

RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

nuova serie semestrale

$\frac{2}{2004}$

ESTRATTO



Ordine degli Avvocati di Perugia

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

IL GIUDICE COMUNITARIO E L'ELABORAZIONE DEI PRINCIPI DI DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

*A proposito del concetto di "compensazione"
nella causa Commissione/CCRE (C-87/01)*

SOMMARIO: 1. *La compensazione come principio del diritto comunitario.* 2. *Le obbligazioni nella giurisprudenza comunitaria.* 3. *La giurisprudenza e l'elaborazione dei concetti in materia delle obbligazioni della Comunità.* 3.1 *Le obbligazioni della Comunità come conseguenza della responsabilità amministrativa.* 3.1 *Le obbligazioni della Comunità come conseguenza della responsabilità amministrativa.* 3.2 *Possibile rilievo della giurisprudenza in materia di obbligazioni.* 4. *Metodi di elaborazione dei principi di diritto comunitario delle obbligazioni.* 4.1 *Le "lacune" nel diritto comunitario delle obbligazioni.* 4.2 *Le fonti "esterne" dei principi comunitari in materia di obbligazioni.* 5. *I principi generali in diritto comunitario e la funzione creativa della giurisprudenza.* 6. *Aspetti problematici dell'approccio teorico sui principi della giurisprudenza comunitaria.* 6.1 *Il problema delle lacune.* 6.2 *La funzione integrativa della giurisprudenza comunitaria.* 6.3 *Il potere normativo della giurisprudenza comunitaria.* 7. *I principi generali e ordinamento comunitario.* 7.1 *La compensazione dalla prospettiva del diritto comunitario.* 7.2 *I principi generali in materia di obbligazioni e la coerenza dell'ordinamento comunitario.* 7.3 *Il ricorso ai diritti degli stati membri e alla comune origine storica.* 8. *I principi elaborati dalla giurisprudenza e la costruzione del diritto comunitario delle obbligazioni.*

1. La compensazione come principio del diritto comunitario

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 10 luglio 2003 (nella Causa C-87/01 P, Commissione/ Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE), Racc. 2003 p. I-07617), affronta la questione dell'ammissibilità, per l'ordi-

namento comunitario, della "compensazione" e cioè dell'estinzione simultanea di "due obbligazioni esistenti reciprocamente tra due persone" (v. punto 59 della sentenza); in particolare con riferimento ai rapporti creditorî tra la Commissione ed un altro soggetto.

In effetti, al momento in cui sorgeva la controversia, le fonti comunitarie non contemplavano in modo esplicito il potere della Commissione di opporre la compensazione a fronte di reciproche situazioni debitorie e creditorie.

L'avvocato generale Léger, nelle sue conclusioni presentate il 17 settembre 2002, partendo dalla considerazione che "In mancanza di regole espresse in materia e per stabilire se la decisione controversa abbia un fondamento giuridico, è necessario richiamarsi ai principi di diritto comunitario applicabili all'attività della Commissione" (conclusioni, punto 59), argomenta che la compensazione deve considerarsi "un principio generale di diritto comunitario" (v. punto 55 delle conclusioni e altrove) e che deve essere ammessa quando sussistono almeno quattro condizioni (v. punto 68 delle conclusioni): la *reciprocità* dei debiti, per cui la Commissione e la persona fisica o giuridica dovrebbero essere allo stesso tempo creditrici e debentrici l'una dell'altra; l'esistenza di *debiti in denaro*; l'*esigibilità* dei debiti, per cui nel momento in cui si attua la compensazione, i debiti dovrebbero poter essere immediatamente riscossi e non essere soggetti a termine o a condizione; la *certezza* dei debiti *quanto ad esistenza ed ammontare*, requisito che escluderebbe i crediti futuri o incerti, oltre che i crediti di cui non è ancora noto l'importo.

La Corte di Giustizia, nella successiva sentenza, sostanzialmente riconosce la legittimità della compensazione nel diritto comunitario, con ciò richiamandosi alla sua precedente giurisprudenza sul tema nelle cause *Deka / CEE* (sentenza 1° marzo 1983, 250/78, Racc. p. 421); *Continental Irish Meat* (sentenza 15 ottobre 1985, 125/84, Racc. p. 3441) e *Bent Jensen e Korn og-Foderstofkompagniet A/S* (sentenza 19 maggio 1998, C-132/95, Racc. p. I-2975).

Comunque, la Corte non ritiene che la compensazione possa applicarsi al caso di specie, in particolare per il difetto della certezza del credito della Commissione, in quanto contestato dalla controparte (cfr. punto 63 della sentenza).

2. Le obbligazioni nella giurisprudenza comunitaria

Il caso *CCRE* è esemplificativo di una nutrita giurisprudenza comunitaria, nella quale si affrontano questioni legate all'individuazione di principi relativi alle obbligazioni.

Ciò accade soprattutto nell'esercizio delle attribuzioni del giudice comunitario, direttamente riguardanti i rapporti obbligatori tra la Comunità e gli altri soggetti: si pensi ai giudizi sulla responsabilità contrattuale (arti-

colo 238 e 288, comma 1, Trattato CE) ed extracontrattuale (articoli 235 e 288, comma 2, Trattato CE) delle istituzioni e alle cause di lavoro tra Comunità ed i suoi agenti (articolo 236 Trattato CE).

In ogni modo, il giudice comunitario utilizza nozioni direttamente o indirettamente legate al diritto delle obbligazioni, anche quando effettua il controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni (articolo 230 ss. Trattato CE) e, soprattutto, quando si occupa dell'interpretazione pregiudiziale dei Trattati e del diritto derivato (articolo 234 Trattato CE).

Dall'esame di questa giurisprudenza si può evidenziare il modo con cui il giudice comunitario pensa ai rapporti obbligatori.

a) *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*

Il concetto di obbligazione⁽¹⁾, viene costruito dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalle nozioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della Comunità, così come previste dal Trattato di Roma (cfr. gli articoli 288, 235 e 238 sopra citati).

Un gran numero di sentenze contengono la definizione della responsabilità extracontrattuale⁽²⁾, che sussiste quando in una data fattispecie sono riunite tre "condizioni": l'esistenza di un danno "effettivo"⁽³⁾, di una condotta illegittima⁽⁴⁾ e di un nesso di causalità tra danno e condotta⁽⁵⁾. La respon-

⁽¹⁾ Nella giurisprudenza si considera operante, anche nel diritto comunitario, la distinzione tra diritti reali e diritti di credito, che «...*réside dans le fait que le premier, grevant un bien corporel, produit ses effets à l'égard de tous, alors que le second ne peut être invoqué que contre le débiteur*» (Corte di Giustizia, sentenza del 9 giugno 1994, *Norbert Lieber* / *Willi S. Göbel, Siegrid Göbel*, C-292/93).

⁽²⁾ V., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 4 marzo 1980, *Pool/Consiglio*, 49/79, Racc. p. 569; Id. sentenza del 15 gennaio 1987, *GAEC de la Ségaude* / *Consiglio e Commissione*, 253/84, Racc. p. 123, punti 9, 21; Id. sentenza del 4 luglio 1989, *Francesconi e.a.* / *Commissione*, 326/86 e 66/88, Racc. p. 2087; cpv. 8; Id. sentenza del Arrêt du 28 novembre 1989, *Epicheiriseon Metalleftikon Viomichanikon kai Naftiliakon e.a.* / *Commissione e Consiglio*, C-122/86, Racc. p. 3959, cpv. 8). Per la dottrina, tra gli altri, PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Athenes-Bruxelles, 1996.

⁽³⁾ Il danno è considerato effettivo se è certo e attuale, anche se non è stata esclusa la responsabilità nel caso di danni prevedibili ed imminenti. Cfr., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 2 giugno 1976, *Kampffmeyer* / *Commissione e Consiglio*, 56-60/74, Racc. p. 711.

⁽⁴⁾ La condotta illegittima può essere anche di tipo omissivo. V., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 15 settembre 1994, *Kydep* / *Consiglio e Commissione*, C-146/91, Racc. I-4199.

⁽⁵⁾ Il nesso di causalità si verifica quando «*existe un lien de cause à effet entre la faute commise par l'institution concernée et le préjudice invoqué*». Tribunale di primo grado, sentenza del 22 ottobre 1997, *SCK et FNK* / *Commissione*, T-213/95 e T-18/96, Racc. p. II-1739, punti 39, 98.

sabilità spesso sorge senza che sia necessaria la dimostrazione dell'elemento soggettivo, e cioè del dolo o della colpa⁽⁶⁾.

Il danno, la condotta illegittima ed il nesso di causalità, sono richiesti anche per l'accertamento della responsabilità contrattuale⁽⁷⁾. Per il resto, la giurisprudenza non si sofferma sulla definizione di contratto, accontentandosi di considerare rapporto contrattuale quello che è così chiamato dalle parti o dalle fonti giuridiche. Qualora manchi questo supporto nominalistico, il giudice comunitario ricorre a criteri empirici, come quello per cui il contratto è il rapporto giuridico che sorge dall'accettazione di una parte dell'offerta dell'altra⁽⁸⁾. Un tale rapporto è considerato vincolante per le parti in virtù del principio "*pacta sunt servanda*", considerato un "principio di ordine pubblico"⁽⁹⁾. Si ricava dalla giurisprudenza che la responsabilità contrattuale presenta alcuni aspetti specifici, come quelli legati al risarcimento e alle vicende del rapporto contrattuale (v. oltre). Si ricorda, inoltre, che i giudici ritengono che se più soggetti stipulano un contratto con una istituzione, tra loro sorge un'obbligazione di tipo solidale. L'obbligazione solidale comporta, secondo la Corte di Giustizia, che ciascun obbligato è "individualmente tenuto ad adempiere l'insieme delle obbligazioni previste dal contratto in caso di inadempimento" dei coobbligati, non potendosi eccepire che l'inadempimento era riferibile agli altri contraenti⁽¹⁰⁾.

b) Altre tipologie di responsabilità

Partendo da queste due ipotesi di responsabilità, nominate nel Trattato CE, il giudice comunitario individua ulteriori fattispecie, che possono costituire fonte di obbligazioni non esplicitamente previste dalle fonti giuridiche.

E così, il giudice comunitario ha ritenuto di individuare una responsabilità da "fatto lecito" (*sans faute*) della Comunità, nel caso venga emanato un atto (anche di natura legislativa), che provoca un danno "anormale", come per esempio quello che supera i rischi economici di un certo settore produttivo⁽¹¹⁾. Anche in questo caso l'attore deve dimostrare che la condot-

⁽⁶⁾ Cfr. quanto argomentato nella sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 1999, *Commissione / SNUA* (C-69/97, Racc. p. I-2363).

⁽⁷⁾ v. Corte di Giustizia, sentenza del 20 febbraio 1997, *Intelligente systemen, Database toepassing, Elektronische diensten BV* (IDE) / *Commissione*, C-114/94.

⁽⁸⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 9 ottobre 2002, *Hans Fuchs / Commissione*, T-134/01, Racc. p. II-3909, punti 52-54; Id. ordinanza del 18 luglio 1997, *Oleifici Italiani / Commissione* (T-44/96, Racc. p. II-1331).

⁽⁹⁾ Corte di Giustizia, Sentenza del 16 giugno 1998, *Racke / Hauptzollamt Mainz* C-162/96, Racc. p. I-3655.

⁽¹⁰⁾ Corte di giustizia, sentenza del 25 febbraio 1999, *Commissione / Gariboldi Engineering Company* (C-65/97, Racc. p. I-1017) (v. punti 21 ss.).

⁽¹¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 1984, *Biovilac / CEE*, 59/83, Racc. p. 4057, cpv. 28.

ta, seppure legittima, della Comunità ha provocato il danno e che esiste il nesso di causalità tra i diversi elementi⁽¹²⁾.

La giurisprudenza, relativamente a tributi illegittimi previsti negli stati membri, ha permesso l'individuazione del principio della "ripetizione dell'indebito" pagamento⁽¹³⁾.

Il giudice comunitario ammette anche l'esistenza di un'azione contro l'ingiustificato arricchimento provocato dall'impoverimento dell'attore, al quale corrisponde un arricchimento del convenuto⁽¹⁴⁾, come nel caso in cui si richiedano gli interessi per l'illegittimo pagamento di una sanzione comminata dalla Commissione⁽¹⁵⁾.

Una costante giurisprudenza afferma poi la responsabilità precontrattuale delle istituzioni nel procedimento di formazione dei contratti⁽¹⁶⁾.

c) Ipotesi di esclusione della responsabilità

La giurisprudenza ha elaborato, in mancanza di una esplicita normativa a riguardo, diverse fattispecie di esclusione della responsabilità, come la forza maggiore, lo stato di necessità e la legittima difesa.

Si esclude l'inadempimento nelle ipotesi di "forza maggiore"⁽¹⁷⁾. Per forza maggiore si intende così una impossibilità, anche non assoluta, di adempiere ad un obbligo, qualora detta impossibilità sia stata prodotta da circostanze "anormali" ed estranee all'obbligato, nonostante questi abbia utilizzato la diligenza necessaria⁽¹⁸⁾. La Corte ritiene, inoltre, che si ravvisi la

⁽¹²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 15 giugno 2000, *Dorsch Consult / Consiglio e Commissione*, C-237/98 P, Racc. I-4549, punto 19.

⁽¹³⁾ V., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 9 dicembre 2003, *Commissione / Repubblica italiana*, C-129700, non pubblicata; Id. sentenza del 15 settembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) / Ministero delle Finanze*, C-231/96, non pubblicata; Id. sentenza del 15 settembre 1998, *Ansaldo Energia SpA e a. / Amministrazione delle Finanze dello Stato e a.* C-279/96, C-280/96 e C-281/96, non pubblicata.

⁽¹⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza dell'11 luglio 1968, *Danvin / Commissione*, Racc. 1968, p. 464.

⁽¹⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 1990, *Grecia / Commissione*, C-259/87, Racc. pag. I-2845, pubblicazione sommaria, punto 26; Tribunale di primo grado, sentenza del 10 ottobre 2001, *Corus UK / Commissione*, T-171/99, Racc. p. II-2967.

⁽¹⁶⁾ V., per esempio, Tribunale primo grado, 17 dicembre 1998, causa T-203/96, *Embassy Limousines & Services / Parlamento europeo*; Id., 29 ottobre 1998, causa T-136/96, *Team Srl / Commissione*.

⁽¹⁷⁾ Per la dottrina v. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, cit., p. 272 ss.

⁽¹⁸⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Köster*, 25-70, Racc. p. 1161. Conformi: Corte di Giustizia, sentenza del 28 maggio 1974, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Pfützenreuther*, 3-74, Racc. p. 589; Id. sentenza del 30 maggio

“forza maggiore” anche se l’inadempimento poteva essere evitato, ma sopportando un eccessivo sacrificio⁽¹⁹⁾.

Per quanto riguarda la legittima difesa, questa consisterebbe in una violazione del diritto comunitario, necessaria per evitare un pericolo che minacci l'autore del fatto; ciò quando le minacce siano dirette, il pericolo imminente e non ci sia altro modo legittimo di farvi fronte⁽²⁰⁾.

Lo stato di necessità, inoltre, può essere invocato in corrispondenza di una “minaccia reale”, purché questa non sia stata provocata da chi ha posto in essere la condotta illegittima⁽²¹⁾.

d) *Conseguenze della responsabilità*

Le conseguenze della responsabilità sono legate soprattutto al risarcimento del danno, oltre che alle sanzioni amministrative comminate dalla Commissione⁽²²⁾.

Nella giurisprudenza comunitaria si ammette la risarcibilità del danno emergente, costituito da “gli oneri e le spese sopportati” ed il “lucro cessante”. Quest'ultimo è escluso nei casi di asserita responsabilità precontrattuale delle istituzioni, poiché riguarda danni “futuri ed ipotetici”⁽²³⁾. Il suo riconoscimento avrebbe lo stesso effetto del contratto concluso, anche se ciò non è avvenuto, pure se a causa della responsabilità dell'istituzione. Il risarcimento del lucro cessante è quindi ammesso soltanto nel caso di responsabilità contrattuale⁽²⁴⁾.

1984, *Ferriera Vittoria / Commissione*, 224/83, Racc. p. 2349, punto 13; Id. sentenza del 12 luglio 1984, *Ferriera Valsabbia / Commissione*, 209/83, Racc. p. 3089, cfr. cpv. 21; Id. sentenza del 17 settembre 1987, *Commissione / Grecia*, 70/86, Racc. p. 3545, punto 8; Id. sentenza del 27 ottobre 1987, *Theodorakis / Grecia*, 109/86, Racc. p. 4319, punto 7; Id. sentenza del 8 marzo 1988, *McNicholl / Minister for Agriculture*, 296/86, Racc. p. 1491, punto 11; Id. sentenza del 10 luglio 1990, *Grecia / Commissione*, C-335/87, Racc. p. I-2875, punto 22; Id. sentenza del 22 gennaio 1986, *Denkavit France / FORMA*, 266/84, Racc. p. 149, cav. 27; Id. del 5 febbraio 1987, *Denkavit / Stato belga*, 145/85, Racc. p. 565, punto 11.

⁽¹⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Köster*, 25-70, Racc. p. 1161; Id. sentenza del 28 maggio 1974, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Pfützenreuther* 3-74, Racc. p. 589.

⁽²⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1962, *Acciaiere ferriere e fonderie di Modena / Haute Autorité*, 16-61, Racc. p. 547.

⁽²¹⁾ V. soprattutto Corte di Giustizia, sentenza dell'11 maggio 1983, *Klößner-Werke AG / Commissione*, Racc. 1983, p. 1508. V. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, cit., p. 275 ss.

⁽²²⁾ In diritto comunitario è presente la distinzione tra “liquidate damages” e cioè il risarcimento preventivamente determinato e la “penalty” e cioè la sanzione pecuniaria amministrativa. V. Contratti tipo per il Sesto Programma Quadro di RST, approvato con Decisione del 17 marzo 2003.

⁽²³⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 29 ottobre 1998, *TEAM Srl / Commissione*, T-13/96, 29.

⁽²⁴⁾ Infatti, come è stato deciso: «Nella fattispecie è stato provato che l'illecito

Con particolare riguardo ai casi di responsabilità non contrattuale, il risarcimento riguarda soltanto le conseguenze sufficientemente dirette⁽²⁵⁾. Non è generalmente considerato rilevante, pertanto, il danno morale⁽²⁶⁾, a meno che non si dimostri un "pregiudizio reale e certo"⁽²⁷⁾.

La giurisprudenza comunitaria ritiene che un ritardo nel pagamento implichi un danno per il quale il creditore dev'essere risarcito, attraverso gli interessi moratori⁽²⁸⁾. Gli interessi di mora rappresentano un risarcimento forfetario e astratto, e la relativa domanda giudiziale non dev'essere motivata in modo specifico. Gli interessi possono essere richiesti anche sulla somma dovuta a titolo di risarcimento nel caso di responsabilità extracontrattuale⁽²⁹⁾.

e) *Vicende dei rapporti obbligatori*

La compensazione, di cui si occupa la giurisprudenza nel caso *CCRE* e nelle altre sentenze citate, è solo una delle fattispecie che riguardano le vicende dei rapporti obbligatori.

Nelle sentenze dei giudici comunitari si trovano diversi accenni all'adempimento, alla diligenza, alla cessione⁽³⁰⁾ e, per quanto riguarda in modo specifico i contratti, alla nullità, all'errore, al recesso, alla risoluzione. In parti-

commesso dal Parlamento è tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità. Per contro, non sussiste alcuna responsabilità contrattuale. Di conseguenza, non è fondata la richiesta della ricorrente di richiedere un risarcimento per il mancato guadagno, poiché ciò corrisponderebbe a far produrre effetti ad un contratto mai esistito» Tribunale di primo grado, sentenza del 17 dicembre 1998, *Embassy Limousines & Services / Parlamento Europeo*, T-203/96.

⁽²⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 4 ottobre 1979, *Dumortier / Consiglio*, 64 e 113/76, 167 e 239/78, 27, 28 e 45/79, Racc. p. 3091

⁽²⁶⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 8 ottobre 1986, *Leussink-Brummelhuis / Commissione*, 169/83 e 136/84, Racc. p. 02801, punti 21-22; Tribunale di primo grado, sentenza del 21 marzo 1996, *Farrugia / Commissione*, T-230/94, Racc. p. II-195, punti 42, 46

⁽²⁷⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 28 gennaio 1999, *BAI / Commissione*, T-230/95, Racc. p. II-123, punti 38-39.

⁽²⁸⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 9 ottobre 2002, *Hans Fuchs / Commissione*, T-134/01, Racc. p. II-3909, v. punti 56-57

⁽²⁹⁾ Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 4 ottobre 1979, *Dumortier / Conseil*, 64 e 113/76, 167 e 239/78, 27, 28 e 45/79, Racc. p. 03091; Id. sentenza del 4 ottobre 1979, *Ireks-Arkady / Consiglio e Commissione*, 238/78, Racc. p. 02955; Id. sentenza del 4 ottobre 1979, *DGV / Consiglio e Commissione*, 241, 242, 245 a 250/78, Racc. p. 03017; Id. sentenza del 4 ottobre 1979, *Interquell Stärke-Chemie / Consiglio e Commissione*, 261 e 262/78, Racc. p. 3045; Id. sentenza del 18 1983, *Pauls Agriculture / Consiglio e Commissione*, 256/81, Racc. p. 1707, punto 17; Id. sentenza del 13 novembre 1984, *Birra Wührer / Consiglio e Commissione*, 256, 257, 265, 267/80, 5 e 51/81 e 282/82, Racc. p. 3693; Id. sentenza del 26 giugno 1990, *Sofrimport / Commissione*, C-152/88, Racc. p. I-2477.

⁽³⁰⁾ La giurisprudenza comunitaria si occupa anche delle altre vicende come la cessione dei crediti, in virtù della quale il cessionario subentra nella medesima

colare, diverse sentenze hanno per oggetto la validità della clausola risolutiva espressa, in favore della Commissione europea⁽³¹⁾.

L'utilizzo di queste nozioni avviene solitamente senza un ulteriore approfondimento.

3. *La giurisprudenza e l'elaborazione dei concetti in materia delle obbligazioni della Comunità*

3.1 Le obbligazioni della Comunità come conseguenza della responsabilità amministrativa

La giurisprudenza che si è esaminata non contiene certo una teoria generale sui rapporti obbligatori, e ciò per diversi motivi.

Le nozioni che vengono utilizzate sono appena abbozzate, elaborate in modo frammentario e spesso da angolazioni differenti, soprattutto per l'esigenza processuale di riferirsi a particolari fattispecie concrete. Le sentenze che contengono riferimenti alla compensazione, per esempio, si occupano di rapporti contrattuali della Commissione (come nel caso *CCRE*), di responsabilità non contrattuale (come nel caso *Deka*), di rapporti tra stati membri e soggetti di diritto (come nel caso *Bent Jensen*), di rapporti tra stati membri (così nel caso *Continental Irish Meat*).

Inoltre, i concetti relativi ai rapporti obbligatori sono elaborati a partire dalla particolare prospettiva della responsabilità. Analogamente a quanto è stato detto sotto un profilo più generale, questo approccio tende a "svincolare la responsabilità dalla sua tradizionale connotazione di obbligazione secondaria di risarcimento discendente dalla violazione di un obbligo primario"⁽³²⁾. La particolare enfasi sulla responsabilità mette poi in crisi la tradizionale distinzione tra fatto illecito e inadempimento del contratto. In effetti tutti i concetti utilizzati nelle sentenze sopra richiamate sembrano discendere da una matrice concettuale comune, che è quella della responsabilità extracontrattuale. Le altre forme di responsabilità appaiono come successive variazioni sul tema (dovute alla presenza di un contratto; all'esistenza di un procedimento per la formazione di contratto; al danno anomalo a fronte di un atto lecito).

Il modo di vedere i rapporti obbligatori tra la Comunità e gli altri soggetti, è poi fortemente legato all'origine amministrativistica di tali rap-

posizione del cedente (v. Corte di Giustizia, sentenze del 13 novembre 1984, *Birra Wührer / Consiglio e Commissione* (Cause 256, 257, 265, 267/80, 5 e 51/81 e 282/82, Racc. p. 3693, cfr. punti 10, 12).

⁽³¹⁾ Corte di Giustizia sentenza del 27 aprile 1999, *Commissione / SNUA*, C-69/97, Racc. p. I-2363.

⁽³²⁾ LIPARI, *Introduzione*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Vol. I, Padova, 1997, p. 15.

porti. Le nozioni relative alla nascita della responsabilità contrattuale e non contrattuale, all'inadempimento e alle altre vicende dei rapporti obbligatori sono elaborate a partire da altri "principi" come quello della necessità della motivazione degli atti delle istituzioni (previsto in via generale dall'articolo 253 del Trattato CE)⁽³³⁾; quello dell'obbligo del corretto utilizzo del potere discrezionale⁽³⁴⁾; il principio del legittimo affidamen-

⁽³³⁾ Anche se, occorre sottolinearlo, spesso la giurisprudenza comunitaria è fin troppo cauta, sia sulla mancanza di motivazione del provvedimento di esclusione da una gara, sia sull'esistenza di un obbligo, da parte della Commissione, a sentire preventivamente il proponente da escludere. Quanto all'obbligo di motivazione, infatti, anche recentemente si è sostenuto che «la motivazione...dev'essere adeguata alla natura dell'atto considerato. Essa deve far apparire in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'istituzione da cui promana l'atto, onde consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere alla Corte di esercitare il proprio controllo» (Corte di Giustizia, sentenza del 14 maggio 1998, C-48/96 P, *Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG / Commissione*). Ciò detto tuttavia «Emerge... dalla predetta giurisprudenza come non si possa esigere che la motivazione di un atto specifichi i vari elementi di fatto e di diritto che ne costituiscono l'oggetto, qualora l'atto stesso sia in armonia con il contesto normativo di cui fa parte». Secondo la Corte un provvedimento di esclusione da una gara è motivato se le norme alla base di detto procedimento, fissano i criteri di scelta, rendendo così superflua una dettagliata motivazione individuale. La Corte di Giustizia, inoltre, non ritiene che sussista un obbligo di ascoltare il partecipante alla selezione prima del provvedimento di esclusione, quando la Commissione abbia stabilito che l'audizione degli interessati avvenga soltanto nel caso lo richieda la Commissione medesima. Questa posizione presta il fianco a diverse critiche, soprattutto perché nella stessa sentenza (la già citata sentenza della Corte di Giustizia, del 14 maggio 1998, causa C-48/96 P, *Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG / Commissione*) la Corte sostiene di partire dal principio per cui «Emerge dalla giurisprudenza della Corte (v., in tale senso, la sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano / Commissione*, Racc. pag. I-2885, punti 39 e 40) che il dovere di sentire gli interessati prima dell'emanazione dell'atto che li interessa sussiste solamente quando la Commissione preveda l'applicazione di una sanzione o l'adozione di un provvedimento che possa incidere sulla loro situazione giuridica». Non si vede come il provvedimento di esclusione da una gara non sia idoneo ad incidere sulla situazione giuridica dell'escluso.

⁽³⁴⁾ In generale la Commissione ha un grande potere discrezionale, sia nell'applicazione dei principi e criteri di valutazione, sia nelle altre fasi del procedimento di formazione del contratto. Detto potere discrezionale, che viene costantemente sottolineato dai giudici comunitari, non può però diventare arbitrio. Anche quando la Commissione può esercitare un ampio potere discrezionale, le relative disposizioni non possono «trovare applicazione senza rischiare di infrangere i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, nel caso in cui nello svolgimento della procedura di gara una violazione del diritto comunitario abbia pregiudicato le possibilità di un offerente di ottenere un appalto» (Tribunale primo grado, sentenza del 29 ottobre 1998, causa T-136/96, *Team Srl / Commissione*). Quanto più un procedimento dell'amministrazione comunitaria è soggetto a valutazioni anche tecnicamente difficili, come avviene nella valutazione delle proposte di

to⁽³⁵⁾ e il suo "corollario" della "buona fede"⁽³⁶⁾. Tali principi vanno a loro volta inquadrati in altri principi individuati dalla giurisprudenza comunitaria, come il "principio della legalità" e quello della "sicurezza giuridica"⁽³⁷⁾.

3.2 Possibile rilievo della giurisprudenza in materia di obbligazioni

La giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti obbligatori della Comunità, seppure con i limiti imposti dalla prospettiva processuale e dalla particolare origine amministrativistica, evidenzia una vocazione a individuare concetti più generali, che possano essere applicati all'intera materia dei rapporti obbligatori. Lo stesso giudice afferma di elaborare nozioni di diritto delle obbligazioni⁽³⁸⁾, che vanno poi collocate all'interno dello spe-

partecipare ad un programma di RST, tanto più è necessario il rispetto di tutte le norme che sovrintendono il procedimento. Infatti «proprio nei casi in cui le istituzioni comunitarie dispongano di un tale potere discrezionale, il rispetto delle garanzie procedurali derivanti dall'ordinamento comunitario assume un'importanza ancor più fondamentale. Tra queste garanzie figurano specificatamente l'obbligo per l'istituzione competente d'esaminare, con cura e imparzialità, tutti gli elementi rilevanti per il caso di specie; il diritto per l'interessato di far conoscere il proprio punto di vista e quello di veder motivata la decisione in modo sufficiente. È solo così che la Corte può verificare se tutti gli elementi di fatto e di diritto da cui dipende l'esercizio del potere discrezionale sono stati considerati» (Corte di Giustizia, sentenza del 21 novembre 1991 n. 269, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1992, 1029).

⁽³⁵⁾ Il principio della "*confiance légitime*" è stato affermato nella sentenza *Lemmerz-Werke* del 1965, nei rapporti tra soggetti giuridici e Istituzioni e poi utilizzato in altre materie, come nel rapporto di pubblico impiego. Secondo il giudice comunitario, infatti, va tutelato il soggetto in capo al quale l'amministrazione ha fatto nascere "fondate speranze" ad una data prestazione. V. Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 1973, *Commissione/Consiglio*, Racc., 1973, e concl. Werner, p. 588; Id. sentenza del 14 maggio 1975, *CNTA / Commissione*, 74-74, Racc. p. 533; Id. sentenza del 1 ottobre 1987, *Regno Unito / Commissione*, 84/85, Racc. 1987, p. 3791; Id. sentenza del 19 maggio 1993, *Twijnstra / Minister von Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Racc. 1993, I, p. 2476; Tribunale di primo grado, sentenza dell'11 luglio 1996, *Ortega Urretavizcaya / Commissione*, T-587/93, Racc. p. II-1027, punto 57. Per la dottrina v. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Athenes-Bruxelles, 1996, p. 227 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 5 giugno 1996, *Günzler Aluminium / Commissione*, T-75/95, Racc. p. II-497; Id., sentenza del 22 gennaio 1997, *Opel Austria / Consiglio*, T-115/94, Racc. p. II-39, punti 90-91, 93-94.

⁽³⁷⁾ Il principio della legalità consiste nella necessità del rispetto del diritto comunitario e viene considerato un principio che tutela l'interesse pubblico; il principio di sicurezza giuridica prevede che le regole siano certe, senza ambiguità e dalle conseguenze prevedibili. V. per esempio, Tribunale di primo grado, sentenza del 14 luglio 1997, *Interhotel / Commissione*, T-81/95, Racc. p. II-1265; Id. sentenza del 22 gennaio 1997, *Opel Austria / Consiglio*, T-115/94, Racc. p. II-39, punto 124.

⁽³⁸⁾ Il Giudice comunitario determina per esempio la nozione di "forza maggiore" astruendo dalla disciplina specifica (v. la nota successiva). Cfr. Corte di Giusti-

cifico “quadro legale” ed in particolare con riferimento alla disciplina di una data fonte⁽³⁹⁾.

La giurisprudenza sul principio di compensazione e sugli altri principi di diritto delle obbligazioni è solitamente poco conosciuta.

Da un lato, infatti, la dottrina che si occupa delle obbligazioni nel diritto comunitario, lo fa soprattutto con riferimento alla normativa comunitaria destinata all'armonizzazione (v. il successivo paragrafo 4.1). Sotto il profilo dei rapporti tra Comunità e altri soggetti, vi sono molteplici studi sulla responsabilità extracontrattuale⁽⁴⁰⁾, pochissimi contributi sulla responsabilità contrattuale⁽⁴¹⁾ e praticamente nessun riflessione sulle altre fonti di obbligazioni.

D'altro lato, quando ci si occupa dei principi generali di diritto comunitario si presta attenzione soprattutto a quelli “di natura costituzionale” (per utilizzare l'espressione dell'avvocato generale Léger), come i diritti fondamentali, il principio della difesa, della parità di trattamento, della proporzionalità, della sicurezza giuridica. Questi ultimi, infatti, sembrano riguardare gli aspetti fondamentali della costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario: i rapporti tra istituzioni; quelli tra l'Unione e la Comunità con gli stati membri; la posizione dei cittadini nei confronti dell'ordinamento⁽⁴²⁾. Principi come la compensazione non hanno, come afferma l'avvocato generale nella causa *CCRE*, una “natura costituzionale” e cioè il rilievo di “una norma superiore o equivalente a quelle sancite dal Trattato”⁽⁴³⁾.

zia, sentenza del 30 maggio 1984, *Ferriera Vittoria / Commissione*, 224/83, Racc. p. 2349, punto 13; Id. sentenza del 17 settembre 1987, *Commissione / Grecia*, 70/86, Racc. p. 03545, punto 8; Id. sentenza del 9 febbraio 1984, *Busseni / Commissione*, 284/82, Racc. p. 557, punto 11.

⁽³⁹⁾ Cfr. la giurisprudenza sulla “forza maggiore”: Corte di Giustizia, sentenza del 11 luglio 1968, *Schwarzwalddmilch GmbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette* (4-68, Racc. p.00549); Id. sentenza del 30 gennaio 1974, *Kampffmeyer / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 158-73, Racc. p.101; Id. sentenza del 12 luglio 1979, *Rumi / Commissione*, 149/78, Racc. p. 2523.

⁽⁴⁰⁾ La maggior parte della dottrina citata in questo articolo, a proposito dei principi di diritto, si occupa della responsabilità extracontrattuale.

⁽⁴¹⁾ V. TIZZANO., *Capacità privatistica e competenza contrattuale delle Comunità europee*, in *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 1978, 5 ss.; Id., *Il ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv.dir.intern.* 1994, 922 ss.; DRAETTA, *Corte di Giustizia CEE e contratti internazionali: l'art. 181 del Trattato di Roma*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1989, 131 ss.

⁽⁴²⁾ Sono questi i principi con cui la Corte di Giustizia ha “costituzionalizzato” l'ordinamento comunitario. Sul punto Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, trad. ital. di *The Constitution of Europe*, Bologna, 2003, p. 45 ss.

⁽⁴³⁾ L'attività della giurisprudenza comunitaria, in questi casi, condurrebbe così a individuare regole per apprezzare la validità degli atti comunitari (ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994,

La compensazione sarebbe invece una regola di carattere meramente legislativo o amministrativo. In quanto tale "non modificherebbe in nulla i diritti nazionali in materia di compensazione dei crediti, ma si limiterebbe a disciplinare i diritti e le obbligazioni della Comunità verso gli Stati membri e i privati" (v. punti 61 e 62 delle conclusioni).

I principi relativi alle obbligazioni appaiono comunque interessanti, in primo luogo sul piano pratico, poiché riguardano oramai un gran numero di rapporti tra la Comunità e gli altri soggetti (si pensi solo ai rapporti derivanti dall'attuazione dei programmi comunitari).

Questi principi giurisprudenziali sembrano degni di rilievo in secondo luogo sul piano teorico, perché danno modo di affrontare la questione di quale sia la rilevanza giuridica delle nozioni di diritto che contengono.

4. *Metodi di elaborazione dei principi di diritto comunitario delle obbligazioni*

Per affrontare la questione della rilevanza dei principi di diritto delle obbligazioni contenute nella giurisprudenza comunitaria è opportuno occuparsi di come questi principi sono elaborati.

4.1 Le "lacune" nel diritto comunitario delle obbligazioni

I principi in materia di obbligazioni sono elaborati solo in minima parte a partire da esplicite norme di diritto comunitario.

In effetti, l'ordinamento giuridico comunitario sembra mancare di una vera e propria disciplina dei rapporti obbligatori.

Il diritto comunitario appare limitarsi a regolare solo alcuni aspetti delle obbligazioni, per di più in modo frammentario e spesso incoerente. Ciò si avverte sia nella disciplina destinata all'avvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di obbligazioni, sia nella normativa comunitaria che regola i rapporti tra istituzioni e soggetti di diritto.

La frammentarietà e l'incoerenza del diritto comunitario in materia di obbligazioni emergono dagli stessi documenti istituzionali della Commissione⁽⁴⁴⁾, elaborati sulla scorta degli orientamenti del Consiglio europeo di

533), che in quanto tali sono gerarchicamente sovraordinati agli stessi Trattati (CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409).

⁽⁴⁴⁾ Tra i quali vanno segnalati: la Comunicazione sul diritto contrattuale europeo (in GU 13 settembre 2001, n. 255, p. 1); la Comunicazione "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un piano d'azione" (COM (2003) 68 del 12 febbraio 2003); il Libro verde "sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima" (COM (2002) 654 del 14 gennaio 2003).

Tampere del 15 e 16 ottobre 1989 (che prevede un'azione comunitaria orientata all'armonizzazione "nella materia civile" v. punto 39 delle Conclusioni della Presidenza) e delle risoluzioni del Parlamento europeo⁽⁴⁵⁾.

Nella Comunicazioni sul diritto contrattuale europeo e in quella sulla "maggiore coerenza del diritto contrattuale", in particolare, si segnala come in risposta alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere si siano adottate diverse fonti giuridiche in materia contrattuale⁽⁴⁶⁾, attraverso un approccio settoriale e gradualistico, che però conduce a tutta una serie di pro-

⁽⁴⁵⁾ V. le Risoluzioni del 1989 (Risoluzione A2-157/89, in *Gazzetta Ufficiale*, C 158, del 26.6.1989, p. 400), del 1994 (Risoluzione A3-0329/94, GU C 205 del 25 luglio 1994, p. 518) e del 16 marzo 2000. In particolare, il Parlamento europeo, nella risoluzione del 1989, ha richiesto la redazione di Codice comune europeo di diritto privato, come necessario al completamento del mercato interno, altrimenti compromesso da frontiere giuridiche. Nella Risoluzione 16 marzo 2000 relativa al programma di lavoro della Commissione per il 2000, il Parlamento europeo afferma di ritenere «che una maggiore armonizzazione nel settore del diritto civile sia divenuta essenziale nel mercato interno, e chiede alla Commissione di effettuare uno studio in tale settore».

⁽⁴⁶⁾ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (GU L 171 del 7.7.1999, pag. 12). Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95 del 21.4.1993, pag. 29). Direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (GU L 158 del 23.6.1990, pag. 59). Direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372 del 31.12.1985, pag. 31). Direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (GU L 42 del 12.2.1987, pag. 48), modificata dalla direttiva 90/88/CEE (GU L 61 del 10.3.1990, pag. 14) e dalla direttiva 98/7/CE (GU L 101 del 1.4.1998, pag. 17). Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (GU L 144 del 4.6.1997, pag. 19). Direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili (GU L 280 del 29.10.1994, pag. 83); direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti (GU L 382 del 31.12.1986, pag. 17), direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (GU L 171 del 17.7.2000, pag. 1), direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU L 200 del 8.8.2000, pag. 35), direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (GU L

blemi: si usano concetti generali, che si prestano a diverse interpretazioni nel diritto degli stati membri (a cominciare da "contratto", "obbligazione", "danno" e così via); la legislazione adottata da uno Stato membro per dare attuazione alle direttive della Comunità fa riferimento all'interpretazione nazionale di certi termini astratti, in un modo che varia sensibilmente da un paese all'altro; in alcuni casi possono applicarsi, alla stessa fattispecie, due o più fonti comunitarie⁽⁴⁷⁾; situazioni simili sono trattate in modo diverso senza che vi sia una giustificazione pertinente per tale differenza di trattamento⁽⁴⁸⁾, e così via.

Le cose non sembrano andare meglio a proposito per le altre fonti giuridiche di diritto comunitario, relative al diritto delle obbligazioni.

E' il caso della disciplina finanziaria (Regolamento n. 1605/2002 del Consiglio del 25 giugno 2002 e Regolamento 2342/2002 della Commissione del 23 dicembre 2002), che regola, tra l'altro, la materia dei contratti tra la Comunità e altri soggetti di diritto. Questa disciplina è elaborata in modo settoriale (per regolare i rapporti tra istituzioni e terzi, nell'ambito delle sovvenzioni e degli appalti), senza l'individuazione di nozioni di carattere generale in materia di obbligazioni e senza il raccordo con la disciplina in tema di riavvicinamento delle legislazioni.

I contratti della Commissione, per superare la mancanza di una disciplina generale, fanno rinvio ad una legislazione nazionale. Questo rinvio, tuttavia, non sembra risolvere tutti i problemi; infatti la necessità di individuare i concetti in materia di obbligazioni nasce molto spesso dalle sentenze che si occupano delle controversie tra Commissione (e altre istituzioni) nell'ambito dei rapporti contrattuali, relative alle sovvenzioni e agli appalti. Questioni come quelle della responsabilità precontrattuale, della forza mag-

210 del 7.8.1985, pag. 29), modificata dalla direttiva 99/34/CE (GU L 141 del 4.6.1999, pag. 20), direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri (GU L 43 del 14.2.1997, pag. 25).

⁽⁴⁷⁾ Ad esempio, in alcune circostanze è possibile applicare sia la direttiva sulla vendita a domicilio sia quella sulla multiproprietà. Entrambe le direttive sanciscono il diritto del consumatore di recedere da un contratto, ma i termini di esercizio di tale diritto differiscono. Anche se simili casi di conflitto normativo sono eccezionali, la Commissione desidera ricevere informazioni sui problemi risultanti dalle possibili discrepanze fra le diverse norme comunitarie.

⁽⁴⁸⁾ Tra gli esempi citati figurano le diverse modalità riguardanti il diritto di recesso nelle direttive sulle vendite porta a porta, sulla multiproprietà, sulle vendite a distanza e sulla vendita a distanza di servizi finanziari, in particolare la diversa durata e le diverse modalità di computo del termine per il recesso. Altri esempi riguardano l'incoerenza delle soluzioni adottate in materia di requisiti di informazione nella direttiva sul commercio elettronico da un lato e nelle due direttive sulle vendite a distanza dall'altro o gli ancora diversi requisiti in materia di informazione adottati in altre direttive a tutela dei consumatori che hanno delle implicazioni in materia di diritto contrattuale.

giore, della compensazione, non sono o non sono state sempre regolate⁽⁴⁹⁾.

Come pone in luce la dottrina, l'ordinamento comunitario è "poco profondo"⁽⁵⁰⁾, soprattutto in materie come il diritto civile, non regolate in modo organico; esso è pertanto caratterizzato da molteplici "lacune"⁽⁵¹⁾.

La situazione è poi aggravata dalla mancanza di una "parte generale" del diritto, elaborata dalla teoria generale⁽⁵²⁾.

4.2 Le fonti "esterne" dei principi comunitari in materia di obbligazioni

Secondo la dottrina, le lacune del diritto comunitario spingerebbero il giudice a ricercare le regole da applicare nel cosiddetto "diritto non scritto"⁽⁵³⁾. Si tratterebbe appunto di regole non presenti nel diritto comunitario e tratte dagli ordinamenti degli stati membri, dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio, dalla storia del diritto europeo.

Nella giurisprudenza, infatti, la costruzione di nozioni relative al diritto delle obbligazioni si opera con riferimento al diritto degli stati membri, attraverso il metodo comparativo. Di questo metodo si troverebbe traccia nello stesso diritto comunitario, laddove si dispone che la responsabilità extracontrattuale della Comunità è decisa "conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri".

Il giudice comunitario, in realtà, prende in considerazione gli ordinamenti nazionali per elaborare concetti giuridici, anche al di fuori della materia della responsabilità extracontrattuale, come affermato in generale nel caso *Brasserie du pêcheur*⁽⁵⁴⁾. Negli esempi sopra riportati, il ricorso al metodo comparativo è evidente a proposito della compensazione o della cessazione dei diritti⁽⁵⁵⁾. In particolare il caso *CCRE* offre un buon esempio della

⁽⁴⁹⁾ Per esempio, il nuovo Regolamento finanziario, entrato in vigore il 1 gennaio 2003, contempla la "compensazione", al contrario di quanto avveniva del precedente Regolamento del 1977.

⁽⁵⁰⁾ V. BADIALI, *Il diritto degli stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1971, p. 35 e altrove.

⁽⁵¹⁾ CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit. p. 411; AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, 1981,

⁽⁵²⁾ PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à de normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres*, cit., p. 357.

⁽⁵³⁾ V. sul punto soprattutto: CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 409 ss.

⁽⁵⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland e The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, punto 27.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto v. diffusamente PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à de normes déduites de la*

metodologia comparativa per la elaborazione dei principi. Nelle conclusioni dell'avvocato generale, il principio di "compensazione" viene individuato proprio a partire da un'indagine condotta sui diritti nazionali⁽⁵⁶⁾.

Il giudice comunitario (come nel caso del principio "*pacta sunt servanda*") o a quello pattizio e delle organizzazioni internazionali, come è accaduto nella elaborazione della nozione dei "diritti fondamentali" a partire dalle Convenzioni dell'ONU e del Consiglio d'Europa.

Nel diritto delle obbligazioni, il rinvio al diritto internazionale, inoltre, soccorre il giudice nel riconoscere il risarcimento per il ritardato pagamento, che è individuato a partire dall'art. 78 della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci⁽⁵⁷⁾; oppure con riferimento al principio di buona fede, che è tratto dall'articolo 18 della Convenzione di Vienna I (come "corollario" del principio del legittimo affidamento, elaborato dalla stesso giudice comunitario)⁽⁵⁸⁾.

comparaison des droits des Etats Membres, cit., p. 337 ss. L'autore individua diversi utilizzi della comparazione nella giurisprudenza della Corte per: a) la risoluzione di alcuni problemi sollevati dal funzionamento del sistema legale della Comunità (ai sensi dell'articolo 189 del Trattato CEE) (v. il caso *Klomp* sulla continuità dei sistemi giuridici); b) la protezione dei diritti fondamentali; c) la responsabilità extracontrattuale; d) l'interpretazione della Convenzione di Bruxelles; e) la soluzione di problemi giuridici particolari. Il metodo comparativo della Corte è duplice: lo studio analitico, quando si tratta di risolvere problematiche precise; l'approccio sintetico, plus fondamentale et intuitive. Tutti e due i metodi portano all'elaborazione dei principi generali del diritto. cfr. anche WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 144.

⁽⁵⁶⁾ Secondo Léger, infatti, sarebbero osservabili almeno tre tipologie di presupposti nella compensazione (v. punti 44 ss. delle conclusioni); la compensazione può infatti avvenire: ex lege (nei diritti belga, spagnolo, francese, ellenico, italiano, lussemburghese e portoghese); in base alla volontà delle parti (nei diritti tedesco, austriaco, danese, finlandese, olandese, norvegese e svedese); per ordine del giudice (nei diritti inglese, scozzese ed irlandese). Inoltre sono diverse le regole applicabili quando, come nel caso in parola, uno dei soggetti è un ente pubblico: "In alcuni Stati membri [la Repubblica federale di Germania, la Repubblica d'Austria, il Regno di Danimarca, la Repubblica francese, la Repubblica ellenica, il Granducato di Lussemburgo ed il Regno dei Paesi Bassi], le norme applicabili sono quelle del diritto civile, alle quali vengono aggiunte condizioni specifiche ulteriori. In un altro Stato [il Regno di Spagna], le norme di diritto civile sono suppletive e si applicano soltanto se non sono previste disposizioni specifiche relative ad una materia determinata. Infine, in altri Stati [la Repubblica italiana, la Repubblica portoghese ed il Regno di Svezia], le norme di diritto civile non sono applicabili, in modo tale che la compensazione è esclusa a meno che non vi siano disposizioni specifiche ad autorizzarla espressamente. In questo caso, la normativa specifica si ispira largamente alle condizioni di diritto comune o vi fa rinvio."

⁽⁵⁷⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 9 ottobre 2002, *Hans Fuchs / Commissione*, T-134/01, Racc. p. II-3909, v. punti 56-57.

⁽⁵⁸⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 22 gennaio 1997, *Opel Austria / Conseil*, T-115/94, Racc. p. II-39, punti 90-91, 93-94.

Altro riferimento utilizzato nella giurisprudenza è poi quello alla storia del diritto europeo, ed in particolare al diritto romano, come affermato almeno fin dalla sentenza del caso *Klomp* del 1969⁽⁵⁹⁾.

Il rapporto obbligatorio e le nozioni ad esso correlate sembrano costituire una delle categorie giuridiche che attraversano il diritto europeo⁽⁶⁰⁾ fin dalle origini⁽⁶¹⁾. E' per questo motivo che l'avvocato generale Léger, nel caso *CCRE*, ritiene opportuno richiamare le comuni origine romanistiche, allo scopo di dimostrare l'esistenza del concetto di compensazione nel diritto comunitario⁽⁶²⁾.

5. I principi generali in diritto comunitario e la funzione creativa della giurisprudenza

Secondo la dottrina, l'elaborazione dei principi generali, nel diritto delle obbligazioni come nelle altre materie, non serve solo a chiarire il senso dell'ordinamento⁽⁶³⁾.

Integrando e completando le lacune⁽⁶⁴⁾, la giurisprudenza comunitaria svolgerebbe una funzione "pretoria"⁽⁶⁵⁾, in forza della quale individuerrebbe regole e principi di "diritto non scritto", ponendosi "per così dire a uno dei punti di incrocio fra l'interpretazione e la creazione del diritto"⁽⁶⁶⁾.

⁽⁵⁹⁾ V. Corte di giustizia, sentenza del 25 febbraio 1969, *Klomp / Inspectie der belastingen*, 23-68, Racc. p. 43, a proposito del principio della "continuità degli ordinamenti giuridici".

⁽⁶⁰⁾ V. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, trad. ital. di *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, Milano, 1987, p. 241 ss.

⁽⁶¹⁾ Sul concetto di obbligazione di origine romanistica, v. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. ital., Torino, 1912; WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, trad. ital. di Fadda e Bensa, Torino, 1930, § 250 ss.; POTHIER, *Le Pandette di Giustiziano*, trad. ital., Venezia, 1942, v. soprattutto Libro IX e Libro XV ss.,

⁽⁶²⁾ Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 *de compensationibus*. In generale l. 1 D. h. t. "Compensatio est debiti et crediti inter se contributio". Sulla "compensazione" v. WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 1930, § 348 ss.; POTHIER, *Le Pandette di Giustiziano*, cit., Libro XVI, Titolo II.

⁽⁶³⁾ Cfr. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit. p. 410, che cita come esempi di principi interpretativi: il principio dell'effetto diretto, la buona fede, la certezza del diritto.

⁽⁶⁴⁾ V. MENGOLZI, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 248; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit..

⁽⁶⁵⁾ Per l'Avvocato generale Léger "L'esistenza di tali principi è dedotta per via pretoria dal giudice, al fine di colmare eventuali lacune dell'ordinamento giuridico e per affermare valori non scritti, ma talvolta essenziali" (Conclusioni, cit., n. 41).

⁽⁶⁶⁾ CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit. p. 409; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit. 1994, 531; AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, cit.

Si parla a tale proposito di un *law-making power* del giudice comunitario⁽⁶⁷⁾. La Corte di giustizia eserciterebbe un vero e proprio potere normativo, sostitutivo di quello delle istituzioni, che avrebbe spiccate connotazioni politiche⁽⁶⁸⁾. Le opinioni contrarie sono isolate⁽⁶⁹⁾.

La funzione creativa sarebbe comprovata dallo scarso rigore con il quale si utilizzano metodologie come quella comparativistica o quella storica. Come si fa notare, dopo il caso *Algera*⁽⁷⁰⁾ l'analisi compiuta dalla Corte sugli ordinamenti nazionali al fine di individuare i principi generali è sempre molto sintetica e si sostanzia solitamente in un rinvio generico e poco circoscritto. Nelle stessa sentenza del caso CCRE l'ammissibilità in astratto della compensazione alla fine è giustificata con riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte; pur in presenza dell'accurata indagine comparativistica dell'avvocato generale.

Inoltre la giurisprudenza adotta una terminologia poco precisa a proposito di tali principi. Quelli che in alcune sentenze sono chiamati "principi" non lo sarebbero in altre.

Si ritiene che questo atteggiamento della giurisprudenza possa essere spiegato in un modo solo: "La Corte tende in realtà a ritagliarsi degli spazi di discrezionalità entro i quali esercitare un'attività volta alla creazione di regole materiali"⁽⁷¹⁾.

L'ampio potere discrezionale che si ritaglia il giudice comunitario è visto come un comportamento se non *contra legem*, almeno ai limiti della legalità⁽⁷²⁾, dato che non è contemplato dall'ordinamento giuridico comunitario.

⁽⁶⁷⁾ BETTATI, *Le "law-making power" de la Cour*, in *Pouvoir*, 1989, p. 57 ss.

⁽⁶⁸⁾ Si segnala che tale potere ha suscitato molte reazioni ostili sia sotto il profilo politico, sia sotto quello scientifico. Si ritiene che l'Atto unico abbia comportato una limitazione del potere della Corte, incidendo sulla precedente giurisprudenza comunitaria almeno in tre settori: la realizzazione del mercato unico interno; la libera circolazione delle merci; le limitazioni all'esportazioni. V. BETTATI, *Le "law-making power" de la Cour*, cit. p. 65 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 ss. ricorda che il potere di elaborare principi rientra nella competenza giudiziale.

⁽⁷⁰⁾ Nel caso *Algera* (sentenza del 12 luglio 1957, *Algera e.a./Assemblée*, Racc.1957, p.81) la Corte di Giustizia ha ritenuto il principio della revocabilità degli atti amministrativi, mediante un'indagine comparativa dettagliata degli ordinamenti nazionali.

⁽⁷¹⁾ ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., 526.

⁽⁷²⁾ V. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, cit., a proposito del concetto di "force majeure".

6. Aspetti problematici dell'approccio teorico sui principi della giurisprudenza comunitaria

L'approccio teorico descritto nei paragrafi precedenti, per spiegare il ricorso ai principi⁽⁷³⁾, non convince del tutto.

6.1 Il problema delle lacune

L'idea che la giurisprudenza crei norme giuridiche quando applica una disciplina incompleta e incoerente non appartiene solo al diritto comunitario e a quello internazionale⁽⁷⁴⁾, ma anche alla dottrina sugli ordinamenti nazionali, ordinamenti che dovrebbero essere maggiormente "completi", soprattutto per quel che riguarda il diritto delle obbligazioni.

Eppure si dice, a proposito dell'articolo 12 cpv. delle disposizioni preliminari al codice civile italiano, che «i principi sono...richiamati quali strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune»⁽⁷⁵⁾.

In generale, il grado di completezza di un ordinamento giuridico è molto probabilmente un falso problema. Come osserva Bobbio, infatti, il linguaggio delle fonti giuridiche è sempre comunque "incompleto", in quanto "il legislatore non trae dalle proposizioni normative espresse tutte le conse-

⁽⁷³⁾ Sulla nozione di teoria generale di "principi" la letteratura è ovviamente molto ampia. Per la dottrina italiana, v. tra gli altri: SCADUTO, *Sull'identificazione dei principii generali di diritto*, in *Annali della Regia Università di Perugia*, 1926, vol. VII, p. 11 ss. ora in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di Antonio Palazzo, 2002, Padova, Tomo II, p. 667 ss.; CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.* 1941, p. 41 ss. e p. 157 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 250 ss.; BOBBIO, voce "Principi generali di diritto", in *Noviss. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1957, p. 887 e ss.; BARTOLE, voce "Principi generali del diritto", *Encicl. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 514 ss.; SORRENTINO, *Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, *Atti del XV Congresso nazionale (Pisa-Viareggio, 16-18 maggio 1985)* a cura di Maurizio Basciu, Milano, 1987; MODUGNO, voce "Principi generali dell'ordinamento", *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991; RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 379 ss.; PINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. Disp. Prel.)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, vol. I, p. 633 e ss. Sull'uso dei "principi" nel diritto comunitario, oltre agli autori già citati, v., soprattutto, ALPA, *I principi generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in PALAZZO, a cura di, *L'interpretazione alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 177 ss.; TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

⁽⁷⁴⁾ V. GAJA, voce *Principi del diritto* (diritto internazionale), *Encicl. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 533 ss. Per l'autore la Corte svolge un ruolo creativo, al pari di altre corti internazionali e degli arbitri. Sul concetto di "principi generali" nel diritto internazionale v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 39 ss.

⁽⁷⁵⁾ GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 457.

guenze normative che sono da esse ricavabili⁽⁷⁶⁾. È il metalinguaggio dello studioso e del giudice che “completa” il linguaggio legislativo. Pur con accenti e argomentazioni diversi, altri autori ritengono che l’incompletezza riguarda tutti gli ordinamenti giuridici⁽⁷⁷⁾.

La giurisprudenza comunitaria, al pari dei giudici nazionali, elabora concetti come i “principi generali”, indipendentemente dal maggiore o minore grado di “incompletezza”. Anche nell’ordinamento italiano, la giurisprudenza e la dottrina considerano principi generali “la buona fede”, “l’ingiustificato arricchimento”, “la risarcibilità del danno” e così via; e ciò sia che detti principi siano formulati a partire da una particolare disposizione, sia che vengano elaborati in modo diverso⁽⁷⁸⁾.

6.2 La funzione integrativa della giurisprudenza comunitaria

Seppure il grado di incompletezza non permette di spiegare il ricorso ai principi, rimane da capire se la giurisprudenza comunitaria, quando li elabora, integra l’ordinamento giuridico, attraverso un mero rinvio agli ordinamenti nazionali, al diritto internazionale o alla storia del diritto europeo.

Si tratta di una tesi non completamente soddisfacente.

Sembra accorgersene la stessa dottrina quando deve ammettere che il giudice comunitario in realtà non compie alcuna sistematica indagine comparativistica o storica (v. nel paragrafo precedente).

Dall’esame delle sentenze, inoltre, non pare che il giudice integri l’ordinamento giuridico comunitario con nozioni di altri ordinamenti.

Nei giudizi sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità, il riferimento ai “principi generali comuni ai diritti degli Stati membri” (art.

⁽⁷⁶⁾ BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1950, p. 360 ss.

⁽⁷⁷⁾ V., tra gli altri, BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212. V. anche René David, che parla di una sorta di “collaborazione” tra interprete e legislatore. Quest’ultimo, attraverso i principi generali, richiede agli interpreti di integrare la legislazione (DAVID, JAUFFRET-SPIGOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1995, p. 125 ss.). Per uno studio delle tecniche di integrazione della legge nel diritto romano, v. VACCA, *L’interpretazione analogica della legge e il diritto casistico nell’esperienza romana*, in PALAZZO, a cura di, *L’interpretazione alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 61. Sul tema più generale delle “lacune” del diritto e sugli strumenti per superarle, v.: BOBBIO, voce “Lacune del diritto”, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 419 ss.; Guastini, voce “Lacune dl diritto”, in *Dig. disc. priv.*, Sez. *Dir.civ.*, vol. X, Torino, 1993, p. 269 ss.

⁽⁷⁸⁾ Per una panoramica dei principi elaborati in materia di diritto civile, v. PINO, *I principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. Disp. Prel.)*, cit.

288, comma 2, Trattato CE), non significa né che il giudice deve “calcolare la media aritmetica dei diritti nazionali o ... attestarsi sul minimo con un denominatore” (come afferma l’avvocato generale Léger) né che bisogna tenere conto della maggioranza delle legislazioni né, tanto meno, si richiede che il giudice sia tenuto a verificare l’esistenza di una regola in tutti gli ordinamenti nazionali. La responsabilità extracontrattuale (ma la stessa affermazione potrebbe farsi in tutti i casi in cui si fa riferimento agli ordinamenti nazionali o al diritto internazionale) viene individuata attraverso nozioni giuridiche propriamente comunitarie.

A maggior ragione, il giudice non integra l’ordinamento comunitario quando elabora principi di diritto delle obbligazioni nell’esercizio del potere di interpretazione pregiudiziale o nel caso di annullamento degli atti delle istituzioni; in queste ipotesi il riferimento delle valutazioni del giudice è proprio il diritto comunitario. Nel rinvio pregiudiziale, il giudice comunitario ritiene di doversi limitare “à déduire de la lettre et de l’esprit du traité la signification des normes communautaires”⁽⁷⁹⁾. Nel procedimento in cui il giudice valuta la validità degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie, inoltre, questi sono interpretati “alla luce del diritto comunitario” e non di quello nazionale, anche se questo comportasse, in astratto, la violazione di norme costituzionali nazionali, come afferma la Corte in base alla giurisprudenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970⁽⁸⁰⁾.

La giurisprudenza comunitaria non sembra integrare il diritto comunitario neppure quando conosce di una controversia che ha per oggetto un rapporto contrattuale tra Comunità ed altri soggetti. È pur vero che la responsabilità contrattuale della Comunità, a norma dell’art. 288, paragrafo 1, del Trattato CE, «è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa». Tale disposizione sembra potersi interpretare nel senso che i contratti con la Comunità sono disciplinati da una legge nazionale, e che, quindi, il problema giuridico fondamentale sta nell’individuazione dell’ordinamento che li regola⁽⁸¹⁾. Questa impressione non è però del tutto corretta. In primo luogo, infatti, questi contratti sono regolati innanzitutto dal diritto comunitario. Ciò avviene, in generale, attraverso i Regolamenti finanziari, ai quali si è accennato sopra, ed in particolare per mezzo di altre fonti giuridiche, come quelle che disciplinano i programmi comunitari, all’interno dei quali si prevede la sti-

⁽⁷⁹⁾ Corte di Giustizia, Sentenza del 27 marzo 1963, *Da Costa en Schaake NV e.a. / Administratie der Belastingen*, 28 a 30-62, Racc. p. 61.

⁽⁸⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11-70, Racc. p. 1125).

⁽⁸¹⁾ Sulla scelta del diritto nazionale applicabile ai contratti con le Comunità: v. DRAETTA, *Corte di Giustizia CEE e contratti internazionali: l’art. 181 del Trattato di Roma*, cit. e in generale BADIALI, *Il diritto degli stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, cit..

pula di detti contratti. In secondo luogo, quando la Corte di Giustizia viene chiamata ad interpretare una norma nazionale, in quanto richiamata da un contratto con la Commissione, lo fa nel contesto del diritto comunitario. Questa prospettiva fa sì che la norma di diritto nazionale avrà un senso diverso, coerente con il particolare contesto giuridico⁽⁸²⁾. Indipendentemente dalla tecnica del rinvio ad un ordinamento nazionale per regolare un contratto della Comunità, è preferibile non considerare tale contratto come regolato dal diritto nazionale, ma piuttosto disciplinato dal diritto comunitario⁽⁸³⁾.

Nella qualificazione dei concetti giuridici, pertanto, il giudice comunitario non integra l'ordinamento comunitario, ma piuttosto elabora un significato giuridico "autonomo"⁽⁸⁴⁾, seppure a partire da nozioni giuridiche che, all'origine, possono sembrare tratte dagli ordinamenti nazionali⁽⁸⁵⁾ oppure dal diritto internazionale⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸²⁾ A tale riguardo, è interessante osservare come la Corte di giustizia applichi, per esempio, l'art. 1456 del codice civile italiano (nell'ipotesi in cui venga indicata la legge italiana come legge regolatrice del contratto con la Commissione) in tema di clausola risolutiva espressa. Come ha efficacemente sostenuto l'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (V. le conclusioni presentate il 15 giugno 2000 nella Causa C-40/98, *Commissione / TVR - Tecnologie Vetroresina SpA*), la disposizione del codice civile italiano, nell'interpretazione della nostra Corte di Cassazione, considera legittima una clausola risolutiva espressa se il presupposto della risoluzione è un inadempimento di un comportamento specifico. Qualora il contratto preveda il potere di risoluzione, facendo riferimento ad un generico inadempimento delle obbligazioni prescritte, la relativa clausola dovrebbe considerarsi illegittima, sempre nella interpretazione della Corte di legittimità italiana. Tale clausola sarebbe comunque ammissibile se applicata ai contratti con la Commissione, in ragione della "particolarità" del rapporto contrattuale. Cfr. anche la sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 1999, causa C 69/97, *Commissione Europea / SNUA Srl*.

⁽⁸³⁾ V. per qualche ulteriore argomento, cfr. CIPPIANI, *Qualificazione dei contratti di ricerca con l'Unione europea*, in *Trenta temi per l'Europa*, a cura di M. Pierini, Università di Urbino, Urbino, 2002, p. 223 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza dell'8 marzo 1990, *Schwedler / Parlamento*, T-41/89, Racc. p. II-79, e altre. Per la dottrina v., per esempio, SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Vol. I, Padova, 1997, p. 92. Sul riferimento agli ordinamenti nazionali e internazionali, per l'elaborazione di concetti nella prospettiva del diritto comunitario, v. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, cit., p. 199 ss.

⁽⁸⁵⁾ Sul punto v., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza del 14 gennaio 1982, *Corman / Hauptzollamt Gronau*, 64/81, Racc. p. 13, cfr. ottavo capoverso; Id. sentenza del 2 aprile 1998, *The Queen / Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac e.a.*, C-296/95, Racc. p. I-1605, punto 30; Id. sentenza del 22 maggio 2003, *Commissione / Germania*, C-103/01, Racc. p. I-5369, punto 33.

⁽⁸⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 9 ottobre 1973, *Muras / Hauptzollamt Hamburg Jonas*, 12-73, Racc. p. 963.

6.3 Il potere normativo della giurisprudenza comunitaria

La teoria attuale, come si è detto, vede nella elaborazione dei principi l'espressione di un potere normativo.

In realtà, come emerge dalla stessa dottrina, il presunto "*law-making power*" del giudice non è esplicitamente previsto dall'ordinamento giuridico comunitario. Il potere legislativo spetta soltanto alle istituzioni investite del potere di elaborare le fonti giuridiche comunitarie.

Un potere legislativo non sembra potersi ammettere neppure implicitamente, sia esso considerato come precedente o come componente dell'*acquis* comunitario⁽⁸⁷⁾.

Le sentenze del giudice comunitario, in primo luogo, non hanno valore di "precedente", così come inteso nel *common law*⁽⁸⁸⁾. L'interpretazione pregiudiziale, infatti, vincola soltanto il giudice del rinvio, mentre non è escluso che altri giudici possano porre la stessa questione. Negli altri casi i principi elaborati dalla giurisprudenza potrebbero al massimo vincolare il solo giudice comunitario, il quale è solito richiamarsi alle precedenti sentenze, come si è visto a proposito del caso CCRE. Il giudice comunitario, tuttavia, non è obbligato da nessuna norma a seguire la propria precedente giurisprudenza e molto spesso cambia atteggiamento su una data questione. Questa mancanza di vincolatività del precedente esclude che nell'ordinamento comunitario valga la regola dello *stare decisis*⁽⁸⁹⁾.

In secondo luogo, non appare espressione di un potere legislativo la circostanza che la giurisprudenza possa essere considerata fra gli elementi costitutivi dell'*acquis* comunitario. Pur partendo dall'accezione più squisitamente teoretica (secondo Pescatore: "*tout ce qui, parmi les choses réalisées, apparaît comme une conquête définitive, qui ne saurait être remise en question*"), sembra difficile configurare i principi in materia di rapporti obbligatori, come "*permanents, fondamentaux, essentiels pour la cohésion de l'ensemble et la réalisation des objectifs fixés*"⁽⁹⁰⁾. Ciò è particolarmente evi-

⁽⁸⁷⁾ Come propone con articolate argomentazioni: PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1996, 5 ss.

⁽⁸⁸⁾ V., tra gli altri, DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 329 ss.; BROWN, JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, v. soprattutto il capitolo dedicato al "*Precedent*", pp. 368 ss.; GORLA, voce "*Precedente giudiziale*", in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990. Sui dubbi di un'assoluta vincolatività del precedente v. comunque VIANELLO, *La relatività della regola "stare decisis" nella pratica del precedente giudiziario*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1992, p. 631 ss.

⁽⁸⁹⁾ BROWN, JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, cit., p. 368 ss.

⁽⁹⁰⁾ PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, p. 617.

dente se si osserva il fenomeno dal punto di vista del cosiddetto *acquis* di "adesione". Come si è spiegato, infatti, seppure il riferimento alla giurisprudenza è consueto nei documenti della Commissione, non altrettanto avviene negli atti relativi alle condizioni di adesioni. Si ritiene che ciò serva per non "congelare" la giurisprudenza, in modo, cioè da trasformare le sentenze in norme giuridiche. Peraltro questo condurrebbe ad una differenza di regime per gli stati membri e per i nuovi: solo per questi ultimi le sentenze sarebbero fonti giuridiche⁽⁹¹⁾.

Da quanto detto, è preferibile adottare un diverso approccio e considerare le sentenze espressione di un potere squisitamente giudiziario e non legislativo. E' probabile, infatti, che anche per il diritto comunitario - come è accaduto per gli ordinamenti nazionali di *civil law* - si sia vista una "funzione normativa" là dove c'è la discrezionalità riconosciuta solitamente al giudice⁽⁹²⁾.

La Corte di Giustizia può effettivamente incidere sull'ordinamento giuridico comunitario, annullando gli atti delle istituzioni. Allo stesso tempo il giudice comunitario può influenzare i giudici nazionali, attraverso l'interpretazione pregiudiziale, ed eventualmente condannare uno stato, qualora la giurisprudenza interna non consentisse l'adempimento del dovere di cui all'articolo 10 del Trattato CE⁽⁹³⁾, in particolare per quel che riguarda l'interpretazione delle direttive⁽⁹⁴⁾ o la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario⁽⁹⁵⁾.

In tutti questi casi, tuttavia, il giudice comunitario non diventa legislatore ma esercita un potere giurisdizionale⁽⁹⁶⁾, caratterizzato da una discrezionalità particolarmente ampia, che gli deriva dall'essere giudice costituzionale e insieme giudice di ultima istanza.

⁽⁹¹⁾ V. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 1996, 650 ss.

⁽⁹²⁾ Sul punto v. PINO, *La ricerca giuridica*, Padova, 1996, in particolare il capitolo XVII, p. 375 ss. dedicato alla attività giurisdizionale.

⁽⁹³⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 22 settembre 1998, *Coote / Granada Hospitality*, C-185/97, Racc. p. I-5199, punto 18.

⁽⁹⁴⁾ Come ha deciso la Corte di Giustizia: "*la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3, du traité CEE*", v., tra le altre, Corte di Giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, Racc. p. 1651, cpv. 51, 53.

⁽⁹⁵⁾ V. per esempio Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Racc. p. I-5197.

⁽⁹⁶⁾ E questa l'opinione, tra gli altri, di EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1309 s. Sulla differenza tra "creatività" dei giudici e funzione legislativa cfr. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1982, p. 774 ss.

7. I principi generali e ordinamento comunitario

Escluso che i principi generali in materia di obbligazioni siano frutto di una funzione integrativa o normativa del giudice comunitario, è opportuno ora proporre qualche diversa ipotesi sulla loro origine e sulla loro rilevanza giuridica.

7.1 La compensazione dalla prospettiva del diritto comunitario

Ancora una volta può essere interessante seguire il ragionamento dell'avvocato generale nel caso *CCRE*.

Léger, dopo aver richiamato i diritti nazionali e le comuni origini, deve constatare che le discipline sono tra loro assai diverse⁽⁹⁷⁾.

Coerentemente con l'obiettivo di individuare significati giuridici comunitari (v.sopra il precedente paragrafo 6.2), l'avvocato generale ritiene che la Corte debba procedere "in modo critico ed enuclea[re] la soluzione più appropriata nel contesto della struttura e degli obiettivi della Comunità" (conclusioni, punto 64).

È vero che la compensazione è presente nel diritto europeo fin dalle comuni origini, ma la sua ammissibilità ed i suoi caratteri vanno osservati nell'ambito del diritto comunitario⁽⁹⁸⁾.

La compensazione va allora riconosciuta, in quanto permette una migliore gestione dei fondi pubblici comunitari, consentendo alla Comunità di recuperare efficacemente i propri crediti (conclusioni, punti 56 ss.). Infatti la compensazione offre una "seria garanzia" per la Comunità, in quanto permette di riscuotere (in tutto o in parte) il suo credito senza esporsi al rischio di insolvenza da parte del debitore, come del resto già dalla Corte di giustizia nella sentenza *Deka/CEE*: «nel caso di un operatore insolubile, una siffatta compensazione può in realtà costituire, per le autorità, l'unico modo per recuperare somme indebitamente versate». La compensazione, inoltre, consente di evitare le spese necessarie per il recupero forzato dei crediti della Comunità, e facilita e abbrevia le operazioni di pagamento.

Secondo l'avvocato generale, la "compensazione" nel diritto comunita-

⁽⁹⁷⁾ Riguardo alla comune origine romanistica, per esempio, nella letteratura si fa notare come il diritto delle obbligazioni sia concepito come una unità dai soli paesi di *civil law* (cfr. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 259). I paesi di *common law* considerano branche separate del diritto quelle che si occupano di *Contractual liability* (basta sul "beach of promise"), *Tortious liability* (fondata sul "wrongful conduct") e *Unjust enrichments* (riguardante un "action for restitution"). Sul punto COOKE, OUGHTON, *Common Law of Obligations*, London, Dublin, Edinburgh, 1993, p. 5 ss.

⁽⁹⁸⁾ Così conclude, per esempio, USHER, *Principles derived from private law and the european court of justice*, in *European Review of Private Law*, 1993, p. 109 ss.

rio, con particolare riguardo al rapporto tra Comunità e altri soggetti, deve fondarsi su una "dichiarazione". Tale dichiarazione deve essere *chiara* (cioè senza ambiguità per quanto riguarda la volontà di operare la compensazione e per quanto riguarda i debiti che ne costituiscono l'oggetto), *scritta* ed indirizzata con *lettera raccomandata* all'altro soggetto, e ricettizia, in quanto produce i suoi effetti al ricevimento del destinatario (v. punto 67 delle conclusioni).

Léger sottolinea che in questo modo la compensazione soddisfa altri principi comunitari, quali il principio della "trasparenza" e quello della "certezza dei rapporti giuridici" (v. punto 67 delle conclusioni). Non sarebbe altrettanto compatibile con il diritto comunitario utilizzare una concezione "puramente giudiziaria", in quanto se le parti dovessero ricorrere al giudice per ottenere la compensazione verrebbero meno i vantaggi per la Comunità sopra segnalati (v. punto 65 delle conclusioni). Inoltre "il concetto puramente legale della compensazione non sembra perfettamente rispondente alla particolare configurazione dell'ordinamento comunitario". Se si ammettesse la compensazione legale, infatti, questa opererebbe all'insaputa delle parti, in contrasto con il principio di trasparenza (v. punto 66 delle conclusioni), soprattutto in considerazione "dell'ampiezza e [del]la complessità del bilancio comunitario oltre che [del]la moltitudine di obbligazioni finanziarie della Commissione".

7.2 I principi generali in materia di obbligazioni e la coerenza dell'ordinamento comunitario

Come si può osservare, la nozione di "compensazione" non viene individuata fuori o prima, ma dentro il diritto comunitario stesso.

L'elaborazione di un concetto come la compensazione appare così l'ennesima conseguenza dell'aver considerato il diritto comunitario un "ordinamento giuridico", con un approccio risalente a *Van Gend & Loos*⁽⁹⁹⁾ del 1963 e *Costa contro Enel*⁽¹⁰⁰⁾ del 1964.

L'ordinamento giuridico comunitario può apparire, alla superficie, incompleto e frammentario, articolato in discipline settoriali. Ma se si concepisce l'ordinamento in modo unitario: "Le discipline di settore devono...essere ricondotte ad una tela di fondo più vasta"⁽¹⁰¹⁾. I principi operano allora "come fattori di saldatura e di coerenza del sistema"⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, 26-62, Racc. p. 3).

⁽¹⁰⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, *Costa / E.N.E.L.*, 6/64, Racc. p. 1141.

⁽¹⁰¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 6 giugno 2002, *Paesi Bassi / Commissione*, C-133/99, Racc. p. I-4943, punto 30.

⁽¹⁰²⁾ CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 411 s.

Con la elaborazione dei principi, il giudice comunitario, non diversamente dagli altri giudici e dagli studiosi⁽¹⁰³⁾, mette in luce la coerenza di fondo dell'ordinamento giuridico, elaborando i concetti utili all'interpretazione e applicazione⁽¹⁰⁴⁾. I principi sono appunto l'espressione di una coerenza globale, entro cui vanno interpretate le singole parti dell'ordinamento giuridico comunitario⁽¹⁰⁵⁾.

Questa coerenza viene ricercata attraverso le strategie interpretative già conosciute nelle giurisprudenze nazionali, pur nello specifico della prospettiva dell'ordinamento comunitario. Si elaborano i principi con riferimento al contesto, alle finalità della fonte⁽¹⁰⁶⁾ e dei Trattati, attraverso l'applicazione analogica di una disposizione, qualora le fattispecie (quella direttamente regolata e quella in considerazione) siano "comparabili"⁽¹⁰⁷⁾.

Ritenere che la compensazione o altri "principi" provengano da fuori dell'ordinamento è come, per utilizzare l'efficace immagine di Gioacchino Scaduto, cercare "i muri maestri di un edificio, fuori dall'edificio stesso", perché di questo edificio si osservano le singole pietre⁽¹⁰⁸⁾.

7.3 Il ricorso ai diritti degli stati membri e alla comune origine storica

Dalla prospettiva della coerenza si comprende meglio perché, nella ela-

⁽¹⁰³⁾ Questo richiamo alla coerenza è spesso avvertita da dottrina e giurisprudenza, la quale considera in modo particolare i *principi generali* come espressione di una globalità coerente (v. p.es. Corte cost. 26 giugno 1956 n. 6, in *Giur.cost.* 1956, I, 593; BARTOLE, voce "*Principi generali del diritto*", cit., p. 514 e ss.; SORRENTINO, *Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto*, cit., p. 90 e ss.).

⁽¹⁰⁴⁾ Sull'importanza delle metafore della coerenza negli ordinamenti giuridici, v. PINO, *La ricerca giuridica*, cit. e CIPPITANI, *Il diritto diviso. Appunti per una semiotica dell'ordinamento-testo*, Padova, 1998.

⁽¹⁰⁵⁾ Sulla compatibilità ai principi e ai Trattati v., tra le altre: Corte di Giustizia, sentenza del 21 marzo 1991, *Rauh / Hauptzollamt Nürnberg-Fürth* (C-314/89, Racc. p. I-1647) (cf. capoverso 17); Id. sentenza del 10 luglio 1991, *Neu e.a. / Segretariato di Stato per l'Agricoltura e la Viticoltura* (C-90/90 et C-91/90, Racc. p. I-3617) (cfr. capoverso 12); Id. sentenza del 27 gennaio 1994, *Herbrink / Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* (C-98/91, Racc. p. I-223) (cf. punto 9).

⁽¹⁰⁶⁾ Si riferiscono al contesto e alla finalità, per esempio: Corte di Giustizia, sentenza del 18 gennaio 1984, *Ekro* (327/82, Racc. p. 107) (cf. capoversi 11, 14); Tribunale di primo grado, sentenza dell'8 marzo 1990, *Schwedler / Parlamento* (T-41/89, Racc. p. II-79) (cf. capoverso 27).

⁽¹⁰⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 12 dicembre 1985, *Krohn / BALM* (165/84, Racc. p. 3997) (cfr. capoversi 13-14).

⁽¹⁰⁸⁾ SCADUTO, *Sull'identificazione dei principii generali di diritto*, cit., in *Diritto civile*, a cura di Antonio Palazzo, cit., p. 681. Sulla ricostruzione del concetto di "principi generali" in Scaduto, v. PALAZZO, SCAGLIONE, *Gioacchino Scaduto e la scienza del diritto civile nel XX secolo*, in SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di Antonio Palazzo, cit., p. 11 ss.

borazione dei principi generali in materia di obbligazioni, si fa riferimento al diritto nazionale, internazionale e a quello storico.

Come si è visto, se si considerano questi riferimenti come una sorta di indagine teorica, si rimane delusi della loro approssimazione. D'altra parte non sembra neppure corretto parlare di una discrezionalità assoluta, che, in ciò è concorde anche la dottrina sopra criticata, rappresenterebbe un vero e proprio arbitrio⁽¹⁰⁹⁾.

Il riferimento a dati che sembrano extratestuali, è in realtà una strategia interpretativa, funzionale alla costruzione di una coerenza dell'ordinamento giuridico comunitario, anche se non si possono escludere altre finalità di carattere metagiuridico⁽¹¹⁰⁾.

In particolare, il richiamo ai principi di diritto nazionale e internazionale dipende dalla particolare concezione monistica dell'ordinamento comunitario evidenziata dalla giurisprudenza *Van Gend en Loos* e *Costa* contro *Enel*. In base a questo approccio, nella giurisprudenza *AM&S*⁽¹¹¹⁾ si è opportunamente sottolineato che se l'ordinamento comunitario non è autonomo e indipendente da quelli nazionali, la Comunità (e l'Unione) si fonda su di "una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica, fra gli stati membri". In questo ambito è logicamente corretto "tenere conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti", al fine della individuazione dei concetti giuridici comunitari. Allo stesso modo si può comprendere come si possono costruire le nozioni giuridiche a partire dal diritto internazionale, visto che quest'ultimo si può considerare facente parte integrante del diritto degli stati membri e quindi dell'ordinamento comunitario.

Per il diritto comunitario, inoltre, appare molto interessante sotto il profilo teorico (oltre che di grande fascino) il riferimento alla storia del diritto europeo e al diritto romano in particolare. Del resto, come ricordava Windsheid: "...il diritto romano ha per tutta l'Europa, anzi per tutto il mondo civile una importanza che non si potrà mai stimare troppo altamente". La ragione di questa importanza dipende dal fatto che esso è "l'espressione di un modo umano di comprendere rapporti umani generali, sviluppato con una maestria, che non fu più raggiunta da altra giurisprudenza od arte legislativa"⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Sulla discrezionalità del giudice (che non costituisce comunque l'esercizio di un potere arbitrario) v. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995. Sul concetto di discrezionalità dei poteri giuridici, cfr. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 176 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Questo rinvio può avere un valore argomentativo. Per una teoria sull'argomentazione, v., tra gli altri, ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998.

⁽¹¹¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza nella Causa Corte di Giustizia, sentenza nella Causa *AM&S Limited / Commissione europea*, 155/79, Racc. 1982, p. 1575 (par. 18) *Limited / Commissione europea*, 155/79, Racc. 1982, p. 1575, punto 18.

⁽¹¹²⁾ WINDSHEID, *Diritto delle pandette*, trad.ital. di Fadda e Bensa, Torino, 1902, p. 18.

I concetti giuridici del diritto romano assumono una nuova importanza, per il fatto che rappresentano la “semantica profonda” del diritto europeo. Dalla prospettiva storica si possono cogliere, infatti, gli aspetti essenziali degli ordinamenti nazionali, quelle “permanenze” che costituiscono la base logica dell’ordinamento comunitario⁽¹¹³⁾.

Questa semantica profonda emerge non soltanto nella elaborazione dei singoli concetti, ma anche nella metodologia casistica adottata dal giudice comunitario. Seppure questa metodologia non permette di elaborare una teoria organica delle obbligazioni, per esempio, è interessante osservare che conduce a disciplinare le fattispecie concrete non esplicitamente previste dalle fonti giuridiche. E’ il caso della ripetizione dell’indebito, dell’ingiustificato arricchimento, della responsabilità precontrattuale e di quella derivante dall’atto normativo, che la giurisprudenza comunitaria individua a partire dalla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, un po’ come accade nel diritto romano nella elaborazione della responsabilità *ex quasi contractu* ed *ex quasi maleficio* (come le chiamano le Istituzioni di Giustiniano III,13,2)⁽¹¹⁴⁾.

La semantica profonda delle comuni origini romanistiche non si può facilmente cogliere dalla prospettiva degli ordinamenti nazionali. Come è stato efficacemente osservato, infatti, “In quasi tutta la sua storia, il diritto dell’Europa è stato un diritto europeo, nel quale alcune specificità locali si differenziavano, pur all’interno di un insieme preponderante di caratteristiche comuni. Chiudere la storia del diritto dell’Europa nelle frontiere degli stati è perciò del tutto artificiale nonché fonte di valutazioni errate”⁽¹¹⁵⁾. Il giudice comunitario non è influenzato da una prospettiva nazionale ed è quindi più pronto a cogliere i caratteri originari ed essenziali del diritto europeo.

8. I principi elaborati dalla giurisprudenza e la costruzione del diritto comunitario delle obbligazioni

Nei paragrafi precedenti si è cercato di evidenziare in che modo avviene l’elaborazione dei principi giurisprudenziali in materia di obbligazioni della Comunità, evitando le insidie dell’approccio tradizionale, che considera il giudice comunitario come dotato di un potere legislativo.

⁽¹¹³⁾ “Permanenza” è l’espressione vichiana utilizzata da Antonio Palazzo per parlare dei valori della tradizione giuridica presenti nell’intero diritto europeo (cfr. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in PALAZZO, FERRANTI, *Etica e diritto privato*, Vol. I, Padova, 2002, p. 1 ss.).

⁽¹¹⁴⁾ V. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 241 ss.. Sulla formazione del concetto di “*obligatio*”, per esempio, v. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 505 ss.

⁽¹¹⁵⁾ HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad.ital. di Panorma história da cultura jurídica europeia, Bologna, 1999, prefazione, p. 7.

A questo punto è probabile che la funzione di una tale giurisprudenza appaia in modo diverso, senza che ciò consista necessariamente in una minore importanza per la elaborazione del diritto comunitario.

Generalmente si riconosce l'importanza, per la costruzione dell'ordinamento comunitario, della giurisprudenza, proprio per la particolare prospettiva comunitaria che questa assume e per la ricerca di una coerenza profonda del sistema⁽¹¹⁶⁾.

Ole Lando, per esempio, sottolineando la necessità di un diritto comunitario dei contratti, considera come un primo verso un tale obiettivo proprio l'elaborazione di concetti come quello della "forza maggiore" ad opera della Corte di Giustizia⁽¹¹⁷⁾. Lo stesso concetto è ribadito dalla "Commissione per il diritto europeo dei contratti", che parla di armonizzazione del diritto europeo dei contratti da parte della Corte di Giustizia e che cita la giurisprudenza comunitaria nella definizione di alcuni dei "principi". La "Commissione Lando", in particolare, dice di ispirarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità extracontrattuale per l'elaborazione dei principi di diritto contrattuale in tema di danno risarcibile, di nesso di causalità e di concorso del danneggiato al danno⁽¹¹⁸⁾.

E' indubbio che i concetti elaborati dalla giurisprudenza abbiano una grande influenza sui giudici nazionali⁽¹¹⁹⁾ e sulle riflessioni dottrinali. Tali concetti possono avere una importate funzione interpretativa e applicativa del diritto vigente, nonché dei rapporti negoziali dei soggetti di diritto, come è stato correttamente proposto⁽¹²⁰⁾.

Inoltre i concetti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria influenzano l'elaborazione del diritto positivo comunitario. La questione della "compensazione", che ha rappresentato il tema conduttore dei paragrafi precedenti, è ora regolata (almeno per alcuni versi) nella nuova disciplina finanziaria, così che si può procedere "al recupero mediante compensazione e a debita concorrenza dei crediti delle Comunità, se il debitore è titolare di un credito certo, liquido e esigibile nei confronti della Comunità" medesima (articolo 73, paragrafo 1, Regolamento 1605/2002).

⁽¹¹⁶⁾ Sull'importanza e le funzioni dei principi nella costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario, v. ALPA, *I principi generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, cit.

⁽¹¹⁷⁾ LANDO, *The rules of European contract law*, in Commissione europea, DG Ricerca, *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, Giugno 1999, par. 13 ss.

⁽¹¹⁸⁾ *I principi di diritto europeo dei contratti*, edizione italiana a cura di CASTRANOVO, Milano, 2001, p. 98.

⁽¹¹⁹⁾ Sull'influenza esercitata dalla giurisprudenza comunitaria sui giudici del Regno Unito, v. per esempio COLLINS, *The Voice of the Community in Private Law Discourse*, in *European Law Journal*, 1997, p. 407 ss.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. la tesi di SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Diritto e Processo*, a cura di Antonio Palazzo, anno 2002, p. 335 ss.

Ma il riconoscimento più importante alla funzione della giurisprudenza, in chiave di strumento per assicurare la coerenza al diritto comunitario, è probabilmente quello contenuto nei documenti istituzionali della Commissione europea: nella prospettiva di attuare la strategia del Consiglio europeo di Tampere, la Commissione sottolinea il ruolo essenziale della giurisprudenza comunitaria nell'affrontare tutte le problematiche relative all'elaborazione di un diritto europeo dei contratti. Il lavoro della giurisprudenza è importante per promuovere un'interpretazione uniforme dell'attuale frammentaria disciplina contrattuale; per individuare i concetti generali, oggi mancanti; per elaborare il significato delle nozioni utilizzate, spesso in modo incoerente, dalla legislazione comunitaria⁽¹²¹⁾.

Questo contributo alla costruzione e coerenza dell'intero ordinamento comunitario, anche sotto il profilo dei concetti giuridici legati ai rapporti obbligatori, è necessario e utile, indipendentemente dalle questioni legate alla codificazione, o comunque, all'armonizzazione del diritto privato in Europa⁽¹²²⁾.

ROBERTO CIPPITANI

⁽¹²¹⁾ Sul punto v. soprattutto la Comunicazione "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo: un piano d'azione", cit., soprattutto al paragrafo 4.

⁽¹²²⁾ Sul tema, si ricordano, tra gli altri, BASEDOW, *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1997, p. 81 ss.; MIKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1999, p. 35 ss.; CASTRONOVO, *Savigny e la codificazione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 219 ss.; GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova versione di contratto?*, in *Riv.dir.priv.*, 2001, n. 3, 455; PATTI, *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Riv.dir.comm. e dir.gen.obbl.*, 2001, n.9-12,489; FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2002, 27; GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative nel Code Européen des Contrats*, in *Europa e dir.priv.*, 2002, n. 2, 359; GRUNDMANN, *La struttura del Diritto europeo dei contratti*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, n. 3, 365.