

## CONCORRENZA TRA ORDINAMENTI E RICODIFICAZIONE

Di Francesco Mezzanotte

| 31

**SOMMARIO:** 1. *Concorrenza vs. armonizzazione tra gli ordinamenti: una chiave di lettura sulla «pertinenza» del codice civile italiano.* - 2. *Concorrenza e armonizzazione nel processo di edificazione del diritto privato europeo: le ragioni di una compatibilità.* - 3. *La scelta della norma applicabile nell'«arena pubblica» europea: alcuni casi notevoli.* - 4. *La concorrenza «verso i destinatari del precetto».* - 5. *La concorrenza «verso i formanti sovranazionali»: prospettive per la ricodificazione.*

**ABSTRACT.** *I processi di ricodificazione negli ordinamenti europei si muovono oggi nella prospettiva di una dialettica fra concorrenza e armonizzazione nello spazio giuridico europeo. In ottica di competizione regolatoria fra ordinamenti, all'interno dell'«arena pubblica europea», si evidenzia un primo approccio che guarda ai destinatari del precetto (domanda ed offerta normativa), in termini di appetibilità delle soluzioni normative rispetto alle preferenze dei consociati. Un secondo approccio si fonda invece sulla diffusione di consenso a livello euro-unitario sui formanti giuridici sovranazionali. Il sistema europeo della protezione dei diritti si offre come esempio più chiaro della dinamica concorrenziale in chiave evolutiva, che nasce dalla richiesta dal basso, di adeguamento alle soluzioni di altri sistemi. L'integrazione con lo spazio giuridico europeo diventa infine un momento fondamentale per lo svolgimento della valutazione sulla pertinenza delle esperienze di ricodificazione nazionali.*

*The re-codification process that has recently involved many European countries is divided between the purpose of armonization and competition within the common legal framework. According to a regulatory point of view, the competition in the European public “arena” shows two different approaches. On one hand, the first approach focuses on the subjects of regulation (regulatory supply and demand). On the other one, it is based on the common consent about European law principles. Therefore, the European legal framework of human rights protection offers an example of competition among countries, in terms of a spontaneous adaptation between regulatory solutions. Finally, each re-codification process can be evaluated by the perspective of its adequacy to the Euro-unitary legal space.*



## 1. Concorrenza vs. armonizzazione tra gli ordinamenti: una chiave di lettura sulla «pertinenza» del codice civile italiano.

32 Nel modello europeo di valutazione dell'azione regolatoria, l'indagine sulla «pertinenza» delle norme è specificamente volta a dare risposta alla seguente domanda: «una data legislazione risponde alle necessità delle parti interessate?»<sup>1</sup>.

Ragionare in questi termini intorno al codice civile italiano impone di prendere preliminarmente posizione in merito ad un'apicale opzione di politica del diritto, chiaramente sottesa alle riflessioni dottrinarie che, anche in Italia, si sono già concentrate sul tema<sup>2</sup>. Punto di partenza dell'analisi non può che essere il carattere fortemente transnazionale dell'attuale ordine giuridico, e la connessa perdita di centralità del precetto legislativo emanato dallo Stato sovrano nel quadro del diritto globalizzato<sup>3</sup>. Un quadro, questo, che impone alla scienza giuridica la predisposizione di strumenti concettuali idonei a confrontarsi con la dimensione sovranazionale del diritto, che evidentemente non può essere caratterizzata da quei tratti di assoluta uniformità che invece, nel tradizionale modello di sistema statale, si vorrebbero garantiti dal valore monolitico assunto dalla legislazione centrale<sup>4</sup>.

L'ordine «europeo», e con maggior evidenza quello «globale», presentano tratti di complessità, frammentazione e pluralismo la cui ricomposizione chiama in causa, prima ancora che i legislatori, il ruolo dell'operatore pratico (e delle autorità giudicanti in special modo)<sup>5</sup>. In questo scenario, la valutazione dei diritti nazionali, e delle prevedibili evoluzioni nella loro concreta portata applicativa, può

<sup>1</sup> Per un ragguaglio: cfr. [https://ec.europa.eu/info/consultations\\_it](https://ec.europa.eu/info/consultations_it).

<sup>2</sup> Per un quadro della riflessione sviluppatasi in Italia sul tema, v. sin d'ora i contributi raccolti nei volumi curati da A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; e A. PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007; e per uno sguardo esteso alla riflessione europea cfr. almeno i saggi raccolti nel volume H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Oxford-Portland, 2013.

<sup>3</sup> Senza pretesa di esaustività, da diverse angolature, cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625 ss.

<sup>4</sup> Cfr. su tutti, per il necessario abbandono del concetto di sovranità come fondamento del diritto positivo, L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 523 ss., spec. p. 526; e più di recente, sempre nella prospettiva del diritto UE, D. BUCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund*, Tübingen, 2015, spec. p. 185 ss.

<sup>5</sup> S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

essere compiuta muovendo da due distinti approcci, tra loro idealmente contrapposti: quello che predilige la chiave argomentativa della competizione tra norme tra loro eterogenee (quali, per l'appunto, quelle sistematizzate nei codici civili della tradizione continentale), e quello, formalmente contrapposto, che guarda invece con favore ai diversi gradi del processo di uniformazione delle regole in uno spazio giuridico sovranazionale<sup>6</sup>.

Isolando i poli dialettici di una riflessione che presenta ovviamente un ben maggiore livello di complessità, a meri scopi conoscitivi possono quindi isolarsi: (i) da un lato, l'invito a valorizzare le peculiari caratteristiche qualificanti i singoli sistemi statuali, operanti in un contesto animato da un marcato pluralismo, che dovrebbe affidare da ultimo alla scelta dei singoli operatori il compito di selezionare la soluzione preferibile, in grado di promuovere l'efficienza degli scambi e, per altro verso, la migliore tutela dei diritti<sup>7</sup>; (ii) dall'altro lato, il modello dell'armonizzazione normativa, intesa, più che come l'ineluttabile corollario della globalizzazione economica, come la via più realistica ed efficiente per promuovere attivamente un superamento delle asimmetrie presenti nel mercato ed assicurare a tutti gli operatori un'effettiva possibilità di competere<sup>8</sup>.

Per il gius-privatista, questa contrapposizione ha ripercussioni di non poco momento proprio nelle traiettorie politiche che informano il processo di edificazione dello spazio giuridico europeo.

Pensare alla concorrenza tra ordinamenti implica assumere che ciascuno Stato membro debba conservare una qualche sfera di competenza quale autonomo e indipendente regolatore dei rapporti di diritto privato, pur rinunciando alla pretesa di controllo esclusivo quanto agli effetti che discendono dall'esercizio del potere normativo, realizzato

<sup>6</sup> Sulle graduazioni dei livelli di armonizzazione v. di recente, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi*, e ID., *Armonizzazione ed il canone della "maggior tutela" per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, pp. 35 ss., 117 ss. (spec. pp. 67 ss. e 121 ss.).

<sup>7</sup> G. RÜHL, *The Choice of Law Framework for Efficient Regulatory Competition in Contract Law*, in H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, cit., p. 287 ss.

<sup>8</sup> Cfr. per una efficace sintesi H. EIDENMÜLLER, *Lex Mercatoria, The ISDA Master Agreement, and Ius Cogens*, in S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015, p. 407 ss.; e in Italia, tra i molti, G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.



nell'interazione tra i vari formanti di un sistema multilivello<sup>9</sup>.

Viceversa, se condotto sino alle sue più rigorose prospettive applicative, il modello dell'armonizzazione può sottendere l'ambizione ad un «codice civile europeo», da applicare in tutti gli Stati appartenenti all'Unione al fine di creare un ordinamento unitario, strumentale non già esclusivamente alla formale garanzia delle libertà economiche garantite dai Trattati, ma altresì a promuovere le condizioni di vita dei consociati e a farli partecipi di una società più forte e coesa<sup>10</sup>.

Rispetto a tale fondamentale alternativa, la valutazione del codice civile nazionale, e delle ragioni che – nei ricordati termini di *pertinenza* – stanno alla base di una sua possibile riforma, si iscrive con coerenza in quell'ordine di idee che ritiene oggi non più attuali (ed anzi in larga parte irripetibili) le condizioni politiche, sociali e culturali in cui si sono compiute le grandi codificazioni che hanno accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali a partire dal XIX secolo<sup>11</sup>. Rilievo, questo, che va di pari passo con il riconoscimento della portata precettiva del principio di sussidiarietà, operante quale preclusione costituzionale all'emanazione, da parte del legislatore di Bruxelles, di un corpo normativo progettato e realizzato secondo i canoni di coerenza ed organicità che la forma 'codice' ha storicamente assunto<sup>12</sup>.

Simili preliminari notazioni giustificano un'analisi dei codici nazionali che possa tenere in considerazione, tra l'altro, la loro capacità di *rispondere alle necessità delle parti interessate* (al limite, comparativamente meglio di quelle poste da altri legislatori). Ciò nella consapevolezza che la prospettiva della concorrenza tra sistemi giuridici non revoca necessariamente in dubbio la sovranità del singolo Stato membro, limitandosi invece ad esaltare la possibilità che i consociati (intesi, per

l'appunto, come «le parti interessate» all'applicazione della regola) possano scegliere l'ordinamento cui più efficacemente o efficientemente assoggettare in via esclusiva taluni rapporti giuridici, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali su cui si fondano l'ordinamento dell'Unione europea e i principi del diritto internazionale privato<sup>13</sup>.

La domanda che si pone nell'indagine è dunque la seguente: sono quelle della concorrenza ordinamentale istanze che hanno effettivamente animato, e se sì in che misura, le azioni riformatrici con cui i legislatori europei hanno fino ad oggi intrapreso il processo di ricodificazione, anche nel campo più strettamente civilistico? È possibile comprendere in che modo gli apparati legislativi, i giudici, la dottrina, e più in generale la comunità degli operatori del diritto hanno redatto ed applicato previsioni codicistiche con l'obiettivo di rendere il sistema nazionale maggiormente fruibile dall'estero?

## 2. Concorrenza e armonizzazione nel processo di edificazione del diritto privato europeo: le ragioni di una compatibilità.

Proprio se posti dall'angolo visuale del diritto privato europeo, gli interrogativi da ultimo enucleati inducono a revocare in dubbio l'assunto di una rigida alternatività tra armonizzazione normativa e concorrenza istituzionale, risultando entrambi questi processi, a ben vedere, coerenti con l'edificazione del diritto dell'Unione<sup>14</sup>.

Ciò emerge con chiarezza se già solo si conviene sul fatto che anche la diversità, per essere apprezzata e valorizzata dalle scelte dell'operatore giuridico, necessita di un terreno di principi e categorie comuni dal quale le singole opzioni regolatorie possano trovare fondamento, e che al tempo stesso fungano, specie in alcuni settori dell'ordinamento, come ar-

<sup>9</sup> S. WEATHERILL, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 3; M. W. HESSELINK, *How many systems of private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-03, 2012, p. 39 s.; in Italia, v. tra gli altri V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in ID., *Il contratto del duemila*, III ed., Torino, 2011, p. 35 ss., a p. 61.

<sup>10</sup> Cfr. G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 43 ss.

<sup>11</sup> Per tutti, cfr. L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, ora in *Scritti*, I. *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 329 s.

<sup>12</sup> V. sul punto, da ultimo, P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 252 ss., a p. 660; ma v. già, da altro verso, P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p. 250.

<sup>13</sup> Sulla visione pluralistica dell'attuale sistema delle regole privatistiche, nel rapporto tra autonomia privata e articolazione delle fonti del diritto, v. U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, 2010, p. 414 ss.; e da altra prospettiva P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 145 ss.

<sup>14</sup> V. chiaramente, tra altri, N. LIPARI, «Concorrenza» tra ordinamenti e sistema delle fonti, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 81 ss., spec. p. 90 ss.; e in tema, cfr. altresì L. AMMANNATI, *Esiste concorrenza tra ordinamenti giuridici nell'ordinamento europeo? Qualche considerazione introduttiva*; F. BELLÌ, *Concorrenza fra ordinamenti, globalizzazione e Unione europea: qualche osservazione sparsa*, entrambi in A. IRACE, M. MONTINI (a cura di), *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti*, Milano, 2007, pp. 141 ss.; 191 ss.

gine contro intollerabili sacrifici di tutele e livelli minimi di garanzie<sup>15</sup>.

In termini maggiormente tecnici, deve inoltre porsi mente al fatto che, nel quadro istituzionale dell'Unione, gli interventi di «ravvicinamento delle legislazioni» previsti dall'art. 114 TFUE sono finalizzati all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno unico, il quale, a sua volta, come può evincersi dall'art. 26, 2° par., TFUE, costituisce il risultato ultimo dell'esercizio transfrontaliero di tali libertà. Allorché tuttavia non si ravveda un univoco fondamento giustificativo dello stretto connubio, in altri settori chiaramente rilevabile, tra promozione delle libertà fondamentali e armonizzazione di regole imperative<sup>16</sup>, tale tecnica di normazione dovrà lasciare aperto il campo alla presenza di norme giuridiche dispositive o suppletive dettate dai singoli ordinamenti nazionali<sup>17</sup>, la cui concreta applicazione resta affidata alla libertà delle parti contraenti, e da ultimo alla scelta, da queste operata, della legge applicabile al rapporto<sup>18</sup>.

A fronte di queste premesse, merita allora rimarcare che la concorrenza tra ordinamenti nel contesto dell'Unione europea può svolgersi secondo diversi modelli, non tutti necessariamente connessi con l'idea di un «mercato delle regole» cui larga parte

della dottrina europea ha già rivolto penetranti critiche<sup>19</sup>.

a) Solo nella sua concezione più basilare, infatti, la «competizione tra ordinamenti» si pone effettivamente come l'esito di una dinamica rivolta verso una «domanda» rappresentata dai destinatari ultimi del precetto, nei confronti dei quali gli Stati opererebbero al fine di attrarre, a scapito di altri, la scelta della legge applicabile (necessariamente entro i margini concessi ai privati per l'esercizio di un'opzione di *forum shopping*)<sup>20</sup>. Sebbene indubbiamente preminente nelle riflessioni sul tema, questo modello di concorrenza (che potremmo stipulativamente intendere «verso i destinatari ultimi del precetto») non è l'unico astrattamente immaginabile<sup>21</sup>: il diritto UE rappresenta a tal riguardo terreno fertile per l'emersione di altre forme di competizione istituzionale, inquadrabili secondo un processo circolare, di flusso e reflusso dal livello di produzione normativa nazionale a quello europeo, e viceversa<sup>22</sup>.

b) In tale diversa prospettiva, un distinto fenomeno di stampo *lato sensu* concorrenziale è quello che, pur sempre muovendo dai diversi sistemi nazionali, può dirsi rivolto «verso i formanti normativi sovranazionali». Tale forma di competizione è in primo luogo quella rilevabile tra i singoli ordinamenti nella produzione di regole privatistiche capaci, da ultimo, di imporsi come soluzioni armonizzate nei processi di normazione internazionali, siano essi formali (e.g. quelli promossi dal legislatore dell'Unione)<sup>23</sup>, sia impliciti e di *soft law* (e.g. quelli fondati sulle tecniche dell'armonizzazione contrattuale, o sui progetti accademici di diritto uniforme)<sup>24</sup>. Sempre in quest'ottica, un ulteriore processo

<sup>15</sup> Cfr. esemplificativamente, pur muovendo da uno specifico settore, J. BASEDOW, *Damages Actions for Breach of Competition Law: the Contest Between National Judiciaries in the EU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 633 ss., spec. p. 651 s.; e pure in una prospettiva recisamente critica sulla tesi della competizione tra ordinamenti giuridici A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 21 ss. (e in *Europ. dir. priv.*, 2006, p. 83 ss., dalla quale si cita, a p. 126).

<sup>16</sup> Per questa dinamica, particolarmente avvertita nel diritto dei consumatori, v. S. PATTI, *Il contratto tra "autonomie de la volonté" e moderno "zwingendes Recht"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 369 ss.; G. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht*, in AA. VV., *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen 2011, p. 24; e diffusamente, M. FORNASIER, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin, 2013, p. 66 ss.

<sup>17</sup> Cfr. *amplius* M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011; F. MÖSLEIN, *Dispositives Recht: Zwecke, Strukturen und Methoden*, Tübingen, 2011, p. 120 ss.

<sup>18</sup> Cfr. per il puntuale sviluppo di questo ragionamento P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 121 ss., spec. p. 127 ss.; e prima v. A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss., per il quale il fatto che il diritto europeo dei contratti (d'impresa) risulti nettamente orientato verso l'adozione di regole a carattere dispositivo «corrisponde ad una tendenza del diritto contrattuale che si coglie anche in ambito più vasto, e risponde ad una necessità intrinseca ai meccanismi istituzionali di formazione del diritto uniforme europeo».

<sup>19</sup> V. tra gli altri C. VON BAR, *Konkurrenz der Rechtsordnungen und "Law Made in Germany"*, in M.J. BONELL, M.-L. HOLLE, P.A. NIELSEN (eds.), *Liber amicorum Ole Lando*, Copenhagen, 2012, p. 13 ss.; A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 90, il quale discorre di «una forma di utilitarismo giuridico riduzionista»; e da altra prospettiva A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 58 ss., spec. a p. 75 ss.

<sup>20</sup> H. EIDENMÜLLER, *The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations*, in 18 *Indiana Journ. Global Leg. Stud.* (2011), p. 707 ss., a p. 709 ss.

<sup>21</sup> R. MICHAELS, *Make or Buy – A Public Market for Legal Transplants?*, in H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, cit., p. 34 ss.

<sup>22</sup> Mi permetto di rinviare, per una più dettagliata illustrazione del modello, a F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationships through 'Organizational Law'*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2017, p. 123 ss., a p. 144 ss.

<sup>23</sup> H. EIDENMÜLLER, *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, in ID. (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, cit., p. 1-10.

<sup>24</sup> Cfr. P. LETTO-VANAMO, *Fragmentation and Coherence of Law – A Historical Approach*, in EAD., J. SMITS (eds.), *Coher-*

di matrice competitiva può porsi tra le soluzioni adottate dai legislatori nazionali per recepire in modo armonico nel diritto interno (ed *in primis*, per l'appunto, nella sistematica codicistica) i precetti formalmente originati nella fonte europea<sup>25</sup>.

Distinguere teoricamente questi due modelli predittivi («concorrenza verso i destinatari del precetto» vs. «concorrenza verso i formanti sovranazionali») consente di offrire una lettura più articolata del fenomeno della competizione tra sistemi giuridici.

Deve infatti rimarcarsi che la semplice presenza di una possibile scelta del diritto applicabile non implica, necessariamente, un fenomeno di mercantizzazione delle regole come quello che la teoria concorrenziale, nella sua più elementare portata descrittiva, parrebbe invece voler ineluttabilmente evocare. Al contrario – come è già stato lucidamente messo in evidenza – l'«arena pubblica» nella quale si confrontano i precetti dei singoli legislatori nazionali può dirsi un vero e proprio «mercato delle regole» allorché vi sia prova non solo di una certa mobilità sul lato della «domanda» (*i.e.* il riscontro di un'effettiva selezione, da parte degli operatori del diritto, dei sistemi giuridici più efficaci o efficienti per la tutela dei propri interessi e necessità), ma altresì quando si possa attestare la sussistenza di un atteggiamento reattivo sul lato dell'«offerta» normativa, che i singoli Stati dovrebbero adattare secondo le preferenze mostrate da cittadini e imprese<sup>26</sup>.

### 3. La scelta della norma applicabile nell'«arena pubblica» europea: alcuni casi notevoli.

Che una qualche possibilità di scelta sulla disciplina normativa applicabile sia oggi astrattamente disponibile «sul lato della domanda» (*i.e.*, per il consociato appartenente ad uno dei sistemi giuridici dell'Unione europea) appare un rilievo che trova fondamento positivo in diversi rami dell'ordinamento privatistico, non necessariamente

connessi, come pure a tutta prima potrebbe pensarsi, con interessi di rango patrimoniale. Ci si può in questa sede limitare a qualche essenziale riferimento casistico, privo di alcuna pretesa di esaustività, guardando al tema dalla prospettiva di un soggetto operante nell'ordinamento italiano, interessato a far applicare norme provenienti da altri sistemi e che meglio di quelle nazionali si mostrano capaci di «rispondere alle sue necessità».

a) Un primo rilevante terreno d'indagine si rinviene sul campo del diritto delle persone e della famiglia. Da questo punto di vista, non è privo di rilievo che anche autori che hanno apertamente manifestato le ragioni della propria preferenza per l'armonizzazione normativa nello spazio europeo, abbiano al tempo stesso considerato «più commendevoli» le istanze della concorrenza tra ordinamenti nel campo extrapatrimoniale<sup>27</sup>. Qui «competizione» dovrebbe implicare l'individuazione del modello più appropriato sul quale costruire un diritto effettivamente al servizio della persona, e pertanto capace, nel tempo, di porsi come modello di uniformazione proprio a partire dalle domande di giustizia poste dalle aspirazioni e dai progetti di vita dei consociati<sup>28</sup>.

Si può sulla scorta di queste premesse pensare alle implicazioni sistematiche che discendono da pronunce come quelle con cui la giurisprudenza italiana, fino al grado di legittimità, ha accolto domande di trascrizione nei registri dello stato civile di atti di nascita validamente formati in altri Paesi dell'Unione europea, sulla scorta delle norme di legge che, in quegli ordinamenti, consentono accordi di maternità surrogata, regimi di fecondazione eterologa, o comunque adozioni tra persone dello stesso sesso non ammissibili in base alla legislazione nazionale<sup>29</sup>. Nel giudizio sulla compatibilità di tali provvedimenti rispetto alla clausola di ordine pubblico prevista dalle norme di conflitto (l.

<sup>27</sup> Cfr. ad es. G. ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, cit., p. 55 ss.

<sup>28</sup> V. S. RODOTÀ, *La persona e i suoi diritti tra fonti nazionali ed europee*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 19 ss., a p. 22.

<sup>29</sup> Cfr. tra i casi più rilevanti, Cass, 30 settembre 2016, n. 19599, (tra l'altro) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 372 ss. con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; e in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss., con nota di C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*; App. Milano, sez. pers. min. fam., ord. 16 ottobre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 725 ss., con nota di C. BENANTI, *L'adozione piena del figlio del partner dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore*.

*ence and Fragmentation in European Private Law*, Munich, 2012, p. 151 ss.; in Italia, M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA. VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, III ed., Roma-Bari, 2018, p. 3 ss., a p. 10 ss.

<sup>25</sup> Cfr. da ultimo, S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 435 ss., in part. p. 441 ss.; ma v. già H. STOLL, *La rilevanza della comparazione in un sistema privatistico codificato*, in *Annuario di diritto tedesco 2004*, Milano, 2006, p. 19 ss.

<sup>26</sup> Cfr. S. CASSESE, *Mercatizzazione dello Stato o arena pubblica?*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 219 ss.; e in termini più ampi ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 74 ss.

218/1995), i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti a livello internazionale ed europeo sono stati ritenuti prevalenti rispetto a norme nazionali quali quelle che non consentono determinate tecniche procreative (l. n. 40/2004)<sup>30</sup>, che individuano la madre in colei che ha partorito (art. 269, 3° comma, c.c.)<sup>31</sup>, o che sottopongono a particolari vincoli e condizioni l'adozione di minore (art. 44 l. 184/1983)<sup>32</sup>.

Indubbia primazia nelle argomentazioni giurisprudenziali viene assunta dal superiore canone del *Best Interest of the Child* – garantito a livello internazionale nella Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, e recepito nel diritto europeo all'art. 24 della Carta di Nizza e all'art. 23 del Regolamento n. 2201/2003. Tale principio fonda i presupposti per un riconoscimento di *status* che miri ad assicurare, per la prole, il mantenimento del legame di filiazione, e la permanenza in un ambiente familiare all'interno del quale si è sviluppata la prima fase della crescita e dell'educazione<sup>33</sup>. Ma non deve sottovalutarsi come, al fianco di questo principio, un rilievo non trascurabile risulti altresì riconosciuto alla libertà fondamentale di circolazione delle persone nello spazio dell'Unione (art. 21 TFUE). Questa garanzia, specificamente rilevante nell'ambito delle relazioni familiari secondo gli indirizzi della direttiva 2004/38/CE<sup>34</sup>, risulterebbe evidentemente compromessa se, per il minore così come per il genitore, il suo esercizio potesse realizzarsi esclusivamente a costo di rinunciare al rilievo giuridico del legame familiare nello Stato di destinazione<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Per uno sguardo d'insieme, v. tra gli altri, S. STEFANELLI, *La procreazione e i diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, IV, *La persona e la famiglia*, Torino, 2018, p. 67 ss.; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1262 ss.

<sup>31</sup> Cfr. A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in ID., F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, IV, *La persona e la famiglia*, Torino, 2018, p. 3 ss., spec. p. 56 ss.

<sup>32</sup> V. di recente A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità*, Torino, 2018, p. 40 ss.; N. CIPRIANO, *Famiglie omogenitoriali e adozione*, in F. DELL'ANNA MISURALE, F.G. VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. il ruolo dell'interprete*, Napoli, 2018, p. 95 ss.

<sup>33</sup> Per una ricostruzione, v. da ultimi V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; e con specifico riguardo ai temi della surrogazione materna, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1722 ss.

<sup>34</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

<sup>35</sup> Cfr. in tema M.G. CUBEDDU, *Verso principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*,

Da un punto di vista operativo, dall'intreccio dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti nel sistema UE emerge dunque con chiarezza una regola «di conflitto» - recentemente esplicitata dalla stessa Corte di Giustizia UE – che consente di ritenere prevalente, rispetto ad una serie di indici normativi interni, una norma che dapprima viene scelta dal cittadino radicando la propria vicenda, personale o familiare, in altro Stato, ma della quale vengono poi rivendicate legittimità ed efficacia nel proprio ordinamento di appartenenza (o comunque in altro sistema giuridico europeo)<sup>36</sup>.

b) Di sicuro rilievo è inoltre il margine di selezione secondo autonomia della disciplina ereditaria, rinvenibile nelle maglie del Regolamento (UE) n. 650/2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Come noto, ai sensi degli artt. 21 e 22 del Regolamento, una persona può scegliere la legge cui assoggettare la propria vicenda successoria: oltre che il diritto del sistema nel quale il *de cuius* ha la residenza abituale al momento dell'apertura della successione, l'interessato può scegliere la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza e, in caso di più nazionalità, la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte<sup>37</sup>.

La libertà di scelta si estende all'intera legge applicabile alla successione, e consente quindi al privato di esprimere la propria valutazione di preferenza, tra più regimi normativi, su quello che meglio

2012, I, p. 29 ss.; C. CAMARDI, *La ridefinizione dello status della persona*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 97 ss.

<sup>36</sup> Cfr. esplicitamente, Corte Giust. UE 5 giugno 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, § 51: «in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso».

<sup>37</sup> Cfr. C. CAMPIGLIO, *La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 925 ss., secondo la quale le richiamate disposizioni definiscono uno «strumento attraverso il quale l'individuo procede all'auto-collocazione in un ordinamento giuridico» (p. 947).



soddisfa le proprie necessità in relazione, tra l'altro: a) alle cause, il momento e il luogo dell'apertura della successione; b) all'individuazione dei beneficiari, delle loro quote rispettive e degli eventuali oneri imposti loro dal defunto e alla determinazione degli altri diritti successori, compresi i diritti del coniuge o del partner superstite; c) alla capacità di succedere; d) alla diseredazione e all'indegnità; e) al trasferimento agli eredi e, se del caso, ai legatari, dei beni, dei diritti e delle obbligazioni che fanno parte del patrimonio ereditario, comprese le condizioni e gli effetti dell'accettazione dell'eredità o del legato ovvero della rinuncia all'eredità o al legato; f) ai poteri degli eredi, degli esecutori testamentari e degli altri amministratori dell'eredità, in particolare per quanto riguarda la vendita dei beni e il pagamento dei creditori; g) alla responsabilità per i debiti ereditari; h) alla quota disponibile, alle quote di legittima e alle altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché agli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi; i) alla collazione e alla riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari; j) alla divisione dell'eredità (v. art. 23)<sup>38</sup>.

c) Ancora, la facoltà di scelta della legge chiamata a governare il contratto viene comunemente identificata come una delle più rilevanti forme di manifestazione dell'autonomia riconosciuta ai consociati sul terreno dei rapporti a contenuto patrimoniale, specialmente allorché questi si esplicano su scala transnazionale<sup>39</sup>. Ed in effetti, l'art. 3 del Regolamento Roma I<sup>40</sup>, nel declinare in ambito europeo la regola aurea per cui «il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti» si pone come espressione di un principio comunemente rinvenibile nel diritto internazionale privato, e rilevante non solo a fronte di relazioni negoziali complesse, caratterizzate da marcati elementi di extraterritorialità,

ma, attualmente<sup>41</sup>, ritenuto astrattamente ammissibile pur a fronte di un programma contrattuale che in termini oggettivi risulti interamente radicato (per parti, oggetto, termini di esecuzione, ecc.) entro il perimetro dell'ordinamento nazionale<sup>42</sup>. Evidente, peraltro, che la scelta della *lex contractus* abbia un ulteriore profilo di rilevanza, finendo il più delle volte con il risolversi, e coincidere, con quella del sistema individuato come sede della giurisdizione competente<sup>43</sup>. Conclusione, questa, ispirata non solo da ovvie ragioni di convenienza per le parti, ma il più delle volte discendente dalle regole del diritto internazionale privato (che, come dimostra l'analisi comparativa, tendono ad imporre che, ove il giudizio sia delegato ad un'autorità giurisdizionale – e non ad arbitri – il contratto debba comunque rimanere assoggettato ad una *hard law*<sup>44</sup>).

d) Nella pur essenziale ricostruzione svolta in questo paragrafo non possono da ultimo non richiamarsi gli effetti che l'applicazione delle libertà fondamentali UE di circolazione e, soprattutto, di stabilimento (artt. 49-55 TFUE) ha avuto negli sviluppi del diritto degli enti (e delle società in primo luogo), specie a fronte dei noti casi giurisprudenziali con cui la Corte di giustizia, a partire dalla fine del secolo scorso, ha sostanzialmente imposto agli Stati membri il riconoscimento della teoria dell'incorporazione rispetto a quella della sede effettiva nella disciplina dei requisiti di costituzione e di operatività<sup>45</sup>. Da un punto di vista operativo,

<sup>41</sup> Diversa, fino a qualche tempo fa, l'opinione della dottrina che si interrogava sul tema: in termini netti, v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, p. 105: «due contraenti italiani, che concludano un contratto destinato ad essere eseguito in Italia (e, dunque, un contratto privo di criteri di collegamento con altri Stati) non possono sottrarre il contratto all'applicazione della legge italiana».

<sup>42</sup> Cfr. S.M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche ed un'unica funzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 591 ss.; e con maggiori accortezze G. ALPA, *Autonomia delle parti e scelta della legge applicabile al contratto «interno»*, *ibidem*, p. 573 ss., spec. a p. 578, secondo il quale «non è possibile formulare una regola generale in base alla quale alle parti – italiane – è inibita la scelta di una legge straniera, o più leggi straniere per clausole o gruppi di clausole contenute nel contratto. Ma questa libertà non è tuttavia assoluta. Occorre infatti osservare i limiti dell'ordine pubblico e del buon costume, delle norme di applicazione necessaria, prevenire l'abuso del diritto e la frode alla legge, anche fiscale». In termini più ampi, v. ovviamente G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>43</sup> In termini generali, v. G. WAGNER, *Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems*, in H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, cit., p. 347 ss.

<sup>44</sup> Per una recente panoramica cfr. A.B. MARSHALL, *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in *66 Am. Journ. Comp. Law* (2018), p. 175 ss., p. 177.

<sup>45</sup> Cfr. ovviamente Corte Giust. CE, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*; Corte Giust. CE, 5 novembre 2002, C-208/00, *Über-*

<sup>38</sup> Cfr. diffusamente, *ex multis*, A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013, p. 12 ss. ma *passim*; e sui rapporti tra le regole di matrice internazional-privatistica e il processo di armonizzazione del diritto privato sostanziale in Europa, v. D. ACHILLE, *Lex successiois e compatibilità degli ordinamenti degli Stati membri nel reg. UE n. 650/2012*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 697 ss., a p. 702 ss.

<sup>39</sup> Tra i molti, J. BASEDOW, *The Law of Open Societies—Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague, 2015; H. MUIR WATT, *Party Autonomy in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2010, p. 250 ss.

<sup>40</sup> Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

ciò evidentemente offre agli imprenditori europei una vastissima possibilità di scelta circa il regime giuridico cui assoggettare l'esercizio in forma collettiva della propria attività, non dovendo questo necessariamente dipendere dal centro di amministrazione della persona giuridica, e ben potendo la legge che la regola essere diversa da quella del luogo in cui è stabilito il suo centro di interessi, senza che ciò imponga una materiale ricollocazione, o trasferimento, di beni, persone, organizzazione<sup>46</sup>.

#### 4. La concorrenza «verso i destinatari del precetto».

Come si accennava, la semplice possibilità di rinvenire rilevanti settori dell'ordinamento in cui la scelta delle parti interessate può influire sull'individuazione della legge nazionale chiamata a regolare un rapporto non è di per sé sufficiente a dare per acquisita la presenza, negli ordinamenti di diritto europeo, di un vero e proprio «mercato delle regole». Di questo tipo di dinamica si potrebbe tecnicamente parlare solo a fronte di un'operatività «a due versanti», nella quale non solo i soggetti interessati all'applicazione del precetto scelgono le norme che appaiono loro più favorevoli (*i.e.* «domanda normativa»), ma anche allorché, così facendo e operando in scala aggregata, questi siano in grado di influenzare le determinazioni del regolatore nazionale, invitato ad ammodernare coerentemente il proprio sistema giuridico (*i.e.* «offerta normativa»).

Se così si imposta la questione, si può osservare come gli studi che sinora si sono incentrati sul tema non siano pervenuti a risposte univoche quanto all'effettiva possibilità di inquadrare la concorrenza tra ordinamenti europei come un fattore rilevante nelle più recenti riforme normative, ed in particolare in quelle attinenti ai contenuti e alla sistematica dei

*seering*; Corte Giust. CE, 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*. Per una ricostruzione, nell'ambito di una letteratura vastissima, v. *ex multis*, G.B. PORTALE, «Armonizzazione» e «concorrenza» tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 98 ss.; A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. USA*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, cit., p. 1 ss.

<sup>46</sup> Cfr. M. BECHT, C. MAYER, H.F. WAGNER, *Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry*, in 14 *Journ. Corp. Finance* (2008), p. 241 ss.; e in Italia, M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. int. dir. proc.*, 2001, p. 569 ss.; ma in una chiave diversa, critica rispetto all'argomento consequenzialista, A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 108 ss.

codici civili<sup>47</sup>. Sebbene una puntuale analisi della questione non possa chiaramente prescindere da indagini connesse alle particolari evoluzioni di singoli ordinamenti nazionali, pare opportuno in questa sede richiamare alcune vicende notevoli.

a) In Italia, l'applicazione di un approccio squisitamente 'concorrenziale' da parte del legislatore nazionale può scorgersi rilevando la sostanziale coincidenza temporale che ha fatto da cornice, da un lato, all'evoluzione dei *leading cases* comunitari in tema di libera circolazione e stabilimento di enti di diritto straniero (sentenze *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*) e, dall'altro, al processo di riforma del diritto societario contenuto nel Libro V del nostro codice civile. L'opera di ammodernamento è stata infatti guidata dal dichiarato obiettivo della competitività, secondo quanto apertamente si legge già nella delega che ha dato avvio all'*iter* legislativo (v. art. 2, comma 1°, lett. a), l. 366/2001: «perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali») <sup>48</sup>. Questo approccio parrebbe peraltro coerente con il riscontro comparatistico di altre esperienze nazionali<sup>49</sup>, tra le quali appare particolarmente interessante quella tedesca: in quel sistema, infatti, è per l'appunto alla pressione esercitata dalla concorrenza dei modelli stranieri, ed in particolare di quello rappresentato dalla società «Ltd» di diritto inglese – priva, come noto, di requisiti minimi di capitalizzazione – che viene autorevolmente ricollegata la riforma che ha portato all'introduzione della «Unternehmergesellschaft» nel 2008, consistente in una semplificazione del tradizionale modello della «GmbH»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. in particolare, sulla scorta di evidenze empiriche, S. VOGENAUER, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2013, p. 13 ss.

<sup>48</sup> Cfr. per tutti G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, p. 7 ss.; e specificamente A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 5 ss., a p. 18.

<sup>49</sup> Cfr. J. ARMOUR, W.-G. RINGE, *European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis*, 14 ottobre 2010 (<https://papers.ssrn.com>).

<sup>50</sup> Cfr. Bundesgesetzblatt, 2008 I, p. 2026. La spinta concorrenziale alla base dell'intervento pare confermata dalla stessa relazione preliminare alla novella: v. Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6140, 25 luglio 2007, p. 25: «Zum anderen soll die GmbH dereguliert und modernisiert und dadurch ihre Attraktivität gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen gesteigert werden»; in dottrina, v. H. EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, in *ZEuP*, 2018, p. 869 ss., p. 872 s.; e già prima





b) Guardando invece ad alcune tra le recenti riforme attuate in aree più specificamente civilistiche, i principali modelli della tradizione continentale offrono indicazioni assai contrastanti.

Se si concentra l'attenzione sulle fondamentali opzioni di politica del diritto che hanno ispirato l'opera di *Modernisierung* della disciplina dello *Schuldrecht* in Germania<sup>51</sup>, si può osservare come tra queste non abbiano trovato spazio, almeno formalmente, istanze di auspicabile 'attrattività' del diritto tedesco rispetto ad operatori diversamente collocati nella competizione internazionale<sup>52</sup>. Al contrario, lo spirito che ha animato la riforma ha prevalentemente guardato ad una modernizzazione della disciplina del rapporto obbligatorio, specie di fonte contrattuale, che sapesse conferire nuova centralità alla forma 'codice', recuperandone il valore in primo luogo sistematico rispetto alle spinte centrifughe scaturenti dall'evoluzione giurisprudenziale e, soprattutto, dalla produzione del legislatore comunitario. Di qui, come noto, l'adozione di quell'ambiziosa soluzione normativa (c.d. *große Lösung*) che ha visto l'organico inserimento della disciplina delle condizioni generali di contratto e delle tutele nei rapporti di consumo, in larga parte frutto del recepimento di provvedimenti emanati dall'Unione europea, nella trama del *BGB*<sup>53</sup>.

In Francia, la riforma del III libro del *Code civil* introdotta con l'ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016<sup>54</sup>, ha invece apertamente avuto, tra i suoi motivi ispiratori il perseguimento di una maggiore

sicurezza giuridica, e, come corollario, il rafforzamento del diritto francese sul piano politico, culturale ed economico<sup>55</sup>. Proprio in relazione a quest'ultimo punto, già il formale *Rapport au Président de la République* è stato esplicito nell'inquadrare l'opera di riforma nel più generale contesto di un'economia globalizzata, che imporrebbe una concorrenza tra gli stessi sistemi ordinali, e rispetto al quale, dunque, il modello del *Code* – come mostrato dai risultati dell'indagine «*Doing Business*»<sup>56</sup> – rischiava di apparire inadeguato a rappresentare ancora, come invece era stato in passato, una rilevante fonte di ispirazione per operatori giuridici e legislatori stranieri<sup>57</sup>. Da queste premesse ha preso le mosse un intervento che ha apertamente valorizzato l'interesse a promuovere l'intelligibilità del diritto dei contratti francese, coerentemente con l'evoluzione già registrata nella sua vita giurisprudenziale<sup>58</sup>, al fine di rendere, da ultimo, tale 'prodotto' più appetibile proprio in termini di *pertinenza* (rispetto cioè a fenomeni di scelta del-

Id., *Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen*, in *ZGR*, 2007, p. 168 ss., a p. 170 ss.

<sup>51</sup> Cfr. ovviamente *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001.

<sup>52</sup> La letteratura sul tema della riforma del libro II del *BGB* è chiaramente vastissima. Cfr. per una trattazione divulgativa, R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, Oxford 2005, spec. p. 30 ss.; e tra le opere disponibili al lettore italiano, cfr. i saggi raccolti nel fascicolo n. 2/2004 della rivista *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 625 ss. e in particolare, quanto ai profili di interesse in questa sede, v. R. ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*; C. HATTENHAUER, *La storia della Schuldrechtsmodernisierung ed i compiti del legislatore*; H. DÖRNER, *L'integrazione delle leggi per la tutela del consumatore all'interno del BGB*.

<sup>53</sup> S. LORENZ, *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf*, in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE (Hrgs.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, 2001, p. 329 ss., e in Italia, v. G. DE CRISTOFARO, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 667 ss.

<sup>54</sup> Cfr. *Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016* («portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations»), ratificata con modificazioni dalla *Loi n. 2018-287 del 20 aprile 2018* (v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *La Semaine Juridique*. Edition Général n° 18, 30 avril 2018, p. 885 ss.).

<sup>55</sup> V. esemplificativamente D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 802, per un'altra significativa testimonianza di come, già nel corso dei lavori che hanno portato all'emanazione della riforma francese, fosse esplicito l'obiettivo non solo di migliorare «la qualità», ma altresì a rafforzare «l'attrattività» del diritto francese dei contratti; e poi, in linea con queste attese, v. Id., *Prime note sulla riforma del diritto francese dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats, entre continuité et européanisation*, in *Annuario del contratto*, 2016, p. 3 ss., a p. 8 s.

<sup>56</sup> Sulla cui tenuta e fondamento, nella prospettiva giuridica, v. criticamente, tra gli altri, A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 7 ss.

<sup>57</sup> Cfr. testualmente il «*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*», *JORF* n. 35, 11 febbraio 2016, texte n. 25: «Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique: les rapports «*Doing business*» publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français».

<sup>58</sup> Cfr. P. BRUN, *Rapport de synthèse*, in *Rev. de contrats*, 2016, Hors-série, p. 1 ss.; e con accento critico S. VAN LOOCK, *The Reform of the French Law of Obligations: How Long will the Belgians Remain Napoleon's Most Loyal Subjects?*, in S. STIENS, S. JANSSEN (eds.), *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 26 s.



la legge applicabile esercitati dai singoli operatori del diritto)<sup>59</sup>.

Sebbene gli elementi sin qui brevemente richiamati possano a tutta prima apparire altamente significativi al fine del giudizio sulla (ir)relevanza di una «concorrenza verso i destinatari del precetto» quale fondamento delle politiche di ricodificazione da ultimo attuate in Germania e in Francia, non deve al tempo stesso sottacersi la presenza di altre, contrastanti, indicazioni, capaci di rendere assai più complesso, in quegli stessi sistemi, il quadro valutativo d'insieme<sup>60</sup>.

Da un lato, pur in assenza di esplicite declamazioni in tal senso desumibili dai lavori di riforma del codice, l'ambizione a rendere il diritto privato tedesco più appetibile per l'operatore straniero che voglia esercitare la propria scelta sulla legge applicabile traspare apertamente da un progetto come quello del «*Law – Made in Germany*», patrocinato, attraverso il *Bündnis für das deutsche Recht*, dal Ministero della giustizia tedesco<sup>61</sup>. Come si legge già nell'introduzione del documento informativo di supporto all'iniziativa, il suo obiettivo è quello di promuovere la conoscenza e, da ultimo, la diffusione del diritto operante in Germania, presentato attraverso un testo divulgativo – accompagnato da una traduzione in lingua inglese – dai toni sorprendentemente affini a quelli propri di una pubblicità di prodotti commerciali<sup>62</sup>. Tra i vantaggi presentati nell'«offerta» del diritto tedesco, risulta particolarmente significativo che la maggiore efficienza e prevedibilità di quel sistema siano fatte discendere proprio dalla presenza di una forma legislativa come quella dei codici, descritti come corpi normativi che, integrati da poche leggi speciali, offrono una soluzione sistematica e facilmente reperibile a tutti i problemi, dell'impresa come del singolo consociato<sup>63</sup>. A prescindere dalle critiche che ovviamente,

<sup>59</sup> Cfr. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, p. 3.

<sup>60</sup> Cfr. per uno sguardo comparativo alle diverse possibili letture delle traiettorie assunte dalla ricodificazione in Germania e in Francia, S. GRUNDMANN, M.-S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Persona e mercato*, 2018/1, p. 11 ss., spec. p. 15 s.

<sup>61</sup> *Law – Made in Germany*, disponibile al sito: [https://www.lawmadeingermany.de/Law-Made\\_in\\_Germany.pdf](https://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf); e per una più ampia disamina dell'iniziativa v. G. MAGRI, voce *Law Made in Germany*, in *Dig. disc. priv. – sez. priv.*, Agg., Torino, 2014, p. 367 ss.

<sup>62</sup> *Law – Made in Germany*, cit., p. 2: «Made in Germany» is not just a quality seal reserved for German cars or machinery, it is equally applicable to German law. Our laws protect private property and civil liberties, they guarantee social harmony and economic success».

<sup>63</sup> Cfr. *Law – Made in Germany*, cit., p. 9: «Codification provides legal certainty, as legislation contains general principles and guidelines and defines the terminology used. There are spe-

nel merito, possono essere rivolte ad un tale semplicistico modo di raffigurare la codificazione<sup>64</sup>, i caratteri promozionali di un'operazione come quella di *Law – Made in Germany* possono essere agevolmente messi in relazione a soluzioni legislative di dettaglio volte al mantenimento di un'organica sistematicità del *BGB*, come quelle che hanno ancora di recente portato alla confluenza nel codice civile (e non in leggi settoriali) di principi e norme affermatasi a livello UE negli interventi della Corte di Giustizia o emanati attraverso il provvedimento del legislatore di Bruxelles<sup>65</sup>.

Parallelamente, ci si può chiedere se agli intendimenti formalmente esplicitati nell'iter di riforma del *Code civil* abbiano da ultimo fatto seguito soluzioni che possano effettivamente dirsi ispirate dalla legittima ambizione di attrarre dall'estero la scelta di legge applicabile. Sebbene un concreto riscontro circa il raggiungimento dei suddetti obiettivi 'concorrenziali' lo si potrà avere solo con analisi empiriche svolte negli anni avvenire, si possono sin d'ora svolgere alcuni basilari osservazioni.

L'operazione di semplificazione volta ad attrarre la domanda di 'regole francesi' ha trovato uno dei suoi più evidenti elementi portanti nella formale eliminazione di alcune tradizionali formule codicistiche ritenute desuete, o comunque non più in grado di governare efficacemente una realtà giuridica complessa: in ciò, di fianco alla scomparsa di nozioni quali l'oggetto del contratto o i buoni costumi<sup>66</sup>, è emblematica la vicenda della *cause*<sup>67</sup>. Come

---

cific statutes that lay down rules for individual types of contracts, such as contracts of sale. German law provides general catch-all provisions that apply in cases where the contractual parties have not agreed otherwise. Therefore, not only are contracts under German law more concise, they are also more cost-effective and reliable than contractual agreements under English or US law».

<sup>64</sup> C. VON BAR, *Konkurrenz der Rechtsordnungen und "Law Made in Germany"*, cit., p. 13 ss.

<sup>65</sup> Cfr. da ultimo la riforma che ha interessato il *Bauvertrag* ed il *Kaufvertrag*, entrata in vigore il 1° gennaio 2018: *Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren*, 28 aprile 2017 (BGBl. I S. 969); per un inquadramento, proprio nella prospettiva tracciata nel testo, v. A. DE FRANCESCHI, *Una proficua Wahlverwandschaft: Schuldrechtsmodernisierung e diritto privato europeo* (dattiloscritto in corso di pubblicazione, letto per la cortesia dell'A.).

<sup>66</sup> Tra i commentatori italiani, per uno sguardo d'insieme, v. G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziacivile.com*, n. 5/2016; nonché A. GUARNERI, *La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 404 ss.

<sup>67</sup> T. GENICON, *Defense et illustration de la cause en droit des contrats*, in *Rec. Dalloz*, 2015, p. 1551 ss.; G. WICKER, *La suppression de la cause et les solutions alternatives*, in R. SCHULZE, G. MÄSCH, D. MAZEAUD (dir.), *La réforme du droit*



si è da più parti osservato, alla scomparsa di quel *termine* dalla trama codicistica non ha di certo fatto seguito l'abbandono di un *concetto*, ancora implicitamente parte della nuova disciplina del *Code*, specie in tema di validità del contratto<sup>68</sup>. A fronte di tale rilievo, la novella è stata inquadrata da più parti come il frutto di scelte di revisione meramente terminologiche, con limitate conseguenze pratiche in punto di necessaria individuazione delle regole chiamate ad assolvere le funzioni tradizionalmente ricondotte alla *cause*<sup>69</sup>. Ne discende, significativamente, che anche chi è disposto a riconoscere il pregio della riforma nell'aver contribuito a ridurre alcune complessità insite nell'applicazione dell'istituto, mostra ben maggiori dubbi allorché la questione si concentri sul se da ciò sia effettivamente disceso un sistema meno complesso e imprevedibile, più attrattivo e più vicino all'Europa<sup>70</sup>. Una conclusione che induce quindi ritenere ancora oggi limitati gli argomenti spendibili per attrarre chi, nel riformato diritto francese, vorrebbe trovare qualcosa di effettivamente innovativo – e, soprattutto, operazionalmente semplificato – rispetto al passato.

Ancora degna di menzione, è l'introduzione di una regola come quella oggi cristallizzata all'art. 1171 del *Code*, che nella sua versione emendata dall'ultimo intervento legislativo di ratifica, sanziona con l'inefficacia le clausole predisposte unilate-

ralmente e non negoziate nelle quali sia rinvenibile un «*déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*»<sup>71</sup>. Con ciò, in primo luogo, si è venuta a determinare una complessa sovrapposizione di discipline giuridiche applicabili alla fattispecie di squilibrio nel *contrat d'adhésion*, attualmente presa in considerazione, oltre che dal riformato codice civile, dal *Code du commerce* (art. 442-6.I) e dal *Code de la consommation* (artt. L 212-1 ss.)<sup>72</sup>. Ma soprattutto, ai fini della presente analisi, è rilevante osservare che, rispetto alle ambizioni di attrattività esplicitamente sottese alla riforma, la generalizzazione del controllo contenutistico sul contratto «*structurellement déséquilibrés*»<sup>73</sup> ha reso il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti francese ispirato da una linea di politica del diritto, e da puntuali previsioni normative, che, altrove, sono già state inquadrare come fattori capaci di scoraggiare le imprese ad adottare una data legislazione nazionale, orientando la scelta della *lex contractus* verso altri sistemi giuridici<sup>74</sup>.

*des obligations en France. 5e journées franco-allemandes*, Paris, 2015, p. 107 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del Code civil*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 1 ss.

<sup>68</sup>, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 171; D. MAZEAUD, *Observations conclusives*, in *RDC hors-série*, April 2016, p. 4. In Italia, con osservazioni anche critiche su questo approccio, v. G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss., spec. p. 701 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 627 ss., a p. 631.

<sup>69</sup> Cfr. tra gli altri F. CHÉNÉDÉ, *La réforme du droit des contrats*, in *AJ Famille*, 2016, p. 129; M. GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rev. des contrats*, 2015, p. 720 ss.; L. AYNÈS, *The Content of Contracts: Prestation, Objet, but No Longer la Cause?*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford-Portland, 2017, p. 139 ss.

<sup>70</sup> È la conclusione cui perviene E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil française*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 31 ss., a p. 35 s., la quale in particolare sottolinea che « [i]l pagamento per aver cancellato la complessità della causa è altissimo: consiste in una nuova complessità legata ai vuoti da colmare rispetto all'approccio tipologico utilizzato rispetto alla *cause dell'engagement* e alla causa dell'arricchimento; consiste nell'incertezza dogmatica che ora vive l'interprete nel rapporto fra *cause* e *consideration*; consiste nelle incertezze pratiche relative alla sorte dell'atto nudo, dell'atto astratto e della *caducité*».

<sup>71</sup> Cfr. F. CHÉNÉDÉ, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil*, in *Semaine Juridique*, 2016, p. 776 ss.; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 4 ss.

<sup>72</sup> Cfr. J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats, entre continuité et européanisation*, cit., p. 22 s.; e criticamente, P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, vol. II, p. 1887 ss., a p. 1903 s., secondo il quale «sarebbe stato preferibile che il Code civil dettasse una disciplina unitaria, sia pure prevedendo alcune norme speciali a favore dei consumatori».

<sup>73</sup> Cfr. su tutti T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Rec. Dalloz*, 2015, p. 1217 ss.; nonché ID., *Une philosophie générale?*, in *Rev. des contrats*, 2016, Hors-série, p. 5 ss.

<sup>74</sup> È quanto empiricamente ravvisato in Germania, ove il controllo contenutistico esteso ai rapporti negoziali d'impresa introdotto con il noto *AGB-Gesetz (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)* del 9 dicembre 1976 - BGBl. I 3317) è comunemente ritenuto fattore capace di orientare la scelta dei contraenti, invitandoli a sottoporre il contratto alla legge svizzera o inglese: cfr. in dettaglio, tra gli altri, H. EIDENMÜLLER, *The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations*, cit., p. 720 ss.; con riferimento alla riforma francese, v. in tal senso P. STOFFEL-MUNCK, *The Revolution in Unfair Terms*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, cit., p. 143 ss., secondo il quale la sfiducia delle parti contrattuali sofisticate rispetto alla capacità dei giudici ordinari di sviluppare criteri soddisfacenti per valutare se sussista il significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti potrebbe, in contrasto con gli intendimenti della riforma, ad una fuga dal diritto e dalle corti francesi.



## 5. La concorrenza «verso i formanti sovranazionali»: prospettive per la ricodificazione.

La precedente ricostruzione sembra confermare le conclusioni già autorevolmente formulate dalla  
42 quella dottrina europea che ha messo in luce come, nel settore civilistico, di là da generici riferimenti rinvenibili nel dibattito gius-politico, mancano concrete evidenze della sussistenza di scelte di normazione che siano orientate, sul lato dell'offerta legislativa, alla produzione di regole ispirate, secondo una logica strettamente mercantilistica, dalle preferenze manifestate dai consociati quali destinatari ultimi del precetto<sup>75</sup>.

Da un lato, ciò induce a guardare con perplessità ad una lettura della competizione tra ordinamenti intesa come fenomeno che – non limitandosi alla descrittiva presa d'atto di un qualche margine di *forum shopping* attualmente disponibile per i privati – pretenda di inquadrare i legislatori nazionali come produttori di norme il cui contenuto possa dirsi effettivamente finalizzato ad attrarre i soggetti del diritto. Il che può forse assumere toni tranquillanti per quella parte della dottrina che invita a riflettere criticamente su come una effettiva competizione tra ordinamenti potrebbe comunque essere affetta da «effetti distorsivi», e quindi non necessariamente esaurirsi con la prevalenza del sistema di regole considerabile, in assoluto, «migliore». È ad esempio questo il risultato prevedibile a fronte di preferenze assunte sulla base di scelte orientate da strategie processuali guidate dalle prassi degli studi legali internazionali (anche sulla scorta del razionale disinteresse del cliente), ovvero dalla ricerca delle soluzioni occasionalmente più convenienti per la regolazione di specifici interessi in conflitto<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. S. VOGENAUER, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, cit., p. 77, il quale, anche a fronte di una ampia ricostruzione di ricerche empiriche condotte negli ultimi anni, così concludeva: «Legislators and courts do not visibly engage in law reform to improve these regimes so as to make them more attractive for business and thus 'fit for competition'. The mere coexistence of various regulatory regimes does not necessarily lead to competitively driven lawmaking».

<sup>76</sup> Cfr. puntualmente K.A. KERN, *Wettbewerbsverzerrungen im Wettbewerb der Rechtsordnungen – Die vergessene Seite der Medaille*, in *GreifRecht*, 2014, p. 114 ss., spec. p. 122 s.; e adesivamente P. MANKOWSY, *Rechtskultur*, Tübingen, 2016, p. 504; nonché, ancora con riguardo alla recente riforma francese, v. S. ROWAN, *Termination for contractual non-performance*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, cit., p. 330 ss., la quale pur a fronte di un sostanziale apprezzamento delle soluzioni in tema di risoluzione per inadempimento, sottolinea che l'avvenuto riconoscimento al giudice di un potere di ordinare l'esecuzione in forma specifica potrebbe comunque

Al tempo stesso, tuttavia, tale conclusione, lungi dall'esaurire il rilievo del tema in queste pagine esaminato, suggerisce di guardare con più attenzione ad altro tipo di interazione ravvisabile tra i legislatori degli Stati membri, concentrandosi su una dinamica che, pur sempre latamente concorrenziale, appare più strettamente connessa ai processi sovranazionali di riavvicinamento normativo.

È stato recentemente osservato come sia oggi centrale nell'evoluzione del diritto privato europeo una puntuale riflessione sulle modalità di attuazione dei principi posti dal diritto unionista, a partire dalle norme apicali dei Trattati e delle Carte dei diritti, mediante tecniche che non possono che tenere in conto il mutare del sistema delle fonti e delle posizioni soggettive dei privati, imponendo un'attenta opera di rideterminazioni di concetti e categorie tradizionali<sup>77</sup>. In questa prospettiva, sviluppando quanto già anticipato in apertura, deve prendersi atto di come le politiche di armonizzazione adottate nel quadro europeo, pure a prescindere da quale sia la loro fonte (legislativa, giurisprudenziale, dottrina), siano alle volte il frutto di un processo dinamico che porta all'affermazione, su scala continentale, di soluzioni normative adottate a partire da singoli sistemi nazionali, e di lì rivelatesi capaci di attrarre, anche in virtù della loro *pertinenza* (nonché della vicinanza ai principi fondamentali del diritto UE), il diffuso consenso da parte della comunità degli operatori del diritto, e dunque dei formanti giuridici sovranazionali<sup>78</sup>.

Il punto può essere preliminarmente illustrato attraverso un esempio che pare particolarmente efficace, in quanto tratto da un settore svincolato dalle logiche patrimonialistiche comunemente associate alle tesi della concorrenza tra ordinamenti, intesa nella sua basilare formulazione. Se la recente emanazione della l. 20 maggio 2016, n. 76, con l'ormai compiuta introduzione in Italia dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, è inevitabilmente destinata a stemperare l'ampia mole di contenzioso che fino a pochi mesi fa ha visto impegnate le nostre corti con richieste di riconoscimento di vincoli familiari formati in altri ordinamenti europei<sup>79</sup>, resta

costituire un elemento di incertezza capace di orientare le parti verso la scelta del diritto inglese.

<sup>77</sup> V. quanto da ultimo sostenuto da G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 143 ss., a p. 152 s.

<sup>78</sup> Cfr. ad esempio, secondo questo modello, R. BRAY, C. FASONE, *Foreign Influence' in EU Lawmaking: The Case of the European Parliament*, in N. LUPO, L. SCAFFARDI (eds.), *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, Den Haag [Eleven Publishing], 2014, p. 45 ss.

<sup>79</sup> Cfr. da ultima la vicenda, assurta alle cronache politiche, risolta da Cons. Stato, sez. III, 1 dicembre 2016, n. 5047, in *Foro*



comunque indiscutibile che proprio l'analisi comparativa sia stata determinante nel mutamento di indirizzo con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha nel tempo aperto ad una lettura della «vita familiare» di cui all'art. 8 CEDU come nozione atta a ricomprendere anche le convivenze omosessuali<sup>80</sup>. Come noto, infatti, un argomento largamente impiegato dai giudici di Strasburgo è stato quello fondato sul riscontro di un sempre più diffuso «consensus» tra i Paesi del Consiglio d'Europa intorno al riconoscimento del rilievo legale dell'unione *same sex*, cui si è andata accompagnando, in parallelo, una progressiva riduzione del grado di discrezionalità d'intervento legittimamente esercitabile dai singoli sistemi nazionali<sup>81</sup>. Ebbene, leggendo con approccio giusrealistico un provvedimento come quello che ha in passato visto condannare l'inerzia del legislatore italiano sul tema<sup>82</sup>, viene da chiedersi se un simile sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali non sia esso stesso in qualche misura il portato di una dinamica 'concorrenziale', ove la tutela di un certo interesse – più che radicarsi *ab origine* nei testi delle Carte – si manifesta come un fenomeno evolutivo, attraverso una richiesta di adeguamento dei singoli ordinamenti rispetto alle solu-

zioni adottate dapprima in alcuni sistemi, e sulle quali converge nel tempo la maggioranza delle legislazioni nazionali (al limite, in quanto espressione di valori che si mostrano comuni, fondanti l'identità europea)<sup>83</sup>.

Generalizzando questa prospettiva investigativa, ed estendendola anche settori non direttamente connessi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, può trovarsi una valida modalità attuativa di quell'attività di «ricognizione inventiva» del diritto europeo che richiede ancora oggi di coniugare le distinte categorie ordinanti dei diritti nazionali secondo il criterio dell'unità nella diversità<sup>84</sup>.

Un'analisi condotta a partire da simili premesse potrà utilmente prendere spunto da quelle opzioni normative che, elaborate da singoli legislatori statali, siano risultate nel tempo alla base delle soluzioni di armonizzazione formalizzate dal legislatore comunitario<sup>85</sup>, accolte nei progetti accademici del diritto uniforme,<sup>86</sup> ovvero valorizzate dalla dottrina europea, assumendo per tal via un ruolo di carattere precettivo o promozionale (come elementi di interpretazione del diritto vigente ovvero come *tool box* per la formulazione di nuove riforme legislative)<sup>87</sup>.

Sebbene non possano essere compiutamente sviluppati in questa sede, questi indirizzi metodologici costituiscono con tutta evidenza un momento imprescindibile per una realistica valutazione sulla

it., 2017, III, c. 11 ss. con note di G. CASABURI, *Dalla parte degli infedeli: il Consiglio di Stato apre, di fatto, alla trascrizione dei matrimoni omosessuali*; A. TRAVI, *La competenza all'annullamento della trascrizione del matrimonio celebrato all'estero fra persone dello stesso sesso*.

<sup>80</sup> V. ovviamente Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, causa n. 30141/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137 ss., con nota di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*; prima, in sequenza, cfr. altresì Corte EDU, 27 settembre 1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, cause 31417/96 e 32337/96; Corte EDU, 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*, cause 33985/96 e 33986/9; Corte EDU, 21 marzo 2000, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, causa 33290/96; 26.2.2002, Corte EDU, *Fretté c. Francia*, causa 36515/97; Corte EDU, 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*, causa 40016/98; Corte EDU, 2 marzo 2010, *Kozak c. Polonia*, causa 13102/02. Per un inquadramento della decisione *Schalk e Kopf* anche a fronte dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana, v. per tutti P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 ss.

<sup>81</sup> Per (condivisibili) riflessioni critiche sulla difficile compatibilità tra sistema dei diritti fondamentali e argomentazione giuridica fondata sulla vincolatività dell'opzione maggioritaria, v. E. NAVARRETTA, voce *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2014, p. 343 ss., a p. 357; nonché A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 181 ss., spec. p. 202.

<sup>82</sup> Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari et al. C. Italia*, cause n. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 918 ss., e cfr. altresì il commento di L. LENTI, *Prime note a margine del caso Oliari c. Italia*, *ivi*, 2015, II, p. 575 ss.; nonché sulla connessione tra questa decisione e le scelte compiute dal legislatore italiano con l'adozione della l. n. 76/2016, v. C.M. BIANCA, *Commento sub art. 1*, in *Id.* (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017, p. 1 ss.

<sup>83</sup> Cfr. diffusamente, in questa prospettiva, F. CAGGIA, *La complessità nei diritti fondamentali della famiglia nello spazio europeo*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, cit., vol. I, p. 473 ss., spec. p. 486 s.; e sebbene in termini critici, ma comunque confermando il peso dell'argomento comparatistico nelle valutazioni della Corte EDU, v. altresì F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2017, p. 997 ss., a p. 1018.

<sup>84</sup> Cfr. G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, cit., p. 153, il quale richiama, sul punto, l'insegnamento di P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. XI.

<sup>85</sup> V. ad esempio, per concreti riscontri sul ruolo dei legislatori nazionali nell'offrire soluzioni a disposizione delle istituzioni UE, H. EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, cit., p. 877 ss. (con riguardo al sistema inglese), e in termini più generali, v. già ; e pur in una prospettiva non specificamente radicata sul terreno argomentativo della concorrenza tra ordinamenti, V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Id.*, *Il contratto del duemila*, cit., p. 1 ss., a p. 8.

<sup>86</sup> V. da ultimo P. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *ZEuP*, 2018, p. 838 ss.; e prima, sebbene con esclusivo riguardo al DCFR, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *69 Cambridge Law Journ.* (2010), p. 98 ss.

<sup>87</sup> Cfr. di recente, con metodo applicato al diritto contrattuale europeo, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *European Contract Laws: Foundations, Commentaries, Synthesis* in *IDD.* (eds.), *Commentaries on European contract laws*, Oxford, 2018, p. 1 ss.

*pertinenza* delle regole di un codice civile che, anche in vista di una sua riforma, voglia considerarsi pienamente integrato nello spazio giuridico europeo.