuridici e procedura appropriati</li> <li>➤ Cooperazione transfrontaliera regolamento 2006/2004</li> </ul>

(3) E' nella cooperazione orizzontale e verticale fra le autorità degli Stati membri e la Commissione europea, o fra i tribunali degli Stati membri e la Corte di Giustizia europea, che i cambiamenti derivanti dall'avvento di nuove forme di *governance* sono più ovvi. I cambiamenti assumono due

<sup>289</sup> COM (2007) 697 e 698 definitivo, 13.11.2007.

<sup>290</sup> COM (2007) 528 e 529 definitivo, 19.9.2007.

forme: (1) possono verificarsi tramite forme legislative di nuova *governance* (un processo iniziato con la procedura dei comitati -la cosiddetta comitatologia- e che ha portato a forme sempre nuove di regolamentazione comunitaria che coordinano le attività di *enforcement* da parte delle agenzie degli Stati membri); oppure (2) possono verificarsi al di fuori del quadro legislativo tramite modalità di cooperazione, laddove il Trattato europeo e la legislazione derivata non sono di ausilio. Ciò si applica in particolare al settore dell'*enforcement* giudiziario, ove giudici e tribunali stanno creando la loro infrastruttura.<sup>291</sup>

Anche se queste nuove forme di *governance* nel settore giudiziario ed amministrativo, tanto quelle create formalmente che quanto quelle che operano informalmente, forniscono ampia prova del nuovo quadro costituzionale della Comunità europea, sono almeno due le questioni che devono essere attentamente valutate. Sembra esservi convergenza sul fatto che i nuovi modelli di *governance* debbano soddisfare i requisiti di *trasparenza*, *accountability* e *partecipazione*. Questi requisiti hanno una dimensione descrittiva, ma anche una dimensione normativa, che ci riporta alle questioni della legittimità e del ruolo del diritto (e dello stato di diritto) nella *governance*. Pertanto il fulcro della questione è capire se sia necessario un quadro normativo per garantire il rispetto di questi tre requisiti della *governance*, o se il loro rispetto possa essere garantito senza un tale quadro normativo<sup>292</sup>. La seconda serie di questioni più complicate è strutturalmente insita nei nuovi modelli di *governance*, indipendentemente dalla forma che assumono. Quasi automaticamente la *governance* implica la costituzione di “cartelli”, nel senso che coloro che vi partecipano accrescono le loro conoscenze ed esperienze tramite la cooperazione e lo scambio. Tuttavia, che cosa accadrebbe se, tramite la cooperazione informale, giudici, regolatori o accademici determinassero alcune modalità di applicazione del diritto, concordassero sulle definizioni ed i concetti fondamentali o decidessero sui vari casi? Qualora sussista un tale rischio, come potrebbe essere superato? Sono necessarie nuove strutture equilibranti e quale potrebbe essere il ruolo delle parti interessate?

### Vecchie e nuove forme di governance

	<i>Enforcement</i> giudiziario	<i>Enforcement</i> amministrativo
Cooperazione orizzontale a livello di Stati membri	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Nessuna struttura formale</li> <li>➤ ma scambio crescente di esperienze fra tribunali e giudici vincolato alle tematiche ed alla gerarchia</li> <li>➤ Archivi dati sulle sentenze nazionali</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Nessuna struttura formale di cooperazione al semplice livello di Stati membri</li> <li>➤ Cooperazione transfrontaliera a livello regionale?</li> </ul>
Cooperazione verticale fra tribunali/agenzie degli Stati membri e Commissione europea / tribunali europei	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Formalmente tramite la <i>preliminary reference procedure</i></li> <li>➤ Informalmente tramite lo scambio fra giudici nazionali ed europei</li> </ul>	Nuove modalità (legislative) di <i>governance</i> nei mercati regolamentati <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Procedura dei comitati</li> <li>➤ Procedura Lamfalussy</li> <li>➤ Agenzie europee vincolate al mercato volte a rafforzare la</li> </ul>

<sup>291</sup> Si veda M. Taruffo, *Harmonizing Civil Litigation in Europe?* in Cafaggi/Muir-Watt (eds.) *Making European Private Law, Governance Design*, 2008, pag. 46; la Commissione europea sta rafforzando la cooperazione, la formazione e l'istruzione sulle questioni di diritto privato, si veda la Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio sulla formazione dei giudici, dei procuratori e del personale giudiziario nell'Unione europea GU C 299, 22.11.2008, 1 nonché la Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio sulla creazione di una Rete per la cooperazione legislativa fra i Ministri della Giustizia dell'Unione europea, GU C 326, 20.12.2008, 1.

<sup>292</sup> Con riferimento al Metodo di Coordinamento Aperto, si vedano i risultati in un certo senso ambigui: più positivo Zeitlin, in Zeitlin/Pochet (eds.), 2005; più critico Smismans, 2006.

	<i>Enforcement</i> giudiziario	<i>Enforcement</i> amministrativo
		cooperazione fra organismi nazionali di regolamentazione Nuove modalità (legislative) di <i>governance</i> nel diritto dei contratti <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Decreto ingiuntivo</li> <li>➤ quale mezzo per promuovere la cooper. transfrontaliera</li> </ul> Cooperazione informale al di fuori delle modalità di <i>governance</i> stabilite formalmente <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ dipendenti dai settori e dalle tematiche</li> </ul>
Accesso e partecipazione delle parti interessate	Nell'ambito della <i>preliminary reference procedure</i> che dipende per lo più <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ dall'eventualità che possano rivolgersi direttamente alla CGE;</li> <li>➤ dalla disponibilità del <i>locus standi</i> nazionale ove ciò non sia possibile</li> </ul> Nell'ambito della cooperazione informale <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ fra giudici</li> <li>➤ fra tribunali</li> </ul>	Nell'ambito delle modalità stabilite di nuova <i>governance</i> che dipendono <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ dall'eventualità che accesso e partecipazione siano giuridicamente previsti</li> <li>➤ o dall'eventualità che accesso e partecipazione siano concessi <i>senza status</i> giuridico</li> </ul> Al di fuori delle modalità stabilite di nuova <i>governance</i> che dipendono dalla <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ preparazione e prontezza degli organismi di regolamentazione</li> </ul>

## 6. Conclusioni

Il presente contributo parte da una duplice premessa teorica: 1) il diritto privato europeo visibile va inteso come un processo di trasformazione che sposta l'ago della bilancia dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione; 2) questo processo è il risultato dell'interazione tra l'economicizzazione del diritto privato attraverso il mercato interno e la politicizzazione del diritto privato attraverso la creazione di nuove forme di *governance*. In tedesco, questo passaggio prende il nome di "*Funktionswandel des Privatrechts*"<sup>293</sup>. La trasformazione funzionale del diritto privato è sempre stata intesa come un fenomeno derivante dai cambiamenti strutturali che si sono verificati nel sistema politico-economico durante il corso del XX secolo. Questo medesimo processo ha avuto e sta tuttora avendo luogo a livello europeo, sebbene con un'incidenza molto più forte sull'utilizzo del diritto privato come strumento legislativo per formare il mercato interno e promuovere l'integrazione europea.

Il primo passo per verificare o confutare questa ipotesi consiste nell'analizzare le diverse branche di quello che ho denominato il diritto privato europeo "visibile". Questa operazione non è possibile se ci si limita ad analizzare la documentazione, i testi e le sentenze. Occorre molto di più per capire fino a che punto il diritto privato europeo visibile incide: (1) sull'essenza del diritto privato; (2) sui nuovi strumenti normativi prescelti; (3) su come vengono elaborate le norme, da parte di chi e in base a quali requisiti procedurali; (4) e infine su come viene applicato il diritto privato visibile e da parte di quali soggetti. L'ipotesi richiede un'analisi empirica e una disamina della legislazione contestualizzata mediante studi di casi e metodi di ricerca qualitativa.

<sup>293</sup> Si veda in particolare *Funktionswandel des Privatrechts*, Festschrift für Ludwig Raiser, 1974.



Il secondo passo consiste poi nel verificare se le diverse branche del diritto privato europeo visibile siano rette dagli stessi parametri/principi o se il processo di trasformazione del diritto privato non sia trainato da una filosofia comune che racchiude in sé la concorrenza e la regolamentazione. L'approccio che immagino richiama quello scelto dal Gruppo Acquis, ma senza limitarsi al diritto dei consumatori e al diritto antidiscriminatorio. Anzi, esso abbraccerebbe non soltanto il diritto privato visibile derivato, ma anche la giurisprudenza sviluppata per modellare la costituzione economica (mercato interno) e la costituzione politica (governance). Si tratta, in un certo qual modo, di una ricognizione orizzontale di norme sparse all'interno del diritto privato visibile in base ai seguenti quattro parametri analitici : (1) essenza del nuovo diritto; (2) vecchi e nuovi strumenti legislativi; (3) nuovi processi legislativi e normativi e infine, (4) *enforcement* giudiziario e amministrativo attraverso vecchie e nuove forme di governance.

L'ultimo passo consisterà quindi nel ridefinire il rapporto tra il corpus del diritto privato europeo visibile, i Principi Acquis, i PECL, il Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR) e il diritto privato degli ordinamenti giuridici nazionali. A questo punto, non mi resta che ribadire il mio credo:

"Il "mercato interno" (il sistema multi-livello dell'UE, la Costituzione politico-economia europea) che ho in mente può essere descritto come un sistema di coordinamento tra diverse mani visibili, che unisce gli aspetti dell'efficienza con quelli della giustizia materiale e che oltre a distribuire le competenze tra la Comunità europea, gli Stati membri (e i soggetti privati), le delimita".

## Bibliografia

- S. Arrowsmith, Public Procurement: Example of a Developed Field of National Remedies Established by Community Law, in H.-W. Micklitz/N. Reich (eds.), *Public Interest Litigation before European Courts*, 1996, p. 125.
- M. Bach, Entgrenzung und soziale Integration im neuen Europa. Über das Verschwinden von Gesellschaft im europäischen Integrationsprozess, in H.-P. Müller/R. Hettlage, *Die europäische Gesellschaft*, 2006, p. 174.
- A. Bakardjieva Engelbrekt, The impact of EU enlargement on private law governance in Central and Eastern Europe: the case of consumer protection in F. Cafaggi/H. Muir Watt, *Making European Private Law Governance Design*, 2008, 98.
- Ch. Baldus/F. Vogel, "Kompetitives Vertragsrecht": ein Harmonisierungsmodell, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2007, p. 158.
- F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (eds.), *Funktionswandel des Privatrechts*, Festschrift für Ludwig Raiser, 1974.
- Ch. v. Bar, Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference, *European Review of Contract Law*, Vol. 3 (2007) pp. 245-256.
- Ch. v. Bar (ed.), *Benevolent Intervention into Another's Affairs*, 2006.
- M. Barendrecht/Ch. Jansen/M. Loos/A. Pinna/R. Cascao/St. v. Gulijk, *Service Contracts (PEL SC)*, 2007.
- J. Basedow, Conflicts of Economic Regulation, *Am. J. Comp. L.* 42 (1994) 423.
- J. Basedow, A Common Contract Law for a Common Market, *Common Market Law Review* 33 (1996) p. 1169.
- J. Basedow, EC Regulation in European private law, in *Private Law in the International Arena*, Liber Amicorum Siehr, 2000, p. 17.
- J. Basedow/T. Fock (Hrsg.), *Europäisches Versicherungsrecht*, Band 1 und 2, 2002.
- F. Bauer/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, p. 517.
- J. Baquero-Cruz, The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement, *RSCAS Working Paper* 2007/13.
- H. Beale, The Future of the Common Frame of Reference, *European Review of Contract Law*, Vol. 3 (2007) pp. 245-256.
- S. Beljin, § 28 B. Rechtsprechung ("Leading cases"), in R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2006.
- G. Bellantuono/F. Boffa, *Energy Regulation and Consumers' Interest*, Final Report, available at <http://www.energyandconsumers.net/images/stories/finalReport/energyandconsumersfinalreportjuly2007.pdf>
- I. Benöhr/H.-W. Micklitz, Consumer law and human rights, in G. Howells/I. Ramsay/Th. Wilhelmsson (eds.), *Handbook of Consumer Law*, to be published in 2008.
- F. W. Bulst, Anmerkung zum Manfredi-Urteil des EuGH, *ZEuP* 2008, p. 178.

- G. de Búrca, The Constitutional Challenge of new governance in the European Union, 28 *European Law Review* 2003, p. 814.
- G. de Búrca/J. Scott (eds.), *Law and new governance in the EU and the US*, 2006, p. 3.
- M. Bussani/H. Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, *Columbia Journal of European Law* 3 (1996/97), p. 339.
- F. Cafaggi, Una governance per il diritto dei contratti, in F. Cafaggi (ed.), *Quale Armonizzazione per il Diritto Europea dei Contratti*, 2003, p. 183.
- F. Cafaggi (ed.) *The Institutional framework of European private law*, OUP, 2006.
- F. Cafaggi (ed.) *Reframing self-regulation in European private law*, 2006.
- F. Cafaggi, *Self-regulation in European Contract Law*, *EJLSt*, Volume 1, 2007.
- F. Cafaggi, *Which Governance for European Private Law*, *EUI Working Paper* 2007/26.
- F. Cafaggi, *Product Safety, Private Standard Setting and Information Networks* *EUI Working Paper* 2008/17.
- F. Cafaggi/H.-W. Micklitz, Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment, *European Review of Private Law* 2008, 391.
- F. Cafaggi/H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers in Consumer Protection – Combining Private and Public Enforcement*, forthcoming.
- F. Cafaggi/H. Muir Watt (eds.), *Making of European Private Law: Governance Design*, 2008.
- F. Cafaggi/H. Muir Watt (eds.), *The regulatory functions of European private law*, 2009 forthcoming.
- G.-P. Calliess/P. Zumbansen, *Rough Consensus, Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart publishing forthcoming.
- P. Cameron (ed.), *Legal Aspects of EU Energy Regulation, Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, 2<sup>nd</sup> edition, 2007.
- O. O. Cherednychenko, Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?, *Utrecht Law Review* 3 (2007) 1, available at [www.utrechtlawreview.org/](http://www.utrechtlawreview.org/)
- O. O. Cherednychenko, *Fundament Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of the Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, 2008.
- A. C. Ciachhi, The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice, *ECRL* 2006, p. 167.
- A. C. Ciachhi/G. Brüggemeier/G. Commandé (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Volume II, Comparative Analysis of Selected Case Patterns*, to be published by Cambridge University Press 2008.
- H. Collins, The Freedom to Circulate Documents: Regulating Contracts in Europe, (2004) 10 *European Law Journal*, p. 787.
- H. Collins, EC Regulation of Unfair Commercial Practices, in H. Collins (ed.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, 2004, p. 8.
- H. Collins, The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone, *ERCL* 2005, p. 213.
- P. Craig, *EU Administrative Law*, 2006, p. 789.

- M. Dawson, *The OMC and the European Economic Constitution*, working paper, 2007, PhD student EUI Florence.
- S. Deakin/J. Browne, *Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach*, in *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights, A legal Perspective*, 2003, p. 27.
- Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part of a revised version of the Principles of European Contract Law, edited by Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke and H. Beale/J. Herre/J. Huet/P. Schlechtriem/M. Storme/St. Swann/P. Varul/A. Veneziano/F. Zoll, 2008.
- M. Dougan, *National remedies before the European Court of Justice*, 2004.
- U. Drobnig (ed.), *Personal Security*, 2007.
- H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1995.
- H. Eidenmüller, F. Faust, H. Ch. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, JZ 2008, 529.
- Th. Eilmannsberger, *Consumer Welfare, Efficiencies, More Economic Approach – New Paradigms of European Competition Law*, paper presented at the Working Group Competition (EUI) on 11 December 2007.
- ERA Forum, *Scripta iuris europaei*, European Contract Law ERA Forum Special Issue, *Towards a Common Frame of Reference (CFR) European Insurance Contract Law and the CFR*, 2008.
- European Group of Tort Law (eds.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, 2005.
- J. Falke/A. Furrer, *Rechtsschutz in der europäischen Normung*, Manuscript 1999.
- G. Ferrarini, *Contract standards and the markets in the Financial Instruments Directive (MIFID). An assessment of the Lamfalussy Regulatory architecture*, *European Review of Contract Law* 1 (2005), p. 19.
- G. Ferrarini/F. Wymeersch, *Investor Protection in Europe, Corporate law making, the MIFID and beyond*, Oxford University Press, 2006, p. 235.
- E. M. Fink, *Post-realism, or the jurisprudential logic of late capitalism. A socio-legal analysis of the role and the diffusion of law and economics*, 55 *Hastings L.J.* (2004), p. 931.
- S. Frerichs, *Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft, Integration durch Recht jenseits des Staates*, 2008.
- A. Furrer, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, Das europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das Europäische Wirtschaftsrecht*, 2001.
- W. v. Gerven, *Of rights, remedies on procedure*, *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 501.
- W. v. Gerven, *Needed: A Method of Convergence for Private Law*, in A. Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, p. 437.
- S. Gijrath/J. Smits, *European Contract Law in View of Technical and Economic Regulation* in K. Boele-Woelki/A. W. Grosheide (eds.), *The Future of European Contract Law*, 2007, p. 53.
- L. Gormley, *Public Interest Litigation and State Subsidies*, in H.-W. Micklitz/N. Reich, *Public Interest Litigation before European Courts*, 1996, p. 159.

- St. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999.
- St. Grundmann, The Structure of European Contract Law, *European Review of Private Law* (9) (2001), p. 505.
- St. Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *Common Market Law Review* 39 (2002), p. 269.
- St. Grundmann, European Contract Law(s) of What Colour, *European Review of Contract Law*, 2005, p. 187.
- St. Grundmann, The Role of Competition in the European Codification Process in: H.-W. Micklitz/F. Cafaggi (eds.), *After the CFR – What Future for European Private Law?* forthcoming.
- St. Grundmann/W. Kerber/St. Weatherill, Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market – an Overview, in St. Grundmann/W. Kerber/St. Weatherill (eds.) *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001, p. 3.
- St. Grundmann/D. Mazaud, *General clauses and standards in European Contract Law*, 2006.
- St. Grundmann/J. Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002.
- W. Hallstein, *Europe in the Making*, 1972.
- H. Heiss, The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law, in: Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich 2008, 229.
- F. Henning-Bodewig, E-commerce und irreführende Werbung, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2001, p. 771.
- A. Héritier/S. Eckert, New modes of governance in the shadow of hierarchy: self-regulation by industry in Europe, *RSCAS* 2007/20.
- M. Hesselink, The Politics of a European Civil Code, *10 European Law Journal* 2004, pp. 694-697.
- M. Hesselink, A European legal science? On European private law and scientific method, to be published in the *ELJ* 2009.
- R. Hilty, Entwicklungsperspektiven des Schutzes geistigen Eigentums, in P. Behrens (Hrsg.), *Stand und Perspektiven des Schutzes geistigen Eigentums in Europa*, 2004, p. 139.
- Ch. Hodges, The reform of class and representative actions in European legal systems. A new framework for collective redress in Europe, 2008
- E. Hondius/V. Heutger/Ch. Jeloschek/H. Sivesand/A. Wiewiorowska (eds.), *Sales*, 2008.
- K. Hopt/H.-C. Voigt (Hrsg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformativhaftung*, 2005.
- G. Howells, Chapter 7, in G. Howells/H.-W. Micklitz/Th. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*, 2006, p. 195.
- G. Howells/A. Janssen/R. Schulze, *Information Rights and Obligations. A Challenge to Party Autonomy and Transactional Fairness*, 2005.
- N. Jansen/R. Zimmermann, Grundregeln des bestehenden Privatrechts? *Juristenzeitung* 2007, p. 1113.
- N. Jansen/R. Zimmermann, Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical examination of the 'Principles of the Existing EC Contract Law', *ModLRev* 2008, 505.
- Ch. Joerges, The Europeanisation of European Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines – An Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, *European Private Law Review*, 1995, p. 175.

- Ch. Joerges, Transnationale „deliberative Demokratie“ oder „deliberativer Supranationalismus“? Anm. zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei R. Schmalz-Bruns, 7 (2000) Zeitschrift für Internationale Beziehungen pp. 145-161.
- Ch. Joerges, Deliberative Supranationalism – Two Defences, 8 (2002) ELJ, pp. 133-151.
- Ch. Joerges, The Challenges of Europeanisation in the European Private Law, Duke Journal of Comparative and International Law 24 (2005) p. 149.
- Ch. Joerges, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, ZERP-Diskussions-papier 1/2007.
- Ch. Joerges/M. Everson u.a., The European Turn to Governance and unanswered Questions of Legitimacy: Two Examples and Counterintuitive Suggestions, in Ch. Joerges/B. Strath/P. Wagner (Hrsg.), The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism, 2005, p. 159.
- Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, ZERP Schriftenreihe, Band 2, 1988.
- S. Kaye, Regulation EC 2006/2004 on Consumer Protection Co-operation in G. Howells/A. Nordhausen/D. Parry and Ch. Twigg-Flesner (eds.), The Yearbook of Consumer law 2007, 2006, p. 417.
- J. Keßler/H.-W. Micklitz, Anlegerschutz in Deutschland, Schweiz, Großbritannien, USA und der Europäischen Gemeinschaft, VIEW Schriftenreihe, Band 15, 2004.
- J. Keßler/H.-W. Micklitz, Kundenschutz auf den liberalisierten Märkten für Telekommunikation, Energie und Verkehr – Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa, VIEW Schriftenreihe, Band 23, 24, 25, 2008.
- Ch. Kirchner, Europäisches Vertragsrecht, in L. Weyers (ed.), Europäisches Vertragsrecht, 1997, p. 103.
- T. Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Untersuchung auf dem deutschen Markt eingesetzter Lizenz- und Nutzungsbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen aus verbraucherrechtlicher Sicht, Studie im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband, 2006.
- M. Kumm, The Jurisprudence of Constitutional Conflict Constitutional Supremacy before and after the Constitutional Treaty, European Law Journal, 2005, p. 262.
- O. Lando, The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR), European Review of Contract Law, Vol. 3 (2007) pp. 245-256.
- E. Letowska/A. Wiewirowska-Domagalska, The Common Frame of Reference – The Perspective of a new Member State, European Review of Contract Law, Vol. 3 (2007), pp. 245-256.
- K. Lilleholt/A. Victorin/A. Fötschl/B.-E. R. Konov/A. Meidell/A. B. Torum (eds.), Lease of Goods, 2008.
- J. Lindholm, State Procedure and Union Rights, A Comparison of the European Union and the United States, phd. University of Umea, Sweden, 2007.
- M.B.M. Loos, Review of the European Consumer Acquis, 2008.
- M. Maduro, Europe and the Constitution: What if This is as Good as it Gets?, in J.H.H. Weiler/M. Wind (eds.) European Constitutionalism – Beyond the State, 2003, p. 74.
- U. Magnus/H.-W. Micklitz, Liability for the Safety of Services, 2006.
- Ch. Mak, Fundamental Rights in European Contract Law, A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, 2008

- P. Mankowski, Information and Formal Requirements in EC Private Law, *European Review of Private Law* 6 (2005) p. 779.
- M.-R. McGuire, Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, in Ulrich Ernst (Hrsg.), *Auf halbem Weg – Vertragsrecht und europäische Privatrechtsvereinheitlichung, Deutsch-Polnisch-Ukrainisches Seminar in Krakau*, 2007, p. 225.
- E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, 2007.
- E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, 2004.
- R. Michaels/N. Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, (54) *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 843.
- H.-W. Micklitz, Considerations Shaping Future Consumer Participation in European Product Safety Law, in Ch. Joerges (Hrsg.), *Workshop on Product Safety and Product Liability in the European Community*, *EUI-Working Paper*, San Domenico (FI), 1989, pp. 182-205.
- H.-W. Micklitz, *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, *JCP* 2004, pp. 339-356.
- H.-W. Micklitz, The concept of competitive contract law, *Penn State International Law Review*, *The Dickinson School of Law of the University of Pennsylvania* 23 (2005), pp. 549-586.
- H.-W. Micklitz, The Politics of Judicial-Co-operation in the EU – the Case of Sunday trading, *Equal Treatment and Good Faith*, 2005.
- H.-W. Micklitz, Chapter 2, in G. Howells/H.-W. Micklitz/Th. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, 2006, p. 40.
- H.-W. Micklitz, Der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherschutz-Acquis. Rechtspolitischer Überblick und Zukunftsperspektiven, in Wagner/Wedl, *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht*, *Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge*, 2007, pp. 293-323.
- H.-W. Micklitz, (Selbst-) Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation, *GPR* 2007, pp. 2-15.
- H.-W. Micklitz, (Selbst-) Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation, in Ernst (Hrsg.), *Auf halbem Weg, Vertragsrecht und Privatrechtsvereinheitlichung Deutsch-Polnisches-Ukrainisches Seminar in Krakau*, 2007, pp. 255-283.
- H.-W. Micklitz, *Service Standards: Defining the Core Consumer Elements and their Minimum Requirements*, Study Commissioned by ANEC, the European Voice in Standardisation, 2007 available at <http://www.anec.eu/attachments/ANEC-R&T-2006-SERV-004final.pdf>.
- H.-W. Micklitz, Review of Academic Approaches on the European Contract Law Codification Project, in *Liber Amicorum Guido Alpa Private Law Beyond the National Systems* (eds.), M. Andenas/S. Diaz Alabart/Sir B. Markesinis/H.-W. Micklitz/N. Pasquino, 2007, p. 699.
- H.-W. Micklitz, Some Considerations on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts, in K. Boele-Woelki/W. Grosheide (eds.), *The Future of European Contract Law*, 2007, pp. 387-410.
- H.-W. Micklitz, The Relationship between National and European Consumer Policy – Challenges and Perspectives, *Yearbook of Consumer Law 2008* (eds.), Ch. Twigg-Flesner/D. Parry/G. Howells/A. Nordhausen, 2007, p. 35.

- H.-W. Micklitz, The Relationship between National and European Consumer Policy – Challenges and Perspectives, *Yearbook of Consumer Law* 2008, 2007, pp. 35-66.
- H.-W. Micklitz, From Social Justice to Access Justice in Private Law: the European Challenge, *EUI Working Paper*, 2009 forthcoming.
- H.-W. Micklitz, Regulatory Strategies on Services Contracts in EC law, in F. Cafaggi/H. Muir Watt (eds.), *The regulatory function of European private law*, to be published 2009.
- H.-W. Micklitz, The Service Directive – The making of consumer contract law via standardisation, the example of the Service Directive, in *Festschrift für G. Brüggemeier*, to be published 2009.
- H.-W. Micklitz/F. Cafaggi (eds.), *After the CFR – What Future for European Private Law*, forthcoming.
- H.-W. Micklitz/N. Reich, *The Basics of European Consumer Law*, 2007.
- H.-W. Micklitz/N. Reich, Protection or Pre-emption: the Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”, *Common Market Law Review*, forthcoming.
- H.-W. Micklitz/N. Reich/P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 2009.
- H.-W. Micklitz/P. Rott, Broad economic analysis of the impact of the proposed Directive on consumer credit for Civic Consulting on behalf of the European Parliament under EP-IMCO Framework Contract Lot 4 (Consumer Protection), available in the internet at [http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704\\_consumercredit\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704_consumercredit_en.pdf).
- H.-W. Micklitz/A. Stadler, *Das Verbandsklagerecht in der Informationsgesellschaft*, 2005.
- H.-W. Micklitz/St. Weatherill, *European Economic Law*, 1997.
- K.v. Miert, *Verbraucher und Binnenmarkt, Dreijahres Aktionsplan der Kommission*, *EuZW* 1990, 401.
- B. F. Mitrenga/A. Rubach-Larsen, *Haben vergaberechtswidrig geschlossene Verträge Bestand?, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgemeinschaft mbH*, available under <http://www.bblaw.com/Broschueren.507.0.html?&L=1>
- M.-A. Moreau/F. Francesconi (eds.), *La Dimension Pluridisciplinaire de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, 2007.
- Th. M.J. Möllers, *Lamfalussy-Verfahren und Europäisches Wirtschaftsrecht*, *ZEuP* 2008, 480.
- H. Muir Watt and R. Sefton-Green *Fitting the frame: an optional instrument, party choice and mandatory/default rules*, in H.-W. Micklitz/F. Cafaggi (eds), *After the CFR – what Future for European Private Law*, forthcoming 2009.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, 2006.
- L. Niglia, *Beyond Enchantment – The Possibility of a New European Private Law*, forthcoming.
- W.-D. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft*, Teil I, 1999.
- R. Noch, § 29, in R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die Rechtspraxis*, 2006.
- M. J. Nordmann, *Die neue de minimis Verordnung im EG-Beihilferecht*, *EuZW* 2007, p. 752.
- M. Odeker, *The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research*, *European Review of Contract Law*, Vol. 3 (2007) pp. 245-256.
- Th. Pfeiffer, *Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU. Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht*, *Archiv für civilistische Praxis* 208 (2008) p.227.



- A. Potocki, Les Réseaux Juridictionnels en Europe, in *Liber Amicorum pour Bo Vestendorf*, préf. de José Luis Da Cruz Vilaça; études coordonnées par Carl Baudenbacher, 2007, 141.
- R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972.
- R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup> ed., 2003.
- Principles of European Law*, Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (eds.), M. W. Hesselink/J. W. Rutgers/O. Bueno Diaz/M. Scotton/M. Feldmann, 2006.
- G. Radnitzky/P. Bernholz (eds.), *Economic Imperialism, The Economic Method applied outside the field of economics*, 1987.
- L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in *100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, 1960, Band 1, p. 101.
- L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, 1971.
- J. Rawls, *Justice as Fairness, A restatement*, 2001.
- N. Reich, *Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 1967.
- N. Reich, Urteilsanmerkung, *EuZW* 2006, p. 120.
- N. Reich, CFR und Sonderprivatrechte im „Europäischen Privatrecht“, *ZEuP* 2007, p. 166.
- N. Reich, Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for the compensation in case of breaches of EC rights, *CMLRev.* 2007, p. 705.
- N. Reich, Anm. zu AG Mengozzi, 13.9. 2007, Case C.244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH vs. Avides Media AG*, *EuZW* 2007, 715.
- N. Reich, Federalism and Effective Legal Protection – Some thoughts about a recent study by Johan Lindholm “State Procedure and Union Rights” to be published in the *Festschrift G. Brüggemeier*.
- N. Reich, The Public/Private Divide in European Law, in H.-W. Micklitz/F. Cafaggi (eds.), *After the CFR – What Future for European Private Law*, forthcoming.
- N. Reich/H.-W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4. Auflage, 2003.
- N. Reich/H.-W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis? Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007*, *VuR* 2007, p. 121.
- M. Reimann, Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model, *11 European Review of Private Law* 2003, p. 128.
- M. Reimann, Of Products and Process – The First Six Trento Volumes and Their Making, in M. Bussani/H. Mattei (eds.), *Opening Up European Law, The Common Core Project towards Eastern and South Eastern Europe*, 2007, p. 83.
- W.-H. Roth, *Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der EU*, *EWS* 2008, 401
- P. Rott, Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts, in R. Hilty/A. Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, p. 267.
- P. Rott, A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC, *3 European Review of Contract Law* 323 (2005).
- P. Rott, *Effektivität des Verbraucherschutzrechtes: Rahmenfestlegungen des Gemeinschaftsrechts*, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, 2006, available at the homepage of the Ministry

<http://www.bmelv.de/>

- P. Rott, Consumers and services of general interest: Is EC consumer law the future? *Journal of Consumer Policy*, 30 (2007), 30.
- P. Rott, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie in ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *Wertpapier-Mitteilungen*, 2008, 114.
- H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 1981.
- H.-B. Schäfer/C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts*, 5. Auflage 2005.
- F. W. Scharpf, *Governance in Europe, Effective and Democratic*, 1999.
- D. Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, 2000.
- D. Schiek/L. Waddington/M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 2007.
- Ch. Schmid, The ECJ as a Constitutional Court and a Private Law Court – A methodological comparison, *ZERP-Diskussionspapier* 4/2006.
- H. Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the “Blue Button”, *European Review of Contract Law*, Vol. 3 (2007) pp. 332-349.
- R. Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Private Law*, 2008.
- R. Schulze, The Academic Draft on the CFR and the European Contract Law, in R. Schulze (ed.), 2008, p. 20.
- T. Schumacher, *Recht des KFZ-Vertriebs in Europa*, Dissertation, 2005.
- O. de Schutter, The implementation of fundamental rights through the open method of co-ordination, in O. de Schutter/S. Deakin (eds.), *Social rights and market forces: is the open method of co-ordination of employment and social rights the future of social Europe?*, 2005, p. 279.
- L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, 2006.
- M. Sengayen, Recent Judgments of the European Court of Justice and the Elusive Goal of Harmonisation of Product Liability Law in Europe, in *Yearbook of Consumer Law 2008* (eds.), Ch. Twigg-Flesner/D. Parry/G. Howells/A. Nordhausen, 2007, p. 447.
- M. Siems, *Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre* 2005.
- S. Smismans, *New Modes of Governance and the Participatory Myth* (2006) *European Governance Papers* 1.
- J. Smits, The DCFR: Methodological Nationalism and the Way Forward, *ERCL* 2008, 270.
- Social Justice Study Group, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, *European Law Journal*, 10 (2004), p. 653.
- K. Soper/F. Trentmann (eds.), *Citizenship and Consumption*, 2008.
- D. Staudenmayer, The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law? 2 *European Review of Private Law* 2002, p. 249.
- N. Stehr, *Die Moralisierung der Märkte*, 2007.
- E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1996.
- M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe, Towards Harmonisation*, 2003.
- E. Storskrubb, *Judicial co-operation in civil matters – A policy area uncovered*, *EUI PhD Thesis*, 2007.

- J. Stuyck, Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: minimum harmonisation in the field of consumer law, in L. Krämer/H.-W. Micklitz/K. Tonner (Hrsg.), *Law and diffuse Interests in the European Legal Order*, 1997, p. 279.
- M. Taruffo, Harmonizing civil litigation in Europe? in Cafaggi/Muir-Watt (eds.) *Making European Private Law, Governance Design*, 2008, p. 46.
- E. Terryn, The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of References, in Schulze (ed.), 2008, p. 145.
- E. Terryn, The Green Paper on the Review of the Consumer Aquis, *TvC 2007-4*, 105.
- T. Tridimas, *The General Principles of European Law*, 2006, p. 418.
- D. Trubek, Where the Action is, *Critical legal studies and empiricism*, 36 *Standard Law Review* 1984, 575.
- D. M. Trubek/L. G. Trubek, Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, *European Law Journal* 11 (2005), p. 343.
- H. Ulrich (ed.), *The Evolution of European Competition Law*, 2006.
- H. Unberath/A. Johnston, The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection, *Common Market Law Review* 44 (2007), p. 1237.
- M. Varney, Grounded? Air Passenger Rights in the EU, in *The Yearbook of Consumer Law 2008*, p. 171.
- E. Vos, The rise of committees, (1997) 3 *European Law Journal*, p. 211.
- G. Wagner, The Economics of Harmonisation, the Case of Contract Law, *Common Market Law Review*, 2002, p. 995.
- N. Walker, *Legal Theory and the European Union* (2005) *OJLS*, p. 581.
- N. Walker, Post-constituent Constitutionalism: The Case of the European Union, in N. Walker/M. Loughlin, *Constituent Power and Constitutional Form*, 2007, pp. 247-268.
- N. Walker/G. de Búrca, *Reconceiving Law and New Governance*, EU Working Papers, Law 2007/10.
- St. Weatherill, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, in F. Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, 2006, p. 37.
- St. Weatherill, Who is the average consumer, in St. Weatherill/U. Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directives 2005/29 – New Rules and New Techniques*, 2007, p. 115.
- St. Weatherill (eds.), *Better Regulation*, 2007.
- M. Weimar, *Governance und Recht – Governance Diskurse in der EU*, Second Joint Workshop CRC 597 & RECON WP 9, Bremen, 23-24. November 2007.
- S. Whittaker, The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws, in St. Weatherill/U. Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directives 2005/29 – New Rules and New Techniques*, 2007, p. 139.
- S. Wiegand, Anm. zu Bürgschaftsurteil of the German Constitutional Court, *Bundesverfassungsgericht*, 9.10.1993 – 1 BvR 587/89, *NJW* 1994, p. 36.
- W. Wiegand, Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts, in Baums/Hopt/Horn (eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, 2000, p. 601.

- Th. Wilhelmsson, The Abuse of the Confident Consumer as a Justification for EC Consumer Law, *Journal of Consumer Policy* 27 (2004), p. 317.
- Th. Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law, *European Law Journal* 10 (2004), p. 712.
- Th. Wilhelmsson (ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, 2007.
- Th. Wilhelmsson/Ch. Twigg-Flesner, Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*, *ERCL* 2006, p. 441.
- J. Zeitlin, The Open Method of Co-ordination in Action: Theoretical Promise, Empirical Realities, Reform Strategy, in J. Zeitlin/P. Pochet (eds.), *The Open Method of Co-ordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, 2005.
- R. Zimmermann in Verbindung mit U. Blaurock/Ch. Kirchner/U. Spellenberg (Hrsg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Zwei Teilbände, 2008.







